

SİCİL

Haziran '08 • Yıl 3 • Sayı 10

MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK
MESS Yönetim Kurulu
Başkanı

Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet ŞİPAHİ
MESS Genel Sekreteri

Yayın Yönetmeni

Av. Mesut ULUSOY

Yayın Kurulu

Av. Ahmet BÖLÜKBAŞI
Av. Erten CILGA
Av. İlhan DOĞAN
Av. Ender KIZILRAY
Av. Şeyda AKTEKİN
Av. Nağme HOZAR
Av. Cüneyt DANAR
Av. Vahap ÜNLÜ
Av. Selçuk KOCABIYIK

Baskı

Hanlar Matbaacılık San.
ve Tic. Ltd. Şti.

Yeşilce Mah. Aytekin Sok.
No. 16 Kağıthane İstanbul

Yayın Türü

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

ISSN 1306-6153

Baskı Tarihi

27 Haziran 2008

M E S S

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

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

Tel: 212 232 01 04

Faks: 212 241 76 19

e-posta: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

Görüşler yazarlara aittir.
Kaynak gösterilerek alıntı
yapılabilir.

BİREYSEL İŞ HUKUKU

<i>Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik</i>	5
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine</i>	13
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR	
<i>Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi</i>	25
Doç. Dr. Serkan ODAMAN	
<i>İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi - İşveren İlişkisi</i>	53
Yrd. Doç. Dr. K. Ahmet SEVİMLİ	
<i>Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı</i>	80
Dr. Gaye Burcu YILDIZ	
<i>26 Mayıs 2008 Tarihli Resmi Gazete'de Yayımlanan 5763 Sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Kapsamında İş Güvenliğinde Getirilenler</i>	88
Nuri Şenel TIĞLI	
<i>Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Objektif Koşul Kavramı</i>	93
Öcal Kemal EVREN	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?</i>	105
Prof. Dr. A. Can TUNCAY	
<i>İşyerinde Yürütülen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararının İncelenmesi</i>	111
Doç. Dr. Hakan KESER	

TOPLU İŞ HUKUKU

<i>Sendika ve Konfederasyonlara Yasak Faaliyetler</i>	119
Prof. Dr. Nizamettin AKTAY	
<i>İşyerinin Girdiği İşkolunun Tespiti</i>	126
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY	

KARAR İNCELEMESİ

<i>TİS Hükümlerine Uygun Bir Fesih İşleminin Gerçekleştirilememesine İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi</i>	138
Av. Mesut ULUSOY	



SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

- Genel Sağlık Sigortasında Sunulan Edimler: Kapsam ve Yararlanma Koşulları* 146
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER
- Sigortalı Mıyız, İp Cambazı Mı?* 158
Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR
- 5510 Sayılı Kanun ve İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışmaları* 164
Doç. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU
- Yeni Sistemde Yaşlılık Aylığı* 178
Dr. Hediye ERGİN
- İdari Para Cezası Uyuşmazlıklarında Yargı Yerine İlişkin Yaşanan Kaos ve Sorunun Çözümü* 191
Utkan ARASLI
- İş Kazası Nedeniyle Gerçek Zarar Tavanı Hesabında Pasif Dönem* 207
Ercan TURAN

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu* 214
Doç. Dr. Muharrem ÖZEN - Arş. Gör. Önder TOZMAN

MALİ HUKUK

- Serbest Bölgelerde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Esasları ve Ücretlerde Gelir Vergisi Uygulaması* 237
Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR
- Sınai Kuruluşların Ambalaj Atıklarının Toplanması Yaşanan Sorunlar* 244
Av. Ali Nafiz KONUK
- Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında 5746 Sayılı Kanun'la Getirilen Vergi ve SSK Teşvikleri* 247
Erdoğan SAĞLAM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

- Belçika İş Hukukunda İşletmelerin Devri* 254
Luc CIETERS
Çeviren: Arş. Gör. Emre ERTAN

KARAR İNCELEMESİ

- İşçinin Kendisine Ait Postayı İşyeri Kaynaklarını Kullanarak Göndermesi Sözleşmenin Feshinde Haklı Sebep Teşkil Eder Mi?* 257
Av. Şeyda AKTEKİN

Geleceğinizi Gözünüzde Canlandırın (Nereye Gitmek İstedığınızı Belirleyin)

“ (...) Gerçekten de yeryüzünde yazılı olmayan hiçbir şey yoktur. O nedenle, hangi konuda olursa olsun, başarılı olunmak isteniyorsa okumak, çok okumak gerekir. Pozitif bilimler alanında insanlar bunun gereğini bir ölçüde anlarlar ama, sosyal bilimlere gelince iş değişir. Genel kamu, sosyal alanda olaylar ve olguların varlığı, fakat bilimin yokluğudur. Onun için bizim memleketimizde herkes sosyolog, herkes politologdur. Hele politikacılarımız sadece sosyolog, politolog değil fakat her biri aynı zamanda bir anayasa hukuku uzmanıdır da. Kamu hukuku alanında bile bilgiye gerek olmadığını, aklı çalışan herkesin kamu hukukçusu sayılabileceğini düşünen zibniyetle başarılı olmaya imkan olmadığı açıktır (...) ”

Yukarıdaki paragraf, Prof. Dr. Yaşar Gürbüz'ün Siyasal Sosyoloji adlı kitabının “Sonuç” bölümünden bir alıntı. Gerçekten de ülkemizde tüm kesimlerin, herkesin uzmanlık alanına saygı duymasına büyük ihtiyaç duyulmaktadır. Bu husus aynı zamanda toplumsal sorunların çözümünde de kendini gösterecektir. Bu sayede örneğin, ihtiyaç duyulan yasal düzenlemeler oluşturulurken söz konusu düzenlemenin kabul edilebilirliği ve dolayısıyla da “dayanıklı ve uzun ömürlü” olması da sağlanmış olacaktır. Ancak, bu çalışmaların aynı zamanda işletmelerimizin rekabet gücünü de daha üst seviyelere çıkarmayı amaçlaması gerektiğinin altını bir kez daha çizmekte yarar bulunmaktadır.

Endüstri ilişkilerinde son dönemde yaşanan hareketlilik içinde değişmeyen şey, hep söylediğimiz ülkenin en önemli sosyo-ekonomik sorunlarından biri olan istihdamın artmamasıdır. Bugüne kadar kayıt içinde çalışan işverenler üzerindeki vergi ve diğer yasal yükümlülüklerin fazlalığı ile işgücü maliyetlerinin yüksek olması neticesinde yeni iş alanları yaratılamamış

ya da yaratılan işler ancak işgücüne yeni katılmaları karşıladığı için işsizlik yerinde saymıştır. AB'nin yaşlanan nüfusu karşısında ülkemizin genç nüfusu da avantaja çevrilememiş ve özellikle kadınların işgücüne katılım oranı düşük seviyelerde kalmıştır. Bilindiği üzere İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, kamuoyunda bilinen adıyla “İstihdam Paketi”nin, hem işverenler üzerindeki yükleri hafifleten, hem de genç işsizleri ve kadınları işgücü piyasasına taşıyacak yeni düzenlemeler getirmesi bakımından bu anlamda bir gelişme kaydettiğini söylemek mümkündür.

Diğer yandan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun bazı maddeleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve yürürlük tarihi birkaç kez ertelenmişti. Söz konusu Kanun'da yapılan son değişikliklerle birlikte yürürlükle ilgili dört farklı tarih belirtilmiştir. Bunların yanı sıra, Kanun'un en çok tartışılan konularının başında emeklilik gelmiştir. Özellikle basında, emekliliği gelmiş olanların yeni yasa yürürlüğe girmeden önce emekliliklerini istemeleri gerektiği, bundan böyle sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma imkanının kalkacağı ve yeni yasa ile birlikte yaşlılık aylığının düşeceği yönünde haberlerle birlikte kamuoyunda tartışmalar başlamıştır. Bilindiği üzere söz konusu Kanun'da eksiklikler vardır. İstihdam Paketi de Kanun'daki eksikliklere çare olamamıştır. Getirilen yeni düzenlemeler üzerinde önümüzdeki günlerde pek çok konu tartışılmaya devam edilecektir.

İşte güncel gelişmelerin değerlendirildiği dopdolu bir sayı ile yine siz değerli okuyucularımızla buluşmanın keyfini yaşıyoruz.

Saygılarımla,
Av. İsmet SİPAHİ



Mortgage Bilirkişi yolda!

Arayın görüřelim, size de mortgage getirelim!

Sadece kredi almak için değil, mortgage ile ilgili bilmek istediğiniz tüm sorularınızı cevaplamak için **Mortgage Bilirkişi** var. Mortgage ile ilgili her konuda uzman **Mortgage Bilirkişi**'lerimizden randevu almak için, www.kendievim.com.tr'yi tıklayabilir, 444 0 444'den 6'yı tuşlayabilir ya da doğrudan şubelerimize gelebilirsiniz. Yeni evinizde güle güle oturun!



Kendi Evim

Randevu almak için:
www.kendievim.com.tr | 444 0 444 / 6

 **YapıKredi**

Hizmette sınır yoktur.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik

1. Giriş

Geçtiğimiz günlerde, istihdamı yakından ilgilendirecek yeni bir yasal değişiklik daha gerçekleştirildi. Nitekim, 15 Mayıs 2008 tarih ve 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”la¹, istihdamı doğrudan ilgilendiren 4857 sayılı İş Kanunu'nda önemli değişiklikler yapıldı.

5763 sayılı Yasa; bunun yanı sıra, amacı itibarıyla istihdamı özendirme (teşvik) yasası niteliğinde olduğundan ve de istihdamı sadece İş Kanunu ilgilendirmediğinden, istihdamı doğrudan veya dolaylı biçimde ilgilendiren diğer bazı yasalarda² da, önemli sayılabilecek değişiklikler sağladı. Bu anlamda, adı geçen yasanın, istihdama ilişkin bir dizi paket düzenlemeyi içerdiği söylenmelidir.

Ancak, söz konusu değişikliklerin tümü, konuyla ilgisi bulunmadıkça, aşağıda ele alınmayacak ve sadece İş Kanunu'nda asıl/alt işveren ilişkisine ilişkin değişikliklerin genel bir değerlendirmesi yapılacaktır.

Diğer yandan, 5763 sayılı Yasa'yla gerçekleştirilen değişiklikler, istihdamı özendirme amacıyla getirilmiştir³. Bu anlamda, söz konusu yasal değişiklik, kamuoyuna “İstihdam Paketi” olarak tanıtılmış

tır. Ancak, son dönemde İstanbul Tuzla Tersanesi'nde yaşanan iş kazası sonucu ölümlerin, alt işverenliğe ilişkin yasal değişikliklerin getirilmesinde önemli ölçüde etken olduğu bilinmektedir. Nitekim, anılan ölüm olayları ile alt işveren düzenlemelerinin, kronolojik olarak örtüştükleri gözden uzak tutulamaz. Bu bakımdan, alt işverenliğe ilişkin değişikliklerin ne ölçüde istihdama hizmet ettiğini de, ayrıca göz önünde bulundurmak gerekecektir.

II. Asıl/Alt İşveren İlişkisinin Varlığı

1. Alt işverenin kendi işyerini bildirme yükümü

5763 sayılı Yasa, ilkin, İş K. m. 3/II hükmünü değiştirmiştir (m. 1). Buna göre, asıl işverenden iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için, asıl işverenden alacağı yazılı “alt işverenlik sözleşmesi”yle, işyerini bildirmekle yükümlü kılınmaktadır (İş K. m. 3/II cümle 1). Ancak, alt işverenler, söz konusu değişiklik öncesinde de, kendi işyeri için “işyeri bildirimi” yapmakla yükümlü kılınmışlardı. Bu açıdan, alt işverenin kendi işyerini bildirme yü-

kümünün, yasal olarak halen sürdüğü söylenmelidir.

Alt işverenin bildireceği işyeri, “kendi işyeri”dir. Bu bağlamda, alt işverenin işyerinin, asıl işverenin işyeri olmadığı açıktır. Alt işveren kendi işyerini bildirecekse, iş aldığı asıl işverenle yapacağı alt işverenlik sözleşmesinin, bununla bir ilgisinin olmaması gerekir. Bunun gibi, birden çok işyerinde iş alan ve bu işler için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerlerinde aldığı işlerde çalıştıran alt işverenin de, her bir asıl işveren için alt işverenlik sözleşmesini sunması ve giderek, birden çok kez bildirimde bulunması gibi bir sonuç çıkmaktadır ki; bunun, mantıklı bir açıklaması yoktur. Bu nedenle, alt işverenlik sözleşmelerinin, alt işverenin kendi işyerini bildirmesi arasında bağlantı kurulmuş olması, kolayca yanlış sonuçlara ulaşmaya açıktır.

Yasa koyucunun, alt işverenlik sözleşmesinin kamu makamına sunulmasını öngörmekle, alt işverenleri izlemek ve onları kontrol altında tutmak gibi bir amacı izlediği (ratio legis) söylenebilir. Nitekim, İş K. m. 3/III, çıkarılacak yönetmelikle “asıl işveren-alt işveren ilişkisinin .. bildirimini”nin belirlenmesinden söz etmektedir. Ancak, düşünülen bu amacı gerçekleştirmenin yolu, bunu işyeri bildirim yükümü içinde değil; söz konusu yükümden bağımsız biçimde ve ayrı bir yüküm olarak, alt işverenlik sözleşmesinin bir kamu makamı olan bölge müdürlüğüne sunulmasını öngörmek olmalıydı.

2. Alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması

Alt işverenin işyerini bildirmesi konusundaki esas değişiklik, yasanın artık bir “yazılı alt işverenlik sözleşmesi”nden söz ediyor olmasıdır. Nitekim, şimdiye kadar taşeronluk sözleşmeleri, hukuken herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. 5763 sayılı Yasa’ya ilişkin Genel Gereğe’de ise aynen, “.. Uygulamada asıl işveren-alt işveren ilişkisinin amacına aykırı olarak kullanılmasını önlemek için alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması zorunluluğu getirilmiş ve Bölge Müdürlüklerine, alt işverenliğin tescilinden sonra inceleme yetkisi verilmiştir.”⁴ denilmek suretiyle, yazılı şekil şartının tamamen kötüye kullanmaları ortadan kaldırmak amacına dayandığı belirtilmek istenmiştir. Bunun gibi, ilgili “madde gerekçesi”nde de aynen, “...Alt işverenlik müessesesi yazılı kurulmadığı zaman çe-

şitli yorum ve problemlere yol açmaktadır ..”⁵ anlatımına yer verilmekte; ancak, söz konusu yorum ve sorunların neler olduğu, ilgili metinde açıklanamamaktadır. Oysa, kendisini güvencede hissetmek isteyen birçok (asıl) işveren, özellikle rücu sorunlarının üstesinden gelmek üzere, esasen daha önce uygulamada, bu tür sözleşmeleri yazılı yapmak durumunda kalmıştır.

Bu noktada, “yazılı” sözcüğü, taşeronluk sözleşmeleri bakımından, akla hemen söz konusu şekil, geçerlilik mi yoksa ispat koşulu mu olacağı sorusunu getirmektedir. Herhangi bir alt işverenin bildirim yükümüne aykırılığı göze alması halinde, bundan “alt işverenlik sözleşmesinin hukuken oluşmadığı sonucu çıkarılmayacağına göre; söz konusu yazılı şekil koşulunun, daha önce de olduğu üzere, bir geçerlilik koşulu olmayıp ispat koşulu niteliğini taşıyacağı söylenmelidir.

Buna karşın, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın İş K. m. 3/III uyarınca çıkaracağı yönetmelikle, alt işverenlik sözleşmelerindeki şekil şartı konusuna açıklık getireceği düşünülebilir. Çünkü, İş K. m. 3/III; Bakanlığa çıkaracağı yönetmelikte, “yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar”ı belirleme yetkisini tanımaktadır.

III. Asıl/Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa

1. İş müfettişinin muvazaa incelemesi

Alt işverence yapılacak işyeri bildirim üzerine, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğü iş müfettişleri, “gerektiğinde” bildirim ilişkisi belgeleri inceleyecek ve yapacakları incelemede işlemin muvazaalı olduğunu tespit ettikleri takdirde, buna ilişkin raporu “işverenlere” tebliğ edecektir (İş K. m. 3/II cümle 2-3).

a.) “Gerektiğinde” inceleme

İş K. m. 3/II cümle 2, alt işverence yapılacak işyeri bildirim üzerine yapılan tescile ait işyeri belgelerinin, bölge müdürlüğüne otomatikman değil; ancak bu belgelerin, “gerektiğinde” incelenmesini öngörmektedir. Söz konusu yasa hükmü, görüldüğü üzere, İdare’ye keyfi işlemlere açık bir takdir yetkisini tanımaktadır. Bu nitelikteki bir takdir yet-

kisinin bölge müdürlüğüne tanınmasının gerekçelerini ortaya koymak ise, hukuken güç görünmektedir.

Anılan yetkinin tanınış biçimi, hukuken değişik açılardan yerinde görülmemektedir. Gerçekten, ilkin, İş K. m. 3/II cümle 2'nin metninden anlaşıldığı kadarıyla, bölge müdürlüğü önce alt işverence bildirim yapılan işyerini tescil edecek ve daha sonra "gerektiğinde" incelemeye geçilecektir. Bu durumda, "gerektiğinde" yapılacak incelemenin, hukuken tescilden sonra olmaması gerekirdi. Çünkü, tescili yapılmış bir işyerine ait belgelerin ancak daha sonra yapılacak bir şikayet veya ihbar üzerine incelenmesi, hukuken mümkün olabilecektir. Aksi takdirde, tescili yapılmış, yani hukuken uygun olduğu bölge müdürlüğüne kabul edilmiş bir tescil işleminin, daha sonra İdare tarafından kendiliğinden (re'sen) incelenmesini açıklama olanağı ortadan kalkmaktadır. Bu durumda, kötü niyetli bir bölge müdürlüğü, her an söz konusu inceleme yetkisini (alt) işverenlerin üzerinde Demokles'in kılıcı gibi tehdit unsuru olarak tutabilme olanağına sahip bulunmaktadır. Yasa koyucunun ise, bunu istemiş olduğu açıktır.

Bunun gibi, İş K. m. 3/II hükmündeki değişiklik, 5763 sayılı Yasa m. 38/d uyarınca, 26 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmekle birlikte; iş müfettişine inceleme yetkisini tanıyan düzenlemenin de, anılan tarihten sonra yapılacak bildirimlerle sınırlı kalıp kalmayacağı hususu, söz konusu düzenlemede açıklığa kavuşturulmuş değildir. İncelemenin, bildirimden ardından başlatılacak olması ise, belirtilen tarihten önce yapılmış bildirimlerin de önümüzdeki dönemde incelemeye tabi tutulabileceğini, ister istemez akla getirmektedir. Bunun ise, idari işlemlerin geriye yürümezliği esasıyla bağdaşmayacağı açıktır.

İkincisi; İdare'nin takdir yetkisinin mutlak olmaması, idare hukukunun temel ilkelerindedir. Nitekim, takdir yetkisi, yasayla da olsa, İdare'ye tanınırken, bu yetkiyi kullanmanın ölçütleri gösterilmek gerekir. Aksi takdirde, keyfiliğe kapı aralanmış olur. Hukuk devletinde ise, keyfiliğe yer olmaması gerekir. Bu yüzden, İş K. m. 3/II cümle 2 hükmünde "gerektiğinde" sözcüğüne yer verilirken, söz konusu inceleme yetkisini kullanabilmenin ölçütlerinin ortaya konulması, hukuken doğru ve yerinde olurdu.

Muvazaanın tespiti, son derece hukuki bir konu olup; buna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü, yargıcın yetkisindedir.

Ancak, bu yapılmamış ve giderek, "gerektiğinde" sözcüğüyle bölge müdürlüklerine, keyfiliğe açık bir takdir yetkisi tanınmıştır. Oysa, bunun yerine, sözcüğü İş K. m. 2/VII'deki muvazaa hallerinin açık ve kesin olarak görüldüğü durumlar ya da ihbar veya şikayet halleri için, bölge müdürlüklerine tescil sonrası inceleme yetkisinin tanınması, bu konudaki ciddi itirazları hukuken ortadan kaldırılabirdi.

Diğer yandan, salt bölge müdürlüklerine incelemeyi harekete geçme yetkisinin tanınması, ister istemez, bunların fiilen sendikaların baskısı altında kalmaları ve bunun sonucunda, gereksiz yere incelemeyi başlatmaları sonucunu yaratacaktır. Nitekim, herhangi bir saikle sendikaların isteklerine uymak zorunda kalacak bir bölge müdürlüğü, kendisine tanınan yasal yetkiyle yersiz ve gereksiz incelemeleri harekete geçirebilecektir. Bu durum ise, alt işveren bulunduran işyerleri ve işletmeler üzerinde, rahatsızlık uyandıracaktır. Buna göre, bölge müdürlüğünün salt kendiliğinden inceleme başlatması yerine; bu yetkinin bölge müdürlüğüne tanınmasının dışında, sendikalara da başvuru üzerine inceleme başlatma yetkisinin yasayla tanınması, daha doğru ve yerinde olurdu. Böylece, bölge müdürlüğü, fiilen kendisine baskı yapacak sendikaya başvuru yapmasını önermek suretiyle, anılan baskıdan uzak durabilecektir.

Ayrıca, muvazaanın tespiti, son derece hukuki bir konu olup; buna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü, yargıcın yetkisindedir. Bu açıdan, hukuki bir yetkinin idari bir makama tanınması, her ne kadar itiraz üzerine mahkemeye gidilecek olsa dahi, hukuken doğru ve yerinde olmamıştır. Nitekim, çoğu kez hukukçu olmayacak bir iş müfettişinin, hukuki olması gereken bir tespiti yapmaya kalkışmasına kuşkuyla bakmak gerekir.

b.) Gerekçeli rapor

İş K. m. 3/II cümle 3 hükmü, "gerekçeli" sözcüğüne yer verdiğinden; iş müfettişinin, incelemesi sonunda muvazaayı saptayan raporu, gerekçe içer-

mek zorundadır. Buna göre, iş müfettişi tarafından söz konu raporda gösterilecek gerekçeler; muvazaanın saptanması hukuki bir konuyu içerdiğinden, hukuki, yani hukuken önem taşır nitelikte olmalıdır.

Bu anlamda, hemen akla iş müfettişinin, hukuken İş K. m. 2/VII hükmünde gösterilen yasal karine halleriyle, yani “asil işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi” ve “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması” durumlarıyla sınırlı kalması gelecektir. Çünkü, yasa koyucunun İş K. m. 2/VII ile İş K. m. 3/II hükümlerini bağlantılı olarak ele alan tutumu karşısında, her iki düzenlemeyi birbirinden ayrı düşünme olanağı yoktur. Ancak, İş K. m. 3/II cümle III hükmündeki “muvazaalı işlemin tespiti halinde” anlatımı karşısında, böyle bir sınırlamanın bulunmadığını veya en azından öngörülmediğini belirtmek gerekir.

Bu anlamda, iş müfettişi, “asil işveren-alt işveren ilişkisi”nin (İş K. m. 2/VI cümle 1) yokluğunu da saptama yetkisine sahip bulunmaktadır. Çünkü, asıl/alt işveren ilişkisinde muvazaayı düzenleyen İş K. m. 2/VII, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” hükmünü de içermekte; dolayısıyla, İş K. m. 2/VI cümle 1’de tanımlanan “asil işveren-alt işveren ilişkisi”nin yokluğu, muvazaanın varlığını kabul etme sonucunu yaratmaktadır. Bu yüzden, iş müfettişi, muvazaa raporunda taşeronu verilemeyecekken verilmiş işleri dayanak yapmak suretiyle, muvazaanın varlığını tespit etme yetkisine sahip bulunmaktadır. Nitekim, söz konusu düzenlemenin “madde gerekçesi”nde de aynen, “.. 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinde hangi işlerin alt işverene devredilebileceği yazılmış ancak bu devir işleminin bu maddeye uygun olup olmadığının kontrolü yapılamamaktadır ..”⁶ denilmek suretiyle, böyle bir yetkinin iş müfettişinden esirgenmek istenmediği belirtilmektedir.

Ancak, uygulamada bir iş müfettişinin, fiilen bunu saptamaya yarayacak formasyona sahip olup olmayacağı, tartışmaya açıktır. Çünkü, iş yargıcı bile tek başına buna karar veremeyip uygulamada uzman bilirkişilerden yararlanmak durumundayken, kendisinden böyle bir formasyona sahip bulunması beklenmeyen iş müfettişine bu tür bir tes-

Tescil işleminin iptali alt işverenden çok, asıl işveren üzerinde hukuki sonuçlara yol açmaktadır.

pit yetkisinin tanınmasının yerindeliği tartışma götürür niteliktedir.

Ayrıca, teftişle görevli iş müfettişlerine “muvazaa saptama” yetkisinin tanınması, bunların iş yükünü önemli ölçüde artıracaktır. Bu anlamda, çok sayıda işyerinin, eleman sayısının azlığı yüzünden denetlenemediği bir ortamda, denetimle doğrudan ilgisi bulunmayan konularla denetim elemanlarının yükünü artırmanın yerindeliği ise, son derece tartışmaya açıktır⁷.

c.) “İşverenlere” tebligat

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğü iş müfettişleri, yapacakları incelemede muvazaalı işlem tespit ettikleri takdirde, buna ilişkin gerekçeli raporu “işverenlere” tebliğ edecektir (İş K. m. 3/II cümle 2-3).

Yasal düzenlemede “işverenlere” sözcüğüne yer verildiği için; muvazaa raporunun, alt işverenin yanı sıra, asıl işverene de tebliğ edilmesi söz konusudur. Bu bağlamda, işyeri tescil işleminin iptali söz konusu bulunduğu ve tescil edilecek işyerinin asıl işverenin değil de alt işverenin işyeri olduğu düşünülecek olduğunda, asıl işverene tebligat yapılmasının bir anlamı kalmayacaktır.

Ancak, yapılacak incelemenin sonuçları işyeri tescil işleminin iptaliyle sınırlı kalmayıp “alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi” sayılacağı (İş K. m. 3/II cümle son) için, asıl işverene de söz konusu tebligatın yapılması zorunlu görünmektedir. Nitekim, tescil işleminin iptali; aşağıda⁸ görüleceği üzere, alt işverenden çok, asıl işveren üzerinde hukuki sonuçlara yol açmaktadır.

Böylece, yasa koyucunun amacı ve sorunu, görüldüğü üzere, salt alt işveren ve ona ait işyeri tescilinin iptali olmadığı için; tebligatla tetiklenen itiraz sürecine, asıl işverenin dahil edilmesi zorunlu olduğu ortaya çıkmıştır. Bunda, asıl/alt işveren ilişkisinde muvazaaya ilişkin yeni düzenlemenin, İş K. m. 2/VI-VII değil de hiç ilgisi olmayan işyerini bildirme yükümüne ilişkin düzenleme (İş K. m. 3/II) içinde yer almasının⁹ payı büyüktür. Yasa koyucunun bu yanlış yönelimi ise, ister istemez, hukukla

açıklanması güç ve hatta olanaksız görünen durumların ortaya çıkması sonucunu yaratmıştır.

2. İş müfettişinin muvazaaya raporuna itiraz

a.) İtiraz yetkisi

İş müfettişinin muvazaayı saptayan raporuna karşı, yasanın deyimiyle “işverenlerce”, yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilecektir (İş K. m. 3/II cümle 4). Buradaki “işverenlerce” sözcüğüyle anlatılmak istenen, asıl işveren ile alt işveren olsa gerektir. Çünkü, muvazaaya raporunun tebliğ edileceği işverenlerin asıl işveren ile alt işveren olduğu daha önce kabul edildiği için¹⁰, ancak bunların itiraz hakkına sahip olabileceğini aynı mantık silsilesi içinde benimsemek gerekecektir.

b.) İtirazın yapılacağı yer

Muvazaaya raporuna karşı itiraz, “yetkili iş mahkemesine” yapılacaktır (İş K. m. 3/II cümle 4). Ancak, yetkili iş mahkemesinin asıl işverene ait işyerinin bulunduğu iş mahkemesi mi, yoksa alt işverenin işyerinin olduğu yerdeki iş mahkemesi mi olacağı konusu, yasa da gösterilmiş olmayıp; sadece, “yetkili iş mahkemesi”nden söz edilmiştir. Oysa, her iki işyeri birbirinden farklıdır. Yasa koyucu ise, muhtemelen, alt işverenin işyerinin asıl işverene ait işyeri olduğu mantığından hareketle sonuçta uyuşmazlık konusu işyerinin asıl işverene ait işyeri olacağını düşünmüş olmalıdır. Ancak, bildiri mi yapılan işyeri, alt işverene ait işyeridir.

Bu bağlamda, alt işverenin işyeri bildirimine ilişkin yasal düzenlemenin daha önce de belirtilen çarpık mantığı içinde, kesin bir sonuca varmak olanaksızdır. Bununla birlikte, sonuçta coğrafi açıdan asıl işverene ait işyerinin uyuşmazlık konusu edildiği ve yasa koyucu tarafından her iki işverenin işyeri arasında ayırım yapılmadığı dikkate alınarak, asıl işverene ait işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili olacağını kabul etmek yarar vardır.

c.) İtiraz süresi

Muvazaaya raporuna karşı, altı iş günlük bir itiraz süresi öngörülmüştür (İş K. m. 3/II cümle 4). Söz konusu itiraz süresi, “tebliğ tarihinden itibaren” başlayacaktır.

Uygulamada, her iki işverene, yani asıl işveren

ile alt işverene yapılacak tebligatlar, farklı tarihleri taşıyabilir. Bunun gibi, itiraz yerinde birden fazla iş mahkemesi, bulunmuş olabilir. Bu durumda, doğal olarak, itiraz dosyalarının birleştirilmesine gidilmesi gerekecektir.

d.) İtirazın hukuken etkisi

İş mahkemesine yapılacak itiraz, tespit işleminin yürürlüğe gireceği konusunda yasa da açık hükme yer verilmeyişi karşısında, muvazaanın tespitine ilişkin işlemin uygulanmasını durdurur. Kaldı ki, itirazın bölge müdürlüğünün kararının uygulanmasını durdurmayacağına ilişkin yasa hazırlık çalışmaları sırasında ortaya çıkan ilk taslak metnindeki anlatım, daha sonra metinden çıkarılmış ve böylece, yargılama süreci boyunca, alt işveren ilişkisinin devamına olanak tanınmıştır.

e.) İtirazın sonuçlanması

aa.) İtirazın kabulü

Yetkili iş mahkemesi, yapılan itirazı yerinde bularak, itiraz sahiplerini hukuken haklı görebilir. Bu durumda, bölge müdürlüğünce inceleme öncesinde yapılmış bulunan alt işverene ait işyeri tescil işlemi, hiçbir şekilde yapılan idari tespitten etkilenmemiş ve söz konusu işyeri, yani alt işverenin bildirimini yaptığı işyeri, baştan itibaren tescil edilmiş bir işyeri niteliğini kazanmış olur. Çünkü, itiraz mahkemece haklı görülmeyip, muvazaalı işlemin tespiti onanmış bulunsaydı, yasa hükmü (İş K. m. 3/II cümle son) uyarınca “tescil işlemi iptal” edilmiş olacaktı.

bb.) İtirazın reddi

Muvazaaya raporuna süresi içinde itiraz edilmiş veya mahkemece işlemin muvazaalı olduğu saptanmış bulunduğu, yapılmış tescil işlemi iptal edilecek ve alt işverenin işçileri, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır (İş K. m. 3/II cümle son).

Söz konusu yasal düzenleme, görüldüğü üzere, İş K. m. 3/II cümle 6 ile İş K. m. 2/VII cümle 2 hükümleri arasında bağlantı kurmak suretiyle, alt işverenin işçilerinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması sonucunu (bir anlamda, yaptırımını) kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak, böylesine ağır bir yaptırımın, salt sürenin herhangi bir nedenle muhafaza edilememiş olması durumunda da uygu-

lanacak olması, müteahhit işveren kesiminde muhtemelen rahatsızlık yaratacaktır.

cc.) **Hükmün kesinleşmesi**

aaa.) *Yargısal kesinlik*

İtiraz üzerine mahkemece verilecek karar, yargısal anlamda kesindir; yani, mahkeme kararını uygun görmeyecek taraf, kararın temyizi yoluna gidemeyecektir. Bu anlamda, yasada (İş K. m. 3/II cümle 5) “kararlar”dan söz edilmesine bir anlam verilmesi, hukuken güç görünmektedir. Çünkü, yapılan itiraz üzerine, mahkemece tek bir kararın verilmesi söz konusu olup; her bir işverene (asıl işveren ile alt işverene) göre ayrı ayrı karar verilecek değildir. Burada kastedilen, olsa olsa, “itirazın kabulü” ile “itirazın reddi” kararları olsa gerektir.

bbb.) *Kesin hükmün etkisi*

Mahkemece itirazın kabulü üzerine kesinleşen yargı kararının, ileride açacağı bir davada muvazaayı ileri sürecektir alt işveren işçisini hukuken ne ölçüde bağlayacağı, önümüzdeki dönemde tartışma yaratacaktır. Gerçekten, akla hemen, asıl işveren ile alt işverenin kendi yararlarına elde edecekleri bir kesin mahkeme hükmünün, itiraz süreci içinde yer almayan işçiyi bağlamayacağı gelmektedir.

Ancak, daha önce kesin yargı hükmüyle var olmadığı saptanmış muvazaanın daha sonra bir başka mahkeme hükmüyle saptanmaya kalkılması, hukuken çelişkili bir durum yaratacak ve giderek, hukuk güvenliğini ve halkın hukuk sistemine duyduğu saygıyı olumsuz yönde etkileyecektir.

3. İdari para cezasının uygulanması

5763 sayılı Yasa'nın sekizinci maddesiyle İş K. m. 98/I hükmü değiştirilerek, alt işverenin işyerini bildirme yükümüne aykırı davranması hali yeniden düzenlenmiş ve ayrıca, “işyerini muvazaalı olarak bildirme” adı altında yeni bir suç tipi yaratılmıştır.

Söz konusu düzenlemeler, asıl/alt işveren ilişkilerindeki muvazaa durumunda (alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılması gibi), salt hukuki sonuçlarla yetinilmediğini gösterir niteliktedir. Bunun da nedeni; alt işverenin, hukuki sonuçlara ilişkin düzenlemelerde, hep asıl işverenle birlikte düşünülmüş olmasıdır.

a.) **Alt işverenin işyerini bildirmemesi**

İşyerini bildirme yükümüne aykırı davranacak alt işverene veya alt işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için 100 YTL idari para cezası verilmesi öngörülmektedir (İş K. m. 98/I). Böylece, daha önceki elli milyon lira, yani 50 YTL tutarındaki idari para cezası, yeni dönem için bir kat artırılmış olmaktadır.

Ancak, alt işverenin işyerinde görülen iş ağır ve tehlikeli iş (İş K. m. 85) niteliğinde olduğu takdirde, uygulanacak idari para cezası çalıştırılan her işçi için 1.000 YTL'ye yükseltilecektir (İş K. m. 98/I). Bu durumdaki idari para cezası, normal cezanın on katına çıkmaktadır. Söz konusu idari para cezasının bu denli yüksek oranda artırılmış olmasını ise, normal karşılamak mümkün görünmemektedir.

Üstelik, bu konuda önceki düzenleme, işyerinde görülen işin niteliğine göre bir ayırım yapmış da değildir. Böylesine bir fahiş bir artışı, olsa olsa ancak, Tuzla Tersanesi'nde karşılaşılan son iş kazalarının siyasi iktidar üzerinde yarattığı baskıyla açıklamak mümkün görünmektedir.

b.) **İşyerini muvazaalı olarak bildirme**

İş K. m. 98/I hükmünün yeni şekli, “işyerini muvazaalı olarak bildirme” olarak adlandırılabilir bir suç tipini yaratmış bulunmaktadır. Buna göre, işyerinin muvazaalı olarak bildirilmesi, asıl işveren ile alt işveren veya bunların vekilleri hakkında olmak üzere, ayrı ayrı 10.000 YTL tutarında idari para cezalarının uygulanmasına yol açacaktır.

Söz konusu düzenlemenin anlatımının başarılı bulunması, hukuken güç görünmektedir. Şöyle ki; anılan suçun maddi unsuru hakkında, söz konusu düzenlemede aynen, “işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine” idari para cezasının verilmesinden söz edilmektedir. Oysa, işyerini asıl işveren veya vekili değil, alt işveren ya da vekili bildirmektedir.

Diğer yandan, işyerinin muvazaalı bildirilmesi halinde uygulanacak idari para cezası işyerinin hiç bildirilmemesi durumunda verilecek idari para cezasından kat kat yüksek olduğu için; çok sayıda işçi çalıştırmayacak alt işveren, doğallıkla, işyerini hiç bildirmeme yolunu tercih edebilecektir. Bu durumun ise, kayıt dışı ekonomiyi güçlendireceği ve kayıtlı istihdama hizmet etmeyeceği açıktır.

IV. Taşeronluk Sözleşmesinin Yönetmelikle Düzenlenmesi

5763 sayılı Yasa m. 1; İş K. m. 3 hükmüne bir fıkra eklemiş ve “asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildiri ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar”ın, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca çıkarılacak bir “yönetmelik”le belirlenmesini öngörmüştür.

Taşeronluk sözleşmesinin kapsamına ve içeriğine ilişkin hususların İdare tarafından düzenleyici bir işlemle ele alınması, olsa olsa, kamu kesimi ihaleleri için söz konusu olabilir. Nitekim, uluslararası standartlar (94 sayılı Sözleşme¹¹ ve 84 sayılı Tavsiye Kararı) bakımından, kamu ihalelerine bu tür kayıtların konulmasından yarar umulmaktadır¹².

Ancak, eğer özel hukuk kişilerinin de yapacakları taşeronluk sözleşmesinin kapsam ve içeriği İdare tarafından belirlenmeye kalkışılırsa, artık bu anlaşmalar “sözleşme” (özel hukuk sözleşmesi) olmaktan çıkar. Bu nedenle, özel hukuk kişilerinin ihale sonucunda yapacakları taşeronluk sözleşmelerinin geleceğinin İdare’ye bırakılması, serbest piyasa ekonomisiyle ve anayasal (Ay. m. 48/I) güvence altındaki özel hukukun sözleşme özgürlüğü (serbestisi) esaslarıyla bağdaşır nitelikte görülmemektedir.

Diğer yandan, anılan yönetmelikle “asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması”na ilişkin esaslar düzenlenirken, muvazaaya ilişkin hallerin yeniden ele alınacağı aklı gelebilir. Ancak, bu yola gidildiğinde, İş K. m. 2/VI-VII’de yer almış esasların aşılması söz konusu olamaz.

V. Değerlendirme ve Sonuç

İş Kanunu’nun üçüncü maddesindeki değişikliğe ilişkin 5763 sayılı Yasa’yla getirilen düzenleme, istihdamı teşvik etmek üzere kabul edilen bir “paket”in içinden, hiç umulmadık bir biçimde ortaya çıkmıştır. Çünkü, söz konusu düzenleme; istihdama hizmet etmek yerine, aksine kayıtlı istihdamı rahatsız edecek nitelikteki bazı hükümleri içermektedir.

5763 sayılı Yasa, her şeyden önce, işverenlere çeşitli avantajlar sağlamak üzere getirilmiştir. Bunda başarılı olunmadığı söylenemez. Nitekim, istih-

Özel hukuk kişilerinin ihale sonucunda yapacakları taşeronluk sözleşmelerinin geleceğinin İdare’ye bırakılması, serbest piyasa ekonomisiyle ve anayasal güvence altındaki özel hukukun sözleşme özgürlüğü esaslarıyla bağdaşır nitelikte görülmemektedir.

dam yükümündeki %6’lık kotanın %3’e düşürülmesi, iş sağlığı ve güvenliği ile kreş açma yükümü konularında hizmet satın alma olanağının kabul edilmesi ve sigorta primi işveren pay oranında sağlanan indirim gibi işverenlere tanınan kolaylıklar, istihdamın özendirilmesi doğrultusunda atılmış cesurane adımları oluşturmuştur. Bu anlamda, İş Kanunu’nun üçüncü maddesinde yapılan değişikliği ise, aynı nitelikte görme olanağı yoktur.

Gerçekten, muvazaanın tespiti gibi son derece hukuki bir konunun İdarenin takdirine bırakılması, bu yetkinin keyfi biçimde ve işveren kesiminin aleyhinde kullanılmasına uygun bir ortam yaratmıştır. Bu bağlamda, yargıya ilişkin bir yetkinin yürütme içinde yer alan İdareye bırakılması, hukuken doğru ve yerinde olmamıştır. Giderek, bölge müdürlüğüne verilemeyecek bir yetkinin tanınması suretiyle yapılan hukuki yanlışlık, ardından hukuken yanlış başka düzenlemelerin kabulüne yol açmıştır. Bu anlamda, önce tescil edilen bir işyerinin, daha sonra yasada hangi koşullar altında inceleme başlatılacağı belirtilmeyen bir ortamda incelemeye alınıp söz konusu tescil işleminin iptaline kalkışılması, hukuken şaibe yaratacak ve idari istikrarı sarsacak niteliktedir. Üstelik, bölge müdürlüğünün, incelemesinde geçmişe (26 Mayıs 2008 tarihinden önceki tescil işlemlerine) uzanamayacağı hususu da, mevcut düzenlemede belirsizdir.

Şu anda işveren kesimi, 5763 sayılı Yasa’yla tanınan avantajların geçici büyümesine kapılmış durumda olup; İş K. m. 3’deki değişikliğin kendisine getireceği olumsuzlukların, yeterince farkında değildir. Bu bağlamda, haksız yere, anılan yasaya karşı sadece işçi sendikalarının tepki göstermeyeşi dile getirilmektedir¹³. Oysa, benzer şey, karşı için de geçerlidir.

Yasalar, genel ve objektif nitelikte hükümleri içermesi gereken düzenlemelerdir. Bu yüzden, münferit olaylar üzerine kurulacak yasal düzenlemelerin, hukuken yarar sağlaması beklenemez.

Halen, bölge müdürlüklerinin, İş K. m. 3/III hükmüyle öngörülen yönetmeliğin çıkarılmasını beklemeden, asıl/alt işveren ilişkilerindeki muvazaayı saptama yoluna gidip gitmeyecekleri belli değildir. Ancak, bölge müdürlüklerinin yasayla kendilerine tanınmış söz konusu yetkiyi kullanmaları için, anılan yönetmeliğin çıkarılmasını beklemlerine gerek yoktur. Çünkü, İş K. m. 3-III hükmünde, düzenlenmeyi gerektiren konular içinde, söz konusu yetkinin kullanılma esasları açıkça belirtilmiş değildir.

Diğer yandan, İş K. m. 3'deki değişikliği içeren düzenleme, yakın dönemde Tuzla Tersanesi'ndeki ölümle sonuçlanan iş kazalarına karşı düşünülmüş bir hukuki önlem olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim, her iki olgunun kronolojik olarak örtüşmesi, bu durumu açık biçimde kanıtlar niteliktedir. Ancak, toplumdaki münferit olaylara karşı yasa çıkarılması, hukuken doğru ve yerinde bir önlem sayılmaz. Çünkü, yasalar, genel ve objektif nitelikte hükümleri içermesi gereken düzenlemelerdir. Bu yüzden, münferit olaylar üzerine kurulacak yasal düzenlemelerin, hukuken yarar sağlaması beklenemez.

Tüm bu gelişmelere bakıldığında; 5763 sayılı Yasa'daki alt işverene ilişkin değişikliğin, istihdam artışıyla doğrudan bir ilgisinin kurulamayıp, taşeron çalıştırmayı güçleştirecek bir yapıda olduğu ortaya çıkmaktadır¹⁴. Bundan da, nihai olarak, sadece mevcut siyasi iradenin kazançlı çıkacağı söylenebilir. Nitekim, tanınan kolaylıklarla işveren kesimi memnun edilmeye çalışılmış ve işçi kesimine de, iş kazalarına karşı Hükümetin (Bakanlığın) önlem almaya çalıştığı mesajı verilmek istenmiştir. Bu anlamda, işçi ve işveren kesimlerinin ise, mutlak olarak 5763 sayılı Yasa'dan kazançlı çıkmadıkları açıktır.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 26.5.2008, No.26887.
- 2 5763 sayılı Yasa; İş Kanunu'nun yanı sıra, Kimlik Bildirme Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu, Türkiye İş Kurumu Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, Terörle Mücadele Kanunu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Teşkilat Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve Milli Eğitim Temel Kanunu ve Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da değişiklik öngörmektedir.
- 3 “.. Tasarı ile; zorunlu istihdam yüklerinin hafifletilmesi, nitelikli işgücü ihtiyacının karşılanması, istihdamın teşvik edilmesi, işgücü maliyetlerinin düşürülmesi, kayıt dışı istihdamın azaltılması amaçlanmaktadır ..” (TBMM, S. Sayısı: 224, 17).
- 4 TBMM, S. Sayısı: 224, 2.
- 5 TBMM, S. Sayısı: 224, 3.
- 6 TBMM, S. Sayısı: 224, 3.
- 7 Ayrıca bkz. Cem Kılıç, “İstihdam Paketi İstihdam Artışı Sağlayabilecek mi?”, İşveren 46, 8 (Mayıs 2008), 46.
- 8 Bkz. aşağıda III 3.
- 9 Ayrıca bkz. yukarıda II 1.
- 10 Bkz. yukarıda III 1 c.
- 11 94 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından da onaylanmıştır [bkz. ILO, Application of International Labour Standards 2008 (II), Information document on ratifications and standards-related activities (as to 31 December 2007), Cenevre 2008, 198].
- 12 Bkz. ILO, Labour clauses in public contracts – Integrating the social dimension into procurement policies and practices Cenevre 2008, 7 vd.
- 13 Bkz. Atilla Özsever, “İstihdam Paketi Geçti Sendikalardan Ses Yok”, 22.5.2008 tarihli Cumhuriyet.
- 14 Ayrıca bkz. Kılıç, agm., 46; A. Can Tuncay, “İstihdam Paketinin Sosyal Güvenliğe İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İşveren 46, 8 (Mayıs 2008).

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine

1. İletişim Teknolojisinin Gelişimi ve İş İlişkileri

İletişim konusunda son yıllarda dünyada inanılmaz bir gelişim gözlenmektedir. Gerçekten, her geçen gün yeni teknolojiler karşımıza çıkmakta ve bunlar kısa süre içinde hayatımızın vazgeçilmez parçaları olmaktadır. Teknolojik alanda görülen bu ilerleme, kolaylıkların yanında önemli sorunları da beraberinde taşımakta ve hukuk düzeni ise kısa süre içinde bu sorunları kavrayarak çözüm bulmakta zorlanmaktadır.

İnternet ve e-mail¹ bugün gerek kişisel hayatın, gerekse de iş hayatının vazgeçilmez parçaları haline gelmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmada, yaklaşık kırk milyon Amerikalının işyerinde internet bağlantısı olduğu tespit olunmuştur². Bu rakam Amerikan işgücünün yaklaşık 1/3'üne tekabül etmekte olup her geçen gün gittikçe artan bir hızla büyümektedir³. Yine Fransa'da 2002 yapılan bir araştırmada, işçilerin %20'sinin işyerinde internet bağlantısı olduğu tespit olunmuştur⁴.

İnternet ve e-mail ucuzluğu⁵, kullanım kolaylığı,

ğ, yüksek bilgi ve veri aktarım hızı⁶ ile kısa süre içinde işverenlerce de fark edilmiş ve işçilerin kullanımına sunulmuştur⁷. Ancak bu teknolojilerin işçilerce işyerinde kullanılmaya başlanması önemli hukuksal sorunları da beraberinde getirmiştir. Öncelikle, işçilerin kendilerine tahsis edilen araçları, kullanım amacı dışında, kendi kişisel ihtiyaçları için kullanmaları işverenler açısından üretim ve verimlilik kaybı anlamına gelmektedir. Yine işçilerin internet üzerindeki bazı yasa dışı eylem ve işlemleri nedeniyle işverenlerin sorumlulukları gündeme gelebilmektedir. Nitekim internet üzerinden işçilerin gönderdikleri e-mailler ve yine internette yüklenen bazı programlar, telif haklarına ilişkin yasaların ihlali⁸, virüs taşıyan mesajlarla üçüncü kişilere zarar verilebilmesi gibi sonuçları ortaya çıkarabilmektedir⁹.

İşte bu noktada, işçilerin kullanımına sunulan teknolojilerle elde edilecek yararlar ile karşılaşabilecek riskler arasında bir denge kurulması gündeme gelmektedir. Nitekim bugün dünyada, işverenlerin işçilerin e-mail ve internet bağlantılarını gözetlemek ve kontrol etmek suretiyle bu dengeyi

sağlayıp sağlayamayacağı tartışma konusu olmaktadır. Çalışmamızda, gerek Amerika Birleşik Devletleri gerekse de Avrupa ülkelerindeki hukuksal tartışmalar ve varılan sonuçlar karşılaştırmalı biçimde incelenmeye ve hukukumuz bakımından da referans alınabilecek esaslar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

II. Mukayeseli İş Hukukunda Konuya Yaklaşım

1. Amerikan Hukukunun Çizgisi: İşverenin Mutlak Denetim ve Gözetim Hakkı

Amerika Birleşik Devletleri'nde "Amerikan İda-reciler birliği" (AMA) tarafından yapılan bir araştırma, işverenlerin %77,7'sinin işçilerin telefon görüşmeleri, e-mail, internet bağlantısı ve bilgisayarları üzerindeki dosya ve verilerini kaydettiğini ve gözetlediğini ortaya koymuştur¹⁰. E-mail ve internet bağlantılarının sistematik ve sürekli biçimde gözetimi konusunda "Privacy Foundation" tarafından yapılan bir araştırmada ise işçilerin % 35'lik bir oranının online (internet üzerindeki) faaliyetlerinin işverenlerince denetlendiği tespit edilmiştir¹¹.

Her iki çalışma da, Amerika'da internet ve e-mail kullanımı konusunda işverenlerin gözetiminin son derece yaygın olduğunu ortaya koymaktadır¹². Yine Amerikan Privacy Foundation tarafından yapılan araştırmada, son yıllarda işverenlerce yapılan gözetimlerin yaklaşık iki kat attığı belirlenmiştir. Nitekim, işverene gözetim olanağı veren programlar ve araçlar (software) her geçen gün daha ucuz, daha esnek ve etkin hale gelmektedir¹³.

İşverenlerin işçilerin internet üzerindeki faaliyetlerini gözetimi, özel yaşama müdahale sorununu da beraberinde getirmektedir. Zira işverenlerin kullandığı gözetim programları işçilerin özel zevkleri, düşünceleri hatta inançlarına ilişkin bilgiler edinme olanağı da sunmaktadır. Nitekim Dow Kimya Şirketinde 2000 yılında, internetin mesleki amaç dışı kullanımı ve özellikle pornografik içerikli sitelere girilmesi nedeniyle 50 işçi işten çıkarılmış, 200 işçi de disiplin cezasına çarptırılmıştır. Yine Xerox Corp. 40 işçisini zamanlarının çoğunu porno içerikli sitelerde ve alışveriş sitelerinde geçirdiği gerekçesiyle işten çıkarmıştır¹⁴.

Amerika Birleşik Devletleri'nde işverenin işçileri gözetlemesinin özel yaşama müdahale oluşturup oluşturmayacağı yargı önüne de gelmiş ve tartışılmıştır. Amerikan yargısına bugün yön veren emsal nitelikteki olay Smyth v. Pillsbury Co. davasıdır¹⁵. Söz konusu olayda, Smyth isimli işçi, haksız yere işten çıkarıldığını ve özel yaşam gizliliğine müdahale edildiğini belirterek tazminat talebinde bulunmuştur. Somut olayda, davacı işçi evdeki bilgisayarından fakat işverene ait e-mail sisteminden çeşitli e-mail mesajları göndermiştir. Bir süre sonra işveren bu mesajlara ulaşmış ve bunların içeriğinin şirket yönetimi açısından uygun bulunmadığı gerekçesiyle davacının iş sözleşmesini feshetmiştir. Olayda mahkeme, e-mail mesajlarının gizli ve özel olduğu yolundaki savunmaya rağmen, bunun işverene ait e-mail sistemi üzerinden gerçekleştirilmiş olmasını dikkate alarak, davacı işçinin özel yaşamına müdahale edilmemesi yolunda haklı bir beklentisinin söz konusu olmayacağını açıklamıştır. Mahkemeye göre, işverenin internet ve e-maillerin yasalara aykırı veya mesleki amaçlar dışında kullanımını engellemek konusundaki yetkileri, işçinin özel yaşam gizliliği beklentisinin önünde gelmekte, menfaatler dengesinde daha ağır basmaktadır¹⁶.

Diğer eyalet mahkemeleri de özel yaşama müdahale iddialarını benzer gerekçelerle reddetmişlerdir. Nitekim Mc Laren v. Microsoft Corp. davasında, aynı Smyth davasında olduğu gibi, şirkete ait bilgisayar üzerinden gönderilen e-mail mesajlarının işçiye ait sayılmayacağını belirtmiş ve bunların işletmenin mülkiyet alanına girdiği açıklanmıştır¹⁷. Mahkeme, belirli bir parola ile girilen işçilerin kişisel elektronik posta-kutularında¹⁸ dahi işçinin özel yaşam alanına müdahale edilmemesi konusunda bir beklentisinin söz konusu olmayacağı zira bu mesajların şirkete ait bir ağ üzerinden iletilecek, işverence girilmesi mümkün olan şirket sunucusu¹⁹ üzerinde depolandığı belirtilmiş ve yine yukarıda belirtilen emsal olayda olduğu gibi işverenin hukuka aykırı veya gayri mesleki kullanımını engellemek konusundaki menfaatinin, işçinin özel yaşam gizliliği konusundaki beklentisinin önünde geldiği açıklanmış bulunmaktadır²⁰.

2. Kara Avrupası'nda Durum: İşçinin Özel Yaşam Gizliliğinin Önemi

İşveren tarafından işçinin e-maillerinin denetimi konusu Fransız Hukukunda da tartışılmakta ve

Yüksek Mahkeme'nin "ilke kararı" olarak nitelenen NIKON kararı uygulamaya yön vermektedir²¹. Somut olayda, işçi iş saatleri içinde şirket malzemelerinin illegal olarak satışı üzerine kurulu eşzamanlı bir faaliyet yapması gerekçe gösterilerek, kusur nedeniyle işten çıkarılmıştır. İşveren, işçinin bu davranışını kanıtlamak üzere, işçiye temin etmiş olduğu bilgisayarda "kişisel" olarak adlandırılan dosyada yer alan, gönderilen ve alınan e-mail mesajlarına dayanmıştır. İstinaf mahkemesinin işveren lehindeki kararını, Fransız Yargıtayı bozmuş ve işçinin işyerinde dahi olsa, özel yaşamı konusunda haklara sahip olduğunu belirterek, bunun iletişim gizliliği hususunu da kapsadığına hükmetmiştir.

Fransız Yargıtayı'nın vermiş olduğu Nikon kararı büyük bir yankı uyandırmış, söz konusu karar üzerine birçok yorum yapılmıştır²². Nikon kararı ile getirilen esaslar, 17 Aralık 2001 tarihli istinaf mahkemesi kararı ile daha da pekiştirilmiştir²³. Fransız Yargıtayı'nın kararları incelendiğinde, işçinin bilgisi dışında kullanılan teknolojilerle elde edilen delillerin hukuka aykırı olarak kabul edildiği ve bunların ispat aracı olarak kullanılmayacağına kabul edildiği görülmektedir. Nitekim benzer şekilde, video kamera ile yapılan gözetimlerle ilgili olarak Fransız Yargıtayı, işçinin bilgisi dışında kurulan video-gözetim sistemlerinden elde edilen filmlerin işçi aleyhinde kullanılmayacağına hükmetmiş bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, yeni teknolojilerin kullanımı ile elde edilen deliller, elde edilme yöntemi açısından hukuka uygun olup olmadığı noktasının dışında, güvenilirlik açısından da önemli tartışmaları beraberinde getirmektedir. Nitekim ses bantları ve video kamera görüntülerin-

Fransız hukukunda, işverenin yeni teknolojiler kullanarak işçiyi denetleyebilmesi ve gözetleyebilmesi konusunda, şeffaflık, ölçülülük ve kolektif katılım koşullarının yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

de olduğu gibi bilgisayar kayıtları da tahrif edilebilmekte, değiştirilebilmektedir. Fransa'da yargıya intikal eden bir uyuşmazlıkta, işveren işçiye vermiş olduğu bilgisayarda işçinin işi ile ilgisiz bilgilerin bulunduğunu fark etmiş ve bunu noter aracılığı ile tespit ettirmiştir. Bu olayda yargıçlar söz konusu dokümanların bir başka kimse tarafından da bilgisayara yerleştirilebileceği olgusunu dikkate alarak noter tespitlerine değer atfetmemişlerdir²⁴.

Fransız Hukukunda, işverenin yeni teknolojiler kullanarak işçiyi denetleyebilmesi ve gözetleyebilmesi konusunda, şeffaflık, ölçülülük ve kolektif katılım koşullarının yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, işveren öncelikle şeffaflık ilkesine uymak durumundadır. Söz konusu ilkenin dayanağı olan Fransız İş Kodu 121-8 hükmüne göre, "işçi veya işçi adayı hakkında hiçbir bilgi, işçinin veya işçi adayının önceden bilgisine sunulmayan bir yöntemle elde edilemez"²⁵. İkinci olarak işveren ölçülülük sınırları içinde kalmak durumundadır. Nitekim Fransız İş Kodu L. 120-2 hükmüne göre, "hiç kimse bireysel ve kolektif özgürlüklere izlenen amaçla orantılı olmayan sınırlamalar getiremez. Avrupa İnsan Hakları ve Temel Hürriyetleri Sözleşmesi'nde de kısmen dayanağını bulan bu ilkeye göre, işverenin güvenlik ve işletme ihtiyaçları nedeniyle yürürlüğe koyacağı gözetim ve denetim önlemlerinin, bu amaca erişilmesi konusunda orantılı olmasını gerektirmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmenin kişinin özel ve aile hayatı, konutu ve haberleşmesi alanında hak ve özgürlüklerini tanıyan 8. maddesinin, profesyonel yaşamda da uygulanabilir olduğuna hükmetmiş bulunmaktadır.

Kollektif katılım ise, Fransız İş Kodu'nun 432-2. maddesinden ileri gelmektedir. Söz konusu hükme göre, "yeni teknolojilerin işyerinde kullanılmasına ilişkin hazırlık çalışmalarından, eğer bunların iş ilişkilerine etkisi söz konusu ise, işyeri komitesinin önceden haberdar edilmesi ve danışılması gereklidir"²⁶.

Diğer Avrupa Birliği üyesi ülkelerin hukukları incelendiğinde, öncelikle Avrupa Parlamentosu ve Konseyince, 24 Ekim 1995 Tarihinde kabul edilen, "Kişisel Nitelikli Verilerin Değerlendirilmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımına Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Üzerine 95/46 Sayılı Direktif" in (Yönerge) tüm üye ülkelerin iç hukuklarına yansıtıldığı ve

konuyla ilgili düzenlemeler yapıldığı göze çarpmaktadır²⁷. Nitekim anılan sözleşmeye dayanılarak kurulan yetkili kurul ve komisyonların hazırladıkları rapor ve yönetmeliklerle iş ilişkisinde teknolojilerin kullanımına ilişkin ilkeler oluşturmaya çalışılmaktadır. Fransa'da bulunan CNIL (Ulusal Enformasyon ve Özgürlükler Kurulu)'in raporları ve çalışmaları²⁸ uygulamaya ışık tutmaktadır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin yanında, iş hukuku ve medeni hukuka ilişkin hükümler işyerinde özel yaşamın korunmasına hizmet etmektedir. Nitekim Fransız Hukukunda yasalar, işçilerin temel hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlamaların haklı ve orantılı olmasını öngörmekte, Belçika Hukukunda ise ulusal düzeyde imzalanan toplu iş sözleşmesi, işverenlerin işçilerin özel yaşamlarına müdahale yetkilerinin sınırlarını çizmektedir. Nitekim Belçika'da uygulanan ulusal toplu iş sözleşmesinde doğrudan internet ve e-mail kullanımını ile ilgili hükümlere yer verilmiş bulunmaktadır. Söz konusu sözleşmede işverenin izlediği amaçları açıkça izah etmesi gerektiği belirtilmiş ve yasa dışı eylemleri önlemek, işyerinin ekonomik, finansal ve ticari menfaatlerini korumak, teknolojilerin kullanımında güvenliği sağlamak gibi amaçlarla işçilerin gözlemlenebileceği öngörülmüş, internet ve e-maillerin kullanımı konusunda bireyselleştirilmiş bir denetimden ziyade genel bir denetim yöntemi benimsenmiştir²⁹. İtalyan İş Yasası ve Portekiz yeni İş Kodu da işçilerin özel yaşamın korunmasına yönelik hükümler içermektedir. İtalyan İş Yasası'nın 4, 8 ve 15. maddeleri ile Kişisel Verilerin Korunması Yasası (114 ve 115. maddeler) konuya ilişkin düzenlemeler olarak göze çarpmaktadır. Tüm bu yasalar, işçilerin özgürlük ve temel haklarına aykırı olarak değerlendirilen gizli bir biçimde gözetlenmelerinin önüne geçmektedir³⁰. İngiliz Hukukunda da, işverenin işçinin kişisel nitelikteki e-maillerini okuyamayacağı kabul olunmaktadır³¹. İsveç Hukukunda ise, e-mail, telefon ve gözetleme konusu Ceza Yasası ile düzenlenmiş bulunmaktadır. İsveç Veri İnceleme ve Denetleme Komitesi bu konuda bir rapor hazırlamış bulunmaktadır (Processing of Personal data for monitoring of Employees, 2003)³². İşçilerin gözetlenmesi ve video-kamera ile izleme uygulamalarının sınırları Fransa, Danimarka ve Belçika'da (ulusal toplu iş sözleşmesi) yasal düzenlemelerle çizilmektedir³³. Bazı

ülkelerde, işyeri temsilcileri veya sendikaların, işçilerin özel yaşam alanlarını ilgilendiren gözetleme ekipmanlarının kurulması ve kullanılması konusunda belirli ölçüde güç kazandığı görülmektedir. Nitekim Avusturya, Almanya, Lüksemburg ve Hollanda'da işçi temsilcilerinin yeni teknolojilerin kullanımını ve uygulanması konusunda işverenle birlikte karar mekanizmasına katıldığı görülmektedir. Fransa, Finlandiya ve İspanya'da ise işçi temsilcilerine danışılmak ve bilgilendirilmek sureyle uygulamalara gidildiği görülmektedir³⁴.

İnternet ve e-mail kullanımını konusunda özel yasal düzenlemelerin eksikliği Avrupa ülkelerinde yargısal içtihatlarla kapatılmaya çalışılmaktadır. Nitekim Avusturya Hukukunda, Yüksek Mahkeme, 2002 yılında işçilerinin telefonlarının, internet ve e-maillerinin kullanımının gözetlenmesinin işçilerin özel alanlarına müdahale niteliği taşıdığı ve bu nedenle işyeri konseyine danışılması gerektiğine karar vermiş bulunmaktadır. Fransa'da, 2001 yılında verilen ve yukarıda belirtilen Nikon kararı uygulamaya yön vermektedir. İtalyan Hukukunda işverence internet ve e-mailler üzerindeki denetimi Fransa'da olduğu gibi kural olarak sınırlı bir biçimde kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Milano Mahkemesi, işçinin işyerindeki e-mailinin işverence okunmasını özel yaşama bir müdahale olarak görmemiştir. Mahkeme, işyerine ait e-maillerin işverene ait olduğunu tespit ettikten sonra bunların işçilere mesleki amaçlarla verildiğini belirterek işçinin talebini reddetmiştir³⁵. Hollanda'da ise, işçinin işverence sağlanan internet bağlantısını kullanırsa dahi e-maillerinin anayasal bir güvence altında olan gizlilikten yararlanması gerektiğine hükmedilmiştir³⁶.

III. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa Konseyi Ekseninde Kabul Edilen Belgeler

Avrupa Konseyi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması başlığını taşıyan 8. maddesinde, "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir" (f.1) ve "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik re-

fahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir (f.2)” hükümlerine yer verilmiş bulunmaktadır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadında, özel yaşama saygı duyulmasını bekleme hakkının kişinin mesleki ve iş yaşamındaki faaliyet alanında da kabul edilebileceğine hükmetmiş bulunmaktadır³⁷.

Avrupa Konseyi, 28 Ocak 1981 tarihli “Kişisel Verilerin Otomatize İşleme Tabi Tutulması Hakkında Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşme”yi kabul etmiştir. Bu sözleşmenin başlıca amacı, 1’inci maddesinde de belirtildiği üzere, sınırları dahilinde bunu imzalayan taraflardan her birine ait tüm vatandaşların, ulus ve ikametleri her ne olursa olsun, hak ve hürriyetleri ile kişiye ait otomatik işleme girmiş tüm kişisel bilgiler ekseninde özel hayatını korumaktır. Anlaşmanın amaçlarına uygun olarak 2’inci maddesinde "Kişisel bilgi", kişi hakkında belirlenmiş veya belirlenebilecek her türlü bilgi anlamında kullanılmıştır. Kişisel bilgilerle ilgili yapılan işlemler ise temel olarak "veri depolanması, bu veriler üzerinde yapılmış mantıksal ve\veya aritmetik işlemler, verilerin düzeltilmesi, silinmesi, yeniden yapılandırılması veya yayılması" gibi alanlar olarak belirlenmiştir³⁸.

18 Ocak 1989 tarihli, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin kişisel verilerin mesleki amaçlarla kullanımı konusundaki tavsiye kararında işçilerin otomatize şekilde kişisel verilerinin toplanması ve kullanılması konusunda işçilere veya bunların temsilcilerine öncelikle danışılması gerektiği belirtilmiştir. Bu ilkelerin verimlilik ve hareketlerin denetimi konusundaki teknikler bakımından da uygulanacağı açıklanmıştır³⁹.

2. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)

Uluslararası çalışma Örgütü (ILO), 7 Ekim 1996 tarihinde bu konuya ilişkin olarak “İşçilerin Kişisel Bilgilerinin Korunmasına İlişkin Uygulama Kodu”nu⁴⁰ yayınlamış, burada genel olarak bilgilerin korunması konusundaki esasları ve bunların toplanması, güvenliği, depolanması ile ilgili özel koşulları açıklamıştır. Anılan uygulama kodunda, elektronik bir gözetlemenin belirli koşullarda söz

konusu olabileceği, buna göre, böyle bir yöntem ile elde edilen verilerin işçinin değerlendirilmesinde tek kaynak olmaması, işçilerin bu gözetimden, bunun zamanından, kullanılan teknik ve toplanan verilerden haberdar edilmesi belirtilmiş, yine gizli bir gözetimin ancak ülkenin yasalarının izin vermesi durumunda ve ancak suç oluşturabilecek faaliyetleri konusunda şüphelerin söz konusu olması halinde, bunun içine cinsel taciz de dahil olmak üzere mümkün olabileceği açıklanmıştır⁴¹.

3. Avrupa Birliği Mevzuatı

Aralık 2000 tarihinde Nice’de imzalanan Avrupa Birliği Temel Haklar (Bildirgesi) Şartı’nın, 7. maddesinde “...Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” hükmü getirilmiş, 8. maddede ise kişisel bilgilerin korunması düzenlenmiştir. Kişisel bilgilerin korunması başlığını taşıyan 8. maddeye göre, Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir (f.1); “Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasada öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir” (f.2) ve “Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenecektir” (f.3)⁴² hükümlerine yer verilmiş bulunmaktadır⁴³.

24 Ekim 1995 tarihinde, Avrupa Parlamentosu ve Konseyince, “Kişisel Nitelikli Verilerin Değerlendirilmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımına Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Üzerine 95/46 Sayılı Direktif” (Yönerge), kabul edilmiştir⁴⁴. 95/46 Sayılı Direktif”, kişisel verilerin işlenmesinin, ilgili bireyler için yasalara uygun ve doğru olması, özellikle verilerin işlenme amaçlarına uygun ve bunlarla bağlantılı ve yeterli olması, bu amaçların açık ve meşru olması ve verilerin toplanma aşamasında belirlenmesi, verilerin toplanma amaçları ile işlenmesinin sürdürülmesi amaçları arasında uyum sağlanmasına ilişkin hükümler getirmiştir⁴⁵. Yine 1997 yılında telekomünikasyon sektöründe kişisel verilerin ve özel yaşam gizliliğinin korunmasına ilişkin olarak 97/66 sayılı Direktif kabul edilmiştir.

2001 yılında Avrupa Komisyonu bir araştırma yapmış ve söz konusu iki direktifi işçi işveren ilişkileri bağlamında, işçinin korunması konusunda

yeterli bulup bulmadıklarını sosyal taraflara sormuştur⁴⁶. Alınan yanıtlar, işçi-işveren ilişkisi bağlamında kişisel verilerin korunmasını sosyal tarafların önemli gördüklerini ortaya koymuş; ancak, özellikle işveren örgütleri arasında Avrupa Birliği Hukukunda nasıl bir düzenleme olması gerektiği konusunda fikir ayrılıkları söz konusu olmuştur. İşveren örgütleri anılan direktiflerin yeterli olduğunu, devletlere göre bazı farklılıkların söz konusu olabileceğini, esnekliğin önemli olduğunu vurgularken, işçi örgütleri bu direktiflerin son derece genel olduğunu ve işyerinde elektronik iletişim alanında spesifik düzenlemeler yapılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁷. Bu birinci araştırmadan sonra, hazırlanacak yeni direktifin hükümlerini somutlaştırabilmek için Avrupa Komisyonu ikinci bir konsültasyon yapmış ve hazırlanan öneriyi tarafların görüşüne sunmuştur⁴⁸. Taslak, Fransız Hukukuna paralel bir biçimde kişisel maillerin işverence açılmasını engellemekte, yine işçilerin internet üzerindeki faaliyetlerinin kapsamlı biçimde gözetlenmesini belirli koşullara bağlamaktadır. Örneğin, belirli bir işçinin faaliyetinin özel olarak gözetlenebilmesi için yasalara aykırı, suç teşkil eden eylemlerin söz konusu olması gibi koşullar getirilmiştir⁴⁹.

IV. Menfaatler Dengesinin Sağlanması Konusunda Arayışlar

1. Bilgisayar ve İnternet Kullanımı

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız mukayeseli hukuk ve uluslararası hukuk alanında yaşanan tartışmalar, bilgisayar ve internet kullanımına ilişkin özel düzenlemelerin mevcut olmadığı hukukumuz bakımından büyük önem taşımaktadır. Gerçekten, hukukumuzdaki boşluk, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen ilkeler ışığında doldurulabilir. Ancak, yukarıda da görüldüğü üzere, işyerinde internet ve e-mailler üzerindeki işverenin denetimi mukayeseli hukukta da çok tartışmalı bir konuyu oluşturmaktadır. Nitekim A.B.D'de işverene bu konuda geniş bir yetki tanınırken, Avrupa'da işçinin özel yaşam gizliliğinin gözönünde tutularak işverene ancak sınırlı bir denetim hakkı verildiğini görmekteyiz.

Rustad/Paulsson kapsamlı incelemelerinde, Amerikan ve Avrupa Hukukunda, iş hukukuna yaklaşım konusunda belirgin farklılıklar olduğunu belirtmektedir. Gerçekten yazarlara göre, Avrupa'da genel olarak sendikalar Amerika'ya göre daha etkin bir durumdadır. Nitekim işçilerin yönetime katılımı, Avrupa'da gelişmişken Amerikan iş hukuku bu yönden son derece zayıftır. Yazarlar ayıca "iş güvencesi" konusunda yaklaşım farklılığının bu konuda da önemine dikkat çekmektedir. Nitekim Amerikan Hukukunda işçilerin işverence serbestçe işten çıkarılmaları söz konusu olup, Avrupa devletlerinde benimsenen bir "iş güvencesi" sistemi mevcut değildir. Amerikan iş hukukunda kabul edilen "employment at will" teorisi⁵⁰ işverenin işyerinde mutlak hakimiyetini öngörmekte ve iş sözleşmesinin sınırlamalara bağlı olmaksızın feshedilebileceği sonucuna götürmekte, oysa bu durum Avrupa devletlerinin geleneğine açık bir biçimde ters düşmektedir⁵¹.

Söz konusu sistemler arası belirgin farklılık, işçinin temel hakları ile işverenin menfaatleri arasındaki dengenin bulunmasının ne derecede güç olduğunu da ortaya koymaktadır. Gerçekten, bu konuda deyim yerindeyse bir orta yolun bulunması kolay değildir. Ancak, konu ile ilgili uluslararası mevzuatı ve yapılmış olan bilimsel çalışmaları dikkate aldığımızda, taraflar arasındaki dengenin kurulması bakımından şu hususların altını çizmemiz mümkün bulunmaktadır:

Öncelikle, işyerinde işçilere sunulan bilgisayar ve internet teknolojilerinin mesleki amaçlarla kullanılması esastır. Bu anlamda, işçinin kişisel amaçlarla bunlardan yararlanması bir hak olarak kabul edilemez ve işçi işverenden bu teknolojilerin sağlanması konusunda bir talepte bulunamaz. Buna göre, mesleki amaçlar gerektirmediği sürece işverenin bu araçları işçiye sağlaması zorunluluğu bulunmamaktadır. Yine kötüye kullanım durumunda işverenin bu araçların kullanımını yasaklaması mümkün ve geçerlidir⁵².

Öncelikle, işyerinde işçilere sunulan bilgisayar ve internet teknolojilerinin mesleki amaçlarla kullanılması esastır.

Mantıklı sınırlar içinde internet kullanımı, disiplin cezasını gerektiren bir eylem olarak nitelenmemelidir.

Ancak, Fransız Enformasyon ve Özgürlükler Kurulunun (CNIL) 2004 tarihli raporunda da belirtildiği üzere, iletişim ve bilgi çağında, bilgisayar ve internetin işyerinde mesleki amaçlar dışında kullanılmasını bütünüyle yasaklamak, gerçekçi gelmediği gibi, böyle bir uygulama menfaatler dengesi bakımından orantısız görünmektedir⁵³. Dolayısıyla, işin hukuksal boyutu bir yana bırakılacak olursa, işverenin teknolojik araçların kullanımını yasaklaması uygulaması öncelikle sosyal açıdan kabul edilebilir değildir⁵⁴.

Böyle bir yasaklamanın hukuksal olarak kabul edilip edilmeyeceği ise tartışmalıdır. Antonmattei işyerinde kişisel bir yaşamın varlığının kabulü ile kişisel hayata saygı duyulması hususlarının karıştırılmaması gerektiğini, yasalardaki koruyucu düzenlemelerin işçiye işyerinde kişisel bir yaşam sürme olanağı vermeyeceğini savunmakta ve buradan hareketle işverenin yeni iletişim ve haberleşme teknolojilerinin (NTIC) kullanımını tamamen yasaklayabileceği sonucuna ulaşmaktadır⁵⁵. Buna karşılık, G. Lyon-Caen, yukarıda anılan NIKON kararına ilişkin incelemesinde açıkça “işveren işyerinde bilgisayarın mesleki amaçlar dışında kullanımını yasaklayamaz” görüşünü öne sürmüş bulunmaktadır⁵⁶.

Fransa’da, konunun uzmanı hukukçu, sendikacı ve teknisyenlerin katılımıyla oluşturulan bir çalışma gurubunun hazırlamış olduğu “iş ilişkileri ve internet” konulu raporda, işverenin teknolojilerin kullanımını tamamen yasaklamasının hukuksal açıdan da kesin biçimde kabul edilemeyeceği ifade olunmuştur. Gerçekten bu raporda da belirtildiği üzere, bir an için işverenin söz konusu teknolojilerin kullanımını yasaklayabileceği kabul edilecek olursa, işçinin bu yasağa rağmen bunları kullanması, disiplin cezasını gerektirecek bir eylem olarak nitelenebilecektir. Buna karşılık, söz konusu çalışma grubu raporunda belirttiği üzere, böyle bir disiplin cezasını her zaman hukuka uygun görmek mümkün olmayabilecektir. Zira Fransız İş Kodununun 122-43 maddesinde belirtildiği üzere işçiye uy-

gulanan disiplin cezasının suçla orantılı olması gerekir. Dolayısıyla, işçinin mantıklı sınırlar dahilinde kalmak kaydı ile internet kullanması durumunda cezalandırılması mümkün olmayacaktır⁵⁷. Nitekim Versailles İstinaf Mahkemesi 18 Mart 2003 tarihli kararında, işverenin internetin mesleki amaçlar dışında kullanımını mutlak biçimde yasaklamasının ölçülülük açısından uygun olmadığını ve mantık sınırları dahilinde bir kullanıma izin verilmesi gerektiğini, yukarıda belirtilen CNIL raporuna da atıfta bulunarak ifade etmiştir⁵⁸.

Kanımızca, Fransız Hukukunda öne sürülen, işverenin özel amaçlı internet kullanımını tamamen yasaklayamayacağı görüşü, çağın gereklerine daha uygun düşmekte ve hukukumuz bakımından da kabul edilebilir nitelikte bulunmaktadır. Her ne kadar disiplin cezalarını ölçülülük denetimine tabi tutan özel bir yasal düzenleme olmasa da, gerek öğretide⁵⁹ gerekse yargı kararlarında⁶⁰ işçiye uygulanan cezanın eylemle orantılı olması gerektiği kabul olunmaktadır. Dolayısıyla, mantıklı sınırlar içinde internet kullanımı, disiplin cezasını gerektiren bir eylem olarak nitelenmemelidir.

İnternetin üretim ve verimliliğe zarar vermeyecek biçimde, mantıklı, ağı yavaşlatmayacak şekilde kullanımını uygun karşılanmalıdır. Bununla beraber işverenin internetin kullanımı ile ilgili düzenlemeler getirmesi, sınırlamalar koyması mümkün sayılmalıdır⁶¹. Nitekim işveren özel amaçlı internet kullanımını süre bakımından kısıtlayabilir. Öğretide, Alman Hukukundan da istifade ederek, yıllık olarak 100 saat dolayında internet kullanımının normal sayılması gerektiği ifade edilmektedir⁶².

İşveren, bazı sitelere girilmesini yasaklayıcı bir

İnternetin üretim ve verimliliğe zarar vermeyecek biçimde, mantıklı, ağı yavaşlatmayacak şekilde kullanımını uygun karşılanmalıdır. Bununla beraber işverenin internetin kullanımı ile ilgili düzenlemeler getirmesi, sınırlamalar koyması mümkün sayılmalıdır.

sistem (filtreleme veya firewall sistemi) kurabilir, pornografik veya siyasi içerikli (örn. ırklar arası nefreti teşvik eden, fanatik dini eğilimleri olan) sitelere girilmesini engelleyebilir⁶³.

İşyerinin güvenliği açısından bazı programların yüklenmesi, forumlara ve sohbet (chatroom) odalarına girilmesi özellikle virüs tehlikesi açısından işverenin denetimini meşru ve haklı kılmaktadır. Bu durumda CNIL, işçiler açısından bireyselleştirilmiş bir denetim yerine, işyeri bünyesinde ya da işyerindeki bir bölüm içinde global bir denetimi tavsiye etmektedir⁶⁴.

İşçi bilgisayarında kişisel verilerini muhafaza edebilmelidir⁶⁵. Ancak işçi eğer kişisel verilerinin korunmasını, özel yaşam gizliliğinden yararlanmasını istiyorsa, kişisel dosyaları ile mesleki dosyalarını birbirinden ayırmalıdır. İşçi işverence temin edilen bilgisayarının sabit diski üzerinde “kişisel” başlığı altında bir dosya açarak kişisel bilgilerini muhafaza edebilir⁶⁶. Aksi halde, işçinin işyerinde mesleki görevini ifa etmesi esas olduğundan işveren bilgisayardaki her türlü bilgiyi ve veriyi inceleyebilecektir. CNIL böyle bir denetim sonrasında elde edilen verilerin 6 ay süresince saklanmasını yeterli görmekte, bunun internetin kötüye kullanımını önlemek açısından uygun olacağını belirtmektedir⁶⁷.

Fransız Hukukunda işverenin gözetim ve denetim yetkisine ilişkin olarak getirilen sınırlamalar çağın gelişimin uygun ve isabetli düzenlemeler olarak göze çarpmaktadır. Nitekim işçi veya işçi adayı hakkında hiçbir bilginin, işçinin veya işçi adayının önceden bilgisine sunulmayan bir yöntemle elde edilememesi olarak ifade edilen şeffaflık ilkesi, bireysel ve kollektif özgürlüklere izlenen amaçla orantılı olmayan sınırlamalar getirilemeyeceğine ilişkin ölçülülük ilkesi bizim iş yasamıza da yansıtılmalıdır.

İşçi eğer kişisel verilerinin korunmasını, özel yaşam gizliliğinden yararlanmasını istiyorsa, kişisel dosyaları ile mesleki dosyalarını birbirinden ayırmalıdır.

İşçi tarafından işyerindeki bilgisayar aracılığı ile gönderilen ve alınan e-maillerin mesleki nitelikte olduğu fiili bir karine olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, bunların işveren tarafından denetlenebilmesi ve incelenebilmesi kural olarak mümkün sayılmalıdır.

İşverenin işyerinde yeni teknolojilerin kullanım koşullarını işçilerin kollektif katılımı ile belirlemesi ideal bir yöntem olarak görülmektedir. Ancak yönetime katılmanın gelişmemiş olduğu ülkemizde bunun ne şekilde gerçekleşeceği bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Bu noktada sendikaların devreye girerek toplu iş sözleşmeleri ile bu konuda düzenlemeler getirebileceği söylenebilecektir. Ancak bu konuda dünyadaki uygulamalara bakıldığında, sendikalaşma oranının yüksek olduğu, gelişmiş bir kollektif iş hukuku düzenine sahip ülkelerde dahi, imzalanan toplu iş sözleşmelerinde işyerinde yeni teknolojilerin kullanımına ilişkin düzenlemelere çok az yer verildiği görülmektedir⁶⁸. Dolayısıyla, ülkemizde sosyal tarafların bu konuya yeterince eğilebileceğini beklemek gerçekçi olmayacaktır. Dolayısıyla, mukayeseli iş hukukundaki gelişmeler dikkate alınarak yasal düzenlemelere gidilmesi, bize daha uygun bir yol olarak gözükmektedir.

2. E-maillerin Denetimi

İşçi tarafından işyerindeki bilgisayar aracılığı ile gönderilen ve alınan e-maillerin mesleki nitelikte olduğu fiili bir karine olarak kabul edilmelidir⁶⁹. Dolayısıyla, bunların işveren tarafından denetlenebilmesi ve incelenebilmesi kural olarak mümkün sayılmalıdır. Yine işverenin e-mailler üzerindeki denetimini haklı kılan başka gerekçeler de vardır. Nitekim, e-maillerin hukuka aykırı nitelik taşıması⁷⁰, hatta suç niteliği taşıması söz konusu olabilir. E-maillerde bilgisayarlara zarar verici virüslerin transferi söz konusu olabilir. İşçinin gönderdiği mesajlar işyerinin gizli kalması gereken ticari sırlarına ilişkin olabilir⁷¹. Tüm bu durumlarda işverenin bunlar üzerinde gözetim konusunda haklı bir menfaatten bahsetmek mümkündür⁷². İşveren maille-

re eklenen bazı uzantıları (attachment) denetleyebilir ve bunların belirli bir çaptan büyük olanlarını (örneğin ses ve video dosyaları) alınıp verilmesini önleyen araçlar kullanabilir⁷³.

E-maillerin denetimi konusunda, işçinin önceden durumdan haberdar edilmesi taraflar arasında ortaya çıkabilecek muhtemel ihtilafları başından önleyebilecektir. Nitekim bu durumda işçi işverençe sağlanan araçları kullanırken daha dikkatli ve özenli davranma gereğini duyacaktır.

E-maillerin denetimi konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 25 Ocak 1997 tarihli telefon görüşmelerine ilişkin içtihadı referans alınabilir. Nitekim anılan kararda İnsan Hakları Mahkemesi, işçinin işyerinde telefon görüşmelerinin özel kalması konusunda haklı bir beklentiye "reasonable expectation" sahip olabileceğini ortaya koymuştur. Aynı esas e-mailler için de söz konusu olmalı, ve internet/e-maillerin sahibinin işveren olması, Divan'ın anılan kararında olduğu gibi⁷⁴ bunların işverence sınırsız biçimde denetlenebileceği sonucunu ortaya çıkarmamalıdır⁷⁵.

E-maillerin denetimi konusunda işveren işçiden "kişisel dosyalar" gibi bir isim altında bir dosya oluşturmasını ve kişisel e-maillerini orada saklamasını isteyebilir. Böyle bir durumda işverenin bu dosya dışındaki dosyalarda denetim gerçekleştirebilir ve bu durumda taraflar arasında denge sağlanması mümkün olabilir⁷⁶. Yine işçinin bilgisayarını amaç dışı kullandığından şüphelenen bir işveren, bu bilgisayarı incelemeyi önce gereken tedbirleri almalıdır⁷⁷.

İşçinin şirkete ait e-mail adresini özel amaçlı kullanıp kullanamayacağı da tartışılacak bir konudur. Öğretide, işçinin işletmenin e-mail adresini kullansa dahi posta kutusunda aşırı yüklenmeye izin vermemesi gerektiği, yine şirketin e-mail adresini otomatik olarak reklam e-mailleri gönderen internet sayfalarına kaydettirmemesi gerektiği ifade

edilmektedir⁷⁸. Esasen en uygun çözüm, şirket e-mail adreslerinin özel amaçlı kullanımlarına izin verilmesi yerine, şirket çalışanlarının kendilerine özel e-mail hesabı-adresi açmaları ve kullanmalarıdır⁷⁹.

Sonuç olarak, internetin kullanılması konusunda yukarıda da belirtildiği üzere, e-maillerin denetiminde de şeffaflık, ölçülülük ve kollektif katılım esaslarının uygulanması, işçinin özgürlükleri ile işverenin yetkileri arasındaki dengenin sağlanması açısından uygun olacaktır. Bu esasları hayata geçirmek için hukukumuzda yasal düzenlemelere gidilmesi bir gereklilik olarak görünmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 "e-mail" terimi (electronic mail) dilimize "elektronik-posta" veya "e-posta" şeklinde çevrilmektedir. Ancak özellikle konuşma dilinde e-mail deyimini çok daha yaygın biçimde kullanılmaktadır. Hatta konu ile ilgili bir Yargıtay kararında dahi bu deyim tercih edilmiştir. Bkz. Y.9HD,10.2.2005, 424/3763, Çalışma ve Toplum, 2005/II, 220-221. Dolayısıyla çalışmamızda yabancı kökenli dahi olsa, dilimize yerleştiğini düşündüğümüz bu deyimii kullanacağız.
- 2 Bassett, An Overview of E-Mail and Internet Monitoring at the workplace, www. fmew.com/archive/monitoring; bkz. Hipple /Kosanovich, Computer and Internet use at work in 2001, Monthly Labour Review, February 2003, 26 vd.
- 3 Bassett, An Overview of E-Mail and Internet Monitoring at the workplace, www. fmew.com/archive/monitoring; L. E. Rothstein, Privacy Or Dignity?: Electronic Monitoring In The Workplace, New York Law School Journal of International and Comparative Law, 2000, http://cyber.law.harvard.edu/privacy/PrivacyOrDignity (Rothstein).htm.
- 4 Rapport final du groupe de travail 'Relations du travail et internet', http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=396; İnternet kullanımı konusunda Avrupa ülkelerinde yapılmış kapsamlı araştırmalar için bkz.:EUROSTAT, http://europa.eu.int/comm/enterprise/ict/statistics/e-commerce.htm; EIRO,http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn0307101s.html
- 5 E-mailin maliyeti faksla kıyaslandığında, çok daha ucuz bulunmaktadır. Nitekim e-mail, özellikle uluslararası ticaret alanında faksın yerini hemen hemen tamamen almış bulunmaktadır.
- 6 Maalesef ülkemizde internet dünyadaki gelişmiş ülkelere göre daha yavaş olduğu gibi, üstelik daha da pahalı bulunmaktadır. Bu durumun bilgi toplumuna geçiş süreci bakımından önemli bir sorun teşkil ettiği kanısındayız.
- 7 C.A. Ciocchetti, Monitoring Employee E-Mail: Efficient Workplaces vs. Employee Privacy, Duke law & Technology review, http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2001dltr0026.html; A. Keser, Elektronik Postanın Örgütlerde Kullanımı ve Çalışanların Elektronik Posta Kullanımlarına Yönelik Bir Araştırma, http://www.isguc.org/arc_view.php?ex=238
- 8 Bkz. C.J.Muhl, Workplace e-mail and internet use, employees and employers beware, Monthly Labour Review, February 2003, 43.
- 9 Bassett, An Overview of E-Mail and Internet Monitoring at the workplace, www. fmew.com/archive/monitoring.; C.A. Ciocchetti,

E-maillerin denetimi konusunda, işçinin önceden durumdan haberdar edilmesi taraflar arasında ortaya çıkabilecek muhtemel ihtilafları başından önleyebilecektir.

- Monitoring Employee E-Mail: Efficient Workplaces vs. Employee Privacy, Duke Law & Technology Review, <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2001dltr0026.html>; Amerikan İdareciler Birliği'nin raporu, işçilerin internet bağlantılarının ve e-maillerinin işverence denetim nedenlerini ayrıntılı biçimde incelemektedir. American Management Association (AMA) raporu için bkz: www.amanet.org/research/pdfs/ems_short2001.pdf
- 10 American Management Association (AMA) raporu için bkz: www.amanet.org/research/pdfs/ems_short2001.pdf
- 11 Bassett, An Overview of E-Mail and Internet Monitoring at the workplace, www.fmew.com/archive/monitoring.
- 12 Bkz. L. Keller, Monitoring employees: Eyes in the workplace, January 2, 2001, <http://archives.cnn.com/2001/CAREER/trends/01/02/surveillance/>
- 13 Yapılan bir araştırmada işçileri gözetlemek amacıyla hizmet eden program ve araç satışlarının 2001 yılında yıllık 140 Milyon Amerikan Doları civarında olduğu ifade edilmektedir. Bkz. D.M. Towns, Legal Issues Involved in Monitoring Employees' Internet and E-Mail Usage, <http://www.gigalaw.com/articles/2002-all/towns-2002-01-all.html>; Nitekim, güncel bir araştırmada bu rakamın 2006 yılında 662 milyon Amerikan Dolarına ulaşacağı belirtilmektedir. Bkz. Rustad/Paulsson, Monitoring employee e-mail and internet usage: Avoiding the omniscient electronic sweatshops: Insights from Europe, <http://lrs.nellco.org/suffolk/ip/papers/6>. Söz konusu programlar ve özellikleri konusunda bkz.: C.A. Ciocchetti, Monitoring Employee E-Mail: Efficient Workplaces vs. Employee Privacy, Duke Law & Technology Review, <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2001dltr0026.html>.
- 14 Anılan örnek olaylarda, işten çıkarılan ve disiplin cezasına çarptırılan işçi sayısının fazlalığı medyanın da dikkatini çekmiştir. Bkz. Bassett, An Overview of E-Mail and Internet Monitoring at the workplace, www.fmew.com/archive/monitoring, 2; D.M. Towns, Legal Issues Involved in Monitoring Employees' Internet and E-Mail Usage, <http://www.gigalaw.com/articles/2002-all/towns-2002-01-all.html>
- 15 Kararın tam metni için bkz.: http://www.loundy.com/CASES/Smyth_v_Pillsbury.html
- 16 C.J.Muhl, Workplace e-mail and internet use, employees and employers beware, Monthly Labour Review, February 2003, 37-38; Bassett, An Overview of E-Mail and Internet Monitoring in the workplace, www.fmew.com/archive/monitoring, 5; Melissa A. Walls, E-Mail and Internet Monitoring in the Workplace: Has the Tide Turned on Employer Impunity? Juris Magazine - The Duquesne University School of Law, <http://www.juris.duq.edu/winter2001/email.htm>
Örnek davalar olarak bkz: http://www.loundy.com/CASES/Bourke_v_Nissan.html; <http://www.law.seattleu.edu/fachome/chonm/Cases/shoars.html>
- 17 Amerikan hukukunda, mahkemelerin "mülkiyet hakkı teorisini" (property rights theory) üstün tutarak çözüme gittiği belirtilmektedir. Rustad/Paulsson, Monitoring employee e-mail and internet usage: Avoiding the omniscient electronic sweatshops: Insights from Europe, <http://lrs.nellco.org/suffolk/ip/papers/6>, 45.
- 18 Personal folders.
- 19 Server.
- 20 Rustad/Paulsson, Monitoring employee e-mail and internet usage: Avoiding the omniscient electronic sweatshops: Insights from Europe, <http://lrs.nellco.org/suffolk/ip/papers/6>; Bassett, An Overview of E-Mail and Internet Monitoring in the workplace, www.fmew.com/archive/monitoring, 5; D.M. Towns, Legal Issues Involved in Monitoring Employees' Internet and E-Mail Usage, <http://www.gigalaw.com/articles/2002-all/towns-2002-01-all.html>
- 21 Fransız Yargısının konuya ilişkin gelişimi incelendiğinde ilk kez 2001 yılında Fransız Yargıtayı (Chambre Sociale de la Cour de Cassation) ve Paris İstinaf Mahkemesi, iletişimin gizliliği konusundaki düzenlemelerin mesleki amaçlarla verilen elektronik postalar için de geçerli olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Ancak e-maillerin denetimi konusundaki ilkeler esas olarak, Fransız Yargıtayı'nın 2 Ekim 2001 tarihinde verdiği NIKON kararı ile ortaya konulmuş bulunmaktadır. Karar metni için bkz. Droit Social, Novembre 2001, 920 karara internet üzerinden ulaşmak için: <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/cass20011002.pdf>
- 22 Bkz. J-E. Ray, Courier prive et courier personel, Cass. Soc. 2 Octobre 2001, Nikon, Dr. Soc. Novembre 2001 915 vd.; P-H, Antonmattei, NTIC et vie personnelle au Travail, Droit Social, Janvier 2002, 37 vd.; F. Leplat, le courriel (e-mail) personnel du salaire, à propos d'un arrêt de principe non dépourvu de limites: cass. soc. 2 octobre 2001, <http://www.glose.org/nikon.htm>; Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi'nin ulaştığı sonucun 2002/58 sayılı AB direktifine uygun olduğu görüşü : G.Folzer/M.Abboud, Cybersurveillance des salariés et règles de preuve devant les Prud'hommes, www.strasbourg.cci.fr/point_economique/221/cybersurveillance_des_salaries.pdf; anılan direktif için bkz.: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=32002L0058&model=guichett
- 23 17 Mayıs 2005 (Cass. Soc. n°03-40.017) tarihli kararında da Yüksek Mahkeme benzer bir sonuca varmıştır. Somut olayda, işveren işçinin çekmesinde erotik fotoğraflar olduğunu görmüş, daha sonra işçinin bilgisayarını açarak incelemiştir. Burada da "kişisel" adı altında açılan dosyaya giren işveren yine pornografik içerikte resim ve dosyalar tespit etmiştir. Bunun üzerine işveren işçinin iş sözleşmesini feshetmiş, Paris İstinaf Mahkemesi feshi yerinde bulan bidayet mahkemesi kararını onamıştır. Ancak Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi, işverenin işçinin bilgisayarında kişisel adı altında kaydedilmiş bir dosyayı ancak işçinin huzurunda açabileceğini belirterek kararı bozmuştur. A.Curtet, Cybersurveillance: la cour de cassation précise l'arrêt Nikon, http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1082; kararın tam metni için bkz.: <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=926>
- 24 S. Darmaisin, L'ordinateur, l'employeur et le salaire, Dr. Soc. 6 Juin 2000, 587; CA, Rouen, 14 Mai 1996, Richeveaux, 15 dn.63; ayrıca Rapport CNIL, Cybersurveillance sur les lieux de travail, <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/rapports/Rcybersurveillance-2004-VD.pdf>, 13.
- 25 Söz konusu hükmün 95/46 sayılı AB direktifine uygun olduğu görüşü: G.Folzer / M. Abboud, Cybersurveillance des salariés et règles de preuve devant les Prud'hommes, www.strasbourg.cci.fr/point_economique/221/cybersurveillance_des_salaries.pdf
- 26 Bkz. J-C. Patin, La surveillance des courriels électroniques par l'employeur, Secret des Correspondances, 10 aout 1999, <http://www.juriscom.net/pro/1/priv19990810.htm>
- 27 F. Hendrickx, Protection of Workers' Personal Data in European Union, Surveillance and Monitoring at Work, 91; bkz. O. Tissot, Internet et Contrat de travail, Droit Social, Fevrier 2000, 150 vd.

- 28 Bkz. www.cnil.fr.
- 29 Delbar/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn0307101s.html>, 12
- 30 Temperton / Norbury, Workplace Monitoring at Europe, <http://www.newsweaver.co.uk/bnainternational/e-article/000223334.cfm>, 1.
- 31 Bkz. Monitoring Employees at Work, http://www.bizhelp24.com/business_law/employee-monitoring.shtml
- 32 Temperton / Norbury, Workplace Monitoring at Europe, 1.
- 33 Delbar/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn0307101s.html>, 12; Temperton / Norbury, Workplace Monitoring at Europe, 1.
- 34 Delbar/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn0307101s.html>, 12.
- 35 Temperton / Norbury, Workplace Monitoring at Europe, 2.
- 36 Delbar/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn0307101s.html>, 14.
- 37 Delbar/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn0307101s.html>, 2; Rustad/Paulsson, Monitoring employee e-mail and internet usage: Avoiding the omniscient electronic sweatshops: Insights from Europe, <http://lrs.nellco.org/suffolk/ip/papers/6>.
- 38 M. Doğan, Kişisel Verilerin Korunmasında AB Standartları ve Türkiye'nin Durumu, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/35_sayi/yeni/web/makaleler.
- 39 Delbar/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn0307101s.html>, 5.
- 40 Code of Practice on the protection of workers personal data
- 41 Bu konuda Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kapsamlı bir yayını olarak bkz: ILO, Protection of worker's Personal Data, www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/english/download/e000011.pdf; Delbar/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn0307101s.html>, 1-2.
- 42 F. Hendrickx, Protection of Workers' Personal Data in European Union, Surveillance and Monitoring at Work, europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/dataprotection_hendrickx_combinedstudies_en.pdf, 91. Delbar/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn0307101s.html>, 5.
- 43 Bkz. Rustad/Paulsson, Monitoring employee e-mail and internet usage: Avoiding the omniscient electronic sweatshops: Insights from Europe, <http://lrs.nellco.org/suffolk/ip/papers/6>.
- 44 Bkz: O. Tissot, Internet et Contrat de travail, Droit Social, Fevrev 2000, 150 cd.
- 45 M. Doğan, Kişisel Verilerin Korunmasında AB Standartları ve Türkiye'nin Durumu, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/35_sayi/yeni/web/makaleler.
- 46 Bkz: First Stage Consultation Of Social Partners On The Protection Of Workers' Personal Data, http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/dataprotfirststageconsultations_en.pdf
- 47 Rustad/Paulsson, Monitoring employee e-mail and internet usage: Avoiding the omniscient electronic sweatshops: Insights from Europe, <http://lrs.nellco.org/suffolk/ip/papers/6>; First Stage Consultation Of Social Partners On The Protection Of Workers' Personal Data, http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/dataprotfirststageconsultations_en.pdf
- 48 Komisyonun ikinci konsültasyonu için: Second Stage consultation with the community social partners on the protection of personal data in the employment context, http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/oct/data_prot_en.pdf; ayrıca: http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/nov/181_en.html
- 49 Second stage consultation with the Community social partners on the protection of personal data in the employment context, 16-17; Rustad/Paulsson, Monitoring employee e-mail and internet usage: Avoiding the omniscient electronic sweatshops: Insights from Europe, <http://lrs.nellco.org/suffolk/ip/papers/6>.
- 50 "İşverenin arzusunda veya keyfine göre istihdam" şeklinde dilimize çevrilebilir.
- 51 Monitoring employee e-mail and internet usage: Avoiding the omniscient electronic sweatshops: Insights from Europe, <http://lrs.nellco.org/suffolk/ip/papers/6>.
- 52 Rapport final du groupe de travail 'Relations du travail et internet', <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=396>
- 53 Rapport CNIL, Cybersurveillance Sur les lieux de travail, 12.
- 54 Rapport final du groupe de travail 'Relations du travail et internet', <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=396>; Z.Okur, İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.8, Sayı:2, 2005, 63.
- 55 NTIC et vie personnelle au travail, 38-39
- 56 (Antonmattei, 38'den naklen),
- 57 Rapport final du groupe de travail 'Relations du travail et internet', <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=396>
- 58 A-M Pecoraro/C. Poux-Guillaume, Securite Et Preuve Informatique, www.bignonlebray.com/Images/Upload/supportsinternes2005/Securitepreuveinfo3B.ppt
- 59 A. Başbuğ, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, 231; E. Özdemir, İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, 1274
- 60 Y.9HD, 13.4.2005, 2004/24264 2005/13004, Çalışma ve Toplum, 2005/3, Sayı.6, 262-263.
- 61 Rapport final du groupe de travail 'Relations du travail et internet', <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=396>
- 62 Z. Okur, İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, 59 vd.
- 63 Rapport final du groupe de travail 'Relations du travail et internet', <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=396>; hukukumuz bakımından aynı yolda: Okur, İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, 60 vd.
- 64 Rapport CNIL, Cybersurveillance Sur les lieux de travail, 12.
- 65 Buna karşılık Okur'a göre, işçilerin işverenin bilgisayar ve internetini kullanarak birtakım dosyaları indirip, CD ya da diskete kendi ev bilgisayarlarında kullanmak üzere kaydetmeleri izin kapsamında değildir. Yazara göre, internet üzerinden çok sayıda

- bilgi ve müzik dosyasının indirilmesi de işverenin bilgisayarında yavaşlamaya ve hatta virüs bulaşmasına yol açarak işletim sisteminin çökmesine neden olabileceğinden sorunlar yaratabilecektir. (İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, 62-63).
- 66 Rapport final du groupe de travail 'Relations du travail et internet', <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=396>.
- 67 Cybersurveillance sur les lieux de travail, Rapport CNIL,13.
- 68 Delbar/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/07/study/tn0307101s.html>, 19-20.
- 69 A-M Pecoraro/C. Poux-Guillaume, Securite Et Preuve Informatique, [www.bignonlebray.com/Images/Upload/ supportsinternes2005/ Securitepreuveinfo3B.ppt](http://www.bignonlebray.com/Images/Upload/supportsinternes2005/Securitepreuveinfo3B.ppt)
- 70 Ülkemiz bakımından yeni iletişim teknolojileri ile ilgili uyumsuzluklar Batıda incelediğimiz boyutta gündeme gelmemiştir. Bununla beraber Yargıtay'ın nadir de olsa bunlarla ilgili kararlarına rastlamak mümkündür. Nitekim 10.2.2005 tarihli kararında Yargıtay, genel müdüre uygunsuz bir e-mail gönderen, daha sonra da bunun okunmasını engellemek için genel müdürün masasındaki bilgisayarı açarak silen işçilin davranışını, fesih için geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Y.9HD, 10.2.2005, 424/3763, Çalışma ve Toplum, 2005/II, 220-221.
- 71 <http://www.men.minefi.gouv.fr/webmen/revuedeweb/cybersurveillance.html>
- 72 Fransa'da yaşanan Ikea vakası bu konuda örnek olarak gösterilebilir. Somut olayda, işçileri işe alma konusundaki üst düzey yetkililerden biri katalog dağıtıcı olarak işe alınacak adayların siyahlar arasında seçilmemesini, zira bu işçilere müşterilerin kapıyı daha zor açtığı, zorluk çıkardığı konusunda Intranet aracılığı ile bir mesaj göndermiştir. Bunun ortaya çıkması üzerine Ikea firması, Versailles Mahkemesi tarafından, ayrımcılık nedeniyle 2 Nisan 2001 tarihinde 30.000.F. cezaya çarptırılmıştır. M. Amegée, Le contrat de travail à l'épreuve des NTIC, Le temps effectif de travail et le lien de subordination sont-ils remis en cause?, http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=89, 15.
- 73 Okur, İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, 60 vd.
- 74 Divan'ın bu karara konu olan olayda davalı İngiliz hükümetinin savunması da, telefonların işverenin mülkiyetinde olduğu için temel hakların ihlalinin söz konusu olmayacağı yolunda idi. Bkz. S.Rogerson/ N.B. Fairweather, Surveillance in the workplace, <http://www.ccsr.cse.dmu.ac.uk/resources/general/ethicol/Ecv8no3.html>
- 75 S.Rogerson/ N.B. Fairweather, Surveillance in the workplace, <http://www.ccsr.cse.dmu.ac.uk/resources/general/ethicol/Ecv8no3.html>.
- 76 G.Folzer / M. Abboud, Cybersurveillance des salariés et règles de preuve devant les Prud'hommes, www.strasbourg.cci.fr/point_economique/221/cybersurveillance_des_salaries.pdf.
- 77 A-M Pecoraro/C. Poux-Guillaume, Securite Et Preuve Informatique, [www.bignonlebray.com/Images/Upload/ supportsinternes2005/ Securitepreuveinfo3B.ppt](http://www.bignonlebray.com/Images/Upload/supportsinternes2005/Securitepreuveinfo3B.ppt)
- 78 Okur, İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, 61 vd.
- 79 Okur, İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, 62-63; belirtmek gerekir ki, bugün internet üzerinde faaliyet gösteren birçok siteye (örneğin google, hotmail, yahoo, lycos) kayıt olunarak, üstelik herhangi bir para ödmeden e-mail adresi almak mümkündür.

Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi

Giriş

İki taraflı bir iş ilişkisinde bile iş sözleşmesinin feshi, hukukçuları en çok meşgul eden konu olarak varlığını sürdürmektedir. Buna karşılık, üçlü bir yapısı olan ödünç iş ilişkisinde, biri ödünç alan ve veren işveren arasındaki “ödünç işçi sözleşmesi”, diğeri ise ödünç işçiyle ödünç veren işveren arasındaki iş sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme mevcut olduğundan, ilişkinin sona ermesi müessesini kolay bir şekilde incelemek mümkün değildir. Bu nedenle, söz konusu hususu muhtelif başlıklar altında ve birçok alternatifini dikkate alarak inceleme ihtiyacı doğmaktadır.

1. Tarafların Anlaşması

“Sözleşme serbestisi” ilkesinin bir sonucu olarak, özgür iradeleriyle iş sözleşmesini yapan taraflar, yine özgürce ve diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirebilirler. Sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli yapılmış olmasının bir önemi yoktur ve sona erdirmeye yönelik anlaşma yazılı olabileceği gibi örtülü de pekâlâ olabilir¹. Taraflar sözleşmenin derhal sona erdirilmesini kararlaştırabilecekleri gibi, belli bir süre sonrayı da sona erme tarihi olarak belirleyebilirler. Unutulmamalıdır ki, ikale karşılıklı ve birbirine uygun iki iradenin birleşmesi ile söz

konusu olur ve iş sözleşmesinin feshi ile ilgili hükümler burada uygulanmaz.

1.1. İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi Konusunda Anlaşma

Yukarıda da ifade edildiği üzere, “ödünç işçiyle”, sözleşmesel ilişki içinde olduğu işvereni “ödünç veren işveren”, aralarında anlaşarak diledikleri zaman mevcut iş sözleşmesini sona erdirebilirler ve bu bir fesih olmadığından, herhangi bir tazminat yükümü de söz konusu olmayacaktır. Ancak, iki taraflı olan bu iş ilişkisinin sona ermesi, doğal olarak bu ilişkiye bağlı olarak oluşmuş olan ödünç iş ilişkisini de neticelendirecektir. Zira iş sözleşmesinin hukuki varlığını kaybetmesiyle birlikte, ödünç iş ilişkisinin konusunu teşkil eden işçinin ödünç alan işverenle arasındaki ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Ödünç iş ilişkisinin varlığını sürdürmesi, ödünç veren işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinin devamı koşuluna bağlıdır. Bir başka deyişle, ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi fesih veya başka herhangi bir nedenle sona ererse, ödünç iş ilişkisi de doğal olarak nihayetlenecektir². Ödünç iş ilişkisi, içinde ödünç veren işveren, ödünç alan işveren ve ödünç işçinin bulunduğu üçlü bir ilişkidir ve söz konusu

ilişkinin devam edebilmesi için, adı geçen her üç unsurun da varlığı gerekmektedir. Bu anlamda, işçi ile ödünç veren işveren arasındaki iş sözleşmesinin taraflarca sona erdirilmesi durumunda ödünç iş ilişkisi de kendiliğinden son bulmalıdır kanısındayız.

Akyiğit ise, konuya daha farklı yaklaşmakta ve iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla sona ermesinin, ödünç iş ilişkisini de etkileyeceğini belirtmekte, ancak böyle bir durumun bir bütün olarak ödünç iş ilişkisini de sona erdireceğinin kabulünün, ödünç iş ilişkisinin üçlü niteliğiyle bağdaşır görünmediğini ifade etmektedir. Yazara göre; “işçi iş sözleşmesinde bir üçüncü kişiye karşı hizmet görme borcunu ifa etmeyi üstlenmiş ve ödünç veren işveren de kendisini söz konusu üçüncü kişiye göndermiştir. Bu anlamda, iş sözleşmesinin taraflarca yapılan bir anlaşmayla sona erdirilmesi de, ödünç alanın rızası olmadıkça ödünç işçi sözleşmesini sona erdirmeyecek, fakat ödünç verenin sorumluluğuna yol açacaktır. Çünkü iki tarafın bir araya gelmesi, üçlü olan bu ilişkiyi sona erdirmeye yeterli değildir.”³

Ne var ki, ödünç iş ilişkisi gerçekten de üç ayaklı bir ilişki olmakla birlikte, ortada tek bir sözleşme değil, iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Üstelik bu sözleşmelerden bir tanesinin (ödünç işçi sözleşmesi) hükümlerini doğurabilmesi için, diğer sözleşme olan iş sözleşmesinin varlığını hukuken devam ettiriyor olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, ortada geçerli bir iş sözleşmesi ve onun hukuki ilişki içindeki tarafları olmalıdır ki, bu taraflar işçinin bir başka işverene iş görme borcunu ifa etmesine yönelik bir anlaşma yapabilsinler ve böylece ödünç iş ilişkisi doğabilsin. Bu anlamda, iş sözleşmesinin hukuken sona ermesi durumunda, eşyanın tabiatı gereği ödünç iş ilişkisi de sona ermelidir.

Ancak, kanımızca iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda ödünç iş ilişkisi de sona erecek olmakla birlikte⁴, iş sözleşmesinin sona erme nedeni üzerinde de durulmalıdır. Ödünç iş ilişkisinin neticelenmesinden zarar gören ödünç alan işverenin, zararının tazmini için ödünç veren işverene başvurabileceği düşüncesindeyiz. Eğer sözleşmenin sona ermesinde ödünç veren işverenin bir kusuru söz konusu ise, kendisine başvuru olan ödünç veren işveren, ödünç alan işverenin zararlarını kendisi kar-

şılama durumunda olacaktır. Ancak, sözleşme işçinin kusuru nedeniyle sona ermişse, ödünç veren işveren zararı yine karşılayacak olmakla birlikte, söz konusu ödemeden dolayı ödünç işçiye rücu edebilecektir. Hemen ifade etmek gerekir ki, böyle bir durumla karşılaşılması için ödünç işçi sözleşmesinde, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçinin değiştirilebileceği hükmü bulunmalıdır. Bu sayede, yukarıda değindiğimiz tazminat yükümlülüklerine ilişkin sorunlarla karşı karşıya kalınmayabilecektir. Ancak, sadece belli bir işçinin ismen belirlenerek ödünç olarak verilmesi yönünde bir anlaşma yapılmışsa ve iş sözleşmesi de ödünç veren işverenin kusuruyla sona ermişse, belirtilen tazminat yükümlülüğünün bertaraf edilmesi mümkün olmayacaktır.

Nihayet, iş sözleşmesi taraflarca anlaşarak sona erdirilmesine rağmen işçi halen ödünç alan işveren konumundaki işverenin işyerinde çalışmaya devam ediyorsa, işçi ile ödünç alan işveren arasında belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin yapılmış olduğu sonucuna varılmalıdır.

1.2. Ödünç İşçi Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi Konusunda Anlaşma

Ödünç veren işveren ve ödünç alan işveren isterlerse anlaşarak ödünç işçi sözleşmesini sürenin dolmasından önce her zaman sona erdirebilirler⁵. Bu yönde bir anlaşma doğal olarak ödünç iş ilişkisini neticelendirecektir. Bunun yanında, ödünç alan veya ödünç veren işverenin ödünç işçi sözleşmesini feshetmeleri ile ya da Borçlar Hukukundan kaynaklanan muhtelif sebeplerle de ödünç iş ilişkisi sona erebilecektir. Böylece, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki ilişki noktalanacak ve işçi ile sözleşmesel ilişki içinde olduğu ödünç veren işveren arasındaki iş ilişkisi bağımsız olarak devam edecektir⁶.

Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, ödünç veren işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesi ödünç iş ilişkisini sona erdirecek olmasına karşın, ödünç iş ilişkisinin neticelenmesi iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmaya-caktır⁷. Zira, herhangi bir nedenle ödünç iş ilişkisi sona erdiğinde, ödünç işçi ödünç veren işverenin işyerine dönüp çalışmak, ödünç veren işveren de ona iş vermekle yükümlü olacaktır⁸. Akyiğit'e göre ilke olarak bu sonuca ulaşmak mümkün olduğu

halde, işçi ile ödünç veren işverenin yapmış oldukları sözleşmede, böyle bir durumda iş sözleşmesinin de sona ereceği kararlaştırılabilir. Yazara göre; işçiyle iş sözleşmesi yapıldıktan sonra işçi aynı gün derhal ödünç olarak verilmişse, aslında işçiyle ödünç iş ilişkisi süresiyle sınırlı bir iş sözleşmesinin yapılmak istendiği söylenecektir ve bu da iş sözleşmesinin ödünç süresiyle sınırlı tutulması yasağının aşılması anlamına gelecektir. Buna karşılık, iş sözleşmesi daha önce yapılmışsa ve bir süre sonra işçi ödünç olarak verilmişse ve işçi ödünç verilirken sözleşmede, ödünç işçi sözleşmesinin taraflarca ortadan kaldırılması halinde iş sözleşmesinin de böylece son bulacağı kararlaştırılmışsa, yazara böyle bir hükmün mevcudiyetinin geçerli olduğunu ifade etmektedir⁹.

Ödünç işçi sözleşmesiyle sınırlı bir iş sözleşmesi yapılamayacağı hususunda yazara daha da öteye giderek katılmaktayız. Şöyle ki; daha önce de ifade ettiğimiz üzere, İş Kanunu md.11/1 uyarınca belirli süreli iş sözleşmesinin objektif sebeplerin varlığı halinde yapılabileceği dikkate alındığında, sadece ödünç süresiyle sınırlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı, zira bunun objektif bir neden olarak kabul edilemeyeceği ve söz konusu sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi gerektiği ortaya çıkabilecektir. Ne var ki, bir işveren ödünç işçiyle yapacağı sözleşmeyi ödünç işçi sözleşmesi süresiyle sınırlandırmak isterse, bu amacına işçiyle arasında yapacağı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle de ulaşabilmesi pekala mümkündür. Şöyle ki, ödünç veren işveren ödünç işçiyle aralarındaki iş sözleşmesini süreli fesih bildiriyle sona erdirmek isteyebilir ve bildirim önelerinin sonunu da ödünç işçi sözleşmesi süresinin sonuna denk getirebilir. Görüldüğü üzere, böyle bir durumda da sözleşme ödünç işçi sözleşmesi süresiyle sınırlandırılmış olacaktır. Kanımızca, ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki sözleşmenin gerek belirli süreli, gerekse belirsiz süreli yapılması durumlarında, eğer sözleşme, ödünç işçi sözleşmesinin süresiyle sınırlı olarak yapılmışsa, artık ödünç işçi vermeden bahsedilemeyeceğine, zira tarafların amacının bu olmadığına, bu nedenle de işçiyle ödünç alan işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulmuş olduğunun kabulüne karar verilmesi gerekmektedir. Zira böyle bir durumda, iş sözleşmesinin ödünç süresiyle sınırlı tutulamayacağı husu-

sunu riayet edilmemiş olacaktır.

Ancak, iş sözleşmesinin daha önce yapılması ve bir süre sonra işçinin ödünç olarak verilmesi ve işçi ödünç verilirken de sözleşmede, ödünç işçi sözleşmesinin taraflarca ortadan kaldırılması halinde iş sözleşmesinin de böylece son bulacağına kararlaştırılması halinde, bu hükmün geçerli olabileceği görüşüne, mevcut yasal hükümler dikkate alındığında katılmıyoruz. Şöyle ki; 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca; "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 işçiyi bağlamaz". Söz konusu durumda, iş sözleşmesi önceden belirli ya da belirsiz süreli yapılmış olabilir. İşçi ödünç verilirken sözleşmede, ödünç işçi sözleşmesinin taraflarca ortadan kaldırılması halinde iş sözleşmesinin de böylece son bulacağına kararlaştırılması halinde, önceden yapılmış olan belirli süreli iş sözleşmesinin süresi değiştirilmiş, önceden yapılmış belirsiz süreli iş sözleşmesi de belirli süreli iş sözleşmesi haline dönüştürülmüş olacaktır. Birinci durumda sözleşmenin süresi değiştirilerek çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılmış olacak, ikinci durumdaysa sözleşmenin türü tümüyle değiştirilmiş olacaktır. Kanımızca, her iki halde de İş Kanunu md.22 hükümlerine uygun bir şekilde hareket edilmesi ve bu tür değişiklikler yapılabilmesi için işçiye yazılı bildirim ve onun da yazılı onayının alınması şartı yerine getirilmelidir. Bu nedenle, Akyiğit'in md.22'nin bulunmadığı dönemde yapılmış olan "hükmün geçerli olduğu" yönündeki söz konusu yorumuna katılmamızın, bugünkü mevcut düzenleme karşısında mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

2. Ödünç İşçi Sözleşmesinin Süresinin Sona Ermesi

Ödünç işçi sözleşmesi, taraflarca belirlenmiş olan sürenin sona ermesiyle kendiliğinden sona erer. Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren tarafından düzenlenen ve işçinin rızasıyla yürürlüğe girebilecek ödünç işçi sözleşmesi, yine söz konusu üç tarafın iradesiyle yenilenmediği takdirde

işçi, kendisine sözleşmesel ilişkiyle bağlı olduğu ödünç veren işverenin işyerine dönmek ve ödünç veren işveren de kendisine iş vermekle yükümlüdür¹⁰. Ödünç işçi sözleşmesinin, işçi ile ödünç veren işveren arasındaki belirli süreli iş sözleşmesiyle sınırlı olarak yapılması halinde, ödünç işçi sözleşmesinin sona ermesinin belirli süreli iş sözleşmesini ne ölçüde etkileyeceği hususunda ise, belirli süreli iş sözleşmesinin ödünç işçi sözleşmesi süresiyle sınırlı olarak yapılmasının mümkün olmadığını kabul etmek kanımızca en doğru çözüm olacaktır. Unutulmamalıdır ki, İş Kanunu md.11/1 uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi sadece madde örnekleri sayılan objektif sebeplerle yapılabilir ve sadece ödünç süresiyle sınırlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılamaz, zira bu sebep objektif bir neden olarak kabul edilemeyecektir ve doğal olarak işbu iş sözleşmesi belirsiz süreli bir iş sözleşmesi niteliği taşıyacaktır.

Belirtmek gerekir ki, Akyiğit'e göre; işçi ile ödünç veren işveren arasındaki iş sözleşmesinin bitimine bir süre kala, ancak kalan süreden daha uzun süreli bir ödünç işçi sözleşmesi yapılırsa, örneğin üç yıllık bir belirli süreli iş sözleşmesinin bitimine dört ay kala sekiz aylık¹¹ bir ödünç işçi sözleşmesi akdedilirse, iş sözleşmesinin de süresinin dört ay süreyle uzatıldığı sonucuna varılacaktır¹². Ne var ki, böyle bir yorum yapılması halinde, öncelikle yazarın da belirttiği gibi BK.md.339/1'e aykırı bir yorum yapılmış olacaktır, zira söz konusu maddeye göre; "muayyen bir müddet için yapılan hizmet akdi bu müddetin mürurundan sonra her iki tarafın sükutu ile temdit edildiği takdirde, akid, aynı müddet ve fakat nihayet bir sene için tecdit edilmiş sayılır". Görüldüğü üzere yeni sözleşme de belirli sürelidir. Ancak önceki sözleşme bir yıldan az süreli yapılmışsa yenilenen sözleşme de aynı müddet devam edecektir; bununla birlikte, önceki sözleşme 1 yıl veya daha uzun süreli yapılmışsa yenilenen, sözleşme 1 yıl devam edecektir. Kanımızca Borçlar Kanunu'nun bu maddesine uygun davranılmalı ve önceki sözleşmenin süresine göre, uzatma süresi belirlenmelidir. Yazarın vermiş olduğu örneğe benzer bir misal vermek gerekirse; iki yıllık yapılmış bir belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesine iki ay kala, altı ay süreli bir ödünç işçi sözleşmesi yapılırsa ve işçi ödünç olarak çalışmayı kabul edip, iki yılın sona ermesinden sonra

da çalışmaya devam ederse, işveren de kendisini çalıştırırsa, iki yıl süreli sözleşme, dört ay süreyle değil, fakat bir yıl süreyle uzatılmış olacaktır. Bunun sonucu olarak da, ödünç işçi sözleşmesinin süresi sona erdiğinde, işçi ödünç veren işverenin yanına dönecek ve ödünç veren işveren de kendisini, süresi bir yıl uzatılmış olan sözleşmenin sonuna kadar, örneğimizde sekiz ay daha çalıştırmak mecburiyetinde kalacaktır.

3. İşçinin Ödünç Alan İşverenin Yanında Çalışmaya Devam Etmesi

3.1. Ödünç İşçinin Sorumluluğu

4857 sayılı İş Kanunu md.7/2 uyarınca; ödünç iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir. Bir başka deyişle, en fazla altı ay süreyle kurulabilen ödünç iş ilişkisinin süresinin öncelikle on iki aya, daha sonra da ise on sekiz aya kadar uzatılması mümkündür. Her uzatmada işçinin rızasının alınması gerekli olmakla birlikte, işçi herhangi bir itirazı olmaksızın çalışmaya devam ediyor, ödünç alan işveren de işçiyi çalıştırıyorsa, ödünç işçi sözleşmesinin aynı süreyle uzadığını kabul etmek gerekmektedir. İki taraflı normal bir iş ilişkisi çerçevesinde yapılan iş sözleşmesinde tespit edilen süre sona erdiği ve geçtiği halde işçi çalışmaya devam eder, işveren de buna ses çıkarmadan işçiye ücretini vermeyi sürdürürse, iş sözleşmesi BK.md.339/1 uyarınca yenilenmiş olacaktır. Oysa ödünç iş ilişkisinde durum farklıdır. Aslında her ne kadar ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında bu duruma benzer bir hal bulunuyorsa da, ödünç veren işverenin sürenin sonunda işçisini geri çağırması durumunda, ödünç işçinin ve ödünç alan işverenin birlikte çalışma iradelerine rağmen, ödünç iş ilişkisinin uzayarak devam edeceği sonucuna varılamaz. Çünkü ödünç iş ilişkisinin üç temel ayağından birisi olan ödünç veren işverenin, ilişkinin devamı hususunda bir isteği ve onayı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda işçi, ödünç veren işveren yanındaki işine dönmek durumundadır, bunu kabul etmemesi ve ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi durumunda, ödünç veren işverenle aralarındaki iş sözleşmesini süreli fesih

bildirimiyle feshetmiş olacak ve bunun sonuçlarıyla karşı karşıya kalacaktır. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, ödünç iş ilişkisinin süresinin bitiminde, bu ilişkinin her üç tarafının da ortak iradeleriyle işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalışmasına devam etmesi kararlaştırılabilir. Bu durumda doğal olarak işçinin sözleşmeyi feshettiğinden ve bunun sonuçlarından sorumlu olacağından bahsedilemeyecektir. Zira burada söz konusu olan, tarafların ortak iradeleriyle gerçekleşen bir iş sözleşmesinin devri işlemidir.

Gerçekten de, on sekiz aylık sürenin sonunda işçi ödünç veren işverenin yanındaki işine her halükarda dönmelidir. Zira, bir buçuk yıla tekabül eden bu süre, müessesenin amacını gerçekleştirme için yeterli bir süredir. Bu süre sona erdikten sonra işçi eski işine dönmeyip ödünç alan işverenin yanında çalışmaya devam ediyorsa, artık ödünç alan işverenle işçi arasında belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin kurulmuş olduğu sonucuna varmak kanımızca en hakkaniyete uygun yorum tarzı olacaktır¹³. Konu üzerinde görüş bildiren yazarlardan Mollamahmutoğlu'na göre ise; “öngörülen ve/veya temdit edilen sürenin dolmasına rağmen geçici iş ilişkisinin sürdürülmesi halinde hukuki yaptırım, kanunun amir hükmüne aykırılık nedeniyle genel hüküm uyarınca, geçersizlik olarak nitelenebilir. Kanun, işveren veya işveren vekili için idari para cezası öngörmektedir”. Yazara göre, ödünç iş ilişkisinin geçersizliğinin iş hukukuna uygun olarak ileriye yönelik hüküm ifade edeceği kabul edilmelidir¹⁴. Diğer yandan Akyiğit, böyle bir durumda işçinin artık ödünç alan işverenin işçisi olacağını belirlemekle birlikte, bu olgunun yeni bir sözleşmenin kurulduğu değil, işçinin ödünç veren işverenle olan mevcut sözleşmesinin ödünç alan işverene devredilmiş sayıldığı yönünde olduğunu ifade etmektedir¹⁵. Demir'e göre ise; böyle bir durumda artık sözleşmenin “geçici” statüden çıkıp “belirsiz süreli iş sözleşmesi”ne dönüştüğü kabul edilecek, bunun sonucunda ise ödünç alan işveren “işveren” sıfatını kazanacak ve ödünç veren işveren ile “birlikte işveren” sayılarak müteselsil sorumlulukları devam edecektir¹⁶.

Kanımızca bu durumda, işçinin ödünç verenle arasındaki iş sözleşmesini süreli fesih bildirimiyle feshetmiş sayıldığı sonucuna varılabileceğinden, ödünç işçi her şeyden önce ihbar önellerine riayet

etmeksizin ödünç verenle olan iş sözleşmesini feshetmiş olduğundan, ihbar ve kıdem tazminatı alamayacağı gibi, kendisine ihbar tazminatı ödemek durumunda da kalabilecektir. Nitekim Yargıtay'ın 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden hemen sonra vermiş olduğu bir kararda da bu hususa temas edilmekte ve ödünç işçi olarak görevlendirildiği işyerinden sürenin bitiminde asıl işyerine dönmeyerek haklı bir neden olmaksızın iş sözleşmesini sona erdiren işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağı ifade edilmektedir¹⁷. Bunun yanında, ödünç işçi sözleşmesinde belirlenebilecek cezai şart dolayısıyla da gerek işçinin gerekse de ödünç alan işverenin sorumluluklarının doğması da ihtimal dahilindedir. Bundan başka, ödünç alan işverenin somut olayın özelliklerine göre İş Kanunu md.23'te düzenlenen “yeni işverenin sorumluluğu” uyarınca sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

3.2. Ödünç Alan İşverenin Sorumluluğu

İş Kanunu'nun 23. maddesine göre; belirli veya belirsiz süreli sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de birlikte sorumlu olacaktır. Ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverenin işyerinde çalışan ödünç işçi de süre sona erdiğinde ödünç veren işverenin yanına dönmeyip ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam ediyorsa, yukarıda da belirtildiği üzere ödünç işçi ödünç veren işverenle olan ilişkisini bildirim sürelerine uymaksızın feshetmiş sayılacaktır. Bir başka deyişle, iş sözleşmesi, taraflardan birince kanunda öngörülen bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedilirse, örneğin işçi başka bir iş bulduğu için çalışmayı bırakıp, yeni işyerinde çalışmaya başlarsa bu durumda usulünce yapılmış bir fesih söz edilemeyecek, bu bir usulsüz fesih sayılacaktır.

23. madde uyarınca yeni işverenin sorumluluğunun doğabilmesi için;

a- işçinin bu davranışına yeni işveren sebep olmalı ya da

b- yeni işveren işçinin bu davranışını bilerek onu işe almalı ya da

c- yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam etmelidir. Ödünç iş ilişkisi çerçevesinde konuya bakıldığında ise, ödünç alan işverenin ödünç işçinin bildirim sürelerine uymaksızın ödünç veren işverenle olan sözleşmesini feshettiğini bilmemesi olanaksızdır. Bu anlamda, 23. maddenin (c) bendinde sayılan hususun ödünç iş ilişkisinde meydana gelmesi olanaksızdır, zira ödünç alan işverenin ödünç işçinin bu tarz bir davranışını sonradan öğrenmesi mümkün değildir. Diğer bentlerine bakıldığında;

a- Burada anlaşılması gereken ödünç alan işverenin işçiyi, ödünç veren işverenin işyerinden ayrılıp, kendi işyerinde çalışmaya teşvik etmiş olmasıdır. Bu nedenle de işverenin hareketinin kasdi olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸. Saymen, bu durumu işverenin fazla ücret ya da daha uygun çalışma şartları teklif ederek işçiyi “ayartması” olarak nitelendirmektedir¹⁹. Buna karşın, Çenberci ve Yelekçi, “sebeup olma”nın, “ayartma”yı da içine alan üst bir kavram olduğunu ifade etmektedir²⁰. Kanımızca, eski işverene (ödünç veren işverene) tabi olarak çalışmakta olan bir işçiyi çeşitli vaadlerle işi bırakma yoluna sevkeden kişi “ayartma” fiilini işlemiş olur. Madde metninde “sebeup olma” denerek bundan farklı bir sonuç amaçlanmamaktadır.

Doktrinde, maddede her ne kadar sadece işverenden söz ediyor olsa da, işveren vekilinin de aynı hükme bağlanması gerektiği ileri sürülmektedir²¹. İş Kanunu md.2/V’de, kanunda işveren için öngörülen her çeşit zorunluluk ve sorumlulukların işveren vekilleri hakkında da uygulanacağı belirtilmektedir²². Bu durumda, işçinin 23. madde metninde belirtilen şekilde iş sözleşmesine son vermesine işveren vekilinin sebep olması halinde İş Kanunu 23. maddenin (a) bendi yine uygulama alanı bulmalıdır²³.

Eğer işveren vekili “ayartma” konusunda işverenin verdiği bir talimatı yerine getiriyor ya da işçiyi ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesine aykırı hareket etmeye teşvik hem işveren vekili hem de işveren tarafından ayrı ayrı gerçekleştiriliyorsa, bu hareketlerden dolayı gerek yeni işverenin, gerekse işveren vekilinin sorumluluğunu İş Kanunu 23. madde (a) bendine dayandırmamız mümkün olacaktır.

b- Ödünç alan işveren, ödünç işçiyi, kendisine bağlı olarak çalıştığı eski işverene ait olan işi bırak-

ması yönünde etkilememiş ancak özgür iradesiyle işini terk etmiş olan işçiyi işe almış olabilir. İşçinin işini bırakmış olmasında ödünç alan işverenin aktif bir katkısı olmadığı halde, iş sözleşmesini kusurlu bir şekilde sona erdiren işçiyi işe alarak bir nevi destek olduğu görüşünden hareketle 23.md.’de bu durum da düzenlenmiştir. Ödünç alan işverenin işçi ile birlikte sorumlu olabilmesi için elbette işçinin eski işvereniyle (ödünç veren işverenle) olan iş sözleşmesini usulüne uygun olmayan bir şekilde sona erdirmiş olması gerekmektedir.

Çenberci’ye göre, bu şekilde yasa koyucu, süresi belirli sözleşmelerde süre bitinceye, süresi belirli olmayan sözleşmelerde ise bildirim süresi geçinceye kadar işçinin yeni işte çalışmasını güçleştirme amacını güderek, kanunun iş hukuku alanında sözleşmeye bağlılık (pacta sunt servanda) ilkesine daha etraflı yaptırımlar kazandırarak, iş hayatında kararlılığın korunmasını istemektedir²⁴.

4. Ödünç İşçinin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapılması

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapılması başlığıyla anlatılmak istenen, ödünç iş ilişkisi içinde çalışma koşulları ödünç işçi sözleşmesi vasıtasıyla belirlendikten sonra ödünç alan işveren tarafından ödünç işçinin çalışma koşullarının değiştirilmek istenmesidir. Yoksa, ödünç veren işverence çalışma şartlarının değişikliğe uğratılması değildir. Aslında işçinin ödünç olarak bir başka işverene verilmek suretiyle işyerinin değiştirilmek istenmesi tek başına bir çalışma koşulu değişikliği olarak görülebilir. Ne var ki, bu noktada 4857 sayılı İş Kanunu md.22 hükümleri uyarınca işlem yapılması uygun ve doğru değildir. Zira, Kanunun 7. maddesinin daha ilk cümlesi uyarınca ödünç iş ilişkisi çerçevesinde işçinin bir başka işverene karşı iş görme edimini ifa edebilmesinin ön şartı, devir sırasında işçinin yazılı rızasının alınmasıdır. Bir başka deyişle, adeta 22. maddedeki “işçinin çalışma koşulu değişikliği hususunda yazılı olarak kabulünün alınması” gibi burada da ödünç iş ilişkisinin doğumunda işçinin yazılı rızası alınmaktadır. Ancak kanımızca, İş Kanunu md. 22’deki prosedürün burada uygulanma-

sı söz konusu olmamalıdır. Şöyle ki; md.22'nin uygulanması halinde, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik şeklinde düşünülmesi ihtimal dahilinde olan "işçinin geçici ve belli bir süreyle bir başka işverene devri", aynı md.7'de belirtildiği gibi işçinin yazılı rızasıyla yapılacak, ne var ki işçinin altı iş günü içinde yazılı olarak bu değişikliği kabul etmemesi halinde bu değişiklik işçiyi bağlamayacak ve bu durumda da ödünç veren işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını yazılı olarak açıklayarak ve bildirim sürelerine de uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilecektir. Görüldüğü gibi, md. 22'nin ödünç iş ilişkisi çerçevesinde uygulanması halinde işçi aleyhine bir sonuçla karşı karşıya kalacaktır, bir başka deyişle, ödünç veren işverenin işyerinde çalışırken ödünç işçi sözleşmesiyle bir başka işverene geçici ve belli bir süreyle devredilmek istenen işçi, bu değişikliği kabul etmemesi halinde iş sözleşmesinin sona ermesi söz konusu olabilecektir. Oysa kanımızca, ödünç işçi sözleşmesiyle işçinin bir başka işverene devredilmek istenmesi, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olarak yorumlanmamalı ve İş Kanunu md.22'nin uygulama alanı bulmasına mahal verilmemelidir. Zira işçinin işyerinde değişiklik yapılması ya da çalışma şartlarında farklı şekillerde değişiklikler yapılması mümkün olmakla birlikte, hiçbir işçi ödünç iş ilişkisiyle bir başka işverenin yanında çalışmaya ve iş görme edimini onun yanında ifa etmeye zorlanmamalıdır. Kanımızca böyle bir durumda "iş güvencesi"ne ilişkin olarak mevzuatımıza dahil olan hükümlerin uygulama olasılığı kalmayacak, bir başka deyişle, "iş güvencesi engeli"ne takılıp iş güvencesi tazminatını, yargılama dönemindeki dört aya kadar ücreti ödemek istemeyen her işveren, işçisine ödünç iş ilişkisi adı altında neredeyse imkansız önercek, işçi de bunu kabul etmeyince,

İş Kanunu'nun ödünç iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesi ile çalışma koşullarında değişiklik bahsini düzenleyen 22. maddesinin birlikte uygulanmasının çerçevesinin yargı organlarınca somut olarak çizilmesi gerekmektedir.

iş güvencesi hükümleri söz konusu olmadan iş sözleşmesini feshedebilecektir. Hukukun böyle bir durumu koruması kanımızca mümkün olmamalıdır. İşte bu nedenle, İş Kanunu'nun ödünç iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesi ile çalışma koşullarında değişiklik bahsini düzenleyen 22. maddesinin birlikte uygulanmasının çerçevesinin yargı organlarınca somut olarak çizilmesi gerekmektedir. Üstelik 22. madde hükmü sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri için uygulanabilir olduğundan, ödünç iş ilişkisinde istisnasız bir şekilde kullanılması mümkün değildir²⁵.

Ancak hemen ifade etmek gerekir ki doktrindeki bir görüş, işçinin geçici olarak bir başka işverene devri durumunda, iş görme ediminin alacaklısı ve talimat hakkı sahibinin geçici olsa bile değişmesini, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olarak değerlendirmektedir²⁶. Bu görüş sahiplerine göre; işveren işçiden alacağı rızayı İş Kanunu md. 22'deki şekle uygun olarak alacaktır. Doğal olarak da, işçinin razı olmaması halinde, işveren iş sözleşmesini feshedebilecektir²⁷.

Hemen eklemek gerekir ki, doktrindeki bahsedilen görüşe katılmıyor olmakla birlikte, bu konuda bir genelleme yapmanın doğru olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki; Alp'in de belirttiği gibi, "özellikle holdinge bağlı yeni bir işletmenin nitelikli işgücü ihtiyacının karşılanması için, işçinin çalıştığı işletmeye holdingden bu yönde bir talep gelmesi çok normaldir...Ayrıca bir zaruret halinde bulunan işletmelere, holdinge bağlı diğer işletmelerden geçici olarak personel devri akla gelen ilk çözüm olacaktır". Yazara göre; bu durumda ancak işçinin rızasıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilecek, işçinin rızası olmaması halinde ise işveren iş sözleşmesini fesih yoluna gidebilecek, ancak bu feshin gerekçesi holding gerekleri ya da gidilecek şirketin gerekleri olamayacak, işletme gerekleri, işçinin çalıştığı işyeri ve işverenle arasındaki iş ilişkisi esas alınarak belirlenecektir²⁸.

Yukarıda da müteaddit defalar belirtildiği üzere, ödünç iş ilişkisi ya holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde ya da yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene işçi devredildiğinde söz konusu olur. İşçinin kendisine tümüyle yabancı bir başka işverene devredilmeyi kabul etmemesi halinde İş Kanunu md. 22'nin uygulama

olanağı olmaması gerektiğini yukarıda ifade etmiş olmakla birlikte, diğer ihtimalde, bir başka deyişle işçinin holding içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerine devri halinde, söz konusu 22. maddenin uygulanabileceği kanaatindeyiz. Zira zaten büyük bir ihtimalle iş sözleşmesinde belirtilecek olan bu hususa işçinin riayet etmesi gerektiği, aksi halde iş sözleşmesinin feshinin mümkün olabileceği kanısındayız. Eklemek gerekir ki; işçinin işyerinin değiştirilebileceği (ancak burada kastettiğimiz bir başka işverene devri değil, sadece aynı holdinge-şirketler topluluğuna bağlı bir başka işyerinde görevlendirilmesidir) şeklinde bir hükmün iş sözleşmesinde yer alması halinde, işlem doğrudan yapılamayacak, İş Kanunu md. 22 hükmü dikkate alınacaktır²⁹.

Ödünç işçinin işinde değişiklik yapmak isteyen ödünç alan işveren, değişiklik isteğini ve önerdiği yeni işin konusunu işçiye yazılı olarak bildirmelidir. Ancak, iş değişikliğinde, yapılacak değişikliğin, işçinin durumuna uygun olması çok önemlidir. İki iş arasında nitelik farkı bulunur veya sonraki iş daha ağır olur yahut işçinin o işi yapmak istemeyişinde haklı bir neden bulunursa, işçi pekâlâ başka işte çalışmayı istemeyebilir³⁰.

Konuyu düzenleyen İş Kanunu md. 22'ye göre; "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 şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz." Maddedeki benzeri kaynaklar ibaresinin içinde "ödünç işçi sözleşmesi"nin de bulunabileceği kanısındayız. Bu anlamda, ödünç işçi sözleşmesinde bunu mümkün kılan bir hükmün varlığını bilen ve ödünç işçinin işini değiştirmek isteyen ödünç alan işveren, bu hususu, işçiye yazılı olarak bildirerek ve onun da yazılı olarak kabulünü alarak istediği değişikliği yapabilecektir. Belirtmek gerekir ki, işçinin öneriyi reddi açık olabileceği gibi zımnen de olabilir, bir başka deyişle, altı işgünü içinde değişiklik önerisini yazılı olarak kabul etmemesi halinde, işçi öneriyi reddetmiş sayılacaktır³¹. Maddede bundan başka; işçi değişiklik önerisini altı işgünlük süre içinde kabul etmezse, işverenin, değişikliğin geçerli bir

nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebileceği ifade edilmektedir. Ne var ki, İş Kanunu md. 22'den farklı bir şekilde, aralarında bir iş sözleşmesi bulunmadığı için, ödünç alan işverenin ödünç işçinin sözleşmesini feshedebilmesi mümkün değildir. Bu durumda, ödünç alan işveren, ödünç veren işverenden, işçiyi bir başkasıyla değiştirmesini isteyebilmelidir.

İşçinin iş değişikliğini kabul etmeyerek iş görmekten kaçınması halinde, ödünç veren işverenin, bunu gerekçe göstererek iş sözleşmesini "haklı sebeple" feshedebilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, ödünç işçi kendi işyerine geri döndükten sonra ödünç veren işverenin, ödünç alan işverenin yapmak istediği değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli sebebin bulunduğunu belirterek iş sözleşmesini feshedebilmesi de mümkün olmamalıdır. Zira, ödünç veren işveren, ödünç iş ilişkisi süresince ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki ilişkiye tümüyle yabancıdır ve o dönemdeki bir olay nedeniyle işçisinin iş sözleşmesini feshetmesi kanımızca hakkaniyete uygun bir sonuç doğurmayacaktır.

Nihayet eklemek gerekir ki, ödünç işçi sözleşmesinde, ödünç alan işverenin ödünç işçiyi örneğin kendisine ait bir başka işyerinde görevlendirebileceği konusunda bir hüküm bulunuyorsa, üç tarafın da imzasını taşıyan bu iradeye uyulmalı ve işverenin İş Kanunu md. 22'de belirtilen prosedüre uyması beklenmemelidir. Bu yönde bir mutabakat ödünç işçi sözleşmesinde mevcut değilse, bu durumda da ödünç alan işverenin ödünç işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapabilmesi için, yukarıda da ifade edildiği üzere md. 22 çerçevesinde hareket etmesi gerekecektir. Ne var ki doktrinde, böyle bir hükmün ödünç işçi sözleşmesinde bulunmaması halinde, problemin işçinin ödünç veren işveren tarafından işverenin başka bir işyerine nakli gibi ele alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, ödünç veren işveren konumundaki kişinin işçiyi başka bir işyerinde görevlendirme imkanının olması halinde, ödünç alan işverenin de başka işyerinde görevlendirme imkanının olduğu düşünülecektir³². Kanımızca ödünç veren ve alan işverenleri birebir birbiriyle benzer bir duruma getiren söz konusu görüşü kabul etmek mümkün de-

ğildir. Zira böyle bir yorum tarzı, adeta ödünç veren işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesiyle ödünç işçi sözleşmesinin birbirinin aynısı olduğu izlenimini vermektedir. Oysa her iki ilişkinin yapısı ve tarafları farklıdır ve ödünç veren işverenin içinde bulunduğu konuma bakarak ödünç alan işveren hakkında da aynı yönde yorum yapmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

5. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

İşçinin ödünç veren işverenle arasında bulunan iş sözleşmesinin belirli süreli olması halinde, sözleşmenin belirli süresinin sona erdiği tarihte ödünç işçi sözleşmesi halen devam ediyorsa, bunun akıbetinin ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Akyiğit'e göre; sadece iş sözleşmesinin sona ermesi, ödünç işçi sözleşmesini sona erdirmeyecektir³³. Diğer görüş taraftarlarına göre ise; ödünç iş ilişkisinin varlığını sürdürmesi, ödünç veren işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinin devamı koşuluna bağlıdır. Buna göre, ödünç veren işverenle bağlanmış olan iş sözleşmesi herhangi bir nedenle sona ererse, ödünç iş ilişkisi de kendiliğinden sona erecektir³⁴. Belirtmek gerekir ki; ödünç iş ilişkisi, içinde ödünç veren işveren, ödünç alan işveren ve ödünç işçinin bulunduğu üç ayaklı bir ilişkidir. Bu anlamda, söz konusu ilişkinin devam edebilmesi için, adı geçen her üç unsurun da varlığı gerekmektedir. Bu anlamda, işçi ile ödünç veren işveren arasındaki belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda ödünç iş ilişkisi de kendiliğinden son bulmalıdır kanısındayız. Ancak, buna rağmen işçi halen ödünç alan işveren konumundaki işverenin işyerinde çalışmaya devam ediyorsa, işçi ile ödünç alan işveren arasında belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin yapılmış olduğu sonucuna varılmalıdır.

Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinin ödünç iş ilişkisi süresiyle sınırlı olarak yapılması halinde, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinin ödünç işçi sözleşmesini de sona erdirip erdirmeyeceği tartışmaya açıktır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, belirli süreli iş sözleşmesinin ödünç işçi sözleşmesi süresiyle sınırlı olarak yapılmasının mümkün olmadığını kabul edersek, böyle bir problemle doğal olarak karşı karşıya kalınmayacaktır. Zaten, İş Kanunu md.11/1 uyarınca belirli

süreli iş sözleşmesinin sadece maddede örnekleri sayılan objektif sebeplerle yapılabileceği düşünüldüğünde, sadece ödünç süresiyle sınırlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı, zira bunun objektif bir neden olarak kabul edilemeyeceği görülecektir.

Ödünç iş ilişkisinin bu şekilde sona ermesinden zarar gören ödünç alan işveren, zararının tazmini için ödünç veren işverene başvurabilmelidir. Şöyle ki, söz konusu durum öngörülebilir bir husustur ve ödünç iş ilişkisi süresi içinde iş sözleşmesinin belirli süresinin sona ereceği konusunda ödünç veren işverenin ödünç alan işvereni uyarması gerekmektedir kanısındayız. Yine de, böyle bir durumla karşılaşılması için ödünç işçi sözleşmesinde, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçinin değiştirilebileceği hükmü bulunmalıdır. Bu sayede, herhangi bir sorunla karşı karşıya kalınmayabilecektir. Ancak, sadece belli bir işçinin ismen belirlenerek ödünç olarak verilmesi yönünde bir anlaşma yapılmışsa ve ödünç veren işverenin işçiyle arasındaki belirli süreli iş sözleşmesinin bir süre sonra neticeneceği yönünde ödünç alan işvereni aydınlatmaması nedeniyle, ödünç işçi sözleşmesi kendisinin kusuruyla sona ermişse, ödünç alan işverenin ödünç veren işverenden tazminat talep etme hakkı söz konusu olabilecektir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresiz fesih bildiri ile feshi halinde, fesih kim tarafından yapılırsa yapılsın fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla sözleşme "derhal" sona erecektir. Bu açıdan, fesih haklı veya haksız olmasının, usulüne uygun ya da usulsüz yapılmasının yahut doğruluk ve güven kurallarına aykırılık taşımalarının bir önemi bulunmamaktadır. Netice itibarıyla, haklı sebep bulunmasa bile, fesih geçerli kabul edilecektir³⁵. Nitekim Yargıtay da, belirli süreli iş sözleşmelerinin işverence haksız feshi durumunda, sözleşmenin ortadan kalktığını ve işçinin, kalan sürenin ücreti ile kıdem tazminatı talep hakkı olduğunu³⁶, "işe iade sonucunu doğuracak biçimde fesih işleminin iptali"nin talep edilemeyeceğini, bu durumda işçi haklı olduğunu düşünüyorsa haksız feshin parasal sonuçlarını isteyebileceğini belirtmektedir³⁷. Yine yüksek mahkemeye göre; belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi durumunda, işçinin kıdem tazminatı talep hakkı mevcut olacaktır³⁸; belirli süre dolmadan fesih halinde ihbar taz-

minatı hakkı doğmayacak³⁹; belirli süreli iş sözleşmesinde ancak süre bitiminden önce sözleşmeyi sona erdiren bir fesih yoksa, sözleşme sürenin bitimiyle kendiliğinden sona erecektir⁴⁰.

Bu anlamda, ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin ödünç veren işverence süresinin bitiminden önce haksız olarak feshedilmesi halinde işçinin kıdemi bir yıldan fazlaysa kıdem tazminatı hakkı doğacak ve bu ödemeden sadece ödünç veren işveren sorumlu olacaktır. Böyle bir durumda doğal olarak işçinin ihbar tazminatı talep hakkı mevcut olmayacaktır. Ancak, böyle bir fesih dolayısıyla bir de işçinin sözleşme süresinin bitimine kadar alacağı ücretinden mahrum kalması söz konusu olacaktır. Bu konuda Yargıtay, belirli sürenin bitiminden önce sözleşmenin işverence haksız feshi halinde, sözleşmenin sona erdiğini ve işçinin sözleşmenin kalan süresi için "tazminat" talep edeceğini ifade etmesine rağmen BK.md.325'in de uygulanacağını öngörmektedir⁴¹. Bu durumda söz konusu maddeye göre, tazminat talebinde bulunan işçinin, yapmadığından dolayı tasarruf ettiği veya diğer bir işte kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeylerin bu tazminattan indirilmesi gerekecektir. Yüksek Mahkeme bu ifadeyle hem sözleşmenin sona erdiğini kabul etmekte hem de BK.md.325'in uygulanacağını ifade ederek işçinin ayakta kaldığı kanısını uyandırmaktadır⁴². Madem ki, Yüksek Mahkeme BK.md.325'i kullanıyor, şu halde; "haksız fesihle sözleşmeye aykırı davranan işverenin, bu tutumundan dolayı işçinin uğradığı zararın miktarının ya da sınırlarının belirlenmesi konusunda sözü edilen BK.md.325'i örnekseme yoluyla uygulaması ile bu çelişki ortadan kaldırılabilir"⁴³. İşte bu anlamda, ödünç veren işveren tarafından ödenmesi gereken sözleşmenin kalan süresine ilişkin ücretten ödünç alan işverenin sorumlu olması söz konusu değildir. Aynı şekilde, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir sebep olmaksızın işçi tarafından feshedilmesi halinde ise işçinin kalan süreye ilişkin ücreti tutarında ödemek durumunda kalabileceği cezai şartı ise ödünç alan işverenin kendisinden talep etmesi de mümkün değildir.

Ne var ki gerek işçinin gerekse de ödünç veren işverenin, belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce haklı sebep olmaksızın feshi dolayısıyla kendi aralarında belirttiğimiz yönde sonuçlar doğacak

olması, ödünç alan işverenin tümüyle dışında vuku bulmaktadır. Oysa belirli süreli iş sözleşmesinin bu şekilde de sona erecek olması ödünç iş ilişkisini süresinden önce neticelendirecektir. Böyle bir durumun ödünç alan işverenin aleyhine sonuçlar doğurması da ihtimal dahilindedir.

6. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

6.1. Süreli Fesih

Ödünç iş ilişkisi içindeki iki sözleşmeden biri olan ve ödünç veren işverenle ödünç işçi arasında imzalanmış bulunan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak akdedilmiş olması halinde, gerek ödünç veren işverenin gerekse de diğer taraf olan ödünç işçinin sözleşmeyi süreli fesih bildiriyle feshetmeleri mümkündür. İşverenin iş sözleşmesini geçerli sebeple feshetmesi durumunda da ödünç iş ilişkisi sona erecektir. İhbar öneli tanınarak yapılan fesihlerde doğal olarak önel sonuna kadar ödünç iş ilişkisi de iş sözleşmesiyle birlikte varlığını sürdürecektir. Ödünç işçi bu arada doğan ücret vb. haklarını da tabii ki talep edebilecektir⁴⁴. İş arama izni ise doğal olarak işçinin iş görme ediminden faydalanan ödünç alan işveren tarafından verilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yeni iş arama iznini düzenleyen 27. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "işveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir". Aynı maddenin son fıkrasında ise işverenin, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırması halinde işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı ödeyeceği ifade edilmektedir. İşte 27. maddede bahsedilen zamlı ücret ödeme yükümlülüğünün her iki işverene de ait olması gerekmektedir⁴⁵. Zira söz konusu ödemenin hukuki niteliği bir "ücret" olduğundan, İş Kanununun 7/3. maddesine göre ödünç alan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumlu olacaktır.

Bu fesih neticesinde işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı ödünç veren işverenin işçi sayısının 30'a ulaşmış olmadığına ve işçinin kıdeminin en az altı ay olup olmadığına göre belirlenecektir⁴⁶. Ancak Arslanoğlu'na göre, İş Kanunu md.18'deki geçerli sebeplere ba-

kıldığında, bunlardan sadece işçinin ödünç alan işverenin işyerindeki davranışları doğrudan geçerli sebep olarak değerlendirilebilecektir. Yazara göre, ödünç alan işverenin hukuki alanında işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri sebeplerinin oluşması halinin geçerli sebep olarak değerlendirilmesi mümkün değildir, buna karşılık işçinin yeterliliğinden kaynaklanan sebeplerin de ödünç iş ilişkisinin niteliği göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekir⁴⁷. Ekmekçi de İş Kanunu md.18'deki geçerli sebep olabilecek halleri ayrıma tabi tutarak incelemektedir. Kanımızca yazar haklı olarak "...işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan..." geçerli sebeplerin ödünç veren işverenin işyerinde gerçekleşmesi gerektiğini, bu çerçevede ödünç alan işverenin işyerinde, işçinin çalıştığı bölümün kapatılması veya ekonomik nedenlerle işçi azaltma ihtiyacının ortaya çıkması hallerinin, ödünç işçinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep oluşturmayacağını ifade etmektedir. Buna karşılık, ödünç işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin ödünç alan işverenin işyerinde gerçekleşmesinin yeterli olacağı da yine yazar tarafından kanımızca isabetle belirtilmektedir⁴⁸. Ancak sebep ne olursa olsun, iş sözleşmesini geçerli sebeple feshedecek olan kişinin ödünç veren işveren olacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Doktrinde haklı olarak sorulan ve cevabı üzerinde görüş bildirilen bir soru, ödünç veren işverenin iş sözleşmesini, 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinde belirtilen bir geçerli sebeple feshetmesi ve işçinin de süresi içinde işe iade davası açması durumunda, söz konusu davada işçinin işe iadesi⁴⁹ yönünde karar çıkarsa bunun sonucunun ne olacağıdır. Belirtmek gerekir ki, işçinin işine iadesine karar verildiğinde, ödünç iş ilişkisi kendiliğinden hükümlerini doğurmaya devam etmeyecektir. Zira aksi yönde bir yorum yapılırsa birçok yeni problemle karşı karşıya kalınacaktır⁵⁰. Örneğin, boşta geçen sürede ödünç iş ilişkisi için öngörülen azami on sekiz aylık sürenin işleyip işlemeyeceği sorun olacaktır. Diğer yandan, işe iade kararı verildiğinde belki de taraflar ödünç iş ilişkisinin devamından artık bir yarar sağlamayacak durumda olabileceklerdir, zira işe iade davasının kısa bir sürede sonuçlanması çok da ihtimal dahilinde değildir. Ancak, işçinin boşta geçen süresi için verilmesi ge-

reken ücretinden ödünç alan işverenin sorumlu olmayacağı kesindir. İfade etmek gerekir ki, işe iade kararından sonra tarafların ödünç iş ilişkisini yeniden kurmaları mümkün olmalıdır kanaatindeyiz. Doktrinde böyle bir durumda, kanunda belirtilen azami on sekiz aylık üst sınırı tespitinde daha önce ödünç iş ilişkisinde çalışılan sürelerin de gözetileceği ifade edilmektedir⁵¹. Ancak kanımızca bu durumda sona ermiş olan ödünç iş ilişkisinde geçen süreleri, yeni dönem için dikkate almak ve ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği süreyi sınırlandırmak amaca uygun değildir. Örneğin, geçmişte on yedi ay süren bir iş ilişkisi söz konusu ise, bu yönde bir yorum yapılırsa yeni dönemdeki ödünç iş ilişkisi en fazla bir ay olabilecektir. Diğer yandan, daha önce de ifade etmeye çalıştığımız gibi, Alman hukukundan esinlenerek, bir ödünç alan işverenle birden fazla ödünç iş ilişkisinin kurulabileceğini düşünmekteyiz. Bunun için de her iki ödünç iş ilişkisi arasında en azından bir öncekinin 1/4'ü kadar bir süreyi işçinin ödünç veren işverenin yanında geçirmesi gerektiğini belirtmiştik ki bu süre maksimum 4,5 ay olabilir. Bu anlamda, hiçbir işe iade davasının 4,5 aydan daha kısa süremeyeceği gerçeği göz önüne alındığında, işe iade kararından sonra, süresi on sekiz aya kadar çıkabilecek, en baştan yeni bir ödünç iş ilişkisi kurulabileceği görülecektir kanısındayız.

Ekleme gerekir ki, ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş ilişkisine tümüyle yabancı olan ödünç alan işverenin söz konusu sözleşmeyi feshedebilmesi kesinlikle mümkün olmamalıdır. Ancak, belli ölçülerde ve ödünç veren işveren adına uygulanmak koşuluyla ödünç alanın ödünç işçiye disiplin cezası verebileceğinden söz edilebilir⁵².

6.2. Haklı Nedenle Derhal Fesih

6.2.1. İşverenin Haklı Nedenle Derhal Feshi

Ödünç veren işverenin, işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu md.25/II uyarınca haklı sebeple feshetmesi mümkündür. Bu fesih gerek işçinin doğrudan ödünç veren işverene karşı olan davranışları dolayısıyla, gerekse de işçinin ödünç alan işveren yanındaki bir tutumundan kaynaklanabilecektir⁵³. Ödünç veren işveren bu yola kendi iradesi neticesinde gidebilecektir, yoksa ödünç alan işverenin

ödünç veren işverenden, işçinin sözleşmesini feshetmesini talep etme hakkı kanımızca bulunmaktadır⁵⁴. Ancak İnce, bundan daha farklı bir yorum yapmakta ve ödünç alan işverenin, ödünç işçinin kendi işyerinde yaptığı bir eylem veya davranış nedeniyle sözleşmesinin süresiz fesih bildirimini ile feshedilmesini ödünç veren işverenden isteyebileceğini ifade etmektedir⁵⁵. Kanımızca, ödünç alan işveren, ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki “sözleşmesel çalışma ilişkisi”ne tümüyle yabancıdır ve ödünç veren işverenden, sözleşmenin feshini isteyebilmesi mümkün değildir. Belirtelim ki Fransız hukukunda, ödünç alan işverenin talebi üzerine ödünç veren işverenin iş sözleşmesini feshetmesi imkân dahilinde görülmektedir. Ancak sözleşmeyi sadece işçinin sözleşmesel ilişki içinde olduğu ödünç veren işveren feshedebilecektir⁵⁶.

Ekleme gerekir ki, iş sözleşmesinin haklı sebeple feshi yoluna gidebilecek olan işveren, sadece ödünç veren işveren olacaktır⁵⁷. Çünkü her şeyden önce ödünç alan işveren feshe konu olabilecek iş sözleşmesinin tarafı değildir. Bu nedenle tarafı olmadığı bir ilişkiye son verebilmesinin, hukukun temel ilkeleriyle örtüşmediği düşüncesindeyiz. Ancak doktrinde, ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin ödünç alan işveren tarafından da sona erdirilebileceğini savunan ve bizim iştirak etmediğimiz görüşler de bulunmaktadır⁵⁸.

Bu anlamda, ödünç alan işverenin, kendisine tümüyle yabancı olan ve ödünç veren işverenle ödünç işçi arasında akdedilmiş olan iş sözleşmesini feshedebilmesi kanımızca mümkün değildir. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, ödünç alan işverenin, işçinin borçlarını yerine getirmemesi, İş Kanunu md.25/II'de belirtilen davranışların öznesi olması nedeniyle ortaya çıkan zararın tazminini işçiden istemesi mümkündür. Zira İş Kanunu md.7/4 uyarınca ödünç işçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusura ile neden olduğu zarardan ödünç alan işverene karşı sorumludur⁵⁹. Bu anlamda, ödünç veren işverenin ödünç alan işverene bu hususta bir yetki vermesi de söz konusu olmayacaktır⁶⁰.

Ödünç alan işverenin ödünç işçinin çalışmasından memnun kalmaması, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı hareketlerde bulunması dahi kanımızca ödünç alan işverene iş sözleşmesini fesih hakkı vermemektedir. Ödünç alan işveren ödünç

işçi sözleşmesine dayanarak ödünç veren işverenden işçinin çekilmesini talep edebilecek ya da ödünç işçi sözleşmesinin feshi yoluna gidebilecektir⁶¹. Zira ödünç alan işverenin tarafı olduğu sözleşme sadece ödünç işçi sözleşmesidir ve kendisi ancak bu sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı hareket etmesi halinde ise, ödünç veren işveren dilerse iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecektir⁶². Çünkü ödünç işçi sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa, ödünç alan işverenin işyerindeki bir davranışı nedeniyle ödünç veren işverenin ne işçinin iş sözleşmesini feshetmek ne de işçiyi bir başkasıyla değiştirmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Ödünç veren işverenin her iki yolu da tercih etmemesi halinde ise, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, mevcut durum ödünç alan işveren tarafından çekilmez bir hal almışsa, ödünç alan işveren pekala ödünç işçi sözleşmesini feshedebilecektir.

Arslandoğlu'na göre, ödünç veren işverenin İş Kanununda sayılan ve işverenin haklı sebeple iş sözleşmesini feshini düzenleyen her durumu feshe gerekçe yapabilmesi mümkün değildir. Ödünç veren işveren örneğin İş Kanunu md.25/I-II ve IV'ü kullanabilecek iken, md.25/III'de düzenlenen zorlayıcı sebepler dolayısıyla haklı sebeple fesih yoluna gidemeyecektir. Çünkü bu halde ödünç veren işverenin ya da ödünç işçinin hukuki alanından kaynaklanan bir sebep bulunmamakta, zorlayıcı sebep tümüyle ödünç alan işverenden kaynaklanmaktadır⁶³.

Belirtmek gerekir ki, ödünç veren işverenin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu md. 17, 18 veya 25 uyarınca feshetmesi halinde, bu fesihden kaynaklanabilecek olan yükümlülüklerden ödünç alan işverenin sorumluluğu olmayacaktır. Aynı yönde görüş bildiren Ekmekçi'ye göre de, kanunda ödünç alan işverene ait olduğu açıkça zikredilmeyen yükümlülüklerden, ödünç alan işverenin herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır⁶⁴. Ancak bizim katılmadığımız diğer görüş taraftarlarına göre; işverence iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması veya sözleşmenin geçersiz ya da haksız feshedilmesi halinde işçi tarafından hak edilecek ihbar, kötü niyet, kıdem tazminatları, iş güvencesi tazminatı, dört aya kadar doğmuş olan ücret gibi işçi haklarından ödünç alan işveren de so-

rumlu olacaktır. Buna göre, İş Kanunu'nun 7. maddesinde sayılan yükümlülüklerin dışında kalan ve yasadan kaynaklanan yükümlülüklerden kural olarak her iki işveren de sorumlu olacak, bunun aksi kararlaştırılabilecek, ödünç alan işveren bu tür sorumluluklar karşısında yükümlü olmaktan kurtulabilecektir⁶⁵. Diğer yandan, ödünç veren işverenin yapacağı fesih sonrasında açılacak bir davada ödünç alan işverenin tek başına ya da ödünç veren işverenle birlikte taraf olarak gösterilmesi de mümkün değildir⁶⁶. Husumet ödünç veren işverene yöneltilmelidir, ancak feshin geçersiz addedilmesi halinde geriye doğru hükmedilecek en çok dört aylık ücretten, ödünç iş ilişkisi dönemine tekabül ettiği oranda ödünç alan işveren de sorumlu olacaktır⁶⁷.

6.2.2. İşçinin Haklı Nedenle Derhal Feshi

Belirtmek gerekir ki, işçinin ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverene iş görme edimini sunmaya devam etmesi, kendisinin ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesini feshedemeyeceği anlamına gelmemektedir. Ödünç veren işveren nasıl sözleşmesinin bir tarafı olarak her zaman fesih yoluna gidebilecekse, ödünç işçinin de sözleşmenin diğer tarafı olarak aynı hakka sahip olması yadırganmamalıdır. Ancak Arslanoğlu'na göre, ödünç işçinin İş Kanunu'nda sayılan ve işverenin haklı sebeple iş sözleşmesini feshini düzenleyen her durumu feshe gerekçe yapabilmesi mümkün değildir. Ödünç işçi örneğin İş Kanunu md.24/I-II'yi kullanabilecek iken, md.24/III'de düzenlenen zorlayıcı sebepler dolayısıyla haklı sebeple fesih yoluna gidemeyecektir. Çünkü bu halde ödünç veren işverenin ya da ödünç işçinin hukuki alanından kaynaklanan bir sebep bulunmaması, zorlayıcı sebep tümüyle ödünç alan işverenden kaynaklanmaktadır⁶⁸. Akyiğit ise bu noktada bir ayrıma gitmekte ve md.16/III'e (yeni md.24/III'e) göre zorlayıcı sebeplerle fesih yoluna gidilecekse "hangi işyerindeki zorlayıcı sebepler" sorusunun sorulması gerektiğini ifade etmekte ve işçinin ödünç veren işyerindeki bir nedene dayanmaması gerektiğini savunmaktadır⁶⁹. Bu açıklamanın ters anlamından, yazarın işçinin pekala ödünç alan işverenin işyerinden kaynaklanan bir zorlayıcı sebebe dayanarak iş sözleşmesini md.24/III uyarınca feshedebileceği anlamı çıkma-

tadır⁷⁰. Ne var ki, tamamen ödünç alan işverenin işyerinden kaynaklanan bir sebep dolayısıyla, probleme tümüyle yabancı olan ödünç veren işverenle olan iş sözleşmesinin feshedilmesi doğru olmaz kanısındayız.

Doktrinde bir görüşe göre, işçinin iş sözleşmesini feshine yol açabilecek haklı sebepler ödünç veren işverenden kaynaklanabileceği gibi, ödünç alan işverenin bir eyleminden de kaynaklı olabilir⁷¹. Bu görüş taraftarları, örneğin ödünç veren işverenin işçiye yapacağı cinsel tacizin işçiye derhal fesih imkanı vereceğini ifade etmektedirler. Kanımızca işçi elbette iş sözleşmesinin diğer tarafı olan ödünç veren işverenin olumsuz bir eylemi dolayısıyla sözleşmenin haklı sebeple feshi yoluna gidebilecektir. Ancak ödünç alan işverenin böyle bir fiilin öznesi olması durumunda aynı sonuca ulaşmanın mümkün olamayacağı kanaatindeyiz. Böyle bir durumda işçi ödünç veren işverenden ancak değiştirilmesini isteyebilecektir. Doğal olarak böyle bir talepte bulunurken bunun gerekçesini de belirtmek mecburiyetinde kalacaktır. Ödünç veren işverenin kendisini bir başka işçiyle değiştirmeyerek ödünç alan işverenin işyerinde çalışmak durumunda bırakması halinde ise işçi iş sözleşmesini haklı sebeple feshetme yoluna gidebilecektir. Ancak bu yola gitmeden önce mutlaka gerekçesini de belirterek kendisinin değiştirilmesini yazılı olarak ödünç veren işverenden istemiş olmalıdır.

İşverenin işçiyi ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışmaya zorlaması mümkün değildir. İşçinin rızası olmadığı halde ödünç işçi olarak bir başka işverene iş görme edimini ifa etmeye zorlanması durumunda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-f maddesi uygulama alanı bulacak ve çalışma şartlarının uygulanmadığından bahisle, işçi iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecektir. İşçinin yazılı rızası bulunmaması halinde ödünç iş ilişkisi tesis edilemeyeceğinden, ödünç veren işverenin işçiye ödünç alan işverenin işyerinde çalışmak zorunda olduğunu belirterek kendisini işyerine almaması halinde de, işverenin sözleşmeyi feshettiği sonucuna varılacaktır⁷². Nitekim Yargıtaya göre de, işverenin davacıyı bir başkasına ait işyerinde çalıştırmak istemesi ve bu isteğin davacı tarafından kabul edilmesi hali, iş sözleşmesinin sona ermesi olgusunu oluşturur⁷³.

Ekleme gerekir ki, ödünç iş ilişkisi çerçevesin-

de ödünç veren işveren tarafından bir başka işyerine iş görme edimini sunmak üzere gönderilen işçi, en azından ödünç veren işverenin işyerindeki çalışma koşullarıyla çalıştırılmalıdır. Zira, çalışma şartlarının uygulanmaması halinde işçinin İş Kanunu md.24/II-f uyarınca iş sözleşmesini haklı sebeple feshetme olanağı bulunacaktır. Bu durumda da işçi doğal olarak kıdem tazminatını almaya hak kazanacak, ancak ihbar tazminatını talep edemeyecektir. Nitekim bu konuda Yargıtayın vermiş olduğu bir kararda, başka bir işyerinde çalışması istenip ve üç gün kadar da orada çalışan işçinin yemek ve servis aracı olmadığı için çalışmasını sürdürmemesinin haklı olduğu sonucuna varılmıştır⁷⁴. Ancak, bu yola gitmeden önce işçinin kendisinin değiştirilmesini ödünç veren işverenden talep etmesi, çünkü eski işyerindeki çalışma şartlarının aynı olmadığını, asgari çalışma şartlarının uygulanmadığını belirtmesi gerekmektedir kanaatindeyiz.

7. Ödünç İşçi Sözleşmesinin Feshi

Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında imzalanan ve “ödünç işçi sözleşmesi” olarak belirttiğimiz sözleşmede düzenlenmemiş olsa bile ödünç veren işverenin, ödünç işçinin sözleşmede belirtilen şekilde işe gelip ödünç alan işverenin gözetimi altında çalışmaya başlamasını taahhüt borcu bulunmaktadır. Ödünç işçi sözleşmesinin varlık nedeni de bu devir işlemini düzenlemek ve güvence altına almaktır. Ne var ki, söz konusu işçi devri işlemini düzenlediğini ve güvence altına aldığını belirttiğimiz ödünç işçi sözleşmesinin doğal olarak gerek ödünç veren işveren tarafından gerekse de ödünç alan işveren tarafından feshedilmesi ya da borçlar hukukundan kaynaklanan diğer nedenlerle sona ermesi her zaman ihtimal dahilindedir⁷⁵. Bunun sonucunda da tabiatıyla ödünç iş ilişkisi neticelenmiş olacaktır, zira bu ilişkiye temel karakterini veren sözleşme, ödünç işçi sözleşmesidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ödünç veren işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinin ödünç alan işverence feshedilmesi mümkün olmamalıdır. İşçiden kaynaklı herhangi bir olumsuz durumla karşılaşan ödünç alan işveren, ödünç veren işverenden ancak -şartları uygunsa- gerekçesini de

açıklayarak işçinin bir başka işçiyle değiştirilmesini talep edebilir. Ne var ki, ödünç veren işverenin işçiyi değiştirmemesi halinde, ödünç alan işverenden halihazırdaki olumsuz duruma katlanması beklenmemelidir. Bu nedenle, ödünç alan işverenin ödünç işçi sözleşmesini feshederek ödünç iş ilişkisine son vermesi pekala mümkündür. Örneğin, ödünç işçinin ödünç alan işverene cinsel tacizde bulunması halinde ve ödünç veren işverenin de bu işçiyi değiştirmemesi durumunda, ödünç alan işverenin bu işçiyle çalışmaya devam etmesi mümkün değildir ve sadece bu nedenle ödünç işçi sözleşmesini feshederek ilişkiye son verebilecektir. Bu hususta bir başka görüşe göre de, ödünç alan işveren, kendisine karşı ahlak ve iyiniyet kuralları ve benzerlerine aykırı şekilde davranan işçinin iş sözleşmesinin feshini ödünç veren işverenden talep edebilecek ya da ödünç işçi sözleşmesini feshederek sona erdirebilecektir⁷⁶. Nitekim Akyiğit de, sözleşmenin devamını çekilmez kılan nedenlerin bulunması halinde taraflardan herhangi birinin ödünç işçi sözleşmesini feshedebileceği görüşündedir⁷⁷.

8. İşyerinin Kapatılması

İşyerinin kapatılması da ödünç iş ilişkisini etkileyebilecek bir husustur. Zira bazı durumlarda, işyerinin kapatılması ilişkiyi de sona erdirebilecektir. Ne var ki, ödünç iş ilişkisinde üçlü bir yapı olduğundan ve bunlardan ikisi işveren olduğundan, konuyu ödünç alan ve ödünç veren işveren açısından iki farklı başlıkta inceleme ihtiyacı vardır.

8.1. Ödünç Alan İşverenin İşyerinin Kapatılması

Ödünç alan işverenin işyerinin herhangi bir nedenle kapatılması halinde, bir görüşe göre işçinin ödünç veren işveren ile olan iş sözleşmesi varlığını devam ettirir ve bu durumda ödünç veren işveren işçiyi kendi işyerinde çalıştırmak veya ücretini ödemek zorundadır⁷⁸. Yazara göre; “diğer bir işverenle geçici iş ilişkisi kurulmuş olması işverenin ücret ödeme borcunu ortadan kaldırmaz. İşçinin geçici iş ilişkisi kurulan işverenin yanında çalıştığı süreye ilişkin ücret ve sigorta primlerinden her iki işveren de birlikte (müteselsilen) sorumlu olduklarından, sürekli işveren, işçinin ödenmeyen ücret ve diğer alacaklarını işçiye ödemek zorundadır”.

Yazarın görüşüne katılıyor olmakla birlikte, doğabilecek ihtimaller dikkate alındığında, böyle bir genellemenin doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Şöyle ki, ödünç alan işverenin aynı işkolunda bir tane işyeri varsa ödünç iş ilişkisi doğal olarak sona erecek ve işçi kendisine sözleşmesel ilişkiyle bağlı olduğu ödünç veren işverenin yanında çalışacak ya da kendisine ücreti çalışmadan bile olsa ödenecektir. Ne var ki, ödünç alan işverenin birbirine benzer faaliyet alanında birden fazla işyeri bulunuyorsa ve ödünç işçi sözleşmesinde de ödünç alan işverenin ödünç işçiyi bu işyerlerinden herhangi birinde çalıştırılabileceği düzenleniyorsa, ödünç işçinin halen çalışmakta olduğu işyerinin kapatılması, ödünç iş ilişkisinin de sona ermesi neticesini doğurmayacaktır. Bu durumda ödünç işçi, ödünç alan işverenin göstereceği diğer işyerinde çalışmaya devam edecektir.

Ödünç alan işverenin işyerinin kapanması halinde, ödünç veren işverenin ödünç işçiyi çalıştırmaya devam etmek, ödünç işçinin de çalışmak zorunda olduğunu yukarıda belirtmiştik. Yeri gelmişken eklemek gerekir ki; böyle bir durumda ödünç alan işveren iş sözleşmesini sona erdiremeyecektir. Zira, ödünç alan işveren ödünç işçiyle ödünç veren işveren arasındaki sözleşmesel ilişkinin tümüyle dışındadır ve iş sözleşmesinin tarafı olmadığı için fesih yetkisine de sahip olamamalıdır. Bir başka deyişle, işyerinin kapanması ödünç işçinin iş sözleşmesinin feshi için bir geçerli sebep oluşturamaz, çünkü feshin söz konusu olabilmesi için, bu "geçerli sebebin" ödünç veren işverenin işyerinden kaynaklanmış olması gerekmektedir. Bu durumda, işçinin ödenmemiş haklarından ödünç alan işverenle birlikte ödünç veren işverenin de müteselsilen sorumluluğu bulunacaktır. Bu hususta iki işveren arasındaki anlaşmalar işçiyi bağlamayacak ve ödünç işçi her iki işvereni de takip ederek alacaklarını tahsil etme yolunu izleyebilecektir⁷⁹.

8.2. Ödünç Veren İşverenin İşyerinin Kapatılması

Ödünç veren işverenin işyerinin kapanması halinde ise ödünç iş ilişkisi Köseoğlu'na göre kesinlikle sona erecektir⁸⁰. Yazara göre; işçi ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam ediyorsa, artık ödünç alan işverenle işçi arasında iş sözleşmesi kurulmuş sayılır ve bu sözleşmenin niteliğini de

tarafının iradesi belirleyecektir. Yazar, eğer taraflar belirsiz süreli iş sözleşmesi yapma taraftarı değillerse, ödünç işçi sözleşmesinde kararlaştırılan süre kadar sürecek bir belirli süreli iş ilişkisi kurulduğunun kabulünün uygun olduğu görüşündedir.

Ancak hemen ifade etmek gerekir ki; ödünç alan işveren, işçiyle iş sözleşmesi yapmak istemiyorsa bile, ödünç işçi sözleşmesinde belirtilen sürenin sonuna kadar, ödünç işçiyle ödünç alan işveren arasındaki ilişki sürmeye devam edecektir. Bir başka deyişle, ödünç alan işveren ödünç işçiyle belirli ya da belirsiz süreli bir iş sözleşmesi yapmak zorunda değildir. Zira, ödünç veren işverenin işyerinin kapatılmasının bedelinin ödünç alan işveren tarafından ödenmesi doğru değildir. Ödünç işçiyle bir sözleşme yapma niyeti kendisinde olmasa bile, elbette yine de ödünç iş ilişkisi ödünç işçi sözleşmesinde belirtilen sürenin sonuna kadar devam etmeli ve ödünç alan işveren de yarı yolda bırakılmamalıdır. Bir başka deyişle, Köseoğlu'nun da isabetle ifade ettiği üzere, ödünç veren işverenin işyerinin kapanması halinde ödünç iş ilişkisi sona erecek ancak ilişkinin neticelenmesi işyerinin kapanma tarihinde değil, ödünç işçi sözleşmesinde üzerinde uzlaşılan zamanın sona ereceği gün söz konusu olacaktır.

Ödünç veren işverenin işyerinin kapanması halinde, işçinin birtakım işçilik alacaklarından mahrum kalması düşünülemez. Bu durumda, ödünç alan işverenin söz konusu alacaklardan sorumlu olup olmayacağı sorunu söz konusu olabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Ödünç İş İlişkisi"ni düzenleyen 7. maddesinin üçüncü fıkrasında ödünç alan işverenin sorumluluğunun, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ibaret olduğu düzenlenmektedir. Bu anlamda, ödünç veren işverenin işyerinin kapanması halinde de adı geçenler dışında ödünç alan işverenin bir sorumluluğu olmayacaktır. Ekmekçi'nin ifade ettiği ve bizim de katıldığımız üzere; maddede açık olarak zikredilmediği için, ödünç veren işveren tarafından işçiye ödenmesi gereken kıdem, ihbar, iş güvencesi tazminatı gibi işçilik haklarından ödünç alan işverenin, ödünç işçinin kendisinde çalıştığı süreyle sınırlı olarak dahi herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır⁸¹. Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise; bu yükümlülüklerin dışında kalan ve yasadan

kaynaklanan yükümlülüklerden kural olarak her iki işveren de birlikte sorumlu olacaktır, ancak bunun aksi kararlaştırılabilecek ve ödünç alan işveren bu tür sorumluluklar karşısında yükümlü olmaktan kurtulabilecektir⁸².

9. Geçersizlik

Ödünç iş ilişkisini sona erdirebilecek sebeplerden biri de “geçersizlik”tir. Elbette burada da sorunu öncelikle ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin, daha sonra da ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki ödünç işçi sözleşmesinin geçersizliği olarak iki başlık altında inceleme gereği bulunmaktadır.

9.1. İş Sözleşmesinin Geçersizliği

İş sözleşmesi her ne kadar ödünç iş ilişkisi içinde yer almış ve ödünç işçi ile ödünç veren işveren arasında akdedilmiş olsa da, genel olarak iş sözleşmesinin geçersizliği nedenleri, bu sözleşmenin geçersizliği için de kabul edilebilir olacaktır. Zira bu sözleşmenin olağan iki taraflı bir iş sözleşmesinden hiçbir farkı bulunmamaktadır. Ancak önemli olan, bu sözleşmenin sona ermesinin, bir parçasını teşkil ettiği ödünç iş ilişkisinin akıbetine olan etkisidir. Bu anlamda, diğer tüm sözleşmelerde olduğu gibi burada da iş sözleşmesinin batıl sayılması veya iptal edilebilirliği üzerinde durmak gerekmektedir.

9.1.1. İş Sözleşmesinin Butlanı

Genel olarak, sözleşme taraflarının ehliyeti ile ilgili noksanlıklar, şekil noksanlıkları, hukuka ve ahlaka aykırılık ile imkansızlık halleri iş sözleşmesinin batıl olması neticesini doğurur. Nitekim BK.md.20/1 uyarınca bir sözleşmenin konusu imkansız ve hukuka ya da ahlaka aykırı olursa o sözleşme geçersizdir. Md.20/2'ye göre de; sözleşmede yer alan şartlardan bir bölümünün batıl olması, sözleşmeyi hükümsüz hale getirmez, sadece şart yok sayılır. Ancak bu şartlar olmasaydı, sözleşme yapılmayacak idi ise, sözleşmenin kendisi geçersiz sayılacaktır.

Belirtmek gerekir ki, borçlar hukukunda sözleşmenin geçersizliği kural olarak geçmişe etkili hüküm ve sonuçlar doğurur. Böylece sözleşme hiç yapılmamış sayılacaktır. Ancak; iş hukukunun varlık nedeni olan “işçiyi koruma ilkesi” dikkate alın-

dığında, iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılması yönünde bir yorum yapmak mümkün olmayacaktır. Buna bağlı olarak da, işçinin geçersizliğin tespitinden önce yapmış olduğu çalışmaları karşılığında hak etmiş bulunduğu tüm işçilik haklarını talep etmesi mümkün olacaktır. Bu anlamda, iş sözleşmesinin geçersizliği sadece geleceğe dönük olarak etkili olacak, geçersizlik anına kadar adeta geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁸³. Bu hususa ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bakıldığında ise, geçersizliğin tespit edildiği zamana kadar iş sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır, ancak geçersizliğin tespit edilmesiyle birlikte ödünç iş ilişkisinin içindeki iki temel sözleşmeden biri hükümsüz olacağından, söz konusu ilişki sona erebilecektir. Örneğin, 15 yaşından küçük bir kişi ağır ve tehlikeli bir işte çalıştırılmaya başlanmışsa ve daha sonra ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverene devredilmişse, geçersizliğin ortaya çıkmasıyla birlikte ödünç iş ilişkisi neticelenecektir. Ancak, bunun için ödünç işçi sözleşmesinin sadece belli bir işçi için akdedilmiş olması gerekir, zira kimliği ya da vasıfları özel olarak belirtilmemiş bir işçinin devri söz konusu ise ödünç iş ilişkisi sona ermeyecek, ödünç veren işverenin benzer bir başka işçiyi ödünç alan işverenin hizmetine göndermesiyle ödünç iş ilişkisi devam edecektir. Diğer yandan, adı geçen 15 yaşındaki kişi çalıştırılmaya başlanmış, ancak geçersizliğin öne sürüldüğü veya hakim tarafından re'sen belirlendiği anda işçi 18 yaşını doldurmuşsa, iş sözleşmesinin sadece geçmişe dönük olarak değil, geleceğe dönük olarak da geçerli olduğunu kabul etmek gerekecektir⁸⁴.

Örneğin bazı şirketlerin, ödünç iş ilişkisini, bordrolarında bazı işçilerin ve onların aldıkları ücretlerin görünmemesini sağlamak, o işçilerin belli ve geçici bir süreyle ödünç olarak çalıştırılacaklarını belirtmek için kullandıkları görülmektedir. Bu yapılırken o işyerinde çalışan ve benzer özelliklere sahip işçilerin de olası ücret farklılıklarından rahatsız olmamaları amaçlanmaktadır. Ödünç olarak alınan işçiler de genellikle konularında uzman yabancısı işçiler olabilmektedir. Bu anlamda, söz konusu yabancı işçilerin 4817 sayılı ve 27.02.2003 tarihli Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde çalışmaları gerekmektedir. Buna göre, yabancıların Türkiye’de, çalışmaları Ça-

lışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın iznine bağlanmıştır. Bu izin alınmaksızın gerek bağımlı, gerek bağımsız çalışan kişi ve çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işveren veya işveren vekili için önemli para cezaları öngörülmüştür. İfade etmekte yarar var ki, ayrıca Kanunda belirtilen izni almayan işçinin iş sözleşmesi doğal olarak geçersiz sayılacaktır⁸⁵. İşte ödünç işçi olarak bir başka işverene verilen yabancı işçinin kanun uyarınca alınması gereken izinler olmaksızın çalışmakta olduğu tespit edilirse, iş sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olacağından ve büyük bir ihtimalle de o işçinin kişisel özellikleri dikkate alınarak ödünç işçi sözleşmesi yapıldığından, ödünç iş ilişkisi sona erecektir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, yabancı işçi ödünç iş ilişkisi çerçevesinde ödünç işçi olarak çalışmaktayken ve geçersizliğin belirlendiği anda kanun uyarınca gerekli izni almış durumda ise iş sözleşmesi geçersiz sayılmayacak ve geleceğe dönük olarak da hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir. Böylece ödünç iş ilişkisinin de sona ermesi söz konusu olmayacaktır.

Kanımızca iş sözleşmesinin varlığını devam ettirmesi yönünde yapılan bu yönde bir yorum; iş hukukunun varlık nedenine son derece uygun olacaktır. Süzek'in de isabetle ifade ettiği üzere, yukarıda açıkladığımız BK.md.20/2 hükmü geniş bir uygulama alanı bulabilir. Buna göre, söz konusu hükümdeki kısmi geçersizlik yaptırımını tatbik etmek, bu şekilde iş sözleşmesinin tümünün değil de sadece ilgili hükmünün geçersizliğini kararlaştırmak ve böylece iş sözleşmesini ayakta tutmak amaca daha uygun bir uygulama olacaktır. Yazar ayrıca, kısmi geçersizlik durumunda geçersiz sayılan hükmün yarattığı boşluğun doldurulmasında uygulanabilecek herhangi bir kanun veya toplu iş sözleşmesi maddesi yoksa boşluğun işverenin işçiyi gözetme borcuna uygun bir davranışı ile doldurulacağını ifade etmektedir⁸⁶. Kanımızca iş sözleşmesinin ve dolayısıyla ödünç iş ilişkisinin mevcudiyetini koruyabilmek için, kısmi geçersizlik nedeniyle boşluk bulunan husus pekala ödünç işçi sözleşmesinde düzenlenecek bir hükümlle doldurulabilir. Yazarın verdiği örneğe sadık kalarak ifade edilebilir ki, ödünç alan işverenin örneğin yaşı sebebiyle ağır ve tehlikeli bir işte veya sağlığına uygun olmadığı için gece çalıştırılmayan bir ödünç işçiye, ödünç işçi sözleşmesinin ilgili hükmüne ri-

yet ederek, verdiği işi değiştirerek daha hafif bir iş vermesi ya da kendisini gündüz çalıştırması halinde söz konusu geçersizlik halinin yarattığı boşluk, ödünç işçi sözleşmesi vasıtasıyla doldurulmuş olacaktır. Bu şekilde ödünç iş ilişkisinin geleceği açısından bir problem olmayacak ve geçerliliğini sürdürecektir.

9.1.2. İş Sözleşmesinin İptal Edilebilirliği

Ödünç iş ilişkisinin varlığına, ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin etkisi incelenirken elbette üzerinde durulması gereken hususlardan biri de söz konusu sözleşmenin iptal edilmesi halinde doğacak sonuçlardır. Genel hukuk kuralları uyarınca hata, hile, ikrah gibi iradeyi sakatlayan sebepler neticesinde, ilgili sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen kişi, bu husustaki iradesini diğer tarafa bildirmeden veya sözleşme gereği verdiği şeyi geri almadan bir seneyi geçirdiği takdirde, sözleşmeye icazet vermiş sayılacaktır (BK.md.31/1, 1.cümle). Buna göre, sözleşme baştan itibaren ortadan kaldırılabilir ve hüküm ifade etmeyecektir. Ne var ki, iş hukukunun kendine özgü yapısı nedeniyle Borçlar Kanunundaki bu hükmün birebir uygulanması söz konusu olamaz. Demir'in de belirttiği ve bizim de katıldığımız üzere; "hukuki" değil "fiili" iş ilişkisi görüşüne dayanarak geçmişin bu durumdan etkilenmeyeceğini, sözleşmenin yapılmasından iptal tarihine kadar geçen süreye ait işçilik haklarının her zaman talep edilebileceğini, "işçiyi koruma ilkesi"nin bir sonucu olarak söyleyebiliriz.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi, iradeyi sakatlayan sebeplerden biriyle iptal edilebilir ise ve işçi ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışmaktayken BK.md.31 uyarınca bir yıllık süre içinde kalmak şartıyla sözleşmenin hükümsüzlüğünü talep ediyorsa, doğal olarak ödünç iş ilişkisinin temel unsurlarından biri olan iş sözleşmesi ortadan kalkacağından, ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, fiili iş ilişkisi dikkate alındığında gerek ödünç iş ilişkisinin kurulmasından önce gerekse ödünç iş ilişkisi esnasında işçinin hak edebileceği tüm işçilik haklarına halletilmeyecek ve bu haklar her zaman talep edilebilecektir. Ne var ki, böyle bir sonuca ödünç iş ilişkisinin, kişisel özellikleri dikkate alınarak ya da

kimliği belirlenerek bir tek işçinin konu olması halinde ulaşılabilecektir. Yoksa bir başka işçinin bu işçinin yerine gönderilmesinin mümkün olduğu durumlarda iptal nedeniyle iş sözleşmesinin hükümsüz kalması ödünç iş ilişkisinin geleceğine etki etmeyecek ve ilişki devam edecektir.

Bu noktada incelenmesi gereken diğer bir husus ise, iptal dolayısıyla iş sözleşmesi ortadan kalkınca, sözleşme öncesi görüşmeler esnasında dürüstlük kuralına uymaması neticesinde böyle bir sonuca neden olan tarafın karşı karşıya kalacağı müeyyidelerdir. Akyiğit'e göre; "ileriye dönük de olsa iptal ile hizmet akdi ortadan kalkınca, iptale neden olan taraf, kusurlu bulunabilirse, sözleşme görüşmeleri sırasında dürüst davranmama nedeniyle, karşı tarafın tazminat talebine muhatap olabilir (MK.md.2)⁸⁷.

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde ifadesini bulan "dürüstlük ilkesi"nin uygulanması, tarafların karşılıklı güven içerisinde birbirlerinden, yükledikleri edimlerini yerine getirmelerini gerektirir. Nitekim, bir iş sözleşmesi yapmak üzere karşılıklı görüşmelere başladıkları dönemde de, gerek işçi gerekse işveren birbirlerine karşı "dürüstlük kuralı"nın gerektirdiği biçimde davranmalıdırlar. Zira, sözleşmeden doğan bir ilişki kurmak amacıyla görüşmelere başlayan kişiler arasında dürüstlük kuralından kaynaklanan bir güven ilişkisi doğmakta ve taraflar için özel davranış mükellefiyetleri ortaya çıkmaktadır⁸⁸. Bu dönemde, taraflar yanlış bir izlenim uyandırmaktan kaçınmalı ve gerekli bazı hususları karşı tarafa bildirmelidirler. Hatta karşı tarafın yanlış bir kaniya sahip olmaması için, bu durumu fark eden taraf diğerini uyarmalı, yanılmaması için yardımcı olmalıdır. Tarafların açıklamak durumunda olduğu hususlar ise sözleşmenin niteliği, görüşmelerin gelişme biçimi, tarafların amaçları ve bilgileri göz önünde bulundurularak, somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir. İşte, taraflardan birinin sözleşmenin hazırlık döneminde veya görüşmeleri esnasında, bu görevleri kusurlu olarak ihlal etmesini ifade etmek üzere "culpa in contrahendo" deyiimi kullanılmaktadır⁸⁹. Söz konusu hususa dikkat etmeyen tarafın, sözleşme yapmak üzere müzakerelere başlamasına rağmen bazı noktaları karşı taraftan saklamasından doğan zararı giderme yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁰.

Sözleşme öncesi kusurlu davranışıyla iyiniyet

kurallarına aykırı bir şekilde hareket eden taraf, bu kusurlu davranışından doğan "menfi zarar"ı ödemek zorundadır. Gerçekten de doktrinde, sözleşmenin ihlali kural olarak müspet zararın tazminini gerektirdiği halde, sözleşme öncesi sorumluluk yalnız menfi zararların tazminini zorunlu kılmaktadır. Çünkü burada, güven uyandırmaktan doğan bir zarar söz konusudur⁹¹. BK.md.26 bunun tipik bir örneğidir. Söz konusu maddeye göre "akdin hükümünden kurtulmak için hata ettiğini iddia eden taraf eğer hata kendi kusurundan ileri gelmiş ise mukavelenin bu suretle feshinden mütevellit zararı tazmine mecburdur...". Ayrıca, yine Borçlar Kanununun 28. ve 29. maddelerine göre hile veya ikrah altında yapılan sözleşmenin iptali durumlarında, aldatan veya korkutanın BK.md.31/2 gereğince ödemek zorunda olduğu tazminat borcu da bir culpa in contrahendo sorumluluğu niteliğindedir⁹².

Menfi zarar, hüküm ifade edeceğine güvenilen bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ya da kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması nedeniyle uğranılan zarardır. Menfi zararın tazminiyle, zarara uğrayan taraf, zarar verici olay meydana gelmeseydi hangi durumda olunacak idiyse, o duruma getirilir⁹³. Bu itibarla, bir iş ilişkisinde, bir taraf diğer tarafın borcunu ifa etmemesi halinde ifadaki menfaatinin kaybını (müspet zarar) isteyebilirken, söz konusu sözleşmenin hükümsüzlüğü veya kurulmaması sonucunu doğuran culpa in contrahendo durumunda ise artık ifadaki menfaatinin değil, sözleşmeye güvenmesi yüzünden uğradığı zararın (menfi zarar) tazminini talep edebilir⁹⁴. Adı geçen "menfi zarar" kapsamına dahil olacak kalemler ise doktrinde şu şekilde sayılmaktadır: Yerine getirilmiş olan edim, zarar görenin yerine getirdiği edimden elde edecek olduğu menfaatler, sözleşme kurma giderleri, sözleşmenin ifası ya da edimin kabulü için yapılan harcamalar, edimin hazırlanmış ya da yerine getirilmiş olması dolayısıyla uğranılan zarar, geçersiz kalan sözleşmeyi göz önünde tutarak yapılmış olup da bu sözleşmenin sonuçsuz kalması yüzünden yerine getirilemeyen sözleşmelerden ileri gelen tazminat ya da cezai şart yükümü ve sözleşmenin geçerliliğine güvenilecek başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmak yüzünden uğranılan zarar⁹⁵.

Ancak, hemen eklemek gerekir ki istisnai hallerde, hakkaniyet gerekli kılıyorsa, müspet zararın

tazmini de mümkündür. Bu durum BK. md. 26/2'de "eğer hakkaniyet icap ederse, hakim mutazarrır olan tarafın lehine daha fazla tazminat hükmedebilir" şeklinde ifade edilmektedir⁹⁶.

Görüldüğü üzere, yukarıda açıklamaya çalıştığımız "menfi zarar" kapsamı içinde gerek iki taraflı bir iş sözleşmesinin iptalinden kaynaklanan kalemler, gerekse de geçersiz kalan sözleşmeyi göz önünde tutarak yapılmış olup da bu sözleşmenin (ödünç veren işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesi) sonuçsuz kalması yüzünden yerine getirilemeyen sözleşmelerden (ödünç işçi sözleşmesi) ileri gelen tazminat ya da cezai şart yükümü bulunmaktadır. Nitekim söz konusu ifadenin birebir karşılığını ödünç işçi sözleşmesi, dolayısıyla da ödünç iş ilişkisi müessesesi oluşturmaktadır. Zira ödünç iş ilişkisinin meydana gelebilmesi için gerekli ön şartlardan biri öncelikle ödünç veren işveren ile işçi arasında geçerli bir iş sözleşmesinin bulunmasıdır. Kaldı ki, ödünç iş ilişkisinde temel unsur, ödünç işçinin, adı geçen iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunu ödünç alan işverene karşı yerine getirmesidir. Bu nedenle, gerçekten de iş sözleşmesinin iptaline neden olan taraf, bu geçersizlik durumunun sonucu olarak ve sözleşme öncesi görüşmelerdeki sorumluluğu kaynaklı olarak menfi zararları tazmin etmek zorunda kalacaktır.

9.2. Ödünç İşçi Sözleşmesinin Geçersizliği

4857 sayılı İş Kanunu'nda ödünç iş ilişkisinin düzenlendiği 7. maddede ödünç işçi sözleşmesinin geçersizliği hakkında herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Bu nedenle, genel olarak iş sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin hükümlerin ödünç işçi sözleşmesinin geçersizliği hakkında da uygulanması mümkündür. Bu anlamda, sözleşme taraflarının ehliyeti ile ilgili noksanlıklar, şekil noksanlıkları, hukuka ve ahlaka aykırılık ile imkânsızlık halleri iş sözleşmesinde olduğu gibi ödünç işçi sözleşmesinin de batıl olmasını doğuracaktır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, BK.md.20/1 uyarınca bir sözleşmenin konusu imkansız ve hukuka ya da ahlaka aykırı olursa o sözleşme geçersizdir. BK. md. 20/2'ye göre de; sözleşmede yer alan şartlardan bir bölümünün batıl olması, sözleşmeyi hükümsüz hale getirmez, sade-

ce şart yok sayılır. Ancak bu şartlar olmasaydı, sözleşme yapılmayacak idi ise, sözleşmenin kendisi geçersiz sayılacaktır.

Ancak önemle ifade etmek gerekir ki; yukarıda da ifade edildiği üzere, borçlar hukukunda sözleşmenin geçersizliği kural olarak geçmişe etkili hüküm ve sonuçlar doğurur. Ne var ki, iş hukukunun varlık nedeni olan "işçiyi koruma ilkesi" karşısında, aynı sonuca ulaşmak mümkün olmayacaktır. Böylece, işçi geçersizliğin tespitinden önce yapmış olduğu çalışmaları karşılığında hak etmiş bulunduğu tüm işçilik haklarını talep edebilecektir. Ödünç iş ilişkisi de iş hukukuna dair bir müessesedir ve geçersizliğin işçi aleyhine sonuç doğurması mümkün olmamalıdır. Bu anlamda, geçersizliğin tespit edildiği zamana kadar ödünç işçi sözleşmesi de hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır, ancak geçersizliğin tespit edilmesiyle birlikte ödünç iş ilişkisine temel karakterini veren bu sözleşme hükümsüz olacağından, ilişki de sona erebilecektir.

Bundan başka; bilindiği üzere, hukukun genel ilkeleri uyarınca hata, hile, ikrah gibi iradeyi sakatlayan sebeplerle, sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen kişi, bu yöndeki iradesini diğer tarafa bildirmeden veya sözleşme gereği verdiği şeyi geri almadan bir seneyi geçirdiği takdirde, sözleşmeye icazet vermiş sayılacaktır (BK. md. 31/1, 1.cümle). Buna göre, sözleşme baştan itibaren ortadan kaldırılabilecek ve hüküm ifade etmeyecektir. Ancak, iş hukukunun kendine özgü yapısı nedeniyle Borçlar Kanunu'ndaki bu hükmün birebir uygulanması söz konusu olamaz. Bir başka deyişle, geçmiş bu durumdan etkilenmeyecek, sözleşmenin yapılmasından iptal tarihine kadar geçen süreye ait işçilik hakları her zaman talep edilebilecektir.

Bu anlamda, ödünç işçi sözleşmesi, iradeyi sakatlayan sebeplerden biriyle iptal edilebilir ise ve taraflardan biri ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışmaktayken BK. md. 31 uyarınca bir yıllık süre içinde kalmak şartıyla sözleşmenin hükümsüzlüğünü talep ediyorsa, doğal olarak ödünç iş ilişkisinin temel unsuru olan ödünç işçi sözleşmesi ortadan kalkacağından, ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, ödünç iş ilişkisi esnasında işçinin hak edebileceği tüm işçilik haklarına halel gelmeyecek ve bu haklar her zaman talep edilebilecektir.

10. Ölüm

“Ölüm” iki taraflı olağan bir iş ilişkisini sona erdirebildiği gibi, ödünç iş ilişkisini de neticelendirebilecek başlıklardan biridir. Ancak, iş ilişkisinde konu işçinin ve işverenin ölümü şeklinde iki başlık altında incelenirken, ödünç iş ilişkisinde bu hususu ödünç işçinin, ödünç veren işverenin ve ödünç alan işverenin olmak üzere üç başlık altında inceleme zorunluluğu bulunmaktadır.

10.1. Ödünç İşçinin Ölümü

Ödünç iş ilişkisi dışında değerlendirilecek olan olağan bir “iki taraflı” iş ilişkisinde, BK.md.347/1 uyarınca işçinin ölümü ile iş ilişkisi sona ermektedir. İşçinin ölümü, işçiyle işveren arasındaki iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirecektir. Bunun için ayrıca mirasçılardan ya da işverenin, iş sözleşmesinin feshi bildiriminde bulunmalarına gerek bulunmamaktadır. Kaldı ki iş ilişkisi işçinin kişisel özellikleri dikkate alınarak akdedilmektedir ve bu durum doğal karşılanmalıdır⁹⁷.

Konuya ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bakıldığında da ödünç işçinin ölümünün ödünç iş ilişkisini sona erdirebileceği söylenebilir. Bir başka deyişle, böyle bir durumda ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin BK. md. 347/1 hükmü gereğince sona ereceği konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte⁹⁸, ödünç iş ilişkisi dahilindeki diğer sözleşme olan ödünç işçi sözleşmesi hakkında aynı kesin kaniya varmak mümkün değildir kanısındayız. Şöyle ki, bu noktada bir ayırım yapma gereği bulunmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, işçinin vasıfları açısından özel bir nitelik belirlenebilir ve böyle bir işçi devredilir ya da mesleki olarak ortalama bir işçinin devredilmesi söz konusu olabilir. Elbette bu hususun ödünç işçi sözleşmesinde düzenlenmesi gerekmektedir. Eğer böyle bir düzenleme yapılmamışsa, ödünç veren işverenin ortalama bir işçiyi devretme borcu altına girdiği sonucuna ulaşılabilecektir. Genel olarak vasıfların belirlenmesi halinde de ödünç veren işveren, normal ve makul şartları taşıyan herhangi bir işçiyi gönderebilir. Hatta ödünç veren işveren daha önce gönderdiği işçiyi geri çağırarak, aynı vasıflarda bir başka işçiyi de gönderebilmelidir. Diğer yandan vasıflar dışında, işçinin bizzat kimliğiyle ilgili bir husus da sözleşmede yer alabilir. Şöyle ki, ödünç veren işverenin belli bir işi gö-

rebilen herhangi bir işçiyi ödünç alan işverene göndermesi yanında kimliği belirtilen belli bir işçinin ödünç alan işverene gönderilmesi de söz konusu olabilir. İşte böyle bir kaydın ödünç işçi sözleşmesinde bulunması durumunda ödünç veren işveren sadece o işçiyi göndererek borcundan kurtulabilir. İşte devredilecek olan işçinin kimliğinin net bir şekilde ödünç işçi sözleşmesinde belirtilmesi ya da işçinin vasıfları açısından özel bir nitelik belirlenmesi halinde, bu işçinin ölümü sonrasında doğal olarak ödünç işçi sözleşmesi de neticelenmelidir kanısındayız. Ne var ki, genel olarak vasıfların tespit edilmesi durumunda ödünç veren işveren normal ve makul şartları taşıyan herhangi bir işçiyi gönderebileceğinden, bu işçinin ölümü halinde ödünç işçi sözleşmesi sona ermeyecek ve ödünç alan işveren aynı nitelikte bir başka işçiyi göndermek durumunda olacaktır.

10.2. Ödünç Veren İşverenin Ölümü

BK.md.347/2 uyarınca “iş sahibi öldüğü takdirde, akit, başlıca onun şahsı nazara alınarak yapılmış ise nihayet bulur”. Buna göre, işverenin gerçek kişi olması ve ölmesi halinde iş sözleşmesi sona ermeyecek, ancak işverenin kişiliği dikkate alınarak iş sözleşmesi yapılmışsa, bu durumda sözleşme son bulacaktır. İşverenin kişiliğinin önemli olmadığı ihtimalde sözleşme, ölen işverenin mirasçılarıyla devam edecektir. Mirasçılardan sözleşmenin devamını istememeleri halinde ise feshe ilişkin genel hükümlere göre sonuca gidilecektir.

Olağan iki taraflı iş ilişkisinde işverenin ölümü halinde ortaya çıkabilecek bu sonuçlar, ödünç iş ilişkisi çerçevesinde değerlendirildiğinde, ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi için de geçerli olacaktır. Ödünç veren işverenin ölümünün ödünç işçi sözleşmesine olan etkisine gelince; ödünç işçi sözleşmesinin bu durumda sona ermeyeceğini söyleyebiliriz. Zira ödünç iş ilişkisi çerçevesinde ödünç veren işverenin borcu bizzat işçi teminidir. Oysa bu faaliyetin yerine getirilmesinde işverenin kişiliğinin bir önemi bulunmamaktadır⁹⁹ ve mirasçılar da pekala işçi verme işlevini yerine getirebilirler. Ancak ödünç veren işverenin mirasçıları ödünç işçi sözleşmesini devam ettirmek istemezlerse, söz konusu sözleşmenin feshi yoluna gitmek durumunda olacaklardır.

10.3. Ödünç Alan İşverenin Ölümü

Öncelikle belirtmek gerekir ki; doktrinde ödünç alan işverenin ölümünün ödünç işçi sözleşmesini sona erdirmeyeceği ifade edilmektedir. Yazara göre, “ödünç iş ilişkisinde ödünç alanın hak ve borçları dikkate alındığında, bunlardan hiçbirisinin onun kişiliğine bağlı olmadığı görülür. Dolayısıyla mirasçıları külli halefiyet yoluyla ödünç alanın konumunu elde edeceklerdir”¹⁰⁰. Ne var ki kanımızca böyle bir kesin kanıya varmak, ödünç iş ilişkisinde tarafların beklentileri dikkate alındığında, bizi yanlış yorumlara götürebilir. Şöyle ki; elbette ödünç alan işverenin ölümü halinde doğal olarak işçi ile ödünç veren işveren arasındaki iş sözleşmesi etkilenmeyecektir, zira ödünç alan işveren bu ilişkiye tümüyle yabancıdır. Ancak bu ölümün ödünç işçi sözleşmesini sona erdirmesi ihtimal dahilindedir kanısındayız. BK.md.347/2’de de ifade edildiği üzere işveren öldüğü takdirde sözleşme esasen onun kişiliği dikkate alınarak yapılmışsa sona erer. İki taraflı normal bir iş ilişkisinde işçiden hizmet alan ve bazı durumlarda kişiliği önem arz eden taraf işçinin iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenidir. Ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasındaki ilişki de yukarıda ifade edildiği üzere sözleşme benzeri bir ilişki olduğundan, bu noktada BK.md.347/2 hükmünün kıyasen bu ilişkiye de uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bu anlamda, ödünç iş ilişkisinde işçinin hizmetinden yararlanan kişi ödünç alan işveren olacaktır ve belki de ödünç alan işverenin kişiliği ödünç iş ilişkisinin kurulmasında anahtar rolü üstlenecektir. İşte böyle bir ihtimalin varlığı halinde ödünç alan işverenin ölümünün ödünç işçi sözleşmesini neticelendirebileceği kanısındayız.

11. İş Sözleşmesinin Devri

Ödünç iş ilişkisi devam etmekteyken iş sözleşmesinin ödünç veren işveren tarafından ve işçinin de rızasıyla bir başka işverene devredilmesi halinde de ödünç iş ilişkisi sona erebilecektir. Ancak ödünç işçi sözleşmesinin işçinin kimliği dikkate alınarak yapılmadığı hallerde ödünç veren işverenin bir başka işçiyi göndermesiyle ilişki devam edebilecektir. Hemen ifade etmek gerekir ki, böyle bir durumda ödünç iş ilişkisinin sona ermesi, işçinin tarafı olduğu iş sözleşmesinin sona ermesi neticesini doğurmayacaktır. Nitekim bu konuda

Yargıtayın vermiş olduğu bir kararda da iş hukukunda son yıllarda büyük bir gelişme gösteren esneklik kapsamı içinde hizmet devrine yer verildiğinin sıkça gözlemlendiği, özellikle öğretilerde bu konuda olumlu görüşler serdedildiği, böyle bir olanaktan yurdumuzda da yararlanılması şeklinde sonuçlara ulaşıldığı belirtilmiştir¹⁰¹.

Diğer yandan, iş sözleşmesini devralan yeni işverenin ödünç veren işveren sıfatıyla yeni bir ödünç işçi sözleşmesi imzalaması ve işçinin tekrar ödünç işçi olarak gönderilmesi de mümkün olmalıdır. Hatta böyle bir durumda, ödünç veren işveren değiştiğinden, on sekiz aylık süre yeniden başlayacaktır. Ancak, iş sözleşmesinin devrinin muvazaalı olarak yapılması da ihtimal dahilindedir. Böyle bir durumda, muvazaalı işlemin sonuçlarının doğacağı ise açıktır.

Eklemek gerekir ki, işçinin iş sözleşmesinin devredileceği yeni işveren, bizatihi ödünç alan işveren olabilir. Bu durumda ise ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren sıfatları aynı kişide birleştiğinden, ödünç iş ilişkisi kendiliğinden sona ermiş olacaktır.

SONUÇ

“Ödünç işçiyile”, sözleşmesel ilişki içinde olduğu işvereni “ödünç veren işveren”, aralarında anlaşarak diledikleri zaman mevcut iş sözleşmesini sona erdirebilirler ve bu bir fesih olmadığından, herhangi bir tazminat yükümü de söz konusu olmayacaktır. Ancak, iki taraflı olan bu iş ilişkisinin sona ermesi, doğal olarak bu ilişkiye bağlı olarak oluşmuş olan ödünç iş ilişkisini de neticelendirecektir. Zira iş sözleşmesinin hukuki varlığını kaybetmesiyle birlikte, ödünç iş ilişkisinin konusunu teşkil eden işçinin ödünç alan işverenle arasındaki ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Ödünç iş ilişkisinin varlığını sürdürmesi, ödünç veren işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinin devamı koşuluna bağlıdır. Bir başka deyişle, ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi fesih veya başka herhangi bir nedenle sona ererse, ödünç iş ilişkisi de doğal olarak nihayetlenecektir.

Ödünç veren işveren ve ödünç alan işveren isterlerse anlaşarak ödünç işçi sözleşmesini sürenin dolmasından önce her zaman sona erdirebilirler. Bu yönde bir anlaşma doğal olarak ödünç iş ilişkisini neticelendirecektir. Bunun yanında, ödünç

Ödünç veren işverenin sürenin sonunda işçisini geri çağırması durumunda ödünç işçinin ve ödünç alan işverenin birlikte çalışma iradelerine rağmen, ödünç iş ilişkisinin uzayarak devam edeceği sonucuna varılamaz.

alan veya ödünç veren işverenin ödünç işçi sözleşmesini feshetmeleri ile ya da borçlar hukukundan kaynaklanan muhtelif sebeplerle de ödünç iş ilişkisi sona erebilecektir. Böylece, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki ilişki noktalanacak ve işçi ile sözleşmesel ilişki içinde olduğu ödünç veren işveren arasındaki iş ilişkisi bağımsız olarak devam edecektir.

Ödünç işçi sözleşmesi, taraflarca belirlenmiş olan sürenin sona ermesiyle kendiliğinden sona erer. Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren tarafından düzenlenen ve işçinin rızasıyla yürürlüğe girebilecek ödünç işçi sözleşmesi, yine söz konusu üç tarafın iradesiyle yenilenmediği takdirde işçi, kendisine sözleşmesel ilişkiyle bağlı olduğu ödünç veren işverenin işyerine dönmek ve ödünç veren işveren de kendisine iş vermekle yükümlüdür. Ödünç veren işverenin sürenin sonunda işçisini geri çağırması durumunda ise, ödünç işçinin ve ödünç alan işverenin birlikte çalışma iradelerine rağmen, ödünç iş ilişkisinin uzayarak devam edeceği sonucuna varılamaz. Çünkü ödünç iş ilişkisinin üç temel ayağından birisi olan ödünç veren işverenin, ilişkinin devamı hususunda bir isteği ve onayı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda işçi, ödünç veren işveren yanındaki işine dönmek durumundadır, bunu kabul etmemesi ve ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi durumunda, ödünç veren işverenle aralarındaki iş sözleşmesini süreli fesih bildiriyle feshetmiş olacak ve bunun sonuçlarıyla karşı karşıya kalacaktır. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, ödünç iş ilişkisinin süresinin bitiminde, bu ilişkinin her üç tarafının da ortak iradeleriyle işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalışmasına devam etmesi kararlaştırılabilir. Bu durumda doğal olarak işçinin sözleşmeyi feshettiğinden ve bunun sonuçlarından so-

rumlu olacağından bahsedilemeyecektir. Zira burada söz konusu olan, tarafların ortak iradeleriyle gerçekleşen bir iş sözleşmesinin devri işlemidir.

İş Kanunu'nun 23. maddesine göre; belirli veya belirsiz süreli sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de birlikte sorumlu olacaktır. Ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverenin işyerinde çalışan ödünç işçi de süre sona erdiğinde ödünç veren işverenin yanına dönmeyip ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam ediyorsa, yukarıda da belirtildiği üzere ödünç işçi ödünç veren işverenle olan ilişkisini bildirim sürelerine uymaksızın feshetmiş sayılacaktır. Bir başka deyişle, iş sözleşmesi, taraflardan birince kanunda öngörülen bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedilirse, örneğin işçi başka bir iş bulduğu için çalışmayı bırakıp, yeni işyerinde çalışmaya başlarsa bu durumda usulünce yapılmış bir fesih söz edilemeyecek, bu bir usulsüz fesih sayılacaktır.

Kanımızca, ödünç işçi sözleşmesiyle işçinin bir başka işverene devredilmek istenmesi, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olarak yorumlanmalı ve İş Kanunu md. 22'nin uygulama alanı bulmasına mahal verilmemelidir. Zira işçinin işyerinde değişiklik yapılması ya da çalışma şartlarında farklı şekillerde değişiklikler yapılması mümkün olmakla birlikte, hiçbir işçi ödünç iş ilişkisiyle bir başka işverenin yanında çalışmaya ve iş görme edimini onun yanında ifa etmeye zorlanmamalıdır. Kanımızca böyle bir durumda "iş güvencesi"ne ilişkin olarak mevzuatımıza dahil olan hükümlerin uygulama olasılığı kalmayacak, bir başka deyişle, "iş güvencesi engeli"ne takılıp iş güvencesi tazminatını, yargılama dönemindeki dört aya kadar ücreti ödemek istemeyen her işveren, işçisine ödünç iş ilişkisi adı altında neredeyse imkânsız önerecek, işçi de bunu kabul etmeyince, iş güvencesi hükümleri söz konusu olmadan iş sözleşmesini feshedebilecektir. Hukukun böyle bir durumu koruması kanımızca mümkün olmamalıdır. İşte bu nedenle, İş Kanunu'nun ödünç iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesi ile çalışma koşullarında değişiklik bahsini düzenleyen 22. maddesinin birlikte uygu-

lanmasının çerçevesinin yargı organlarınca somut olarak çizilmesi gerekmektedir. Üstelik 22. madde hükmü sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri için uygulanabilir olduğundan, ödünç iş ilişkisinde istisnasız bir şekilde kullanılması mümkün değildir.

Ödünç iş ilişkisi içindeki iki sözleşmeden biri olan ve ödünç veren işverenle ödünç işçi arasında imzalanmış bulunan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak akdedilmiş olması halinde, gerek ödünç veren işverenin gerekse de diğer taraf olan ödünç işçinin sözleşmeyi süreli fesih bildiriyle feshetmeleri mümkündür. İşverenin iş sözleşmesini geçerli sebeple feshetmesi durumunda da ödünç iş ilişkisi sona erecektir. İhbar öneli tanınarak yapılan fesihlerde doğal olarak önel sonuna kadar ödünç iş ilişkisi de iş sözleşmesiyle birlikte varlığını sürdürecektir. Ödünç işçi bu arada doğan ücret vb. haklarını da tabii ki talep edebilecektir. Ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş ilişkisine tümüyle yabancı olan ödünç alan işverenin söz konusu sözleşmeyi feshedebilmesi ise kesinlikle mümkün olmamalıdır. Ancak, belli ölçülerde ve ödünç veren işveren adına uygulanmak koşuluyla ödünç alanın ödünç işçiye disiplin cezası verebileceğinden söz edilebilir.

Ödünç veren işverenin, işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu md.25/II uyarınca haklı sebeple feshetmesi mümkündür. Bu fesih gerek işçinin doğrudan ödünç veren işverene karşı olan davranışları dolayısıyla, gerekse de işçinin ödünç alan işveren yanındaki bir tutumundan kaynaklanabilecektir. Ödünç veren işveren bu yola kendi iradesi neticesinde gidebilecektir, yoksa ödünç alan işverenin ödünç veren işverenden, işçinin sözleşmesini feshetmesini talep etme hakkı kanımızca bulunmamaktadır. Eklemek gerekir ki, iş sözleşmesinin haklı sebeple feshi yoluna gidebilecek olan işveren, sadece ödünç veren işveren olacaktır. Çünkü her şeyden önce ödünç alan işveren feshe konu olabilecek iş sözleşmesinin tarafı değildir. Bu nedenle tarafı olmadığı bir ilişkiye son verebilmesinin, hukukun temel ilkeleriyle örtüşmediği düşüncesindeyiz. Ancak doktrinde, ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin ödünç alan işveren tarafından da sona erdirilebileceğini savunan ve bizim iştirak etmediğimiz görüşler de bulunmaktadır. Bu anlamda, ödünç alan işverenin, kendisine tümüyle yabancı olan ve ödünç veren iş-

verenle ödünç işçi arasında akdedilmiş olan iş sözleşmesini feshedebilmesi kanımızca mümkün değildir. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, ödünç alan işverenin, işçinin borçlarını yerine getirmemesi, İş Kanunu md.25/II'de belirtilen davranışların öznesi olması nedeniyle ortaya çıkan zararın tazminini işçiden istemesi mümkündür. Zira İş Kanunu md.7/4 uyarınca ödünç işçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile neden olduğu zarardan ödünç alan işverene karşı sorumludur. Bu anlamda, ödünç veren işverenin ödünç alan işverene bu hususta bir yetki vermesi de söz konusu olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, işçinin ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverene iş görme edimini sunmaya devam etmesi, kendisinin ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesini feshedemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Ödünç veren işveren nasıl sözleşmesinin bir tarafı olarak her zaman fesih yoluna gidebilecekse, ödünç işçinin de sözleşmenin diğer tarafı olarak aynı hakka sahip olması yadırganmamalıdır.

Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında imzalanan ve "ödünç işçi sözleşmesi" olarak belirttiğimiz sözleşmede düzenlenmemiş olsa bile ödünç veren işverenin, ödünç işçinin sözleşmede belirtilen şekilde işe gelip ödünç alan işverenin gözetimi altında çalışmaya başlamasını taahhüt borcu bulunmaktadır. Ödünç işçi sözleşmesinin varlık nedeni de bu devir işlemini düzenlemek ve güvence altına almaktır. Ne var ki, söz konusu işçi devri işlemini düzenlediğini ve güvence altına aldığını belirttiğimiz ödünç işçi sözleşmesinin doğal olarak gerek ödünç veren işveren tarafından gerekse de ödünç alan işveren tarafından feshedilmesi ya da borçlar hukukundan kaynaklanan diğer nedenlerle sona ermesi her zaman ihtimal dahilindedir. Bunun sonucunda da tabiatıyla ödünç iş ilişkisi neticelenmiş olacaktır, zira bu ilişkiye temel karakterini veren sözleşme, ödünç işçi sözleşmesidir.

DİPNOTLAR

- 1 Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul, 2006, s.177; Süzek, S.: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2006, s.395.
- 2 Mollamahmutoğlu, H.: İş Hukuku, Ankara, 2004, s.228; Eyrenci, Ö./ Taşkent, S./ Ulucan, D.: Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2006, s.118-119; Demircioğlu, M./ Engin, M.: Dünyada ve Türkiye'de Esnek Çalışma, İTO Yayın No: 2002-52, İstanbul, 2002, s.35.
- 3 Akyiğit, E.: Ödünç İş İlişkisi, Ankara, 1995, s.195-196.

- 4 Konuya uygulamacı gözüyle de bakıldığında yine aynı sonuca varılmaktadır. Örneğin, Arslanoğlu'na göre; "İş sözleşmesinin sözleşmede belirlenen sürenin sona ermesi, tarafların İş sözleşmesinin devamı ya da yenilenmesi yönünde iradelerinin bulunmaması veya iş sözleşmesinin kanunda belirtilen sebeplerle feshedilmesi gibi sebeplerle sona ermesine bağlı olarak geçici iş ilişkisi de sona erecektir". Bkz. Arslanoğlu, M.A.: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul, 2005, s.92.
- 5 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.118; Ekmekçi, Ö.: "4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.381.
- 6 Arslanoğlu, s.91.
- 7 Serin, İ.: "4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.7, 2005, s.1082.
- 8 Engin, M.: "Üçlü İş İlişkileri", III. Yılında İş Yasası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s.25; Ekmekçi, Ödünç, s.381.
- 9 Akyiğit, s.196-197
- 10 Serin, s.1082-1083; Mollamahmutoğlu, s.227; Demir, F.: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir, 2003, s.40-41; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.118; Ekmekçi, Ödünç, s.381.
- 11 Bugünkü mevzuatta, ödünç iş ilişkisinin altı ayı geçmemek üzere yapılması benimsenmiştir.
- 12 Akyiğit, s.198; Yazar, aslında burada iş sözleşmesinin kanuna uygun olarak bir yıl uzatılıp uzatılmadığı sorusunun akla gelebileceğini, ancak işçiyle ödünç veren işverenin uzatma iradelerinin bahsedilen dört aylık süreye yönelik olduğunu söylemenin daha doyurucu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Akyiğit, s.198, dn.730.
- 13 Aynı görüşte bkz. Tuncay, C.: "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri", Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul, 2003, s.142-143; Eyrenci, Ö.: "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler-Genel Bir Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2004, S.1, s.29-30; Süzek, s.239; Demir, s.41; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.119; Serin, s.1083-1084; Ekmekçi, Ödünç, s.381; Engin, M.: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, BASİSEN Yayın No:25, İstanbul, 1993, s.113.
- 14 Mollamahmutoğlu, s.227-228.
- 15 Akyiğit, E.: İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara, 2006, s.353.
- 16 Demir, s.58.
- 17 "Davacının davalıya ait Beylikdüzü'ndeki işyerinde çalıştığı sırada başka bir işverene ait olup davalının da mallarının satıldığı Mimaroba'daki işyerinde ödünç işçi olarak görevlendirildiği, iki aylık süre sonunda tekrar Beylikdüzü'ndeki işyerine ve işine dönmesi istenildiğinde dönmeyerek hizmet akdini haklı bir neden bulunmadığı halde davacının sona erdirdiği dosya içeriğinden anlaşıldığı halde yazılı şekilde ihbar, kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". Bkz. Yargıtay 9.HD., 22.09.2003, E.2003/2572, K.2003/15250, İşveren Dergisi, C.XXXVIII, S.1, Ekim-2003, s.28-29.
- 18 Atabek, R.: İş Akdinin Feshi, İstanbul, 1938, s.102; Çenberci, M.: İş Kanunu Şerhi, 6.B., Ankara, 1986, s.519.
- 19 Saymen, F.H.: Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s.466,467 ve 587; Turan, K.: Ferdi İş Hukuku, Ankara, 1993, s.58.
- 20 Çenberci, s.519, Yelekeçi, M.: İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1997, s.239.
- 21 Saymen, s.588; Çenberci, s.519.
- 22 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aydemir, Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul, 1993, s.89.
- 23 Saymen, s.588; Çenberci, s.519.
- 24 Çenberci, s.520; Ancak yine Çenberci'nin düşüncesine göre, yasa koyucunun güttüğü bu kararlılık düşüncesi, "yasal boykot" a varan bir düzenlemenin varlığını kabule elverişli değildir.
- 25 Arslanoğlu, s.73.
- 26 Alp, M.: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, s.199; Aynı görüşte bkz. Şen, M.: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara, 2005, s.230.
- 27 Alp, s.199-200; Şen, s.230.
- 28 Alp, s.200.
- 29 Nitekim Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda, işverenin toplu iş sözleşmesindeki hükme dayanarak yapmış olduğu işyeri değişikliğinde yerel mahkeme, işçinin savunmasına değer vermiş ve toplu iş sözleşmesi hükümlerinin normatif hüküm olduğunu ve feshin de toplu iş sözleşmesinin ilgili maddesine uygun olduğunu ifade ederek, işyeri değişikliğini kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin feshinin yerinde olduğuna ve davacı işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddelerinden, bir başka deyişle "iş güvencesi" hükümlerinden yararlanamayacağına hükmetmiştir. Ancak Yargıtay yerel mahkeme kararını bozmuş ve bozma kararında da, toplu iş sözleşmesi hükümünün değil, daha işçi lehine olan İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 9.HD., 26.01.2004, E.2003/23105, K.2004/1204.
- 30 Tunçomağ, K./ Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2003, s.94.
- 31 Süzek, s.497.
- 32 Çankaya, O.G./Çil, Ş.: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006, s.155.
- 33 Akyiğit, s.197.
- 34 Süzek, s.239; Ekmekçi, Ödünç, s.381 ; Çankaya/Çil, s.160.
- 35 Ertürk, Ş.: "Belirli-Belirsiz Süreli İş Akidlerinin Sona Ermeleri ve Sonuçları Arasındaki Farklar", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir, 2001, s.110.
- 36 Yargıtay 9.HD., 11.05.1993, E.92/797, K.93/8074, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz-Ağustos-1993, s.48.
- 37 Yargıtay 9.HD., 02.11.1995, E.94/34694, K.95/33365, İşveren Dergisi, Aralık-1995, s.16-17.
- 38 Yargıtay 9.HD., 13.09.1978, E.9675, K.10316, Uygur, T.: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Yargılama, Ankara, 1980, s.64, No:29; Yargıtay 9.HD., 04.06.1997, E.97/7563, K.97/10888, YKD., Ocak-1998, s.43-44.
- 39 Yargıtay 9.HD., 15.12.1988, E.88/9675, K.88/12031, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz-1989, s.22; Yargıtay 9.HD., 01.03.1991, E.91/2725, K.91/3146, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım-1991, s.13-14; Yargıtay 9.HD., 22.02.2001, E.00/18588, K.01/3147, İşveren Dergisi, Mayıs-2001, s.17-18.
- 40 Yargıtay 9.HD., 26.02.1996, E.95/26332, K.96/2570, Karşı Oy Yazısı, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs-1996, s.16-17.
- 41 Yargıtay 9.HD., 19.12.1976, E.75/33699, K.76/6498, YKD.,

- Ocak-1977, s.76; Yargıtayın konuyla ilgili bir başka kararına göre de, belirli süreli iş sözleşmesinin feshinde haklı sebep kapsamına giren bir davranış bulunmadığında, sözleşmenin feshinden sonraki dönem için BK. md.325'e göre bir araştırma yapılarak bunun sonucuna göre karar verilmelidir. Bkz. Yargıtay 9.HD., 10.10.1996, E.96/9723, K.96/19276, Ekonomi, M.: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Emsal Kararları, Ankara, 1998, s.145, No:2.
- 42 Yargıtay 9.HD., 24.12.1996, E.96/16732, K.96/24049, YKD., Mayıs-1997, s.716-717; Ayrıca, kararın incelemesi için bkz. Narmanlıoğlu, Ü.: "Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", MESS Yayını No:279, İstanbul, 1998, s.96; Yüksek Mahkeme bir kararında; "... belirli süreli hizmet akdinin süre sona ermeden feshinde, bakiye süre için hüküm altına alınan ücret alacağı hesaplanırken Borçlar Kanunu md.325 dikkate alınarak araştırma yapılmalıdır." şeklinde görüş belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 9.HD., 09.07.1997, E.97/11179, K.97/14307, Çimento İşveren Dergisi, Eylül-1997, s.38; Ayrıca bkz. Sümer, H.H.: Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS Yayını No:298, İstanbul, 1999, s.129-130.
- 43 Narmanlıoğlu, Ü.: "Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, s.401.
- 44 Serin, s.1083.
- 45 Çankaya/Çil, s.160.
- 46 Ekmekçi, Ödünç, s.374.
- 47 Arslanoğlu, s.92-93.
- 48 Ekmekçi, Ödünç, s.374.
- 49 Belirtmek gerekir ki Yargıtaya göre böyle bir durumda işçinin ödünç veren işverene ait işyerine iadesine karar verilmelidir. Yüksek Mahkeme, davacının sözleşmesel ilişki içinde bulunduğu işverenin ödünç veren işveren olduğu gerçeğinden hareketle, ödünç alan işveren hakkında feshin geçersizliği ve işe iadeye karar verilmesinin yerinde olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 9.HD., 12.12.2005, E.05/36006, K.05/39122, Çankaya/Çil, s.163-164.
- 50 Çankaya/Çil, s.162.
- 51 Çankaya/Çil, s.162.
- 52 Akyiğit, Şerh, s.364.
- 53 Serin, s.1083.
- 54 Aynı yönde bkz.Akyiğit, s.136.
- 55 İnce, E.: "Ödünç İş İlişkisi", Peryön Dergisi, Kış-2002, s.47.
- 56 Vacarie, I.: L'Employeur, Paris, 1979, s.49.
- 57 Çankaya/Çil, s.160.
- 58 Demir, F.: İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Ankara, 2003, s.56; Demircioğlu, M.: Sorularla Yeni İş Yasası, İstanbul, 2003, s.33.
- 59 Süzek, s.235-236.
- 60 Arslanoğlu, s.92.
- 61 Süzek, s.235.
- 62 Engin, Üçlü, s.25.
- 63 Arslanoğlu, s.92.
- 64 "Örneğin, maddede açık olarak zikredilmediği için, geçici iş ilişkisi süresi içerisinde hizmet sözleşmesi sürekli işveren tarafından sona erdirilen işçiye ödenmesi gereken kıdem, ihbar, geçersiz fesih tazminatı gibi işçilik haklarından geçici işverenin, geçici işçinin kendisinde çalıştığı süreyle sınırlı olarak dahi herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır". Bkz. Ekmekçi, Ödünç, s.375.
- 65 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.87; Süzek, s.236.
- 66 Çankaya/Çil, s.162.
- 67 Ekmekçi, Ödünç, s.376.
- 68 Arslanoğlu, s.92.
- 69 Akyiğit, s.201.
- 70 Belirtmek gerekir ki Akyiğit bu hususta ikili bir ayırım yapılması gerektiğini ifade ederek, "Eğer işçinin ödünç alan yanındaki fiili istihdam saatleriyle orantılı olarak ücrete hak kazanacağı kabul edilirse, böyle bir halde iş yapması engellendiği için ücretini kaybedeceği ve bunun bir haklı neden olarak feshe götüreceği söylenebilir. Ancak, ücret ödenmesi bu tür bir kayda bağlanmamışsa, ödünç süresince fiilen çalışma imkânına sahip olsa da olmasa da ücretini alacağı için ödünç alanın işyerinde ortaya çıkabilecek böyle bir nedene dayanması da mümkün değildir." şeklinde görüşünü belirtmiştir. Bkz. Akyiğit, s.201.
- 71 Çankaya/Çil, s.161.
- 72 Çankaya/Çil, s.147.
- 73 "Davacı, davalı işveren O. Oto Ltd.Şti.'ndeki işyerinde çalışırken davalı işverenin isteğiyle bir başka işverene ait işyerinde görev yapması uygun görülmüştür. Davacı yeni işverene ait işyerinde bir gün çalıştıktan sonra işten ayrılmıştır. Gerçekten davalı işverenin davacıyı bir başkasına ait işyerinde çalıştırmak istemesi ve bu isteğin davacı tarafından kabul edilmemesi hali hizmet akdinin sona ermesi olgusunu oluşturur. Bu durumda davacı kıdem tazminatına hak kazanmış bulunmaktadır..." Bkz. Yargıtay 9.HD., 07.10.1999, E.99/11508, K.99/15535, Günay, C.İ.: İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara, 2005, s.295.
- 74 "Mahkemece dinlenen taraf tanıklarının anlatımlarına göre davacı işçi davalıya ait İncirlik'teki işyerinde çalışırken iş bitimi nedeniyle kendisine Adana'daki yine davalıya ait başka bir işyerinde çalışmasının istendiği ve üç gün kadar da orada çalıştığı ancak yemek ve servis aracı olmadığı için çalışmasını sürdüremediği, bunun sonucu olarak da işten ayrıldığı anlaşılmaktadır. Özellikle davalının gösterdiği tanıklar olayın ayrıntılarını da açıklamak suretiyle bilgi vermişlerdir. Böyle bir işten ayrılmanın haklı nedene dayandığı zira iş şartlarının değiştiği düşünülerek kıdem tazminatının hüküm altına alınması ile yetinilmeli, ihbar tazminatı ise reddedilmelidir". Bkz. Yargıtay 9.HD., 02.05.2000, E.00/2384, K.00/6490, Günay, Şerh-2005, s.294-295.
- 75 Çankaya/Çil, s.161.
- 76 Benli, A./ Yiğit, Y.: "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", Kamu-İş Dergisi, 2006, C.8, S.4, s.32.
- 77 Akyiğit, s.198.
- 78 Köseoğlu, A.C.: İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2004, s.204.
- 79 Bkz. Köseoğlu, s.205.
- 80 Köseoğlu, s.204.
- 81 Ekmekçi, Ödünç, s.375.
- 82 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.97.

- 83 Akyiğit, E.: Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul, 1990, s.38; Seliçi, Ö.: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s.45 vd.; Brun, A./Galland, H.: Droit du Travail, T.1, Les Rapports Individuels de Travail, Paris, 1978, s.518 vd.; Süzek, s.261; Süzek, S.: İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985, s.182; Çelik, s.119.
- 84 Süzek, s.262.
- 85 Keser, H.: "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik", Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş Dergisi, C.7, S.2, Ankara, 2003, s.352 vd.; Demir, s.70-71.
- 86 Süzek, s.262.
- 87 Akyiğit, Kesin Hükümsüzlük, s.52.
- 88 Baygın, C.: "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, Erzincan-2000, s.345.
- 89 Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1988, s.1306.
- 90 Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku, Giriş, İstanbul, 1978, s.11 vd.; Yung, W.: "Devoirs et Obligations", Festschrift Schönenberger, Freiburg, 1968, s.138 vd.; Piotet, P.: Responsabilité Précontractuelle en Droit Privé Suisse, Berne, 1963; Ulsan, İ.: "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul, 1982, s.287 vd.; Yılmaz, H.: "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur", Yargıtay Dergisi, C.XI, S.3, Temmuz-1985, s.234 vd.; Ataay, A.: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 5. Basım, İstanbul, 1995, s.244.
- 91 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.592; Baygın, s.362.
- 92 Oğuzman, K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, 1998, s.95, 97.
- 93 Rehbindler, M.: "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", (Çev: Ö. Teoman), İÜHFİM, C.XLV-XLVII, S.1-4, İstanbul, 1982, s.757; Eyrenci, Ö.: "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul, 1991, s.247; Baygın, s.362.
- 94 Oğuzman, K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, 1998, s.326 vd.
- 95 Sungurbey, A.K.: Yetkisiz Temsil-Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul, 1988, s.146-148; Baygın, s.363-364.
- 96 Gerçekten de, "Yargıç, hakkaniyete uygun düştüğü zaman, müspet zararın kısmen veya tamamen tazminine karar verebilecektir. Özellikle hata edenin ihmali, az çok ağır, ekonomik durumu ise kuvvetli bulunduğu takdirde veya diğer tarafın zayıf olması halinde, bu hüküm işletilecektir. Sözleşmenin hükümsüz kalması yüzünden hata edene diğer tarafın müspet zararının tamamını ödetmek, pratik bakımdan bu sözleşmeyi geçerli saymakla aynı sonuca varır. Bununla beraber arada önemli bir fark vardır: Sözleşme geçerli sayılıysa, diğer taraf hataya düşenden tazminat yerine aynen ifayı isteyebilirdi. Oysa hata sebebiyle sözleşme hükümsüz sayılınca, aynen ifayı istemek imkanı ortadan kalkar". Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.592.
- 97 Çelik, s.177; Süzek, s.397.
- 98 İfade etmek gerekir ki; aralarında herhangi bir sözleşmesel ilişki

bulunmamasına rağmen, ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında bulunduğunu belirttiğimiz sözleşme benzeri ilişkinin de ödünç işçinin ölümüyle birlikte sona erdiğini söylemek gerekmektedir.

- 99 Aynı yönde bkz. Akyiğit, s.212 ; "Alman Hukukunda meslek edinilmiş şekilde işçi vermeyle uğraşmak için zorunlu olan iznin, izin verilmesi söz konusu olan şahsın kişiliğine bağlı olduğu ve dolayısıyla da onun ölümü halinde, iznin mirasçılara geçemeyeceği kabul edilmektedir. Yani böyle bir halde iznin sona ereceğinden söz edilmektedir" (Nakleden, Akyiğit, s.212, dn.786).

100 Akyiğit, s.212.

- 101 "Davacı işçi uzman ekonomist olarak özel hukuk tüzel kişiliği olan davalı Petrol Ticaret Limited şirket işyerine ait işyerinde 1984 yılında başladığı bu çalışmasını 10.01.1999 tarihine kadar sürdürmüştür. Dosya içeriğine göre davacı 10.01.1999 tarihinde bir dilekçe vererek dava dışı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı işçisi olarak aynı işyerinde aynı işte çalışmaya devam etmiştir. Bu değişiklik konusunda gerek davacı gerek davalı işverenin ve gerekse dava dışı TPAO'nun mutabakatı mevcut olduğu gibi dava dışı şirkette, davalı işverenin hizmet süresi ile ilgili bütün taahhütlerini üstlenmiştir. Oluşan bu durum işçinin bir işyerinden diğerine devri anlamında olup hizmet akdinin feshi sonucunu doğurmaz. Taraflar esasen bu konuda da mutabaktırlar... Somut olayda da böyle bir durumda dava dışı anonim şirket davalı şirketin yerine geçmiştir. Bu itibarla sözleşme devam ettiğine göre davacı işçinin kıdem tazminatını talep etme koşulu gerçekleşmemiştir. Yargıtay 9.HD., 14.03.2001, E.01/225, K.01/3914, Çankaya/Çil, s.173-174.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, E.: Ödünç İş İlişkisi, Ankara, 1995,
- Akyiğit, E.: İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara, 2006,
- Akyiğit, E.: Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul, 1990,
- Alp, M.: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005,
- Arslanoğlu, M.A.: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul, 2005,
- Ataay, A.: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 5.Basım, İstanbul, 1995
- Atabek, R.: İş Akdinin Feshi, İstanbul, 1938,
- Aydemir, Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul, 1993,
- Baygın, C.: "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, Erzincan, 2000,
- Benli, A./Yiğit, Y.: "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", Kamu-İş Dergisi, 2006, C.8, S.4,
- Brun, A./Galland, H.: Droit du Travail, T.1, Les Rapports Individuels de Travail, Paris, 1978,
- Çankaya, O.G./Çil, Ş.: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006,
- Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 19.Bası, İstanbul, 2006,
- Çenberci, M.: İş Kanunu Şerhi, 6.B., Ankara, 1986,
- Demir, F.: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir, 2003,

- Demir, F.: İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Ankara, 2003,
- Demircioğlu, M.: Sorularla Yeni İş Yasası, İstanbul, 2003,
- Demircioğlu, M./ Engin, M.: Dünyada ve Türkiye'de Esnek Çalışma, İTO Yayın No:2002-52, İstanbul, 2002,
- Ekmekçi, Ö.: "4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004,
- Ekonomi, M.: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Emsal Kararları, Ankara, 1998, s.145, No:2,
- Engin, M.: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, BASİSEN Yayın No:25, İstanbul, 1993,
- Engin, M.: "Üçlü İş İlişkileri", III.Yılında İş Yasası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005,
- Ertürk, Ş.: "Belirli-Belirsiz Süreli İş Akidlerinin Sona Ermeleri ve Sonuçları Arasındaki Farklar", Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsel'e Armağan, İzmir, 2001,
- Eyrenci, Ö.: "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 15.Yıl Armağanı, İstanbul, 1991,
- Eyrenci, Ö.: "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler - Genel Bir Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2004, S.1,
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D.: Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2006,
- Günay, C.İ.: İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara, 2005,
- İnce, E.: "Ödünç İş İlişkisi", Peryön Dergisi, Kış-2002,
- Keser, H.: "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik", Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş Dergisi, C.7, S.2, Ankara, 2003,
- Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku, Giriş, İstanbul, 1978,
- Köseoğlu, A.C.: İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2004,
- Mollamahmutoğlu, H.: İş Hukuku, Ankara, 2004,
- Narmanlıoğlu, Ü.: "Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", MESS Yayını No:279, İstanbul, 1998,
- Narmanlıoğlu, Ü.: "Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000.
- Oğuzman, K. /Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, 1998,
- Piotet, P.: Responsabilité Précontractuelle en Droit Privé Suisse, Berne, 1963,
- Rehbindler, M.: "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", (Çev: Ö. Teoman), İÜHFİM, C.XLV-XLVII, S.1-4, İstanbul, 1982,
- Saymen, F.H.: Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954,
- Seliçi, Ö.: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977,
- Serin, İ.: "4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.7, 2005,
- Sungurbey, A.K.: Yetkisiz Temsil-Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul, 1988,
- Sümer, H.H.: Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS Yayın No:298, İstanbul, 1999,
- Süzek, S.: İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul, 2006,
- Süzek, S.: İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985,
- Şen, M.: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara, 2005,
- Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul, 1988,
- Tuncay, C.: "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri", Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul, 2003,
- Tunçomağ, K./ Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2003
- Turan, K.: Ferdî İş Hukuku, Ankara, 1993,
- Ulusan, İ.: "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul, 1982,
- Uygur, T.: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Yargılama, Ankara, 1980,
- Vacarie, I.: L'Employeur, Paris, 1979,
- Yelekçi, M.: İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1997,
- Yılmaz, H.: "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur", Yargıtay Dergisi, C.XI, S.3, Temmuz-1985,
- Yung, W.: "Devoirs et Obligations", Festschrift Schönenberger, Freiburg, 1968.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Savaş Taşkent tarafından hazırlanan “**İşletme Hukuku Dersleri**” adlı eser, işletme hukuku dersi alan öğrencilerin ders notu ihtiyacını karşılamak amacıyla taşımaktadır. Bunun yanı sıra söz konusu eser; işletmelerde üst düzeyde görev alan veya alacak olan, ancak hukuk alanında eğitim görmemiş bulunan yöneticilere yönelik bilgiler de içermektedir.

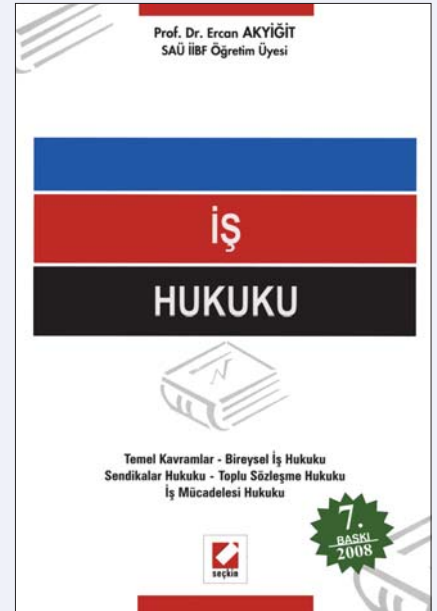
Giriş, Hukukun Bölümleri, Hukukun Kaynakları, Yasaların Uygulanması, Kişiler, Haklar, Hukuki Fiiller ve Özel Borç İlişkileri başlıklı sekiz bölümden oluşan eserde, hukuki konular geniş bir çerçevede işlenmiş ve yöneldiği kitleye katkı sağlamayacağı inancıyla, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi veya hukuk tarihi ile ilgili konular ele alınmamış ve fazla ayrıntıya da inilmemiştir. Bunun yerine işletmeciler için gerekli olduğu düşünülen bilgilerin verilmesine dikkat edilmiştir. Ayrıca özel borç ilişkileri çerçevesinde, kira ve finansal kira sözleşmelerinin anlatılmasında yarar görülmüştür.



Prof. Dr. Ercan Akyiğit tarafından hazırlanan “**İş Hukuku**” adlı eserin 7. baskısı Şubat 2008 tarihinde yayımlanmıştır.

Bu eserde, özellikle öğrencilerin ders notu gereksinimlerini karşılama eğilimi ağır basmış, bu nedenle konular fazla dipnot ayrıntısına dek sunulmak yerine, genel hatlarıyla ama özlü biçimde incelenmiş, geniş bilgi için başvurulacak kaynaklar dipnotlarda belirtilmiştir. Ayrıca çoğu kez Türk yargı kararlarına, ulaşılabildiği kadarıyla son tarihli örnekleriyle de yer verilmiştir.

Eserde, en son Anayasa ve 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer yasa değişikliklerini de içeren açıklamalara yer verilmiş olup, yer yer Alman ve İsviçre Hukuku ile de bağlantılar kurulmuş ve söz konusu ülkelerin iş hukuku hakkında da bilgi sunulmuştur.



Beş kısımdan oluşan eserin birinci kısmı İş Hukuku: Kavram-Tarihçesi-Özellikleri, ikinci kısmı Bireysel İş Hukuku, üçüncü kısmı Sendikalar Hukuku, dördüncü kısmı Toplu İş Sözleşmesi Hukuku ve beşinci kısmı ise İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları başlıklardan oluşmaktadır.

Yrd. Doç. Dr. K. Ahmet SEVİMLİ

Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi - İşveren İlişkisi

GİRİŞ

Özel yaşam (mahremiyet) kavramı için kesin bir tanım vermek mümkün olmamakla birlikte, kavramın, kişinin dış müdahaleden uzak, özgürce hareket edebileceği bir alanı ve ancak kişinin kendisinin belirlediği ölçülerde başkalarına açık edilebilecek kişisel bilgileri içinde barındırdığı tartışmasızdır¹.

Özel yaşama müdahale, öncelikle bu yaşam alanındaki bilgi ve olayların öğrenilmesi, herhangi bir şekilde depolanması, kullanılması, başkalarına aktarılması veya kamuya açıklanması şeklinde ortaya çıkacaktır. Görüleceği üzere; bu tür bilgilerin salt açıklanması değil, araştırılıp bulunarak öğrenilmesi de, özel yaşama müdahale oluşturur².

Özel yaşama müdahale edebilme yetisi, ekonomik, sosyal ve entelektüel anlamda güçlü konumda olanın, söz konusu konumunu daha da ileri götürür. Müdahale, devlet, toplum, basın gibi odaklardan kaynaklanabileceği gibi, işçi karşısında işveren de, bu anlamda bir müdahale odağı olmak noktasında, gerekli güce sahiptir. İşçinin üstünün ve eşyalarının aranması, hakkında kişisel veri toplanması ve işlenmesi, işyerinde izlenmesi ve gözetlenmesi, işyeri dışındaki yaşam tarzının denetlen-

mesi, alkol ve uyuşturucu testleri, kişilik testleri, genetik testler, işçinin özel yaşamına müdahale içeren işveren uygulamalarından, ilk akla gelenlerdir. Öte yandan, işverenin işçinin özel yaşamına belli ölçüde müdahale etmekte, haklı çıkarı da bulunabilir. Başka bir anlatımla, işverenin her müdahalesi hukuka aykırı değildir. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işyerindeki hırsızlıkların önlenmesi, işverenin ticari sırlarının korunması, adam çalıştırmanın hukuki sorumluluğunu gerektiren durumların ortaya çıkmasının önlenmesi, işverenin korunmaya değer çıkarlarına birkaç örnektir. İşverenin haklı çıkarının korunması amacına ulaşmak, kimi durumlarda, işçinin özel yaşamına çeşitli düzey ve biçimlerde müdahalede bulunulmaksızın, mümkün olmayabilir.

Özel yaşamı koruyan hak olan özel yaşam hakkı, kamu hukuku bakımından bir insan hakkı / temel haktır³. Özel yaşam hakkı, demokrasinin farklılıkların bir arada barış içinde yaşamasını sağlayan çoğulcu niteliğinin somutlaşmasında kilit konumda olan hakların, en önemlilerinden biridir. Kişilerin her boyutuyla farklı yönlerini keşfetmeleri ve bu yönlerini -diledikleri ölçüde- toplumsal yaşama aktarmaları, özel yaşama sağlanan koruma sayesinde mümkün hale gelir⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmenin denetimini yapan yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları, -özel yaşam hakkı (AİHS m.8) dahil- Sözleşmede düzenlenen hakların iş ilişkisi bakımından tekrar düşünülmesini zorunlu kılmıştır. Sözleşme ve sözleşmenin yorumu niteliğindeki AİHM kararları, işverenin işçinin özel yaşamına müdahale içeren uygulamaları bakımından da, taraf devletlerin tüm yargı organlarınca dikkate alınmalıdır⁵. Sözleşmenin bu etkisi, taraf devletlerin iş hukuku ders kitaplarına bakıldığında dahi hissedilmektedir. "İş İlişkisinde İnsan Hakları" ve benzer başlıklar, artık bu kitaplar da ayrı bölümler olarak yer almaktadırlar⁶.

Sözü edilen gelişmede, iş sözleşmesinin, hemen her zaman, eşit güçte olmayan taraflar arasında kurulan bir ilişkiyi doğasında barındırdığı gerçeği⁷ ve temel hakların korunması bakımından bu ilişkiye özgü bir kavrayışın gerekliliğinin de etkili olduğunu ileri sürmek yanlış olmaz.

Özel hukuk bakımından ise, özel yaşam, kişilik hakkı kapsamında koruma altına alınan değerlerden biridir⁸. Öte yandan, özü itibarıyla bir özel hukuk ilişkisi olan, işçi-işveren ilişkisinin, taraflar arası güç dengesizliğini görece ihmal eden Borçlar Hukuku hükümleri yerine, kendine özgü kuralları olan iş yasalarıyla düzenlendiği de diğer bir gerçeklik olarak karşımıza çıkar⁹. İş hukukunun tarihsel süreçte geldiği yer, iş sözleşmesinin, diğer borçlar hukuku (özel hukuk) sözleşmelerinden farkının, yani, işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşme olduğunun kabulü ve işçinin kişilik değerlerinin güvence alınması gereğinin tanınmasıdır¹⁰. Giderek, bu çerçeveden bakıldığında da, işçinin özel yaşamına müdahale içeren işveren uygulamalarının farklı bir kavrayış gerektirdiği sonucuna varılacaktır.

Çalışmamızda öncelikle, işçinin özel yaşam hakkı bakımından iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru ve iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar incelenmiştir. Bu çabada, iş sözleşmesinin tüm unsurları ve içerdiği tüm edimler yerine, işçinin özel yaşamıyla yakın ilişki içinde bulunanlar üzerinde durulmuştur. Böylece iş ilişkisinde mevcut olan işçinin özel yaşamına müdahale potansiyeli gözler önüne serilmeye ve sonrasında, özel yaşama müdahale durumunda hukuka aykırılığı kaldıran nedenlerin, bu ilişki bakımından nasıl algılanması gerektiği sorgulanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın temel hedefi, işçinin özel yaşamına yönelik müdahalelerin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde kullanılan ölçütlerin ana hatlarıyla ortaya konulmasıdır. Bu doğrultuda işçinin özel yaşamına müdahale karakterli işveren uygulamaları, özel hukuk ve iş hukuku esas alınarak incelenmiş olmakla birlikte; hukukun bir bütün olduğu gerçeğinden hareketle, konunun bağlantılı olduğu, Anayasa Hukuku, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku başta olmak üzere, diğer hukuk dallarının bakış açıları da dikkate alınmıştır.

1. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAM HAKKI BAKIMINDAN İŞ SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMLILIK UNSURU VE İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAK VE BORÇLAR

Karşılıklı (sinallagmatik) sözleşme niteliği taşıyan iş sözleşmesinde tarafların karşılıklı değişime konu edimleri, işçinin işverenin işini görmesi ve işverenin de bunun karşılığında işçiye ücret ödemesidir. Ancak, iş sözleşmesinde edimler bunlarla kalmaz. Sözleşmenin, işçinin işverene kişisel (hukuki) bağımlılığını öngörmesi, birtakım başka hak ve borçları da beraberinde getirir. Bunlar işçi için, işi özenle yapma, işverene bağlılık (sadakat), işverenin talimatlarına uyma (itaat) borcu olarak ortaya çıkarken, işveren için eşit davranma, işçiyi gözetme borcu ve yönetim hakkı olarak sıralanır¹¹.

Bunlar arasında, işçinin özel yaşam hakkıyla yakın ilişki içinde bulunanlar, işverenin yönetim hakkı ve karşısında yer alan işçinin uyma borcu, işverenin eşit davranma borcu, işçiyi gözetme borcu ve karşısında yer alan işçinin sadakat borcudur. Söz konusu hak ve borçların açıklanması öncesinde, iş sözleşmesinin, diğer iş görme sözleşmelerinden büyük ölçüde ayırt edici unsuru: "bağımlılık" üzerinde durmak gerekecektir¹².

1. İşçinin İşverene Bağımlılığı

İşçi ile işveren arasındaki ilişkinin tanımlanmasında, kilit kavramlardan birini, işçinin işverene bağımlılığı oluşturur. 4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesini, "... bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir" (İşK m.8/1)

şeklinde tanımlamaktadır. Giderek, “...Bir kişinin işçi olarak kabul edilmesi için, işverenle kişisel bağımlılık içinde bulunması, yani işverenin buyruklarına uygun biçimde ve onun gözetim-denetim ve yönetiminde işini yapması zorunludur.”¹³ Nitekim Anayasa Mahkemesi de; 1967 tarihli bir kararında, işçilik niteliğinin kazanılması konusunda bağımlılık unsurunun önemini, “Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o, çalışmasını, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapar” anlatımıyla ortaya koymuştur¹⁴.

İş sözleşmesinin bağımlılık unsurundan söz edildiğinde, işçinin işverene ekonomik bağımlılığı değil; kişisel (hukuki) bağımlılığı -işverenin emir ve buyruklarına uygun şekilde işini görmesi- anlaşılır. Bu, iş sözleşmelerinin çok büyük bir çoğunluğunda, işçinin işverene ekonomik olarak da bağımlı olduğu gerçeğinin yadsındığı anlamına gelmez. Ancak, ekonomik bağımlılık, işçi niteliğinin belirlenmesinde kullanılacak hukuki bir ölçüt değildir¹⁵.

Her iki bağımlılık türü de, işçinin özel yaşamı bakımından tehlike yaratabilecek niteliktedir. İş Hukukunun varlık nedenlerinden en önemlisi, söz konusu ekonomik bağımlılığın yarattığı olumsuz sonuçların önlenmesidir¹⁶. İş Hukuku, işçiyi koruma hukuku olarak da algılanabilir¹⁷. Giderek, çalışmamızın geneli de, işçinin özel yaşamı bağlamında, bu konuya odaklanmıştır.

İş sözleşmesinin unsuru olan kişisel (hukuki) bağımlılıktan kaynaklanabilecek işçinin özel yaşamına yönelebilecek tehlikeler, iş sözleşmesinin işçi ve işveren için öngördüğü bazı hak ve borçlar göz önüne alındığında belirginleşir. Bu hak ve borçlar, bağımlılık unsurunun açıklanmasında; başka bir anlatımla, işçinin uymakla yükümlü olduğu emir ve buyrukların kapsam ve sınırının belirlenmesinde yol göstericidir.

2. Kişisel Bağımlılığın Somutlaşması: İşverenin Yönetim Hakkı - İşçinin Uyma (İtaat) Borcu

Genelde, iş sözleşmelerinde işçinin yapacağı iş ve uyması gereken kurallar, ana hatlarıyla gösterilmekte, ayrıntılar ise doldurulması gereken bir alan olarak kalmaktadır. İş Sözleşmesinin, kural olarak, belirli bir şekilde bağlı olmadığı (İşK m.8/I, BK

Yönetim hakkı, verilen talimatlara ve işyerinde hakim olan diğer kurallara işçinin uyup uymadığının denetlenmesi yetkisini de doğal olarak beraberinde getirir.

m.314/I); dolayısıyla, iş koşullarının sözleşmelerin çok büyük bir çoğunluğunda yazılı olarak ortaya konmadığı düşünülürse, söz konusu boşluk, çok daha iyi anlaşılacaktır. Bu boş alanın doldurulmasında, işverenin iş ilişkisi kaynaklı¹⁸ yönetim hakkının ve bu hakka dayanarak vereceği talimatların devreye girdiği kabul edilir¹⁹. İşverenin yönetim hakkı karşısında, işçinin, işverenin vereceği emir ve talimatlara uyma (itaat) borcu yer alır²⁰.

Yönetim hakkı, öncelikle işin yürütümüne (işin nasıl görüleceğine) yönelik işveren talimatlarıyla somutlaşır. Bu tür talimatlar karşısında, işçinin uyma borcu, iş görme borcuyla yakından ilişki içinde olup, onun bütünleyicisi niteliğindedir²¹. Bunun yanı sıra, işyerinde düzen ve güvenlik sağlanmasına yönelik olmak kaydıyla, işçinin davranışlarına ilişkin talimatlar da söz konusu olabilecektir^{22,23}. İşçinin uyma borcu bu noktada, iş görme borcundan bağımsız bir borç niteliği alır²⁴.

Yönetim hakkı, verilen talimatlara ve işyerinde hakim olan diğer kurallara işçinin uyup uymadığının denetlenmesi yetkisini de doğal olarak beraberinde getirir. Giderek, öğretilde, işverenin yönetim hakkının karşısında yer alan talimata uyma borcunun bu boyutunun, işverenin işçiyi denetim hakkı ve bunun karşısında işçinin de denetime katılma borcu şeklinde, ayrı başlık altında incelendiği de görülür²⁵. İşverenin, işçinin iş görme borcu dışındaki davranışlarına ilişkin talimatları ve denetimi, yönetim hakkının işçinin özel yaşamına saldırı niteliği alma tehlikesini içinde barındıran boyutunu oluşturur. Bu bakımdan, yönetim hakkının sınırlarının üzerinde durmak gerekir.

İşverenin yönetim hakkı, sınırsız değildir²⁶. Yönetim hakkı, iş koşullarını düzenleyen kaynaklar arasında Anayasa, yasa, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinden sonra gelmektedir^{27,28}. Hiyerarşide üst basamakta bulunan bu kaynaklardaki işçinin özel yaşamını koruyucu hükümler, yönetim hakkını sınırlar.

Yönetim hakkı, iş sözleşmesinde düzenlenmiş olan hususlara ilişkin olarak, sınırlanmış kabul edilir. İş sözleşmesinde ne kadar ayrıntılı düzenleme yapılırsa, yönetim hakkı da o ölçüde kısıtlanmış olur²⁹. Bu bakımdan, işverenin yönetim hakkı ile işçinin uyma borcunun içeriği arasında ters orantı bulunduğunu ileri sürmek yanlış olmaz. İşverenin yönetim hakkına getirilen sınırlamanın kapsamının genişlemesi, aynı ölçüde, işçinin uyma borcunun içeriğini daraltacaktır³⁰.

Yasa ve toplu iş sözleşmesi de, yönetim hakkının sınırını oluşturur³¹. Yönetim hakkı, hiyerarşide, iş sözleşmesinden daha üst düzeydeki bu kaynakların öngördüğü kurallara aykırı kullanılamaz³². Başka bir anlatımla, iş sözleşmesiyle getirilen bir sınırlama olmasa bile, yasa ve toplu iş sözleşmesi hükümleri sınırı oluşturur.

Çalışmamız açısından, AY m.20-22, MK m.23-24, BK m.19-20 hükümleri, işverenin yönetim hakkına ilişkin yasal sınırlara somut örnektir³³. Bu hükümlere aykırılık oluşturan iş sözleşmesi düzenlemelerinin geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacağı kuşkusuzdur. İş sözleşmesi hükümlerini geçersiz kılabilen sıralanan bu hükümlerin, sözleşme hükümlerine göre daha alt düzeydeki yönetim hakkına da aynı etkiyi yapması doğaldır³⁴. Ayrıca, yönetim hakkının, her hak gibi, MK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına da uygun kullanılması gereği açıktır^{35,36}.

Toplu iş sözleşmesinin, TİSGLK m.6/I'deki *"Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır"* hükmüyle somutlaşan doğrudan ve emredici etkisi³⁷ yönetim hakkı için de geçerlidir. Toplu iş sözleşmesinin etkisi, kapsamındaki iş sözleşmeleri bakımından tıpkı yasa gibidir³⁸. Yönetim hakkına yasanın getirdiği sınırlama bakımından yapılan açıklamalar, mutatis mutandis (gerekli uyarlamalarla) toplu iş sözleşmesi için de geçerlidir. Anımsatalım ki, işçiye yararlılık ilkesini³⁹ somutlaştıran *"Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lebindeki hükümleri geçerlidir"* şeklindeki TİSGLK m.6/II düzenlemesi, iş sözleşmesinde işçinin özel yaşamı-

nı, toplu iş sözleşmesindekine göre daha kapsamlı şekilde koruyan bir hüküm bulunduğu, iş sözleşmesi hükmünün uygulanmasını gerektirir. Bu durumda, yönetim hakkının sınırını çizen kaynak, iş sözleşmesi olarak belirecektir.

Öğretide, yönetim hakkının, belirtilen hukuk kaynaklarından başka işyerinin ihtiyaçları ve işin âdetine uygun olarak yapılması gereğiyle sınırlı olduğu da belirtilir⁴⁰. Bu ölçütlerin, iş koşullarını düzenleyen hukuk kaynaklarına ek sınırlamalar olarak algılanması yerinde olur. Benzer şekilde, işverenin eşit davranma ve işçiyi gözetme borcu da bu tür sınırlardır.

Bu açıklamalar sonrasında, yönetim hakkı, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle sınırlandırılmamış bile olsa, özel yaşama müdahale niteliği taşıyan işçinin işyerindeki davranışlarına ve denetimine ilişkin işveren istemlerinin, uyulması gerekli "talimatlar" olarak değer bulması için, işçinin rızası dışındaki bir hukuka uygunluk nedenine dayanmaları gerektiği sonucuna varılacaktır. İşçinin rızasından söz edildiğinde bunun yönetim hakkından çok, işçi ve işveren arasındaki sözleşmenin hükmü olarak algılanması gerekir⁴¹.

İşçini işyeri dışındaki davranışlarının yönetim hakkı kapsamında işveren talimatlarıyla düzenlenmesi hususu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, işçinin, işyeri dışındaki yaşam tarzının ve davranışlarının işyerinin çıkarlarına zarar vermesi ya da görülen işi olumsuz etkilemesi halinde işverenin yönetim hakkına dayanarak bunlara müdahale etmesi

İşçi, işyeri dışındaki yaşayışına dikkat etmemesi nedeniyle, sadakat ve/veya özenle iş görme borçlarına aykırılık oluşturacak şekilde, verim düşüklüğü, işverenin ticari sırlarının açıklanması ya da işverenin toplumdaki izleniminin zedelenmesi gibi somut zarara ya da açık zarar riskine neden olduğunda, bunun sonuçlarına katlanacaktır.

mümkündür⁴². Buna karşı, diğer bir görüş uyarınca, işyerinde düzen ve güvenlik sağlamaya yönelmeyen işçi davranışlarına ilişkin talimatların yönetim hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği; giderek, işyeri dışındaki davranışlara ilişkin talimatların, bu nedenle bağlayıcı olmayacağı belirtilmektedir⁴³. Ancak, işçi, işyeri dışındaki yaşayışına dikkat etmemesi nedeniyle, sadakat ve/veya özenle iş görme borçlarına aykırılık oluşturacak şekilde, verim düşüklüğü, işverenin ticari sırlarının açıklanması ya da işverenin toplumdaki izleniminin zedelenmesi gibi somut zarara ya da açık zarar riskine neden olduğunda, bunun sonuçlarına katlanacaktır. Bu durumda, işveren açısından iş sözleşmesinin feshi için geçerli ya da haklı nedenlerden (İşK.m.18,25/Bent:I,a; Bent:II,b,d,e,h,ı) söz edilebilir⁴⁴. Öte yandan, işçinin özel yaşamını özgürce yaşaması, özel yaşam hakkının bir boyutudur. Bu tür istemlerinin, istisnai durumlarda dahi olsa, işverenin yönetim hakkı sınırları içinde algılanabileceğini savunan görüş, örtülü olarak, hangi davranışların bu tür zararları doğuracağı belirlemesinin işverenin öznel değerlendirmesine bırakıldığı düşüncesini uyandırır. İşverene, henüz ortada somut bir zarar ya da açık zarar riski yokken, işçinin işyeri dışındaki yaşamındaki hangi davranışların zarar doğuracağını tek taraflı olarak belirleme yetkisi vermenin, işçinin özel yaşam hakkına ve bu alandaki özgürlüğüne aşırı kısıtlamalar getirilmesi anlamına geleceği, kanısındayız⁴⁵. Dolayısıyla, işverenin bu yoldaki bildirimleri, uyulmak zorunda olan “talimat”lardan çok, “uyarı” ya da “anımsatma” olarak algılanmalıdır⁴⁶. İşyeri dışındaki davranışlara dikkat etmek gereğinin sadakat borcu çerçevesinde algılanmasının diğer bir boyutu da, işçinin bu tür davranışlarıyla, gerçekten işyerinin çıkarlarına zarar vermesi ya da görülen işi olumsuz etkilemesi halinde, kendisine bu yönde bir talimat verilmediği şeklinde bir savunmanın, dikkate alınmayacak olmasıdır⁴⁷.

Örneğin, işverenin, otorite boşluğu doğacağı gerekçesiyle, işyerinde şef (işveren vekili) konumunda olan bir işçinin, astatlarıyla işyeri dışındaki yaşamında görüşmesine engel olması mümkün değildir. Ancak şef, işyerindeki otoritesini kaybeder ve bu da işyerinin çıkarlarına zarar veren ya da görülen işi olumsuz etkileyen bir hal alırsa, işverenin fesih hakkının doğumundan söz edilebilir. Ne var

Eşit davranma borcu, bir işyerinde çalışan işçiler arasında her alanda mutlak bir eşitliği dayatmaz; gerçekten eşit durumda olan işçiler arasında ayırım yapılmasını engellemeyi amaçlar

ki, şefin, işçilerle işyeri dışındaki sosyal ilişkilerinin her zaman bu sonucu doğuracağı varsayımına dayanan ve özel yaşama müdahale niteliğindeki işverenin isteminin, yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirilerek, itaat borcu doğurduğundan söz edilemez. Benzer şekilde, rakip işletmelerin işçileriyle dostluk ya da gönül ilişkisi kurmayı yasaklayan talimatlar için de aynı değerlendirme geçerlidir. Bu tür talimatlar, özel yaşama müdahale ve giderek, kişinin kendini geliştirme hakkının ihlali anlamına gelecektir⁴⁸. İşçinin, kurduğu bu tür ilişkiler sonucunda işverenin ticaret sırlarının açık edilmesine neden olma olasılığının, mutlaka gerçekleşeceği öngörüsüyle bu tür bir yasaklamaya gidilmesi, işçinin potansiyel endüstri casusu konumuna sokulması anlamına gelebilecektir ki, bu durumda, işçinin özel yaşamının yanı sıra, onur ve saygınlığının da zedelendiğinden söz edilebilir.

Yönetim hakkının iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle genişletilmesi de, bunlara konulan hükümler sayesinde, olasıdır⁴⁹. İşçinin özel yaşamına müdahale niteliği taşıyan talimatlar bakımından iş sözleşmesindeki bir hükme dayanan böyle bir genişlemenin hukuka uygunluk nedeni olarak, işçinin rızası akla gelecektir⁵⁰. Ayrıca, yönetim hakkını genişleten sözleşme hükümlerinin, özel yaşam hakkı bakımından AY m.20-22, MK.m.23 ve BK m.19-20 ile çizilen sınırlar dahilinde hüküm doğurabileceği de unutulmamalıdır.

3. İşverenin Eşit Davranma Borcu (İlkesi)

Eşit davranma borcu, en yalın anlatımla, işverenin, bir işyerinde çalışan işçilere, akla uygun (rasyonel) ve haklı bir neden olmaksızın farklı davranamayacağını ifade eder⁵¹. Eşit davranma borcunun temelinde Anayasadaki eşitlik ilkesinin (AY m.10) bulunduğu, genel olarak kabul görür⁵². Öte

yandan eşit davranma borcu, ayrımcılık yasağı⁵³ boyutuyla, İşK m.5, 12, 13 ve Sen K. m.31'deki düzenlemelerde somutlaşır. Nitekim, İş Kanunu'nun Eşit Davranma İlkesi başlıklı 5. maddesi uyarınca, "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz"⁵⁴ (İşK.m.5/I).

Eşit davranma borcu, bir işyerinde çalışan işçiler arasında her alanda mutlak bir eşitliği dayatmaz; gerçekten eşit durumda olan işçiler arasında ayırım yapılmasını engellemeyi amaçlar⁵⁵. İşveren, ancak aynı işyerine mensup bir işçi topluluğuna dahil ve iş sözleşmeleri hali hazırda devam etmekte olan işçilerine, onların tümünü ilgilendiren konularda eşit davranma yükümlülüğü altındadır. Sıraladığımız bu koşulların varlığı halinde, eşit davranma borcundan söz edilebilir⁵⁶.

Önemle belirtmek gerekir ki, Türk Hukukundaki bugüne dek gelen baskın görüş⁵⁷, eşit davranma borcunun iş sözleşmesi kurulmadan önce (işe alımda) söz konusu olmadığı yönündedir. Ne var ki, İşK.m.5/III, Sen.K. m.31/I'de anlatım bulan işe alımda cinsiyet temelinde ve sendikal nedenlerle ayrımcılık yasaklarına aykırılığın, culpa in contrahendo⁵⁸ çerçevesinde değerlendirilmesi gereği de belirtilmektedir⁵⁹. Dahası, özellikle TCK m.122 uyarınca işe alımda ayrımcılığın açık şekilde suç olarak düzenlenmiş⁶⁰ olması karşısında, ayrımcılık halinde devreye girecek culpa in contrahendo sorumluluğunun, sadece cinsiyet temelinde (İş K.m.5/III) ve sendikal nedenlerle (Sen.K.m.31/I) yapılan ayrımcılıkla sınırlı kalmaksızın, hem ayrımcılık nedenleri hem de tazminat sorumluluğunun doğması için gerekli koşullar bakımından daha geniş yorumlanması yerinde olacaktır. Kanımızca, İşK.m.5'te yapılacak, işe alımda her türlü ayrımcılığın hukuki sorumluluk gerektireceğini açık şekilde işaret eden bir düzenleme, bu konudaki duraksamayı ortadan kaldıracığı gibi; Uluslararası Çalışma Örgütü, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği düzenlemelerine de uygun düşecektir⁶¹.

Eşit davranma borcunun, işçinin özel yaşamı bakımından önemi, işverenin, işçinin davranışlarına ilişkin vereceği talimatlar ve kontroller konusunda ortaya çıkar. İşveren, yönetim hakkını kullanırken de, eşit davranma borcuna uygun şekilde davranmalıdır⁶². Bu şekilde, yönetim hakkının sınırlarından birinin de eşit davranma borcu olduğu anlaşılır⁶³.

Özel yaşama hukuk sistemi tarafından sağlanan koruma, ayrımcılık temelini oluşturabilecek bilgiye ulaşılmasının önüne geçerek hukuka aykırı şekilde ayrımcılık yapılmasını engeller.

Akla uygun ve haklı bir neden bulunmaksızın, işyerinde aynı durumda olan bazı işçilerin üstlerinin aranması ya da e-postalarının izlenmesi gibi uygulamalar, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur⁶⁴. Giderek, bu tür bir uygulama, işçinin özel yaşamına saldırı olarak da kabul edilebilir. Bu durumda, eşit davranma borcuna aykırılık, özel yaşama müdahaleyi haklı kıldığı ileri sürülen nedenin de sorgulanmasına yol açar.

Buna karşın, özel yaşama müdahaleyi gerektiren neden, işçi topluluğunun tamamını ilgilendirmiyorsa, söz konusu nedenle ilişki içinde bulunan işçiler için eşit davranma yükümlülüğü devam ederken⁶⁵, diğerlerinin özel yaşamlarına müdahaleden kaçınma yükümlülüğü öne çıkar. Örneğin, taşımıcılık yapan bir kuruluştaki alkol testi yapılması söz konusu olduğunda, araçları kullanan işçiler için eşit davranma yükümlülüğüne uyularak hepsi test yapılmalı; ancak, diğerleri için testten kaçınılmalıdır⁶⁶.

Eşit davranma borcu ile özel yaşam hakkı arasındaki diğer bir bağ ise, işverenin, işçinin özel yaşamına ilişkin bilgileri elde etmek için dayanaacağı bir hukuka uygunluk nedeni bulunmayan durumlarda ortaya çıkar. Bu bilgilerin elde edilmesi zaten özel yaşam hakkının ihlali anlamına gelir. Giderek, bu tür bilgilere dayanılarak işçi aleyhine alınan kararlar, hemen her zaman, ayrımcılık yasağına da aykırılık oluşturacaktır. Başka bir anlatımla, özel yaşama hukuk sistemi tarafından sağlanan koruma, ayrımcılık temelini oluşturabilecek bilgiye ulaşılmasının önüne geçerek hukuka aykırı şekilde ayrımcılık yapılmasını engeller: İşverenin, ırkı, etnik kökenleri, siyasî düşünceleri, felsefî ve dini inancı hakkında bilgi sahibi olmadığı işçiye/işçi adayına karşı sıralanan ve benzeri nedenlerle farklı davranması da söz konusu olamaz⁶⁷.

4. İşverenin İşçiyi Gözetme (Koruma) Borcu - İşçinin Sadakat Borcu

İşverenin işçiyi gözetme borcu, işverence, işçinin çalışması nedeniyle karşılaşılabileceği tehlikelerden korunması, bu konuda önlem alınması ve onun çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınılması şeklinde ortaya konur ve işçinin bağlılık (sadakat) borcunun karşısında yer aldığı kabul edilir⁶⁸. Tanımlamada, borcun kapsam ve içeriğinin kesin şekilde belirlenmesinden, bilinçli şekilde kaçınılmaktadır. Bu tutumun arkasında, gözetme ve sadakat borçlarının iş sözleşmesi taraflarının tüm davranışlarıyla ilgili olması nedeniyle içeriğinin önceden sınırlı biçimde belirlenmesi noktasındaki güçlük yatar⁶⁹. Giderek, işverenin gözetme borcunun sadece işçinin yaşamını, bedensel bütünlüğünü ve sağlığını korumakla sınırlı olmadığı; kendisinden ekonomik ve entelektüel anlamda –hemen her zaman- güçsüz konumda olan işçiye bilgi vermeyi, yol göstermeyi, işçinin çıkarlarının zedelenmesini önlemek için uygun çabayı göstermeyi de içerdiği belirtilmektedir⁷⁰.

İşçinin sadakat (bağlılık) borcu ise, kısaca, işçinin işverenin haklı çıkarlarını koruması ve bunlara zarar verecek davranışlardan kaçınması gereği şeklinde ortaya konur^{71,72}. Bu anlamda işçiye düşen, işverene zarar verecek durumlarda harekete geçerek zararı engellemeye çalışmak ve durumu işverene haber vermek gibi olumlu davranışlarda bulunmanın yanı sıra; işverene zarar verecek hareketlerden de kaçınmaktır⁷³.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun, BK m.332 ve İş Kanunu'nun "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlıklı Beşinci Bölüm hükümleri (m.77-89) gibi yasadaki kaynaklanan yükümlülükler esas alınarak kavranması; bu borcun içeriğinin salt, işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığının korunması şeklinde anlaşılmasına yol açabilir. Öğretide, özellikle BK

İşçinin sadakat (bağlılık) borcu kısaca, işçinin işverenin haklı çıkarlarını koruması ve bunlara zarar verecek davranışlardan kaçınması gereği şeklinde ortaya konur.

m.332/I hükmünün işçinin kişiliğinin –giderek, özel yaşamının- korunması noktasında dayanak olarak kabulünde çekingen davranıldığı da bir gerçektir⁷⁴. Yasal yükümlülükler açısından BK m.332/I hükmünün, "İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından bakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma maballeri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur." anlatımının işçinin özel yaşamına yönelecek tehlikeleri de kapsar şekilde geniş anlaşılması da olanaklıdır⁷⁵. Madde metnindeki "çalışmak dolayısıyla maruz kalınan tehlikeler" anlatımı, kanımızca, tehlikenin yöneleceği değer bakımından sınırlama getirir nitelikte değildir. Şöyle ki, iş kazası gibi, işçinin özel yaşam hakkının ihlali de, çalışmak dolayısıyla maruz kalınan bir tehlikedir⁷⁶. BK m.332/I gibi somut bir yasa hükmünün bu şekilde yorumlanması, kusura dayanan sorumluluk esasını içeren bu maddeye⁷⁷ aykırılık oluşturan özel yaşam ihlallerinin borca aykırılık hükümleriyle (BK m.96 vd.) değerlendirilmesini kolaylaştıracaktır. Bu da, işçinin özel yaşamına saldırı nedeniyle doğacak zararlar, kusursuzluğunu kanıtlayarak yükümlülüğü işverene yükleyecek ve dava zamanaşımı bakımından da, işçi için daha elverişli bir konum yaratacaktır⁷⁸. Tekrar önemle anımsatalım ki, öğretide BK m.332/I hükmü, öncelikle, iş sağlığı ve güvenliğine özgü bir hüküm olarak yorumlanmaktadır⁷⁹.

Gözetme borcunun kapsamına işçinin kişiliğinin -giderek özel yaşamının- korunması dahil edilirken, BK.m.332/I hükmünden çok, borcun hukuki dayanaklarını⁸⁰ oluşturduğu kabul edilen, gözetme borcunun işçinin sadakat borcunun karşılığı olması, iş sözleşmesinin kişisel ilişki kurması, borç ilişkisi içinde yer alan koruma yükümlülüğü gibi ilke ve görüşlerden hareket edilmektedir⁸¹. Sıralanan ilke ve görüşlerin hepsinde MK m.2'deki dürüstlük kuralının etkisi gözlemlenir⁸². Buna göre, iş sözleşmesi, sürekli ve işçinin kişiliğinin ön planda olduğu bir ilişki kurar. Bu tür sürekli ilişkilerde tarafların birbirlerine sadakat borcu içinde bulunduğu kabul edilir. Gözetme borcu ise özü bakımından, iş ilişkisinin beraberinde getirdiği karşılıklı sadakat yükümlülüğünün, sözleşmenin işveren tarafındaki görünümüdür⁸³. İşçinin sadakat borcunun kapsamı

İşçinin özel yaşamına saygı yükümlülüğünün, işçiyi gözetme borcunun kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

düşünüldüğünde, işverenin gözetme borcunun salt iş sağlığı ve güvenliği önlemleri çerçevesinde anlaşılması karşılıklı edimler bakımından da ciddi dengeyi yaratır⁸⁴. Varılan sonuç, gözetme borcunun, sadece iş sağlığı ve güvenliği alanında değil, dürüstlük kuralı gibi, iş ilişkisinin tüm alanlarında var olduğudur⁸⁵. Dürüstlük kuralı, borcun varlık kazanmasında olduğu kadar, ifasında da etkilidir⁸⁶.

Kaynağı, ister BK m.332/I, ister iş sözleşmesinin özellikleri olarak kabul edilsin; işçinin özel yaşamına saygı yükümlülüğünün, işçiyi gözetme borcunun kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁸⁷. İşverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin kişilik hakkının bir görünümü olan özel yaşam hakkına saygı göstermekten öte, bağımlı çalışma olgusu nedeniyle karşı karşıya kalacağı diğer işçiler dahil üçüncü kişilerden gelen saldırılara karşı da koruma sağlamayı gerektirir⁸⁸. Başka bir anlatımla, "... işveren; işçinin kişiliğini ilgilendiren alanı, kendisini etkileyebileceği kişinin müdahalelerine karşı da korumak zorundadır. Hattâ, söz konusu koruma ve gözetme yükümlününün kapsamına, işyerindeki yabancı kişilerin ve özellikle müşterilerin rahatsız edici davranışları da dahil olup, işverenin bunlara karşı önlem alması gerekir"⁸⁹.

Belirtmek gerekir ki, BK.332/I hükmünü, kaynak (mehaz) İsviçre Borçlar Kanunu'nda karşılıyan maddede (m.328), işçinin kişiliğinin korunması ve gözetilmesini açık şekilde kapsayacak şekilde değiştirilmiştir⁹⁰. Benzer bir değişiklik, Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da bulunmaktadır. Tasarının, 416. maddesinin ilk fıkrasında işverenin, iş ilişkisinde "işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek(le)", yükümlü olduğu açık şekilde düzenlenmektedir. Madde gerekçesinde ise, bu düzenlenmede, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmektedir. Tasarının yasalaşması halinde yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız tartışmalar büyük ölçüde ortadan kalkacaktır.

İşveren, işçiyi gözetme borcuna aykırılık oluşturan talimatlar veremeyeceği gibi⁹¹, sadakat borcu konusunda işverenin yönetim hakkının bulunma-

dığı, işçinin sadakat borcuna uygun davranması yolunda verilecek talimatların ancak işçinin bu konuda uyarılması şeklinde algılanması gerektiği de ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak ise, sadakat borcunun içeriğinin nesnel etkenlere göre belirlenmesi⁹² ve işverenin öznel iradesiyle bu kapsamda değişiklik yapılmasının mümkün olmaması gösterilir⁹³. Bu şekilde, gözetme borcunun da yönetim hakkına sınır getirdiği görülür.

II. İŞÇİ-İŞVEREN İLİŞKİSİ BAKIMINDAN KİŞİLİK HAKKINI KORUYAN ÖZEL HUKUK DÜZENLEMELERİ

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri (MK m.23-25; BK m.19, 20, 49), özel yaşamın kişilik hakkının görünümünden biri olması⁹⁴ nedeniyle, burada da uygulama alanı bulur. MK m.23 ve BK m.19/II, 20/I, kişinin, kendi hukuki işlemleriyle özel yaşamını başkalarının müdahalesine açabilme sınırını belirlerken; MK m.24, 25 ve BK m.49 hukuka aykırı müdahalelere karşı koruma sağlamaya yönelik düzenlemeler içermektedir.

MK m.23-25 ve BK m.49 gibi özel yaşam hakkına koruma sağlayan hükümlerin ekonomik ya da başka bakımdan güçlü olanlara karşı koruma sağladığı⁹⁵; giderek, İş Hukukunun ilk temel taşlarını döşedikleri belirtilmektedir⁹⁶. Bu anlatımdan da anlaşılacağı gibi, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri, günümüz İş Hukukunun işçi-işveren ilişkisini kavrayışı karşısında, ancak tarihsel süreç içindeki öncüller olarak algılanabilir. İş ilişkisinin yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız dinamikleri ve İş Hukukunun, işçinin korunması ve kişiliğinin tanınması gibi ilkeleri⁹⁷ düşünüldüğünde, sağladıkları koruma yetersiz kalır. Bu noktadan hareket edildiğinde, işçinin özel yaşamı konusunda da aynı yaklaşımın sergilenmesi gerekir.

1. MK m.23 Hükümleriyle Sağlanan Koruma Bakımından

Medeni Kanun'un 23. maddesi, "Kimse, hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez."(MK m.23/I) "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırla-

yamaz” (MK m.23/II) hükümlerini içermektedir⁹⁸. Bu hükümler, kişinin özgür iradesiyle, özel yaşamına ne dereceye kadar müdahaleye izin verebileceğinin sınırını çizmektedir.

Maddenin ilk fıkrası, kişinin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini; başka bir anlatımla, hak ve fiil ehliyetini kendi rızasıyla sınırlamaya dahi tabi tutamayacağına işaret etmektedir. İkinci fıkra ise, özel yaşamdaki faaliyet özgürlüğüne getirilecek sınırlama ölçütünü, hukuka ve ahlaka aykırı olmamak, başka bir anlatımla, aşırı olmamak⁹⁹ olarak ortaya koymuş bulunmaktadır.

Medeni Kanun 23. maddesinin I. ve II. fıkraları sıkı bir bağ içindedir. Özgürlüğün kullanımının aşırı sınırlanması çoğu zaman, özellikle fiil ehliyetinden kısmen vazgeçmek anlamına geleceği gibi; hak ve fiil ehliyetinden vazgeçilmesi de özgürlüğün kullanımının aşırı sınırlanması demektir¹⁰⁰.

Kişinin kendi iradesiyle özgürlüğüne getireceği sınırlamayı Borçlar Kanunu'nun “... şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.” hükmünü içeren 19. maddesi II. fıkrasından ayrı düşünmek de mümkün değildir. Bu hükümdeki “şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir” anlatımıyla, öncelikle, MK m.23/I,II hükümlerinin kastedildiğinden kuşku duymamak gerekir. BK m.20/I'deki sözleşmenin konusunun hukuka aykırı (gayri muhik) olması halinde geçersiz sayılacağını hükme bağlayan düzenleme karşısında da, özel yaşam hakkının zedelenmesi bakımından hukuka aykırılığı belirlemede öncelikle MK m.23'ün göz önünde bulundurulması gereği açıktır¹⁰¹.

İş ilişkisi bakımından da MK m.23 sınırlamalarının geçerli olduğu noktasında duraksama yoktur. Özel yaşama müdahale içeren uygulamanın işçinin rızası temelinde hukuka uygunluğu tartışmasında, öncelikle gözetilmesi gereken ölçütü, MK m.23 düzenlemesi oluşturur.

2. MK m.24 Hükümleriyle Sağlanan Koruma ve Özellikle Hukuka Aykırılığı Kaldıran Nedenler Bakımından

“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir” (MK m.24/I). Bu hüküm,

Mağdurun özel yaşam hakkına oranla daha üstün tutulabilecek bir özel yararın bulunması halinde, müdahale hukuka aykırı bir saldırı olmaktan çıkacaktır.

kişilik hakkının münferit görünümünden biri olarak kabul gören özel yaşam hakkına karşı saldırı söz konusu olduğunda, hakkın sahibine koruma talep etme yetkisi vermektedir¹⁰².

Kural olarak, özel yaşama yönelecek her müdahale, hukuka aykırıdır¹⁰³. “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılmasından biriyile haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır” (MK m.24/II) anlatımındaki sıralanan hukuka aykırılığı kaldıran nedenler, genel kuralın istisnalarını oluşturur.

Mağdurun rızasının hukuka aykırılığı kaldırıcı etki gösterebilmesi için, MK m.23 ve BK m.19,20/I hükümlerine uygun olması ilk koşuldur^{104,105}. Ayrıca, müdahalesi mağdurun rızasıyla hukuka uygun hale gelecek olan bu kişinin (işverenin) mesleği, uzmanlık alanı ya da konumu gereği mağdura oranla daha kolay öngörebileceği sonuçları açıklaması; mağdurun sonuçlar konusunda doğru ve yeterli şekilde bilgilendirilmesi de gerekir¹⁰⁶.

Rıza açık veya örtülü şekilde verilebilir¹⁰⁷; yeter ki, verilen rızanın özel yaşamın hangi noktalarına ve ne dereceye kadar müdahaleye izin verdiği kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olsun¹⁰⁸. Rıza, müdahale öncesinde veya müdahale devam ederken verilmelidir. Rızanın geri alınması mümkündür. MK m.23 hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, rızanın geri alınmasından vazgeçmek de mümkün değildir¹⁰⁹.

Bundan başka, mağdurun özel yaşam hakkına oranla daha üstün tutulabilecek bir özel yararın bulunması halinde, müdahale hukuka aykırı bir saldırı olmaktan çıkacaktır. Üstün özel yarar mağdura, müdahalede bulunana (fail) ya da üçüncü kişiye ait olabilir¹¹⁰. Müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için üstün tutulabilecek yararın, kişilik hakkıyla bağlantı içinde bulunan bir yarar olması gerektiğinin kabulü yerinde olur¹¹¹.

Hukuka aykırılığı kaldıran nedenlerden bir diğeri de, üstün nitelikte kamu yararadır. Özel yaşama kamu adına yapılan veya kamu yararına sonuç doğuran müdahaleler, hukuka uygun sayılır. Ancak, “Üstün kamu yararının” hukuka uygunluk nedeni olarak algılanabilmesi bakımından, müdahalede bulunanın konumu ve müdahaleyle güttüğü amaç, ayrıca duyarlılıkla değerlendirilmek zorundadır.

Üstün özel ya da kamu yararının müdahaleyi hukuka uygun hale getirmesi ilkesinin bazı görüşümleri, ayrıca yasalarda düzenlenmiştir¹¹². Bunlar için, “üstün yarardan” öte, çoğunlukla -MK m.24/II’de ayrıca anlatım bulan- “kanunun verdiği yetkinin kullanılması”, hukuka uygunluk nedeni olarak öne çıkar¹¹³.

Kanunun verdiği yetkinin kullanılması söz konusu olduğunda yetkinin düzenlendiği norm, Kamu Hukuku ya da Özel Hukuk karakterli olabilir¹¹⁴. Yasa tarafından özel yaşama müdahale noktasında yetkilendirilmiş olan failin davranışı, verilen yetkinin çerçevesinde kalınarak hareket edildiği sürece, hukuka uygun olarak kabul görecektir¹¹⁵.

a) Özel Yaşamına Müdahaleye İşçinin Rıza Göstermesi

Öğretide¹¹⁶ bizim de isabetli bulduğumuz görüşün, işçinin özel yaşamına müdahale niteliği taşıyan işveren uygulamalarının hukuka uygunluğu meselesine bakışı; yapılan uygulama, işyerinin güvenliği ve korunması gibi işverenin ya da işyerindeki üçüncü kişilerin kişilik değerleriyle sıkı bağlantı içinde olan bir nedene dayanıyorsa, işçinin rızasının alınmasına gerek olmadığı ve diğer uygulamalar bakımından ise, işçinin açık ya da örtülü rızasının bulunmasının gerekli olduğu şeklinde özetlenebilir¹¹⁷. Güvenlik ve koruma, işçilerin, müşterilerin ve üçüncü kişilerin işyerinde doğabilecek ve dışarıdan gelebilecek tüm tehlikelere kar-

İşyerinde güvenlik ve koruma sağlamaya yönelik uygulamalar bakımından işçinin rızasının alınmasına gerek bırakmayan neden, MK m.24/II’deki “üstün yarar”dır.

şı yaşam ve sağlığı başta olmak üzere kişilik değerlerinin korunması şeklinde anlaşılmalıdır¹¹⁸. Diğer görüş ise, uygulamanın dayandığı neden ayrımına girmeksizin işçinin rızasının alınması gereğine işaret eder¹¹⁹.

İşyerinde güvenlik ve koruma sağlamaya yönelik uygulamalar bakımından işçinin rızasının alınmasına gerek bırakmayan neden, MK m.24/II’deki “üstün yarar”dır¹²⁰.

Belirttiğimiz gibi, işyerinin güvenliği ve korunmasını ilgilendirmeyen konularda ise, işçinin rızasının alınması gerektiği ileri sürülmektedir¹²¹. İşyerinde sürekli tekrarlanan hırsızlıkların önlenmesi ya da üretim ve ticaret sırlarını içeren bilgilerin rakiplere sızdırılmasının engellenmesi gibi işverenin ya da üçüncü kişilerin kişilik değerleriyle doğrudan ilişkilendirilmesi güç nedenler, özel yaşam hakkı karşısında üstün tutulacak bir yarar oluşturmaya da¹²², işçinin, sadakat borcu çerçevesinde, özel yaşamına müdahale eden uygulamaya katılmasını gerektirebilir. Başka bir anlatımla, işverenin dayanacağı neden, işçinin rıza göstermesini sadakat borcu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde beklebilir kılabilir¹²³.

Dahası, öğretide, işçinin özel yaşamına müdahale içeren işveren uygulamasının, “üstün yarar” şeklinde yorumlanmasa da yeterli bir nedene dayanması gereği, bir koşul olarak ileri sürülmektedir¹²⁴. Kanımızca, bu tür bir yeterli bir neden bulunmasa da, MK m.23 sınırları içinde kaldığı sürece, işçinin rızasının MK m.24/II anlamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak algılanmasını engelleyecek bir koşuldan söz etmek güçtür¹²⁵. Ancak, yeterli neden bulunmadığı hallerde, işçiden, sadakat borcunun bir gereği olarak rıza göstermesi de beklenemez. Duraksama yaratan somut durumlarda, bir temel hak ve kişilik hakkı görünümü olan özel yaşam hakkına, sadakat borcu karşısında üstünlük tanımak gerekir¹²⁶.

İş yaşamında geleneklerin ve/veya dürüstlük kuralının (MK m.2) işçinin özel yaşamına müdahale içeren uygulamalara olanak tanınması halinde hukuka aykırılığın ortadan kalkacağı da, öğretide ileri sürülen görüşlerdendir¹²⁷. Öte yandan, bu kavramların özel yaşama müdahaleyi haklı kılmaya yetmeyeceği gerekçesiyle, bu görüşe karşı çıkmaktadır¹²⁸. Kanımızca, hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürülen bu kavramlar, ayrı ayrı incelenmelidir. İşyerinde ya

da iş dalında bu yönde gelenek bulunması, bizce de, tek başına uygulamayı hukuka uygun kılmaya yetmez. Aksinin kabulü, işyerinin güvenliği ve korunması gibi üstün tutulabilecek bir yararın bulunmadığı durumlarda, “işyerinin girdiği iş dalındaki gelenek” gibi bir kavramın rıza alınmasına gerek bırakmadığı sonucunu doğurur ki; bunun kabulü mümkün değildir. İşyerinde gelenek haline gelmiş uygulamaya işçinin ses çıkarmaması, olsa olsa, buna örtülü şekilde rıza gösterdiğini düşündürür¹²⁹. “Gelenek haline gelmiş uygulamaya, sadece gelenek olması nedeniyle rıza göstermesi, işçinin sadakat borcunun bir gereği midir?” sorusuna yanıtımız ise, olumsuzdur. Bu soruya olumlu yanıt, ancak geleneğin dürüstlük kuralı çerçevesinde makul sayılabilecek bir nedene dayandığının kabul edilebildiği durumlarda verilebilir. Dürüstlük kuralının devreye girdiği yer tam burasıdır. Dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirme yapıldığında işverenin dayandığı nedenin makul olduğu söylenebildiği ölçüde, işçinin sadakat borcu rıza göstermesini beklenebilir kılar. Geleneklerin çoğunlukla böyle makul nedenlerden doğmuş olduğu bir gerçektir. Ancak işyerinde, örneğin, arama yapılması yönünde bir gelenek olması, her zaman, kaynaklandığı makul bir neden bulunduğu anlamına da gelmez. Doğaldır ki, işçinin özel yaşamına müdahale içeren uygulamaya ilişkin geleneğin dayandığı neden “üstün yarar” kapsamında değerlendirilebilecek nitelikteyse, hukuka uygunluk nedeni olarak işçinin rızası üzerinde durmaya gerek kalmayacaktır.

Terminolojik açıdan bakıldığında, öğretide iş sözleşmesine bir hüküm olarak koyulan işçinin özel yaşamına yönelik uygulamayı olumlayan irade açıklamasının işçinin “rızası”¹³⁰ şeklinde ortaya konmasının yanı sıra, işçinin “onayı”¹³¹ ya da “muvafakati”¹³² deyimlerinin de kullanıldığı görülür. Bu durum, duraksamaya neden olmamalıdır. İşverenin işçinin özel yaşamına müdahale nedeninin “üstün yarar” kapsamında değerlendirilemeyeceği hallerde, işçinin bu uygulamayı olumlayan irade açıklaması, MK m.24/II anlamında “rıza”dan başka bir hukuki kurum değildir. Sözleşme koşullarının işçinin özel yaşamına müdahale içerebilecek nitelikte olması durumunda, işçinin bu koşulları kabul ederek sözleşmeye taraf olmasıyla, sözleşme ilişkisi içinde olmadığı bir kişiden gelen saldırıya rıza göstermesi arasında fark yoktur¹³³. Rızanın alınışındaki

hukuki biçim ya da yöntemin, rızanın özünde değişiklik yarattığı iddia edilemez. İşçinin sözleşmede bir koşul olarak özel yaşamına müdahaleyi kabul etmesi ya da sözleşme devam ederken bu tür bir işveren uygulaması karşısında suskun kalması olasıdır. Birinci durumda rıza, açık şekilde verilirken ikincisinde örtülü olarak ortaya konmaktadır.

Örtülü rıza konusunda, özel yaşama müdahale karakterli tüm uygulamalardan işçinin haberdar edilmesi ve bu konuda bilgilendirilmesi gereği unutulmamalıdır; ancak bu şekilde verilen rızanın, özel yaşamın hangi noktalarına ve ne dereceye kadar müdahaleye izin verdiği kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık ve anlaşılabilir kabul edilebilecektir. Başka bir anlatımla, işçinin hakkında bilgi sahibi olmadığı bir uygulamaya rızasının bulunduğu dan da söz edilemez. Dolayısıyla, ancak bu bilgilendirme sonrasında işçinin uygulama karşısında suskun kalma hali, rıza olarak değerlendirilebilir.

İşçinin, özel yaşama müdahale oluşturan uygulamayı olumlayan irade açıklamasının MK m.24/II anlamında rıza olarak kabulü, birtakım sonuçları da beraberinde getirir: Rıza her zaman geri alınabilir¹³⁴. İşçinin işveren uygulamalarına, ister iş sözleşmesindeki bir hükümlerle, ister işveren uygulaması karşısında suskun kalarak rıza göstermesi halinde olsun, geri alınabilir olduğunun kabulü gerekir. Aksi halde, rızanın geri alınmasından vazgeçmek gibi bir durum ortaya çıkacaktır ki bu, MK m.23’e aykırılık oluşturur. Giderek, işçinin özel yaşamına müdahale içeren uygulamaya karşı verdiği rızasını geri alması ile diğer sözleşme koşullarına aykırı davranışı arasında fark olduğunun kabulü gerekir. Rızanın geri alındığının işverene bildirildiği andan itibaren, müdahale, hukuka aykırı hale gelecektir. İşçinin, özel yaşamına müdahale içeren işveren uygulamalarına en baştan rıza göstermemesi ya da sonradan rızasını geri alması halinde, işveren söz konusu uygulamaya devam etmemelidir.

Rızanın geri alınmasının, işverenin müdahalesini hukuka uygun olmaktan çıkarmakla birlikte; işveren açısından bir fesih nedeni yaratıp yaratmadığı; yarattığının belirlenmesi sonrasında, fesih nedeninin niteliğinin haklı neden mi geçerli neden mi olduğu ise, ayrı bir konudur. Bu noktada, uygulamanın dayandığı nedene bağlı olarak rızanın sadakat borcunun bir gereği olarak beklenebilirliği önem kazanır¹³⁵.

Rızanın geri alınması hakkının da, her hak gibi, kötüye kullanılmaması esastır. Hakkın açık şekilde kötüye kullanıldığının belirlenebildiği durumlarda işverenin uygulamaya son vermesi gereğinden de söz edilemez.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, rızanın geri alınması hakkının da, her hak gibi, kötüye kullanılmaması esastır. Hakkın açık şekilde kötüye kullanıldığının belirlenebildiği durumlarda işverenin uygulamaya son vermesi gereğinden de söz edilemez.

İşçinin rızasının yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda algılanması, İş Hukukunun genel ilkelerine de uygun düşer¹³⁶. İş Hukukunun doğumundaki önemli etken, sözleşme koşullarının, ekonomik, sosyal ve entelektüel bakımdan -hemen her zaman- üstün konumda olan işveren tarafından, kendi çıkarları doğrultusunda belirlenmesidir¹³⁷. İşsizliğin yoğun olarak yaşandığı toplumlar ve nitelsiz işçiler göz önüne alındığında, bu durumun, Endüstri Devrimi dönemine göre iyileşmekle beraber, özü itibarıyla değişmediği herkesçe bilinen bir gerçektir. İş sözleşmesinde işçi, çoğu zaman, işveren tarafından ortaya konan iş koşullarını kabul edip etmeme noktasında seçim yapmak zorunda kalmakta; iş koşullarını müzakere etmek gibi bir üçüncü seçeneği bulunmamaktadır¹³⁸. Dolayısıyla, rızanın geri alınabileceğini kabul etmek, bu bakımdan bir ölçüde koruma sağlayacaktır.

Rızanın geri alınabilirlik özelliğine yaptığımız bu vurgunun nedeni, işçinin rıza gösterirken gerçekten özgür iradesiyle hareket edip etmediği noktasında iş sözleşmesindeki ekonomik ve kişisel bağılıktan kaynaklanan kuşku^{139,140}. İşçinin rızası, MK m.23 anlamında ehliyetinden vazgeçmek ya da özgürlüğün aşırı sınırlanması sonucunu doğurmasa da, örneğin, işini kaybetmek korkusuyla verilmiş ise söz konusu kuşku gündemdedir¹⁴¹. Bu kuşku nedeniyle, dünya öğretisinde, özel yaşama müdahale oluşturan uygulamaları meşru kılan başka nedenler olmadıkça, işçinin açık ya da örtülü rızasının hukuka aykırılığı kaldıran bir neden

olarak kabul edilmemesi ve bu ilişki bakımından sadece “üstün yarar” ölçütüne başvurulması gerektiği de, ileri sürülmektedir¹⁴². Bu görüşün, Türk Hukuku ve öğretisi bakımından kabulü güç bir görüş olduğunun farkındayız. Yine de İş Hukukunun işçinin kişiliğinin tanınması ve işçiyi koruma ilkeleri göz önünde tutulduğunda, en azından, tartışılmaya değer bulduğumuzu belirtmek isteriz.

Bu konudaki diğer bir görüş ise, işçinin rıza göstermemesi ya da geri alması durumunda hiçbir olumsuz sonuçla karşılaşmayacağı söylenebildiği ölçüde, işçinin irade açıklamasının, “rıza” olarak kabul edilebileceğini ileri sürer¹⁴³. Avrupa Ülkeleri bakımından, 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Sınırlar Arası Dolaşımında Bireylerin Korunması Hakkında AB Yönergesinin^{144,145} rıza tanımından¹⁴⁶ yola çıkılarak ortaya konan ve kabul gören bu görüş, iş ilişkisinde işçinin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak tümenden reddetmemekle birlikte, uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Bu görüşün, AB sürecinde, Türk Hukuku bakımından da, dikkate alınmak zorunda olacağına kuşku etmemek gerekir.

Tüm bu açıklamalara rağmen, kural olarak, MK m.23-24 ve BK m.19, 20 sınırları içinde kalan işçinin rızasının, müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği kabul edilmek gerekir. MK m.24/II hükmünün geçerli şekilde verilmiş rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmesi karşısında, işçinin özel yaşamının korunmasına yönelik, işveren karşısındaki konumunu dikkate alan, özel yasal düzenlemenin bulunmayışı, bu sonuca varmayı zorunlu kılar¹⁴⁷. Giderek, rızanın sadakat borcu kapsamında beklenilebilirliğinin bir ölçüt olarak algılanması ve buna bağlı olarak verilmemesi veya geri alınması halinde işverenin özel yaşama müdahale oluşturan uygulamadan vazgeçmesi, dahası, olası feshin ipso jure (otomatikman) haklı fesih sayılamayacağına kabulü, gereklerine işaret eden açıklamalarımızın temelinde, ortaya koymaya çalıştığımız yasal boşluk ve işveren karşısında sözleşmenin daha zayıf tarafını oluşturan işçiyi koruma kaygısı yatar. Başka bir anlatımla, işçinin rızası üzerindeki kuşkunun, mevcut yasal çerçevede bir parça ortadan kaldırılmasının, meselenin bu şekilde kavranmasıyla, olası hale geleceği, kanısındayız.

Öte yandan, rızanın, toplu iş sözleşmesiyle alı-

nabileceği¹⁴⁸ ve işçinin rızası üzerindeki sözünü ettiğimiz kuşkuyu kaldırmanın en etkin yollarından birinin de, bu olduğu ileri sürülür¹⁴⁹. Kanımızca da, toplu iş sözleşmesinin koruma ve düzen işlevleri¹⁵⁰ işçinin özel yaşamına ilişkin düzenlemeler bakımından da geçerlidir ve toplu iş görüşmesinde tarafların, bireysel iş sözleşmesindeki gibi ekonomik, sosyal ve entelektüel açıdan dengesiz konumda olmaması, rızanın gerçekten özgür iradeyle verilip verilmediği ve rızanın geri alınabilmesi konusundaki ortaya koyduğumuz tartışmaları en aza indirir. Ayrıca, toplu iş sözleşmesi taraflarının düzenleme yetkisi, özel yaşam hakkının da aralarında bulunduğu temel haklarla sınırlıdır¹⁵¹. Başka bir anlatımla, AY m.20-23 ve giderek, MK.23-24 ve BK m.19, 20 sınırlarını aşan hükümler geçerli olarak kabul görmez.

Ne var ki, özel yaşam hakkı söz konusu olduğunda toplu iş sözleşmesiyle alınan rıza sayesinde sözünü ettiğimiz tartışmaların mutlak şekilde son bulacağını iddia etmek de olanaklı görünmemektedir. Bu sonuca varmamızda, bağitlandığı ünitadaki çoğunluğun iradesinin toplu iş sözleşmesine yansıtacağını; dolayısıyla, rıza göstermek niyetinde olmayan işçi (birey) bakımından, işveren tarafından hazırlanarak önüne konulan sözleşme hükümlerine benzer bir durumun doğabileceğini belirterek; özel yaşam hakkının bireysel hak olma niteliğine vurgu yapan ve bu nedenle rıza üzerindeki kuşkunun toplu iş sözleşmesiyle düzenleme yapılarak kaldırılamayacağını savunan aksi görüşün¹⁵² etkisi yadsınmaz.

b) Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İşverenin Dayanabileceği Yarar

İş ilişkisi içinde olmak, işçinin kişilik hakkı ile işverenin hak ve çıkarlarının (yararlarının) dengelemesini zorunlu kılar. Burada yapılacak olan, işçi ve işverenin özel nitelikli yararları arası tartım ve birinin diğerine daha ağır bastığının tespitidir. Örneğin, işverenin işini verimli şekilde yürütmekteki yararı, belirli bir dereceye kadar işçinin özel yaşam hakkıyla arasında bir şekilde denge kurulması gereken bir yarar olarak karşımıza çıkar. Dahası, işverenin işçilerinin davranışları nedeniyle sorumluluğuna gidilebilecek durumlar (Örn. BK m.55, 100) ya da işçilerin davranışlarının işverenin kendisine verebileceği zarar düşünüldüğünde, sözünü ettiğimiz tartım ve dengeleme gereği ortadadır¹⁵³.

Müdahaleyi hukuka uygun kılacak neden olarak üstün özel yarardan bahsedilirken, müdahaleye maruz kalanın özel yaşam hakkı karşısında, dayanılan yararın da kişilik hakkıyla bağlantı içinde olması gerektiğinin kabulü yerinde olur¹⁵⁴. İşyerinde güvenliğin sağlanmasına yönelik, işçinin özel yaşamına müdahale karakterli uygulamaların hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği savunulurken, özel yaşam hakkı karşısında değerlendirmeye alınarak üstün tutulan yararın, işverenin, diğer işçilerin, müşterilerin (tüketicilerin) kişilik hakkından kaynaklanan yarar olduğu görülür¹⁵⁵.

Özelikle üzerinde durulması gereken nokta ise, işverenin salt ekonomik nitelikli yararının işçinin özel yaşam hakkı karşısında nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Özel yaşama müdahale içeren uygulamaların meşrulaştırılması çabasında bu tür uygulamalarla, sürekli tekrarlanan hırsızlıkların önlenmesinden, işçinin eylemleri nedeniyle işverenin olası sorumluluğu, verimliliğin artırılması, üretim maliyetlerinin düşürülmesine dek geniş nedenler yelpazesine dayanıldığı görülür. Dahası, verimin artırılmasıyla daha düşük fiyatların oluştuğu, giderek, tüketicilerin ve toplumun yararının bulunduğu ileri sürülmektedir¹⁵⁶. Özel yaşam hakkının bir temel hak oluşunun ve öneminin yanı sıra, İş Hukuku ilkeleri de dikkate alındığında, ekonomik temelli meşrulaştırmaların, genelde reddedilmesi gerektiği¹⁵⁷; ancak, ekonomik yararın dikkate değer, açık ve kamu yararıyla ilişkilendirilebilir olduğu ve işçinin özel yaşamına müdahalenin en az düzeyde tutulabileceği durumlar bakımından da iki yarar arasında değerlendirme/tartım yapmayı tümünden reddetmenin, hakkaniyete uygun sonuçlar yaratmaya çağı belirtilir¹⁵⁸.

Kanımızca, öğretilerde, müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için üstün tutulabilecek yararın, kişilik hakkıyla bağlantı içinde bulunan bir yarar olması gerektiğini ileri süren görüş, kanımızca burada dikkate alınmalıdır. Meselenin çözümünde, hırsızlığın önlenmesinden verimliliğin artırılmasına kadar geniş bir yelpaze oluşturan ve işverenin ya da üçüncü kişilerin kişilik değerleriyle ilişkilendirilemeyen salt ekonomik nitelikli yararın, özel yaşam hakkı karşısında doğrudan üstün tutulması yerine; sadakat borcu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde işçiden özel yaşamına müdahale içeren uygulamaya rıza göstermesinin, olayın özellikleri-

İşçinin kişilik hakkı, dolayısıyla özel yaşamı karşısında üstün tutulacak kamu yararı nedeninin işveren müdahaleleri bakımından uygulama alanı oldukça dardır.

ne göre, beklenip beklenemeyeceği ölçütünün kullanılması yerinde olacaktır¹⁵⁹.

İşçinin kişilik hakkı, dolayısıyla özel yaşamı karşısında üstün tutulacak kamu yararı nedeninin işveren müdahaleleri bakımından uygulama alanı oldukça dardır¹⁶⁰. Bu nedene dayanan işveren müdahalelerinin çoğu, zaten kanunlarda düzenlenmiş olup; kanunun verdiği yetkinin kullanılması temelde hukuka uygun hale gelmektedir. Kanunla tanınmış açık bir yetkinin kullanımı dışında kamu yararına dayanarak işverenin işçinin özel yaşamına müdahale etmesi için ise öğretide işverenin kendisini kamu otoritesi / Devlet yerine koyma eğilimine dikkat çekilir¹⁶¹. Toplumun alkol ve uyuşturucudan temizlenmesi gibi bir amaçla ve başka hiçbir dayanak olmaksızın işyerinde yapılacak alkol testleri; işyerinde güvenliğe yönelen bir tehlike ya da ekonomik zarar riski bulunmadığı halde üst araması yapılması gibi örneklerde, bu eğilim gözlemlenir. Devlet eliyle yapılacak arama, test vb. uygulamaların bile ciddi sınırlamalara tabi olduğu gerçeği karşısında¹⁶², işverenin kendini kamu otoritesi yerine koyarak hareket etmesi, her şeyden önce, işyerinde alkol ve uyuşturucu kullanmayan ya da hırsızlık olaylarına karışmayan çoğunluğun, özel yaşam hakkını hiçe saymak anlamına gelecektir¹⁶³.

Anayasa hükümleri, uygun oldukları ölçüde, kişiler arası (işçi-işveren) ilişkilerde de uygulama alanı bulur¹⁶⁴. İşverenin kendini kamu otoritesi yerine koymak eğilimi ve dayanabileceği üstün yararın niteliğiyle bağlantılı olarak üzerinde durulması gereken nokta ise, Anayasa'da kamu otoritesinin özel yaşama müdahaleleri için getirilen hakkın sınırlanmasına ilişkin ölçütlerin işverenin müdahaleleri bakımından anlamıdır. Belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın m.20/II, 21, 22/II düzenlemesindeki, "Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ablâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı

olarak, usulüne göre verilmiş bâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça..." kim senin özel yaşamına müdahale edilemeyeceğini öngören ölçütlerin, kişiler arasındaki özel yaşama müdahalelerin hukuka uygunluğunu belirlemede doğrudan kullanılabilir ölçütler olarak algılanması, kanımızca doğru olmaz¹⁶⁵. Bu ölçütler, kamu otoritesinin müdahaleleri için getirilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın söz konusu maddelerinde sıralanan "millî güvenlik", "kamu düzeni", "suç işlenmesinin önlenmesi", "genel sağlık ve genel ablâkın korunması", "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" gibi ölçütlerin MK m.24/II anlamında "üstün kamu yararı" ile bağlantısı yadsınmaz. Ne var ki, bu ölçütlerin, kamu otoritesinin müdahalesi bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak algılanabilmesi için, yargıç kararı veya yasayla yetkili kılınmış merciin emrinin arandığı unutulmamalıdır. "Üstün özel ya da kamu yararı" ölçütünün, Anayasa'daki sınırlama ölçütlerinin özel hukuktaki yansımaları olduğu kabul edilse bile, işverene, yargıç kararıyla ve kolluk eliyle yapılacak müdahaleler kadar geniş bir hak ve yetki vermez. Dolayısıyla bu ölçütlerin, "Üstün özel ya da kamu yararı" kavramının içinin doldurulmasında kullanılması söz konusu olsa da; işveren uygulamaları öncesinde yargı kararı söz konusu olamayacağından, dar yorumlanmaları şarttır¹⁶⁶.

c) İşçi - İşveren İlişkisi Bakımından Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

İş K. m.77 uyarınca, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak ve denetlemekle; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetmeliklerde de işverenin bu yükümlülükleri ayrıntılarıyla yer almaktadır. Örneğin, Patlayıcı Ortam Yön. m.7 uyarınca işveren, işçilerin ve diğer kişilerin sağlık ve güvenliği için tehlikeli patlayıcı ortam oluşma ihtimali olan yerlerde güvenli çalışma şartlarını sağlamak ve çalışma süresince uygun teknik yöntemlerle bu kısımları gözetim altında tutmakla yükümlüdür. Maden Yön. EK, m.4.1.2, 8.7, 9.2 hükümleri ise, iş sağlığı ve gü-

venliği bakımından yüksek riskli alanlarda içmek amacıyla tütün mamulleri ile alev ve kıvılcım çıkarabilecek her türlü maddeyi taşımak ve bulundurmaya yasaklamaktadır. Benzer şekilde, Kanserojen Mutajen Madde Yön. m.12, kanserojen ve mutajen maddelerle kirlenme olasılığı bulunan yerlerde çalışanların sigara içmeleri, yemeleri ve içmelerinin işveren tarafından önlenmesini hükme bağlamaktadır.

Öte yandan, bazı işler ve işçiler için, işverenlerin işçilerden sağlık raporu istemek ve bu raporları saklamak zorunluluğu bulunmaktadır. Örneğin Ağır Tİ Yön. m.5 uyarınca ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçilerin işe girişlerinde, bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının hekim raporu ile belirlenmesi ve bu raporun belirli aralıklarla tekrarlanması zorunludur. Benzer şekilde işçilerin sağlık durumlarına ilişkin kayıtların tutulması ve belirli bir süre saklanması söz konusu diğer bazı yönetmeliklerin de emridir (Örn Kanserojen Mutajen Madde Yön. m.14,16,17; İşyeri Sağlık Birimleri Yön. m.14; Asbest Yön. m.19-20).

Ortaya konmaya çalışılan bu hükümlerin hepsi, işçinin özel yaşamına çeşitli şekillerde müdahale gerektirir. Bazı hükümler, işçilerin gözetim altında tutulmasını, bazıları işyeri içindeki davranışların şeklinin belirlenmesini, diğer bir bölümü ise, haklarındaki verilerin toplanmasını ve saklanmasını işverene bir görev, dolayısıyla yetki olarak öngörmektedir. Söz konusu düzenlemelerin bir bölümünde bu yükümlülük ve yetki, “sigara içilmesinin önlenmesi”; “raporların saklanması” gibi açıkça ortaya konmuşken, bir bölümünde işveren için öngörülen, “teknik yöntemlerle gözetim altında tutmak” gibi yükümlülüklerden dolayı işverenin işçinin özel yaşamına müdahale etmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

İşverenin ortaya koymaya çalıştığımız yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla yapacağı özel yaşama müdahale karakterli uygulamalar, kanımızca, MK m.24/II uyarınca “kanunun verdiği yetkinin kullanılması” kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte olup; bu nedenle hukuka uygun sayılacaktır¹⁶⁷. Müdahale gereğinin dolaylı olarak ortaya çıktığını belirttiğimiz düzenlemeler bakımından ise, kanunun verdiği yetkinin kullanılmasından bahsedilemeyeceği bir itiraz olarak ortaya konsa bile, diğer işçiler ve müşteriler gibi üçüncü kişile-

rin yaşam ve sağlığının korunması üstünde şekillenen “üstün yarar” nedeni varlığını koruyacaktır¹⁶⁸.

3. MK m.25 Hükümleriyle Sağlanan Koruma Bakımından

a) Genel Olarak

MK m.25 uyarınca, kişilik hakkına hukuka aykırı şekilde müdahale edilen kişi, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir (MK m. 25/I). Sıralanan istemlerin konu olduğu davaların öğretide koruyucu davalar olarak anıldığı da görülmektedir¹⁶⁹. Mağdur, bu taleplerin yanı sıra kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir¹⁷⁰ (MK m. 25/II). Ayrıca davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı da saklıdır¹⁷¹ (MK m. 25/III).

İşçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahale söz konusu olduğunda, MK m.25’de düzenlenen tüm davaların, işverene karşı da açılacağı noktasında duraksama yoktur¹⁷².

Bu davalar, sözleşme sona erdikten sonra açılacağı gibi, iş ilişkisi devam ederken de açılabilir ve işçinin iş sözleşmesi, salt bu davaların açılmış olması nedeniyle feshedilemez (İş K.m.18/II-I,bent:c).

Çoğu zaman, işçinin özel yaşamına müdahale bizzat işveren tarafından değil, işverenin talimatı üzerine, başka bir işçi tarafından gerçekleştirilir. Bu başlık altında, müdahalenin bu boyutları da dikkate alınarak, MK m.25’te düzenlenen davaların iş ilişkisinde nasıl somutlaşabileceği ortaya konmaya çalışılacaktır.

b) Koruyucu (Tespit) Davalar Bakımından

Belirttiğimiz gibi, işverenin bizzat, işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahalesi söz konusu olduğunda MK.m.25/I’de düzenlenen koruyucu davalara başvurulması mümkündür.

İşverenin talimatı üzerine, başka bir işçi tarafından gerçekleştirilen müdahale bakımından ise, yine, koruyucu davaların işverene karşı açılması ola-

naklı ve özellikle son verme ve önleme davalarının istenen sonucu vermesi için gereklidir. Müdahaleyi gerçekleştiren işçinin işveren vekili¹⁷³ sıfatını taşıyıp taşıyamaması, bu davaların işverene yöneltilmesi noktasında değişiklik yaratmaz. Anımsatalım ki, koruyucu davalar, bizzat saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı açılabilir gibi; esasen saldırıyı önleyebilecek ya da son verebilecek konumda olana karşı açılabilirler ve bu şekilde davayla güdülen amaca ulaşılması mümkün olur¹⁷⁴. Bu davalar bakımından işverenin kusuru da aranmaz; giderek, bilmiyor dahi olsa, işverene karşı, dava açılabilir¹⁷⁵. İşçilere ilişkin kayıtları tutmakla görevlendirilen başka bir işçi tarafından, işveren talep etmediği halde, duyarlı / özel niteliği olan kişisel verilerin¹⁷⁶ öğrenilerek işlenmesi ya da işveren tarafından verilen talimat, detektörle arama yapılması yolundayken, elle yoklama araması yapılması gibi hukuka uygun müdahale sınırını aşan hallerde, saldırıdan haberi olmasa bile, durdurabilecek konumda olan yine işverendir.

Bir hukuka uygunluk nedeni yokken, işçiye ilişkin kişisel verilerin işverenin elinde tutulmasında olduğu gibi saldırının devamlılık gösteren bir nitelik göstermesi ya da hukuka aykırı arama ve test uygulamalarındaki gibi, saldırının tekrarlanan ya da süreklilik gösteren davranışlarla meydana gelmesi halinde sürmekte olan saldırıya son verilmesi davası açılabilir¹⁷⁷.

İşverenin özel yaşama hukuka aykırı müdahale içeren uygulamasına başlamazdan önce bundan haberdar olunması halinde ise, saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açılabilir¹⁷⁸.

MK m.25/I'de düzenlenen etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasının iş ilişkisinde uygulama alanı bulması da olasılık dahilindedir. Örneğin, işçinin arkadaşları önünde sadece bir olaya özgü olarak soyularak aranması durumunda, özellikle, kararın yayınlanması istemiyle (MK m.25/II) birlikte açıldığında, işçinin bu davayı açmakta hukuki yararının olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda geçmişte meydana gelen ve etkileri devam eden bir saldırı vardır ve işçinin bunun hukuka aykırı olduğunu mahkeme kararıyla tespit ettirip; işyerinde ilanına (yayınına) karar verilmesini istemesi, hem iş arkadaşları önündeki saygınlığını geri kazanmasında, hem de işveren tarafından uygulamanın tekrarlanmaması noktasında etkili

olacaktır. Anımsatalım ki, verdiğimiz örnekteki gibi, saldırının üçüncü kişilerce (diğer işçilerce) bulunduğu durumlarda, MK m.25/I'de düzenlenen tespit davasının, saldırının sona erdirilmesi davasının gördüğü işleve yaklaşan bir işlevi söz konusudur¹⁷⁹.

c) Tazminat ve Kazancın Verilmesi Davaları Bakımından

İşçi, savunma davaları dışında MK m.25/III uyarınca maddi ve manevi tazminat davalarını açabileceği gibi, işverenin, özel yaşamına hukuka aykırı müdahale sonucu elde ettiği kazancın verilmesini de talep edebilir.

Maddi ve manevi tazminat davaları bakımından özel yaşama hukuka aykırı müdahale oluşturan eylem, bizzat işveren tarafından yapılmışsa, davanın koşullarından biri de işverenin kusurlu olmasıdır. İşverenin bu tür müdahalelerinde, hemen her zaman, işverenin işçiyi gözetme borcuna da aykırılık söz konusu olacağından, işveren kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlü tutulacaktır¹⁸⁰. İşverenin talimatıyla diğer bir işçi tarafından eylemin gerçekleştirilmesi halinde ise, özellikle BK m.100 hükmünde düzenlenen kusursuz sorumluluk ön plana çıkarılabilir¹⁸¹.

Şöyle ki, BK m.100 sorumluluğunun doğumu için aranan koşullardan biri de, borç ilişkisindeki edimlerin ifasının ve/veya bu ilişkiden doğan bir hakkın kullanımının, bir yardımcı kişiye bırakılmasıdır¹⁸². Giderek, işveren, bir işçisine diğer işçilerin özel yaşamına müdahale içeren bir görev verdiğinde, iş ilişkisinden kaynaklanan yönetim hakkının bir boyutunu oluşturan denetim hakkının kullanımının yanı sıra ve dolayısıyla; gözetme (koruma) borcunun ifasının da, görevli işçiye bırakıldığı kabul görmelidir¹⁸³. Örneğin, kapıda diğer işçileri aramakla görevlendirilen bir işçi düşünüldüğünde; bu işçi, esasen işverenin denetim hakkını kullanmaktadır ve denetlemekte olduğu işçilerin özel yaşamına hukuka aykırı müdahaleden kaçınma noktasında, işverenin gözetme borcunun yerine getirilmesinde de rol oynar¹⁸⁴. İşçilerin gözetildiği kameraları yerleştiren, ekranları takip eden ve kayıt alan bir işçi düşünüldüğünde, bu işçi işveren adına kişisel veri işlemektedir. İşverenleri, kişisel verileri işlemekle sorumlu personelin yapılan işin önemi ve öngörülen yükümlülüklerle uyulmamasının sonuçları hakkında yeterli düzeyde eğitim almalarını

sağlamakla sorumlu tutan ilkeler¹⁸⁵ düşünüldüğünde, meselenin ortaya koymaya çalıştığımız şekilde kavranması kolaylaşacaktır. Bu durumda, diğer işçilerin özel yaşamına müdahale içeren görevi yerine getiren işçinin, hukuka uygunluk sınırını aşan müdahalelerinde işverenin, öncelikle BK m.100 uyarınca sorumlu olacağı¹⁸⁶ kanısındayız.

Dikkat çekmek isteriz ki, BK m. 100 sorumluluğunun doğması için bu şekilde görevlendirilen işçinin mutlaka İş Kanunu bakımından işveren vekili olması da gerekmez, BK m.100 anlamında “yardımcı” niteliğini taşıması yeterlidir.

Öte yandan, BK m.100 anlamında “yardımcı” niteliği taşımayan bir işçinin de, diğer işçilerin özel yaşamına hukuka aykırı müdahalesi söz konusu olabilir. Örneğin, işyerinde getir götür işleriyle görevli bir işçinin, diğer işçilerin özlük dosyalarını taşıırken kaybetmesi ve bunların içeriğinin başkaları tarafından öğrenilmesi halinde, işveren açısından BK m.55'te düzenlenen istihdam edenin çalışanın haksız fiilinden sorumluluğunun ön plana çıkacağından söz edilebilir¹⁸⁷.

Diğer bir işçinin özel yaşamına hukuka aykırı şekilde müdahale eden işçi, salt kendi özel amaçlarına ulaşmak için kasten hareket etmiş ise, BK m.55 sorumluluğunun doğup doğmadığı noktada karar verirken, saldırıda bulunan işçinin göreviyle eyleminin ne kadar ilintili olduğuna bakmak gerekecektir¹⁸⁸. Getir götür işleriyle görevli işçinin kendisine bir başka yere ulaştırması amacıyla verilen özlük dosyalarındaki bilgileri, kazanç elde etmek amacıyla başkalarına aktarması halinde görevle eylem arasındaki bağ mevcuttur ve işverenin BK m.55 uyarınca sorumluluğu gündeme gelecektir. Ne var ki, işçinin aynı eylemi, dosyaları gizlice ele geçirerek yapması durumunda işverenin, işçinin davranışından BK m.55 uyarınca sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak, işveren çalınmaya karşı gerekli önlemleri almamışsa, gözetme borcuna aykırı davranış nedeniyle sorumlu tutulabilir.

Belirtmek gerekir ki, saldırıyı eylemli şekilde gerçekleştiren işçi, haksız fiil (BK m.41 vd.) hükümleri uyarınca sorumludur¹⁸⁹. Giderek, bu davaların işveren ve eylemi gerçekleştiren işçiye karşı açılması da söz konusu olabilir. Eylem nedeniyle doğan zarardan sorumluluk noktasında eylemi gerçekleştiren işçi ve işveren arasında eksik teselsül (BK m.51) bulunur¹⁹⁰.

Özel yaşama hukuka aykırı müdahale dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın verilmesi talebi için ise işverenin kusurlu olması aranmayacaktır. Müdahale ile kimin mal varlığında artma olmuş ise talep ona yöneltilmelidir. İster işveren tarafından bizzat; ister verilen talimatla diğer bir işçi eliyle gerçekleştirilsin, kazancı elde eden işveren ise, dava da ona karşı açılacaktır. Kişisel verilerin, pazarlama, reklam ve benzer birçok sektörde kullanılabilmesi ve bu nedenle söz konusu verilere talebin her geçen gün yükseleceği göz önünde bulundurulduğunda, bu davanın önemi anlaşılacaktır. Anımsatalım ki, bu davanın konusunu, işçinin elde edemeyeceği bir kazancı, onun özel yaşamına hukuka aykırı müdahale sonucunda işverenin elde etmiş olması halindeki miktar oluşturur¹⁹¹. Dolayısıyla, talep konusu, özellikle maddi tazminat davasından bu noktada bütünüyle farklıdır.

III. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA MÜDAHALE İÇEREN UYGULAMALARDA HAKİM OLMASI GEREKEN İLKELER

Türk Hukuku, çalışma konumuzla ilgili bilimsel eser ve içtihat birikimi bakımından bakir denebilecek düzeydedir. Giderek, işçinin rızası ve işverenin dayanabileceği üstün yarar ölçütleri konusunda mevcut yasal düzenlemelerin, işçi işveren ilişkisinin ekonomik ve kişisel bağımlılık arz ettiği gerçeği karşısında, doğrudan -iş ilişkisinin özellikleri göz ardı edilerek- uygulanma olasılığı, adalet duygusunu tam anlamıyla tatmin etmeyen sonuçları da beraberinde getirebilir.

Öte yandan, küreselleşmenin getirdiği uluslararası yatırım ve ticaret olgusu karşısında işçinin özel yaşamı konusundaki hukuki ilkelerin birlik göstermesi gerekmektedir. Bu sadece işçi açısından değil, işverenlerin farklı ülkelerdeki yatırımlarında uymaları gereken kuralların birbirlerinden farklı olmasının getirdiği zorlukların giderilmesi açısından da olumlu sonuçlar doğurur. Ayrıca, bu çaba, özel yaşam hakkına saygı gösteren ülkelerden yatırımların kaçarak haksız rekabet ortamı yaratmasına da engel olur. 95/46/EC sayılı AB Veri Koruma Yönergesi'nin amaçlarından biri de budur¹⁹².

Sıralanan bu nedenlerle, işçinin özel yaşamı konusunda çeşitli ülkelerdeki durum ve aksaklıklar-

dan yola çıkılarak öğretilerde ortaya konan ilkeler dikkate değer niteliktedir¹⁹³. Bu ilkelerin bazılarının, Türk Hukuku bakımından de lege feranda nitelikte olduğu iddia edilebilse bile; Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün konuya ilişkin belgelerinde¹⁹⁴ ve Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı"nın¹⁹⁵ gerekçesinde açık şekilde yer almakta oldukları akılda tutulmalıdır.

a) İşçinin Rızası Üzerindeki Kuşkunun Dikkate Alınması

İşçinin rızasına kuşkuyla yaklaşılmalıdır. İşçinin özel yaşamının korunması konusunda asgari standartlar belirlenmeli, bu standartlarla sağlanan koruma işçinin rızasıyla ya da işverenin özel yaşama müdahale içeren uygulamayı önceden bildirmesiyle dahi aşılammamalıdır¹⁹⁶.

Bu konuda, AB kurumlarının işçinin rızasına yaklaşımının da dikkate alınması yerinde olur. Söz konusu yaklaşım şöyle özetlenebilir: Başka hukuka uygunluk nedenlerinden birine dayanma olasılığı araştırılmaksızın, işçinin rızasına başvurmak, iş ilişkisinin her iki tarafı için olumsuz sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir¹⁹⁷. İşveren işçinin rızasına başvurmadan önce dayanabileceği başka bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını araştırmalıdır.

b) Özel Yaşama Ancak Belirli Nedenlerle Müdahale Edilmesi

Özel yaşam hakkı, ancak belirli ve meşru nedenlerle sınırlandırılabilir niteliktedir. Başka anlamıyla, özel yaşama müdahalede mutlaka hukuka aykırılığı kaldırarak nitelikte bir nedene dayanılması gerekir¹⁹⁸.

Özellikle, diğer işçilerin, müşterilerin ve kamunun sağlık ve güvenliğinin sağlanması amacına dayanan müdahalelerde, meşru ve hakiki yararın bulunduğu kabulü gerekecektir¹⁹⁹. Buna karşın, işverenin işyerinde verimin artması, kaybın önlenmesi vb. salt ekonomik nedenlere dayanması, ekonomik amaçların özel yaşam hakkı karşısında üstün tutulması anlamına geleceğinden, müdahaleyi doğrudan haklı kılacak bir dayanak oluşturmamaktadır²⁰⁰.

c) Özel Yaşam Hakkını En Az Düzeyde Zedeleyecek Yöntemin Seçilmesi (Gereklilik ve Ölçülülük)

İşverenin işçinin özel yaşamına müdahalesini meşru kılacak hukuka uygunluk nedenlerine dayandığı durumlarda, müdahalenin yöneldiği amaca ulaşmaya yarayacak yöntem seçilirken, bunun özel yaşam hakkını en az düzeyde zedeleyecek nitelikte olması gerekir²⁰¹. Öncelikle, özel yaşama müdahale olmaksızın amaca ulaşılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır²⁰².

Örneğin hastanede bulaşıcı hastalık riskine karşı çalışanlardan kan testi istenmesi öncesinde bu konuda eğitim verilmesi²⁰³ ve önleyici ekipman kullanımını düşünülmalıdır. Bu konuda başka bir örnek, üst araması konusundan detektör vb. araçlarla yapılacak arama yeterli ise, elle üst aramasından kaçınılması gereği olarak ortaya konabilir.

d) Müdahalenin Bireyselleştirilmiş Nitelik Taşınması

Özel yaşama müdahale bireyselleştirilmiş (individualized) nitelikte olmalıdır. Bu ilke, özel yaşama müdahale gerektiren neden hangi işçileri ilgilendirmekteyse, uygulamanın onlara yönelik olması, diğer işçilerin özel yaşamlarına müdahaleden kaçınılması gereğini ortaya koyar. Hastane örneğinden yola çıktığında, sadece beden sıvılarının temasıyla bulaşan bir hastalık için önlem alınması gereğiyle yapılacak kan testine hastalarla yakın teması olmayan çalışanların tabi tutulmaması gerekecektir²⁰⁴. Bu, işverenin eşit davranma borcuna da aykırılık teşkil etmez. Yeter ki, özel yaşama müdahale gerektiren nedenle ilişki içinde olan işçilerin tamamına eşit şekilde uygulansın.

e) Müdahalenin Ulaşılmak İstenen Amaca Özgü Olması

Özel yaşama müdahale, bunu haklı kılan nedene / ulaşılacak istenen amaca özgülenmiş şekilde uygulanmalıdır. Müdahale yöntemi de salt bu amaca ulaşmaya yarayacak nitelikte olmalıdır. İstisnai durumlar dışında, müdahaleyle amaçlanandan başka olguların öğrenilmesi, bunların kullanımını haklı kılmaz. Yine, hastane örneğine döndüğümüzde; yapılan kan testi, sadece önlenmesi gere-

ken hastalığa yönelik olmalı, çalışanların genel sağlık taraması şekline dönüşmemelidir²⁰⁵.

f) Saydamlık /Açıklık

İşçinin özel yaşamına ilişkin önemli sorunlardan biri de özel yaşama müdahale oluşturan uygulamaların bir bölümünün, işçinin haberi olmadan yürütülmesi ihtimalidir. Örneğin, haberleşme araçlarına yönelik izleme, işçi bunun farkında olmadan da yapılabilir ya da yapılan testler bildirilen amaç dışında da kullanılabilir.

Özel yaşama müdahale içeren uygulamalar saydam nitelikte olmalıdır. İşçi, ancak, uygulamanın saydam olması halinde kendisini hukuka aykırı müdahalelerden koruyabilecektir. Saydamlık, bu şekilde toplanan ve iş sözleşmesine ilişkin karar alma sürecinde kullanılan verilerin doğruluğunun da sınanmasına olanak verecektir.

Saydamlık işçinin özel yaşamına müdahaleye yönelik uygulamalar bakımından, ancak, öncesinde işçinin bilgilendirilmesi /aydınlatılması ve elde edilen bilgiye ulaşma ve itiraz hakkını içeren belli bir prosedürün izlenmesi sayesinde yaşama geçirilebilecektir. Bu, özellikle işçiye ait verilerin işlenmesi noktasında önem kazanır²⁰⁶.

SONUÇ

İşçinin tuvalette geçirdiği sürenin kayıt altına alınması, oturduğu sandalyeye alıcı yerleştirilerek ne kadar kıpırdadığının izlenmesi, iş arkadaşlarıyla gönül ilişkisinin yasaklanması, işçinin diğer işçilerin önünde soyularak aranması vb. uygulamalar²⁰⁷, iş ilişkisinde işçinin özel yaşamına müdahale düzeyinin nereye varabileceğine ilişkin, yaşanmış en uç örnekleri gözler önüne serer. Müdahale olanak ve biçimleri, teknolojik gelişmelere koşut biçimde her geçen gün artmakta ve farklılaşmaktadır. İşçinin özel yaşamının işveren müdahalelerine karşı korunması gereksinimi yukarıda verdiğimiz örneklerle bakıldığında tüm çıplaklığıyla ortadadır.

Öte yandan, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işyerindeki hırsızlıkların önlenmesi, işverenin ticari sırlarının korunması, adam çalıştırmanın hukuki sorumluluğunu gerektiren hallerin ortaya çıkmasının önlenmesi gibi kimi gerekçelerle, işçinin özel yaşamına çeşitli düzey ve biçimlerde müdahalede bulunmak, işverenin haklı çıkarının korunması için, bir zorunluluk olarak karşımıza çıkabilir.

Gelinen nokta, özel yaşam konusunda, işçi ve işverenin çıkarları arasında adil bir denge kurulmasının; işçi, işveren ve çalışma barışı açısından ne derece önemli olduğunun kavranmasını sağlayacaktır.

Bu çalışmamızda, işçinin özel yaşamına müdahale konusunda işçi ve işverenin çıkarları arasında denge kuruma çabasında, iş sözleşmesinin içinde barındırdığı hangi unsur, hak ve borçların dikkate alınarak; pozitif hukukumuzdaki koruma hükümlerinin nasıl yorumlanması gerektiği ortaya konmaya çalışılmıştır. Son olarak bu konudaki evrensel ilkeler üzerinde durulmuştur.

Kural olarak, bir hukuka uygunluk nedenine dayanan, gerekli ve ölçülü, ulaşılmak istenen sonuç ve yöneldiği kişi bakımından amaca özgülenmiş, öncesinde işçinin bilgilendirildiği bir uygulama, her ne kadar özel yaşamına müdahale niteliğinde de olsa hukuka uygun olarak kabul görecektir. İşçinin özel yaşamına müdahale içeren her somut uygulama hakkında, kendine özgü nitelikleri de dikkate alınarak, ortaya koymaya çalıştığımız bu ölçütler (ilkeler) dikkate alınarak karara varılmalıdır. Ölçütlerden herhangi birinin eksikliği, müdahalenin de hukuka aykırı olarak değerlendirilmesine yol açabilir.

İşverenin, bizzat kendisinin ya da talimatı üzerine üçüncü kişinin hukuka aykırı şekilde işçinin özel yaşamına müdahalede bulunması halinde, işçinin genel koruma hükümlerine başvurması mümkün olduğu gibi; çoğu zaman, sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetmesi de gündeme gelebilir. İşverenin müdahalesinin hukuka uygun olduğu durumlarda ise, işçinin müdahaleye karşı koyması²⁰⁸ işverene fesih hakkı verir. Feshin, haklı ya da geçerli nedene dayanması, işçinin bu hareketiyle doğurduğu tehlikenin ağırlığı ve sadakat ve uyma borçlarına ne derece aykırı davrandığına bakılarak belirlenecektir²⁰⁹.

DİPNOTLAR

- 1 K. Ahmet Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yay., 2006, s. 7-16.
- 2 Zahit İmre, "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", İÜHFİM: Ord. Prof. Dr. Sıdık Sami Onar Hatıra Sayısı, C.XXXIX, Sayı.1-4, 1974, s.154; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku: Cilt II Kişiler Hukuku, 7.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.128; Ersan Şen, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., 1996, s.231-232.

- 3 Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.23 vd., 34 vd.
- 4 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.20-23.
- 5 "AİHS'nde (dolayısıyla Protokollerinde de) düzenlenen haklar ve özgürlükler, sadece uluslararası değil, ama ulusal düzlemde de uygulanmak durumundadır. Esasen AİHS, Taraf Devletlerin pek çoğunda iç hukukun parçası durumundadır. Türkiye de bu guruba dahildir ... ulusal mahkemeler, nasıl ki hüküm tesis ederken ulusal mevzuata dayanıyorlarsa, benzeri şekilde, AİHS'ni de dikkate alarak karar verebilirler, hatta vermelidirler." M. Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 5. bs., İstanbul, Legal Yay., 2005, s.695-696, 721, 1061; Ayr. Bkz.: Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa insan hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.21-22; Pieter van Dijk, G.J.H van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, London - Boston, The Hague - Kluwer Law International 1998, s.494; Keir Starmer, "Positive Obligations Under the Convention", Understanding Human Rights Principles, Ed: by Jeffrey QC Jowell, Jonathan Cooper, Oregon, Hart Publishing 2001, s.159; Bkz. ve Karş.: Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s.66-67.
- 6 Örneğin Bkz.: Simon Honeyball, Honeyball and Bowers' Textbook on Employment Law, Oxford University Pres, 2006, s.436 vd.; Robert Upex, Richard Benny, Stephen Hardy, Labour Law, Oxford University Pres, 2006, s.413 vd.
- 7 Bu durum, Illinois Yüksek Mahkemesinin 1981 tarihli bir kararında, "İşveren ve işçi aynı basamakta bulunmazlar ... denetlenmeyen işveren yetkilerinin toplumun tamamını ilgilendiren ve toplum tarafından oluşturulan kamu politikasına tehdit oluşturduğu görülmüştür..." anlatımıyla açık şekilde ortaya konmuştur. Bkz.: Palmeter v. International Harvester Co., 421 NE 2d 876 (Ill. SC,1981), John D.R. Craig, Privacy and Employment Law, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 1999, s.71 dn.98.
- İş ilişkisindeki dengesizliğin kaynağı, büyük ölçüde, ekonomiktir. Bkz.: Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 20. bs., İstanbul, Beta Yay., 2007, s.4; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku I: Ferdi İş İlişkileri, 3.bs., İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1998, s.6 Patrick Boyd, "Tipping the Balance of Power: Employer Intrusion on Employee Privacy Through Technological Innovation", St. John's Journal of Legal Commentary, Vol.14, 1999-2000, s.186.
- 8 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.27 vd.
- 9 Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. bs., İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2008, s.10-11; Münir Ekonomi, İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, İTÜ Yay. No.18, 1987, s.4-5; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.7; Ferit Hakkı Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s.3-4; Çelik, Dersler, s.5; 18; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.5-8.
- 10 Tankut Centel, İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, C.I, İstanbul, Beta yay., 1994, s.10-11; Ekonomi, İş Hukuku, s.15.
- 11 İş ilişkisinde işçi ve işverenin borçları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.91-145; Çelik, Dersler, s.127-181; Ekonomi, İş Hukuku, s.113-168; Centel, İş Hukuku, s.124-168; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.195-249; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.349-448.
- 12 İş sözleşmesinin unsurları, bir başkasının işinin görülmesi, bunun bir karşılık (ücret) uğruna ve işi görülene (işverene) kişisel bağımlılık içinde yapılmasıdır. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.67-69; Çelik, Dersler, s.77-82; Ekonomi, İş Hukuku, s.73-74; Centel, İş Hukuku, s.79-82; Süzek, İş Hukuku, s.189-196; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.133-140; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.205-218.
- 13 Centel, İş Hukuku, s.58; Ayr. Bkz.: Çelik, Dersler, s.78-79; Ekonomi, İş Hukuku, s.73-74; Saymen, İş Hukuku, s.395; Süzek, İş Hukuku, s.191; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.211-215.
- 14 AY Mah., 26-27. 09. 1967, E. 1963/336, K. 1967/29, RG 19.10.1968/13031; Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1967/K1967-29.htm> (13 Temmuz 2005).
- 15 Centel, İş Hukuku, s.58; Saymen, İş Hukuku, s.397; Ali Güzel, "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof.Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.104-105; E. Murat Engin, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, y.y., Basisen Eğitim ve Kültür Yay. No.25, 1993, s.62-63; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.136; Süzek, İş Hukuku, s.191; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.213.
- 16 Ekonomi, İş Hukuku, s.13-15; Çelik, Dersler, s.18.
- 17 Güzel, Bağımlılık Unsuru, s.104.
- 18 Ekonomi, İş Hukuku, s.32; Engin, İşveren, s.70; Çelik, Dersler, s.111; Sarper Süzek, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan, Ankara, TUHİS Yay., 1998, s.225-226; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.62; Yönetim hakkının kaynağı hakkındaki görüşler için Bkz.: Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, İTÜ İşletme Mühendisliği Fakültesi, 1981, s. 9-37; Saymen, İş Hukuku, s.199-202.
- 19 Süzek, Yönetim Hakkı, s.225; Çelik, Dersler, s.111; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.199; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.61.
- 20 Çelik, Dersler, s.111, 130; Ekonomi, İş Hukuku, s.124; Centel, İş Hukuku, s.139; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.199; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.357.
- 21 Centel, İş Hukuku, s.139; Ekonomi, İş Hukuku, s.125; Ayr. Bkz.: Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.357-358.
- 22 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.13, 68-69; Şükran Ertürk, İş ilişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yay., 2002, s.95; Süzek, Yönetim Hakkı, s.226-227; Kadir Arıcı, "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası" Yargıtay Dergisi, C.9, Ocak-Nisan 1983 S.1-2, s.163.
- 23 Yönetim hakkının sözünü ettiğimiz iki boyutu Borçlar Kanunu Tasarısında açıkça anlatım bulmaktadır. BK Tsr. m. 398 uyarınca, "İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir".
- 24 Ekonomi, İş Hukuku, s.125; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.44-45; Süzek, Yönetim Hakkı, s.227; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.358.
- 25 Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.100-101.
- 26 Yönetim hakkının sınırlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: Taşkent, Yönetim Hakkı, s.82 vd.
- 27 İş koşullarını düzenleyen kurallar hiyerarşisi hakkında bilgi için Bkz.: Taşkent, Yönetim Hakkı, s.14-18; Çelik, Dersler, s.105-112; Arıcı, Yönetim Hakkı, s.162-163; Süzek, İş Hukuku, s.67-68.

- 28 Anayasa'nın, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." şeklindeki m.90/son hükmü ve özellikle AIHS bakımından, HUMK m.445/bent:11; CMK m.311/bent:f düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda, özel yaşam hakkına ilişkin hüküm içeren uluslararası sözleşmelerinde hiyerarşide, en azından, Anayasa düzeyinde olduğunun kabulü gerektiği kanısındayız.
- 29 Süzek, Yönetim Hakkı, s.230; Ekonomi, İş Hukuku, s.32; Engin, İşveren, s.70; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.139.
- 30 Centel, İş Hukuku, s.139.
- 31 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.82 -138; Süzek, Yönetim Hakkı, s.229; Ekonomi, İş Hukuku, s.32.
- 32 Ekonomi, İş Hukuku, s.32; Süzek, Yönetim Hakkı, s.230.
- 33 Ertürk, Temel Haklar, s.96; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.121-123.
- 34 Ayr. Bkz.: Taşkent, Yönetim Hakkı, s.123.
- 35 Süzek, Yönetim Hakkı, s.231; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.118-119; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.200; Arıcı, Yönetim Hakkı, s.176; Engin, İşveren, s.71.
- 36 Bu nokta BK Tsr. m.398'de, işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceği ve onlara özel talimat verebileceği yönündeki hükümden sonra yer alan "İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar." düzenlemesiyle açık anlatım bulmaktadır.
- 37 Toplu iş sözleşmesinin doğrudan ve emredici etkisi hakkında bilgi için Bkz.: Fevzi Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, Acar Matbaacılık A.Ş., 1992, s.108-113; Ömer Ekmekçi, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, s.88-98; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku II: Toplu İş İlişkileri, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., 2001, s.443-444, 446.
- 38 Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s.89; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s.12-13; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.303, 306; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.138.
- 39 İşçiye yararlılık ilkesi hakkında bilgi için Bkz.: Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s.113-115; Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s.98-107; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.445.
- 40 Çelik, Dersler, s.130; Ayr. Bkz.: Taşkent, Yönetim Hakkı, s.101-102; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.201.
- 41 Bkz.: aş. "Özel Yaşamına Müdahaleye İşçinin Rıza Göstermesi" başlığı altındaki açıklamalar.
- 42 Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.103; Ertürk, Temel Haklar, s.95, 130; A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay., 1982, s.163; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.101-103'de anılan yazarlar; Ayr. Bkz.: Americo Pla Rodriguez, "The Protection of Workers' Privacy: The Situation in the Americas", International, Labour Review, Vol.134, No.3,1995/3, Geneva, International Labour Office, 1995, s.310; Don A. Cozzetto, Theodore B. Pedeliski, "Privacy and the Workplace: Technology and Public Employment", Public Personnel Management, Vol.26, No.4, Winter 1997, s.515.
- 43 Süzek, Yönetim Hakkı, s.231; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.103; Ekonomi, İş Hukuku, s.32; Ayr. Bkz.: Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.63; Arıcı, Yönetim Hakkı, s.174-175.
- 44 Bkz.: Ufuk Aydın, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları n.175, 2002, s.238-239, 243.
- 45 Buna karşı, işçinin işyerindeki davranışları bakımından işverenin daha geniş bir yetkisi olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. ve Karş. Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.231, özellikle, orada sözü edilen Alman Federal İş Mahkemesi kararı hakkındaki görüşümüz.
- 46 Süzek, Yönetim Hakkı, s.231; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.103-105.
- 47 Bkz. ve Karş.: Taşkent, Yönetim Hakkı, s.95.
- 48 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.107; Pla Rodriguez, The Situation in the Americas, s.310; Ayr. Bkz.: Michael F. Rosenblum, "The Expanding Scope of Workplace Security and Employee Privacy Issues, DePaul Business Law Journal, Vol.3, 1990-1991, s.114; Bkz. ve Karş.: Sarper Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması: İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara, Kazancı Yay., 1976, s.151.
- 49 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.21-28; Ekonomi, İş Hukuku, s.32; Süzek, Yönetim Hakkı, s.230.
- 50 Bkz.: aş. "Özel Yaşamına Müdahaleye İşçinin Rıza Göstermesi" başlığı altındaki açıklamalar.
- 51 Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.5; Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi 9, 1986, s.137; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.137; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.429-430.
- 52 Çelik, Dersler, s.175 ve a.y. dn.200'de anılan yazarlar; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.82-83; Süzek, İş Hukuku, s.362; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.432; Eşit davranma borcunun nereden kaynaklandığı konusundaki görüşler için Bkz.: Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.12-119; Ertürk, Temel Haklar, s.98-101.
- 53 Eşit davranma borcunun, "dar anlamda eşit davranma borcu" ve "ayrımcılık yasağı" olmak üzere iki bileşenden oluştuğu yönündeki görüş ve açıklamalar için Bkz.: Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırıcılık Yasağı" Çalışma ve Toplum Dergisi, S.11, 2006/4, s.66 vd.
- 54 Aynı madde, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli - kısmi süreli veya belirsiz süreli - belirli süreli çalışan işçiler arasında farklı işlem yapılamayacağını (İşK.m.5/II) hükme bağladığı gibi; 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 yapmayı yasaklamaktadır (İşK.m.5/III). Ayrıca, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacak (İşK.m.5/IV) ve işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacaktır (İşK.m.5/V). İş ilişkisinde veya sona ermesinde bu düzenlemelere aykırı davranıldığına işçi, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir (İşK.m.5/VI). Sen K. m.31 ise, sendika üyeliği ve sendikal faaliyete katılma nedeniyle ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Ayr. Bkz.: İşK.m. 12-13.
- 55 Centel, Ücret, s.137-138; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.6; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.430; Süzek, İş Hukuku, s.362; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.248.
- 56 Eşit Davranma İlkesinin uygulanma koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.148-152; Çelik, Dersler, s.177-181; Centel, Ücret, s.139-141; Tunçomağ/Centel,

- Esaslar, s.138-139; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.433 vd.; Ayr. Bkz.: Süzek, İş Hukuku, s.362-367.
- 57 Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.141 vd., 155; Centel, Ücret, s.140; Süzek, İş Hukuku, s.363; Ertürk, Temel Haklar, s.64 ve özellikle 79-83; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2.bs., İstanbul, Legal yay., 2005, s.135-136; Kübra Doğan Yenisey, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", Yargıç Dr. Aydın Özkul' a Armağan, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.6, S.4, 2002, s. 47-48; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.247.
- 58 Sözleşme Müzakerelerinde Kusur (Culpa in Contrahendo) hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Rona Serozan, 'Culpa in Contrahendo', 'Aktin Müsbet İhlali' ve 'Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme' Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", İÜMHMHAD, Yıl:2, Sayı:3, 1968. s.108-129; İlhan Ulusan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I, İstanbul, İ.Ü. Siyasal Bilimler Fak. Yay., 1982, s.275-319; Hamdi Yılmaz, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur 'Culpa in Contrahendo' ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", Yargıtay Dergisi, C.11 Temmuz 1985, S.3, s.234-252.
- 59 Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004 Ocak-Şubat- Mart, S.1, s.23; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s.136; Süzek, İş Hukuku, s.363.
- 60 İşe alımda ayrımcılık suçu hakkında bilgi için Bkz.: A. Caner Yenidünya, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4, 2006, s.109 vd.
- 61 Bu konuda ayrıntılı açıklama için Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.147-151.
- 62 Çelik, Dersler, s.180; Ertürk, Temel Haklar, s.110-111; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.158; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.84, 88; Süzek, İş Hukuku, s.365; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.140.
- 63 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.82; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.158.
- 64 Robert J. Mignin, Bart A. Lazar, Josh M. Friedman, "Privacy Issues in the Workplace: A Post-September 11 Perspective", Employee Relations Law Journal, Vol.28, No.1, Summer 2002, s.9.
- 65 Bkz.: Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.140; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.164; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.430; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.88; Ayr. Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.102.
- 66 Craig, Privacy and Employment Law, s.165-166; Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.163 vd.
- 67 Pla Rodriguez, The Situation in the Americas, s.298; Pauline T. Kim, "Genetic Discrimination, Genetic Privacy: Rethinking Employee Protections for a Brave New World", Northwestern University Law Review, Vol.96, No.4, 2002, s.1510, 1537.
- 68 Süzek, İş Hukuku, s.312; Ekonomi, İş Hukuku, s.154; Centel, İş Hukuku, s.162-163; İlhan Ulusan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluk, İstanbul, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., 1990, s.1; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.424-425; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.245.
- 69 Centel, İş Hukuku, s.163; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.245; Ekonomi, İş Hukuku, s.154; Süzek, İş Hukuku, s.312; Ertürk, Temel Haklar, s.89.
- 70 Ekonomi, İş Hukuku, s.154 ve a.y. dn.311; Kadriye Bakırcı, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul, Yasa Yayıncılık A.Ş., 2000, s.155
- 71 Centel, İş Hukuku, s.141;Ekonomi, İş Hukuku, s.128; Süzek, İş Hukuku, s.276-277; Ayr. Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.116-117.
- 72 BK Tsr. m.395/1 uyarınca "İşçi ... işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatla davranmak zorundadır."
- 73 Çelik, Dersler, s.132-134; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.100-101; Ulusan, Gözetme Borcu, s.7-8; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.205-207; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.364.
- 74 Ulusan, Gözetme Borcu, s.20 vd.; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.103; Fuat Bayram, "Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2003, s.84, 86-87, 126-127.
- 75 " ... BK 332 hükmü işçiyi somut tehlikeler karşısında koruduğu kadar, onun kişilik değerlerini de koruyan bir hükümdür..." Emine Tuncay Kaplan, "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi: Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, C.7, 2003, S.2, s.139-140; Ayr. Bkz.: Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.104; ILO, Workers' Privacy Part II: Monitoring and Surveillance in the Workplace, Conditions of Work Digest, Vol.12, No.1, Geneva, International Labour Office, 1993, s.49.
- 76 AB'nin iş güvenliğine ilişkin 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesinin 5. paragrafındaki, "işveren, işe bağlı tüm yönleri itibarıyla işçilerin sağlık ve güvenliklerini korumaya mecburdur" hükmünü "Buradaki 'işe bağlı tüm yönler' ifadesinden kastedilen işçinin iş yaşamında risk altına giren tüm kişilik değerleri olduğu açıktır" şeklinde yorumlayan Bayram, yönerge hükmü bakımından benzer bir yorum yapmaktadır. Bkz.: Bayram, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.128-129.
- 77 Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.129; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 5. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s.675; Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, İstanbul, Yetkin Yay, 2001, s.97-98.
- Gözetme borcunun ihlali durumunda ortaya çıkan işveren sorumluluğunun hukuki niteliği konusundaki görüşler öğretinin kendi içinde ve Yargıtay kararlarında farklılık göstermektedir. Bu sorumluluğu sözleşmeye dayanan kusur sorumluluğu (BK m.96 vd.), haksız fiilden kaynaklanan kusur sorumluluğu (BK m.41 vd.), kusursuz sorumluluk temelinde açıklayan görüşlerin yanı sıra risk (tehlike) teorisine dayanarak nitelendiği de görülür. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Ulusan, Gözetme Borcu, s.95-126; Çelik, Dersler, s.167-174, özellikle s.169-171; Süzek, İş Hukuku, s.317-323; Oğuzman/Öz, Borçlar, s.670-675; Akın, İş Kazası, s.85-97.
- 78 Sözleşmeye aykırılık temelinde şekillenen sorumluluğun mağdur açısından daha elverişli bir konum yarattığı görüşünün, Borçlar Kanunu Tasarısına bakıldığında yasakoyucu tarafından da kabul gördüğü anlaşılır. BK Tsr. m.416/son uyarınca, İşverenin işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin "... fıkra hükümlerine uymaması sonucunda işçinin ölmesi durumunda, desteğinden yoksun kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşılık isteyecekleri tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir." Madde gerekçesinde ise, "Maddenin son fıkrasında, işverenin bu önlemleri almaması nedeniyle işçinin ölmesi durumunda işçinin desteğinden yoksun kalanların tazminat

- alacaklarının, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbi olduğu belirtilmektedir. Fıkroda, sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapılmıştır. Bunun bir sonucu olarak, bu tür zararların giderilmesinde, haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süreleri değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanacaktır.” anlatımına yer verilmiştir.
- 79 Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.128-129; Çelik, Dersler, s.162; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.246-247; Ayr. Bkz.: Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.425-426.
- 80 Gözetme borcunun hukuki dayanaklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz.: Ulsan, Gözetme Borcu, s.4-19; Bayram, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.123-129; Ertürk, Temel Haklar, s.91-92.
- 81 Bkz.: Bakırcı; İşyerinde Cinsel Taciz, s.155; Tuncay Kaplan, Gözetme Borcunun Kapsamı, s.142; Bayram, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.83; Akın, İş Kazası, s.58; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.62; Ertürk, Temel Haklar, s.91-92.
- 82 Ulsan, Gözetme Borcu, s.4-6.
- 83 Ekonomi, İş Hukuku, s.154; Ulsan, Gözetme Borcu, s.7.
- 84 Gözetme borcunun işçinin sadakat borcuna oranla daha kapsamlı olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz.: Ulsan, Gözetme Borcu, s.8.
- 85 Centel, İş Hukuku, s.162-163; Ekonomi, İş Hukuku, s.154. “...İş Hukukunun temel ilkelerinden biri işçinin korunma ilkesidir. Anılan ilke, sadece iş ilişkisinin maddi ve ekonomik yönleri yanında işçinin kişiliğinin, onurunun yaşamı ve beden bütünlüğünün de korunmasını gerektirmektedir...” Yarg. 9. HD, 29.01.2002, 2001/15948, 2002/1627, (Çevrimiçi) <http://www.tisk.org.tr> (13 Mayıs 2005).
- 86 Ulsan, Gözetme Borcu, s.18; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.247.
- 87 Süzek, İş Hukuku, s.312; Ayr. Bkz.: Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.427.
- 88 Bkz.: Bakırcı; İşyerinde Cinsel Taciz, s.155; Ertürk, Temel Haklar, s.89-91; Pla Rodriguez, The Situation in the Americas, s.308; Ayr. Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.139-141.
- 89 Centel, İş Hukuku, s.179; Ayr. Bkz. Michael G. Sherrard, “Workplace Searches and Surveillance Versus the Employee's Right to Privacy”, University of New Brunswick Law Journal, Vol.48, 1999, s.283.
- 90 Bkz.: Ulsan, Gözetme Borcu, s.22-23; Emine Tuncay Kaplan, “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, AÜSBFD: Prof.Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan, C.LII, No.1-4, Ocak-Aralık 1997, s.373; Aynı yazar, Gözetme Borcunun Kapsamı, s.141-142; Bakırcı; İşyerinde Cinsel Taciz, s.156.
- 91 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.124; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.200.
- 92 Bkz.ve Karş.: Mollamahmutöğlü, İş Hukuku, s.365.
- 93 Süzek, Yönetim Hakkı, s.226-227; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.13, 55-56; Narmanlıoğlu, uyma borcunun -dolayısıyla yönetim hakkının - sadakat borcu için de geçerli olduğunu ileri sürmekle birlikte; işverenin işçiyi gözetme borcunu uyma borcunun sınırı olarak kabul etmektedir. Bkz. ve Karş.: Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.199 ve 200.
- 94 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.27.
- 95 Haluk Tandoğan, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHFD, C.XX, Sayı:1-4, 1963, s.5
- Abdülkadir Arpacı, Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, 2.bs., İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2000, s.148-149.
- 96 Rona Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s.72.
- 97 İş Hukukuna hakim olan ilkeler hakkında bilgi için Bkz.: Çelik, Dersler, s. 18-25; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.10-14; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.9-21.
- 98 Maddenin son fıkrası “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz” şeklindedir. Bu fıkra , birinci ve ikinci fıkradan farklı olarak kişilik hakkının görünümünden beden bütünlüğünün korunmasına ilişkin özel bir düzenleme niteliğindedir. Kişilik hakkının çeşitli görünümleri birbirinden kesin çizgilerle ayırlamayacağı gibi, aksine sıkı bağ içindedir. Bu fıkra hükmüne ilişkin açıklamalar için Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.162-163.
- 99 Bilge Öztan, Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar, 7. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1997 s.143-145; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2002, s.393-395; Bilge Öztan, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Ankara 2002, s.258.
- 100 Öztan, Şahsın Hukuku, s.142.
- 101 M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, 8. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 14.
- 102 Serap Helvacı, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2001, s.46; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.132.
- 103 Öztan, Temel Kavramlar, s.260; Helvacı, Davalar, s.98; Dural/Öğüz, Kişiler, s.138; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.143.
- 104 Dural/Öğüz, Kişiler, s.139; Öztan, Şahsın Hukuku, s.148; Öztan, Temel Kavramlar, s.261; Hüseyin Hatemi, Kişiler Hukuku Dersleri, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s.92; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.144; Helvacı, Davalar, s.99-100,103.
- 105 MK m.23 sınırlarını aşan rıza ancak BK m.44/I uyarınca tazminattan indirim nedeni olabilir. Dural/Öğüz, Kişiler, s.139; Hatemi, Kişiler, s.93; Öztan, Şahsın Hukuku, s.148-149; Helvacı, Davalar, s.104; Öztan, Temel Kavramlar, s.261.
- 106 Helvacı, Davalar, s.107; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.144-146.
- 107 Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.421; Öztan, Temel Kavramlar, s.261; Öztan, Şahsın Hukuku, s.147; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.147; Helvacı, Davalar, s.105.
- 108 Helvacı, Davalar, s.109; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.147; Ayr. Bkz.: İmre, Meseleler, s.167-168.
- 109 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.147; Öztan, Şahsın Hukuku, s.149.
- 110 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.148-149; Öztan, Şahsın Hukuku, s.149; Dural/Öğüz, Kişiler, s.140.

- 111 Dural/Öğüz, Kişiler, s.140-141; Helvacı, Davalar, s.127.
- 112 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.148-149; Öztan, Şahsın Hukuku, s.149; Hatemi, Kişiler, s.93-94; Dural/Öğüz, Kişiler, s.140; Helvacı, Davalar, s.126-128, 110-117, 119.
- 113 BK m.52/T ve III'de düzenlenen haklı savunma (meşru müdafaa) ve hakkın bizzat korunması ve AY m.36'da düzenlenmiş bulunan hak arama özgürlüğünün kullanılması gibi durumlarda failin ve/veya üçüncü kişinin üstün özel yararı söz konusuyken; Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m.24 gibi hastanın rızasının alınmasına imkan olmayan durumlarda hekime müdahale olanağı veren düzenlemelerde mağdurun üstün özel yararının bulunduğu ön kabulü hakim görünmektedir. BK m.410 vd.da düzenlenen vekaletsiz iş görme sırasında, iş yapmanın iş sahibinin özel yaşamına müdahale ettiği hallerde mağdurun (iş sahibinin) üstün özel yararının hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu ileri sürülmektedir.
- 114 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.149; Helvacı, Davalar, s.126.
- 115 Öztan, Şahsın Hukuku, s.150; Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.422.
- 116 Dural/Öğüz, Kişiler, s.141; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.154-155.
- 117 Türk İş Hukuku öğretisinde işçinin özel yaşamına müdahale bağlamında üzerinde durulan ve görece en çok incelenmiş olan işveren uygulaması, işyerine giriş ve çıkışlarda arama yapılmasıdır. Kişinin üstünün aranması özel yaşam hakkına yönelen ağır saldırılardan biridir. Bu başlık altında ortaya konulan öğreti görüşleri, üst aramasına ilişkin olmakla birlikte, özel yaşama müdahale konusundaki kabul gören genel ilkelerin neler olduğu açısından ipucu niteliğindedir.
- 118 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.107-112; Centel, İş Hukuku, s.140; Süzek, İş Hukuku, s.275.
- İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği ve İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağındaki "İşyerlerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin, işçilere, işyerine ve çevresine verebileceği zararların ve bunlara karşı alınacak önlemlerin belirlenmesi amacıyla yapılması gerekli çalışmalar" şeklindeki risk değerlendirmesi tanımı da bu kanyı destekleyici niteliktedir (İSG Yön. m.4/a; İSGT Tas. m.4/a).
- 119 M. Kemal Oğuzman, "İşyerinden Çıkarken İşçilerin Üzerlerinin Aranması", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü sayı 11-1974 Kubilay'a Armağan'dan ayrı basım, İstanbul 1975, s.533-536; Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yay., 2002, s.129; Çelik, Dersler, s.131; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.130.
- 120 Bkz.: Süzek, İş Hukuku, s.275, 313-314; Ayr. Bkz.: Çelik, Dersler, s.131.
- 121 Bu noktada işçinin rızasının alınmasının MK m.23'e aykırılığı ortadan kaldıracağı ileri sürülmekte olduğu görülür (Bkz.: Centel, İş Hukuku, s.140; Çelik, Dersler, s.131; Ayr. Bkz.: ; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.165). Ancak MK m.23, rıza dahil, kişinin hukuki işlemleriyle özgürlüklerinden ne derece vazgeçebileceğinin sınırını çizen bir düzenlemedir (Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.61 vd.). Başka bir anlatımla, MK m.23, rızanın kendisinin hukuka uygunluğunu belirlemekte kullanılabilecek bir hükümdür. Dolayısıyla, sözünü ettiğimiz görüşün, makul bir nedene dayanan arama taleplerine işçinin gösterdiği rızanın MK m.23'e aykırılık oluşturmayacağı şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır (Bkz.: Oğuzman, Arama, s.536; Ekonomi, İş Hukuku, s.127).
- 122 İşyerinde sürekli tekrarlanan hırsızlıkların "üstün yarar" ölçütüne dayanılarak arama yapmayı haklı kılacağı yolundaki aksi görüş için Bkz.: Süzek, İş Hukuku, s.275; Ayr. Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part II, s.133; İşyerindeki hırsızlık olaylarını iş sağlığı ve güvenliği kavramı içinde değerlendiren görüş için Bkz.: Rosenblum, Workplace Security, s.78 vd.
- 123 Oğuzman, Arama, s.536; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.165; Ekonomi, İş Hukuku, s.128; Aksi Görüşte Taşkent, Yönetim Hakkı, s.110-111.
- 124 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.111; Çelik, Dersler, s.131; Ekonomi, İş Hukuku, s.128; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.166; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.359.
- 125 Ayr. Bkz.: Süzek, İş Hukuku, s.275; Ertürk, Temel Haklar, s.129.
- 126 "... tereddüt halinde işçi yararına hareket edilerek, temel haklara sadakat borcu karşısında öncelik tanımak gerekir" Ertürk, Temel Haklar, s.118.
- 127 Oğuzman, Arama, s.536; Çelik, Dersler, s.131; Süzek, İş Hukuku, s.275; Centel, İş Hukuku, s.140; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.165; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.103; Ekonomi, İş Hukuku, s.127-128; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.359.
- 128 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.110-111; Michael Ford, "Two Conceptions of Worker Privacy", The Industrial Law Journal, June 2002; Vol.31, 2, ABI/INFORM Global, s.141; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.130; Bayram, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.295;.
- 129 Oğuzman, Arama, s.536; ILO, Workers' Privacy Part II, s.137; Ayr. Bkz.: Michael Cranford, "Drug Testing and the Right to Privacy: Arguing the Ethics of Workplace Drug Testing", Journal of Business Ethics, Vol.17, Kluwer Academic Publishers, 1998, s.1807.
- 130 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.109-110; Oğuzman, Arama, s.536; Süzek, İş Hukuku, s.275; Çelik, Dersler, s.131.
- 131 Centel, İş Hukuku, s.140; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.110.
- 132 Ekonomi, İş Hukuku, s.127; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.130.
- 133 Ayr. Bkz.: Craig, Privacy and Employment Law, s.258-259.
- 134 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.147; Öztan, Şahsın Hukuku, s.149; Helvacı, Davalar, s.109.
- 135 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.271-273.
- 136 Örn. İşK.m.41/VII uyarınca "Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir". FÇ Yön.m.9 ise işçinin onayının yazılı olarak alınmasını ve her yıl bu onayın tekrar alınarak işçinin özlük dosyasında saklanmasını hükme bağlamaktadır. Bu hükümler, bir arada değerlendirildiğinde fazla çalışmaya ilişkin onayın da geri alınabileceğinin kabulü gerekir. Aksi halde, her yıl yenilenmesine ilişkin hükmün anlamı kalmaz. Dolayısıyla, bu hükümler, işçinin rızası kurumuna, İş Hukukunun nasıl yaklaşmakta olduğu konusunda ipucu olabilecek niteliktedir.
- 137 Çelik, Dersler, s.4-5, Ekonomi, İş Hukuku, s.5; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.6-7; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.7; Boyd, Tipping the Balance of Power, s.186; Craig, Privacy and Employment Law, s.150, 155; Laura B. Pincus, Clayton Trotter, "The Disparity Between Public and Private Sector Employee Privacy Protections: A Call for Legitimate Privacy Rights for Private Sector Workers", American Business Law Journal, Vol.33, 1995, s.65; Jeremy deBeer, "Employee Privacy: The Need for Comprehensive Protection", Satatchewan Law Review, Vol.66, 2003, s.384, 390-391, 406-407.

- 138 Craig, Privacy and Employment Law, s.150, 155; Pincus/Trotter, The Disparity, s.65; deBeer, Comprehensive Protection, s.384, 390-391, 406-407; Boyd, Tipping the Balance of Power, s.185-186.
- 139 ILO, Workers' Privacy Part II, s.45; Pincus/Trotter, The Disparity, s.63.
- 140 İşçi işveren ilişkisinde karşılıklı temel hakların söz konusu olduğu ve bu durumda irade özerkliğinin de ayrıca dikkate alınması gerektiği yönündeki farklı görüş ve açıklaması için Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.97.
- 141 Sözü edilen kuşkuya işçinin tahkim sözleşmesinin kabulü bakımından vurgu yapan yakın tarihli bir karar için Bkz. Yarg. 9. HD, 10.12.2007, 20796/37365, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.17, 2008/2, s.250-251.
- 142 Bkz.: Craig, Privacy and Employment Law, s. 156-157, Ayr. Bkz.:74-76.
- 143 Craig, Privacy and Employment Law, s.258; Cordelia Thomas, "Drug Testing in the Workplace", New Zealand Journal of Industrial Relations, Vol.22, No.2, August 1997, s.165; Cranford, Arguing the Ethics, 1998, s.1812; EU, Art.29-DPWP, "Article 29 Working Party Opinion On The Processing Of Personal Data In The Employment Context", Opinion 8/2001, 5062/01/EN/Final WP 48, s.23; Bryn Perrins, Ian Smith, Brian Napier, Christopher Osman, Andrew E. Thompson, Harvey on Industrial Relations and Employment Law: Division A Contracts of Employment, Butterworths Direct Online Service (Çevrimiçi) http://lloydgeorgehtml.butterworths.co.uk/Law_Library_Online/index.htm (13 Temmuz 2004), para.486, 522; ILO, Workers' Privacy Part II, s.45; Ruth Nielsen, European Labour Law, s.410.
- 144 Yönergenin İngilizce metni için Bkz.: Directive On The Protection Of Individuals With Regard To The Processing Of Personal Data And On The Free Movement Of Such Data OJ, L 281 , 23/11/1995; (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu> (5 Mayıs 2008).
- 145 Veri Koruma Hukuku kurallarının iş ilişkisine etkisi konusunda ayrıntılı açıklama için Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 113 vd. 95/46/EC sayılı AB Yönergesi ve Türkiye'nin de imza koyduğu ancak taraf olmak için gerekli iç hukuk düzenlemelerini henüz yerine getirmediği Avrupa Konseyi'nin Bireylerin Kişisel Verilerinin Otomatik Olarak İşlenmesi Karşısında Korunmasına Dair ETS 108 sayılı Sözleşmesi, Veri Koruma Hukukunun çalışma konumuzla ilgili boyutları bakımından benzer hükümler içermekte olup; Yönerge Sözleşme'ye göre daha yeni tarihli ve düzenlemeleri de daha kapsamlıdır. Sözleşmenin İngilizce Metni için Bkz.: Convention for The Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, (Çevrimiçi) <http://www.conventions.coe.int> (5 Mayıs 2008).
- Avrupa Konseyinin ETS 108 sayılı Sözleşmesi ve AB mevzuatına uyum amacıyla Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı"nın son hali için Bkz.:(Çevrimiçi) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/kisiselveriler.htm> (21 Nisan 2008).
- 146 95/46/EC m.2(h) uyarınca rıza, kişinin özgürce ve verinin işleme amaç ve biçimine özgü (specific), öncesinde yeterli bilgilendirme yapılmış (informed) irade açıklamasıyla kendisine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine olurlu bildirmesidir. Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.125-127.
- 147 Bu tür bir düzenlemenin ilk örneklerinden birini yasalasması halinde BK Tsr. m.418 oluşturacaktır. Maddenin yasalasması halinde işçiye ilişkin kişisel verilerin işlenmesi boyutuyla işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği veya iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmadıkça işçinin rızası hukuka uygunluk nedeni olmaktan çıkacaktır kanısındayız. Maddenin ortaya koyduğu kısıtlar işçiden sadakat borcu kapsamında rıza göstermesini beklenebilir kılan çerçeveyi ortaya koymaktadır. Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.143-144.
- 148 Oğuzman, Arama, s.536; Çelik, Dersler, s.131; Ertürk, Temel Haklar, s. 129; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.110; Süzek, İş Hukuku, s.275; Ekonomi, İş Hukuku, s.127; Ayr. Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part II, s.190.
- 149 Ford, Two Conceptions, s.153-155; ILO, Protection of Workers' Personal Data, An ILO Code of Practice, Geneva, International Labour Office, 1997, s.24; Pincus/Trotter, The Disparity, s.65; Bkz. ve Karş.: deBeer, Comprehensive Protection, s.405-406.
- 150 Toplu iş sözleşmesinin bu işlevleri hakkında bilgi için Bkz.: Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s.31-38; A. Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul, Alfa Yay., 1999, s.110-112.
- 151 Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s.46 vd.; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s.7; Ertürk, Temel Haklar, s. 157; Ayr. Bkz.: Craig, Privacy and Employment Law, s.148-149.
- 152 Bkz.: Craig, Privacy and Employment Law, s.259; Ilene Goldberg, Ira Spotzer, "Workplace Privacy: "HIV Testing , Disclosure and Discrimination", The Health Care Supervisors, Aspen Publishers, Dec 1998, s.23.
- 153 EU, Art.29-DPWP, "Article 29 Working Party Working Document On Surveillance Of Electronic Communications In The Workplace" 5401/01/EN/Final WP 55, s.4; Frank Hendrickx, "Privacy and Employment Law: General Principles and Application to Electronic Monitoring", Bulletin of Comparative Labour Relations, 28 February 2002, s.49; Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.14; Pla Rodriguez, The Situation in the Americas, s.299, 301; Michele Colucci, The Impact of the Internet and New Technologies on the Workplace: A Legal Analysis from a Comparative Point of View, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2002, s.13-14.
- 154 Bkz.: Dural/Öğüz, Kişiler, s.140-141; Helvacı, Davalar, s.127.
- 155 Bkz.: Taşkent, Yönetim Hakkı, s.111-112.
- 156 Craig, Privacy and Employment Law, s.27-28, 31; ILO, Workers' Privacy Part III: Testing in the Workplace, Conditions of Work Digest, Vol.12, No.2, Geneva, International Labour Office,1993, s.21; ILO, Workers' Privacy Part II, s.17-19; deBeer, Comprehensive Protection, s.389-390; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.205-207.
- 157 Craig, Privacy and Employment Law, s.163; Ayr. Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.96-97
- 158 Craig, Privacy and Employment Law, s.164, 261; Ayr. Bkz.: Pla Rodriguez, The Situation in the Americas, s.300.
- 159 Bkz.: yuk. "Özel Yaşamına Müdahaleye İşçinin Rıza Göstermesi" başlığı altındaki açıklamalar.
- 160 EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.16.
- 161 Craig, Privacy and Employment Law, s.171-173.
- 162 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.45, 52 vd.
- 163 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.109-110; Craig, Privacy and Employment Law, s.151, 165, 188, 261; Blanca R. Ruiz, "The Right to Privacy: A Discourse – Theoretical Approach", Ratio Juris, Vol.11, No.2, Blackwell Publishers Ltd., June 1998, s.165; Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.163 vd..

- 164 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.45 vd.
- 165 "Bu hakkın kullanımına, bir kamu otoritesince, ulusal güvenlik, kamu güvenliği veya ülkenin ekonomik refahının sağlanması, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla, hukuka (yasaya) uygun ve demokratik bir toplum ölçütlerine göre zorunlu olanlar dışında, hiçbir müdahalede bulunulamaz" hükmünü getiren AIHS m.8/II hakkında benzer yorum için Bkz.: Andrew Clapham, "The 'Drittwirkung' of the Convention", The European System for the Protection of Human Rights, Eds: R.St.J. MacO'vald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht – Boston - London, Martinus N. Publishers, 1993, s.184-185; Ayr. Bkz.: Nonnie L. Shivers, "Firing 'Immoral' Public Employees: If Article 8 of the European Convention on Human Rights Protects Employee Privacy Rights, Then Why Can't We?", Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol.21, No.2, 2004, s.636.
- Bu görüşün tüm Anayasa kurallarının özel kişiler için de uygulama alanı bulacağı yönündeki görüşle çeliştiği söylenemez. Anımsatalım ki, bu görüşte de, Anayasa hükümlerinin kişiler arası ilişkilerde uygulanması mümkün olan tüm hükümler kastedilmektedir. Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.45-49.
- 166 Ayr. Bkz.: Ford, Two Conceptions, s.141-142.
- 167 İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler yabancı hukuk sistemlerinde de, işçinin özel yaşamına müdahale için hukuka uygunluk nedeni olarak algılanır Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part II, s.51-52; 274.
- 168 Ayr. Bkz.: Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.129.
- 169 Bkz.: Helvacı, Davalar, s.79 ve a.y. dn.293.
- 170 Cevap ve düzeltme hakkı (AY m.32/I, Basın K. m.14, RTKYK m.28; TRTK m.27) ve MK m.25/II ile karşılaştırması için Bkz.: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.164 ve a.y. dn.552; Öztan, Şahsın Hukuku, s.157-158; Helvacı, Davalar, s.144-147; Dural/Öğüz, Kişiler, s.153-154; Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.433-434.
- 171 Buna karşı, özel yaşama saldırı durumunda sebepsiz zenginleşme davasının söz konusu olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Bkz.: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.156 dn.515; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s.745-746; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.735-736; Ayr. Bkz.: Selahattin Sulhi Tekinay, "Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler", Prof. Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.59; Dural/Öğüz, Kişiler, s.141; Arpacı, Kişiler, s.162-163; Elde edilen kazancın geri verilmesi davasını sebepsiz zenginleşmeyle ilişkilendiren görüş için Bkz.: Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.432.
- 172 Süzek, İş Hukuku, s.313; Ertürk, Temel Haklar, s.93; Ayr. Bkz.: Kenan Tunçomağ, "Hizmet İlişkisinden Doğan Manevi Tazminat İstekleri ve Yargıtay Kararları", TÜTİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.8, S.2, Mart 1984, s.8-9.
- 173 İşveren vekili kavramı hakkında bilgi için Bkz.: Süzek, İş Hukuku, s.149-156; Centel, İş Hukuku, s.68-70; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.61-62; Çelik, Dersler, s.43-45; Ekonomi, İş Hukuku, s.54-56.
- 174 M. Kemal Oğuzman, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", Prof.Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, 1990, s.23.
- 175 Koruyucu davalarda davalının kusurlu olması şart değildir. Bkz.: Arpacı, Kişiler, s.151,152,161; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.159, 161, 164, 174; Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.422-423 Dural/Öğüz, Kişiler, s.142, 143, 144; Öztan, Şahsın Hukuku, s.152, 154; Helvacı, Davalar, s.155; W. Siebert, "Şahsiyet Haklarıyla İlgili Meseleler", Çev. Bilge Öztan, AÜHFD, C.XXVI, Sayı:1-2, 1969, s. 220.
- 176 Bu tür veriler hk. bilgi için Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.119, 127-130.
- 177 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.72.
- 178 Ibid. (Aynı yer / eser), s.71-72,
- 179 Helvacı, Davalar, s.132.
- 180 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.75-77, 89-95.
- 181 Serozan, Değişik Yaklaşım, s.93.
- 182 BK m.55 ve 100'de düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukuku, C.1-2, Ankara, Yargıtay Yay. No.15, 1983, s. 391 vd., 589 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.503 vd., 891 vd.; Oğuzman/Öz, Borçlar, s.363 vd. 590 vd.; Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap: Sözleşmeler, İkinci Kitap: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul, Beta Yay., 1996, s.1132 vd.; Aynı yazar, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap: Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İkinci Kitap: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul, Beta Yay., 1995, s.491 vd.; Haluk Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, Turhan Kitapevi, 1981, s.53 vd.
- 183 Bkz. ve Karş.: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.897.
- 184 Bkz. ve Karş.: İbid., s.897.
- 185 Veri Koruma Hukukunun veri kütüğü sahibi konumundaki işverene yüklediği sorumluluk hk. bilgi için Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.139-141.
- 186 Dahası, mağdur işçinin açacağı davada tercih edeceği sorumluluk türüne göre BK m.55 sorumluluğu da gündeme gelebilir. Başka bir anlatımla, BK m.100 ve 55 sorumluluğun yarışması da söz konusu olabilir. Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.75-77.
- 187 Belirtmek gerekir ki, BK m.100 ve 55'e ilişkin bu çıkarımlarda, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması şeklinde somutlaşan gözetme borcu bir işçiye bırakılmış ve bu işçinin ihmali nedeniyle diğer bir işçi yaralanmış ise, işverenin sorumluluğunun BK m.100, böyle bir görevi olmayan işçinin ihmali nedeniyle aynı zararın meydana gelmesi halindeyse, BK m.55 hükümlerine dayanacağı yönündeki görüşten yararlanmaktayız Bkz.: Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s.1144-1145; Ayr. Bkz.: Oğuzman/Öz, Borçlar, s.592-593.
- 188 Verdiğimiz örnek üzerinden açıklamak gerekirse, kanımızca, getir götür işleriyle görevli işçinin kendisine bir başka yere ulaştırması amacıyla verilen özlük dosyalarındaki bilgileri, kazanç elde etmek amacıyla başkalarına aktarması halinde görevle eylem arasındaki bağ mevcuttur ve işverenin BK m.55 uyarınca sorumluluğu gündeme gelecektir. Ne var ki, işçinin aynı eylemi, dosyaları gizlice ele geçirerek yapması durumunda işverenin, işçinin davranışından BK m.55 uyarınca sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak, işveren çalışmaya karşı gerekli önlemleri almamışsa, gözetme borcuna aykırı davranış nedeniyle sorumlu tutulabilir. Bkz.: Von Tuhr, Borçlar, s.393-394;

- Tandoğan, Sorumluluk, s.61-64; Karahasan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.508-510; Oğuzman/Öz, Borçlar, s.596; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.506-507.
- 189 Taşkent, Yönetim Hakkı, s.79; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.901; Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s.1147-1148; Ayr. Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.90.
- 190 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.325-327, 705-711; Oğuzman/Öz, Borçlar, s. 710-713; Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s.1148-1152.
- 191 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.75.
- 192 Craig, Privacy and Employment Law, s.144-145; Ayr. Bkz.: Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.13.
- 193 Craig, Privacy and Employment Law, s.143 vd.
- 194 Söz konusu belgeler için Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.34 vd., 113-117, 161, 174-175.
- 195 Tasarımın son hali için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/kisiselveriler.htm> (21 Nisan 2008).
- 196 Craig, Privacy and Employment Law, s.156-157.
- 197 Bkz.: EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.16, 23; EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.21.
- 198 Craig, Privacy and Employment Law, s.31; EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.16.
- 199 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.66-68, 103-106; Ayr. Bkz.: Craig, Privacy and Employment Law, s.163.
- 200 Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.95 vd., 103 vd.; Ayr. Bkz.: Craig, Privacy and Employment Law, s.163-164.
- 201 Ertürk, Temel Haklar, s.96; ILO, Workers' Privacy Part III, s.93; Pincus/Trotter, The Disparity, s.86; Cranford, Arguing the Ethics, s.1808; Örneğin kapı kontrolü yapılırken izlenecek yöntem onur kırıcı ve fazlaca zaman alıcı nitelikte olmamalıdır. Bkz.: Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.166; Centel, İş Hukuku, s.141; Çelik, Dersler, s.131; Ekonomi, İş Hukuku, s.128.
- 202 Bkz.: UK Information Commissioner (IC), Data Protection Act 1998 Codes Of Practice, The Employment Practices Data Protection Code: Part 3: Monitoring At Work, (Çevrimiçi) <http://www.ico.gov.uk> (13 Mayıs 2008), s.17; Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.19.
- 203 Craig, Privacy and Employment Law, s.165.
- 204 Ibid., s.165; Bkz Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.172 vd.
- 205 Craig, Privacy and Employment Law, s.166-167.
- 206 Ibid., s.168-169; Pincus/Trotter, The Disparity, s.87; Colucci, The Impact, s.38-39; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.134 vd.
- 207 Bu tür yaşanmış uygulamalara örnekler için Bkz.: Corey A. Ciochetti, "Monitoring Employee E-Mail: Efficient Workplaces vs. Employee Privacy", 25.7.2001, (Çevrimiçi) <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2001dltr0026.html> (26 Mayıs 2008), para.2 vd.; ILO, Workers' Privacy Part II, s.134-135; Pincus/ Trotter, The Disparity, s.56.
- 208 Hukuka uygun müdahaleye işçinin "karşı koyması" deyiminden, işçinin uygulama öncesinde ya da sırasındaki aktif ya da pasif davranışlarıyla uygulamayı önlemesi; sürmekte olan uygulamayı sona erdirmeye yönelik girişimleri ve koyulan kurala aykırı davranış anlaşılmalıdır. Deyim, bu şekilde anlaşıldığında, uygulamanın hukuka uygunluğunu sağlayacak olan sadakat borcu çerçevesinde işçiden beklenilebilir "rıza"nın gösterilmemesinin yanı sıra; rızaya

- bir hukuka uygunluk nedeni olarak gereksinim duyulmayan durumlardaki fiili önleme ve sona erdirmeye girişimlerini de kapsar.
- 209 İşçinin özel yaşamına müdahale ve iş sözleşmesinin feshi hakkında ayrıntılı açıklama için Bkz.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s.257 vd.

Dr. Gaye Burcu YILDIZ

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasası

4857 sayılı İş Kanununun kabul edilmesi ile birlikte “eşit davranma ilkesi” Anayasa’nın 10.maddesindeki anayasal dayanağının yanında özel bir yasal dayanağa daha kavuşmuştur. İş Kanunu’nun “Eşit davranma ilkesi” başlıklı 5.maddesinin birinci fıkrası uyarınca; “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.”

Maddenin yazımında “benzeri sebepler” ifadesinin yer alması maddenin ayrımcılık nedenlerini sınırlı sayıda düzenlemediğini göstermektedir¹. Dolayısıyla işveren maddede sayılmış bulunan ayırım yasaklarının yanında haklı bir nedene dayanmayan, ayırım oluşturan başka bir nedene dayalı olarak herhangi bir işlem yaptığında da ayrımcılık yasasına aykırı davranmış olacaktır. Bu belirlemeden sonra ayrımcılık tanımı şu şekilde yapılabilir;

“Bireyin iradesi ile değiştirmesi mümkün olmayan biyolojik özellikleri (cinsiyet, yaş, ırk, renk, özürlülük vs.) ya da değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek, kişisel özgürlükler kapsamında koruma altına alınan özellikleri (felsefi inanç, din, medeni hal, sendikal faaliyet vs.) nedeniyle, benzer bir durumda, bu özelliği taşımayan bir diğer kişiye kıyasla hukuken haklı görülemeyecek, olumsuz bir

farklı davranışa muhatap tutulması ayrımcılıktır.”²

Avrupa Birliği müktesebatının üstlenilmesine ilişkin ulusal programda³, 159 sayılı ILO Sözleşmesi’nde düzenlenmiş olan, özürülülerin mesleki rehabilitasyonu ve istihdamları hakkındaki tedbirlerin ulusal mevzuata dâhil edilmesi, orta vadeli hedefler arasında gösterilmiştir.

Özürülülere karşı iş ilişkisinde ayrımcılığın hukuki boyutlarının incelenmesine geçmeden önce Türkiye’de özürülülerin işgücüne katılım oranlarının düşük, işsizlik oranlarının yüksek olduğunu, özürülü kadınların işsizlik oranının ise erkeklerden daha da yüksek olduğunu belirtmek gerekmektedir⁴.

1. Türk Hukukunda Özürülü Kavramı

1.7.2005 tarih ve 5378 sayılı Özürülüler Kanunu’nun 3.maddesi, özürülü kavramının “Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişiyi” karşıladığını hükme bağlamıştır.

Özürllü İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülen bir araştırma kapsamında ise özürllü tanımı şu şekilde yapılmıştır; “Doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yetilerini çeşitli derecelerde kaybetmiş, normal yaşamın gereklerine uyamayan kişilerdir⁵.”

Bu araştırma kapsamında süregelen hastalık kavramı da özür türü içinde değerlendirilmiştir. Süregelen hastalık, kişinin çalışma kapasitesi ve fonksiyonlarının engellenmesine neden olan, sürekli bakım ve tedavi gerektiren hastalıklardır (kan hastalıkları, kalp-damar hastalıkları, sindirim sistemi hastalıkları, idrar yolları ve üreme organı hastalıkları, cilt ve deri hastalıkları, kanserler, endokrin ve metabolik hastalıklar, ruhsal davranış bozuklukları, sinir sistemi hastalıkları, HIV). Bu hastalıkların ayırmıcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilmesi aşağıda “Sağlık Durumu” başlığı altında yapılacaktır.

II. Özürllülere Karşı Ayrımcılık Yasağına İlişkin Yasal Düzenlemeler

Türk Hukukunda, Özürllüler Kanunu ve Türk Ceza Kanunu özürllülere karşı ayrımcılığı açıkça yasaklamışlardır. Anayasa'nın 10.maddesi ile İş Kanunu'nun 5.maddesi ise özürllülük kavramına yer vermemekle birlikte, her iki madde metninde yer alan “benzeri sebepler” kavramı nedeniyle özürllülük ve sağlık durumuna ilişkin olarak yapılacak ayrımcılığa karşı koruma sağlamaktadırlar.

Özürllüler Kanunu'nun 14.maddesi ayrımcılık yasağını iş başvurusunda bulunma aşamasından itibaren düzenlemiştir. Buna göre, “İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürllülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan özürllülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz...”

Bunun yanı sıra özürllülere karşı ayrımcılık yasağı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde de düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;... kişinin işe alın-

Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliği sürecinde, mevzuatının ilgili direktifler ışığında uyumlaştırılması ve madde kapsamında yer alan kişilerin herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirli olması amacıyla, tıpkı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesine açıkça eklendiği gibi, İş Kanunu'nun 5. maddesine de “özürllülük” durumu eklenmelidir.

masını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,...Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi sadece özürllülük nedenine dayalı olarak işe alınmama durumunu suç olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle ceza hukuku açısından uygulanacak yaptırım sadece işe alma ya da almama ile sınırlıdır. İş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde, özürllülük nedeniyle ayırım yapılması halinde ceza hukuku açısından bir yaptırım öngörülmemiştir⁶.

Özürllüler Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrası çalışan özürllüler aleyhine diğer kişilerden farklı davranılmayacağını hükme bağladığından iş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde de özürllülük durumuna dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Ancak Özürllüler Kanunu'nun 14. maddesinin ihlali halinde uygulanacak yaptırım belirlenmemiştir. Öğretide isabetli olarak Özürllüler Kanunu'nda yaptırım öngörülmemiş olmasına rağmen bir kimseye özürllülük durumu nedeniyle iş ilişkisinin devamında ya da sona erdirilmesinde ayrımcılık yapılması halinde bu durumda İş Kanunu'nun 5.maddesinde öngörülen ayrımcılık tazminatının talep edilebileceği, özürllülüğün bu madde kapsamında “ve benzeri sebepler” ifadesi içinde değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁷. Ancak Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliği sürecinde, mevzuatının ilgili direktifler ışığında uyumlaştırılması⁸ ve madde kapsamında yer alan kişilerin herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirli olması amacıyla, tıpkı

İş Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca özürlü işçi çalıştırmak zorunda olan işverenlerin, bu işçilerin özel durumlarını dikkate alarak bu kişilere diğer işçilerden olumlu anlamda daha farklı davranmaları halinde burada eşit işlem yapma borcuna aykırılık bulunmamaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 122.maddesine açıkça eklendiği gibi, İş Kanunu'nun 5.maddesine de "özürlülük" durumu eklenmelidir.

Özürlüler Kanunu'nun 14.maddesinin üçüncü fıkrası "Çalışan veya iş başvurusunda bulunan özürlülerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur. Özürlülük durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürlülerin istihdamı, öncelikle korumalı işyerleri⁹ aracılığıyla sağlanır." hükmünü içermektedir. Bu madde gereğince ilgili kurum ve kuruluşların yanı sıra işverenlerin de işyerlerinde özürlülerin karşılaştığı engellerin azaltılması ya da ortadan kaldırılması ile yükümlü tutulmuş olması özürlüler için maddi eşitliğin sağlanması yolunda bir adım olarak nitelendirilmiştir¹⁰.

İş Kanunu'nun 30.maddesi uyarınca özürlü işçi çalıştırmak zorunda olan işverenlerin, bu işçilerin özel durumlarını dikkate alarak bu kişilere diğer işçilerden olumlu anlamda daha farklı davranmaları halinde burada eşit işlem yapma borcuna aykırılık bulunmamaktadır¹¹. Çünkü burada işveren, özürlü işçilerin çalışmalarının devamını sağlamak için onların fiziksel ya da ruhsal durumlarına uygun önlemler almaktadır. Örneğin işyerinde yer alan araç park yerlerinden kapıya en yakın olanların özürlülere ayrılması, özürlü işçiler için daha fazla ara dinlenmesi verilmesi, işverenin özürlü işçilerin işe gidiş-geliş sorununu ortadan kaldırmak için özel bir servis öngörmesi, talepleri halinde

özürlüler için daha esnek çalışma koşullarının öngörülmesi, çalışma saatlerinin değiştirilmesi gibi uygulamalar diğer çalışanlar açısından eşit işlem yapma borcuna aykırı sayılmayacaklardır.

İşverenler, iş ilişkisi ile ilgili konularda herhangi bir işlem ya da uygulama yaparken özürlülerin durumlarını dikkate almalıdır. Daha açık bir söyleyişle, işveren özürlü işçinin özrünü görmezlikten gelmemeli, sanki özürlü değilmiş gibi işlem yapmamalı, aksine işçinin özrünü esas alarak işlem yapmalıdır. Uyuşmazlık konusu olmuş bir olayda Yargıtay 9.Hukuk Dairesi bu esasa dikkat çekmektedir. Dava konusu bedensel özürlü bir işçinin performans yetersizliği nedeniyle işten çıkarılmasıdır. Yüksek mahkemenin verdiği kararda¹² şu ifadeler yer almaktadır; "... Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının özürlü işçi kontenjanında çalışmakta olduğu, işe girmeden önce aldığı kurul raporunda ayaklarındaki rahatsızlık nedeni ile % 45 özürlü olarak masa başı işlerde çalışabileceğinin belirtildiği, ancak sekiz saat ayakta kalacak şekilde çözücü olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda makine mühendisi ve iş sağlığı ve güvenliği uzmanı bilirkişinin de raporunda belirtildiği üzere; performansında normal bir insana göre %50 civarında olumsuz etkilenme olacağı ve davalının yaptığı performans değerlendirmelerine ilişkin kriterler dosyaya ibraz edilmediği gibi, davacının kendi özel durumuna göre performans değerlendirilmesi yapılması gerektiği belirlenmektedir. Böyle olunca davalının fesih nedeninin geçerli olmadığı anlaşılmakla 4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir...." Yargıtay 9.Hukuk Dairesi davacının iş sözleşmesinin geçersiz feshedildiğine, bu nedenle de işe iadesine hükmetmiştir.

Yüksek Mahkemenin bu kararı, eşit işlem yapma borcunun eşit veya benzer durumda olanlar

İş Kanunu'nun 5. maddesindeki "benzeri sebepler" kavramı, maddede sayılmamasına rağmen ayrımcılık sebebi olabilecek diğer durumları da koruma altına almaktadır.

arasında eşit şekilde davranılması anlamına geldiğini bir kez daha ortaya koymaktadır. Gerçekten de fiziksel aktiviteleri kısıtlı olan ve olmayan bireyler arasında yapılacak bir karşılaştırma ya da değerlendirme her iki grup için de aynı şekilde olamaz. Bu gruplar arasındaki farklılığın dikkate alınarak ona göre işlem yapılması adaletin de gereğidir.

III. İşçinin Sağlık Durumunun İş İlişkisine Etkisi ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasa'nın 50.maddesi, hiç kimsenin gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağını hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeden hiç bir kişinin sağlığına uygun olmayan yerlerde ve işlerde çalıştırılmayacağı sonucu da çıkmaktadır. İş hukuku açısından konuya yaklaşıldığında ise işverenin işçilerin bedensel ve ruhsal sağlıklarını koruması gözetme borcu kapsamında yer alan bir yükümlülüktür. Bunun yanı sıra işverenler, işçilerin sağlık durumlarına dayalı olarak iş ilişkisinde ayrımcılık yapmaktan da yükümlüdürler. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, İş Kanunu'nun 5.maddesindeki "benzeri sebepler" kavramı, maddede sayılmamasına rağmen ayrımcılık sebebi olabilecek diğer durumları da koruma altına almaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki işçinin sağlık durumu işyerinde kendisinden beklenen verimin alınmasına engel olacak kadar bozulmuş, ancak İş Kanunu'nun 25.maddesinde düzenlenen haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılabilmesi durumunda da gelmemişse, burada işveren iş sözleşmesini geçerli nedene dayalı olarak feshedebilir¹³. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, incelemiş olduğu bir uyuşmazlıkta¹⁴ bu esası hüküm altına almıştır; "...Davacının davalı işyerinde çalışırken çalıştığı dönem içerisinde toplam 368 gün rapor aldığı bu süre içerisinde 164 çalışma günü çalıştığı diğer sürelerde de izinli olduğu bu çalışma şekline göre kendisinden verim alınmasının mümkün olmadığı daha önceki tarihlerde bu konularda kendisinden savunma da istendiği davacının bu şekilde çalışmasını sürdürdüğü bu çalışma şeklinin geçerli fesih nedeni oluşturduğu anlaşıldığından davasının reddi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulü yerinde görülmediğinden... davanın reddine..."

İnceleme konumuz açısından önem taşıyan nokta ise işverenin iş ilişkisi dolayısıyla işçinin sağlık durumuna ilişkin olarak öğrendiği bilgiler sebebiyle ayrımcılık yapması durumudur.

1. İşçinin Sağlık Durumu Hakkında Bilgi Edinilmesi

İşverenin işçinin sağlık durumu hakkında bilgi edinmesi çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Bunlar işe başlarken kanun gereği ya da işverenin talebi ile alınan sağlık raporları yoluyla veya iş görüşmeleri sırasında adaya sağlık durumu hakkında sorulan sorular yoluyla bilgi edinilmesidir.

Her şeyden önce adaya sağlık durumu hakkında sorulan soruların sınırını adayın kişilik hakları belirlemektedir. Bu konuda bir diğer sınır ise yapılacak işin niteliğinin adayın sağlık durumu hakkında bilgi edinilmesini gerektirmesi ya da bazı hastalıkların yapılacak işle bağdaşmaması durumudur. Öğretide kanuni bir zorunluluk olmasa dahi işveren tarafından adayın sağlık kontrolünden geçirilmesi durumunda doktorun sadece işle ilgili olduğu ölçüde adayın sağlık durumu hakkında işverene bilgi verebileceği, haklı olarak ifade edilmiştir¹⁵.

Türk hukukunda kanuni zorunluluk olmaksızın işçiden sağlık raporu veya bazı testleri yaptırmasının istenmesini hukuka uygun hale sokan düzenleme Medeni Kanun'un 24.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kişinin rızasıdır. İşçiden alkol ya da uyuşturucu testi istenmesi de yapılacak işin niteliğine göre iş sağlığı ve güvenliği açısından zorunlu görülebilir. Burada önem taşıyan nokta, işyerindeki tüm işçilerin alkol ya da uyuşturucu testinden geçirilmesi değil, sürücü, güvenlik görevlisi ya da yaptığı işte alkol-uyuşturucu madde kullanımının risk yarattığı işçilerin teste tabi tutulması gerektiğidir¹⁶.

Türk hukukunda kanuni zorunluluk olmaksızın işçiden sağlık raporu veya bazı testleri yaptırmasının istenmesini hukuka uygun hale sokan düzenleme Medeni Kanun'un 24. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kişinin rızasıdır.

İşçiye sağlık durumu ile ilgili olarak sorulacak soruların niteliği ve adayın bunlara cevap vermekle yükümlü olup olmadığı aslında başvuru için süresi ile de ilgilidir. Nispeten kısa bir süre için yapılacak bir iş sözleşmesi ile daha uzun bir süre için yapılacak iş sözleşmesinde işçinin sağlık durumundaki mevcut durum aynı etkiyi doğurmayacağından soru sorma hakkının ve sınırının belirlenmesinde bu durum da dikkate alınmalıdır¹⁷.

4857 sayılı İş Kanunu'nda sağlık raporu alınmasının zorunlu olduğu durumlar ise üç maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler ağır ve tehlikeli işlerde (m.86), gece postasında (m.69) ve on dört-on sekiz yaş arasındaki işçilerin (m.87) çalışmaya başlamadan önce ve iş ilişkisinin devamında periyodik olarak sağlık raporu almak zorunda olduklarını hükme bağlamışlardır. Alınan bu sağlık raporları da İş Kanunu'nun 75. maddesi uyarınca işçilerin özlük dosyalarında saklanacaklardır.

2. İşçinin Sağlık Durumunun İş İlişkisine Etkisi

İşe giriş ya da işin devamı sırasında alınan sağlık raporlarında işçinin işini görmesine engel olmayan bir hastalığa yakalandığı belirtilmiş ise işveren bu duruma dayalı olarak işçi hakkında işe almama ya da iş ilişkisine son verme yönünde karar verebilecek midir?

Bu sorunun incelenmesine geçmeden önce iş ilişkisine devam olasılığını ortadan kaldıran, işçinin söz konusu hastalık nedeniyle işini görmeye devam etmesi mümkün olmayan durumlarda her iki taraf için de haklı nedenle fesih olanağının bulunduğunu belirtmek isteriz. Gerçekten de İş Kanunu'nun 24/I,a; 25/I,b ve 25/I'in ikinci paragrafındaki düzenlemelerin şartları gerçekleşmişse taraflar iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilirler. Dolayısıyla aşağıda yapılacak açıklamalar bu maddelerin dışında kalan durumlarla ilgilidir.

İşçinin sağlık durumunun iş ilişkisine etkisi başka şekillerde de ortaya çıkabilir. Örneğin işveren, ağır ve tehlikeli bir işte çalışmasına rağmen sağlık durumunun artık bu işte çalışmaya uygun olmadığını doktor raporu ile ortaya koyan işçiyi, başka bir işe vermek durumundadır. Ancak işyerinde bu işçinin yapabileceği uygun bir iş yoksa işveren işçi için yeni bir iş yaratmakla da yükümlü değildir. Bu takdirde işveren, somut olayın özelliklerine gö-

İşyerindeki diğer kişilere ya da müşterilere ciddi biçimde bulaşma tehdidi içeren bir hastalık söz konusu ise işverenin bu kişiyi işten çıkarması ayrımcılık olarak değerlendirilemez.

re haklı nedenle ya da geçerli nedenle iş sözleşmesini feshedebilir¹⁸.

İşçinin işini görmesine engel olmayan bir hastalığın iş ilişkisine etkisi ile ilgili olarak öncelikle söz konusu hastalığın bulaşıcı nitelikte olup olmadığı belirlenmelidir. Hiç şüphe yok ki işçinin hastalığının işyerinde çalışan diğer işçiler ya da müşteriler için de tehlike yaratmaması gerekmektedir. Aşağıda sadece işçinin hastalığının yapılacak iş açısından sakınca doğurmadığı, işyerindeki diğer kişiler ve müşteriler açısından bulaşma riski olmadığı, bu kişiler için herhangi bir tehlike oluşturmadığı durumlarda yapılan ayrımcılık incelenecektir.

İşyerindeki diğer kişilere ya da müşterilere ciddi biçimde bulaşma tehdidi içeren bir hastalık söz konusu ise işverenin bu kişiyi işten çıkarması ayrımcılık olarak değerlendirilemez. Aynı şekilde hastalığın yapılacak işin niteliği ile bağdaşmaması durumunda işveren açısından işe almama ya da işten çıkarma haklı nedenlere dayalı olmaktadır. Durumu somutlaştırmak için bir örnek vermek gerekirse, restorana alınacak aşçıda AIDS ya da hepatit virüsünün bulunması halinde işe almama haklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Ancak aynı hastalığa sahip birinin santral görevlisi olmak için başvuruda bulunduğu bir işyeri tarafından hastalığının bulaşıcı olması nedeniyle işe alınmaması aynı ölçüde haklı bir gerekçe olarak değerlendirilemez.

Genel olarak hangi hastalıkların bulaşıcı olduğunun belirlenmesi için Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'ne¹⁹ başvurulmalıdır. Burada birkaç örnek vermek gerekirse kızamık, kabakulak, difteri, tetanos, AIDS, HIV²⁰, hepatit A, hepatit B, hepatit C, hepatit D, hepatit E, tüberküloz ve kuduz bulaşıcı hastalıklar listesinde yer almaktadır. Bir hastalığın sadece bu yönetmelikte yer alması yeterli sayılmamalı, hastalığın bulaşma yolları ile yapılacak işin çalışma koşulları birlikte değerlendirilmeli ve sonuca bu şekilde varılmalıdır.

3. HIV (+)/AIDS Hastalığının İş İlişisine Etkisi

HIV virüsü taşıyan bir kimsenin, çalışmasına engel olacak sağlık problemleri ortaya çıkmadan uzun süre yaşayabilecekleri tıp bilimi tarafından ortaya konmuştur. Bu nedenle iş görüşmeleri sırasında adaya HIV virüsü taşıyıp taşımadığı yönünde bir soru sorulması durumunda cevap vermek zorunda olmadığının kabul edilmesi mantığa uygun gelmektedir. Ancak öğretilerde kişinin AIDS hastası olduğu durumlarda bu yönde sorulacak bir soruya cevap vermekle yükümlü olduğu fikri de ileri sürülmüştür²¹.

HIV virüsü kişiler arasındaki sıradan fiziksel temaslarla ya da hava yoluyla bulaşmamakta, ancak vücut akışkanları (kan, meni, vajinal salgı, anne sütü) ile insandan insana geçmektedir. Dolayısıyla el sıkışma, aynı odada oturma, ortak tuvaleti kullanma, öksürme ya da hapşırma yoluyla virüsün diğer insanlara geçme olasılığı bulunmamaktadır. Durum böyle olunca, virüsün bulaşmasının mümkün olmadığı işler için kişinin HIV/AIDS olması herhangi bir tehdit yaratmamaktadır.

HIV/AIDS ile ilgili olarak uluslararası boyutta da düzenlemeler yapılmıştır. Türk hukuku açısından da HIV/AIDS İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan benzer sebepler kavramı içinde değerlendirilmeli ve işçinin bu nedenle uğrayacağı ayrımcılık yaptırımı tabi tutulmalıdır. Bu konuda açık bir düzenleme bulunmadığından öğretilerde HIV virüsü taşıdığı için işe alınmayan bir adayın culpa in contrahendo esasına dayalı olarak tazminat talep edebileceği ifade edilmiştir²².

İşverenler tarafından AIDS hastalarının işe alınmaları yaygın bir hal alınca Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir kişinin sağlık durumunu gizli tutma hakkının AB İnsan Hakları Sözleşmesi'nce güvence altına alınan özel hayata saygı duyulmasını isteme temel hakkından kaynaklandığını belirtmiştir. Fransız Hukukunda, bir kişinin AIDS olması durumunun, tek başına fesih sebebi olarak değerlendirilemeyeceği de ifade edilmektedir²³. Aynı esas Türk Hukuku açısından da geçerlidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işçinin sağlık durumu, İş Kanununun 5.maddesinde yer alan "benzeri sebepler" kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir. İşverenin herhangi bir başka neden olmaksızın sade-

ce işçinin sağlık durumuna, somut örnekte AIDS hastası olmasına dayalı olarak iş sözleşmesini feshetmesi ayrımcı nitelik taşıyan bir fesih olarak değerlendirilmelidir. Ancak burada bir kez daha belirtmek isteriz ki işçinin yakalandığı hastalığın İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan haklı nedenle feshe imkan tanıyacak boyuta gelmemiş olması, işyerindeki diğer kişiler ya da yapılan işten yararlanan kişiler açısından tehlike yaratmaması gerekmektedir. Sayılan bu durumların varlığı halinde yapılacak fesihler ise hukuka uygun kabul edilecektir.

4. Sağlık Durumuna İlişkin Bilgilerin Korunması

İşçinin sağlık durumuna ilişkin bilgilerin bir diğer önemi ise bu bilgilerin kişisel veri kapsamında yer almasıdır. İş Kanununun 75.maddesi uyarınca "İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada işçinin kimlik bilgileri yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kurları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür."

Maddenin açık düzenlemesi karşısında işverenin ancak kanunen düzenlemek ve saklamak zorunda olduğu kayıtları dosyada tutabileceği ortaya çıkmaktadır. Bunun ötesinde, işçinin alışkanlıkları, ekonomik durumu, fiziksel özellikleri gibi bilgilerin kaydedilmesi hukuka aykırı olacaktır²⁴. Dolayısıyla işveren, özlük dosyasında ancak İş Kanunu uyarınca alınması zorunlu olan sağlık raporlarını tutabilecektir. Borçlar Kanunu Tasarısında da²⁵ işçinin kişiliğinin korunması başlığı altında düzenlenen üç alt başlıktan biri kişisel verilerin kullanılmasına ilişkindir. Tasarıda 418.madde olarak yer alan düzenlemeye göre "İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya

İşveren, özlük dosyasında ancak İş Kanunu uyarınca alınması zorunlu olan sağlık raporlarını tutabilecektir.

hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır.”

Sonuç olarak işçinin sağlık durumu işyerindeki diğer işçiler ya da müşteriler için gerçek bir tehdit oluşturmuyorsa, İş Kanunu uyarınca geçerli ya da haklı nedenle fesih kapsamında da yer almıyorsa, sağlık durumuna dayalı olarak iş ilişkisinin kurulması, çalışma koşullarının oluşturulması ya da sona erdirilmesinde farklı işlem yapılamaz. Örneğin bir kişi kanser ya da hepatit olduğu için mesleki eğitime katılması engelleniyorsa ya da terfi etmek için girmesi gereken bir sınava alınmıyorsa bunlar da ayrımcılık olarak değerlendirilecektir. Bu durumlarda ayrımcılığa uğrayan işçi, İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatını ve diğer kanunlardan doğan haklarını talep edebilecektir.

IV. Yaptırımlar

İş ilişkisinin kurulmasında, çalışma koşullarının uygulanmasında ya da iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde özürlülük ya da sağlık durumuna dayalı olarak ayrımcılık yapılması durumunda öncelikle İş Kanununun 5/6. fıkrasında düzenlenen ayrımcılık tazminatı²⁶ talep edilebilir. Bunun yanı sıra ayrımcılık oluşturan işlemin geçersizliği, işçinin yoksun bırakıldığı hakları talep edebileceği eda davası, genel hükümlere göre açılacak maddi ve manevi tazminat davaları, işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi uygulanabilecek diğer bazı yaptırım türleridir²⁷.

Bunların yanı sıra iş sözleşmesinin özürlülük durumuna ya da sağlık nedenlerine dayalı ayrımcılık sonucunda işveren tarafından feshedilmesi, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre kötü niyetli, geçersiz veya haksız fesih olacaktır. Bu takdirde anılan hukuka aykırı fesih türüne göre İş Kanunu'nun öngördüğü yaptırımlar gündeme gelecektir.

Ayrımcılık yasağına aykırı davranan işverenin karşılaşılabileceği bir diğer yaptırım idari para cezasıdır. İş Kanunu'nun 99.maddesi uyarınca 5.maddede aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için idari para cezası uygulanır. İş Kanunu'nun öngördüğü idari para cezalarına karşı Kabahatler Kanunu'nun 27.maddesi uyarınca tebliğ tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilecektir²⁸.

İş ilişkisinin kurulması aşamasında yapılan ayrımcılık TCK 122.madde uyarınca suç olarak değerlendirildiğinden işveren hakkında ceza yaptırımları uygulanabilir.

Ayrımcılık suçunun oluşmuş sayılması için failin kasıtlı olması gerekmektedir. Dolayısıyla suçun manevi unsuru kasttır. Fail, bilerek ve isteyerek ayrımcılık yapmalıdır. Ayrımcılık suçunun taksirle (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla) ya da olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Buna ek olarak failin maddede sayılan ya da bu kapsamda değerlendirilebilecek nedenlere dayalı olarak, yani belirli bir saikle hareket etmesi, ayrımcılık yapması gerekmektedir²⁹.

Ayrımcılık suçu resen kovuşturulur ve sulh ceza mahkemesinin görev alanı içine girmektedir. Ayrımcılık suçunun cezası TCK 122.maddede altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak düzenlenmiştir. Adli para cezası ile ilgili olarak maddede alt ve üst sınırlar belirlenmediğinden bu konuda TCK 52.maddeye başvurulması gerekmektedir. Yapılan yargılama aşamasında hakim bir kez hapis cezasına hükmedince bu cezayı adli para cezasına çevirmesi mümkün değildir. Çünkü maddede bu iki ceza seçimlik olarak yer almaktadır (50/2). Suçun tekerrürü halinde hakim adli para cezası ile hapis arasında seçim hakkı Ceza Kanunu'nun 58.maddesi ile sınırlandırılmıştır. Anılan maddenin üçüncü fıkrası uyarınca “Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse hapis cezasına hükmolünür³⁰”.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, 362; Tunçomağ/Centel, 134; Tuncay, 22.
- 2 Yıldız, 75.
- 3 RG: 24.3.2001, 24235 M. Daha sonraki ulusal programlarda özürlemlerle ilgili olarak bu kadar açık hedefler belirlenmemiştir. Avrupa Birliğinin, cinsel tercih, yaş ve diğer bazı ayrımcılık nedenleri ile birlikte özürlemlere karşı ayrımcılığın yasaklanması ile ilgili direktifi olan 2000/78 sayılı direktifin iç hukuka aktarılacağına ilişkin genel ifadeler, ayrımcılıkla mücadele alt başlığı içinde yer almaktadır. Bu düzenlemelerin 2009-2013 yılları arasında çıkarılması öngörülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/Muktesebat_Uyum_Programi/19_Sosyal_Politikavelstihdam.pdf (erişim tarihi 25.04.2007)
- 4 http://www.uev.org.tr/sayilarla_engelli.html (erişim tarihi 25.04.2007)
- 5 <http://www.ozida.gov.tr/arastirma/oztemelgosterge.htm>; Özürlemler İdaresi, 2006-2010 yılları arasında da “Ayrımcılıkla

- Mücadele İçin Eylem Planı" üzerinde çalışmalarını sürdürmektedir. Bkz. <http://www.ozida.gov.tr/istihdam/ayrimcilik.htm> (erişim tarihi 27.11.2007)
- 6 Alpagut, 155.
- 7 Alpagut, 155; Yenisey, 68.
- 8 Süral, 53, yazar yaş, etnik köken ve cinsel tercihin de AB mevzuatı ile uyumu yakalamak amacıyla madde metnine eklenmesi gerektiğini ifade etmiştir. European Commission, 2007 Progress Report'ta, özrürlük durumuna dayalı ayrımcılığın önlenmesinde, veri ve araştırma yetersizlikleri nedenleriyle, etkili bir politika üretilmediği ifade edilmektedir, 61.
- 9 Korunmalı işyeri kavramı, normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özrürlüler için mesleki rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenerek çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği işyerlerini ifade etmektedir. Özrürlülerin istihdam edilebilmelerinin sadece İş Kanunu'nun 30.maddesinde düzenlenen ve belli büyüklükteki işyerleri ile belli bir oranın üzerinde özrürlük oranına sahip kişileri kapsayan iş akdi yapma zorunluluğunun yeterli olmadığı anlaşılmış, ardından korunmalı işyerleri aracılığıyla özrürlülerin istihdamı yönünde çalışmalar başlatılmıştır.
- 10 Yenisey, 73.
- 11 Uşan, 245.
- 12 Y9HD, 21.4.2005, 23961/14007. (Kazancı İçtihat Bankası)
- 13 Fransız Hukukunda da işçinin sağlık durumu nedeniyle uzun süreli yokluğu ya da sürekli olarak tekrarlanan iş görememe durumunun, işyerinin işleyişini olumsuz etkilemesi, bu kişinin gördüğü işin ifasını mümkün kılmayacak hale getirmesi durumunda işverence fesih yapılabileceği kabul edilmektedir, bkz. Le Goff, 448.
- 14 Y9HD, 28.4.2005, 31892/14992, Çalışma ve Toplum, S.6, 2005/3, 199-200.
- 15 Caniklioğlu, 267-269.
- 16 Sevimli, 163, 167-168; Bayram, 21; ayrıca bkz. Aydın, 168 vd.
- 17 Caniklioğlu, 270.
- 18 Ekonomi, 133.
- 19 RG:30.5.2007, 26537
- 20 Öğretide, AIDS testlerinin sadece işyerinde çalışan diğer işçiler için tehlike yaratacak bir durumun varlığı halinde istenebileceği, böyle bir durumda bu testin talep edilmesinin işveren açısından bir hak değil aynı zamanda diğer işçilerin sağlıklarını korumak için bir yükümlülük olduğu haklı olarak ifade edilmiştir, Bayram, İşçinin Kişiliğini Koruma, 21-22.
- 21 Caniklioğlu, 268-269.
- 22 Bu konuda Sevimli, 177 vd., 180-181; 1475 sayılı İş Kanunu döneminde bir işçinin iş sözleşmesinin sadece AIDS olmasına dayalı olarak feshedilmesi kötü niyetli fesih olarak nitelendirilmiştir, Caniklioğlu, 183; HIV(+)/AIDS hastası işçinin sufl bu nedenle işten çıkarılmasının kötü niyetli fesih olduğu konusunda bkz. Aydın, 187-188.
- 23 Le Goff, 449.
- 24 Başalp, 104-106.
- 25 <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>. (erişim tarihi 27.11.2007)
- 26 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, 387 vd.
- 27 Bkz. Yıldız, 375 vd.

- 28 İş Kanunu'nun 108/2.maddesi idari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesinde itiraz edilebileceğini hükme bağlamıştı. Ancak bu fıkra 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun (RG:8.2.2008, 26781) 578/öö fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır.
- 29 Yenidünya, 111-112.
- 30 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yenidünya, 114.

KAYNAKÇA

- ALPAGUT, Gülsevil: Özrürlüler Hakkında Kanun ve Özrürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler, (Özürlü Çalıştırma), Mercek, Ekim 2005, 152-160.
- AYDIN, Ufuk: İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002.
- BAŞALP, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004.
- BAYRAM, Fuat: Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, 11-48. (İşçinin Kişiliğini Koruma)
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002.
- EKONOMİ, Münir: Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Legal YKİ, C.1, S.2, 2006, 125-140. (Yaş Sınırı ve Emeklilik)
- EUROPEAN COMMISSION: Turkey 2007 Progress Report, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2007/nov/turkey_progress_reports_en.pdf (2007 Progress Report)
- Le GOFF, Jacques: Droit dy Travail et société, Tome I, Les relations individuelles de travail, Fransa 2001.
- SEVİMLİ, K. Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, (Özel Yaşam), İstanbul 2006.
- SÜRAL, Nurhan: AB Uyum Sürecinde İş Mevzuatımızın Değerlendirilmesi, İşveren Dergisi, C.44, S.7, Nisan 2006, 52-55. (Değerlendirme)
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, B.2, İstanbul 2005.
- TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı, İstanbul 2007, 21-53. (Sempozyum)
- TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, B.3, İstanbul 2003.
- UŞAN, Fatih: İş Hukukunda Sakat İstihdamı, Ankara 1999. (Sakat İstihdamı)
- YENİDÜNYA, Caner: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, 97-127.
- YENİSEY, Kübra Doğan: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, 63-81.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2008.

Nuri Şener TİĞLİ

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Baş İş Müfettişi

26 Mayıs 2008 Tarihli Resmi Gazete’de Yayımlanan 5763 Sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Kapsamında İş Güvenliğinde Getirilenler

4857 sayılı İş Kanunu’nda iş sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili hususlar 5. bölümde 77. maddeden 89. maddeye kadar yer almaktadır. Halen bu iş güvenliği hususlarının ayrı bir kanun halinde çıkarılması konusunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bir taslak hazırlamış olup sosyal taraflara iletilmiş ve yakın bir zaman içinde Meclise gönderileceği beklenilmektedir. Yeni çıkarılan istihdam paketinde iş güvenliği hususlarına yer verilmesi ise işverenlere bir an önce bazı kolaylıklar sağlanmasını temin amacı gütmektedir.

Kanunda ‘İş Sağlığı ve İş Güvenliği’ ile ilgili hususlara bir göz atarsak İş Kanunu madde 78 şu şekilde düzenlenmiştir.

“MADDE 78 – Bu Kanuna tabi işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği şartlarının belirlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması, işyerlerinde kullanılan araç, gereç, makine ve hammaddeler yüzünden çı-

kabilecek iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi ve özel durumları sebebiyle korunması gereken kişilerin çalışma şartlarının düzenlenmesi, ayrıca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygunluğu yönünden; işçi sayısı, işin ve işyerinin özellikleri ile tehlikesi dikkate alınarak işletme belgesi alınması gereken işyerleri ile belgelendirilmesi gereken işler veya ürünler ve bu belge veya belgelerin alınmasına ilişkin usul ve esaslar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda yapılacak risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların usul ve esasları ile bunları yapacak kişi ve kuruluşların niteliklerinin belirlenmesi, gerekli iznin verilmesi ve verilen iznin iptal edilmesi Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.”

Burada en önemli değişiklik önceki kanun

maddesinde uygulama ile ilgili olarak tüzük ve yönetmeliklerin çıkarılacağı belirtilmişken; yeni yapılan düzenlemede yalnız yönetmelik söz konusudur. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında daha önce çıkarılmış İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği, tüzük olması gerektiğinden Danıştay tarafından iptal edilmiş olup yerine halen bir tüzük çıkarılmamıştır. Mevzuatımızda tüzüklerin çıkarılması ve yenilenmesi zor olmakta olup yönetmelik yolunun tercih edilmesi doğrudur ancak yönetmeliklerin uygulamaya dönük hazırlanması ve her sektörün ihtiyaç duyduğu yönetmeliklerin süratle devreye sokulması gerekmektedir.

Yine bu madde ile kurma izni istenmesi kaldırılmış, işletme belgesi alınması kuvvetlendirilerek yürürlüğünü korumuştur. Kurma izni, işletme belgesi yönetmeliği ise bu durumda kadük kalmış olduğundan hızlı bir şekilde yeni yönetmeliğin çıkarılması gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'ndaki 81. madde ile 82. madde birleştirilmiş olup bu kapsamda 81. madde olarak şu şekilde düzenlenmiştir.

“MADDE 81 – 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 gerektiğinde diğer sağlık personelinin 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 sorumluluklarını 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 Birliği'nin görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak 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.”

Bu yapılan değişiklikle iş güvenliği hizmetlerinin dışarıdan satın alınması yolu açılmıştır. Ülkemizin piyasa ekonomisini yürüttüğü düşünüldüğünde doğru bir adım gibi gözükmemekte olup burada Devlet iş güvenliği hizmetlerinde yeni paydaşlar devreye sokmaktadır. Ancak bu hizmetleri vereceklerin vasıflarının çıkarılacak yönetmeliklerde çok iyi belirlenmesi gerekmektedir. Halen bu işleri vasıflı, vasıfsız, denetim altında olmadan yapan birçok kişi ve kuruluş bulunmaktadır. Bu konuda kendilerini ispat etmiş olan çok kaliteli sivil toplum kuruluşları ya da meslek odaları bulunmaktadır.

İş güvenliği hizmeti verecek yetkilendirilmiş bu kişi ya da kuruluşlar işyerlerini yılda belirli aralıklarla denetleyebilirler, denetim ve kaza sonuçlarını değerlendirerek ortaya çıkacak raporlarını Bakanlığa sunabilirler, Bakanlık da bu çalışmalardan denetimlerde ağırlık verecekleri sektörleri belirleyebilir.

Ancak 50 işçinin altında işçi çalıştırılan işyerlerinde de iş sağlığı ve iş güvenliği ilgili yapılanma yeni kanunda değerlendirilmeli zira, bu işyerlerinde konu birçok nedenle daha çok ihmal edilmektedir. Örneğin döküm sektörüne ait 1 ila 50 işçi ça-

lıştırılan işyerlerinin meslek odaları platformunda bir araya gelerek iş sağlığı ve güvenliği hizmeti alması sağlanabilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddenin sonuna aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Bu Kanunun 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır."

"Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildiri ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

Burada daha önce asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasında sıkıntılar yaşanmakta idi ve birçok işte muvazaalı olduğu, yapılan denetimlerle ortaya çıksa bile müeyyidesi olmadığından bir işlem yapılamamaktaydı. Yapılan değişiklik bu ilişkinin nasıl kurulacağını çıkarılacak bir yönetmelikle ortaya konulacağı ifade edilmiş ve yaptığı işle ilgili bölge müdürlüklerine bildirimde bulunmayan alt işverene, çalıştırdığı her işçi için 150 YTL, işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı 10 bin YTL idari para cezası verileceği düzenlenmiştir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile ilgili sıkıntılar daha çok Tuzla tersanelerinde ve inşaat işlerinde (özellikle belediyelerin verdiği ihalelerde) meydana gelmektedir. Bu bakımdan yapılan düzenlemeler iş müfettişlerine ek bir yük getirmekle birlikte olumlu olacaktır.

Ayrıca iş güvenliği ile ilgili cezalarda bazı miktarlar değişmiş olup 16 yaşını doldurmamış genç

işçiler, çocuklar ve mesleki eğitim almamış kişileri, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştıranlara her işçi için 1000 YTL, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçiler ile çalıştırılan 18 yaşından küçükler için doktor raporu almayan işverene, her işçi için 200 YTL para cezası verileceği düzenlenmiştir. İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almayan, araç ve gereçleri noksansız bulundurmeyen işverenlere, işletme belgesi almadan işyeri açanlara, faaliyeti durdurulan işi izin almadan devam ettiren veya kapatılan işyerlerini izinsiz açanlara, iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca alınan kararları uygulamayanlara 1000 YTL para cezası uygulanacaktır.

Mesleki eğitim almamış işçi çalıştıran işveren veya vekili ise her işçi için 500 YTL ceza ödeyecektir.

Özürü ve eski hükümlü çalıştırma konusunda, 4857 sayılı Kanununun 30. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Özürü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu

MADDE 30 – İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürü ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır.

Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Oranın hesaplanmasında yarım kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür. İşyerinin işçisi iken sakatlananlara öncelik tanınır.

İşverenler çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlarlar. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma ile mesleğe yönlendirilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Yer altı ve su altı işlerinde özürlü işçi çalıştırılmaz ve yukarıdaki hükümler uyarınca işyerlerindeki işçi sayısının tespitinde yer altı ve su altı işlerinde çalışanlar hesaba katılmaz.

Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat öder.

Özel sektör işverenlerince bu madde kapsamında çalıştırılan 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi özürlü sigortalılar ile 1/7/2005 tarihli ve 5378 sayılı Kanununun 14 üncü maddesinde belirtilen korumalı işyerlerinde çalıştırılan özürlü sigortalıların, aynı Kanununun 72 nci ve 73 üncü maddelerinde sayılan ve 78 inci maddesiyle belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı, kontenjan fazlası özürlü çalıştıran, yükümlü olmadıkları halde özürlü çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir özürlü için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin yüzde ellisi Hazinece karşılanır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 506 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarın ödenmiş olması şarttır. Bu fıkraya göre işveren tarafından ödenmesi gereken primlerin geç ödenmesi halinde, Hazinece Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacak ödemenin gecikmesinden kaynaklanan gecikme zammı, işverenden tahsil edilir. Hazinece karşılanan prim tutarları gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmaz. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir.

Bu maddeye aykırılık hallerinde 101 inci mad-

de uyarınca tahsil edilecek cezalar, özörlöüleri ve eski hükümlöüleri mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özörlöüleri iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılır. Tahsil edilen cezaların kullanımına ilişkin hususlar, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlöüğü'nün koordinatörlöüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlöüğü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlöüğü, Özörlöüleri İdareleri Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evi Genel Müdürlöüğü ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ile en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların birer temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından karara bağlanır. Komisyonun çalışma usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Eski hükümlü çalıştırılmasında, kanunlardaki kamu güvenliği ile ilgili hizmetlere ilişkin özel hükümler saklıdır."

Bu yapılan değişiklik de işverenleri önemli ölçüde rahatlatarak hususlardan biridir, zira yıllardır özellikle eski hükümlü konusunda önemli sıkıntılar yaşanmaktaydı. Bu sorunun çözümünü Devlet kendi üzerine alarak özel teşebbüse önemli bir katkı sağlamıştır. Ayrıca özörlöüleri istihdamında Devletin de sigorta primine katkı sağlaması, yükümlü olmadıkları halde özörlöüleri çalıştıran veya kontenjan fazlası özörlöüleri çalıştıran işverenlerin, bu şekilde çalıştırdıkları özörlöüleri primlerinin yarısının da Hazine tarafından karşılanacak olması, bu tür çalıştırmayı özendirme açısından son dörece önemlidir. Bu maddeye aykırılık hallerinde tahsil edilecek cezaların, özörlöüleri mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özörlöüleri iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılacak olmasının da çok önemli olduğunu düşünüyorum.

Diğer önemli bir katkı da işverenlerin zorluk yaşadıkları gebe veya çocuk emziren kadınlara yönelik olarak emzirme odaları ve kreşlerle ilgili yapılan düzenlemedir.

İş Kanunu madde 88'e bir eklenti yapılarak madde yeniden düzenlenmiş ve şu şekli almıştır. "Gebe veya çocuk emziren kadınların hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğu ve bunların çalışmalarında sakınca olma-

yan işlerde hangi şartlar ve usullere uyacakları, ne suretle emzirme odaları veya çocuk bakım yurdu (kreş) kurulması gerektiği veya hangi hallerde dışarıdan hizmet alabilecekleri Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir." Burada hangi hallerde dışarıdan hizmet alınacağını yönetmelikle ortaya konulacağı belirtilerek bu konuda da dışarıdan hizmet satın alınması yolu açılmaktadır. Bu düzenleme ile de özellikle kadın çalışanların olduğu işyerlerinde hizmet satın alınarak işyerlerinde bu hizmeti sağlamayanların da zorlukları ortadan kalkmış olacaktır.

Sanayi, ticaret, tarım ve orman işleri esasları da bu kanunla yeniden belirlenmiştir.

Yasa, sanayiden, ticaretten, tarım ve orman işlerinden sayılacak işlerin esaslarını yeniden düzenlemiştir.

İş Kanunu'nun uygulanması bakımından; sanayiden sayılacak işlerin esasları şöyle:

"Her türlü madenleri arama ve topraktan çıkarma, taş, kum ve kireç ocakları; ham, yarı ve tam yapılmış maddelerin işlenmesi, temizlenmesi, şeklinin değiştirilmesi, süslenmesi, satış için hazırlanması; her türlü kurma, onarma, sökme, dağıtma ve yıkma; bina yapılması ve onarımı, değiştirilmesi, bozulması, yıkılması ve bunlara yardımcı her türlü sınıai yapım; yol, demir yolu, tramvay yolu, liman, kanal, baraj, hava alanı, dalgakıran, tünel, köprü, lağım ve kuyuların yapılması ve onarımı, batıkların çıkarılması ve bataklık kurutma; elektrik ve her çeşit muharrik kuvvetlerin elde edilmesi, değiştirilmesi, taşınması, kurma ve dağıtma; su ve gaz tesisi kurma ve işletmesi; telefon, telgraf, telsiz, radyo ve televizyon kurma; gemi ve vapur yapımı, onarımı, değiştirilmesi ve bozup dağıtma; eşyanın istasyon, antrepo, iskele, limanlar ve hava alanlarında yükletilmesi, boşaltılması ve basımeleri."

Ticaretten sayılacak işlerin esasları ise şunlardır:

"Ham, yarı ve tam yapılmış her çeşit bitkisel, hayvani veya sınıai ürün ve malların alımı ve satımı; bankacılık ve finans sektörü ile ilgili işlerle sigortacılık, komisyonculuk, depoculuk, ambarcılık, antrepoculuk; su ürünleri alımı ve satımı; karada, göl ve akarsularda insan veya eşya ve hayvan taşıma."

Tarım ve orman işlerinden sayılacak işlerin esasları da şunlardır:

"Her çeşit meyveli ve meyvesiz bitkiler, çay, pamuk, tütün, elyafli bitkiler, turuncgiller, pirinç, baklagiller, ağaç, ağaççık, omca, tohum, fide, fidan, sebze ve tarla ürünleri, yem ve süt bitkilerinin yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı, araştırılması, bunlarla ilgili her türlü toprak işleri, ekim, dikim, aşı, budama, sulama, gübreleme, hasat, harman, devşirme, temizleme, hazırlama ve ayırma işleri, hastalık ve zararlılarla mücadele, toprak ıslahı, çayır, mera, toprak ve su korunması, ormanların korunması, planlanması (amenajman), yetiştirilmesi, işletilmesi, sınırlandırılması çalışmaları, bunlara ait alt yapı çalışmaları ile tohum toplama, fidanlık, ağaçlandırma, erozyon kontrolü, etüt proje ve rehabilitasyonu, ormancılık araştırma ile milli park, orman içi dinlenme yerleri ve kent ormanlarının kurulması, bakım ve geliştirilmesi, her türlü iş ve gelir hayvanlarının (arı, ipek böceği ve benzerleri dahil) yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı ve bunlarla ilgili bakım, güdüm, terbiye, kırkım, sağım ve ürünlerinin elde edilmesi, toplanması, saklanması ile bu hayvanların hastalık ve asalaklarıyla mücadele, 854 sayılı Deniz İş Kanununun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kara ve su avcılığı ve üreticiliği ile bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması."

Bu esaslar doğrultusunda bir işin uygulanması bakımından sanayi, ticaret, tarım ve orman işlerinden hangisinin kapsamında sayılacağını, Sanayi ve Ticaret, Çevre ve Orman ile Tarım ve Köy İşleri Bakanlıkları'nın görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir.

Yukarıda izah etmeye çalıştığım değişikliklerin çalışma hayatımıza önemli katkılar sağlayacağı aşikar olmakla birlikte çıkarılacak olan İş Sağlığı ve İş Güvenliği Kanunu'nda bu hususların bütünlüğünün korunması, özellikle uygulama yönetmeliklerinin tümünün devreye sokulması, halen yürürlükleri süren 4857 sayılı İş Kanunu geçici 2. maddesi gereği yararlanılan iş güvenliği tüzüklerine ihtiyaç kalmayarak; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda mevzuatımızın toparlanması çok önemli olacaktır.

Öcal Kemal EVREN

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişi

Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Objektif Koşul Kavramı

GİRİŞ

4857 sayılı İş Yasası, esasen 1475 sayılı İş Yasası zamanında da tartışılan ve kısmen de olsa yargı kararlarıyla üzerinde uygulama birlikteliği oluşturulmuş bir konuda yıllar içinde yargı kararlarıyla öngörülen kıstasların yasa metnine işlenmesiyle açıklık getirmiş; belirli süreli iş sözleşmelerinin bağtlanmasında bir objektif koşulun bulunması gerekliliğini aramış, aramakla kalmayıp bu objektif koşulun (koşulların) ne olabileceği, hangi halleri kapsayacağı hakkında belirlemelerde de bulunmuştur.

Kısmen de olsa hakkında yasal bir düzenleme bulunan bu konu pek çok yargı kararında işlenmiş, doktrinde de tartışılmıştır. Ancak açık yasa metinlerinin dışında, nelerin objektif koşul olamayacağını belirtmesi yoluna gidilerek nelerin objektif koşul olabileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu inceleme yöntemi beraberinde bir dağınıklık yaratmaktadır. Bu dağınıklığın bir nedeni de objektif koşulu meydana getiren alt başlıkların birbiri ile olan yakın ilişkisidir.

Ayrıca Yasadaki düzenleme genel olarak belirli süreli iş sözleşmesi başlığı altında incelendiğinden hakkında fazlaca ayrıntıya inilemediği dahi iddia

edilebilir. Öte taraftan konunun ne kadar her olayın özel yapısına göre ele alınması gerekse de, bu noktada belli bir tanımın getirilmesi ve çerçevenin çizilebilmesi olaylara yaklaşımı ve sonuçların değerlendirilmesini nispeten kolaylaştıracaktır.

İncelendiği kadarıyla objektif koşul kavramı belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulması noktasında en önemli işleve sahip bir kurumdur. Bu önemi nedeniyle bu çalışmada ele alınan konu ile ilgili yargı kararları da göz önünde bulundurularak bir sistematığın oluşturulması yanında hakkında ayrıntıya girilmesi de amaçlanmaktadır.

Bu amaçla öncelikle belirli süreli iş sözleşmesi konusu genel anlamıyla ele alınacak ve daha sonra objektif koşul kavramı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1- GENEL OLARAK BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ

Ele alınan objektif koşul kavramına belirli süreli iş sözleşmesinin tanımlanması ve bağtlanması aşamasında kendisine yüklenen işlevi nedeniyle öncelikle belirli süreli iş sözleşmesine kavramına ana hatlarıyla değinmekte fayda bulunmaktadır.

A) Tanımı

4857 sayılı İş Yasası'nın 8. maddesinin birinci fıkrasında iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi; diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre sözleşmenin süresi metnin iş sözleşmesi sayılıp sayılmamasına etken değildir. Sadece ikinci fıkraya göre süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekmektedir. Ancak bu gereklilik dahi yapılan sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığının tespiti bağlamında pek de işlevsel gözükmemektedir. Devam maddelerde ise iş sözleşmesi türleri hakkında tanım ve hükümlere yer verilmiş; özellikle 9. maddede tarafların iş sözleşmesini, Yasa hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı tutularak, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilmeleri mümkün kılınmıştır.

Tanımlanan iş sözleşmelerinden biri de belirli süreli iş sözleşmesidir. Esasen 11. maddede ayırımın sonuçlarının daha iyi anlaşılabilmesi konusunda belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinin tanımlanmasının yapıldığı görülmektedir. Zira 12. madde hükümleri tam da bu noktada işlev görmektedir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 11. maddesinin birinci fıkrasına göre iş ilişkisi eğer bir süreye bağlı olarak yapılmamışsa sözleşme belirsiz süreli sayılmaktadır. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesi sözleşmenin devam edeceği sürenin baştan veya sözleşme henüz devam ederken belirlenip bilindiği bir iş sözleşmesidir¹. Başka bir ifadeyle iş sözleşmesi yapılırken ne zaman sona ereceği kararlaştırılmamışsa süresi belirsiz iş sözleşmesi, taraflar sözleşmenin ne zaman sona ereceğini herhangi bir şekilde belirlemişlerse süresi belirli iş sözleşmesi söz konusu olmaktadır².

Bilindiği ve yaşandığı üzere çalışma yaşamında olağan olan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasıdır. Belirli süreli iş sözleşmesi istisnai bir nitelik taşımaktadır ve bu yüzden "atipik" bir istihdam biçimi olarak algılanmaktadır³. Öz bir ifadeyle iş sözleşmelerin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli yapılması istisna teşkil etmektedir⁴. Zira iş sözleşmesi kural olarak sürekli bir ilişki yaratmaktadır⁵. Bu durumda iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarından birini belirli tek bir işin yapılması veya belli bir sonucun meydana getirilmesi değil işin bir

Belirli süreli iş sözleşmesi istisnai bir nitelik taşımaktadır ve bu yüzden "atipik" bir istihdam biçimi olarak algılanmaktadır.

zaman dilimi içerisinde yapılması oluşturmaktadır⁶.

Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinin istisna olarak kabul edilmesinin bir nedenini de belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesinde bazı işçilik haklarının ortadan kalkması teşkil etmektedir⁷. Bu duruma göre belirsiz süreli iş sözleşmelerinin belirli süreli iş sözleşmelerine oranla daha işçi yararına olduğu kabul görmektedir⁸. Bu bakımdan süresi belirli iş sözleşmesiyle çalışmak işçi aleyhine, işveren lehine sonuçlar doğurmaktadır ki, bu sonuçlar arasında ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmemesi, iş güvencesinden yararlanamama sayılabilir⁹. Bu noktada işçiyi koruma düşüncesi harekete geçmekte¹⁰, bu düşünceyle sadece belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme olarak yapılmasıyla değil, sözleşmenin ilk defa yapılması durumunda da işçiyi koruyucu düzenlemeler öngörülmektedir¹¹. İşte objektif koşul da tam bu noktada kendisini hissettirmektedir.

Madde hükmündeki objektif koşul unsuru da değerlendirildiğinde belirli süreli iş sözleşmesinde taraf iradelerinin her zaman açık olamayabileceği görülmektedir. Taraf iradeleri uyuşsa dahi, daha sonra çıkabilecek uyuşmazlıklarda yargının da bu açıklığı algılayabilmesi gerekmektedir. O halde belirli süreli iş sözleşmesinin yapılma dinamiklerinin sadece taraflarca değil, aynı zamanda konuya muhatap başkalarınca da anlaşılabilir olması beklenmektedir. Buradan hareketle belirli süreli iş sözleşmesinin hukuki ilişkinin kurulduğu anda taraflarca açık veya örtülü olarak yapılan kararlaştırma sonucu sona erme anının bilinmesi veya öngörülebilmesinin belirli süreli iş sözleşmesinin doğumu için gerekli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹².

B) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Değişik Görünümleri

Belirli süreli iş sözleşmeleri genellikle sözleşmenin yapıldığı gün ne zaman biteceğinin de kararlaştırıldığı, sözleşmenin başlama ve bitiş tarihlerinin ifade edildiği iş sözleşmeleridir. Ancak süre-

nin belirlenmesi esasları değiştirilerek değişik görünümde belirli süreli iş sözleşmeleri söz konusu edilmiştir.

Bu türlerden biri asgari ve azami süreli iş sözleşmeleridir. Örneğin “bu iş sözleşmesi en az 6 ay devam edecektir” şeklinde bir ifade iş sözleşmesini asgari süreli bir sözleşme haline sokmakta; “bu iş sözleşmesi en son 2 yıl sonra son bulacaktır” şeklinde bir belirleme ise iş sözleşmesini azami süreli bir iş sözleşmesi olarak algılanmasını sağlamaktadır. Böyle durumlarda asgari süreli iş sözleşmeleri değil, ancak azami süreli iş sözleşmeleri belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Asgari süreli iş sözleşmeleri ise belirsiz süreli iş sözleşmeleri olarak değerlendirilmektedir¹³. Başka bir düşünceye göre ise azami süreli iş sözleşmelerinde belirtilen sürenin dolması beklendiğinde sözleşme belirli süreli olmaktadır. Ancak sürenin dolması beklenmeden sözleşme sona erdirilirse bu durumda sözleşme belirsiz süreli olmakta; bu husus ise bu tip sözleşmenin karma bir tip olarak kabul görmesine yol açmaktadır¹⁴.

Bazı belirli süreli iş sözleşmelerinde ise birden çok süre bulunabilmektedir. Örneğin işin bitmesine kadar ancak en fazla 1 yılın sonunda son bulacaktır şeklinde bir ifade sözleşmeyi çifte belirli süreli iş sözleşmesi haline sokmaktadır¹⁵.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin en önemli görünümünden birini zincirleme iş sözleşmeleri oluşturmaktadır. Zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerinden söz edebilmek için belli aralıklarla veya hiç ara vermeden birden çok belirli süreli sözleşme yapılması gerekmektedir. Bir başka anlatımla ortada gerçekten birden çok ayrı ayrı sözleşmeler bulunduğu ve bunlar arasında birbirinin devamı olduğu sonucuna götürebilecek bir bağlantı olduğunda zincirleme iş sözleşmelerinden bahsedilmektedir¹⁶. Zincirleme iş sözleşmelerinin yapılmış olması aşağıda da değinileceği üzere, zincirleme sözleşme yapılmasını haklı kılacak bir neden yoksa sözleşmeyi belirsiz süreli hale getirmektedir¹⁷.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin uygulamada kendisine yer bulan bir diğer görünümü deneme amaçlı belirli süreli iş sözleşmeleridir. Deneme amaçlı belirli süreli iş sözleşmelerinin İş Yasasının 15. maddesinde belirtilen deneme süresi ile karıştırılmaması gerekmektedir. Değinen 15. maddede yer aldığı şekliyle deneme süreli iş sözleşmeleri ta-

rafların kesin olarak bağlanmak istemeyip karşılıklı olarak birbirlerini ve iş koşullarını tanımak amacıyla bir süre öngörmeleri ve bunu belirli süreli iş sözleşmesi biçiminde şekillendirmeleriyle oluşmaktadır¹⁸. Deneme amacıyla yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri deneme süreli iş sözleşmelerinden hukuki sonuçları ve nitelikleri bakımından ayrılmaktadır. Deneme süresi sözleşmenin içinde var olan ve sözleşmeden kolayca vazgeçmeyi sağlayan bir tür ihtirazi kayıt olarak kabul edilmektedir. Yine deneme süresinin sona ermesi sözleşmeyi sona erdirmektedir. Oysa deneme amaçlı belirli süreli iş sözleşmelerinde bu sürenin dolmasıyla sözleşme sona ermemektedir¹⁹.

C) Şekli

İş sözleşmeleri, iş ilişkisinin doğası gereği esasen üzerinde özellikli şekil unsuru aranmayan türden sözleşmeler olarak göze çarpmaktadır. Nitekim özellikle belirsiz süreli iş sözleşmeleri için Yasada yazılı yapılması şartı dahi aranmamıştır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri için ise İş Yasasının 8 ve 11. maddelerinde yazılı yapılmasını öngören düzenlemeler mevcuttur²⁰. İş Yasasının 8/2 fıkrasında belirli süresi bir yıl ve daha uzun olan iş sözleşmelerinin yazılı yapılması istenmiş, 11. maddede ise belirli süreli iş sözleşmesi tanımlanırken sözleşmenin yazılı şekilde yapılacağı öngörülmüştür. Bu durumda belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılmasının bir geçerlik şartı olup olmadığı akla gelmektedir. Yazılı yapılmayan sözleşmelerle ilgili hukuki ve cezai bir yaptırım öngörülmediğinden²¹ belirli süreli bir iş sözleşmesinin yazılı yapılmaması halinde bu durum sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir²².

Ancak yazılı yapılmasının önemli bir ispat aracı olduğu hemen vurgulanmalıdır. Özellikle yapılacak iş ve sözleşme süresi ile ilgili iddiaların sözleşmenin yazılı yapılmadığı hallerde ispatı oldukça güç olmaktadır. Yine, işçinin korunması prensibi ve işçi yararına yorum ilkesi gereği herhalde iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kurulabilmesi için sözleşmenin bu nitelikte olduğunun taraflarca, özellikle işçi tarafından anlaşılabilir olması gerektiğinden²³ yola çıkılarak belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılması büyük önem taşımaktadır.

Yine Yasada öngörülen şekil kuralının adı (basit) şekil şartı olduğu belirtilmelidir²⁴. Bu itibarla ta-

rafların, sözleşme konusu ve süresinin, ücretin ve taraf imzalarıyla sözleşme tarihinin yazılması yeterli olacaktır.

II- OBJEKTİF KOŞUL KAVRAMI

A) Genel Olarak Objektif Koşul

Daha önce değinildiği üzere belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulması objektif bir koşulun bulunması şartına bağlanmıştır. İş Yasasının 11. maddesine göre belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ve işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesidir. Maddenin devamında ise esaslı bir nedene dayanmadan yapılan zincirleme iş sözleşmelerinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli olma sonucunu yaratacağı belirtilmektedir. Burada belirtilen esaslı nedenin de aslında objektif koşulları ifade ettiği anlaşılmaktadır²⁵.

Bu noktadan hareketle öncelikle objektif koşul kavramı tanımlanmaya, arkasından da kavramın önemi ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. Objektif Koşul Kavramı

Belirsiz süreli iş sözleşmelerindeki işçiyi koruyucu emredici kurallar belirli süreli iş sözleşmelerinde olmadığından, bazı işverenlerin öteden beri belirli süreli iş sözleşmeleri yapmak suretiyle bu olanağı kötüye kullanma yoluna gittikleri ifade edilmektedir²⁶. Bu açıdan bakıldığında İş Yasasının 11. maddesiyle belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulabilmesinin ancak objektif bir koşulun varlığına bağlanmış olmasının işçilerin korunması amacıyla işverenlerin belirli süreli iş sözleşmesi yapma serbestilerinin sınırlandırılması anlamına geldiği görülmektedir²⁷. Gerçekten de her olaya özgü durumların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğinden subjektif nitelik taşıyan bir içeriğe sahip olan kavramın objektif olarak kavramlaştırılmasının asıl nedenini Medeni Yasanın 2. maddesinde belirtilen hakkın objektif iyiniyetle kullanılması gerekliliği oluşturmaktadır. Bir başka deyişle İş Yasasının 11. maddesindeki objektif koşul veya sebepler, aynı zamanda işverenlerin belirli süreli iş sözleşmesi yapma ve içeriğini düzenleme hakkının Medeni Yasanın 2. maddesi anlamında objektif iyiniyet temellerini belirlemektedir. Dolayısıyla bu durum bir

kısıtlama teşkil etmektedir. Öyleyse objektif koşulların her şeyden önce hakkın objektif iyiniyet esaslarına göre kullanılabilmesini sağlayan hususlar olup, işverenin sözleşme yapma serbestisini sınırlandırmaktadır. Öz bir ifadeyle belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanılması önlenmeye çalışılmaktadır²⁸.

Yukarıda da değinildiği üzere objektif koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti aynı zamanda her olayı ayrı ayrı değerlendirme gereğini doğurmaktadır. Uygulama göstermektedir ki, bu olaylar çok çeşitli şekillerde tezahür edebilmektedir. Ancak yine de bir toplulaştırma çabası sonunda bu olayların genellikle yapılan iş ve çalışılan işyeri ile ilgili olduğu gözlemlenebilmektedir. Hatta bazı hallerde işçinin özel durumu, mesleği ve beklentileri de objektif bir koşul olarak kabul görebilmektedir. Bu halde objektif koşulun iş, işyeri veya işçi ile ilgili olduğu anlaşılabilmektedir.

Daha önce de değinildiği kadarıyla belirli süreli iş sözleşmeleri işçi aleyhine, işveren lehine sonuçlar doğurma eğiliminde olan tür sözleşmelerdir. Bu itibarla belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulmasının objektif bir koşulun varlığına bağlanmasının temel amacının işçiyi koruma işlevine hizmet etmek olduğu hemen göze çarpmaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle İş Yasasının 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulabilmesi için varlığı aranan objektif koşulu, işçinin korunması amacına yönelik olarak, işverenin belirli süreli iş sözleşmesi akdetme hakkının objektif iyiniyet sınırlarını belirleyen iş, işyeri veya işçi ile ilgili özellikler olarak görmek ve tanımlamak mümkün gözükmemektedir.

2. Kavramın Önemi

Belirli süreli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımının önemi özellikle bu sözleşmelerin sona ermesi veya feshinde uygulanacak kuralların farklı olmasında kendisini göstermektedir²⁹. Yapılmış olan bir belirli süreli iş sözleşmesinde objektif bir koşulun bulunmayışı beraberinde sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesine yol açmakta; bu durum ise belirsiz süreli iş sözleşmelerinin özellikle sona ermesi şartına bağlanmış ihbar ve kıdem tazminatı, iş güvencesi gibi bazı işçi lehine düzenlemelerin tatbik edilebilmesine yol açmaktadır. Öyleyse objektif koşul en belirgin şekliyle be-

lirli süreli bir iş sözleşmesinin yargı kararıyla belirsiz süreli olarak kabul edilebilmesinde değiştirici bir fonksiyon üstlenmektedir. Buna göre objektif bir koşul yoksa sözleşme belirsiz süreli sayılmakta ve bu tür iş sözleşmelerinin hukuki rejimine tabi olmaktadır³⁰.

Görüldüğü üzere objektif koşulun varlığı sözleşmenin türünü belirlemede etkin bir rol oynamakta, ancak objektif koşulun varlığı halinde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmektedir ve bu koşulun varlığı sözleşme ilk defa yapılsa dahi aranmaktadır³¹. Tersî görüşe göre ise objektif koşul iş sözleşmesinin ilk defa kurulmasında aranmamaktadır; Yasa metni bu şekilde algılanmamalıdır³². Ancak bu görüşte dahi hakkın kötüye kullanılması durumu saklı tutulmak zorunda kalmakta³³; böylelikle objektif koşulun varlığının aranması konusu her halde belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının objektif iyiniyetle kullanılıp kullanılmadığının tespitinde etkin bir rol oynamaktadır.

Kural bu olmakla birlikte objektif koşulun gerçekleşmesiyle kurulan belirli süreli iş sözleşmesinin ikincisinin yapılmasıyla bu koşulun ortadan kalktığı ve sözleşmenin zincirleme bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir. Bu durum 11. maddenin ikinci fıkrasında geçen "Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz" hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu ifadenin ilk planda sözleşmenin bir defa daha yapılması ya da yenilenmesi halinde zincirleme sözleşmelerden söz edilemeyeceği, bundan fazlasının zincirleme durumunu oluşturacağı anlamını verdiği açıklansa da³⁴ esasen bu anlama gelmediği doktrinde³⁵ ve yargı kararlarında³⁶ kabul görmektedir. Ancak bu hususun süreye bağlı nedenlerin varlığı halinde geçerli olduğu akla gelmektedir. Bunun dışında işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması nedenleri ile yasa hükmü gereği yenilenebilen belirli süreli iş sözleşmelerinde sadece sözleşmenin ikincisinin yapılmasıyla objektif koşulun kalktığını iddia etmek zor görünmektedir³⁷. Zira yine fıkra hükmünden hareketle belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedenin varlığı halinde birden fazla üst üste yapılabileceği anlamı çıkmaktadır.

O halde belirli süreli bir iş sözleşmesinin kurulması aşamasında objektif koşulun var olup olmadığını yahut zincirleme iş sözleşmelerinde objektif

koşulun var olup olmadığını arayarak belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi bir yaptırım aracıdır³⁸ ve bu yaptırım aracının hukuki bir yaptırım olduğu akla gelmektedir.

Objektif koşulun varlığı ve geçerlilik derecesinin bazı durumlarda ise statüyü koruyucu işlevi bulunmaktadır. Örneğin belirli süreli olduğuna dair süre kaydı taşımayan bir iş sözleşmesi, objektif bir koşul üzerine inşa edilmişse, sadece objektif koşulun varlığı sözleşmenin belirli süreli kabul edilmesine yol açmaktadır³⁹. Ancak herhalde taraf iradelerinin asıl olduğunu da kabul etmek gerekmektedir. Dolayısıyla objektif bir koşulun varlığı halinde dahi tarafların sözleşmeyi belirsiz süreli kabul etmeleri olasıdır⁴⁰. Bu hususlar objektif koşulun varlığı ve yokluğunun sözleşmenin türünü belirlemede çok önemli bir kıstas olduğunu göstermekte; ancak her halde işçiyi koruyucu bir şekilde taraf iradelerinin uyduğu hallerde objektif koşulun devre dışı kalabileceğini göstermektedir. Yine işçiyi koruma amacından ve işçi yararına yorum ilkesi gereğinden hareketle iş sözleşmesinin belirli süreli mi, yoksa belirsiz süreli mi olduğunun objektif koşulun değerlendirilmesiyle yahut taraf iradeleriyle net şekilde ortaya konulmadığı durumlarda sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesi gerekmektedir⁴¹.

Bu açıklamalar ışığında objektif koşulun iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığının uyumsuzluk konusu olması halinde sözleşmenin niteliğinin belirlenmesini sağlayan ve sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesi sonucunu yaratan bir önemi ve işlevi olduğu görülmektedir.

Bunun dışında objektif koşul kavramının başkaca hukuki anlam taşıyan sonuçlar yarattığı görülmektedir. Şöyle ki, objektif koşul her şeyden önce iş hukukunda yer alan bir kavram hakkında medeni hukuk içinde değerlendirilen objektif iyiniyetin sınırlarını belirlemesiyle dikkat çekmektedir. Yine İş Yasasının 11. maddesindeki düzenlemelerle 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki UÇÖ Sözleşmesi ve Avrupa Birliği'nin 99/70/EC sayılı Yönergesi ile uygulamaya konulan Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşmasına uygun sınırlamalar getirilmeye çalışıldığı aktarılmaktadır⁴². Hatta düzenlemenin belli açılardan, objektif koşul terimi gibi, Avrupa Birliği Yönergesine oldukça uygun olduğu belirtil-

AB Yönergesi ve 11. madde düzenlemeleri bir arada değerlendirildiğinde sadece zincirleme iş sözleşmelerinde değil, aynı zamanda sözleşmenin ilk kurulması aşamasında da objektif koşulun varlığının aranması 11. madde düzenlemesinin katı bir düzenleme olarak kabul edilmesine yol açmaktadır.

mektedir⁴³. Yine Yönergede belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında objektif koşulun aranmadığı, ancak zincirleme iş sözleşmelerinde objektif koşulun bulunması gerektiğinden hareketle⁴⁴ bizdeki düzenleme ile sözleşmenin ilk kurulması aşamasında dahi objektif koşulun varlığının aranması Yönergeye bir aykırılık oluşturmaktadır. Öte taraftan üst üste yapılacak sözleşmelerde toplam azami sürenin belirtilmemiş olması, bu tür sözleşmelerin geçerli olarak kaç kez uzatılabileceklerine dair düzenlemelerin olmayışı bir eksiklik olarak aktarılmaktadır⁴⁵.

Bundan başka genel olarak belirli süreli iş sözleşmelerinin esneklik uygulamaları açısından taşıdığı önem, beraberinde objektif koşul kavramını da esneklik açısından değerli kılmaktadır. Zira objektif koşul sözleşmeyi belirli veya belirsiz süreli addetme konusunda temel belirleyicilerden biridir. Yine bu durumun yukarıda belirtilen Yönergeyle de ilgisi kurulabilmektedir. Bu bağlamda küresel rekabete ayak uydurabilmek için esnekleşme eğiliminin egemen olmaya başladığı görülmekte⁴⁶, 80'li yıllarla işçiyi koruma ihtiyacından hareketle uygulama alanı kısıtlanan belirli süreli iş sözleşmelerinin küreselleşmenin etkileriyle istihdamı arttırmak amacıyla yeniden uygulamasının kolaylaştırılması yoluna gidildiği, bu bağlamda yukarıda belirtilen AB Yönergesinin de bu amaca hizmet ettiği ifade edilmektedir⁴⁷. Bu anlayış ve gereklilikle belirli süreli iş sözleşmeleri kurularak işçi istihdamında son yıllarda ciddi bir artış olduğu bildirilmektedir⁴⁸. Yine son zamanlarda esnekliğin hem işçinin korun-

ması, hem de işyeri ve işletmenin korunmasına hizmet ettiği ve bunun güvenceli esneklik olarak kavramlaştırıldığı, bu açıdan 4857 sayılı Yasa'nın güvenceli esneklik içeren bir Yasa ve bu anlamıyla Yasanın 11. maddesinin de işverenlere esneklik sağlayan bir madde olduğu kabul edilmiştir⁴⁹. Ancak esneklik arayışları, AB Yönergesi ve 11. madde düzenlemeleri bir arada değerlendirildiğinde sadece zincirleme iş sözleşmelerinde değil, aynı zamanda sözleşmenin ilk kurulması aşamasında da objektif koşulun varlığının aranması 11. madde düzenlemesinin katı bir düzenleme olarak kabul edilmesine yol açmakta, bu içeriği ile Yönergenin esneklik arayışlarına hizmet etmediği savunulmaktadır⁵⁰.

B) Objektif Koşul Halleri

İş Yasasının 11. maddesinde ifadesini bulan objektif koşul kavramı ele alındığında ve uygulama örneklerine bakıldığında objektif bir koşul olarak nitelendirilebilecek pek çok somut durumla karşılaşmaktadır. Bu görünüm objektif koşul hallerinin belli bir sınıflandırma içerisinde sunumunu oldukça zorlaştırmakla beraber, Yasa hükmündeki ifadeler, uygulamada yaşananlar ve yargı kararları ışığında konu üç başlık halinde incelenebilmektedir. Bunlar işe, işyerine ve işçiye bağlı nedenler, işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması ve yasa hükmüyle objektif koşul olarak kabul edilen nedenlerdir. Dikkat edileceği üzere 11. maddede ifade edilen 'belirli süreli işlerde...' ifadesi bilerek sınıflandırmanın dışında bırakılmıştır. Esasen bu ifadenin, yapılan tanımlamada hiçbir etkisinin olmadığı görülmektedir ve anlamsız kabul edilmektedir⁵¹. Fakat alt işverenlik uygulamalarında görüleceği üzere, belli bir süreyi kapsayan ihale ile iş alma durumunda işin niteliğinden ziyade ihale süresi önem kazandığından anlamsız kabul edilen bu ifadenin dahi irdenebilecek bir yönü bulunmaktadır ve irdeme alt işverenlik uygulamaların açıklanması safhasında yapılacaktır.

1. İşe, İşyerine ve İşçiye Bağlı Nedenler

a) İşe ve İşyerine Bağlı Nedenler

Yapılmış olan bir belirli süreli iş sözleşmesinde sadece taraf iradelerinin belirli süre öngörmüş ol-

ması uyumsuzluk çıktığında sözleşmenin belirli süreli olduğunu göstermemektedir. Ters durumda sürenin açıkça belirtilmesinde tarafların izledikleri ortak amacın etkin olduğu⁵², buna göre niteliğin daha önemli olduğu görülmektedir. Buradan hareketle niteliği itibarıyla devamlılık arz eden işlerde yapılan iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir⁵³.

Bu bağlamda örneğin araştırma enstitüsünde 6 yıllık belirli süreli çalışma⁵⁴, belediye işlerinde çalışma⁵⁵, hastanede çalışma⁵⁶, işyerinde kaynak bölümünde çalışma⁵⁷, su sayacı okuma işinde çalışma⁵⁸ belirli süreli çalışma için objektif bir neden oluşturamamaktadır.

İşle veya işyeriyle ilgili bir nedenin objektif koşul oluşturabilmesi için mevcut nedenin belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması sırasında işin ne kadar süreceğinin bilinmesi veya bilinebilmesi yahut öngörülebilmesi sonucunu yaratması gerekmektedir⁵⁹.

İşe ve işyerine bağlı objektif koşul sayılabilecek nedenler düşünüldüğünde akla ilk gelen hususlar geçici işgücü talebinin doğması, işyerinde mevsim veya kampanya işlerinin yürütülmesi ve uzmanlık gerektiren işlerde çalışmasıdır. Bu hale alt işverenlik uygulamalarını da katmak mümkündür.

Birinci halde, iş yoğunluğunun artması, yeni acil bir siparişin ortaya çıkması belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını haklı kılan objektif koşullar olarak ortaya çıkmaktadır. İşyerinin normal faaliyetine dahil olmayan veya sürekli devam etmekte olan mutad durumun dışında bir olgu ortaya çıktığında işyerinde çalıştırılmak üzere geçici bir işgücü talebi doğabilmektedir⁶⁰. İşte bu durum, ortaya çıkan talebi karşılamak üzere ve işlerin normal seyrinde sürmesini sağlamaya yeter süre için istihdama gidildiğinde yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için objektif bir koşulun gerçekleştiğine işaret etmektedir.

İşle veya işyeriyle ilgili bir nedenin objektif koşul oluşturabilmesi için mevcut nedenin belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması sırasında işin ne kadar süreceğinin bilinmesi gerekmektedir.

İkinci halde ise işyerinin mevsimlik bir işyeri olması yahut yapılan işin mevsimsel değişim göstermesi veyahut bizatihi kampanya dönemi ile sınırlı olması beklenmektedir. Ayrıca mevsim veya kampanya işleri için yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri arasında işin mevsim veya kampanya işi olmasından başka işçinin de bu amaçla istihdam edildiğini gösterir makul bir sürenin geçmesi gerekmektedir ki, bu süre genellikle 6-7 ay kadar kabul edilmektedir⁶¹. Ancak bu durumda dahi çoğunlukla sadece işin ve işyerinin mevsimsel veya kampanya dönemi ile sınırlı çalışması belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmak için yeterli olamamaktadır. Örneğin bir şeker fabrikasında vasıfsız olarak çalışan bir işçinin her kampanya döneminde gelerek çalışması yahut yaz sezonunda açık bir otelde her yaz sezonunda garson olarak çalışma belirli süreli çalışma değil, mevsimlik ve sürekli bir çalışma olarak algılanmalıdır. Fakat sadece bir mevsim veya kampanya dönemi için akdedilen bir belirli süreli iş sözleşmesinde ise işçinin yaptığı işin bir önemi kalmamakta, tek başına işin mevsimlik iş olması veya belli bir kampanyayı kapsamaması objektif koşulun gerçekleşmesi için yeterli kabul edilmemektedir.

Bir diğer hal uzmanlık gerektiren işlerin varlığıdır. Bu bağlamda örneğin işyerinde üretim araçlarının örgütlenmesi, kurulması, değiştirilmesi veya modernize edilmesi anlamında işleri yürütecek işçilerle belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesi halinde objektif bir koşulun doğduğu kabul edilebilir. Yine örneğin süresi önceden belirlenmiş bir arkeolojik çalışma için istihdam edilen uzmanlarla belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması durumunda da objektif bir neden bulunmaktadır. Bundan başka Yargıtay bir kararında⁶² doktorla bir yıllık belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış olması halinde ancak bu sözleşmenin yenilenmesiyle sözleşmenin belirsiz hale geleceğini karara bağlayarak, sözleşmenin bir yıllık yapılması durumunda işçinin doktor olmasının objektif bir koşul sayılması için bir yol açmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus uzmanlık gerektiren işlerin iş veya işyeriyle ilgili bir ihtiyaçtan doğmuş olmasıdır. Yoksa işçiye bağlı nedenlerle söz konusu halin karıştırılması olasıdır. Örneğin yukarıdaki örnekten de yola çıkılarak arkeolojik kazılar konusunda bir kişi ile bir yüksekokul kurumunun ders vermek üzere iş sözleş-

leşmesi yapmaları kişiye bağlı, herhangi bir kazıyı yürütmek ve kazı alanında çalışmak üzere kişinin kazıdan sorumlu kurumla yaptığı iş sözleşmesi ise işe veya işyerine bağlı uzmanlık gerektiren bir nedenin varlığını göstermektedir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken son hal ise alt işverenlik uygulamalarıdır. Alt işverenlik asıl işe yardımcı işlerin yürütülmesinde ve farklı uzmanlık gerektiren işlerin sürdürülmesinde, özellikle kamusal alanda olmak üzere, genellikle bir süreye bağlı olarak oldukça sık başvurulmuş bir yoldur. Bu bağlamda örneğin işyerinin güvenlik, temizlik, yemek üretimi ve dağıtımını gibi yardımcı işlerin genellikle birer yıllık sözleşmelerle alt işverenlere gördürülmektedir. İşte tam da bu noktada İş Yasasının 11. maddesinde belirli süreli işlerde belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılabileceği hükme bağlanarak işin niteliğinden ziyade veya işin niteliği ile birlikte işin devamı bir süre ile sınırlı ise işin devam edeceği süre, belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için objektif bir neden olarak kabul edilmiştir. Buna göre alt işverenlik uygulamalarında, yapılan işin nitelik olarak belirsiz süreli de olsa belirli süreli sözleşmeyi caiz kılan işin belirli süreli olması sonucu ortaya çıkmaktadır⁶³. Ancak bu konuda da dikkat edilmesi gereken bir takım hususlar bulunmaktadır. Şöyle ki, her şeyden önce yapılacak olan belirli süreli iş sözleşmesinin belirlenmiş olan iş süresi (örneğin ihaleli işlerde ihale süresi) ile uyumlu olması gerekecektir. Bu uyum iki sürenin denk olması, eş süreli olması anlamındadır. Kural bu olmakla birlikte iş sözleşmesi sona eren bir işçinin yerine işe giren bir işçi veya sonradan ortaya çıkan eleman ihtiyacını karşılamak üzere işe giren bir işçi ile kalan süre kadar belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir⁶⁴. Nitekim Yargıtay da bir kararında hastane işyerinde ihale ile alınan bir işte güvenlik görevlisi olarak çalışma durumunda, ihale süresinin de önem arz ettiğini belirterek, ihale süresi ile sözleşme süresinin aynı olması gerektiğine işaret etmiştir⁶⁵.

b) İşçiye Bağlı Nedenler

İşçiye bağlı bir nedenler işçinin özel hayatı ve mesleği ile ilgili nedenler olarak göze çarpmaktadır. Bu anlamda işçinin özel hayatına ilişkin hususlar onun belirli süre ile çalışmasını veya mesleği ve mesleğindeki uzmanlık seviyesi sözleşme-

nin türünün belirli süreli olmasını gerekli kılmaktadır.

Bu bağlamda öncelikle deneme amaçlı belirli süreli iş sözleşmelerinden bahsedilebilir. Yukarıda da üzerinde durulduğu üzere deneme amaçlı belirli süreli iş sözleşmeleri akdedilebilmektedir. Ancak bu sözleşme türünün objektif bir neden oluşturabilmesi için somut olayda denemenin gerekli olması şarttır⁶⁶. Zira deneme kavramı ile ilgili olarak zaten İş Yasasının 15. maddesinin tatbik edilmesi olasıdır. Bu kavramı da aşacak şekilde bir deneme süresine ihtiyaç duyulması ise uygulamada daha çok üst düzey yöneticilerin işe yerleştirilmesinde yaşanmaktadır. Buna göre belli zaman içinde yine önceden belirlenmiş başarıya ulaşma unsurunun değerlendirilmesi söz konusudur⁶⁷. Bu durum ise 15. maddede belirtilen 2 aylık sürenin üstünde örneğin 6-7 aylık bir sezonun veya 1 yıllık bir sürenin değerlendirilmesini zorunlu kılabilir. O halde deneme amaçlı belirli süreli iş sözleşmelerinin akdedilmesine yol açabilen belli bir başarıyı elde etme hususunun objektif bir neden olarak kabulü mümkündür.

Tersi durumda işçinin işyerini değerlendirmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin mesleğinde çok başarılı bir doktorun, üst düzey bir yöneticinin, bilim adamının işyerinin ve çevre şartlarının çalışmasını nasıl etkileyeceğini görmek amacıyla 6 aylık bir deneme amaçlı belirli süreli iş sözleşmesi yapması da objektif bir koşul olarak ele alınabilir.

Bundan başka işçinin yaptığı iş bağlamında yararı kararlarıyla süreklilik arz eden bir işte imalat işçisi olarak 4 yıllık belirli süreli çalışma⁶⁸, işyeri hekimi olarak çalışma⁶⁹, formen olarak çalışma⁷⁰ objektif koşul olarak kabul edilmemiştir.

O halde işçiye bağlı objektif koşul oluşturabilecek durumların genellikle vasıflı işçiler için söz konusu olabileceği ve bunun başarı yahut iş ve çevre şartlarının işçi tarafından değerlendirilmesinden ibaret olabileceği görülmektedir.

2. İşin Tamamlanması veya Belli Bir Olgunun Ortaya Çıkması

İş Yasasının 11. maddesinde belirtilen objektif koşul hallerinden bir diğeri işin tamamlanması olgusudur. Bir başka deyişle bir işin tamamlanması amacıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması olanaklıdır⁷¹. Burada niteliği gereği biteviye sürüp

giden işlerden ziyade belki vasıf olarak daha ustalık gerektiren işlerde işin tamamlanması için öngörülen süre için belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması söz konusu edilmektedir. Örneğin belli bir projenin bitirilmesi, fizibilite çalışmalarının tamamlanması, inşaat işlerinde tesisat döşenmesi gibi işlerin tamamlanması, bir bahçenin düzenlenmesi gibi işler hemen akla gelmektedir.

İş Yasasının 11. maddesinde işin tamamlanmasıyla birlikte düzenlenen bir diğer hal ise belli bir olgunun ortaya çıkmasıdır. Esasen burada amacın önemli olduğu vurgulanmaktadır⁷². Bir başka deyişle işin tamamlanması kadar istenen olgunun ortaya konulabilmiş olması da önem taşımaktadır. Bundan dolayı yukarıda verilen örneklerde yer alan işlerde aynı zamanda önceden ortaya konulmuş nicel ve nitel hedeflere varmak şart koşulmuş ise bu hal ortaya çıkmaktadır. Buradan hareketle örneğin 6 aylık bir sürede bir olgunun ortaya çıkması amaç edinilerek yürütülen bir işte iş tamamlansa dahi hedef gerçekleşmemiş ise ek bir süre için daha belirli süreli iş sözleşmesi yapılması, sırf ikincisinin yapılmış olması yüzünden zincirleme bir sözleşme olarak değerlendirilemeyecektir.

3. Yasal Nedenler

Yasal nedenlerle anlatılmak istenen niteliği gereği biteviye sürüp giden bir işte İş Yasasındaki prensip gereği belirli süreli iş sözleşmesi yapma imkânı yok ise de iş yasalarının dışındaki bir yasal düzenlemeyle bu hakkın tanınmış olmasıdır. İş Yasası hükmüne göre özel birer düzenleme olan söz konusu hükümlerin geçerli olduğuna şüphe yoktur. Buna göre aşağıda değinilecek olan ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'ndaki, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki ve 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'ndaki birtakım düzenlemeler işverene işçiyle belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı tanımakta ve bu durumda objektif koşul sağlanmış olmaktadır.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. ve ilgili Yönetmeliğin⁷³ 45. maddesine göre kurumda (özel öğretim kurumu) öğretmen, yönetici, usta öğretici, öğretim elemanı vb. kadrolarda çalışacak olanlarla yapılacak olan iş sözleşmesinin en az bir takvim yılı için geçerli olmak üzere belirli süreli ve yazılı bir şekilde yapılması

gerekmektedir. Söz konusu husus Yönetmeliğin 45. maddesinde de tekrarlanmış ve Yönetmelik ekindeki sözleşme örneğinin kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Belirtilen 9 ve 45. maddeler uyarınca iş sözleşmesinin kurumdan ayrılanlar yerine işe başlayacaklar için veya kurumun devri halinde bir yıldan az süreli olması da mümkündür. Ayrıca Yönetmelikte ders saati ücreti olarak görevlendirilecek eğitim personeli içinde bir yıldan az süreli iş sözleşmesi yapılabileceği öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden hareketle özel öğretim kurumunda sayılan görevleri alacak işçilerle (eğitim ve öğretim personeli) yapılacak olan iş sözleşmelerine süre konulması gerektiği, bu kişilerin belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılmalarının mümkün olmadığı vurgulanmaktadır⁷⁴. Yine Yasada ele alınış tarzından akdedilecek olan belirli süreli iş sözleşmelerinin mutlaka bir yıllık olması da gerekmemektedir. Daha uzun süreli belirli süreli iş sözleşmelerinin de yapılması olasıdır⁷⁵. Ancak birer yıllık olsun daha uzun süreli olsun bu sözleşmelerin arka arkaya yapılması sözleşmeyi zincirleme iş sözleşmesi haline sokmamaktadır. Zira 5580 sayılı Yasa bu durumu açıkça dile getirmektedir⁷⁶.

Bir diğer yasal düzenleme 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemedir. Yasanın 339. maddesine göre belirli bir süre için yapılan iş sözleşmesinin sona ermesine rağmen tarafların rızasıyla iş ilişkisi devam ederse sözleşme aynı süre için fakat en fazla bir yıla kadar yenilenmiş sayılmaktadır. Bu halde ortaya çıkan ikinci sözleşme zincirleme sözleşme halini almamaktadır. Bu kural bir defa uygulanabilecek bir nitelik taşımaktadır ve sözleşme süresi bir yıldan fazla süreyi kapsıyor ise sadece ilk yılı ilgilendirmektedir. Bunu aşan sürede sözleşmenin belirsiz süreli sözleşme haline gelmesi beklenmelidir. Açıklanan hal Yasada yer alan birinci haldir. İkinci halde ise aynı maddenin ikinci fıkrasına göre belirli süreli bir iş sözleşmesinin süre sonunda yenilenip yenilenmeyeceğinin bir ihbar şartına bağlanması ve bu ihbarın taraflardan herhangi biri tarafından yapılmaması halinde sözleşmenin yenilenmesi durumudur. Burada bir süre sınırı getirilmemiş olmakla birlikte, aynı Yasanın 343. maddesinde belirli süresi 10 yılı aşan veya bir tarafın yaşadığı süre için yapılan iş sözleşmelerinin feshi ihbar ile sona erdirilebileceğinin öngörülmüş olması itibarıyla Yasa kendi içinde tutarlıdır. Burada

da sözleşmenin bir kez yenilenmesiyle zincirleme sözleşme haline gelmeyeceği akla gelmektedir. Ancak bundan fazla yenileme durumu sözleşmeyi zincirleme iş sözleşmesi dolayısıyla belirsiz süreli iş sözleşmesi haline getirecektir. Diğer taraftan 4857 sayılı İş Yasasıyla zincirleme iş sözleşmeleri için özel bir düzenleme bulunması ve bu düzenlemeye göre zincirleme iş sözleşmelerinin yapılabilmesinin esaslı bir nedene (objektif koşul) bağlanması bu genel hükmün uygulama alanını oldukça kısıtlamıştır.

Üçüncü bir yasal düzenleme 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer almaktadır. Yasanın 314. maddesine göre anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin en çok üç yıl süreyle seçilebilmeleri mümkün olup, aynı Yasanın 344. maddesinde ise esas mukavelede aksine hüküm bulunmadığı takdirde müdürlerin, yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerini aşan bir zaman dilimi için tayin edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre anonim şirket müdürlerinin görev süreleri yönetim kurulu üyelerinin görev süreleri ile sınırlandırıldığından adı geçen anonim şirket müdürleri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması durumunda objektif koşulun gerçekleştiği kabul edilmiştir⁷⁷.

Üzerinde durulması gereken son bir yasal düzenleme ise 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasında bulunmaktadır. Yasanın 31. maddesine göre öğretim görevlilerinin öğretim üyesi⁷⁸ kadrolarında görevlendirilebilmeleri en çok 2 yıl süre ile sınırlıdır ve süre sonunda işgal ettikleri kadroya başvuran öğretim üyesi bulunmadığı ve görevlerine devamda yarar görüldüğü takdirde aynı usulle yeniden atanmaları olanaklıdır. Görüldüğü üzere bu durumdaki öğretim görevlisiyle 2 yıla kadar belirli süreli bir iş sözleşmesi yapılması konusunda 2547 sayılı Yasa'yla objektif bir koşul tanımlanmıştır. Ancak öğretim görevlisinin 2 yılın sonunda yeniden atanması ise sözleşmeyi belirsiz hale getirmektedir. Zira atanma usulü benimsendiğinden kişinin yeniden atanması suretiyle iş hukukunun koruyucu hükümlerinden istifade ettirilmeden çalıştırılması mümkün hale gelmektedir. Nitekim Yargıtay da bu maddeye göre istihdamın ilk iki yılında belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için esaslı bir nedenin (objektif koşul) var olduğuna işaret etmekte ve sonraki yıllar için böyle bir nedenin ortadan kalkacağını belirtmektedir⁷⁹.

SONUÇ

Görüldüğü üzere belirli süreli iş sözleşmesi atipik bir iş sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu husus aynı zamanda onun belirsiz süreli iş sözleşmelerine nazaran işçi aleyhine sonuçlar doğurmasıyla da ilgilidir. Ancak iş hayatının kendine has dinamizmi ve ereklere içinde belirli süreli iş sözleşmelerinin toptan yok sayılmasını engellemektedir. Bu açıdan bakıldığında İş Yasasının 11. maddesinde sayılan ve yapılan belirli süreli iş sözleşmesini gerçekten belirli süreli iş sözleşmesi kabul etmeye yarayan objektif koşulların Medeni Kanun'un 2. maddesinde ifade edilen hakkın kullanımında objektif iyiniyet kurallarını, işverenler açısından belirli süreli iş sözleşmesi akdetme hakkı için, belirleyen, açan ve tanımlayan düzenlemeler olduğu görülmektedir. Bu durum bir bakıma işverenin sözleşme yapma sınırlarını işçi lehine olarak kısıtlamaktadır. Aynı zamanda objektif koşulların tanımlanması işçi lehine yorum ilkesi gereği yapılmış belirli süreli iş sözleşmesini de mutlak manada belirsiz süreli kabul edilmesinin önüne geçmektedir. Bu haliyle objektif koşullar bir yandan atipik bir sözleşme türünün var olabilmelerini sağlamakta, bir yandan da kötüye kullanılmasını önlemektedir.

Objektif koşul belirli süreli iş sözleşmesinin bağtılanması aşamasında bulunması gereken koşullardandır. Bu itibarla yapılan işin, çalışılan işyerinin ve çalışacak işçinin niteliği koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde önem arz etmektedir. Ayrıca yasa işin süresinin de belli durumlarda belirli olmasını bir objektif koşul olarak kabul etmesiyle bazen işin niteliğinin yanında veya tamamen nitelikten bağımsız bir şekilde belirli süreli iş sözleşmeleri yapılabilmesinin önünü açmıştır. Bunun yanında Yasal düzenleme, nitelik ve işin belirli süreli olmasıyla oluşan belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça yenilenmesini kabul etmeyecek, zincirleme iş sözleşmeleriyle oluşabilecek hak kayıplarının önüne geçmeye çalışmıştır.

Bu işlevini sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu kabul etmekle yerine getirmektedir. Uyuşmazlık çıktığında sözleşme ve yapılan iş değerlendirilerek iş ilişkisinin baştan itibaren yahut sayılan kısıtların belirleyiciliğinde, belli bir süreden sonra belirsiz süreli olduğuna hükmedilmesine yol açarak belirsiz süreli iş sözleşmelerinin koruyuculuğu altına sokmaktadır.

Objektif koşullar, genel olarak, özellikle ihaleli işlerde görüldüğü üzere işin belirli süreli olması, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması, işin, işyerinin ve işçinin özel durumunun böyle bir çalışmayı gerekli kılmasından ibarettir. Ayrıca çeşitli yasalarda yer alan özel düzenlemeler işin niteliği gerektirmese de sözleşmelerin belirli süreli olabilmesine icazet vermektedir.

Tüm bu hususlar, objektif koşulların bir yandan esnek bir uygulama olan belirli süreli iş sözleşmelerinin bağtlanabilmesinin önünü açtığını, fakat diğer yandan sınırların çizilmesiyle işçiyi bu esnek yaklaşıma karşı korumaya çalıştığını göstermektedir.

DİPNOTLAR

- 1 AKYİĞİT, Ercan: İş Kanunu Şerhi (I. Cilt), Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2006, sf. 456.
- 2 ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, Der Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2005, sf. 114.
- 3 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 456.
- 4 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınları, 3. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2006, sf. 200.
- 5 ALPAGUT, Gülsevil: Belirli Süreli İş Sözleşmesi, TÜHİS Yayınları, Yayın No:24, sf. 5-6.
- 6 ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.e.), sf. 6.
- 7 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 457.
- 8 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 200.
- 9 ŞAKAR, Müjdat: (a.g.e.), sf. 114.
- 10 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 458.
- 11 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 458.
- 12 ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.e.), sf. 8.
- 13 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 458-459; ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.e.), sf. 12-13; CENTEL, Tankut: "Özel Okul Öğretmeniyle Sözleşme Yapılması", Sicil, MESS Yayınları, Sayı7, sf. 23.
- 14 ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.e.), sf. 13-14.
- 15 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 459.
- 16 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 463 (Ayrıca bu konuda yenilenen belirli süreli iş sözleşmelerinin arasında makul bir süre (1-2 hafta veya sözleşmenin konusuna göre 1-2 ay gibi) bulursa da yenilenen sözleşmeler zincirleme iş sözleşmeleri olarak kabul görecektir. Ancak zincirleme iş sözleşmeleri Borçlar Yasasının 339. maddesine göre yapılıyorsa bir başka deyişle tarafların örtülü iradeleri ile oluşuyorsa arada bir zaman diliminin bulunmaması gerekmektedir. Zira örtülü yenilemenin iş sözleşmesinin süresinin bitimine rağmen işçinin işverenin bilgisi altında çalışmasını sürdürmesiyle oluşmaktadır. AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 464-465).
- 17 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 467.
- 18 ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.e.), sf. 78.
- 19 ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.e.), sf. 77.
- 20 Bu konudaki bir diğer düzenleme 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda yer almıştır. Anılan Yasanın 9. maddesine göre özel öğretim kurumunda çalışacak öğretmen, yönetici, usta öğretici gibi eğitim verecek elemanlarla yapılacak iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Bu sözleşmenin daha sonra istenecek olan çalışma izni almak için ilgili birime (valilik) sunulacak olmasından ötürü, buradaki yazılı olma koşulunu bir geçerlik koşulu olarak kabul etmek gerekmektedir.
- 21 Cezai yaptırım, idari para cezası şeklinde 4857 sayılı İş Yasası'nın 99/b maddesi ile 8. maddenin son fıkrasında belirtilen yazılı belgenin işçiye verilmemesi hali için öngörülmüştür.
- 22 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 474.
- 23 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 200.
- 24 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 474.
- 25 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 206.
- 26 ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 19. Baskı, İstanbul 2006, sf. 81.
- 27 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 199.
- 28 KAPLAN/SENYEN, E, Tuncay: İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2006 (A. Nizamettin AKTAY ve Kadir ARICI ile birlikte), sf. 84; ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.e.), sf. 52-56.
- 29 ŞAKAR, Müjdat: (a.g.e.), sf. 114; ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.e.), sf. 7.
- 30 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 199.
- 31 KAPLAN/SENYEN: (a.g.e.), sf. 84; ALPAGUT, Gülsevil: "AB'nde Güvenceli Esneklik ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler", TİSK Akademi, TİSK Yayını, Cilt: 3, Sayı: 5, 2008-I, sf. 23.
- 32 TAŞKENT, Savaş: "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı", Sicil, MESS Yayınları, Mart '08, Sayı 8, sf. 17-18.
- 33 TAŞKENT, Savaş: (a.g.m.), sf. 21.
- 34 ÇELİK, Nuri: (a.g.e.), sf. 85.
- 35 KAPLAN/SENYEN: (a.g.e.), sf. 86; AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 466; ÇELİK, Nuri: (a.g.e.), sf. 85; SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 205.
- 36 Yargıtay 9 HD. 2005-22124/2005-13364/14.04.2005, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 6. Sayı, sf.257-258.
- 37 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 205; AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 467.
- 38 TAŞKENT, Savaş: (a.g.m.), sf. 21.
- 39 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 199.
- 40 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 199-200.
- 41 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 200.
- 42 KAPLAN/SENYEN, E. Tuncay: (a.g.e.), sf. 84.
- 43 TAŞKENT, Savaş: (a.g.m.), sf. 17; KUTAL, Metin: "Avrupa Birliği Normları Karşısında 4857 sayılı İş Kanunu (Genel Bazı Gözlemler)", Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları, AÜ SBF, Yayın No: 595.
- 44 TAŞKENT, Savaş: (a.g.m.), sf. 15.
- 45 TAŞKENT, Savaş: (a.g.m.), sf. 15.
- 46 KUTAL, Metin: (a.g.m.), sf. 485.
- 47 ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.m.), sf. 21-22.
- 48 KUTAL, Metin: (a.g.m.), sf. 484.
- 49 TAŞKENT, Savaş: (a.g.m.), sf. 14.
- 50 ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.m.), sf. 22-24; KUTAL, Metin: (a.g.m.), sf. 485-486.
- 51 TAŞKENT, Savaş: (a.g.m.), sf. 16-17.

- 52 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 457.
- 53 KAPLAN/SENYEN, E. Tuncay: (a.g.e.), sf. 85.
- 54 Yargıtay 9 HD. 2005-12170/2005-15792, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 7. Sayı, sf. 231-233.
- 55 Yargıtay 9 HD. 2005-9-88/2005-157/16.03.2005, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 6. Sayı, sf. 177-179.
- 56 Yargıtay 9 HD. 2006-4680/2006-8238/03.04.2006, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 10. Sayı, sf. 192-194.
- 57 Yargıtay 9 HD. 2006-20114/2007-6285/12.03.2007, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 14. Sayı, Sf. 194-196.
- 58 Yargıtay 9 HD. 2006-5882/2006-27048/16.10.2006, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 12. Sayı, sf. 196-197.
- 59 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 201.
- 60 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 202.
- 61 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 464.
- 62 Yargıtay 9 HD. 2004-7476/2004-2741/01.02.2004, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Yayını, 5. Sayı, sf. 270-273.
- 63 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 462.
- 64 AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 459.
- 65 Yargıtay 9 HD. 2006-22123/2006-30722/20.11.2006, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 13. Sayı, sf. 279-280.
- 66 ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.e.), sf. 78.
- 67 ALPAGUT, Gülsevil: (a.g.e.), sf. 85.
- 68 Yargıtay 9 HD. 2005-16581/2005-21564/16.06.2005, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 7. Sayı, sf. 203-204.
- 69 Yargıtay 9 HD. 2006-32500/2007-3291/13.02.2007, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 14. Sayı, Sf. 229-232.
- 70 Yargıtay 9 HD. 2006-9739/2006-30251/16.11.2006, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 13. Sayı, sf. 283-284.
- 71 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 201.
- 72 ÇELİK, Nuri: (a.g.e.), sf. 83.
- 73 Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği (RG 08.03.2008/26810).
- 74 CENTEL, Tankut: (a.g.m.), sf. 22 (aksi görüş için bkz. AKYİĞİT, Ercan: (a.g.e.), sf. 461).
- 75 CENTEL, Tankut: (a.g.m.), sf. 23.
- 76 CENTEL, Tankut: (a.g.m.), sf. 24.
- 77 SÜZEK, Sarper: (a.g.e.), sf. 204; ÇELİK, Nuri: (a.g.e.), sf. 89.
- 78 Yasanın 3. maddesinde öğretim üyesi, yükseköğretim kurumlarında görevli profesör, doçent ve yardımcı doçent olmak; öğretim görevlileri ise ders vermek ve uygulama yaptırmakla yükümlü öğretim elemanı olarak tanımlanmıştır ki, öğretim elemanı kapsamına yine aynı maddeye göre okutman ve öğretim yardımcıları da dahildir. Buradan hareketle Yargıtay bir kararında (Yargıtay 9 HD. 2006-11556/2006-13052/09.05.2006, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 10. Sayı, sf. 149-151) 2000 yılından beri öğretim üyesi olan yardımcı doçentle her yıl tekrarlanan sözleşmeler yapılması halinde bunu mümkün kılan yasal düzenleme olmaması ve belirli süreli iş sözleşmeleri için de objektif bir koşulun olmaması nedeni ile yapılan çalışmayı belirsiz süreli kabul etmiştir.
- 79 Yargıtay 9 HD. 2007-7323/2007-17668/04.06.2007, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal İş Sendikası Yayını, 5. Sayı, sf. 224-226.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan (2006): İş Kanunu Şerhi (I. Cilt), Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara,
- ALPAGUT, Gülsevil (1998): Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi, TÜHİS Yayınları, Yayın No: 24, Ankara,
- ALPAGUT, Gülsevil: "AB'nde Güvenceli Esneklik ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler", TİSK Akademi, TSİK Yayını, Cilt: 3, Sayı: 5, 2008-I,
- CENTEL, Tankut: "Özel Okul Öğretmeniyle Sözleşme Yapılması", Sicil, MESS Yayınları, Sayı 7,
- Birleşik Metal İş Sendikası, Çalışma ve Toplum, 5. Sayı,
- Birleşik Metal İş Sendikası, Çalışma ve Toplum, 6. Sayı,
- Birleşik Metal İş Sendikası, Çalışma ve Toplum, 7. Sayı,
- Birleşik Metal İş Sendikası, Çalışma ve Toplum, 10. Sayı,
- Birleşik Metal İş Sendikası, Çalışma ve Toplum, 12. Sayı,
- Birleşik Metal İş Sendikası, Çalışma ve Toplum, 13. Sayı,
- Birleşik Metal İş Sendikası, Çalışma ve Toplum, 14. Sayı,
- ÇELİK, Nuri (2006): İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 19. Baskı, İstanbul,
- KAPLAN/SENYEN, E. Tuncay (2006), İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara (A. Nizamettin AKTAY ve Kadir ARICI ile birlikte),
- KUTAL, Metin: "Avrupa Birliği Normları Karşısında 4857 Sayılı İş Kanunu (Genel Bazı Gözlemler)", Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları, AÜ SBF, Yayın No:595,
- SÜZEK, Sarper (2006): İş Hukuku, Beta Yayınları, 3. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul
- ŞAKAR, Müjdat (2005): İş Hukuku Uygulaması, Der Yayınları, 6. Baskı, İstanbul,
- TAŞKENT, Savaş: "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı", Sicil, MESS Yayınları, Mart '08, Sayı 8.

Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. : 2006/30630

Karar No. : 2007/18174

Tarihi : 06.06.2007

ÖZET

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı ile birlikte TİS'nin 24. maddesindeki haksız işten çıkartma için öngörülen iş güvencesi tazminatını gerektirir bir tek eylem söz konusudur. Bu durumda, söz konusu tazminatlardan iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerekir. 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı isteğinin reddine karar verilmelidir. Hüküm altına alınan Toplu İş Sözleşmesi'nin 24. maddesinde öngörülen iş güvencesi tazminatı cezai şart mahiyetindedir. Hükme esas bilirkişi raporu ile belirlenen tazminattan B.K.'nin 161/son maddesi uya-

rınca yapılmış olan indirim çok azdır. Anılan tazminattan daha fazla indirim yapılmalıdır.

(İlgili Mevzuat: 4857 sayılı İş K. Md.5)

DAVA

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

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

2) Davacının iş akdinin işveren davalı belediye tarafından siyasi nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı ile birlikte TİS'nin 24. maddesindeki haksız işten çıkartma için öngörülen iş güvencesi tazminatını gerektirir

bir tek eylem söz konusudur. Bu durumda, söz konusu tazminatlarından iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerekir. 4857 sayılı Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı isteğinin reddine karar verilmelidir.

3) Hüküm altına alınan Toplu İş Sözleşmesi'nin 24. maddesinde öngörülen iş güvencesi tazminatı cezai şart mahiyetindedir. Hükme esas bilirkişi raporu ile belirlenen tazminattan B.K.'nin

161/son maddesi uyarınca yapılmış olan indirim çok azdır. Anılan tazminattan daha fazla indirim yapılmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARAR İNCELEMESİ

Yargıtay kararından anlaşılabilmesine göre siyasi nedenle işine son verilen belediye çalışanı, işvereni belediyeye karşı bir dava açarak hem İş Kanunu md. 5'te yazılı "ayırıcılık tazminatını" hem de yürürlükteki TİS'nde düzenlenen özel "iş güvencesi" tazminatını istemiştir. Yargıtay 9.HD. bu gibi durumlarda tazminatı gerektirir eylem tek olduğuna göre sadece iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte iş hukuku mevzuatında ilk defa genel anlamda bir yasal düzenlemeye kavuşan eşit davranma ilkesi, işverene, aynı durumdaki işçileri arasında keyfi ayırım yapmama, onlara eşit davranma borcu yüklemiştir. Nitekim Anayasa'nın 10'uncu maddesinde "kanun önünde eşitlik" başlığı altında düzenlenen eşitlik ilkesi, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmünü getirmiştir. Bu madde her ne kadar kamu makamlarını ve idareyi muhatap almış gözüküyor ise de Anayasa'nın kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduğuna dair 11'inci maddesi kapsamında eşitlik ilkesinin özel hukuk ilişkilerinde de geçerli olduğu öteden beri kabul edilen

İş Kanunu md. 5/6'da öngörülen tazminat bir tür medeni ceza olup, zarar doğmuş olmasa da ödenmesi gerekir.

bir görüştür¹. Eşitlik ilkesi genel bir hükümle ilk kez bir İş Kanunu içinde düzenlenirken, işverenin "iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapmasını yasaklamıştır (md. 5). Madenin alt fıkralarında eşit davranma ilkesinin ayrıntıları ve yasağa aykırılık halinde uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen eşit davranma ilkesine aykırılık halinde, işçiye dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı hakları da ödenecektir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesi hükümleri saklı tutulmuştur. İş Kanunu md. 5/6'da öngörülen tazminat bir tür medeni ceza olup, zarar doğmuş olmasa da ödenmesi gerekir^{1a}.

İş Kanunumuzda eşitlik ilkesinin doğal sonucu olan iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi sırasında ayırım yapılmasını yasaklayan bir başka düzenleme de aynı Kanun'un 18'inci ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. "Geçerli nedenle fesih" olarak da bilinen bu düzenlemeye göre 30 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az 6 aylık kıdemi olan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, işçinin yetersizliği veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmak zorunda bırakılmıştır. 18'inci maddenin devamında ise sendika üyeliği, sendikal faaliyetler, işyeri sendika temsilciliği, işçinin yasal veya sözleşmeden doğan hakları için işveren aleyhine idari ya da adli makamlara başvurması, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler ile analık ve hastalık nedeniyle işe gelememe fesih için geçerli bir sebep sayılmamıştır.

Eşitlik ilkesini, daha doğrusu ayırıcılık yasağını içeren bir başka hüküm de 2821 sayılı Sendika-

lar Kanunu'nun 31'inci maddesinde yer almıştır. Bu madde de özetle, işvereni sendika üyeliği veya sendikal faaliyetleri nedeniyle çalışan işçileri arasında ayrımcı davranmasını, daha açık bir ifade ile onların işine görünüşte başka, fakat temelde sendikal nedenle son vermesini yasaklar. Yasağa aykırılık halinde eğer ayrımcılığa uğrayan işçi İş Kanunu'nun iş güvencesi kapsamında bir işçi ise İş Kanunu'nun iş güvencesine dair hükümlerinin (işe iade hakkı) korumasına bırakılmış, fakat mahkemenin işe iade kararına rağmen işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat en az bir yıllık ücret tutarı olarak belirlenmiştir. Eğer 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümleri kapsamında olmasına rağmen işçi iş akdinin feshi dışında bir ayrımcılığa maruz bırakılmışsa işveren ceza olarak gene en aşağı bir yıllık ücret tutarında tazminat ödeyecektir. Aynı tazminat

dikal tazminat ya da İş Kanunu md. 17/6'daki kötüniyet tazminatı arasındaki ilişki uygulamada en tartışmalı konulardan biri olmuştur. Tartışma, hükümlerin çakışması durumunda hangi tazminata, ikisine mi yoksa üçüne birden mi hükmedileceği noktasında toplanmaktadır. Bu yazı ile bu konudaki görüşümüzü açıklayarak biz de biraz farklı bir perspektiften bu tartışmaların içine girmek istedik.

1. İş Kanunu md. 5'teki ayrımcılık yasağı tazminatı ile İş Kanunu md. 21'deki iş güvencesi tazminatı arasındaki ilişki eğer işverenin işçiyi işten çıkarma nedeni (örneğin hamilelik nedeniyle) hem İş Kanunu md. 18 hem de İş Kanunu md. 5 kapsamında bir ayrımcılık oluşturuyorsa bu iki tazminatı birlikte isteyebileceğine dair yasa da bir açıklık yoktur. Bazılarına² göre bu durumda işçiye hem İş Kanunu md.5'teki 4 aylık ücret tutarındaki tazminat, hem de davayı kazanmasına rağmen işçinin

İş Kanunu md. 5'teki ayrımcılık yasağı tazminatı ile İş Kanunu md. 21'deki iş güvencesi tazminatı arasındaki ilişki eğer işverenin işçiyi işten çıkarma nedeni (örneğin hamilelik nedeniyle) hem İş Kanunu md. 18 hem de İş Kanunu md. 5 kapsamında bir ayrımcılık oluşturuyorsa bu iki tazminatı birlikte isteyebileceğine dair yasa da bir açıklık yoktur.

tutarı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında kalan ya da diğer iş kanunlarına tabi işçi statüsündekilerin uğradığı ayrımcılık hali için de geçerli olacaktır (md. 31/son). Bir de İş Kanunu md. 17/6 düzenlenen ve işverenin işçinin sözleşmesini kötüniyetle feshetmesi halinde ona ödemesi gereken ihbar önelinin üç katı tutarındaki kötüniyet tazminatı vardır. Görülüyor ki, iş yasalarımız biri genel hüküm niteliğinde İş Kanunu md.5'te, diğerleri daha özel nitelikte olmak üzere (İş Kanunu md. 17, 21 ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu md. 31) ayrımcılık yaratan bir biçimde işçinin işten çıkarılmasını yasaklayan ve bunu tazminat yaptırımına bağlayan 4 maddeye sahiptirler. İşte yasaklanan bir ayrımcılık nedeniyle işçinin işten çıkarılması halinde İş Kanunu md. 5'e göre talep edebileceği tazminat ile aynı olay nedeniyle İş Kanunu md.21 uyarınca isteyebileceği 4-8 aylık ücret tutarındaki iş güvencesi tazminatı ve Sendikalar Kanunu md. 31 uyarınca ödenecek sen-

işe başlatılmaması halinde İş Kanunu md.21'deki en az 4 aylık en çok 8 aylık ücret tutarındaki tazminat ödenecektir. Çünkü bu durumda işverenin ayrımcı eylemi dışında bir de mahkeme kararına rağmen işe başlatmama eylemi şeklinde ikinci bir eylemi söz konusudur. İş Kanunu her iki eylem için farklı yaptırımlar öngörmüştür. O halde iki ayrı tazminata yol açan iki ayrı eylem için iki ayrı tazminata bir arada hükmetmeye engel bir durum yoktur. Hatta unutmamak gerekir ki, işveren işçiyi işe başlatarak iş güvencesi tazminatı ödemesi dahi ayrımcı davranış bir kere gerçekleşmiştir. İş Kanunu md. 5'teki tazminata hükmetmek için iş ilişkisinin sona ermiş olması gerekmemektedir.

Buna karşılık diğer bir görüş³ işverenin iş güvencesi hükümlerine aykırı bir işten çıkarma kararı aynı zamanda İş Kanunu'nun 5'inci maddesi kapsamına giren bir ayrımcılık oluşturuyorsa bu durumda hem işe almama tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek aynı eyleme iki

İşçi birden çok tazminat talep etmişse işçinin en lehine olana hükmetmek gerekir.

ayrı ceza vermek gibi bir sonuç doğuracağından bu kabul edilemez. Bu takdirde iki tazminat birden istenmişse işçinin lehine olan tazminata yani sendikal tazminata hükmedilmelidir. Yoksa iki tazminata birden değil. İnceleme konusu yaptığımız Yargıtay 9.HD'nin görüşü de bu yöndedir.

Biz iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenemeyeceği, bu hallerden işçinin lehine olana hükmedilmesi gerektiği görüşüne katılıyoruz. Şöyle ki, ortada işverenin aslında “tek bir eylemi” vardır. O da, işçisini geçerli olmayan bir nedenle işten çıkarma eylemi. Daha sonra mahkeme kararına rağmen onu işe iade etmemesi yeni bir eylem teşkil etmez. Onun fikir birliği, amaç tekliği yani işten çıkardığı işçiyi geri almama eylemi devam etmektedir. Ortada işverenin birbirinden bağımsız iki ayrı eylemi varmış gibi yorum yapmak ortaya yapay bir eylem çıkarmaktan başka bir şey değildir. İncelediğimiz kararda da Yargıtay eylemin tekliğine değinmiştir. İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin İş Kanunu md. 5'te belirtilen nedenlerle feshedilmesi ve bir daha işe iade edilmemesi halinde yukarıdaki görüş benimsenirse, işçiye hem işe iade etmeme tazminatı ve boşta geçen süre ücreti, hem de eşit davranma ilkesine aykırılıktan doğan 4 aylık ücret tutarında tazminat ödenmiş olacaktır ki, aynı eyleme birden fazla hukuki yaptırım bağlanması anlamına gelir. Bunu kabul etmek güçtür. Bu durumda işçinin ister iş güvencesi tazminatını ister ayrımcılık tazminatını isteme gibi seçimlik bir talep hakkı olmalıdır⁴. Ancak işçi birden çok tazminat talep etmişse işçinin en lehine olana hükmetmek gerekir.

Aynı eylem nedeniyle iki ayrı yaptırıma hükmedilmemesi gerektiği yönündeki görüşümüzü güçlendiren bir başka neden de Ceza Hukukundaki “fikri içtima” kuralıdır. Gerçekten 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 44'üncü maddesine göre “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”. Tek bir ceza ister fiilin tekliğine ister hareketin tekliğine dayansın so-

nuç değişmez. Ayrıca tek bir fiil ister aynı yasada düzenlenmiş birden fazla ceza maddesinin kapsamına girsin ister farklı yasalardaki ceza hükümlerinin kapsamına girsin yine tek bir ceza fakat en ağır olanı uygulanır⁵. Zaten ayrımcılık tazminatı ve iş güvencesi tazminatının hatta İş Kanunu md. 17/6'daki kötüniyet tazminatının bir tür medeni ceza olarak nitelendirilmesi de bu görüşü destekler.

2. İşverenin eylemi hem Sendikalar Kanunu md. 31 kapsamına giren sendikal bir nedenle işten çıkarma olur, hem de İş Kanunu md. 5 kapsamına giren bir ayrımcılık olursa her iki tazminata mı yoksa bunlardan sadece birine mi hükmedilecektir? Bu konuda yasa hükmü açıktır.

Nitekim İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesini düzenleyen 5'inci maddesinin 6'ncı fıkrası “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31'inci maddesi hükümleri saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bunun anlamı eğer işçiye yapılan ayırım sendikal nitelikte ise artık İş Kanunu md. 5/6'daki dört aylık ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatına değil, Sendikalar Kanunu md. 31/6'da öngörülen işçinin en aşağı bir yıllık ücreti tutarındaki tazminata hükmedilecektir. İş Kanunu md.5/6'daki saklı tutma sözlerinin anlamı budur.

Sendikalar Kanunu md. 31/6'da ve 31/7'de ise ayrımcılığa maruz kalan işçiler iş güvencesinden yararlananlar ve yararlanmayanlar olarak ikiye ayrılmış, sendikal ayrımcılık da iş sözleşmesinin feshi niteliğinde olan ve olmayan diye ikiye ayrılmıştır. Bu ayrımlara göre uygulanacak yaptırım da biraz farklı biçimde belirlenmiştir.

Tek bir fiil ister aynı yasada düzenlenmiş birden fazla ceza maddesinin kapsamına girsin ister farklı yasalardaki ceza hükümlerinin kapsamına girsin yine tek bir ceza fakat en ağır olanı uygulanır.

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde 9.8.2002 tarih ve 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda, iş sözleşmesinin feshi dışında kalan sendikal nedenle ayırimcılık durumlarında bu madde gereğince işçinin bir yıllık ücretinden az olmayacak bir tazminata hükmedilecektir. İş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda ise İş Kanunu'ndaki iş güvencesine ilişkin hükümler uygulanacak, ancak iş güvencesi tazminatı olarak belirlenecek tutar yine işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır.

Sendikalar Kanunu md. 31'de 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra, sendikal tazminatın sadece iş ilişkisinin devam ettiği süre içinde yapılan sendikal nitelikteki ayırimcılık durumlarında talep edilebileceği, fesih durumunda ise iş güvencesi hükümlerine yapılan atıf nedeniyle artık sendikal tazminat istenemeyeceği fakat ancak işe iadeyi talep edilebileceği sonucuna varılmak gerekir⁶. Bu düzenleme tarzının temelinde, işe iade kurumunun işçi için daha güçlü bir koruma sağladığı, işçinin ilk planda bunu isteyeceği varsayımı yatar⁷. İş Kanunu md. 18 vd. hükümlerinin uygulanması sonucu hakimin işe iade kararına rağmen işten çıkarılan işçinin işe alınmaması durumunda ise kendisine ödenecek en az bir yıllık ücret tutarındaki tazminat ise artık sendikal tazminat değil olsa "ağırlaştırılmış iş güvencesi tazminatı" olur⁸. Nitekim Yargıtay 9.HD., iş güvencesi kapsamı içindeki işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde İş Kanunu md. 18-21 hükümlerinin uygulanması gerektiğini bu nedenle ayrıca kötüniet tazminatı ya da sendikal tazminat talep edilemeyeceği içtihadını sürdürmektedir⁹.

İş güvencesi sistemi içinde kalan bir işçinin sadece işe iadeyi talep edebilmesi, işçiyi sendikal haklara saygı göstermeyen bir işverene bağlı olarak yeniden çalışmak zorunda bıraktığı için isabetsiz bulunmuştur. Bu konuda bir çözüm önerisi olarak işçiye doğrudan sendikal tazminat talep edebilme ya da işe alınmama durumunda sendikal tazminat talep edebilme olanağının sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür. İşe iade davasının uzun süren bir yol olması, sonucunda tespit niteliğindeki bir karara ulaşılması, bu kararın icrası ile ilgili olarak karşılaşılan sorunlar nedeniyle doğrudan sendikal tazminat talep edilebilmesi olanağının sağlanması durumunda daha yüksek bir koruma sağlanacağı da

Hukukumuz, hukuka aykırı nitelikteki niyeti ve saiki cezalandırmaz, hukuka aykırı eylemi cezalandırır.

ifade edilmiştir. Ayrıca iddiaya göre, işverenin işe iade kararı doğrultusunda işçiyi yeniden çalıştırmaya başlaması durumunda, sendikal nedenle ayırimcılığa maruz kalan işçi herhangi bir tazminat alamamış olacaktır¹⁰.

Bize göre İş Kanunu md. 5/6'daki atıf çok açık olup adaletin tecellisi adına farklı çözümler üretme çabası içine girilmesi doğru olmaz. Hukukumuz, hukuka aykırı nitelikteki niyeti ve saiki cezalandırmaz, hukuka aykırı eylemi cezalandırır. Eğer hukuka aykırı eylem son bulmuş, eski hale dönmüşse buna ceza uygulamamak gerekir.

Sonuç olarak İş Kanunu md. 5/6, sendikal ayırimcılık halinde Sendikalar Kanunu md. 31 hükümünü saklı tuttuğuna göre sendikal nedenle ayırma maruz kalarak işini kaybeden işçi hakkını İş Kanunu md. 5'e göre değil, Sendikalar Kanunu md. 31'e göre aramalıdır. Açık yasal düzenleme karşısında işçinin hem sendikal tazminat hem de ayırimcılık tazminatını talep edebilmesi mümkün değildir. Bu durumda davayı kazanmasına rağmen işe geri alınmamış ise sadece Sendikalar Kanunu md. 31'deki tazminatı talep edebilir¹¹. Yine 2821 sayılı Kanun'un md. 31/6'nın açık ifadesi karşısında işverenin işçisine iş sözleşmesinin feshi dışında bir sendikal nedenle ayırım yapması halinde işçiye ödenecek tazminat İş Kanunu md. 5/6'daki ayırimcılık tazminatı değil, Sendikalar Kanunu md. 31/6'daki en az bir yıllık ücret tutarındaki sendikal tazminattır. Fakat ikisi birden değildir. Belirtelim ki, en az bir yıllık ücret tutarındaki tazminat bu durumda sendikal tazminat olup İş Kanunu md.21 anlamında ağırlaştırılmış iş güvencesi tazminatı değildir.

3. Acaba iş güvencesi hükümleri dışında kalan bir işçinin sendikal nedenlerle ayırimcılığa uğraması ve işine son verilmesi halinde kendisine İş Kanunu md. 17/5'teki kötüniet tazminatı yanında Sendikalar Kanunu md. 31/sondaki en az bir yıllık ücret tutarında tazminat da ödenecek midir? Bazıları bunu İş Kanunu md. 5/6'daki saklı tutma

gibi bir hükme konu olmadığı ve işçinin de daha lehine bir sonuç olacağı için mümkün görmekte-dirler¹². Biz yukarıdaki düşüncelerimiz paralelinde buna da olanak görmemekteyiz. Aynı eylem ne-deniyile bir kimseye iki ayrı ceza uygulanamaz. Bunlardan işçinin daha lehine olanı yani en az bir yıllık ücret tutarındaki sendikal tazminat uygula-nır. Esasen sendikal tazminat kötüniyet tazminatı-nın özel bir türüdür¹³. Bu gerekçelere yukarıda di-le getirdiğimiz Ceza Kanunu'ndaki fikri içtima ku-ralını da (md. 44), yani birden fazla ceza hükmü-nün kapsamına giren tek bir eylem yapılmasında sadece bunlardan en ağır olanına karar verme ku-ralını da eklemek görüşümüzü daha da güçlendi-rir.

Sonuç itibariyle, Yargıtay 9.HD'nin 6.6.2007 ta-rih ve E. 30630, K. 18174 sayılı kararında yer alan düşüncenin yasanın getirdiği sisteme ve amaca da-ha uygun düştüğü görüşündeyiz.

DİPNOTLAR

- 1 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 20. bası, İstanbul 2007, 175; A.C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, 108; K.Doğan-Yenisey, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, LEGAL İş. HD, 2005/7, 974; S.Süzek, İş Hukuku, 2. bası, İstanbul 2005, 361.
- 1a Ü. Narmanlıoğlu, Sendikal Tazminat Talebi, Karar İncelemesi, Legal İş HD., 2005/5, H.Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, 442; A.C.Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Semineri, 3-4.6.2006, İst. Barosu-GS Üniversitesi 2007, 36; Gaye B.Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008 (Basılmamış Doktora Tezi), 389.
- 2 Süzek, 368; F. Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. bası, İzmir 2005, 124; K. Doğan-Yenisey, İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, 2006/4, 79; H.Mollamahmutoğlu, İş Hukuku 2. bası, Ankara 2005, 442; Ş.Çil, Karar İncelemesi, Legal İşHD, 2005/6, 675; Gaye B.Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008 (Basılmamış Doktora Tezi) 397; G. Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları İstanbul 2007, 283.
- 3 Çankaya/Günay/Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 57; Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. bası, İstanbul 2008, 141.
- 4 Çankaya/Günay/Göktaş, 58.
- 5 Bak. T. Demirbaş, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. bası, Ankara 2006, 481 vd.
- 6 Çankaya/Günay/Göktaş, 57; Mollamahmutoğlu, 443; Çil, 675; Yıldız, 398; Tuncay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Semineri, 36; Demir, 124; P.Soyer, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 66; N.Çelik, İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem

- Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İş HD., 14/2007, 491.
- 7 Soyer, 66.
- 8 C.Tuncay, Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 116; Karş. Narmanlıoğlu, 246.
- 9 9.HD., 7.12.2005, E. 11133, K. 38820, Çalışma ve Toplum, 2006/2, 204; 27.12.2004, E.20181, K. 29411 ve Çil'in İncelemesi, Legal İş HD., 2005/6, 666-667.
- 10 Çil, 670.
- 11 Yıldız, 402.
- 12 Süzek, 368; Mollamahmutoğlu, 442; Yıldız, 392 vd.
- 13 Çankaya/Günay/Göktaş, 57-58; K. Doğan-Yenisey a.g.e., Çalışma ve Toplum 2006/4, 80-81; Çil, 676; Soyer, 66.

Doç. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İşyerinde Yürütülen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararının İncelenmesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/20114

Karar No : 2007/6285

Tarihi : 12.03.2007

DAVA

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacı ile belirli süreli iş sözleşmesi imzalandığını ve süre bitimi ile iş sözleşmesinin sona erdiğini, davacının iş güvencesi kapsamında kalmadığını savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davacının davalı işyerinde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 inci maddesi uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Fesih tarihinde yürürlükte olan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, "iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene da-

yalı zincirleme iş sözleşmeleri belirli süreli olma özelliğini korurlar.”

Dosya içeriğine göre, eski hükümlü olan davacı ile belirli süreli iş sözleşmesi imzalanmış, sözleşmede işten ya da işçinin vafından kaynaklanan bir objektif ve esaslı nedenden bahsedilmemiştir. Davacının çalıştığı işyerindeki kaynak bölümü sürekli bir iştir. Somut bu maddi olgulara göre, davacı ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif neden bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu ve davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gerekçesi yerinde görülmemiştir.

Davalı işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının, iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir neden belirtilmediğinden, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermek gerekir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 üncü maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçe ile,

1- Mahkemenin kararının bozularak ortadan

kaldırılmasına,

2- Feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,

3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,

4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacının yapmış olduğu 26,50 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 450 YTL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine kesin olarak 12.03.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I - İnceleme konumuz olan Yargıtay kararı, aslen işe iade davasına ilişkin bir karar olmakla beraber, kararın önemi işverenin belirli süreli iş sözleşmesi yapabilme serbestisine ve belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi koşullarına değinmesi noktasındadır. Yargıtay kararına esas alınan mevzuat 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesidir.

Görüldüğü üzere kararda Yargıtay, davacı işçinin işine iadesine karar vermekte ve buna gerekçe olarak da işçinin iş sözleşmesinin işverence iddia edildiği gibi “belirli süreli iş sözleşmesi” olmaması, aksine “belirsiz süreli iş sözleşmesi” olmasını göstermektedir.

Yargıtay'ın bu kararı daha önce de vermiş olduğu birçok kararı ile aynı yöndedir. Zira Yargıtay bu tür işe iade davalarında, iş güvencesi hükümlerinin sadece “belirsiz süreli iş sözleşmelerine” ilişkin olduklarını göz önüne alarak, öncelikle işçi ile işve-

ren arasında imzalanmış bulunan iş sözleşmesinin türünü tespit etme yoluna gitmektedir. Yargıtay istikrarlı bir biçimde bu süreçte, iş sözleşmesinin türüne ilişkin olarak, işverenin kararını dikkate almakta, aradaki sözleşmenin türünü İş Kanunu hükümlerini dikkate alarak kendisi tekrar tespit yoluna gitmektedir. Bu şekilde iş sözleşmesinin türüne ilişkin olarak yapılan tespitten sonra da iş güvencesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar vermektedir¹.

Yargıtay'ın bu yöndeki istikrarlı içtihadı, artık özellikle belirli süreli iş sözleşmesi yapılması hususunda işverenlerin bir serbesti içerisinde olamayacağı aksine, İş Kanunu hükümleri ile sıkı sıkıya bağlı olacakları esasını vurgulamaktadır. Zira artık yargı aşamasında iş sözleşmesinin başlığında “belirli süreli iş sözleşmesi” yazması herhangi bir şey ifade etmemekte, İş Kanunu hükümlerine göre belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün olma-

yan bir halde “sözleşme belirli süreli olarak yapılmış ise, mahkemece sözleşme “belirsiz süreli iş sözleşmesi” sayılmakta ve buna uygun hüküm verilmektedir.

II - İncelemekte olduğumuz karara esas alınan olgu da, uyuşmazlığa ilişkin olayda davacı işçi ile davalı işveren arasında yapılmış bulunan ve işverence “belirli süreli iş sözleşmesi” olduğu iddia edilen sözleşmenin; İş Kanunu hükümlerine göre “belirli süreli” olarak yapılamayacağı ve bu yüzden bu sözleşmenin “belirsiz süreli” sayılması gerektiğidir.

Nitekim söz konusu uyuşmazlıkta, karardan anlaşıldığı kadarı ile davacı işçi işyerindeki kaynak bölümünde çalışmaktadır. Davacı ile işveren arasındaki iş sözleşmesi de “belirli süreli iş sözleşmesi” olarak adlandırılarak imzalanmıştır. Yerel mahkeme, bu sözleşmeyi belirli süreli bir iş sözleşmesi olarak kabul etmiş ancak Yargıtay ise, söz konusu iş sözleşmesinde işten ya da işçinin vasfından kaynaklanan bir objektif ve esaslı nedenden bahsedilmediği ve işyerindeki kaynak bölümünün sürekli bir iş olduğu gerekçelerini ileri sürerek aradaki sözleşmenin belirli süreli bir iş sözleşmesi sayılamayacağını aksine bu sözleşmenin belirsiz süreli bir iş sözleşmesi sayılarak ona göre hüküm verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Görüldüğü üzere, uyuşmazlıkta söz konusu olan en önemli husus, davacı işçinin yapmakta olduğu “kaynak işine” ilişkin olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı noktasıdır.

III - Bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu, öncelikle işin geçici ya da sürekli olması ayırımı üzerinde durmuş, yapılan işin sürekli ya da süreksizliğine göre, işçinin İş Kanunu ya da Borçlar Kanunu'na tabi olacağı esasını getirmiştir. Buna göre, İş Kanunu m.10 uyarınca; bir işin sürekli sayılması, işverenle işçi arasında yapılan sözleşmenin süresine bakılarak değil, asıl işin niteliği itibarıyla 30 işgününden fazla sürecek olmasına bağlıdır. Bu anlamda İş Kanunu m.10'a göre, nitelikleri bakımından en çok 30 işgünü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla süren işlere ise sürekli iş denilmektedir.

İş Kanunu diğer yandan, yapılacak iş sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli yapılabilmesine ilişkin bir düzenlemeye de 11. maddesinde yer vermiş, bu ayırımı sağlayabilecek şekilde de belirli süreli iş sözleşmesi ve belirsiz süreli iş sözleşmesi

yapılabilmesi esaslarını getirmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmesi gerçek anlamda sürekli (daimi) çalışmayı ifade etmese de, özellikle belirli süreli iş sözleşmesi yapılması tam olarak önceden belirlenmiş geçici bir süre istihdamı ifade etmektedir.

İş güvencesine ilişkin hükümlerin belirsiz süreli iş sözleşmelerine ilişkin olması ve bu yüzden işverenlerin belirli süreli iş sözleşmesi yapma yolunu tercih edebilecekleri varsayımı, ILO'nun 158 No'lu Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 3. fıkrasında da ifade edildiği üzere, işverenlerce belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına karşı güvenceler tesis edilmesi düşüncesini doğurmuştur. Nitekim bu husus 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11'inci maddesinin gerekçesinde² de, “iş sözleşmesi taraflarının bu tür sözleşmeleri meydana getirmedeki serbestileri ILO'nun "İş Sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi" ve Avrupa Birliği çalışma müktesebatı, özellikle Konseyin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan "Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması"na uygun sınırlamalara tabi tutulmuştur.” sözleri ile açıkça ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere 4857 sayılı İş Kanunu, belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırma konusunu, uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Birliği Direktifleri'nin ışığında 1475 sayılı Kanun döneminden oldukça farklı bir içerikte düzenlemiştir.

IV - Bu anlamda çalışma yaşamında asıl olanın belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma olduğu düşüncesinden hareketle, 4857 sayılı İş Kanunu işverenlerin işçilerle belirli süreli iş sözleşmesi yapma özgürlüğüne bir sınır getirmiştir.

Söz konusu sınırlama İş Kanunu m.11'de yer alan belirli süreli iş sözleşmesinin tanımından anlaşılmaktadır. Zira İş Kanunu m.11/1 uyarınca, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

11. maddedeki ifade dikkate alındığında, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması imkanının bazı objektif koşulların varlığına tabi tutulmuş olduğunu belirten bir anlatım görülmektedir. Bu anlamda objektif koşulların bulunmadığı hallerde yapılan sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul

edilecektir. Görüldüğü üzere, 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde, Yargıtay kararlarıyla çözümlenmeye çalışılan bu tür uygulamaların, işçiler açısından ortaya çıkarabileceği olumsuz sonuçların önüne geçilebilmesi amacıyla, 4857 sayılı İş Kanunu 11. maddesi objektif sebeplerin varlığını belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesinin bir ön koşulu haline getirmiştir. Ancak doktrinde bu konuda bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Nitekim doktrinde bizim de katıldığımız birçok yazar, maddede sözü edilen objektif sebeplerin bulunmaması durumunda, tarafların bir kez dahi olsa belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmelerinin mümkün olmayacağı ve yapılmış olan sözleşmelerin yargı organlarının önünde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacakları görüşünü savunurken³, bazı yazarlar ise objektif koşullara bağlı olmaksızın tarafların Anayasa'nın "sözleşme özgürlüğü" ilkesine dayanarak tespit ettikleri ve belirli süreler için yaptıkları bir defaya ilişkin sözleşmelerin de belirli süreli sözleşme sayılacağını⁴ ve bu yorumun da maddedeki ifade tarzına uygun olduğunu⁵ ifade etmektedirler.

Diğer yandan, doktrinde yine bazı yazarlarca ise, kural olarak, objektif nedenlerin varlığının belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesinin bir ön koşulu olduğu ve objektif nedenlerin olmaması durumunda tarafların belirli süreli sözleşmeleri yapamayacakları kabul edilebilecek ancak, bazı istisnai hallerde bu kural dışına çıkılabilecektir. Örneğin işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri, iş güvencesi kapsamına girmedikleri için (İş Kanunu m.18/son), belirli süreli bir iş sözleşmesi yapmayı kendileri açısından yararlı bulabilecekler ve başkaca objektif neden olmasa bile belirli süreli iş sözleşmesi yapabileceklerdir. Yani bu görüşe göre, özellikle iş güvencesi kapsamı dışında kalan kimselerin belirli süreli iş sözleşmesi yaparak, bu süre kadar kendilerine iş güvencesi sağlama hakları olduğu göz önünde tutularak, hiç olmazsa bu konumda olan işçiler bakımından taraflara belirli süreli iş sözleşmesi yapma olanağını tanımak ve bu yolu açık tutmak yanlış olmayacaktır⁶. Aslında bu görüş de, iş güvencesi kapsamında olmayan tüm işçiler açısından ileri sürülmemekte, bu işçilerden objektif ko-

şullara göre böyle bir sözleşmeyi istediğinin veya isteyebileceğinin açık bir biçimde ortada olanları açısından bu çözüm ileri sürülmektedir. Zira bu düşünce, zaten böyle bir durumda da aslında bir anlamda belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için bir olgunun bulunduğu düşüncesinden doğmaktadır. Yoksa bu görüş de iş güvencesi kapsamı dışında kalan tüm işçiler ile belirli süreli iş sözleşmesi yapma yolunun tamamen açık tutulmasının kötüye kullanımlara neden olabileceğini kabul etmektedir⁷.

Yargıtay da uygulamada istikrarla doktrindeki baskın görüşe uygun kararlar⁸ vermekte ve objektif sebeplerin olmadığı durumlarda belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılamayacağı ve şayet yapılmışsa bu sözleşmelerin belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı yönünde kararlar vermektedir.

V - İş Kanunu'nun 11. maddesinde sözü edilen objektif koşulların neler olduğuna bakıldığında ise, madde metninde bu koşulların; belirli süreli işlerin varlığı, belli bir işin tamamlanması durumu ve belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi nedenler olarak⁹ örneklendiği görülmektedir. Gerçekten de, işyerlerinde belirli süreli işçi istihdam edilmesi uygulamada farklı nedenlere bağlı olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bilindiği üzere, işyerinde işçiye duyulan ihtiyaç, işçinin ifa edeceği işin sınırlı bir süreye tabi olması nedeniyle gerçekten geçici bir nitelik gösterebilecektir. Böyle bir durumda, genellikle işletmenin veya işyerinin acil bir işgücü gereksiniminin giderilmesi zorunluluğu doğmuş olabilecektir¹⁰. Söz konusu bu durum ani bir sipariş yükselmesi ya da mevcut çalışanlardan birinin izne ayrılması şeklinde tezahür edebilecektir. Bunun gibi, bazı hallerde ise yarım kalan bir işin tamamlanması ihtiyacı bazı hallerde beklenmeyen bir durumun, olgunun ortaya çıkması belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını haklı gösterebilecektir. Bu anlamda geçici bir süre işçiye ihtiyaç duyulacak işleri, daimi olarak işçiye ihtiyaç duyulacak işlerden ayıran en önemli noktanın, geçici işlerin işletmenin organizasyonuna ilişkin yapısı veya işleyişine dahil olmayıp özellikle bunların dışında, genellikle öngörülemeyen durumlarda ortaya çıkan ve işgücü gereksinimi sonucu doğmuş olan işler olduğu şeklindeki görüş¹¹ kabul edilebilecektir.

Diğer yandan, İş Kanunu m.11'de örnekleme yoluyla belirtilmiş bulunan objektif nedenler dışın-

da mevzuatımızda belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan bazı düzenlemeler de yine belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi açısından objektif neden olarak kabul edilebilecek ve bu gibi hallerde belirli süreli sözleşmenin kurulabilmesi için başkaca bir neden aranmayacaktır¹².

Nitekim 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrasına göre bu kurumlarda çalışan müdür, diğer yönetici ve öğretmenler ile bağitlanacak iş akitleri en az bir yıl süreli olacaktır. Görüldüğü üzere burada sözleşmenin süreli olacağı ve bunun süresinin de en az 1 yıl olacağı kanun hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine bunun gibi, Türk Ticaret Kanunu'nun 314. maddesinde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin en çok üç yıl süreyle seçilecekleri öngörülmüş, aynı Yasanın 344. maddesinde ise esas mukavelede aksine hüküm bulunmadığı takdirde müdürlerin, yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerini aşan bir zaman için tayin edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeden çıkan sonuç da, anonim şirket müdürlerinin görev süreleri yönetim kurulu üyelerinin görev süreleri ile sınırlandırıldığından, dışarıdan doğrudan şirket müdürü olarak işe alınan anonim şirket müdürleri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının bir anlamda zorunlu hale geldiğidir¹³. İşte bu gibi yasal düzenlemelerin olduğu hallerde de artık başkaca objektif bir neden aranmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir ve bu sözleşmeler de geçerli sayılacaklardır¹⁴.

Ayrıca belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif (esaslı) bir nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir objektif neden ortaya çıkmışsa belirli süreli sözleşmeler yinelenebileceklerdir¹⁵. Yine aynı şekilde, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması kanun gereği ise, bunu izleyen zincirleme sözleşmeler de belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmeyeceklerdir¹⁶. Buna karşın, belirli süreli iş sözleşmesi, objektif bir neden ya da yasal bir düzenleme gereği olmadıkça, birden fazla üst üste yani zincirleme yapılamayacak, objektif neden olmaksızın bir kez dahi yenilenme söz konusu olsa bile iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilecektir.

VI - Diğer yandan Yargıtay vermiş olduğu birçok kararda, bir iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli sayılabilmesine ilişkin olarak “işin nite-

liği”nin veya “işçinin niteliği”nin ölçüt olarak alınması, İş Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülmüş olmasına rağmen, bu ölçütü de dikkate almaktadır. Buna göre, Yargıtay şayet işçi nitelikli (vasıflı) bir işçi ise sözleşmenin belirli süreli olarak yapılmasında bir objektif nedenin olduğunu kabul etmekte, aksine işçi (niteliksiz) vasıfsız bir işçi ise belirli süreli iş sözleşmesi düzenlenmesini gerektirecek bir objektif sebebin olmadığını kabul etmektedir. Bu sebeple doktrinde de ifade edildiği üzere, Yargıtay belirli süreli iş sözleşmelerinin varlığı bakımından işin veya işçinin niteliği ölçü alındığı için birçok uyuşmazlıkta Kanunun amacını aşan kanuna uygun olmayan sonuçlara varmaktadır¹⁷.

Nitekim Yargıtay'ın hemşirelik¹⁸ ve işyeri hekimliği¹⁹ gibi meslekleri icra eden işçilerle, yaptıkları işin önemli ve nitelikli olması gereğince belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği ve bu sözleşmelerin ardı ardına yapılması durumunda bile belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmeyecekleri yönünde kararları bulunmaktadır. Bu görüşten hareket eden Yargıtay, fabrikada çalışan imalat işçisinin²⁰ ya da alışveriş merkezinde güvenlik görevlisi²¹ olarak çalışan elemanın yaptığı işi nitelikli ve önemli bir iş görmeyerek bu gibi işçilerle İş Kanunu m.11'de sözü edilen koşullar olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağına, aksi halde bu sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceğine yönelik kararlar vermektedir. Oysa, bir işyerinde süreklilik taşıyan hemşirelik veya doktorluk hizmetlerinin salt nitelikli bir iş olmaları sebebiyle belirli süreli iş sözleşmesine konu olabileceklerini kabul etmek kanunun anlatımına uygun değildir²².

VII - İncelemekte olduğumuz Yargıtay kararında, sözü edilen sözleşme konusu iş “kaynak işi”dir. Burada işin niteliği göz önüne alınarak yapılacak bir değerlendirme yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanunu anlamında belirli süreli iş sözleşmesi yapıp yapılamayacağına ilişkin verilecek kararda yanılıcı olabilecektir.

Nitekim Yargıtay'ın önceki bazı kararlarında olduğu gibi kaynak işini vasıfsız bir iş olarak görüp, bu tür bir işe ilişkin olarak yapılacak iş sözleşmesinin her zaman için belirsiz süreli bir iş sözleşmesi sayılacağını söylemek kanımızca doğru olmayacaktır. Zira, bir iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli sayılabilmesine ilişkin olarak “işin niteli-

ği'nin veya "işçinin niteliği"nin ölçüt olarak alınması, İş Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülmemiştir. Zaten Yargıtay da kaynak işine ilişkin yapılacak sözleşmenin belirli süreli olarak yapılıp yapılamayacağını tespit ederken bu ölçütü kullanmamıştır.

Yargıtay kararda iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılabilmesi koşutu olarak "yapılan işin sürekli bir iş olup olmadığı" noktasından hareket etmiştir. Yargıtay'ın burada kullanmış olduğu ölçüt kanımızca İş Kanunu m.11'de getirilmiş olan esasa uygundur. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, İş Kanunu 11'inci maddesinde işverenlerin ancak objektif sebeplerin varlığı durumunda belirli süreli iş sözleşmesi yapabileceklerini belirtmiş ve bu objektif sebeplerden birinin de "belirli süreli işlerin varlığı" olabileceği esasını getirmiştir.

Buna göre, işverenin İş Kanunu uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi yapıp yapamayacağına ilişkin karar verirken yapılacak işin "belirli süreli" bir iş olup olmadığına bakmak doğru bir ölçüt olacaktır. Yargıtay kararındaki ifadeden anlaşıldığı kadarıyla işyerinde "kaynak bölümü" diye adlandırılan bir bölüm olup, bu bölümde işyerinin diğer bölümlerinde de olduğu gibi sürekli olarak faaliyet devam etmektedir. Yani bir başka ifade ile işyerinde geçici olarak yapılması gereken bir "kaynak işi" bulunmamaktadır. Kaynak işi asıl işin bir bölümüdür ve asıl iş devam ettiği sürece işyerindeki kaynak faaliyeti de devam edecektir. Bu durumda da, yapılan bu iş "belirli süreli bir iş" olarak kabul edilemeyecektir.

Kaynak işinin "belirli süreli" bir iş olarak kabul edilmemesi durumunda da, Yargıtay'ın kararında dikkate aldığı ölçütün İş Kanunu m. 11'de sözü edilen objektif sebebin varlığının tespitinde doğru bir ölçüt olduğu söylenebilecektir. Ancak burada da dikkate alınması gereken nokta, sürekli bir iş olarak kabul ettiğimiz "kaynak işinde" çalışmak üzere işe alınan işçinin, bu işte sürekli olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin izne çıkması gibi bir sebeple geçici olarak onun yerine işe alınıp alınmadığı noktasıdır. Şayet böyle bir durum söz konusu ise, bu kez iş sürekli bir iş olsa da, asıl işçinin geçici olarak izne ayrılması durumunda bu iş için belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırmak mümkün olabilecektir.

Diğer yandan, Yargıtay kararından aksi anlaşıl-

makla birlikte, şayet işyerinin normal şartlarda "kaynak işi"ni sürekli olarak icra etmeyen bir işyeri olması durumunda örneğin, işyerinde yapılacak bir tadilat, bahçe demirlerinin montajı ya da yeni bir eklenti yapılması gibi bir durumda geçici bir süre ile bu tür bir işi yapacak işçi ihtiyacı doğduğunda yapılacak sözleşmenin belirli süreli bir iş sözleşmesi olabileceği tereddütsüz söylenebilecektir. Böyle bir durumda yapılan işin vasıfsız bir iş olduğu ölçütüne dayanarak yapılacak iş sözleşmesinin belirsiz süreli bir iş sözleşmesi olması gerektiğini söylemek kanımızca uygun olmayacaktır.

SONUÇ

Buna göre, işyerinde yürütülen sürekli işlere ilişkin olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin incelememize konu olan Yargıtay kararı, dikkate alınan ölçüt itibarıyla kanımızca yerinde ve doğru bir karardır. Zira Yargıtay'ın burada kararına esas almış olduğu ölçüt 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi hükmüne tamamen uygundur.

Ancak bu tür kararların İş Kanunu'nun 11. maddesine uygun olabilmesi için mevcut Yargıtay kararından tam anlaşılabilen; hakkında sözleşme yapılacak işin işyerinin sürekli faaliyetleri içerisinde olup olmadığı; sözleşme yapılan işçinin, işyerinin sürekli faaliyetleri içerisindeki bir işte belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin yerine geçici olarak işe alınıp alınmadığı hususlarına dikkat etmek gerekmektedir. Zira bu sorulara verilebilecek cevaplar kararın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi hükmüne uygunluğuna ilişkin görüşü değiştirebilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Yarg. 9.HD. E.2004/30543, K.2005/22081, 20.06.2005 Legal 9, s.296; Yarg. 9.HD. E.2004/18955, K.2005/9551 24.03.2005 Legal 7, s.1337; Yarg. 9.HD. E.2005/21151, K.2005/23598, 04.07.2005, Legal 9, s.302; Yarg. 9. HD. E.2004/25545, K.2005/21051, 13.06.2005, Legal 8, s.1681; Yarg 9. HD. E.2005/19975, K.2005/23340, 30.06.2005, Legal 9, s.300; Yarg. 9.HD. E.2005/21151, K.2005/23598, 04.07.2005, Legal 9, s.302; Yarg. 9. HD E.2004/25545, K.2005/21051, 13.06.2005 Legal 8, s.1681; Yarg 9. HD. E. 2005/19975, K. 2005/23340, 30.06.2005 Legal 9, s.300.
- 2 <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0534.pdf>, 29.11.2006.
- 3 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri; Yenilenmiş 19. Bası, s.82-86; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.163; SÜZEK, Sarper; İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku) 3. Bası, İstanbul 2006, s.201; AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay;

- İş Hukuku, Ankara 2006, s.84-85; AKYİĞİT, Ercan; İş Hukuku, 5.Bası, Ankara 2006, s.119; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Ankara 2004, s.245; EKONOMİ, Münir; 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram-Süre ve Yenileme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, İstanbul 2006, s.24 vd.; ALPAGUT, Gülsevil; 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek Ocak 2004, s.77-78; KESER, Hakan; Kamu Kesiminde Geçici İşçi İstihdamının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. Maddesi Karşısındaki Durumu, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:14, İstanbul 2007, s.606- 620.
- 4 DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Bası, İzmir Ekim 2005, s. 39.
- 5 TAŞKENT, Savaş; Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, İstanbul 2006, s.37.
- 6 ULUCAN, Devrim; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul Şubat 2005, s.53-54.
- 7 ULUCAN, s. 54.
- 8 Yasanın 11. maddesinde yer alan objektif sebepler bulunmadığına göre bu iş sözleşmesinin belirli süreli sözleşme olarak kabulüne de olanak bulunmamaktadır. Yarg. 9.HD. E.2004/30543, K.2005/22081, 20.06.2005, Legal 9, s.296; Yarg. 9.HD. E.2004/18955, K.2005/9551, 24.03.2005, Legal 7, s.1337; Yarg. 9.HD. E.2005/21151, K.2005/23598, 04.07.2005, Legal 9, s. 302; Yarg. 9. HD. E.2004/25545, K.2005/21051, 13.06.2005, Legal 8, s.1681; Yarg 9. HD. E.2005/19975, K.2005/23340, 30.06.2005 Legal 9, s.300; Yarg. 9.HD. E.2005/21151, K.2005/23598, 04.07.2005, Legal 9, s.302; Yarg. 9. HD. E.2004/25545 K.2005/21051 13.06.2005, Legal 8, s.1681; Yarg 9. HD. E.2005/19975, K.2005/23340, 30.06.2005; Legal 9, s.300.
- 9 Ayrıntılı bilgi için bkz. ALPAGUT, (Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek) s.77-78 vd.
- 10 WALTER, B. Arbeitsverhältnisse zur Probe und zur Aushilfe, Heilderberg 1965, Çeviren: Gülsevil ALPAGUT; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS, İstanbul 1998, s.95.
- 11 WALTER, (ALPAGUT) s.95.
- 12 SÜZEK, 203-204.
- 13 Ancak, Yargıtay yerinde olarak; anonim şirkette belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmaktayken üç yıl süreyle genel müdürlük görevine getirilen kişinin sözleşmesinin kendiliğinden belirli süreli iş sözleşmesine dönüşmediğini karara bağlamıştır. Y9HD, 5.11.1998, 16055/15650, Çimento İşv., Ocak 1999, 43-44 ve bu kararın değerlendirilmesi, SÜZEK, Değerlendirme 1998, 69-71, 159-160
- 14 ÇELİK, 86. SÜZEK, 1. Bası, 225-226. ULUCAN, Sözleşme Türleri, 44-45. ALPAGUT, 4857 Sayılı, 84. Aynı yönde, Y9HD, 11.4.2003, 20581/6120, Çimento İşv., Temmuz 2003, 52-53.
- 15 SÜZEK, s.205; Bununla beraber yasada belirli süreli iş akitlerinin yinelenmesine bir üst (azami) sınır getirilmemiş olmasının haklı eleştirisi için bkz. ALPAGUT, 4857 Sayılı, 86.
- 16 SÜZEK, Değerlendirme 1989, 43-44. NARMANLIOĞLU, 182-183. DEMİR, 148. AKYİĞİT, 49-50. Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için bkz. YHGK, 1.7.1992,9-335/448 ve TUNCAY'ın incelemesi, İHD, Ekim-Aralık 1992, 593 vd. Y9HD, 15.2.2001, 19062/2741, KILIÇOĞLU, 1375; Y9HD, 5.11.1998, 16055/15650, Çimento İşv. Ocak 1999, 43-44 ve kararın değerlendirilmesi, SÜZEK, Değerlendirme 1998, 69-71. Y9HD, 11.4.2003,20581/6120, Çimento İşv., Temmuz 2003, 52-53. Aynı doğrultuda, NARMANLIOĞLU 182, dn. 149. ALPAGUT, 114-115.
- 17 TAŞKENT, s. 36
- 18 Yarg.9.HD. 09.05.2002 T., E. 2001/20847, K.2002/7404, ÇİL, Ş.; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.146-147.
- 19 Yarg. 9.HD. 22.04.2004 T. E.2003/20073 K. 2004/9321, ÇİL, s.130
- 20 Yarg.9. HD. 12.05.2005 T. E.2005/14221, K.2005/16526, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y:2005, S.7, s.1254-1255
- 21 Yarg.9.HD. 30.12.2004 T. E. 25197 K.30014; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 328.
- 22 Bu yönde SÜZEK, s.39.

KAYNAKÇA

- AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN KAPLAN, E. Tuncay; İş Hukuku, Ankara 2006.
- AKYİĞİT, Ercan; İş Hukuku, 5.Bası, Ankara 2006.
- ALPAGUT, Gülsevil; 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek Ocak 2004.
- ÇANKAYA, O. G./GÜNAY C. I./GÖKTAŞ S.; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005.
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 13.Bası, İstanbul 1996.
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri; Yenilenmiş 19.Bası, İstanbul 2006.
- ÇİL, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, 4.Bası, İzmir Ekim 2005.
- EKONOMİ, Münir; 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram- Süre ve Yenileme, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, İstanbul 2006, s. 24 vd.
- EYRENCİ, Ö./TAŞKENT S./ULUCAN D. Bireysel İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul Şubat 2005.
- KESER, Hakan; Kamu Kesiminde Geçici İşçi İstihdamının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11'inci Maddesi Karşısındaki Durumu, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S: 14, İstanbul 2007, s.606- 620.
- KILIÇOĞLU, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Ankara 2004;
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku (Genel Esaslar - Bireysel İş Hukuku) 3.Bası, İstanbul 2006.
- TAŞKENT, Savaş; Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, İstanbul 2006, s. 37.
- ULUCAN, Devrim; 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri Yeni İş Yasası, İstanbul 2003.
- WALTER, B. Arbeitsverhältnisse zur Probe und zur Aushilfe, Heilderberg 1965, Çeviren: Gülsevil ALPAGUT; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS, İstanbul 1998, s.95.

YENİ YAYINLARIMIZ



İş Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkarılan ilgili yönetmeliklerle getirilen yükümlülüklerin temelini oluşturan 'Risk Değerlendirmesi ile Metodolojileri'nin irdelendiği ve İş Müfettişi Özlem Özkılıç tarafından hazırlanan "İş Sağlığı, Güvenliği ve Çevresel Etki Risk Değerlendirmesi" adlı kitap, Sendikamız tarafından yayımlanmıştır. Yayımda, risk değerlendirmesi kavramını doğuran tarihsel olaylardan başlanarak, yöntemlerin anlaşılabilirliğini kolaylaştırmak amacıyla konuyla ilgili örneklere yer verilmiştir. Ayrıca, çalışmaların sağlam temellere oturtulmasını sağlamak için yöntemler, olasılık ve güvenilirlik teoremleri çerçevesinde ele alınmıştır.



Uzun süredir ülkemiz gündeminin ilk sıralarında yer alan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda değişiklik öngören 5754 sayılı Yasa, 8 Mayıs 2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Mevcut sosyal güvenlik yasalarını tek bir yasada birleştirmek amacıyla ilk olarak 16 Haziran 2006'da yayımlanan 5510 sayılı Kanun'un bilindiği üzere bazı maddeleri Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş ve yürürlük tarihi birkaç kez ertelenmişti. 5754 sayılı Yasa ile yapılan son değişikliklerle birlikte 5510 sayılı Kanun'da yürürlükle ilgili olarak bu kez, dört farklı tarih belirlenmiştir. Son değişiklikleri içeren açıklamaların da yer aldığı ve sosyal güvenlik sistemimizin yapısını, kapsamını ve uygulamalarını değiştiren "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu", Sendikamızca yayımlanmıştır.

Yayın Talebi İçin:

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi
Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No: 268 MESS, Şişli 34381 İSTANBUL
Tel: (212) 232 01 04 Faks: (212) 241 76 19
e-mail: mess@mess.org.tr – www.mess.org.tr

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Sendika ve Konfederasyonlara Yasak Faaliyetler

Çalışma hayatının kolektif organizasyonlarından olan sendikalar toplu iş hukukunun en önemli kuruluşlarıdır. Kolektif hakların temsili ve uygulanmasındaki inkâr edilemez önemleri yanında, bireysel hakların sağlanmasında sahip oldukları etki ve yararlılıklar sendikaları çalışma hayatının vazgeçilmez aktörü haline getirmiştir.

Her ne kadar sendikalar, mensuplarının hak ve menfaatleri için çalışan, bunların sağlanması amacıyla faaliyetlerde bulunmakla yetkili organizasyonlar olsa da bu yetki ve faaliyet alanı sınırsız olmayıp, çeşitli hukuki düzenlemelerle sınır getirildiği bilinmektedir. Hak ve yetkilerini kurdukları amaca uygun kullanmak durumunda bulunan sendikaların zaman zaman bu hak ve yetkilerini aşmaları da söz konusu olabilir. Kanun koyucu hak ve yetkilerin aşılmasını, topluluk ile uyumlu sorumluluk ve davranışların gerçekleşebilmesi için çeşitli sınırlamalar yapma ihtiyacı içerisinde olmuştur. Ancak bilinen şudur ki; hak ve yetkilerin kullanılmasında sınırlar ne kadar dar tutulursa ya da başka bir ifade ile hakların ve yetkilerin kullanılma aralığı ne kadar daraltılırsa, bu haklar yoluyla elde edilebilecek menfaatler de o kadar sınırlı olacaktır. Böylece çalışanların sendikal haklar yoluyla elde edebilecekleri imkânlar da azalmış olacaktır.

Demokratik ülkelerde ya da demokrasisi gelişmiş ülkelerde sınırlamalar mümkün olduğunca azaltılmıştır. Demokrasisi gelişmemiş ya da demokratik gelenekleri yerleşmemiş ülkelerde ise koalisyon hürriyetine, sendikal haklara tanınan alan oldukça sınırlı olmaktadır.

Türk sendikalar hukuku alanında da başlangıçta sınırlamaların geniş tutulmasına rağmen zaman içerisinde yapılan değişikliklerle sınırlamaların azaltıldığı bilinmektedir. Bilhassa sendikaların faaliyet alanı ile ilgili düzenlemeler dikkat çekici olmuştur. Sendikaların faaliyet alanları çalışma hayatına ve sosyal faaliyetlere yönelik olarak merkezileşmekle birlikte, çağdaş demokratik düzen içerisinde toplum yönetimi üzerinde söz sahibi olmaya açık, sivil toplum örgütleri olarak da işlevleri olduğu bilinmektedir. Bu yönleriyle sendikalar modern toplumların vazgeçilmez nitelikte aktörleridir.

Bu çalışmada sendikalara getirilmiş yasaklar esas alınarak incelenecektir. Bu yasakların da birkaç boyutunun olduğu bilinmektedir. Bu boyutlar sendikalara temel yasaklar (genel yasaklar da denebilir), amaç dışı faaliyet yasağı, siyasi faaliyette bulunma yasağı, ticari faaliyette bulunma yasağı, yardım ve bağış konusunda yasaklar, işçi ve işveren ilişkilerinde yasaklar ve Dernekler Kanunu'ndan kaynaklanan yasaklar olarak ifade edilebilir.

1- SENDİKA VE KONFEDERASYONLARA GENEL YASAKLAR

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun md.37/I hükmü gereği; "Sendika ve konfederasyonlar T.C. Anayasasının 14 üncü maddesindeki yasaklara aykırı hareket edemeyecekleri gibi yönetim ve işlemleri Anayasa'da belirlenen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamaz".

Maddede ilk göze batan ifade sadece sendikalara değil aynı zamanda sendikaların üst kuruluşları olan konfederasyonlara da yasağın getirildiğidir.

Yasağın kapsamı Anayasa'nın 14. maddesinde ifadesini bulmaktadır. Buna göre; (fıkra I-II) "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortada kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasa'yla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz."

Anayasa'nın md.51/VI hükmü de 14. maddede ki yasaklamaları destekler mahiyette bir düzenleme getirerek sendika ve üst kuruluşlarının tüzüklerinin, yönetim ve işlemlerinin, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamayacağını belirtmektedir. Cumhuriyetin temel nitelikleri ise yine Anayasa'nın 2. maddesinde, toplumun huzuru, milli dayanışma, adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Anayasa'nın başlangıcında belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

Sendikalara getirilen genel yasaklamaların sendikaların faaliyet alanlarını daraltma amaçlı olarak değil, içinde buldukları toplumun huzur ve güveninin sağlanması için düşünüldüğü anlaşılmalıdır. Kolektif sendika özgürlüğü olarak ifade edilen ve sendikalar için olmazsa olmaz niteliğindeki haklarının kullanılma imkânlarının daraltılması ancak kamu düzeni ve toplumun huzuru için söz konusu olabilir. Eğer bu daraltmalar hakkı kullanılmaz hale getiriyorsa hakkın özüne dokunulmuş

Sendikalara uygulanan temel yasakların demokratik ilkelere uygun olması ile anlaşılması gerekenin evrensel, modern demokratik anlayışa uygun bir demokrasi olduğu düşünülmelidir.

olur ki bu kabul edilemez. Aslıolan hukuki düzenlemelerle hakkı kullanılır seviyede tutmak olmalıdır. Yasakların hakkı kullanılabilir olmaktan çıkarılması demokratik bir anlayış olmaktan uzaktır.

Bir önemli nokta da sendikalara getirilmiş yasakların bireysel sendikal hürriyetlere ilişkin olmayıp, kolektif sendikal hürriyetlere ilişkin olduğudur.

Sendika ve üst kuruluşlarının faaliyetlerinin demokratik ilkelere ve Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırı olamayacağı ilkesi ile hem sendika içi demokrasi sağlanmak istenmekte hem de kolektif sendikal faaliyetlerin demokratik kural ve teamülere uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır¹.

Sendikalara uygulanan temel yasakların demokratik ilkelere uygun olması ile anlaşılması gereken evrensel, modern demokratik anlayışa uygun bir demokrasi olduğu düşünülmelidir. Türkiye'nin son zamanlarda girmek için büyük uğraş verdiği Avrupa Birliği, normları ve müktesebatı ile bu bakımdan belirleyici olacaktır. Ancak AB müktesebatının da ILO normları ile uyumlu olduğu göz önüne alınırsa bu bakımdan bir sorunun ortaya çıkması mümkün görünmemektedir. Açıkçası eğer ILO düzenlemeleri çerçevesinde sendikal haklarla ilgili düzenlemeler tamamlanır ise kolektif sendikal hakların AB'ye uyumu sorunu da ortadan kalkmış olacaktır.

2- SENDİKA VE KONFEDERASYONLARA SİYASET YASAĞI

Sendikaların siyaset yapıp yapamayacakları, siyasi sayılabilecek faaliyetlerde bulunup bulunamayacakları batılı demokratik ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de üzerinde çok tartışılan konulardan olmuştur².

1960 ihtilali öncesinde sendikalar ve konfederasyonlar seviyesinde bazı partilerle işbirliği çalışmalarının olduğu bilinmektedir. Hatta zamanının iktidar ve muhalefet partileri tarafından kendi organları gibi çalışan konfederasyonlar ve bunlara bağlı sendikalar ortaya çıkarılmış idi. Daha sonra 1961 Anayasası kabul edildiğinde sendikaların siyasi faaliyet sayılabilecek faaliyetlerde bulunabilecekleri kabullenilmişti. Sadece 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 16. maddesiyle sendikalara yasak olan bazı siyasi faaliyetler sayılmış idi. Bunlar da "siyasi partilerden veya onlara bağlı teşekküllerden herhangi bir suretle maddi yardım kabul edemez ve onlara maddi yardımda bulunamaz ve onların teşkilatı içerisinde yer alamaz, bir siyasi partinin adı altında mesleki teşekkül kurulamaz" (md.16) hükmü idi. Bu hükmün ters anlamından sendika ve üst kuruluşlarının sayılan faaliyetler dışında siyasi faaliyetlerde bulunabilecekleri kabul edilmekte idi. Bu ifadelerle sendikaların siyasi partilerle organik bağ içerisine girmelerinin önü engellenmek istenmekte idi. Yoksa sendikaların bir partinin görüşünü benimsemesi, bir ya da birkaç partinin desteklenmesi, bazı adaylara oy verilmesinin istenmesi gibi faaliyetler yasaklanmamıştı. Hatta bu dönemde bazı sendikaların tüzüklerine siyasi faaliyet sayılabilecek ifadeleri koydukları da görülmekteydi³.

Sendikaların siyasi faaliyetleri yukarıda da belirtildiği gibi her zaman tartışma konusu olmuştur. Bunu sebebi de binlerce, yüz binlerce, milyonlarca çalışanı üyesi yapan, hak ve menfaat çalışması içerisinde bulunan, en güçlü sivil toplum örgütleri arasında neredeyse her toplumda zirvede bulunan sendikaların ve üst kuruluşlarının bu çalışmalardan uzak duramamalarıdır. Nitekim bunun en çarpıcı örneği İngiltere'de görülmüştür. Sürekli olarak iktidar alternatifi olan ve zaman zaman da tek başına iktidar olan İngiliz İşçi Partisi'nin temel gücü işçi sendikalarıdır. İşçilere oy hakkının tanınmasıyla işçilerin siyasal katılım isteklerinin had safhaya ulaştığı ve önce Liberal Parti ile işbirliği yapan sendikaların 1868'de TUC'un (Trade Union Congress) kurulmasından sonra parti kurarak siyaseti ele geçirme çalışmalarına giriştikleri bilinmektedir. TUC'un 1900 yılında yapılan genel kurulundan sonra ikisi Sosyal Demokrat Federasyon'dan, ikisi Bağımsız İşçi Partisi'nden, birisi Fabianlar Derne-

ği'nden, yedisi de sendikalardan gelen on iki kişi İşçi Temsil Komitesi'ni kurdu (Labour Representation Committee L.R.C.). Bazı gelişmeler sonucu L.R.C.'nin desteklediği işçilerin 29 tanesi 1906 seçimlerinde milletvekili seçilerek parlamentoya girdi. Aynı yıl da L.R.C. adını değiştirerek İşçi Partisi oldu (Labour Party).

İngiliz İşçi Partisi'nin 1906 yılında 998.338 üyesi vardı ve bunun 975.182'si sendikalar vasıtasıyla Partiye üye olmuştu. İşçi Partisi gelirlerinin önemli bir kısmını sendika üyesi işçilerin yatırdığı aidatlardan sağlamaktadır. Hatta buna ilişkin önemli bir dava söz konusu olmuştur. 1908 yılında Osborn isimli işçi dava açarak sendikaya yatırdığı aidatın bir kısmının siyasi faaliyetlerde kullanılmasının doğru olmadığını iddia eder ve uzun görüşmeler sonucu işçi haklı bulunur ve 1876 yılı öncesine dönülmesi ihtimali ortaya çıkar. Ancak İşçi Partisi'nin ısrarlı çalışmaları sonucu 1913'de yapılan yeni Sendikalar Kanunu ile sendikaların bir siyasi kuruluşa üye olmaya ve üyelerinden sendika üyelik aidatı dışında "siyasal aidat" da toplayabilecekleri kabul edilir.

1926 yılındaki grevlerden sonra bu sistemin İşçi Partisi'ne büyük fayda sağladığını gören Muhafazakâr Parti 1927 yılında çıkardığı yeni Sendikalar Kanunu ile siyasal aidat alınmasını işçinin ödemesini kabul ettiğini belirtir bir belgeyi açıkça vermesine bağlamışlardı. Böylece sistem tersine çevrilmişti. 1945 yılına kadar büyük kayıplara uğrayan İngiliz İşçi Partisi 1945 yılında iktidara geldiğinde tekrar eski sisteme dönüşü sağlayan yasal düzenlemeyi yapmıştır⁴.

Alman, Amerikan ve Fransız sendikacılığında siyaset anlayışı genelde geride kalır. Ancak Amerikan sendikacılığında ise geleneksel olarak İşçi Sendikaları Konfederasyonu (AFL-CIO) Demokrat Parti adaylarını desteklemektedir (1972-R.Nixon seçimi hariç)⁵.

Türkiye'de 1982 Anayasası da 52. maddesi ile başlangıçta kapsamlı bir siyasi faaliyet yasağı getirmişti. Buna göre; "Sendikalar 13'üncü maddede sayılan genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri gibi; siyasi amaç güdemezler, siyasi faaliyette bulunamazlar, siyasi partilerden destek göremezler ve onlara destek olamazlar; derneklerle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçla ortak hareket edemezler" (fıkra

D). Ancak Anayasa'nın 52. maddesi 23.07.1995 tarihinde 4121 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır.

Mevcut hukuki yapı ile ilgili olarak şu değerlendirmeler yapılabilir: Bugünkü mevcut gelişmiş batı demokrasisinin temelinde sosyal gruplar arasında uzun süre devam eden mücadelenin inkâr edilemez bir yeri vardır. Demokratik sistem farklı görüşlere hayat hakkı tanır. Farklı görüşlerin çatışması hakikat gerçeğini ortaya çıkarır. Hakikat gerçeği peşinde koşmak da demokratik toplumlarda sadece siyaset kurumlarına tanınmış bir yetki ve hak değildir. Demokratik toplumlarda siyaset kurumları dışındaki sosyal kurumların da hakikat gerçeğini arama anlayışı ve çalışması içerisinde olması, yönetenleri etkilemesi söz konusudur. Böylelikle toplumda plüralizm sağlanabilir. Aksi takdirde sadece siyaset yapanlara tanınan yönetim yetkisi, diğer sosyal oluşumları, kamuoyu baskı grubu niteliğindeki örgütlenmeleri rahatsız eder. Bu aynı zamanda çok sesliliği de engeller. Kamuoyu baskı grupları içerisindeki en önemli örgütlenmelerden olan sendikaların da siyaset kurumunu etkileme süreci içerisinde yer alması kaçınılmaz bir şart olarak kabul edilmelidir.

Yasama organı her yıl sendikaları ve dolayısı ile mensuplarını ilgilendiren çok sayıda düzenleme yapmaktadırlar. Eğer sendikalar sadece çalışma şartlarını geleneksel sendika anlayışı çerçevesinde savunmaya ve geliştirmeye devam etselerdi, zamanımızın karmaşık devlet yapısı ve daima birbirleri üzerinde etkiler doğuracak olan çeşitli tasarruflar karşısında, temsil ettikleri insanların menfaatlerini asla koruyamazlardı. Bu hususun zamanımız demokratik devletlerinde iyi anlaşılmalı olduğunu görmekteyiz. Her ne kadar sendika-siyaset mücadeleleri bir problem teşkil etmekte ise de gelişen sendikacılık anlayışı ve devletin değişen görevleri bu problemi çözmüş durumdadır. Siyaset ile ilgisiz bir sendikacılık anlayışı gelişmiş demokratik ülkelerde artık tarihe karışmıştır. Sendikalar sadece üyelerinin çalışma ve hayat şartlarıyla ilgili problemleriyle değil, toplumun bütün meseleleriyle uğraşmaya başlamışlardır⁶.

Mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde her ne kadar kimilerince Anayasa'nın 52. maddesinin kaldırılmasını önemli olmadığı, Anayasa'nın 51. maddesindeki sendikaların kuruluş amacı ile ilgili kuruluş amacını belirleyen hükmün (çalışma ilişki-

leri) mevcut olduğu sürece Sendikalar Kanunu'ndaki 37. madde düzenlemesinin eskisinden farklı bir düzenleme getirmediği ifade edilmekte ise de⁷, son yıllarda geçirilen seçim dönemlerinde yaşanan sendikal faaliyetler, sendikaların siyasi partilerle işbirliği içerisinde seçim çalışmalarına katılmaları, bu çalışmalara yargısal hiçbir müdahalenin olmaması, eksikliklerine rağmen sendikalara siyaset yapma anlamında bir alan yaratıldığını göstermektedir.

Sendikalar Kanunu'nun 39. maddesinin son fıkrasındaki “..kendi konu ve amaçları dışında toplandı yapamaz, gösteri yürüyüşü düzenlemezler” şeklindeki yasağın kaldırılması ve aynı yasağı içeren “..Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları”na ilişkin Anayasa hükmünün de (Md.34/son fıkra) 2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile kaldırılmış olması yukarıda belirttiğimiz görüşü desteklemektedir⁸.

Ancak sendikaların siyasi partilerin bir yan organı gibi görünmesi sağlayacak bir biçimde “..Siyasi partilerin ad, amblem, rumuz veya işaretlerinin kullanılmayacağı” da Sendikalar Kanunu md.37/II ile kabul edilmiştir. Bu hükmün yerinde olduğu kabul edilmelidir, aksi takdirde sendikaların siyasi parti politikalarına hapsolunacağı, kendi gerçek alanlarında çalışma şanslarının ortadan kalkacağı söz konusu olabilir.

Sendikaların tüzel kişilikleriyle ilgili getirilen yasaların yanında sendika yöneticileri ile ilgili de bazı siyasi faaliyet sınırlamalarının getirildiği görülmektedir. Sendikalar Kanunu'nun md.37/III hükmü gereği “Mahalli idareler ve milletvekili seçimlerinde aday olan sendika ve konfederasyon yöneticilerinin sendika ve konfederasyon organlarındaki görevleri, adaylık süresince askıda kalır. Seçilmeleri halinde görevleri son bulur”. Böylece sendika yöneticilerinin mahalli yönetim organlarında görev yapmaları ve milletvekili olarak görev yapmaları önlenmiştir. Hatta bu husus ile ilgili olarak Anayasa'nın md.82/I hükmü bir düzenleme getirmektedir. Buna göre “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri....sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ...yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar..”. Ancak burada şu soru akla gelmektedir; sendika ve konfederasyon yöneticileri siyasi partilerin yönetim organlarında görev alabilecekler midir ya da siyasi partilere üye olabilecekler midir? Buna

olumlu cevap vermek gerekmektedir. Çünkü Anayasal bir yasak söz konusu olmadığı gibi Sendikalar Kanunu da bu konuda bir yasaklama getirmemiştir.

3- SENDİKA VE KONFEDERASYONLARA TİCARİ FAALİYET YASAĞI

Sendikalar Kanunu md. 9 sendika ve konfederasyonların ticaretle uğraşamayacaklarını düzenlemektedir. İlave olarak elde ettikleri gelirleri üyeleri ve mensupları arasında dağıtamayacakları da belirtilmektedir. Sadece grev ve lokavt süresince tüzüklerine göre üyelerine yapacakları yardımların bu sınırlamanın dışında olduğu da belirtilmektedir.

Bu düzenleme ile sendikaların ve konfederasyonların amaçlarının dışına çıkarak ticari, kâr amaçlı bir organizasyona dönüşmesinin engellenmesi sağlanmak istenmektedir. Gerçekten de sendikalar tamamen üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri için çalışan, onları geliştirmeye ve üyelerine daha iyi şartlar hazırlamaya gayret eden kuruluşlar olarak kabul edilmişlerdir. Ticaret yapma yasağının sendika ve konfederasyonların amaç dışı faaliyet gösterme yasağını tamamlayan bir yasak olduğu da belirtilmektedir⁹.

Ancak burada bir hususun üzerinde durulması gerekmektedir. Bilindiği gibi Sendikalar Kanunu'nun md. 33/I-7 hükmü sendika ve konfederasyonların nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydı ile sınıai ve iktisadi teşebbüslere yatırımlar yapabileceğini kabul etmektedir. Bu yatırım acaba ticari faaliyet olarak sayılabilir mi? Bunun için TTK hükümlerine bakmak gerekmektedir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşler başlığını taşıyan 3. maddesi şu düzenlemeyi getirmektedir; "Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir." Bu hüküm çerçevesinde sınıai ve iktisadi teşebbüslere -müesseseye- yatırım yapmak, o müessese ile ilgili bir muamele, fiil olarak kabul edilmelidir. Dolayısı ile bu yatırım fiilini, işlemi ticari iş olarak vasıflandırmak lazım gelmektedir. Öyleyse Sendikalar Kanunu md. 33/I-7 hükmündeki sınıai ve iktisadi teşebbüslere yatırımlar yapma hükmü ile 39. maddede-

ki "Sendika ve konfederasyonlar ticaretle uğraşamazlar" hükmü birbiriyle çelişir gözükmemektedir. Gerçeğin de bu olduğu kabul edilerek kanaatimce "ticaret yasağı" başka bir biçimde açıklanmalıdır. Kanaatimizce Kanunun yasaklamaya çalıştığı sendikaların bir tacir gibi ticari faaliyette bulunup, elde ettiği geliri bölüşmesinin önüne geçilmesidir. Yoksa sendika ve konfederasyonun kasasında bulunan değerlerinin atıl bir biçimde ya da ülke ekonomisine de katkı sağlamayacak şekilde atıl tutulması amaçlanmamaktadır. Bu anlamıyla sendika ve konfederasyonların sınıai ve iktisadi teşebbüslere yatırım yapması ticari bir faaliyet olarak görülmeli, ancak bu ticari faaliyet dolayısı ile elde edilen gelirin üyeler arasında dağıtımının, paylaşımının yapılması kabul edilmemektedir. Yoksa salt ve kesin olarak 'sendika ve konfederasyonlar ticari faaliyette bulunamazlar' demek Sendikalar Kanunu md. 33/I-7 hükmünü inkar anlamına gelir. Sendikalara ticaret yapma imkânı veren bu hali "ticaret yapma yasağının yumuşatılması olarak"¹⁰ gören görüşler kanaatimizce doğruyu biraz azımsayarak verme anlayışı içerisindedirler.

Bilindiği gibi son yıllarda Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu üzerinde değiştirme çalışmalarının yapıldığı, çeşitli komisyonların birtakım yeni düzenleme hazırlığı içerisinde olduğu bilinmektedir. Ancak her ne kadar kanunlaştırma işlemi tamamlanmamış olsa da son olarak TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu bir metin üzerinde çalışmasını tamamlayarak kabul etmiştir. Metnin Genel Kurula inmesi beklenmektedir. Bu metnin Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesi olarak getirdiği düzenlemenin (33. madde topyekun kaldırılıyor ve sendika ve konfederasyonların faaliyetleri tek bir madde içerisinde düzenleniyor) IV. fıkrasında aynı hüküm hemen hemen muhafaza ediliyor. Buna göre de "Sendika ve konfederasyonlar, nakit gelirlerinin en fazla % 40'ını işsizliğin önlenmesine yönelik olarak kullanabilir ve bu amaçla sınıai ve iktisadi teşebbüslere yatırım yapabilirler". Getirilen farklılık sadece gelirlerin bir kısmının işsizliğin önlenmesine yönelik olarak da kullanılabilirdir. Zaten özünde sendika ve konfederasyonların sınıai ve iktisadi teşebbüslere yatırım yapabilmesinin gayelerinden birisi de işsizliğin azaltılmasına katkı sağlamaktır. Böylece sendika ve konfederasyonların temel ama-

cının da gerçekleştirilmesine katkı sağlanmış olacaktır.

Sendika ve konfederasyonların ticaretle uğraşamayacakları hükmü ve sendika ve konfederasyonların elde ettikleri gelirleri üyeleri ve mensupları arasında dağıtamayacakları hükmü aynen muhafaza edilmiştir. Yine sendika ve konfederasyonların grev ve lokavt süresince tüzüklerine göre üyelerine yapacakları yardımlar gelirin dağıtılması hükmünün dışında tutulmuştur. Bu yönüyle Kanun teklifinin bir değişiklik getirmedeği görülmektedir.

4- SENDİKA VE KONFEDERASYONLARA YARDIM VE BAĞIŞ ALMA KONUSUNDA GETİRİLEN YASAKLAR

Sendikalar Kanunu'nun 40. maddesi sendikaların ve konfederasyonların gelirlerini sayarken nelerden yardım ve bağış alamayacaklarını da detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre;

“Genel ve katma bütçeli idarelerle mahalli idareler ve bunlara bağlı sabit ve döner sermayeli kurumlar, sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilerek suretiyle kurulan iktisadi kuruluş ve kurumlarla sermayelerinde Devletin iştiraki bulunan bankalar, sigorta şirketleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları dâhil olmak üzere özel kanunlarla kurulan bankalar ve kuruluşlar bu fıkra söz konusu geçiren idare, kuruluş ve bankalar tarafından ödenmiş sermayesinin en az yarısına katılmak suretiyle kurulan kuruluşlarla bunların aynı oranda katılması ile kurulan kurumlar, (Ek ibareler: 26/06/1997 – 4277 sayılı Kanun /3 md.) ve siyasi partiler sendika ve konfederasyonlara mali yardım ve bağışta bulunamazlar. Sendika ve konfederasyonlar da bu gibi yardım ve bağışları kabul edemezler.

Sendika ve konfederasyonlar, kendilerinin veya Türkiye Cumhuriyetinin üyesi bulunduğu uluslararası kuruluşlardan başka dış kaynaklardan Bakanlar Kurulundan izin almadıkça yardım ve bağış kabul edemezler.

İşçi sendika ve konfederasyonları, işverenlerden, bu Kanun ve diğer kanunlara göre kurulu işveren kuruluşlarından, esnaf ve küçük sanatkârlar kuruluşlarından, derneklerden, kamu kurumu nite-

liğindeki meslek kuruluşlarından ve vakıflardan yardım ve bağış alamazlar.

İşveren sendika veya konfederasyonları da işçi sendika veya konfederasyonlarından, işçilerden, esnaf ve küçük sanatkârlar kuruluşlarından, derneklerden kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından ve vakıflardan yardım ve bağış alamazlar.”

Öncelikle Kanun sendika ve konfederasyonların kamusal nitelikleri olan kurum ve kuruluşlarla ve bunların dışında niteliklerini belirttiği bazı kurumlarla maddi ilişki içerisinde olmayı kabul etmemektedir. Bunun sebebi de örgütlerin bağımlılık ilişkisi içersine girebileceğidir. Bu yasaklamada amaç sendika ve konfederasyonların maddi ilişki dolayısıyla zafiyet göstermeleri önlenerek onların korunmasıdır. Yoksa sendikaların hürriyetlerinin sınırlandırılması amaçlanmamaktadır¹¹.

Yukarıda belirttiğimiz TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nun çalışmasıyla hazırlanan Kanun teklifinde de sendikaların yardım ve bağış almasını düzenleyen 40. madde yeniden düzenlenmektedir. Buna göre yeni düzenleme şu şekildedir:

“Sendika ve konfederasyonların gelirleri, üyelik aidat ve dayanışma aidatı, sendikal faaliyetler sonucunda veya sendika mal varlığından elde edilen gelirler, eğlence ve konser gibi faaliyetlerden sağlanacak gelirler ile bağış ve yardımlardan oluşur. Bağış ve nakdi yardımların bankalar aracılığı ile yapılması zorunludur.

Siyasi partiler sendika ve konfederasyonlara mali yardım ve bağışta bulunamazlar. Sendika ve konfederasyonlar da bu gibi yardım ve bağışları kabul edemezler.

Sendika ve konfederasyonlar, kendilerinin veya Türkiye Cumhuriyetinin üyesi bulunduğu uluslararası kuruluşlar ile yurt dışındaki diğer kişi, kurum ve kuruluşlardan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına önceden bildirimde bulunmak şartı ile aynı ve nakdi yardım alabilirler”.

Yeni Kanun teklifi yukarıda belirtilen ikinci fıkradaki (mevcut Kanun) yardım ve bağış alınamayacak kurum ve kuruluşlardan sadece siyasi partileri yasak kapsamında tutmuş, diğerlerini yasak kapsamı dışına çıkarmıştır. Buradan anlaşılması gereken Kanun teklifinin siyasi partiler dışında yardım ve bağış alma ve vermeyi kabul ediyor anlayışında

olduğudur. Bunun çeşitli mahsurları mevcuttur. Eğer kanunlaşma söz konusu olursa bu husus ayrı bir çalışma ile değerlendirilebilir.

Kanun teklifinin üçüncü fıkrası da yardım alınabilecek uluslararası yerleri sayarken mevcut hükümdeki "...dış kaynaklardan.." ifadesi yerine "...yurt dışındaki diğer kişi, kurum ve kuruluşlardan.." ifadesini kullanmıştır. Böylelikle kaynaklar biraz daha genişletilmiştir.

5- İŞÇİ VE İŞVEREN İLİŞKİLERİNDEKİ YASAKLAR

İşçi ve işveren örgütleri tamamen zıt menfaatlere hizmet eden bir karakter göstermektedir. Farklı menfaatlerin aynı çatı altında teşkilatlanmalarının yasaklanması tabii olduğu gibi farklı menfaatleri savunan teşkilatlanmaların da birbirlerini etki altına alacak oluşumlardan uzak kalmaları gerekmektedir. Bu aynı zamanda sendikal anlayış için önemli olan "safılık" ilkesinin de¹² sonucudur. Bu amaçla Sendikalar Kanunu md.38/I ile şöyle bir düzenleme getirmiştir; "İşçiler ve işçi sendika ve konfederasyonları bu Kanun veya diğer kanunlara göre kurulu işveren kuruluşlarına; işverenler ve işveren kuruluşları da işçi sendika ve konfederasyonlarına üye olamazlar; gerek doğrudan doğruya, gerek temsilcileri veya mensupları veya araya koyacakları diğer kimseler vasıtasıyla biri diğerinin kurulmasına, idare ve faaliyetine müdahalede bulunamazlar".

Çalışma hayatında en çok görülen işçi sendikalarını işverenler, işveren sendikaları ve diğer işveren örgütlenmeleri etki altına alma gayretleri içerisinde olmaktadır. Sarı sendika tabir edilen gelişmenin ortadan kaldırılabilmesi için de 2821 sayılı Kanun md. 38/II'yi getirmiştir. Buna göre; "Bir işçi sendika veya konfederasyonunu bir işverenin veya bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince kurulu bir işveren kuruluşunun kontrolüne tabi tutmak veya bunların nüfuzu altında işçi sendika veya konfederasyonu kurulmasını teşvik ve tahrik etmek yasaktır". Fakat Sendikalar Kanunu'na göre işçi veya işveren olmak Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu'na göre kurulan kuruluşlara üye olmayı engellemektedir (md. 38/III). Ayrıca işçi ve işveren sendika ve konfederasyonlarının ortak proje yürütmeleri ve ortak platform oluşturmaları da engellenmiştir¹³.

6- DERNEKLER KANUNU'NDAKİ YASAKLAR

Bilindiği gibi Sendikalar Kanunu'nun 63/I hükmü işçi ve işveren sendikaları ve konfederasyonları hakkında, bu kanunda hüküm bulunmayan halde Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu'nun bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 35. maddesi de bazı yasakların özel kanunlarda hüküm bulunmamak kaydıyla işçi ve işveren sendikaları ve konfederasyonlar için de uygulanacağını belirtmektedir. Bunlar; beyanname verme yükümlülüğü ve denetimi (md.19), kolluk kuvvetlerinin yetkisi (md.20), genel kurul toplantısı ve organlara seçilenlerin idareye bildirilmesi (md.23), izinle kurulabilecek tesisler (md.26), dernek adları (md.28), bazı ad ve işaretleri kullanma yasağı (md.29), kurulması yasak olan dernekler ve yasak faaliyetler (md.30), kayıt ve yazışma dili (md.31) dir¹⁴.

DİPNOTLAR

- 1 Kocaoğlu, Mehmet, Kolektif Sendika Özgürlüğü ve Faaliyetlerinin Hukuksal Çerçevesi, TÜHİS Yayını Ankara 1997, s.84.
- 2 Tuncay, A.Can, Toplu İş Hukuku, 1.Baskı, İstanbul, Nisan 1999, s.93.
- 3 Aktay, Nizamettin, Sendika Hakkı, Ankara, 1993, s.104
- 4 Aktay, Nizamettin, Avrupa Birliği Ülkeleri Toplu İş Hukuku, Ankara, 1997, s.110, 111.
- 5 Tuncay, s.93.
- 6 Talas, Cahit, Sosyal Ekonomi, Ankara, 1979, s.154, Aktay, Sendika Hakkı, s.106.
- 7 Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul, 2007, s.478.
- 8 Aynı görüş hakkında bkz. Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara, 2006, s.150.
- 9 Aktay, Nizamettin-Ancı, Kadir-Senyen/Kaplan Emine Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2007, s.367.
- 10 Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, 2005, İstanbul, s.315, Sur, s.153.
- 11 Aktay, Ancı, Kaplan-Senyen, s.367.
- 12 Tunçomağ-Centel.s.315.
- 13 Tunçomağ-Centel, s.315.
- 14 Çelik, s.479, Tunçomağ-Centel, s.316, Sur, s.153, 154.

Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi

İşyerinin Girdiği İşkolunun Tespiti

GİRİŞ

İşyerinin girdiği işkolunun tespiti, sendikaların kuruluş ve faaliyet göstermesi, toplu iş sözleşmelerinin yapılıp uygulanmasında, grev ve lokavt kararının kapsamı yönünden çok önemlidir. Gerçekten 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda, işçi ve işveren sendikalarının kuruluşunda ve faaliyetlerinde "iş-kolu esas" benimsenmiştir. Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın* 3. maddesinde aynı ilkeye yer verilmiştir. "İşkoluna göre sendikalaşma" ilkesi uyarınca sendikalaşmada, işyerinde yapılan asıl işin girdiği işkolu esas alınmaktadır. Bu nedenle, bir işkolunun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçiler ve onları çalıştıran işverenler, kendi aralarında birleşerek örgütlenmektedir. Herhangi bir işyerinin girdiği işkolu, İşkolu Tüzüğüne ekli listede ayrıntılı şekilde gösterilse de çoğu kez, bu konuda uyumsuzluklar ortaya çıkmaktadır.

Bir işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesinde işkoluna giren işler, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü alınarak ve uluslararası normlar da göz önünde tutularak 10.11.1983 tarihli İşkolları Tüzüğünde toplam 28 sıra numarası altında gösterilmiştir (Sen.K.m.60). Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 47. maddesinde ise, işçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekler işkolları 17 sıra numarasıyla sınırlandırılmıştır. Bunlar, "1-Gıda, avcılık ve balıkçılık, tarım ve ormancılık, 2-Madencilik ve

taş ocakları, 3-Petrol, kimya, lastik, plastik ve ilaç, 4-Tekstil, konfeksiyon ve deri, 5-Ağaç ve kağıt, 6-İletişim, basın-yayın ve gazetecilik, 7-Mali aracılık, 8-Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar, 9-Çimento, toprak ve cam, 10-Metal ve gemi, 11-İnşaat, 12-Enerji, 13-Taşımacılık, ardiye ve antrepoculuk, 14-Sağlık, sosyal hizmetler, 15-Konaklama ve eğlence işleri, 16-Savunma ve 17-Genel işler" olarak gösterilmektedir.

İşkolu tespitleri işletme temelinde değil, işletme kapsamındaki her işyeri için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılır. Tespit kararının Resmi Gazete'de yayınından sonraki 15 gün içinde ilgililer bu karara karşı iş mahkemesinde itiraz edebilir. Bu çalışmamızda önce işyerinin girdiği işkolunun saptanması yönünden ölçütleri inceleyip daha sonra işkolu tespitine itirazı inceleyeceğiz.

1- İŞKOLU TESPİTİNİN İSTENİLMESİ

Meslek esasına göre sendika kurulması 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda açıkça yasaklanmıştır. Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 3. maddesinde de aynı esas benimsenerek "Meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamaz." denilmiştir. Gerçekten bu kurala yer verilmiş olması, sendikaların gelişmesindeki tarihsel sürece de uygun bulunmaktadır. Zira başlangıçta meslek esas-

na göre örgütlenen sendikaların zamanla endüstri sendikacılığı anlayışı içerisinde örgütlenme yolunu seçmiş oldukları görülmektedir¹. İşkolu sendikacılığıyla her işkolunda daha az sayıda fakat güçlü sendikaların kurulması amaçlanmıştır².

Sendikaların kurulabilecekleri işkolları adet olarak sınırlanmıştır. Bu nedenle sendikal örgütlenme yapılabilecek işyerlerinin hangi işkoluna girdiği öncelikle belirlenmelidir. İşkolu uyumsuzlukları sonucunda veya herhangi bir uyumsuzluk çıkarılmadan uygulamanın doğruluğunu tespit ettirmek üzere işveren ya da üyesi bulunduğu işveren sendikası, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na işkolu tespiti için başvurabilir. Öte yandan işyerinde çalışan işçiler yahut işyerinde faaliyet gösteren veya göstermeyi amaçlayan işçi sendikaları da aynı şekilde anılan Bakanlıktan işkolu tespitini isteyebilirler³.

Sendikalar kurulurken hangi işkolunda faaliyet göstereceklerini belirtmek zorundadır. İngiliz hukukundakine⁴ benzer şekilde, Sendikalar Kanununun 8/son maddesi uyarınca sendikalar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüklerinde tutulan sicile kayıt edilirler. İşçi ve işveren sendikalarının, tüzel kişilik kazanması için tüzük ve kuruculara ilişkin belgelerin valiliğe verilmesi yeterlidir. Ancak sendikaların faaliyete geçebilmeleri, sicile kayıt olmalarını gerektirir. Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 6/X. maddesinde de bu husus korunmuştur. İşyerleri bir işkolunda faaliyet gösterdiği gibi, işçi ve işveren sendikaları da işkolu esasına göre kurulurlar. Sendikalar sadece kurulu bulunduğu işkolundaki işyerleri için toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olabilir.

Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 4. maddesinde "Bir işyerinin girdiği işkolunun tescilli işverenin yazılı beyanı üzerine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3 üncü maddesi uyarınca Bölge Müdürlüklerince yapılır. Ancak, işçi sendikası tarafından işkolu tescil edilen işyerinin başka bir işkoluna girdiği yönünde müracaatta bulunulması halinde işkolu Bakanlıkça mahallinde yapılacak inceleme sonucu tespit edilir. Bakanlık, tespitle ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespite karşı ilgililer, iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş işgünü içinde dava açabilirler." yolunda düzenleme ile öncelikle işverenin beyanına göre işkolu tescili yapıl-

ması, işyerinin başka bir işkoluna girdiğinin tespitini işçi sendikasının istemesi halinde Bakanlık tespitine karşı daha sonra ilgili işveren, işveren ve işçi sendikasının tespite itirazı öngörülmüştür.

Bu nedenle işkolu tespitindeki ölçütleri sırayla inceleyeceğiz.

II- İŞYERİNİN GİRDİĞİ İŞKOLUNUN SAPTANMASI

1- İŞYERİ KAVRAMI

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1. maddesinde "işin yapıldığı yere işyeri" denildiği halde, 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde bu tanım genişletilmiştir. Böylece işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim işyeri olarak tanımlanmaktadır. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler de işyerinden sayılır. İşyerine bağlı yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılmaktadır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 2. maddesinde; "İşyeri: İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime denilir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmetle nitelik yönünden bağlılığı bulunan aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri; işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlarla oluşturulan iş örgütlenmesi kapsamında bir bütündür." denilmiştir.

Gerçekten "işyeri" tanımında; teknik bir amaca önem verilmiştir. Başka bir anlatımla, mal veya hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen, amaca hizmet öne çıkmıştır. İşyerinin sınırlarının belirlenmesinde, "işyerine bağlı yerler" ile eklentiler ve araçların bu birim kapsamında oldukları kabul edilmiştir.

Bir işyerinin mal veya hizmet üretimi için ayrı ayrı alanları kullanması halinde bunların tek işyeri mi, yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda çıkan uyuşmazlıkların sona ermesi için bazı ölçütler kullanılabilir.

Aynı yönetim altında örgütlenmiş işyerinde, teknolojik ve ekonomik gelişmeler sonucunda mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmıştır. Gerçekten, işveren, kurulan "iş organizasyonu" işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde (ilaç fabrikası satış elemanları gibi) veya ilin içinde (beyaz eşya bakım ve onarım işlerinde çalışanlar gibi) işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletmek ihtiyacını duymuştur. Bu olgular göz önüne tutularak ve Avrupa Birliği'ne üye devletlerdeki değerlendirme ve kavramsal gelişmeler de dikkate alınarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine üçüncü fıkra olarak "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür." hükmü eklenmiştir⁵.

Bir işyerinin mal veya hizmet üretimi için ayrı ayrı alanları kullanması halinde bunların tek işyeri mi, yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda çıkan uyuşmazlıkların sona ermesi için bazı ölçütler kullanılabilir. Bunlardan ilki "amaçta birlik", aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunmaktır. İkincisi ise, nitelik yönünde bağlılıktır. İşyeri arsa, bina, makine, tezgâh, malzeme gibi eşya, patent ve alacak hakları gibi haklar, tecrübe, buluş ve müşterilerle olan ilişkiler gibi gayri maddi değerler ile emek unsurlarından oluşur. Bunların sadece bir araya gelmesi de yeterli olmaz. İşveren tarafından bu unsurların belirli bir amaca yöneltilmesi için sürekli olarak birlikte bulundurulması halinde bir işletme veya işyerinden söz edebiliriz. İşletmenin kurulmasında güdülen

amaç kâr etmek olmayabilir. Örneğin işletmeye bağlı işyerini oluşturan fabrikanın amacı doğrudan kâr etmek değil, yalnızca bunun için mal üretmektir. Bu durumda işletmenin ekonomik amacı yanında, işyerinin teknik amacından da söz edilecektir. Bu nedenle işyeri, "bir işverenin maddi olan ve olmayan araçlarla belirli bir teknik amacı gerçekleştirilmesine yarayan ve süreklilik gösteren organize edilmiş bir bütündür." şeklinde tanımlanmaktadır⁶.

İşin görüldüğü yerin gerçek veya tüzel kişiye ait olması; o yerin işyeri sayılması yönünden önem taşımaz. Kamu hukuku tüzel kişilerine veya tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara ait işyerleri için de durum aynıdır. Kuşkusuz çalışan işçi sayısı; İş K. m. 4'de öngörülen ayrık durum saklı olmak üzere, işyeri kavramına etkili değildir. Ayrıca, idarî ve cezaî yaptırımları davet etse bile, gerekli işlemlerin yerine getirilmemesi işyeri niteliğinin kazanılmasına engel oluşturmaz. Bu hususta işin konusunun da bir önemi bulunmamaktadır (İş K. m. 3). İşyeri sadece sınaî ve ticari gaye güden yerleri değil, hizmet sektörüne giren ve bunun yanında serbest meslek faaliyetlerinin görüldüğü yerleri, örneğin doktor muayenahaneleri, avukat büroları, mali müşavir yazıhanelerini de kapsamaktadır. Ancak bu yerler, Kanunun aradığı şartlara sahip ise, İş Kanunu anlamında işyeri sayılır. Örneğin, sadece askeri elbise imal eden dikimevlerinin ve kamunun yararlanması için yol inşa eden karayolları inşaat şantiyesi, hayır amacıyla kurulan vakıf atölyeleri kâr amacıyla faaliyet göstermedikleri halde işyeri sayılırlar⁷.

Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin tespitinde işyerinin girdiği işkolunun tespiti çok önemlidir. Gerçekten bir toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin uyuşmazlıkta fabrika işyerinde "Davalı, Türk Metal Sendikası, İzmir ve Torbalı'da metal işkolu kapsamında kurulu bulunan fabrika işyerlerinde işletme düzeyinde Toplu İş Sözleşmesi yapma yetkisinin tespiti isteğiyle 23.2.1999 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurmuş, Bakanlıkça da aynı işkoluna giren her iki işyerinde toplam 39 işçinin çalıştığını, bunlardan 21'inin davalı sendika üyesi olduğunu belirleyerek ilgililere tespit yazısını bildirmiştir.

"Davacı işveren, Kırıkkale'de Ankara yolu üzerinde yapımı devam eden bir fabrika işyerinin de bulunduğunu, burada çalışan işçilerin de tespit-

lerde dikkate alınması gerektiğini iddia ederek bu itiraz davasını açmış olup mahkemece istek doğrultusunda son işyerinde inşaat işçisi ve bekçi olarak çalışan 3 işçiyi de hesaba katarak işçi sayısının 42 olduğu sonucuna varmış, üye sayısı 21 olduğundan davalı sendikanın işletmede çalışan işçilerin çoğunluğunun üyesi olmadığı gerekçe gösterilerek dava kabul edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, iş müfettişinin de tespitlerinden Ankara Kırıkkale yolu üzerinde bir fabrikanın davacı tarafından yaptırılmakta olduğu ve başvuru tarihi itibarıyla çalışanların inşaat işçisi ya da bekçi durumunda oldukları, bu işçilerin çalıştığı işyerinin inşaat işyeri olduğu göz önünde tutulduğu takdirde Metal-İş kolunda yapılan değerlendirmede hesaba katılmayacakları açık seçik ortada bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak Bakanlıkça yapılmış bulunan çoğunluk tespitinin doğru olduğu kabul edilerek yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve itirazın reddi gerekmiştir (Yrg.9.H.D. 9.3.2000, E.2000/3061, K. 2000/2867)". Ankara Kırıkkale yolu üzerinde bir fabrikanın davacı tarafından yaptırılmakta olduğu ve başvuru tarihi itibarıyla çalışanların inşaat işçisi ya da bekçi durumunda oldukları, bu işçilerin çalıştığı işyerinin inşaat işyeri olduğu göz önünde tutulduğu takdirde Metal-İş kolunda yapılan değerlendirmede hesaba katılmayacakları açık seçik ortada bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak Bakanlıkça yapılmış bulunan çoğunluk tespitinin doğru olduğu kabul edilerek yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve itirazın reddi gerekmiştir⁸.

2- TESPİT YAPILIRKEN AĞIRLIKLİ İŞİN ESAS ALINMASI

İşyerinde yürütülen iş, asıl iş ve asıl işe yardımcı işler olarak ikiye ayrılır. Yasada asıl işe yardımcı işlerin de, asıl işin girdiği işkolundan sayılacağı hükme bağlanmıştır (Sen.K.m.60). Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 47. maddesinde de aynı hüküm korunmuştur. Bazı işyerlerinin hangi işkoluna girdiğinin belirlenmesi oldukça zordur. İşyerlerinde yapılan ağırlıklı iş esas alınarak işkolu saptanabilir. Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler asıl işin dâhil olduğu işkolundan sayılmaktadır. Asıl işin görülmesi bakımından doğrudan doğruya yardımcı olan ve o işi tamamlayan nitelikte iş-

ler asıl işe yardımcı işler olarak nitelendirilmektedir. Bir yer işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunmaktaysa, orası da işyerinden sayılacaktır.

Asıl iş-yardımcı iş kavramı bir işyeri sınırları ve organizasyonu içinde yürütülen işler için önem taşır. Oysa aynı işverene ait birbirinden ayrı işyerlerinde farklı işkoluna tabi işler yapılıyor ise; artık o işyerleri ekonomik yönden bir işletme bünyesinde kalsa da 2822 sayılı Kanun'un 3. maddesi açısından işletmeden söz edilemez. Bir işverene ait aynı işkolunda birden çok işyeri işletme oluşturur. Bu nedenle işletmenin işkolu tespitinde birim olarak işyerleri esas alınır. İşverenin yaptığı asıl iş, ağırlıklı iştir. Örneğin işveren ağırlıklı olarak süt ve süt ürünleri üretimi yapıyorsa başka il veya ilçede bulunan depolama ve dağıtım, pazarlama işyerlerinde aynı iş organizasyonu içinde yalnız fabrikalarında üretilen o işverene ait süt ve süt ürünleri pazarlanması durumunda bunların aynı işkolunda olduğu kabul edilerek işletme oluşturduğu benimsenmelidir.

Şayet işyerinin bir başka işyeri ile birleşmesinden sonra üretim sürecinde herhangi bir değişiklik olmamış ise, işkolunun değiştiğinden söz edilemez. Örneğin işyerinde plastik kutu yanında ağırlıklı olarak teneke kutu üretimi yapıp ayrıca kutu ve şişe kapakları da imal ediliyorsa metal işinin ağırlıklı olduğu kabul edilebilir. Öte yandan ambalaj üretimi işinin boya üretimi işinden bağımsız bir faaliyet olduğu kabul edilmelidir. Bir uyuşmazlıkta, anılan ürün, gurubun diğer şirketlerine ve kalan miktarın ise grup dışı şirketlere satılmasından dolayı tespiti konu işyerinde yapılan işlerin nitelik itibarı ile İşkolları Tüzüğü'nün 13 sıra nolu "Metal" işkoluna girdiği kabul edilmiştir⁹.

Ayrıca Yargıtay'a gelen bir başka uyuşmazlıkta, işveren şirketin faaliyet ve amaçlarına ekleme ya-

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunan işyerinde işkolu tespiti için her işverenin işyerinin bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolu tespiti gerekir.

pılması sonucu bunların yardımcı işlerden olması halinde, işyerindeki işlerin nitelik itibarıyla asıl işi tamamlayıcı nitelikte yardımcı işler olduğu yolunda karar verilmiştir¹⁰. Yine Yargıtay'ın yeni bir içtihadında; alüminyum fabrikasına enerji sağlayan hidroelektrik santrali işyerinin başka yerlere de enerji dağıtımını yapması nedeniyle enerji işkoluna girdiği kabul edilmiştir¹¹.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunan işyerinde işkolu tespiti için her işverenin işyerinin bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolu tespiti gerekir¹².

3- TESPİT YAPILIRKEN ÇALIŞAN İŞÇİLERİN YAPTIKLARI İŞE GÖRE DEĞERLENDİRME

Bir işyerinde çalışan işçilerin önemli bir bölümünün hangi işte çalıştıklarının saptanması da işkolu tespiti yönünden önemlidir. İşkoluna göre sendikalaşmada asıl işi yapan işçiler çoğunlukta olacaklarından onların sayısına göre işkolunun belirlenmesi gerekir.

Ancak Yargıtay bir kararında, işçi sayısı değil, yapılan iş dikkate alınarak işkolu tespiti yapılması gerektiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık konusu olayda “önemli oranda pay sahibi olduğu Limited Şirket işyerinde belediye hizmetlerine ilişkin temizlik denetim, toplu ulaşım gibi işlerin görüldüğü, bunlar için belediyeye ait kimi kuruluşlara işçiler temin edilmesi gibi özellikler dikkate alındığında yapılan işin, işkolları tüzüğü'nün 28 numaralı “genel işler” işkoluna girdiğinin kabulü gerekir. İşyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının taşımacılık işinde çalıştığı dikkate alınarak işyerinin 18 numaralı “kara taşımacılığı” işkoluna girdiği düşünülemez¹³ denilmiştir.

Yukarıya alınan Yargıtay kararı “genel işler” işkolunun belediyenin sağlık hizmetleri dışındaki tüm işlerini kapsamaması nedeniyle yerindedir. Bunun dışındaki işkollarında çalışan işçi sayısı asıl işin niteliğini ortaya koyacağından, önemli bir ölçüt olarak kabul edilmesi gerekir.

4- İŞ ORGANİZASYONUNUN İŞKOLU TESPİTİNDE ÖNEMİ

İş organizasyonunun da işkolunun tespitinde önemi bulunmaktadır. Gerçekten iş organizasyonu

çerçevesinde yapılan işlere göre saptama yapılmalıdır. Ancak bu durumun tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Örneğin ülkenin muhtelif yerlerinde bulunan kitap dağıtım ve satışı yapılan işyerlerinde yalnız o matbaada basılan kitapların satış ve dağıtımını yapılmayıp bu matbaa dışında basılan kitap ve yayınların da dağıtımını ve satışının yapıldığının anlaşılması halinde, matbaa işyeri ile kitap satışı yapılan işyerlerinin aynı iş organizasyonunun içerisinde kabulü mümkün değildir. Böyle olunca kitap dağıtımını ve satışı yapılan işyerleri ile matbaa işyerlerinin farklı işyerleri olmak kabulü ile buna göre işkollarının tespit edilmesi gerekir¹⁴.

Şayet işyerinde yürütülen işin tamamlayıcısı ve sonuçlandırılması bakımından yardımcısı olan işin görüldüğü başka bir yer olsa da, görülen iş bakımından organizasyon bütünlüğü bulunmaktadır. Böyle olunca o iş asıl işyerine bağlı bulunmakla ve her iki işyerinin birbirlerine sıkı suretle bağlı olmaları hali de göz önüne alındığında asıl işin dahil olduğu işkoluna girdiği kabul edilmelidir. Örneğin işyerinde yapılan keşiften sonra düzenlenen bilirkişi raporunda, çırçır ve prese fabrikalarının kooperatiflere devrinden sonra yönetim, muhasebe ve personel bölümlerinin kaldırılıp bu hizmetlerin kooperatiflerce yürütüldüğü, bunun dışında fabrikalarda ve kooperatiflerde daha önce yapılan faaliyetlerin değişmediği belirtildiği halde, asıl işin doküma, yardımcı işin ise kooperatif faaliyetleri olduğu benimsenmelidir. Gerçekten Bakanlık işkolu tespitine itiraz davasında mahkemece yapılan keşif sonrası işyerilerindeki tespitler dikkate alındığında, çırçırılama ve kooperatif faaliyetlerinin devir öncesi gibi devam ettiği, değişimin sadece idari nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten sadece fabrikaların sahibinin değişmesi halinde bu tespitler

İşyerinde yapılan işin hangi işkoluna girdiğinin tespitinde mal ve hizmetler için yatırım oranı ve fazlalığı, işin genel organizasyonundaki ağırlığı dikkate alınarak asıl iş belirlenerek işyerinin girdiği işkolu saptanabilir.

dikkate alındığında, kooperatif faaliyetlerinin iki yönlü olduğu bazı işlerin 17 sıra nolu işkoluna diğerlerinin çıkarılma olup “dokuma” işkoluna girdiği sonucuna varılmalıdır¹⁵.

Bu nedenle işyerinde yapılan işin hangi işkoluna girdiğinin tespitinde mal ve hizmetler için yatırım oranı ve fazlalığı, işin genel organizasyonundaki ağırlığı dikkate alınarak asıl iş belirlenerek işyerinin girdiği işkoluna saptanabilir.

5- İŞLETME AMACININ ESAS ALINMASI

Her işletme ekonomik bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulmuştur. Bu amacın gerçekleştirilmesi için şirket ana sözleşmelerinde düzenleme yapılır. Bazı kamu sektörü işverenleri de amaçlarını gerçekleştirmek yönünden döner sermaye işletmeleri kurabilir. Kurulmuş işyeri teknik bir amaç için organize edilmiş olmalıdır. Bağlı olan işler de bu organizasyon içinde yer almış ve yönlendirilmiş bağımsız bir yönetime sahip olmaları halinde bu döner sermaye işletmelerinin çalışması sırasında kurulduğu üniversitenin esas faaliyetini aksatmayacak biçimde olmalıdır. Bu nedenle eğitim ve öğretim ile bunlara katkıda bulunan uygulamanın ön planda tutulmaları gerekir. Döner sermaye işletmelerinin yönetim kuruluyla bağlı olduğu üniversitesinin yönetim kurulunun aynı kişilerden oluşması olgusu karşısında üniversite rektörlüğü ve bağlı işyerlerinin 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 60. maddesi ve İşkolları Tüzüğü'nün 17. sıra numaralı “Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar” işkoluna girdiğinin kabul edilmesi gerekir¹⁶.

Bir şirketin ana sözleşmesinin amaç ve konusunu yanında işyeri değişikliği sonrası iş yapım sözleşmesindeki şirketin yapmakta olduğu işler dikkate alındığında etiket, yapıştırıcı imalatı ambalajlama ve mücellit işleri ve karbonlu veya karbonsuz kâğıtlardan mamul bilgisayar formları ve kâğıt maddelerin imalatı olduğu anlaşıldığından ortaklar kurulunun toplanarak şirket merkezini başka bir adrese taşımasına karar alması ve uygulaması, merkezin taşındığı adreste yapılan işlerin taşeronluk sözleşmesi kapsamında başka işyerinde o şirket adına fason üretim yaptığını gösterir. İşyerinde yapılan, ana sözleşme ve taşeron sözleşmesinde belirtilen bu işlerin “Basın ve Yayın” işkolunda yer almasının kabulü gerekir¹⁷.

Şirketin amacını gerçekleştirmek için yapacağı işler esas alınarak işkoluna tespiti yapılabilir. Yargıtay bir uyuşmazlıkta, şirket amacının ana sözleşmede açık ve ayrıntılı biçimde bentler halinde gösterildiğini belirterek, buna göre tespit yapılmasını kararlaştırmıştır¹⁸.

Yine bir başka işkoluna uyuşmazlığında üretimde kullanılan malzemeye değil, fakat üretim amacına göre işkoluna tespiti yapılması gerektiğine Yargıtay karar vermiştir¹⁹. Yargıtay böylece amaç unsurunu öne çıkarmıştır.

III-İŞKOLU TESPİTİNE İTİRAZ

a) Genel Olarak

Bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusunda ya sendikaların kendi aralarında ya da işverenle sendika arasında uyuşmazlıklar çıkabilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesine göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na işkoluna tespiti için yapılan başvuru üzerine Bakanlık o işyerinin girdiği işkolunu belirleyerek bu konuda verdiği kararını Resmi Gazete'de ilan eder. Bakanlık kararının ilanı ile ilgililerin mahkemeye itiraz süresi işlemeye başlar. Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın “İşkolunun belirlenmesi” başlıklı 4. maddesinde “Bir işyerinin girdiği işkolunun tescilli işverenin yazılı beyanı üzerine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3 üncü maddesi uyarınca Bölge Müdürlüklerince yapılır. Ancak, işçi sendikası tarafından işkoluna tescil edilen işyerinin başka bir işkoluna girdiği yönünde müracaatta bulunulması halinde işkoluna Bakanlıkça mahallinde yapılacak inceleme sonucu tespit edilir. Bakanlık, tespitle ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespiti karşı ilgililer, iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş işgünü içinde dava açabilirler. İtiraz dilekçesi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına veya ilgili Bölge Müdürlüklerine kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir. Mahkeme, iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay, uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar. İşyerinde veya işletmede yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesi varsa veya yeni dönem yetki prosedürü başlamış ise tespit edilecek işkoluna değişikliği bir sonraki dönem için geçerli olur.” denilmiştir.

Resmi Gazete'de yayımlama işlemi, bir duyuru

işlemdir. Bunun en büyük yansıması ise, itiraza başlangıç süresinin herkes için aynı olmasında kendisini gösterir. Resmi Gazete'nin kimilerin eline geç geçmesi süreyi uzatmaz²⁰. Oysa Bakanlığın kararı çoğu kez taraflardan birinin başvurusu üzerine verilmiş bir karar olup, objektif kural koyucu (tüzük, yönetmelik gibi) bir idari işlem değildir. Bu düşünceyle Bakanlığın konuya ilişkin kararının uyumsuzluğu gündeme getiren yana tebliğ edilmesi ve mahkemeye başvuru süresinin de buna göre düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür²¹.

b) İşkolu Tespitine İtiraz Davasının Tarafları

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın işkolu tespit kararını karşı mahkemeye dava açabilecek ilgililerden mahkemeye başvurmakta yarar bulunan kişi ve kuruluşları anlamak gerekir. Çünkü işkolu tespit kararı bir idari işlem olmadığı halde tespit isteyene tebliğiyle yetinilmemektedir. İşkolu tespit kararı bu nedenle o işyerinin girdiği işkolunun tespitinde çıkarları tehlikeye düşünebilecek işveren ve öteki işçi sendikalarının durumdan haberdar olmaları amacı ile Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır.

Yargıtay, Sendikalar Kanununun 4. maddesinde "öngörülen usul dışında işkolu tespiti davası açılmayacağını"²², işkolu tespitine itiraz davasında Bakanlığın yanında işverenin de hasım gösterilmesi gerektiğini"²³ içtihat etmiştir²⁴.

Ancak, Yargıtay dava sonucunda hakları etkilebilecek olanların da davaya dâhil edilmeleri yolunda görüş oluşturmuştur. Bunun sonucunda işkolu tespit kararından etkilenecek işverenin ve varsa işyerinde örgütlenmiş diğer sendikaların davaya dâhil edilerek göstereceği delillerin ve karşı delillerin toplanması suretiyle değerlendirme yapılarak hâsıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir²⁴.

İşkolu tespit davalarında her işverenin işyerinin bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolu tespiti gerekir. Somut olaydaki gibi asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi doğru değildir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işkolu tespit kararı verilmektedir. Bu kararlar da asıl işveren konumunda olan işverenin işyerin-

de iş alan alt işverenlerin kendi işyerlerinde yaptıkları işlerin niteliği itibarıyla girdikleri işkollarının tespit edilmesi gerekir. Buna rağmen alt işverene verilmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VI. maddesinde yer alan tanıma aykırı düşmesi nedeniyle alt işveren tarafından çalıştırılan işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılması ve alt işveren işyerinin salt bu nedenle asıl işin ait olduğu işkolu kapsamında değerlendirilmesi hatalıdır. Alt işveren şirketler tarafından yapılan işlerin niteliği itibarıyla tespiti gerektiğinden, mahkemece her bir alt işverenin davaya dahil edilmesine imkân tanınıp taraf teşkili sağlandıktan sonra alt işverenlerin işyerlerinde ayrı ayrı bilirkişi vasıtasıyla keşif ve inceleme yapılmak suretiyle asıl işveren işyerinin girdiği işkolundan bağımsız olarak alt işverenlerin işyerlerinde yapılan işlerin hangi işkoluna girdiği saptanmalıdır²⁵.

c) İşkolu Tespiti İtirazında Yetkili Mahkeme

Dava açılacak mahkeme, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesine göre işyerinin bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemedir. İşyerinin bulunduğu yerin yargısal yönden bağlı olduğu yerel mahkeme, işyerinin niteliğini en kolay bir biçimde belirleyebilir²⁶.

Ancak Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 4. maddesinde "...Kararın yayımını müteakip bu tepite karşı ilgililer, iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş işgünü içinde dava açabilirler. İtiraz dilekçesi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına veya ilgili Bölge Müdürlüklerine kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir." hükmü getirilmektedir. Görevli makamın bulunduğu yer mahkemesi uzman iş hakimlerinin çalıştığı iş mahkemeleri olacağı ve Bakanlık veya Bölge Müdürlüklerine itiraz dilekçelerinin kayıt ettirileceği düşünülerek artık işyeri mahkemesinin yetkisinin sona erebileceği düşünülebileceği kanısındayım.

Yargıtay bir işkolu uyumsuzluğuna ilişkin kararında: "Şirket Merkezinin İstanbul'da, Ankara'daki temsilcilik bürosunda haber ve görüntü toplanıp şirket merkezindeki haber birimine ulaştırıldığı, "X TV" markası ile yayınlandığı dikkate alındığında; Ankara'daki işyerinin merkeze bağlı bir temsilcilik olduğu ve burada yapılan işlerin asıl işe yardımcı

iş niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu halde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesi gereğince işkolu tespitine itiraz davalarının tespiti konu işyerinin bulunduğu mahalli mahkemede açılması gerektiği, somut olayda şirket merkezinin bulunduğu İstanbul İş Mahkemesinin davaya bakmaya yetkili olduğu, dolayısıyla yetkisizlik kararı verilmesi gerekir iken işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır” denilmiştir²⁷.

d) İşkolu İtirazının Sonuçlandırılması Süresi

Mahkemenin konuyu iki ay içinde karar bağlaması gerekir. Yargıtay'ın da incelemeyi iki ay içinde tamamlayıp kesin karar vermesi öngörülmüştür (m.4). Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 4. maddesinde de aynı esas benimsenmiştir.

Bu düzenleme iş hukukunun yapısı gereği uyuşmazlıkların en kısa sürede çözümlenmesi amacıyla yargı organlarına bir uyarı veya temenni niteliğini taşır. Uygulamada bu tür sürelerle, iş sayısının çokluğu nedeniyle tam olarak uyulamamaktadır. Yargı organları için böyle süreler öngörülen bir yasal düzenlemede Çalışma Bakanlığı'nın hiçbir süreyle bağlı tutulması da haklı olarak eleştirilmiştir²⁸.

e) İtirazın İncelenme Yöntemi

Mahkeme, işkolu tespitine karşı açılacak davayı genel hükümlere göre inceleyecektir. Yasada özel bir inceleme yöntemi öngörülmediğinden; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki kurallar gereğince inceleme yapılacaktır. Yargıtay bu nedenle sadece evrak üzerinde inceleme yapılarak mahkemece verilen işkolu tespit kararını bozmuştur²⁹. Bir işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi ve bu konuda çıkacak uyuşmazlıkların çözüm biçimi, Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesi ile İşkolları Tüzüğü m. 4'de özel olarak düzenlenmiştir.

Ancak uygulamada bu konudaki uyuşmazlıklar, daha çok toplu iş sözleşmesi yetki tespitine ilişkin itiraz (TİSGLK.m.15) çerçevesinde söz konusu olmaktadır. Yetki itirazını görüşen mahkemenin işkoluna ilişkin itirazı da karara bağlayıp bağlayamayacağı hususunda 2822 sayılı Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, Yargıtay tarafından benimsenen öğretilerde³⁰, yetki itirazı prosedürü kapsamında işyerinin girdiği işkoluna da itiraz edilmesi

halinde, öncelikle bunun tespiti için 2821 sayılı Kanun'un 4. maddesini işletmek ve Bakanlığa başvuruyu sağlamak üzere itiraz eden tarafa mehil verilerek konunun bekletici sorun kabul edilmesi ve sonucuna göre yetki uyuşmazlığına mahkemece karar verilmesi gerekir.

Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesine göre verilen işkolu tespiti kararının temyiz edilmesi halinde “Yargıtay'ın uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlayacağı” ifadesinden noksan tahkikat sebebiyle verilen bozma kararının kesin olduğu, bozma halinde mahkemenin bozmaya aynen uyuşmazlığına direnme kararı veremeyeceği anlaşılmaktadır. Böylece Yargıtay'ın işkolu tespitine ilişkin kararı uyuşmazlığı kesin olarak çözecek biçimde bir karar olacaktır. Yani, ya yerel mahkeme kararını onaylayarak kesinleştirecek ya da kararı bozup eski kararı kaldıracaktır. Yargıtay'ın onama kararına karşı 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre iş davalarıyla ilgili olarak verilen Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme talebinde bulunulamayacağından, kararın kesin olduğu kuşkusuzdur. Ancak, Yargıtay'ın kesin bozma kararı vermesi halinde dosyayı mahalli mahkemeye göndermeksizin uyuşmazlığı kendisinin kesin olarak karara bağlaması gerekir. Bu son durumda kendisi kesin bir karar verecektir. İşkolunu Yargıtay'ın belirlemesi yasa koyucunun uyuşmazlıkların hızla çözümlenmesi amacına da uygun olacaktır³¹. Öğretilerde tasvip gören Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır³².

Bundan dolayı Yargıtay çeşitli kararlarında işyerinde görülen işin nevi ve özelliklerine göre işkolunları yanlış belirleyen yerel mahkeme kararını bozarak kaldırmakta ve kendisi kesin işkolu tespiti yapmaktadır³³. İşyerinde yapılan işlerle ilgili olarak işkolu tespitinin iptaline mahkemece karar verilmesi halinde işyerinin hangi işkoluna girdiğinin karar yerinde gösterilmesi gerekir³⁴.

SONUÇ

İşyerinin girdiği işkolunun tespitinde asıl iş yardımcı işlerin işyerinin veya işletmenin aynı organizasyon içerisinde yer alması ölçütü aranmaktadır. Bazı işyerlerinin hangi işkoluna girdiğinin belirlenmesi oldukça zordur. Sendikalar kurulurken hangi işkolunda faaliyet göstereceklerini belirtmek zorundadırlar. İşçi ve işveren sendikalarının, tüzel

kişilik kazanıp faaliyete geçebilmeleri bu ön koşula bağlıdır. İşyerleri bir işkolunda faaliyet gösterdiği gibi, işçi ve işveren sendikaları (kamu işveren sendikaları dışında) da işkolu esasına göre kururlar. Ancak kurulu bulunduğu işkolundaki işyerleri için toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olabilir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na işkolu tespiti için yapılan başvuru üzerine Bakanlık o işyerinin girdiği işkolunu belirleyerek bu konuda verdiği kararını Resmi Gazete'de ilan eder. Bakanlık kararının ilânı ile ilgililerin mahkemeye itiraz süresi işlemeye başlar. Resmi Gazete'de yayımlama işlemi, bir duyuru işlemidir. Bunun en büyük yararı ise itiraza başlangıç süresinin herkes için aynı olmasıdır. Resmi Gazete'nin kimilerin eline geç geçmesi süreyi uzatmaz. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının işkolu Bakanlığının işkolu tespit kararını karşı mahkemeye dava açabilecek ilgililerden mahkemeye başvurmakta yararı bulunan kişi ve kuruluşları anlamak gerekir. Çünkü işkolu tespit kararı bir idari işlem olmadığı halde tespit isteyene tebliğiyle yetinilmemektedir. İşkolu tespit kararı bu nedenle o işyerinin girdiği işkolunun tespitinde çıkarları tehlikeye düşünebilecek işveren ve öteki işçi sendikalarının durumdan haberdar olmaları amacı ile Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır.

İşkolu tespitine itiraz davasında Bakanlığın yanında işverenin de hasım gösterilmesi gerekir. Ancak, Yargıtay dava sonucunda hakları etkilenebilecek olanların da davaya dahil edilmeleri yolunda görüş oluşturmuştur. Bunun sonucunda işkolu tespit kararından etkilenecek işverenin ve varsa işyerinde örgütlenmiş diğer sendikaların davaya dahil edilerek göstereceği delillerin ve karşı delillerin toplanması suretiyle değerlendirme yapılarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.

Dava açılacak mahkeme, işyerinin bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemedir. İşyerinin bulunduğu yerin yargısal yönden bağlı olduğu yerel mahkeme, işyerinin niteliğini en kolay bir biçimde belirleyebilir. Mahkemenin konuyu iki ay içinde karar bağlaması gerekir. Yargıtay'ın da incelemeyi iki ay içinde tamamlayıp kesin karar vermesi öngörülmüştür. Mahkeme, işkolu tespitine karşı açılacak davayı genel hükümlere göre inceleyecektir. Yasada özel bir inceleme yöntemi öngörülmediğinden; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki kurallar gereğince inceleme

yapılacaktır. Bu nedenle sadece evrak üzerinde inceleme yapılarak mahkemece verilen işkolu tespitine itiraz sonuçlandırılmaz.

Sendikalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 4. ve 47. maddelerinde yapılan düzenlemeler ile işkolu sayısının azaltılması ve işyeri bildiriyle başlayan işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi usulü isabetlidir. Kanımca Bakanlık veya Bölge Müdürlüğüne itirazı kayıt ettirilmesine gerek olmadığı gibi, işkolu tespitine itiraz yöntemi ile de bağdaşmamaktadır. Bu tür uyuşmazlıkların çözümüne olumlu katkı sağlayacağı da söylenemez.

DİPNOTLAR

- * 26-27 Nisan 2008 tarihlerinde Bursa'da sosyal taraflarla yapılan toplantı sonucunda alınan kararlar doğrultusunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan Mayıs 2008 tarihli Kanun Tasarı Taslağı.
- 1 Ekin, N.: Endüstri İlişkileri, İstanbul-1976, s. 81 vd.; Şahlanan, F.: Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu (Doktora Tezi), İstanbul-1980, s. 26.
- 2 Esener, T.: Toplu Sözleşme Düzenimiz Üzerine Düşünceler, Yeni Dönemde İşçi-İşveren İlişkileri Yönünden Yeni Politikalar ve Aktüel Mes'eleler Semineri, 15-18 Nisan 1984 Abant, Endüstriyel İlişkiler 1984 Yıllığı, Kutay, İstanbul 1985, s. 96.
- 3 Ekonomi, M.: İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi, İş Hukuku Der., Ocak-Mart 1991, s.31 vd.; aynı yazar Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, s.1.
- 4 Bkz. Perrins, Bryn: Trade Union Law, London-1985, s.76 vd; Günay, Cevdet İlhan: Batı ve Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, (Doktora Tezi), Ankara-1991, s.88.
- 5 İş Kanunu Tasarısının 2. maddesi gerekçesi, Günay, C. İ.: İş Kanunu Şerhi, C.I, Ankara-2006, s.93-94.
- 6 Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, B.15, İstanbul-2000, s.51, dn.6.
- 7 Bkz. Çenberci, M.: İş Kanunu Şerhi, Ankara-1984, s.191.
- 8 Yrg.9.H.D. 15.12.2004, E.2004/31405, K.2004/27949.
- 9 Yrg.9.H.D. 15.12.2004, E.2004/31405,K.2004/27949.
- 10 "Türkiye Gemi Sanayi A.Ş.'nin aktif ve pasifi ile Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'ye devri üzerine şirket ana sözleşmesinin faaliyet ve amaçlar başlığını taşıyan 3.maddesine '... her türlü gemi ve deniz araçlarının inşa, tamir, tadil ve havuzlama işleri ile bakım onarım yapma işleri...' ibaresinin eklenmesi üzerine müdahil davalı sendikaların tespiti konu işyerinde gemi bakım onarım işlerinin yapıldığından söz ederek işyerinin 'Gemi' işkolunda yer aldığı tespitini istemiş, mahkemece bu yönde karar oluşturulmuş ise de: Dosya içerisinde bulunan İş Teftiş Kurulu Raporu ekindeki 22.4.2003 tarihli müfettiş tutanağı, mahkemece işyerinde bilirkişi marifeti ile yapılan keşif sırasında dinlenen tanıkların beyanları ve aynı keşif sonrası alınan bilirkişi kurulu raporu, tespiti konu işyerini de kapsayan Türkiye Denizciler Sendikası ile Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. arasındaki toplu iş sözleşmesi ile aynı taraflar için verilen yetki belgesi ve İstanbul 1. İş Mahkemesinin kesinleşmiş kararı birlikte değerlendirildiğinde;

tespite konu Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. ne bağlı olarak Şehir Hatları İşletmesi Hasköy Bakım Onarım Atölyesinin 1984 yılında kurulduğu, 2000 yılında da küçültülerek Sarayburnu-Eminönü adresine taşındığı, kuruluşundan beri işyerinin müfettiş raporu ve tespit kararında belirtilenin aksine Şehir Hatları İşletmesi Müdürlüğüne bağlı olarak faaliyetini sürdürdüğü, bu süre içerisinde işyerinde yapılan işlerin niteliğinde herhangi bir değişikliğin olmadığı, işyerinde şehir hatlarında çalışan gemilerin periyodik bakım onarımının yapıldığı, gemi iskelede bağlı iken basit arızaların giderildiği, atölyede giderilemeyen büyük arızaların ortaya çıkması halinde ise, deniz aracının tersaneye gönderildiği, işyerinde bulunan atölyelerde gemilerdeki taşınabilir yangın söndürme cihazlarının dolmaları, motor ve elektrik aksamların bakım ve onarımlarının, marley, cam, döşeme gibi yenileme işlerinin, kısaca geminin inşası dışında kullanım sırasında ortaya çıkan tüm yardımcı işlerin yapıldığı, bu işlerin nitelik itibarıyla asıl işi tamamlayıcı nitelikte yardımcı işler olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda Türkiye Denizcilik İşletmeler A.Ş.'nin Şehir Hatları İşletmesi Bakım ve Onarım Atölyesi işyerinde şehir hatlarında işletilen gemilerin tersane ve havuzlama işlemleri dışında periyodik bakım ve onarımlarının ve asıl işi tamamlayan yardımcı nitelikte işlerin yapıldığı, bu işlerin Şehir Hatları İşletmesinde yürütülen gemi işletmeciliği asıl işine yardımcı iş olduğu, ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 60/2. fıkrasında yer alan asıl işe yardımcı işlerin, asıl işin dahil olduğu işkolunda sayılacağı hükmü gereğince davanın kabulü ile Şehir Hatları İşletmesi Bakım ve Onarım Atölyesi işyerinin İş Kolları Tüzüğü'nün 20 sıra numaralı 'Deniz Taşımacılığı' işkoluna girdiğinin tespitine karar vermek gerekmiştir." Yrg.9.H.D. 23.11.2004, E.2004/28898,K.2004/26021.

- 11 "Dava dışı Y Alüminyum A.Ş.'nin ana sözleşmesinde şirketin amaç ve faaliyet konularının düzenlendiği 3/n maddesi, iş müfettişi raporu ve Seydişehir Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi dosyası tüm dosya kapsamı ile birlikte değerlendirildiğinde; Y Alüminyum A.Ş.'ne ait Alüminyum Fabrikası ve 19 bölümden oluşan işletmede, alüminyum üretiminin yapıldığı, Z HES Santralinde üretilen elektrik enerjinin büyük bölümünün alüminyum üretiminde kullanıldığı, işletmeye verilen enerjinin dışında üretilen enerjinin TETAŞ ve TEDAŞ aracılığıyla işletme dışına aktarıldığı, Z HES santralinde yürütülen işin alüminyum üretiminden bağımsız nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Bakanlık işkolu tespit kararında belirtildiği gibi dava konusu işyerinde yapılan işin alüminyum üretimine yardımcı iş olarak kabul edilmesi bu durumda mümkün değildir. Zira asıl işe yardımcı iş kavramından, asıl işin görülüp sonuçlandırılması bakımından o süreç içinde doğrudan doğruya yardımcı olan ve o işi tamamlayan nitelikte işler anlaşılması gerekir. Dava konusu işyerinde yapılan işlerin asıl işin görülmesinde doğrudan doğruya yardımcı veya işi tamamlayan nitelikte olmayıp aksine üretim sürecinde hammadde, işçilik gibi bir üretim girdisi olma özelliğini taşımaktadır. Bu nedenle Z HES santralinde elektrik enerjisi üretimi işinin nitelik itibarıyla İş Kolları Tüzüğü'nün 16 sıra numaralı "Enerji" işkoluna girdiğini kabulü gerekmiştir." Yrg.9.H.D., 20.3.2008, E.2008/1260, K.2008/5478.
- 12 "2-) Birleşen davada davacı Oyak Pazarlama A.Ş. işkolu tespitine konu işyerinde temizlik işini ihale yolu ile üstlendiğini, Erdemir Madencilik San. ve Tic. A.Ş. ile aralarında muvazaalı bir ilişkinin bulunmadığı gibi yaptığı işin asıl işe yardımcı iş olarak da değerlendirilmeyeceğini, dolayısıyla asıl işin girdiği işkolunda diğer bir ifade ile kendilerinin yaptığı işin İş Kolları Tüzüğü'nün 02 sıra numaralı "Madencilik" işkolunda olmadığı belirterek

Bakanlığın işkolu tespit kararının kendileri yönünden iptalini istemiş, mahkemece asıl işe yardımcı iş olup asıl işin tabi olduğu işkolunda yer alması gerektiğinden davanın reddine karar verilmiştir. İşkolu tespit davalarında her işverenin işyerinin bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolu tespiti gerekir. Somut olaydaki gibi asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi doğru değildir.

3-) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işkolu tespit kararında asıl işveren konumunda olan Erdemir Madencilik San. ve Tic. A.Ş.'in işyerinde iş alan alt işverenlerin kendi işyerlerinde yaptıkları işlerin niteliği itibarıyla girdikleri işkollarının tespit edilmesi gerekir iken "...ancak bu işlerin alt işverenlere verilmesinin 4857 sayılı Yasanın 2. maddesinde yer alan tanıma aykırı düşmesi nedeniyle adı geçen firmalar tarafından yapılan işlerde çalıştırılan işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılması ve asıl işin ait olduğu işkolu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle adı geçen şirketler tarafından yapılan işlerin niteliği itibarıyla "İşkolları Tüzüğü"nün 02 sıra numaralı "Madencilik" işkoluna" girdiğine karar verilmesinin hatalıdır. Bu durumda mahkemece her bir alt işverenin davaya dahil edilmesine imkan tanınıp taraf teşkili sağlandıktan sonra alt işverenlerin işyerlerinde ayrı ayrı bilirkişi vasıtasıyla keşif ve inceleme yapılmak suretiyle asıl işveren Erdemir Madencilik San. ve Tic. A.Ş.'nin işyerinin girdiği işkolundan bağımsız olarak alt işverenlerin işyerlerinde yapılan işlerin hangi işkoluna girdiğinin saptanmalıdır.

Eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yrg.9.H.D., 9.10.2007, E.2007/34959, K.2007/29911

- 13 "Mahkemece mütalaasına başvuru bilirkişi raporlarında da belirtildiği üzere bu işlerle iştigal eden işçilerin önemli bir bölümünün toplu taşıma ve temizlik işlerinde çalıştıkları konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Limited Şirketin İzmir Büyükşehir Belediyesi iştirakleri tarafından kurulup paylarının % 50'ser olduğu işyerinde belediye hizmetlerine ilişkin temizlik denetim toplu ulaşım gibi işlerin görüldüğü, bunlar için belediyeye ait kimi kuruluşlara işçiler temin edilmesi gibi özellikler dikkate alındığında işyerinin işkolları tüzüğü'nün 28 numaralı "Genel İşler" işkoluna girdiğinin kabulü gerekir. Mahkemenin yanlış değerlendirme ile işyerinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının taşımacılık işinde çalıştığı dikkate alınarak işyerinin 18 numaralı "kara taşımacılığı işkoluna girdiğinin kabulü isabetsiz olduğundan kararın bozularak ortadan kaldırılması ve bunun sonucu olarak itiraz davasının kabulü doğrultusunda..." Yrg.9.H.D. 2.3.2000, E.2000/2426,K.2000/2448.
- 14 "Davacı, MEB Yayınlar Dairesi Başkanlığına bağlı Devlet Kitapları Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü ve işyerlerinin 17 nolu Ticaret Büro Eğitim ve Güzel Sanatlar işkolunda faaliyet gösterdiğini ve bu işyerinde T. Koop. İş Sendikası taraf olduğu Toplu İş Sözleşmesi ile bağlı bulunduğu, Basımevi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğüne bağlı kitap basımı yapılan matbaa işyerinde ise 10 numaralı "Basın ve Yayın" İş Kolunda tespit edildiğini bu işyerinde Basın-İş Sendikasının taraf olduğu toplu iş sözleşmelerinin bağtlandığı, ancak Basımevi D.S.İ. Müdürlüğüne bağlı hizmet akdi ile çalışan işçiler tarafından üretim yapılan Ankara ve İstanbul'da bulunan bir çok matbaa işyerinin makineleriyle birlikte Devlet Kitaplıkları D.S.İ. Müdürlüğü kitap dağıtım ve satışı işyerine devredildiği matbaalarda çalışan işçi sayısının ve yapılan işin ağırlıklı olarak 10 sıra numaralı "Basın ve Yayın"

İşkoluna girdiğini iddia ederek kitap dağıtım ve satışı yapılan ve daha sonra 17. sıra numaralı işkolunda tespit edilen ve Türkiye'nin muhtelif yerlerinde bulunana kitap dağıtım ve satışı yapılan işyerlerinde 10 sıra nolu "Basın ve Yayın" işkolunda tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalılar işyerlerinin ve işkollarının farklı olduğunu Bakanlıkça yapılan işkolu tespitlerinin yerinde bulunduğunu iddia ederek davanın reddini savunmuşlardır. Bakanlık tarafından kitap dağıtım ve satış yapılan işyerlerinin 17 nolu Ticaret, Büro, Eğitimi Güzel Sanatlar işkolunda kitap basımı yapılan matbaa işyerleri ise 10 sıra numaralı "Basın ve Yayın" işkolunda bulduklarını, tespit etmiştir.

Mahkemece tüm işyerlerinde yapılan ağırlıklı işin basın ve yayın iş olduğu kabul edilerek tüm işyerlerinin 10 sıra numaralı "Basın ve Yayın" işkolunda bulunduğu tespit edilerek dava kabul edilmiştir. Dosya içeriğinden kitap dağıtım ve satışı yapılan ve ülkenin muhtelif yerlerinde bulunduğu anlaşılan işyerlerinde yalnız yukarıda anılan matbaalarda basılan kitapların satış ve dağıtım yapılmadığı bu matbaa oluşunda basılan ve özel matbaalarda da basılan kitap ve matbuatında dağıtım ve satışının yapıldığı anlaşıldığından matbaa işyeri ile kitap satış yapılan işyerlerinin ayrı iş organizasyonunun içerisinde kabulünün mümkün olmadığı kitap dağıtım ve satışı yapılan işyerleri ile matbaa işyerlerinin farklı işyerleri olmak kabulünün ve buna göre işkollarının tespit edilmesi gerektiği anlaşıldığından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan işkolları tespitinin yerinde olduğu görüldüğünden davacının davasının reddi gerektiğinden aşağıdaki şekilde karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır." Yrg.9.H.D., 28.12.2005, E.2005/38077,K.2005/40683.

- 15 Yrg.9.H.D., 20.9.2001, E.2001/15475,K.2001/14200.
- 16 Davacı Sendika Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 5 Mayıs 2001 gün ve 24393 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 20.4.2001 tarih ve 2001/13 sayılı işkolu tespit kararındaki Üniversiteye (Erciyes Üniversitesi Rektörlüğüne) bağlı, Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Araştırma ve Uygulama Hastahanesi unvanlı işyerinde yapılan işlerin, İşkolları Tüzüğü'nün 17 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkoluna girdiğine ilişkin kararın iptali ve anılan işyerindeki işlerin 24 sıra numaralı "sağlık" işkoluna girdiğinin tespiti isteminde bulunmuştur.

Birleştirilen davada, davacı Erciyes Üniversitesi Rektörlüğü, anılan işkolu tespiti kararının iptali ile yasaya uygun bir tespit isteminde bulunmuştur.

Mahkemece dava reddedilmiş, karar davacı tarafça temyiz edilmiştir. 2822 sayılı Kanunun 3. maddesinde "bir işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerinin işletme oluşturacağı" kuralına yer verildiğinden işletmenin işkolu tesbitinde birim olarak işyerleri esas alınır. Asıl iş-yardımcı iş kavramı bir işyeri sınırları ve organizasyonu içinde yürütülen işler için önem taşır. Yoksa birbirinden ayrı işyerlerinde farklı işkoluna tabi işler yapılıyor ise artık o işyerleri ekonomik yönden bir işletme bünyesinde kalsa dahi 2822 sayılı Kanunun 3. maddesi açısından işletmeden söz edilemez.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 20.4.2001 gün 2001/13 sayılı kararı, Erciyes Üniversitesi Rektörlüğü ve bağlı işyerleri için alınmıştır. Söz konusu karara göre "Erciyes Üniversitesi Rektörlüğü ve bağlı işyerlerinde Bakanlığımızca yapılan incelemede, Üniversitenin 2547 sayılı Yüksek Öğrenim Kanunu, 2809 Yüksek Öğretim Kurumları Teşkilat Kanunu hükümleri uyarınca kurulduğu, amacının eğitim öğretim faaliyetlerinin

yürütülmesi olduğu ve bu amacın gerçekleştirilmesi için Rektörlük bünyesinde 12 fakülte ile 12 yüksekokul ve asıl işe yardımcı birtakım ünitelerin oluşturulduğu, (Tıp, Fen-Edebiyat, İktisadi ve İdari Bilimler, İlahiyat, Mühendislik, Güzel Sanatlar, Mimarlık, Veteriner, Yozgat Fen-Edebiyat, Yozgat İktisadi ve İdari Bilimler, Yozgat Mühendislik ve Mimarlık, Nevşehir İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri ile Yüksekokullar); asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılması gerektiğinden, Erciyes Üniversitesi ve bağlı işyerlerinde yapılan işlerin İş kolları Tüzüğü'nün 17. sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar işkolunda yer alması gerektiği tespit edilmiştir."

Oysa dosya içerisinde bulunan 10.12.2001 tarihli bilirkişi raporunda belirtildiği üzere; Erciyes Üniversitesi Rektörlüğü ve bağlı işyerlerinde asıl amaç eğitim öğretim ve bilimsel araştırma ve uygulamalardır. Bu amaçların gerçekleştirilmesi için dönem sermaye işletmeleri kurulmuş, işler teknik bir amaç için organize edilmiş ve bağlı olan bu işler de bu organizasyon içinde yer alması ve yönetilmiş bağımsız bir yönetime sahip olmaları, döner sermaye işletmelerinin çalışması sırasında Üniversitenin esas faaliyetini aksatmayacak biçimde eğitim ve öğretim ile bunlara katkıda bulunan uygulamayı ön planda tutmalarının gerekmesi, döner sermaye işletmelerinin yönetim kurulunun Erciyes Üniversitesi'nin yönetim kurulu olması olgusu karşısında Erciyes Üniversitesi Rektörlüğü ve bağlı işyerlerinin 2821 sayılı Sendikalar Yasasının 60. maddesi ve İşkolları Tüzüğü'nün 17. sıra numaralı Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar İşkoluna girmesi gerekmektedir.

Erciyes Üniversitesi hastahaneleri ise Gevher Nesibe Hastahanesi, Organ Nakli Hastahanesi, Kalp Hastahanesi ve Onkoloji Hastahanesinden ibaret olup çok geniş kitlelere sağlık hizmeti veren kurumlardır. Anılan işyerlerinde geçici işçi kadrosunda çalışanların büyük çoğunluğunun hastabakıcı, hemşire, sağlık teknisyeni, laborant, yatan hastaların yemek ve temizlik işlerini yapan işçiler olduğu dikkate alındığında bu işyerlerinin 2821 sayılı Sendikalar Yasasının 60. maddesi ve İşkolları Tüzüğü'nün 24. sıra numaraları Sağlık Hizmetleri İşkoluna girdiği açıktır.

Bu durumda mahkemenin Erciyes Üniversitesi Hastaneleri ile ilgili red kararının iptali ile bu işyerlerinin 24 numaraları sağlık işkoluna girdiğinin tespitine karar vermek gerekmiştir." Yrg.9.H.D. 7.2.2002, E.2002/2298,K.2002/2407.

- 17 Yrg.9.H.D. 16.11.2000, E.2000/17227,K.2000/16760.
- 18 "Bu ayrıntılı düzenlemede şirketin genel hizmet ve temizlik hizmetleri sunacağı, bu hizmetler için eleman temin edebileceği, şirketin bu konu ile ilgili özel ve kamu kuruluşların temizlik ve benzeri ihalelere katılabileceği, sigorta acenteliği yapabileceği ticari işletme rehni akdedebileceği, bu amaçlarla her türlü taşınır taşınmaz mal alım satımı, kira ve benzeri faaliyetlerde bulunabileceği, kredi sağlayabileceği diğer şirketlerle iştirakler kurabileceği öngörülmüştür. Görüldüğü gibi şirketin esas faaliyeti temizlik, park bahçe bakımı gibi belediye hizmetlerine ilişkin işlerden oluşmaktadır. Dosya içeriğine göre fiilen bu işlerle birlikte şehir için yolcu taşıma işleri, hal, mezbaha, mezarlık, atık su, gıda maddeleri kontrolü gibi işlerin gerçekleştirildiği, huzurevi ve kimi sağlık kuruluşlarına temizlik elemanları temin etme gibi genel nitelikte işlerin yapıldığı anlaşılmaktadır" Yrg.9.H.D. 2.3.2000, E.2000/2426, K.2000/2448.
- 19 "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından X Elektrik Sanayi Mamulleri İmalat ve Ticaret A.Ş.'e ait işyerinde yapılan işlerin nitelik itibarıyla İş Kolları Tüzüğü'nün 13. sıra numaralı "Metal" işkoluna girdiğine karar verilmiş ve karar, 2821 sayılı

Sendikalar Kanununun 4. maddesi uyarınca Resmi Gazetenin 20.4.2007 tarih ve 26499 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.

Davacı işveren işyerinde metal parçaların dışarıdan temin edilerek plastik parçaların üretiminin ve montaj işlerinin yapılmak suretiyle ütü, fritöz gibi ev aletleri üretildiğini belirterek işyerinin "Metal" işkoluna değil, "Petrol, Kimya ve Lastik" işkoluna girdiğini ileri sürerek işkolu tespit kararına itiraz etmiştir. Davalı ve müdahil davalı Bakanlık tespitinin doğru olduğunu ve davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece işyerinde üretilen elektrikli süpürge ile halı yıkama makinesinin motorlarının parçalarının dışardan temin edildiği, işyerindeki ürünlerin hepsinde tabi ve suni lastik ve kauçuk, plastik, bakalit, linolyum, muşamba vb malzemeler kullanıldığını, üretimde kullanılan plastik malzemelerin, metal malzemelere oranla çok fazla olduğu, bu maddelerden ev eşyası ve her türlü eşya yapım işlerinin "Petrol, Kimya ve Lastik" işkoluna girdiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişliğince yapılan inceleme ve araştırma sonucunda; işverenin ana sözleşmesinin amaç ve konu kısmında her türlü elektrikli alet üretileceğinin yer aldığı ve fabrikanın da bu amaçla kurulup amaç doğrultusunda işletildiği, işyerinde toplam 459 işçinin çalıştığı, ağırlıklı elektrikli süpürgesi olmak üzere ütü ve fritöz üretimi gibi küçük ev aletlerinin üretiminin yapıldığı, üretilen aletlerin tüm plastik parçalarının toz halinde alınıp işyerinde ısıtılarak kalıplara dökülmek suretiyle işyerinde üretildiği, metal kısımların dışardan temin edildiği, montaj işinin tamamının işyerinde yapıldığı tespit edilmiştir. Bu haliyle işyerinde yapılan işlerin nitelik İşkolları Tüzüğü'nün 13 sıra numaralı "Metal" işkoluna girdiği açık olup bilirkişi raporu doğrultusunda yanlış değerlendirme ile davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır. Bu nedenle yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar vermek gerekmiştir." Yrg.9.H.D. 20.3.2008, E.2008/1258, K.2008/5477.

- 20 Berksun-Eşmeloğlu, s. 161; ayrıca 15 günlük sürenin hak düşürücü süre olduğu ve Bakanlığın hasım gösterilmesi yolunda bkz. Yrg. 9. HD. 11.3.1987-2597/2807.
- 21 Şahlanan, s. 55.
- 22 Yrg. 9. HD., 17.7.1984, E. 7827, K. 7320, TÜHİS, Kasım 1984, s. 28.
- 23 Bkz. Yrg. 9.HD., 11.3.1987, E. 2597, K. 2807, KAMU-İŞ, C. 1, Temmuz 1987, S. 1, s. 49.
- 24 Yrg. 9.HD., 9.7.1997 T., E.1997/11575, K.1997/13557.
- 25 Yrg. 9.HD., 9.10.2007, E.2007/34959, K.2007/29911.
- 26 Özbek, s. 57; Şahlanan, s.55.
- 27 Yrg.9.H.D., 8.5.2007, E.2007/15518,K.2007/14611
- 28 Şahlanan, F.: Sendikaların kuruluşu, organları ve sona ermesi, Tütis, Ocak 1985, s. 6.
- 29 Yrg. 9. HD., 29.6.1984, 707/7215, Tütis, Kasım 1984, s. 26.
- 30 Bkz. Oğuzman, K.: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, 4.bası, 40; Şahlanan, s.30; Şahlanan, F.: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul-1992, s.77; Narmanlıoğlu Ü., Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 141; Ekonomi, Yargıtayın 1994 Yılı kararlarının Değerlendirilmesi, s.91 vd; karşı. Reisoğlu, Seza, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, 1988, s.199; Ekonomi, M.: 1994 Karar Değerlendirmesi, s.91 vd; Yrg.9. H.D. 30.11.1984-1150/10649, Yrg. 9. H.D.,

31.7.1985, 8207/7590, Yrg. 9. H.D 5.5.1994, 6892/6889; "İşyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi prosedürü 2821 sayılı Yasada özel bir biçimde düzenlenmiştir. Davacı işverene, kendisine ait işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi amacıyla Bakanlığa başvurması için mehil verilmeli; hasıl olacak sonuca göre itiraz davasının sonuçlandırılması gerekir." Yrg. 9. HD, 18.1.1996-10/191.

- 31 Milli Güvenlik Konseyi, Sosyal Güvenlik İş ve İşçi İlişkileri Komisyonu Raporu Milli Güvenlik Konseyi (S. Sayısı: 973); s.7, Şahlanan, s.56., dn.190, Reisoğlu (Şerh) s.162, Berksun - Eşmeloğlu, s.162.
- 32 Yrg. 9.HD. 11.19.1990, E.90/9694, K.90/9258; YKD, Şubat 1991, s. 210
- 33 Yargıtay'ın bir kararında aynen "İl Özel İdare Müdürlüğü işyerinde yapılan işlerin İşkolları Tüzüğü'nün 28 sıra numaralı Genel İşler İşkolunda olduğunun tespitine karar verilmiştir. İl Özel İdare Müdürlüklerinin sağlık, sosyal yardım, bayındırlık, imar ve iskan, eğitim, kültür ve spor, tarım, ekonomik ve diğer birçok görevleri bulunmakla birlikte, bunları bizzat yapmamakta, bu görevlerin ilgili kamu kuruluşlarınca yapılması için bütçesindeki parayı kullanmakta, bir başka deyişle kullandırmaktadır. Bu nedenle İl Özel Müdürlükleri anılan hizmetlerin vasfına uygun işçi de çalıştırmamaktadır. Yapılan asıl iş, bütçesindeki paranın anılan işler için kullanılmak üzere tahakkuku, ödenmesi ve bunlarla ilgili büro hizmetleridir. Bu müdürlükler bünyesinde çalışan şoför, hizmetli, bekçi, temizlikçi gibi işçilerin yaptıkları işin asıl işe yardımcı işlerden olduğunun kabulü gerekir. Dairemizin İl Özel İdare Müdürlükleri yönünden kararlılık kazanmış uygulaması da bu yöndedir." denilmiştir. (Yrg.9.HD. 11.4.2002, E.2002/6805, K.2002/6134). Yrg.9.HD. 9.4.1985-3893/3772, 9.HD., 23.10.1986 -8648/9494; Yrg.9.HD. 10.12.1985 11583/11646.
- 34 Yrg.9.H.D. 13.06.2002, E.2002/10822, K.2002/9701.

Av. Mesut ULUSOY

MESS Hukuk Müşaviri

TİS Hükümlerine Uygun Bir Fesih İşleminin Gerçekleştirilememesine İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. : 2005/29067

Karar No. : 2005/30406

Tarihi : 19.09.2005

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR

İş sözleşmesinin TİS hükümlerine aykırı olarak, önce yevmiye kesme cezası verildiğini, ancak sonra ihraç kararı verilerek feshedildiğini, feshin

geçerli nedene dayanmadığını belirten davacı; Feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE, karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, "Disiplin Kurulu'nun TİS hükümlerine aykırı olarak, yevmiye kesme cezası verildikten sonra, usulsüz olarak ikinci kez toplanarak ihraç kararı verdiğini, verilen ihraç kararının TİS hükümlerine aykırı olduğunu, fesih işleminin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerine uygun olmadığı" gerekçesi ile istemin kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine ve somut delillere göre, davacı mesai saati dışında, alkollü vaziyette davalı işverenin aracını kullanırken, %100 kusurlu olduğu maddi hasarlı trafik kazasına neden olmuş ve bir aylık ücretinden fazla hasar meydana getirmiştir. Davacının davranışlarından kaynaklanan ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-1 bendinde sayılan bir neden bulunmaktadır. Ancak mahkemece de kabul edildiği üzere, davalı işveren fesih işleminde TİS hükümlerine uygun hareket etmemiştir. TİS

hükümlerine uygun bir fesih işleminin gerçekleştirilmemesi, fesih işlemini haksız duruma getirir. Fakat, feshin geçerli nedenle yapıldığı olgusunu ortadan kaldırmaz. Davacı, bu davranışı ile işyerinde olumsuzluklara neden olmuştur. İş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır. Feshin geçersizliği ve işe iade isteminin reddi gerekir. Yazılı şekilde kabulü hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,
2. Davanın REDDİNE,
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 20 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 350 YTL. ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Kesin olarak 19.09.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY KARARININ İNCELENMESİ

İncelememize konu teşkil eden Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne ilişkin kararda, gerek yerel mahkemenin ve gerekse yüksek mahkemenin değerlendirme yaparken, iş sözleşmesinin feshine sebebiyet teşkil eden, "davacı işçinin mesai saati dışında alkollü vaziyette davalı işverenin aracını kullanırken, %100 kusurlu olarak meydana getirdiği ve bir aylık ücretinden fazla hasar oluşturan olaydan dolayı", hangi sebeple, iş sözleşmesinin feshini geçersiz kıldığı tam olarak anlaşılammamaktadır. Anlaşıldığı ya da bizim anlayabildiğimiz kadarıyla, davacı işçi, mesai saati dışında, alkollü olarak davalı işverenin aracını kullanmaktayken, %100 kusurlu bir şekilde maddi hasarlı bir trafik kazasına neden olmuş ve bir aylık ücretini aşacak şekilde hasar meydana getirmiştir. 4857 sayılı İş Kanunumuzun 25/II-ı "İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödenmeyecek derecede hasara ve kayba uğratması" hükmü gereği, davacı işçinin söz konusu davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin ihbarsız ve tazminatsız olarak feshedilebilmesi işverenin inisiyatifi dahilindedir. Ancak incelememize konu Yüksek Mahkeme kararından anlayabildiğimiz kadarıyla, işyerinde yürürlükte bulunan TİS'de mevcut disiplin cezaları ve disiplin kurulu maddeleri ile davaya konu teşkil eden ola-

ya ilişkin hükümler yer almaktadır. Gerek mahkeme ve gerekse Yüksek Mahkeme kararından işverenin bu TİS hükümlerine uygun hareket etmediği anlaşılmaktadır. Fakat TİS hükümlerine uygun hareket edilmemekten kastın ne olduğu ise tam olarak anlaşılammamaktadır. Zira, bugüne değin Yüksek Mahkeme işyerinde TİS uygulanan yerlerde, işverenin TİS hükümleri gereği disiplin suçunun karşılığı olarak uygulanacak disiplin cezası için, disiplin kurulu kararı alınması gerekirken, bu kurul kararı alınmaksızın verilmiş bulunan fesih kararlarının geçersizliğine ilişkin kararlar vermişken, bu defa, yerel mahkeme kararından anlaşıldığı kadarıyla, dava konusu olaya ilişkin olarak disiplin kurulunun toplandığı, ancak TİS hükümlerine aykırı olarak, disiplin kurulunun işlem yaptığı, fesih işleminin TİS hükümlerine ve de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerine uygun olmadığından bahsedilmektedir.

Yüksek Mahkeme ise, dava konusu fesih işlemi ile ilgili olarak yapmış olduğu değerlendirmede; davacının davranışının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-ı bendine aykırı olduğu, ancak yerel mahkeme kararında kabul edildiği üzere, davalı işverenin fesih işleminde TİS hükümlerine uygun hareket etmemesinin, fesih işlemini haksız duruma getirdiği ve fakat bu durumun, fesih işleminin geçerli nedenlerle yapılmış olduğu olgusunu ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir.

Yerel mahkeme kararından, işverenin konuyu TİS hükümlerine göre disiplin kuruluna götürmesine rağmen, nasıl TİS hükümlerine aykırı davranıl-

diği tam olarak anlaşılammaktadır. Zira yerel mahkeme kararında “disiplin kurulunun TİS hükümlerine aykırı olarak yevmiye kesme cezası verildikten sonra, usulsüz olarak toplanarak ihraç kararı verildiğinden...” bahisle, TİS’e aykırılık belirtilmektedir. Burada;

1) İşyerinde yürürlükte bulunan TİS hükümlerine göre İş Kanunu’nun 25/II-ı bendi gevşetilmiş bulunabilir. Yani davaya konu teşkil eden bu davranış, örnek olarak yalnızca ihtar ile cezalandırılmış olabilir.

2) Disiplin Kurulu çok geç toplanmış ve 6 işgünlük süre geçtikten sonra ihraç kararı vermiş olabilir.

3) Yerel mahkeme kararında yanlış bir ifadeleme ya da değerlendirme yapılarak, bir davranıştan dolayı iki ayrı ceza verilmesinin hukuksuzluğu ifade edilmek istenirken bu iyi ifade edilmiş olabilir. Yani disiplin kurulu TİS hükümleri gereği toplanmış, yevmiye kesme cezası vermiş ve fakat bu davranışın ihbarsız ve tazminatsız fesih sebebi oluşturduğunu farkedip, ikinci defa toplanmak suretiyle, bu defa ihraç kararı vermiş olabilir. Böylece aynı davranış nedeniyle, iki ayrı ceza ile karşı karşıya kalınmış olabilir.

Yerel mahkeme kararından tam anlaşılmadığı için ihtiyatlı bir değerlendirme ile şu hususu tespit etmekte fayda ve gereklilik bulunmaktadır. Eğer işyerinde yürürlükte bulunan TİS hükümleri gereği İş Kanunu 25/II-ı’da bir esnekliğe, işçi lehine bir değerlendirmeye gidilerek, 30 günü aşan hasar durumlarında, örnek olarak ihtar cezası verileceği hükme bağlanmışsa, hiç şüphe yok ki yerel mahkemenin ve de yerel mahkemenin kararının bu kısmını onaylayan Yüksek Mahkemenin kararında isabetsizlik yoktur. Yerel mahkeme, yevmiye kesme cezası verildikten sonra, ikinci kez bu defa ihraç kararı verilmesini haksız bulmakla birlikte, verilen ilk cezayı da TİS hükümlerine aykırı görmekte ve bu nedenle feshi, haksız olarak değerlendirmektedir. Olaki TİS hükümleri gereği işçinin savunmasının alınması gerekirken bu savunma alınmadan söz konusu cezalar verilmiş ve de ona göre değerlendirme yapılmış da olabilir. Ancak Yüksek Mahkeme bu ve buna benzer olaylarda, eğer TİS’de bu hususta özel bir düzenleme yoksa, disiplin kurulunda işçinin savunmasının alınmamış olmasını, feshi haksız kılan bir eksiklik olarak kabul

etmemektedir¹. Bu nedenle, varsayımsal olarak, eğer yerel mahkeme TİS hükümlerine aykırı olarak yevmiye kesme cezası verilmesini akabinde de ihraç kararı verilmesini, savunma alınmamasına bağlı kılıyorsa, bu husus Yüksek Mahkeme kararları çerçevesinde geçerli bulunmamaktadır. Sonuç itibarıyla yerel mahkemenin bu yönüyle hangi gerekçeyle feshi TİS hükmüne aykırı bulunduğu söz konusu karardan tam anlaşılammıştır.

Ülkemizde yürürlükte bulunan birçok TİS hükmü gereği, işverenin 4857 sayılı İş Kanunu 25. maddeden kaynaklanan ihbarsız ve tazminatsız fesih hakkı, disiplin kurulu kararına bağlı kılınmış bulunmaktadır. Fakat, “ancak disiplin kurulu kararıyla ihbarsız ve tazminatsız olarak iş sözleşmesi fesh edilebilir, aksi takdirde yapılan fesihler geçersizdir”, şeklinde TİS hükümleri Yüksek Mahkemeye kabul edilmemektedir. Ancak TİS de disiplin kurulu bulunmasına rağmen, disiplin kurulu kararı olmaksızın, iş sözleşmesinin haklı nedenle işveren tarafından feshedilmesi, Yargıtay’ın yerleşik kararları ile haksız fesih olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla incelememize konu teşkil eden olayda, işyerinde yürürlükte bulunan TİS hükümleri gereği 4857 sayılı İş Kanunu 25/II-ı bendi kapsamında değerlendirilen bir işçi davranışına karşı, yapılan fesih işleminin, niçin TİS hükümlerine aykırı olarak geçersiz olduğu tarafımızdan tam olarak anlaşılammıştır.

Bizim söz konusu karar vesilesiyle inceleyecek olduğumuz temel husus, yerel mahkemenin, “... verilen ihraç kararının haksız olduğu, fesih işleminin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18 ve devamı maddelerine uygun olmadığı” gerekçesi ile, feshin geçersizliğine dair vermiş olduğu karar ve Yüksek Mahkemenin buna karşın yapmış olduğu değerlendirmedir. Yüksek Mahkeme, feshin haksız olduğu yönünde, yerel mahkemenin görüşünü paylaşırken, ancak TİS hükümlerine uygun bir fesih işleminin gerçekleştirilmemesinin, haklı nedenle feshe sebebiyet veren bir davranışı haksız duruma getireceğini, ancak feshin geçerli nedenle yapıldığı olgusunu ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla, işçinin İş Kanunu 25/II-ı’ya giren bir davranışı nedeniyle, iş sözleşmesinin haklı sebeple ihbarsız ve tazminatsız olarak feshinin, disiplin kurulu kararı olmadığı ya da yanlış karar verildiği gerekçesiyle, haksız fesih olduğuna hükümlenme-

sı durumunda, bu feshin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerine de uygun olmadığı gerekçesi ile ayrıca geçersizliğine doğrudan karar verilemeyeceğine Yüksek Mahkeme karar vermiş bulunmaktadır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Yüksek Mahkemenin kararı iyi analiz edildiğinde iki temel husus ortaya çıkmaktadır. Birinci husus, doktrinde eleştirilmekle birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu 25/II maddesine göre işverence yapılan bildirimsiz fesihlerde, İş Kanunu'nun 19. maddesindeki usule uyma zorunluluğunun bulunmadığının, yani yazılı olarak fesih bildirimini açık ve kesin bir şekilde ortaya koyan fesih bildirimine gerek olmadığı ve de işçinin fesihten önce savunmasının alınmasına gerek bulunmadığı hususunun örtülü olarak belirtilmiş olmasıdır. Diğer bir deyişle işverence İş Kanunu madde 25/II hükümleri gereği yapılan bir fesih sonrası, işverence yapılan feshin haksız olduğu, yapılan yargılama sonucu ortaya çıkmışsa, yapılan feshin geçerli bir fesih oluşturup oluşturmadığında, yazılı bildirim, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde bildirmeme ve de işçinin savunmasını almama gibi usul eksiklikleri belirleyici olmayacak ve işin esasına girilerek, feshine konu davranışın geçerli bir fesih nedeni oluşturup oluşturmadığına bakılacaktır (Yerel mahkeme bu konuda farklı düşünmektedir).

İkinci temel husus ise, incelediğimiz kararda tartışılan bir husus olmamakla birlikte, bir başka karar incelemesi vesilesiyle, incelediğimiz bu karar da değerlendiren Prof.Dr.Devrim Ulucan tarafından yapılan yorum nedeniyle, değerlendirilmeye ve tartışılmaya ihtiyaç göstermektedir. Bu da incelediğimiz kararda olduğu gibi, işyerinde yürürlükte bulunan TİS hükümleri, disiplin kurulu öngörmüş ise, bu disiplin kurulu işverence yalnızca haklı nedenle yapılacak fesihlerden önce gidilecek bir kurum mudur, yoksa hem haklı nedenle ve hem de geçerli nedenle yapılacak fesihlerden önce müraaat edilmesi gereken bir kurum mudur? Prof. Dr. Devrim Ulucan yapmış olduğu değerlendirmede şu görüşlere yer vermiştir²:

“Yeni iş yasası ile iş güvencesi kapsamında işverenin iş sözleşmesini feshinde haklı feshin yanı sıra bir de geçerli fesih kavramına yer verilmiş bulunmaktadır. Yeni İş Kanunu'na göre toplu iş sözleşmesi ile disiplin kurulu kararı ön görülmeyen durumlarda, işverenin haklı bir nedene dayandığını ileri sürerek yaptığı fesihlerde, bunun aksi ileri sürülerek dava açılması halinde, iddiasını mahkeme önünde kanıtlayamayan işverenin, fesih işleminin bu defa İş Kanunu 25/son hükümleri gereğince geçerli bir nedene dayandığını kanıtlanması gerekmektedir. Aksi halde fesih geçersiz sayılıp işçinin işe iadesi söz konusu olabilecektir.

Oysa toplu iş sözleşmesi ile işverenin fesih hakkı sınırlanmış ve işverenin her fesih işleminde disiplin kurulu kararı alması öngörülmüşse yukarıda belirtildiği gibi işveren bu kurala uymak zorundadır. Bu kuralın uygulanması bakımından haklı fesih veya geçerli fesih arasında bir ayırım yapmak mümkün değildir. Toplu iş sözleşmesinin normatif bir hükmünü, feshin haklı bir nedene dayanılarak yapılması hali ile geçerli bir nedene dayanılarak yapılması halinde bir ayırıma tabi tutarak farklı uygulamak için hiçbir hukuki dayanak olmadığı gibi, böyle bir ayırımın anlamı da yoktur.

İşverenin haklı nedeni kanıtlayamaması durumunda bu defa ileri sürülen nedenin geçerli bir neden olup olmadığının araştırılması ve işçinin iradesini bu yönde yorumlayarak mahkemece bir sonuca ulaşılmaya çalışılması, disiplin kuruluna başvurma zorunluluğunun toplu iş sözleşmesince öngörülmediği haller için, İş Kanunu 25/son da yer alan yasa kuralı gereği kabul edilebilir. Oysa disiplin kurulu kararının fesih işleminin ön koşulu haline geldiği durumlarda mahkeme nasıl artık ileri sürülen nedenin haklı veya haksız olup olmadığını araştırmaya gerek görmüyorsa; aynı şekilde disiplin kurulu kararı olmaksızın yapılan fesihlerde de öncelikle ileri sürülen nedenin hem haklı neden hem de geçerli neden açısından irdelemek zorunda değildir. İşverence yapılan fesih, başkaca bir araştırmaya gerek olmaksızın geçerli bir neden olmadan yapılan bir fesih olarak değerlendirilerek işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekir. Bu açıdan bakınca yerel mahkemenin ve Yargıtay'ın, işverenin bir iş sözleşmesini haklı nedenle feshederken toplu iş sözleşmesi ile öngörülen disiplin kurulu kararını almamış olmasını hukuka aykırı bulması, geçerli nedenle yapıldığı ileri sürülen fesihlerde ise bu kuralı hiç dikkate almadan feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığını araştırması doğru bir değerlendirme sayılamaz.”

Dolayısıyla biz değerlendirmemizi bu iki temel hususu ele alarak yapmaya çalışacağız.

İncelememize konu teşkil eden kararı değerlendirdiğimizde, “haklı nedenle fesih”, “geçerli nedenle fesih” “geçerli nedenle fesihte usul”, “disiplin”, “disiplin kurulu”, “disiplin suçu”, “disiplin cezası” gibi kavramların kullanılmakta olduğunu görmekteyiz.

Bireylerin içinde yaşadıkları topluluğun düzenini korumak amacıyla yaptırım altına alınan fiiller “disiplin suçu” adını almakta olup, işverene bildirimsiz fesih yetkisi veren ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/II maddesinde “Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri” başlığı altında sıralanan eylemlerden her biri “disiplin suçu” kapsamına girebilmektedir. Disiplin suçlarından birisini işleyen kimseye, davranışlarının ağırlık derecesine göre verilen ceza anlamına gelen “disiplin cezası” da kısaca, disiplin suçuna verilen ceza olarak tanımlanabilmektedir³.

Kurumlarda, disiplin cezası gerektiren bir eylemin işlenmesi durumunda gerekli soruşturmayı yapan ve ceza veren organ olarak da “disiplin kurulu” tanımlanmaktadır⁴.

Haklı nedenle fesih kavramı olgusu ise ifayı bozan, sözleşmeye aykırılık oluşturan, taraflar arasında güven ilişkisini zedeleyen bir olgunun ortaya çıkması sonucu, sözleşmeye devam etmenin beklenemez hale gelmesini ifade etmektedir. Başka bir anlatımla; haklı nedenle feshi imkan veren olgular, taraflar arasındaki kişisel ilişkiyi çökerten, artık karşı taraftan sözleşmeye devam etmesinin beklenebilmesinin dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacağı durumlar olmaktadır.

Haklı nedenle feshi olanak veren olguların ortaya konulabildiği durumlarda; hakimin görev sorumluluğu ve yetkisi, maddi vakıanın, gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasıdır. Eğer maddi vakıalar gerçekleşmişse, bu durumda artık genel olarak hakimin takdir hakkından bahsetmemiz mümkün olamayacak ve gerçekleşen olguların, sözleşmeyi çekilir kılıp kılmadığını hakim araştırmayacaktır. Adeta matematiksel bir kurgu söz konusudur burada. Maddi olgu, hukuki bir şekilde ortaya konulup, eylemin gerçekleştiği konusunda şüpheye yer verilmiyorsa, burada artık hakim açısından bir nitelendirme ve değerlendirme söz konusu olamayacaktır.

Geçerli neden kavramı ise 4857 sayılı İş Kanunu’nun ilgili madde gerekçesinde açıklanmış bulunmaktadır. Buna göre; “Geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle, ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.”

İş güvencesi kapsamına giren işçilere uygulanan İş Kanunu madde 18/1’deki geçerli fesih nedenleri sözleşmelerle (bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri) açıklığa kavuşturulabileceği gibi, işverenin fesih hakkının özüne dokunmamak koşuluyla bazı sınırlamalara tabi tutulabilir. Örnek olarak, işletme gereği yapılan fesihlerde, toplu çıkarmalarda TİS ile “son giren ilk çıkar” gibi bir kural öngörülebilir ya da işçilerin davranışlarının geçerli fesih nedeni oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi TİS ile disiplin kuruluna bırakılmış olabilir⁵.

Yargıtay HGK toplu iş sözleşmelerinde öngörülen eski İş Kanunu madde 13’e göre yapılan süreli fesihlerin, disiplin kurulundan geçirilmesine ilişkin hükümlerin geçerli olduğunu hükme bağlamıştır. Hukuk Genel Kurulu kararına göre “... davacının yararlandığı TİS’in 33/1-d maddesine göre tazminatlı olarak İş Kanunu’nun 13. maddesi uyarınca hizmet akdinin fesih işleminin disiplin kurulunca yerine getirilmesi gerekmektedir. Uluslararası sözleşmeler doğrultusunda ve iş güvencesi sağlamak amacıyla düzenlenen anılan kurul, 1475 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinin emredici hükümlerine aykırı bulunmadığından, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 5. maddesine göre “Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak” hükümlerden sayılmaz. Bu durumda mahkemenin Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haksız fesih tazminatının uygulanması gerektiği yolundaki direnmesi yerindedir.”⁶

Hiç şüphesiz disiplin kurulu kararları ve karara dayanak yapılan sebepler, yargı denetimine tabidir. Ancak yargı denetiminin varlığı, işverene, TİS’de öngörülen disiplin kurulu kararı olmaksızın, iş sözleşmesini feshetme olanağı vermeyecektir.

Disiplin kurulu kararına karşın, işveren farklı bir biçimde olayı değerlendirir ve disiplin kurulu

kararına rağmen kendi yönetim hakkına dayanarak işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek isterse ne olacaktır? Yüksek Mahkeme vermiş olduğu birçok kararda, disiplin kurulunun red kararına karşın, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshini, yönetim yetkisi çerçevesinde değerlendirmekte, işverenin fesih hakkının kullanılmasının TİS hükümleriyle mutlak olarak sınırlandırılmayacağını ifade etmektedir. İşten çıkarmayı gerektiren haklı bir gerekçe varsa, disiplin kurulu karşı çıksa bile, işveren iş sözleşmesine haklı nedenle son verebilecektir. Hiç şüphesiz işverenin tasarrufu da yargı denetimine tabi olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu konuda vermiş oldukları kararlar bir temel ilkeyi ortaya koymaktadır. Bu ilkeye göre, işverenin işçinin iş sözleşmesini feshi ile ilgili olarak, toplu iş sözleşmesi bir disiplin kurulu oluşturmasını öngörmüş ise, bu bir normatif hükümdür ve işveren fesih işlemi yapmadan bu kurdan bir karar veya görüş almak zorundadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen işverenin yapmış olduğu fesih, başkaca bir araştırmaya gerek olmaksızın toplu iş sözleşmesinin normatif bir hükmüne aykırı olduğu için haksız fesih olarak kabul edilecek ve işveren bunun hukuki sonuçlarına katlanacaktır⁷.

Yüksek Mahkemenin geçmişte, TİS'de bulunmasına rağmen, disiplin kurulu kararı olmaksızın yapılan fesihlerin haksız feshin hüküm ve sonuçları doğuracağına ilişkin vermiş olduğu kararlar, ağırlıklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemden öncesine ilişkin bulunmaktadır. Bu kararların doğal olarak ortak özellikleri, TİS'de disiplin kurulu ile ilgili hüküm olmasına rağmen, disiplin kurulu kararı alınmadan yapılan fesihlerin geçerli ve bu nedenle iş ilişkisini sona erdiren ve fakat haksız fesih olarak değerlendirilmesidir.

Aynı şekilde Yüksek Mahkeme, disiplin kurulu kararı bulunmadan yapılan fesihlerin kötü niyetli sayılacağını kabul eden toplu iş sözleşmesi hükümleri hakkında verdiği kararlarda ise, mahkemenin yasa bakımından kötü niyetin varlığını ayrıca araştırması gerektiğini belirtmekle, disiplin kurulu kararı olmaksızın yapılan fesihlerin toplu iş sözleşmesine göre kötü niyet olarak kabul edilmesinin, belirleyici olmadığını vurgulamaktadır⁸.

İşten çıkarma cezası niteliğindeki disiplin cezalarının yargısal denetiminde, bu cezaların iptali ya da geçersizliğinin tespiti ve bunun sonucu olarak işçinin işe iadesi söz konusu değildir. Bu durumda, işçinin açtığı dava sonucunda, mahkemece fesih kararının gerçekte haklı nedene dayanmadığı sonucuna varıldığı takdirde feshin haksız ancak geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekecektir⁹.

İşçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenlerle feshi özünde bir disiplin cezası değildir. Dolayısıyla mahiyeti itibarıyla disiplin cezası olmayan bir olguyu (geçerli nedene dayalı olarak yapılacak fesih) sadece disiplin kurulundan geçirilmediği için geçersiz kabul etmek hukukten kabul edilebilir bir yaklaşım olmayıp, işverenin yönetim hakkının mutlak olarak sınırlanması anlamına gelecektir.

Geçerli nedene dayalı olarak yapılan süreli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmesinde, tarafların sözleşme ile mutlak bağlılıklarının kişisel özgürlüğe aykırılık oluşturacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu görüşe göre; hukuki ilişkinin taraflarından her biri gerektiğinde bir gün borçlarından kurtulabilirdir. Haklı nedenle fesihte ise; ifayı bozan, sözleşmeye aykırılık oluşturan taraflar arasında güven ilişkisini zedeleyen bir olgunun ortaya çıkmasıyla, sözleşmeye devamın beklenemez hale gelmesi söz konusudur. Diğer bir ifadeyle; haklı nedenle feshe imkan veren olgular, taraflar arasındaki kişisel ilişkiyi çökerten, bir taraftan, sözleşmeye devamı beklemenin dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturduğu durumlardır. Örnek olarak, işçinin işe sık sık geç gelmesi kural olarak geçerli bir fesih sebebi oluşturacakken, ısrarlı uyarılara rağmen, bu davranışın sürdürülmesi artık haklı bir fesih nedeni oluşturmaktadır.

İşçinin, iş görme edimini kusurlu olarak yerine getirmekten kaçınması kural olarak davranıştan kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir. Kaçınmanın ısrarlı bir biçimde ortaya konulması, yani bilinçli ve sürekli olması, haklı fesih nedeni oluşturmaktadır. Bu noktada işverenin talimat yetkisi çerçevesinde verilen talimata bir kere aykırılık değil, yoğun bir şekilde iradenin ortaya konması aranmaktadır. Uyarıya rağmen işin ifasından kaçınma veya talimatlara aykırılık haklı fesih nedeni oluşturur¹⁰.

İşçilerin feshe karşı korunması sadece yasal düzenlemelerle değil, sözleşmelerle özellikle de top-

lu iş sözleşmeleri ile de sağlanabilir. Ancak işverenin, gerek haklı nedenle gerekse süreli fesih yolu ile fesih hakkı, sözleşmeler yolu ile tümüyle kaldırılmaz. Bu tür sözleşme hükümleri, sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı bulunduğu için geçersiz olacaktır¹¹.

Yüksek Mahkeme ve doktrin, işverenin hem bildirimsiz hem de süreli fesih hakkının, toplu iş sözleşmeleriyle sınırlandırılabilceğini kabul etmektedir¹². Ancak 1475 sayılı İş Kanunu döneminde olmayan, 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilmiş bulunan iş güvencesi hükümleri sonrası, gerek iş sözleşmeleri ve gerekse TİS ile açıkça düzenleme getiren hükümler bulunmadığı takdirde, geçmiş dönemlerin formatıyla aynı şekilde devam edegelen disiplin kurullarının, geçerli nedenlerle yapılan iş sözleşmesi fesihlerinde adeta bir ön inceleme kurulu olduğunu, disiplin kurulundan geçirilmediği, işverenin yapacağı geçerli nedene dayalı süreli fesih bildirimlerinin, sadece bu nedene dayalı olarak haklı sebeple fesih uygulamalarında olduğu gibi geçersiz olacağını ileri sürmek, kanun koyucunun ortaya koyduğu genel felsefe ile bağdaşmadığı gibi, işverenin yönetim hakkının mutlak sınırlandırılması gibi kabul edilemez hukuki sonuçlara bizi götürebilecektir. Hiç şüphesiz iş sözleşmesinin geçerli nedenle dahi olsa fesholunması, işçi açısından kendi başına üzücü ve sıkıntı verici bir durumdur. Ancak özü itibarıyla disiplin cezası mahiyetinde olmayan geçerli nedenle iş sözleşmesi feshi olgusuna, taraflar açık ve net bir düzenleme getirmek (süreli fesih bildirimlerinin de disiplin kurulundan geçirileceği şeklinde açık bir hüküm oluşturmak) ve de mutlak fesih yetkisini sınırlamamak koşuluyla, disiplin kurulu mekanizmasına tabi tutabilirler.

Sonuç itibarıyla, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yapılmış bulunan TİS'deki "disiplin kurulu" formatını aynen uygulamaya devam eden, 4857 sayılı İş Kanunu döneminde TİS'nin "disiplin kurulu" hükümlerinde bir değişiklik oluşturmayan, ya da yeni yapılan TİS'lerde, özü itibarıyla bir disiplin cezası mahiyeti bulunmayan geçerli nedenlerle yapılacak fesihlere ilişkin ayrıksı ve özel bir düzenlemeye yer verilmeyen hallerde, süreli fesih bildirimini yoluyla yapılacak geçerli nedenlerle fesihlerin, TİS'de bulunan disiplin cezaları vermeye yetkili disiplin kurulundan geçirilmemiş olmasının, sırf bu

nedenle feshi geçersiz kılacağı görüşünü hukuken kabul edebilmek mümkün gözükmemektedir.

Bu hususta söylenebilecek son bir husus da 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yapılan TİS'lerde yer alan, disiplin cezası, disiplin kurulu gibi hükümlere istinaden yapılacak işten çıkarmalarda 13. madde gereği yapılan süreli fesihlerin eğer sözleşmelerde özel düzenlemeler yoksa hiçbir şekilde disiplin kurulu ve disiplin cezası hükümlerine tabi kılınmadığıdır. Yani 1475 sayılı İş Kanunu döneminde haklı nedenle ihbarsız ve tazminatsız olarak yapılacak fesihler, TİS gereği disiplin kurulundan geçirilmesi gerekirken, 13. madde gereği ihbarlı ve tazminatlı olarak yapılan fesihler aksine bir düzenleme olmadıkça, doğal olarak disiplin kurulundan geçirilmiyordu. Bugün gelinen noktada, 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen iş güvencesi hükümleri sonrası, yapılacak süreli fesih bildirimlerini, iş sözleşmeleri ya da TİS'lerde ayrıksı özel bir düzenleme bulunmaması halinde, disiplin kurulu hükümlerine tabi kılmak hukuken mümkün değildir.

Yüksek Mahkemenin katılmadığı ancak yerel mahkemenin "..... fesih işleminin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerine uygun olmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve işe iadeye" gerekçesiyle vermiş olduğu karar, fesih bildiriminde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen usulün yalnızca 18. maddede öngörülen geçerli fesih nedenleri yönünden mi yoksa haklı nedenle fesih bakımından da aranması gereken bir usul hükmü olup olmadığı yönüyle ilgili bulunmaktadır.

Yargıtay kararlarında, 19. maddede öngörülen (fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek, gerekli halde savunma almak) bildirim usulünün, 18. maddeden kaynaklanan geçerli fesih sebepleri için arandığı kabul edilmektedir¹³.

Yüksek Mahkeme bu kararlarını destekler mahiyette olmak üzere, 25. maddeden kaynaklanan işverenin haklı fesih bildiriminde, 19. maddenin öngördüğü, fesih bildirimini yazılı yapmak, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek gibi usul hükümlerinin aranmayacağını belirten kararlar da vermiştir¹⁴.

Söz konusu kararlar incelendiğinde, karara dayanak olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasında yer alan hükümler içerisinde

de, sözleşmenin feshinde usul hükümlerini düzenleyen 19. maddenin ifade edilmemiş olması gösterilmiştir. Aynı şekilde İş Kanunu madde 19/2 hükmünde, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyeceği belirtildikten sonra, "Ancak işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır." hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda işveren işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle süreli fesih yoluna giderken işçinin savunmasını almak zorunda tutulmakta, buna karşılık İş Kanunu madde 25/II uyarınca işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranmadığı iddiasıyla sözleşmeyi derhal sona erdirir ise işçinin savunmasını almak zorunluluğu bulunmamaktadır. Fesih işleminin yazılı olması bir geçerlilik koşulu olmadığına göre haklı nedene dayandığı ileri sürülen fesih işlemlerinde bir gerekçenin yazılması da gerekmeyecektir. Öğretide İş Kanunu'nun 25. maddesine dayanan fesihlerde 19. maddede öngörülen koşullara uyulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵.

Sonuç itibarıyla incelediğimiz karardan anlaşıldığı kadarıyla, gerek yerel gerekse Yüksek Mahkemenin karara konu teşkil eden maddi olgu ile ilgili bir tereddütü bulunmamaktadır. Davacı işçinin, mesai saati dışında, alkollü vaziyette davalı işverenin aracını kullanırken, %100 kusurlu olduğu madde hasarlı trafik kazasına sebebiyet verdiği ve bir aylık ücretinden fazla hasar meydana getirdiği konusu tartışma dışıdır. Yerel mahkeme, işyerinde uygulanan TİS hükümlerine aykırı bir şekilde önce yevmiye cezası verildiğini, arkasından ihraç kararı uygulandığını ve bunun TİS hükümlerine aykırı olduğundan bahisle, öncelikle feshin haksız ve devamında da feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerine uygun olmadığı gerekçesi ile geçersizliğine hükmetmiştir. Hukukun hiç şüphesiz usul ve esas hükümlerinden oluştuğu konusunda kimsenin tereddütü bulunmamaktadır. Aksi takdirde müthiş bir kaos hukuk uygulamalarına ege-men olabilecektir. Ancak yargıç vermiş olduğu karar ile aynı zamanda bir değer hükmü inşa etmekte ve dış dünyaya bir mesaj da vermektedir. Bu mesajın yasal kurallara uyumlu olduğu kadar, adalete, taraf menfaatlerine uygun olması ve de düzen, kurallara uygun davranışlara sahip olanları

ödüllendiren, kural dışı uygulamaları yapanları ise özendirilmeyen bir yönünün bulunması gerekmektedir. Yerel mahkeme kararı, özünde ihbarsız ve tazminatsız iş sözleşmesi fesholunabilecek bir işçiyi sonuçları itibarıyla ihbar ile kıdem tazminatını alacak ve geçersiz feshin hüküm ve sonuçlarından yararlandıracak bir hüküm tesis etmiştir. Yüksek Mahkemenin, TİS hükümlerine uygun bir fesih işleminin gerçekleştirilmemesinin fesih işlemini haksız kıldığı, ancak feshin geçerli nedenle yapıldığı olgusunu ortadan kaldırmayacağı yönündeki hükmünü bu yönüyle son derece isabetli buluyor ve bu hükmün vermiş olduğu mesajın yukarıda ifade etmeye çalıştığımız sakıncaları da bertaraf ettiğine olan inancımızı da ifade ediyoruz.

DİPNOTLAR

- 1 9.H.D. 19.09.1995 T., E.995/8687 K.995/26776.
- 2 Prof. Dr. Devrim Ulucan, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2007, Sayı 13, S.289.
- 3 İbrahim Eşmelioglu, Çimento İşveren, Mayıs 1988, S.2.
- 4 Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü 5. Bası, S.205.
- 5 Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku 2. Bası, S. 542.
- 6 YHGK, 10.06.1998-9483/418.
- 7 Prof. Devrim Ulucan, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2007, Sayı 13, S.287
- 8 9.H.D. 25.01.2982 T., E.1981/14477, K.1982/640.
- 9 Dr. M. Erdem Özdemir - Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan 2. cilt, S.1279.
- 10 Doç. Dr. Gülsevil Alpagut, Sicil Mart 2006, Sayı: 1 S.71.
- 11 Yargıtay 9.H.D. 14.10.2002 T., 3553/19194.
- 12 Yargıtay 9.H.D. 19.03.1998 T., 3090/5572.
- 13 Yargıtay 9.H.D. 12.01.2005 T., 2004/12478, E.2005/7126 K.
- 14 Yargıtay 9.H.D. 30.12.2004 T., 2004/28160, E.2004/29416 K.
- 15 Prof. Dr. H. Mollamahmutoğlu İş Hukuku, 2. Bası, Prof. Dr. S. Süzek İş Hukuku 2. Bası, Prof. Dr. Devrim Ulucan, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2007, sayı 13.

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Genel Sağlık Sigortasında Sunulan Edimler: Kapsam ve Yararlanma Koşulları

I. Genel Olarak

Genel Sağlık Sigortası'ndan (GSS) kişilere sağlık hizmetleri ve aynı edimler sağlanmaktadır. Koruyucu, tedavi edici ve eski hale getirici bu hizmetlerden ve aynı edimlerden yararlanmak için bekleme süresini doldurma, prim borcunun bulunmaması, kimlik belgesi gösterme ve maddi katkıda bulunma koşullarının gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Maddi katkının yedi ayrı türü bulunmaktadır. Aşağıda söz konusu hususlar ayrı başlıklar altında ele alınmaktadır. Çalışma genel bir değerlendirme ile son bulmaktadır. Ancak önce GSS'nin yürürlük tarihini açıklamak uygun olacaktır.

II. GSS'nin Yürürlük Tarihi

31.5.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve onu tadil eden 5754 SK¹ ile düzenlenmiş olan Genel Sağlık Sigortası (GSS) kademeli olarak yürürlüğe girmektedir. Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu'nu (Md.72) ve bazı maddi katkı türlerine ilişkin (Md.73) düzenleme 30.4.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Md.108/a)². Sunulacak sağlık hizmetlerinin türleri (Md.63), kapsam dışı kalan sağlık hizmetleri (Md.64), yurt dışı tedavi (Md. 66), sağlık

hizmetlerinden yararlanma şartları (Md. 67), katılım payı alınması (Md. 68), katılım payı alınmayan haller (Md. 69), sevk zinciri (Md. 70), kimlik tespiti (Md. 71), sağlık hizmeti bedellerinin belirlenmesi (Md. 72), gelirlerin kullanım amacı (Md. 74), doğal afetler ve savaş hali (Md 75), sağlık hizmeti sunucularının duyurulması (Md. 77), sağlık hizmeti sunucularının kayıt ve bildirim zorunluluğu (Md. 78), prim alınması zorunluluğu (Md. 79), prime esas kazançlar (Md. 80/IV) ile ilgili maddeler 1.7.2008 tarihinden itibaren yürürlüğe girmektedir³. Değinenlerin dışında kalan kurallar için yürürlük tarihi ise, 1 Ekim 2008 olarak belirlenmiştir⁴.

Yukarıda aktarılan bilgiler değerlendirildiğinde GSS'nin 1 Temmuz 2008 tarihi itibariyle yürürlüğe gireceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Buna karşın, yasa koyucu ön hazırlık bakımından, sistemin bel kemiği sayılan Sağlık Hizmetlerini Fiyatlandırma Komisyonunu 30 Nisan 2008 tarihi itibariyle faaliyete geçirmeyi gerekli görmüştür. Ayrıca, 73. maddede düzenlenen sağlık hizmetleri ilave ücreti, öğretim üyesi ilave ücreti ve istisnai sağlık hizmeti ücreti için de 30 Nisan 2008 tarihini esas alarak sisteme yeni getirilmekte olan bu ilave ödemeleri tahsil için aceleci davranmıştır.

III. Edim Türleri

GSS kapsamında sunulan edimleri sağlık hizmetleri ve aynı edimler başlıkları altında ele almak mümkündür.

A. Sağlık Hizmetleri

Sağlık hizmetleri koruyucu, tedavi edici ve eski hale getirici (rehabilite edici) nitelikte olabilir. Kanunda kapsama alınan ve alınmayan edimler ayrı ayrı belirtilmiştir.

1. Kapsama Alınan Sağlık Hizmetleri

a. Koruyucu Sağlık Hizmetleri

5510 SK'da koruyucu sağlık hizmetleri için kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın sunulan hizmetler olduğu ayrıca, insan sağlığına zararlı olan madde bağımlılığının önlenmesinin de kapsamda olduğu ifade edilmektedir (Md. 63/I-a). 5258 sayılı aile hekimliğini düzenleyen kanunda da kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri kavramı aile hekiminin tanımında kullanılmıştır (Md. 2/1). Hizmetin içeriği ise Aile Hekimli Pilot Uygulaması hakkında Yönetmelikte açıklığa kavuşturulmuştur. Bu hizmetler "Kişiye yönelik rehberlik, sağlığı geliştirici ve koruyucu hizmetler..."dir (Md. 4/c). Hekim "Çalıştığı mekanda ve gerektiğinde ... evde veya gezici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kişiye yönelik olarak birinci basamak koruyucu sağlık, tanı, tedavi, rehabilitasyon ve danışmanlık hizmetlerini vermek" (Md. 4/e) ile görevlidir. "Genişletilmiş bağışıklama programı ve gebe aşuları aile hekimi tarafından yürütülür. Aile hekimlerine ihtiyaçları olan aşular ilçe sağlık grup başkanlıkları tarafından ulaştırılır." (Md. 7). "İlgili yönetmelikte koruyucu sağlık hizmetlerine ilişkin başkaca bir açıklık mevcut değildir. Ancak, Aile Hekimliğinin Pilot Uygulandığı İllerde Toplum Sağlığı Merkezleri Kurulması ve Çalıştırılmasına Dair Yönerge birinci basamak sağlık hizmeti veren kuruluşlar arasında eşgüdüm sağlamak, onların idari hizmetlerini yürütmek ve onları denetlemek amacıyla kurulan toplum sağlığı merkezlerine koruyucu sağlık hizmeti sunma görevi de vermektedir.

Anılan Yönergede çevre sağlığı ve bulaşıcı hastalıklara karşı önlemler ayrıca düzenlenmiştir. Top-

lum sağlığı merkezleri her türlü çevre koşullarını denetler, bulaşıcı ve kronik hastalıklara neden olan faktörler konusunda ayrıntılı çevre analizleri yapar. Su kaynaklarının dökümünü çıkarır. Katı ve sıvı atık toplama ve depolama yerlerini sağlıklı hale getirmeye çalışır. Gaz atıkların mevzuata uygunluğunu kontrol eder (Md. 12). Bulaşıcı hastalıklarla ilgili bilgileri toplar. Bu konuda tüm sağlık kurumları ile işbirliği yapar (Md. 14).

b. Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri

5510 SK'da iş kazası, meslek hastalıkları, hastalık ve analık risklerine karşı Kurumca sağlık hizmetleri temin edileceği ifade edilmektedir (Md. 63/I). Ancak, maddede sözü edilen risklere göre sağlanacak sağlık edimleri açıklanırken iş kazası ve meslek hastalığı için sunulacak hizmetlerden bahsedilmemektedir⁵. Muhtemelen hastalık hali için getirilen düzenlemelerin, iş kazası ve meslek hastalıkları riskini de kapsadığı düşünülmüştür.

Hastalık hali için öngörülen edimler şunlardır: Ayakta veya yatarak hekim tarafından muayene, klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbi müdahale ve tedaviler, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbi bakım ve tedaviler. Değinen olağan tedavi halleri dışında maddede acil sağlık hizmetleri de sayılmıştır. Düzenlemede keza organ, doku, kök hücre nakli ve hücre tedavileri ayrıca belirtilmiştir. Tedavi sonrası hasta takibi ve eski hale getirme (rehabilitasyon) hizmetleri de edim kapsamında bulunmaktadır (Md. 63/I-b).

Analık hali için keza ayakta veya yatarak hekim veya ebe tarafından yapılacak muayene, teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, (konulan teşhise dayalı olarak yapılacak) tıbbi müdahale ve tedaviler ile doğum hizmetleri sunulur. Rahim tahliyesi ve tıbbi sterilizasyon analık haline ilişkin diğer sağlık hizmetleridir. Hastalık sigortasında olduğu gibi analık halinde de acil sağlık hizmetlerinden söz etme gereği duyulmuştur. Düzenlemede, hastalık halinde olduğu gibi, tedavi sonrası hasta takibi hükmüne bağlanmış ancak, rehabilitasyon hükmüne bağlanmamıştır (Md. 63/I-c).

Maddede ağız ve diş sağlığı bir başka fıkrada düzenlenmiştir. Söz konusu tedavi de ayakta veya yatarak yapılabilecektir. Teşhis için gereken uygulamalar (klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri, diğer tanı yöntemleri), teşhise göre yapılacak tedavi (konservatif, kanal, ...), tıbbi müdahaleler ve diş çekimi sunulan hizmetlerdir. Ortodontik⁶ diş tedavisi sadece 18 yaşını doldurmamış kişiler için düşünülmüştür. Hastalık ve analık hallerinde olduğu gibi, diş tedavileri için de acil sağlık hizmetleri ve hasta takibi ayrıca ifade edilmiştir. Nihayet, ağız sağlığının gereklerinden olan protez yapımı da edim kapsamına alınmıştır (Md. 63/I-d)⁷.

Keza yardımcı üreme yöntemi de maddede kalemeye alınmıştır. Bu hak sigortalılara ve eşlerine bazı koşullarla tanınmıştır. Yöntemin uygulanması için bekleme süresi, yaş, diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olması ve yardımcı üreme yönteminin etkili olacağına sağlık kurulu raporu ile belgelenmesi koşullarının gerçekleşmesi gerekir.

Bekleme süresi en az 5 yıldır. Bu süre içinde 900 gün GSS primi ödenmiş olması gerekir. İlgili 23 yaşını doldurmuş, 39 yaşını geçmemiş olmalıdır. Ayrıca, son üç yıl içinde aşılama gibi diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olduğu belgelenmelidir. Nihayet, kişinin yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceğinin sağlık hizmeti sunucuları sağlık raporu tarafından tıbben mümkün görülmesi gerekir (Md. 63/I-e).

c. Eski Hale Getirici (Rehabilite Edici) Sağlık Hizmetleri

Hastalık halinde sunulan hizmetler arasında eski hale getirme (rehabilitasyon) hizmetleri de ifade edilmektedir (Md. 63/I-b). Düzenlemede hastalık dışında kalan riskler için bu açıklık yoktur. Ancak, örneğin ağız ve diş sağlığına ilişkin hükümleri hastalık kapsamında görmek gerekir (Md. 63/I-d). Anılan nedenle, bu konuda ayrıca hüküm getirme gereği duyulmamıştır denilebilir. Keza, hastalık halinde sunulacak sağlık edimlerine ilişkin düzenlemenin iş kazası ve meslek hastalıklarında sunulacak sağlık edimlerini de kapsadığı düşünüldüğünde, eski hale getirmeyi iş kazası ve meslek hastalıklarında bir hak olarak kabul etmek gerekir. Analık edimlerine ilişkin düzenlemede de, tedavi sonrası eski hale getirme (rehabilitasyon) hizmeti hük-

me bağlanmamıştır (Md.63/I-c). Fakat, analıkla ilgili sağlık hizmetleri sonrası ihtiyacı olan bir kadın için eski hale getirmeyi kabul etmemek adil olmayacaktır.

2. Kapsam Dışı Bırakılan Sağlık Hizmetleri

Kanun bazı sağlık hizmetlerinin finansmanını kapsam dışı bırakmaktadır. Estetik amaçlı sağlık hizmetleri sigorta kapsamında değildir. Keza, aynı amaçlı ortodontik diş tedavileri de kapsam dışıdır. Ancak kaza, iş kazası, hastalık, meslek hastalığı veya doğuştan var olan (konjenital) nedenlerle ortaya çıkan arazlara bağlı olarak vücut bütünlüğünü sağlamaya yönelik tıbbi müdahaleler kapsam içi sayılmaktadır (Md. 64/I-a).

Söz konusu haller bakımından düzenlemenin çıkış noktası vücut bütünlüğünü⁸ korumak olarak ifade edilmiştir. Kavram vücudun eksik organlarını tamamlamak veya mevcut organı çalışır hale getirmeyi içermez. Vücut bütün ancak, görünümü olmayan değil (sorun oluşturucu) ise estetik müdahale gereği doğabilir. Yani, bu halde kastedilen daha ziyade ruhsal bütünlük olmak gerekir. Estetik tedavinin amacı, bedeni görünümünü doğal (olması gereken) hale getirerek ruhsal dengeyi kurmak olmalıdır. (Parmak sayısını 6'dan 5'e indirmek gibi). Dünya Sağlık Örgütü sağlığı fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali olarak tanımlamaktadır. Çağdaş güzellik anlayışından etkilenerek eğri burnundan eziklik duyan bir genç kız, genç yaşta saçları dökülmekte olan bir erkek yaşadığı gerilim nedeniyle sosyal ilişkilerini en aza indirmekte, toplumla arasına mesafe koymakta ise, estetik müdahaleyi gerekli saymak ve ayrıca sosyal güvence kapsamına almak gerekir. İntiharın eşliğine gelen kişiler için bu durum özellikle geçerlidir⁹.

Ayrıca, kişide ruhsal bir sorun oluşturmasa da, yapılan iş bakımından estetik bir müdahalenin gerekliliği halinde (ayağında derin bir müdahale izi olan manken, yüzünde yanık yarası izi taşıyan bir sekreter gibi), masraftan kaçan Kurum sigortalının yersiz yere işsizlik sigortası ödeneği ve/veya maluliyet/yaşlılık aylığı almasına sebep olabilecektir¹⁰.

Sağlık Bakanlığınca izin veya ruhsat verilmeyen sağlık hizmetleri de kapsam dışında kalmaktadır. Sözü edilen hizmetler sağlık mevzuatına göre ruh-

sat alınmadığı için kaçak sayılan işyerlerinin hizmetleri olabileceği gibi, ruhsatlı yerlerde yapılması uygun olmayan işlemler (güzellik merkezlerinde botoks ve lazerle tedavi gibi)¹¹ olabilir. Keza, Bakanlıkça tıbben sağlık hizmeti olmadığı kabul edilen hizmetler için aynı durum geçerlidir (Md. 64/I-b). Sülükle veya elektromanyetik alanla tedavi bu konuda verilebilecek örneklerdir.

Nihayet, 5754 SK ile yeni getirilen düzenleme ile, yabancı ülke vatandaşlarının sigortalı sayıldıkları tarihten önce var olan kronik hastalıkları koruma dışında bırakılmaktadır (Md. 64/I-c).

B. Aynı Edimler

Hekimin hastasına teşhis koyabilmesi ve teşhis sonrası tedavi yapabilmesi için bazı ürün, araç ve gereçlere ihtiyacı olmaktadır. Hekimin zihni ve fiziki faaliyetlerine yani, hizmetine eşlik eden aynı edimlerin başında ilaç gelmektedir. Ayrıca kan ve kan ürünleri, kemik iliği ve aşı edim kapsamındadır. Sözü edilen kimyevi ürünlerin dışında ortez, protez¹², tıbbi araç ve gereçler¹³, kişi kullanımına özgü tıbbi cihazlar¹⁴, tıbbi sarf¹⁵, iyileştirici nitelikteki tıbbi sarf malzemeleri¹⁶ de sunulan diğer aynı edimleri oluşturur. Bu malzemelerin sadece sağlanması ve takılması değil bakımı, onarımı ve yenilenmesi hizmetleri de sigorta güvencesindedir (Md. 63/I-f).

IV. Edimlerden Yararlanma Koşulları

Sağlık edimlerinden yararlanmak için bekleme süresi, prim borcunun bulunmaması, kimlik belgesi gösterme ve maddi katkıda bulunma öngörülmüştür.

A. Bekleme Süresi

Sağlık edimlerinden yararlanma ile ilgili üç ayrı durum mevcuttur. Bekleme süresi için 30 gün prim ödeme gün sayısı aranan haller, hiç aranmayan durumlar ve 900 gün prim aranan haller.

Kural olarak belli süre prim ödeyenler sağlık edimlerine hak kazanacaklardır. Bunun için, hizmet sunucusuna başvuru öncesi, son bir yılda otuz gün sağlık sigortası primi ödenmiş olması gerektir (Md. 67/I-a)¹⁷. Bazı kişiler, bazı risk türleri, bazı tedaviler ve olağan dışı haller bakımından bekleme süresi aranmamıştır.

Kişiler: Kişiler yaş, emeklilik ve bakıma muhtaçlık ölçütleri esas alınarak asgari bir prim ödeme koşulu aranmaksızın sağlık edimlerine hak kazanmaktadır. Ayrıca sosyal yardım, sosyal hizmet, sosyal tazmin ve sosyal teşvik kapsamında olma ölçütlerine göre bekleme süresinden muaf tutulmaktadır.

Aktif çalışma yaşamının dışında kalan 18 yaşını doldurmayanlar ile kendilerine sosyal güvenlik mevzuatına göre gelir veya aylık bağlanmış olan kişiler bekleme süresine tabi değildirler. Düzenlemede “tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler” den de söz edilmektedir. “Tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler” ifadesi ile başkasının tıbbi bakımına muhtaçlığın değil, doğal ihtiyaçlarını kendi başına karşılayamayacağı tıbbi bir rapor ile belgelenen kişilerin kastedildiği düşünülmelidir.

Sosyal yardım, sosyal hizmet ve sosyal teşvik kapsamında olan kişiler için de bekleme süresi aranmamaktadır. Bu kişiler kanunda yoksullar (aile içindeki kişi başına aylık geliri, aylık asgari ücretin 1/3'ünden az olan kişiler), vatansız ve sığınmacılar, 65 yaş ve özürlü aylığı (2022 SK), şeref aylığı (1005 SK), vatani hizmet aylığı (3292 SK), sosyal tazmin aylığı (2330 SK), terör mağduru aylığı (3713 SK) alanlar, SHÇEK'nin hizmetlerinden ücretsiz yararlananlar (2828 SK), geçici köy korucularının aktif ve emekli olanları ile aylık bağlanan eşleri (442 SK), Dünya, Olimpiyat ve Avrupa Şampiyonluğu kazanmaları nedeniyle aylık almakta olan sporcular ve aileleri (2913 SK) olarak ifade edilmiştir. Nihayet, özel bir durum olarak GSS'de bağlı sigortalı kapsamından çıkarak asli sigorta kapsamına giren kişiler için de 30 gün prim ödeme koşulu aranmamaktadır.

Risk türleri: Bekleme süresi aranmayan risk türleri olarak iş kazası ve meslek hastalıkları, analık ve bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklar ifade edilebilir.

Tedavi türleri: Tedavinin niteliği bakımından koruyucu sağlık hizmetlerinde ve acil tedavi gereken hallerde de bekleme süresi gerekmemektedir.

Olağan dışı haller: Keza afet halinde, savaşta, grev ve lokavt hallerinde de sağlık hizmetleri koşula bağlı değildir (Md. 75).

Hastalık halinden farklı olarak yardımcı üreme yönteminden yararlanmak için farklı bir bekleme

süresi kabul edilmiştir. Bu konuda iki ayrı koşul bir arada bulunmalıdır: a) En az 5 yıldan beridir genel sağlık sigortalısı olmak, b) bu sürede 900 gün GSS primi ödemiş olmak (Md. 63/I-e-5).

B. Prim Borcunun Bulunmaması

Sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için sigortalıların prim borcunun bulunmaması gerekir. Bu koşul bağımlı çalışan sigortalıları kapsamaz. Çünkü, sözü edilen koşul kendi primlerini kendileri ödemek zorunda olan kişiler yani bağımsız çalışanlar, diğer sigortalılar, isteğe bağlı sigortalılar ve oturma izni almış sigortasız yabancılar için getirilmiştir. Değinen borçlar “prim ve prime ilişkin her türlü borç” olarak ifade edilmiştir (Md. 67/I-b ve c)¹⁸.

5754 SK ile yapılan değişiklik kendi hesabına (bağımsız) çalışan sigortalılar ve diğerleri (18 yaşını doldurmuş, sigortasız ve yoksul sayılmayan kişiler) kapsamına girenler bakımından başvuru tarihinde 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcun bulunmaması koşulunu getirmektedir¹⁹. Böylece onlar için daha lehe bir durum oluşturulmaktadır. Primlerini kendileri ödeyen sözü edilen diğer kişiler için ise, önceki durumları sürdürülmektedir.

Her iki grup için getirilen düzenlemede kullanılan “prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması” ibaresi tartışma doğurucu niteliktedir. Çünkü, düzenlemenin önceki halinde kısa ve uzun vadeli sigorta dalları ile GSS primlerine ilişkin borçtan açıkça söz edilirken, bu kez prim borcundan söz edilmektedir. Değinen durum, sağlık hizmetlerinden yararlanmak için sadece GSS primi borcunun bulunmaması gerekir şeklinde yoruma yol açıcı niteliktedir. Ödenen her prim ilgili olduğu sigorta dalı bakımından ayrı sigorta ilişkisi kuracağı için, söz konusu değerlendirme isabetli sayılmak gerekir.

C. Kimlik Belgesi Gösterme

Sağlık hizmetleri için başvurduğunda sigortalı veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler hizmet sunucularına Kurumca verilen resimli sağlık kartını göstermek zorundadırlar. Ayrıca kimlik belgesi göstermek yoluyla da hizmet talebi mümkündür. Bu belgeler nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı ve pasaport olarak sayılmıştır.

Sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için 5510 SK ile prim dışında çok sayıda ödeme türü getirilmiştir.

Acil hallerde hastanın başvurusu sırasında sağlık karnesi veya kimlik belgesi sunma yükümlülüğü yoktur. Acil hal sona erdiğinde ise kimlik belgesi sunmak gereklidir (Md. 67/III).

D. Maddi Katkıda Bulunma

Sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için 5510 SK ile prim dışında çok sayıda ödeme türü getirilmiştir. 5754 SK'da dikkate alınarak maddi katkı istenen durumlar şu şekilde sayılabilir: Ayakta tedavi katılım payı, aynı edimlerde (ortez, protez ve ilaç) katılım payı, yataklı tedavilerde otelcilik fark ödemesi, öğretim üyesi fark ödemesi, sağlık hizmeti ilave ücreti ve istisnai sağlık hizmeti ilave ücreti.

1. Katılım Payı

Katılım payı ödeme zorunluluğu hem sağlık hizmetleri hem de aynı edimler bakımında mevcuttur. Sözü edilen konular dışında ayrıca katılım payının hesaplanması ve ödenmesi ile katılım payı alınmayan hallerin incelenmesi gerekmektedir.

a. Sağlık Hizmetlerinde Katılım Payı

Konuyu koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetleri bakımında ayrı ayrı değerlendirmek uygun olacaktır.

aa. Koruyucu Sağlık Hizmetlerinde

5258 sayılı aile hekimliğini düzenleyen kanuna göre, aile hekimliği hizmetleri ücretsizdir (Md. 5/II). 5510 SK'daki bir düzenlemeye göre de kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri (bu görev aile hekimine aittir) katılım payı dışında kalmaktadır (Md. 69/c). Ancak, aynı kanundaki bir diğer düzenleme, birinci basamak sağlık hizmeti sunucularında (yani aile hekimleri tarafından) yapılan muayenelerde katılım payı almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye Kurum yetkili kılınmıştır kuralını getirmektedir (Md. 68/II). Anılan nedenle, konuları aynı olan iki ayrı kanundaki norm, ayrıca aynı kanunda iki ayrı norm birbirleri ile ça-

tışma halindedir. 5258 SK 24.11.2005 tarihli, 5510 SK 31.5.2006 tarihli. 5258 SK. özel, 5510 SK ise genel nitelik taşımaktadır. Bu durumda genel yasa sonraki tarihli de olsa özeline genele üstünlük taşıdığı kabul edilebilir²⁰. Aynı yasa içinde norm çatışması olduğunda ise, zaman faktörü rol oynamıyorsa, sorun özel kural-genel kural ilişkisi kurularak çözülmeye çalışılır. Ayrıca, uyumsuzluğa konusu normlar arasında bir alt üst ilişkisi olup olmadığı hususu araştırılır. 5510 SK Md. 68/II ve Md. 69/c bakımından belirtilen iki ölçü de uygulanmaya elverişli değildir. Anılan nedenle, her iki kuralın birbirini yok ettiği ve ortaya bir boşluk çıktığı ifade edilebilir. Bu varsayım kabul edildiğinde ise, 5510 SK'daki çelişki boşluğu 5258 SK ile doldurulacaktır²¹.

bb. Tedavi Edici Sağlık Hizmetlerinde

aaa. Birinci Basamakta Tedavi Katılım Payı

5258 sayılı aile hekimliğini düzenleyen kanunda aile hekimliği hizmetlerinin ücretsiz olduğu hususunun hükme bağlandığı ifade edilmişti (Md. 5/II). Ayrıca, aynı yönde kural getiren 5510 SK'ya göre, aile hekimi muayeneleri katılım payı dışında kalmaktadır (Md. 69/c). Ancak, koruyucu sağlık hizmetlerinde olduğu gibi, tedavi edici sağlık hizmetlerinde de çatışma söz konusudur. Çünkü, aynı konuyu tekrar düzenleyen bir başka madde olan Md. 68/II, "... katılım payını birinci basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye veya tekrar birinci fıkranın (a) bendi için belirlenen tutara getirmeye, ... Kurum yetkilidir." hükmünü taşımaktadır²².

5510 SK 5258 SK.'a nazaran genel nitelikli ve sonraki tarihlidir. Ancak, sonraki tarihli olmasa da 5285 sayılı özel yasanın genele öncelik taşıdığı söylenebilir. Ayrıca, kendi aralarında çelişki taşıyan Md. 69/c ile Md. 68/II arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Md. 68/II tadil gördüğü için, mevcut şekli ile yasa koyucunun iradesine daha uygundur sonucuna varılabilir. Ancak, bu sonuç sigortalı lehine mevcut iki hükmü göz ardı etmek anlamına geleceği için pek de adil sayılmayacaktır. Aynı konuda aynı içeriği taşıyan iki hükmü görmezden gelip, farklı içerikte üçüncü bir kural getiren özensiz yasa koyucunun tutumu korumaya layık değildir. Anılan nedenle, çelişkinin koruyucu

sağlık hizmetlerinde ifade edildiği şekilde giderilmesi yani, birinci basamak sağlık hizmetlerinden katılım payının alınamayacağı kabul edilmesi uygun düşecektir.

bbb. İkinci ve Üçüncü Basamakta

Tedavi Katılım Payı

Ayakta yapılan tedavilerde hekim ve diş hekimi muayeneleri için katılım payı alınacaktır. Ödenecek pay 2 YTL. olarak saptanmıştır. Belirtilen tutar her yıl Vergi Usul Kanunu uyarınca açıklanan yeniden değerlendirme oranı kadar artırılır (Md. 68/I-II). 5565 SK. Md. 30/15-b ile söz konusu düzenlemeyi izleyen yeni bir cümle eklenmiştir: "...ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde ise önceki basamaklardan sevki olarak başvurulup başvurulmadığı dikkate alınmak suretiyle yarısına kadar indirmeye veya beş katına kadar artırmaya, gerektiğinde bu tutarları kanunî tutarlarına getirmeye veya indirmeye Kurum yetkilidir."²³

Aynı madde içinde katkı payının güncellenmesi için önce yeniden değerlendirme oranı kabul edilmiştir. Bu kural "artırılır" fiilinin kullanılması yoluyla bağlayıcı şekilde kaleme alınmıştır. Ancak, ardından gelen ilk cümlede aynı konu sadece alt ve üst sınır getirilerek ve Kuruma takdir yetkisi tanınarak farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Koruyucu sağlık hizmetleri örneğinde de görüldüğü üzere, yasa koyucu henüz yürürlüğe girmemiş bir yasanın farklı, hatta aynı maddeleri içinde dahi birbiri ile uyumsuz iradeler ortaya koyabilmektedir. Bu halde mevcut çatışmanın, yasa koyucunun nihai iradesini yansıttığı varsayımı ile, sonraki tarihli düzenleme esas alınarak çözümü düşünülebilir. Ancak, muhtemeldir ki SGK aynı konuyu farklı şekilde düzenleyen her iki normu seçimlik gibi değerlendirip dilediğini kullanma yoluna başvuracaktır.

5510 SK'da yataklı tedavide katılım payı alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Tadil tasarısında katılım payı alınacak sağlık hizmetleri arasına yatarak tedavide finansmanı sağ-

5510 SK'da yataklı tedavide katılım payı alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

lanan sağlık hizmetleri de eklenmiştir (Md. 68/I ve II). Oranı sunulan sağlık hizmetlerinin % 1'i kadar belirlenmiştir. Tasarıya göre, bu katkı payı aynı edimleri kapsamayacak, onlar için ayrıca katkı payı alınacaktır (Md. 12/A). Ancak, Plan ve Bütçe Komisyonu'nda kabul edilen metinde ve 5754 sayılı tadil yasasında 68. maddeye yataklı tedavide katılım payı alınması hususunun eklenmesi kabul görmemiştir (Md. 42).

b. Aynı Edimlerde Katılım Payı

Sağlık hizmetleri için olduğu gibi, ayrıca aynı edimler için de katılım payı ödeme yükümlülüğü mevcuttur. Ödenecek pay ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için bedellerinin % 10-20'si oranları arasında Kurum tarafından belirlenir²⁴. Ayakta tedavide gerekli olan ilaç için de aynı oran geçerlidir. Yataklı tedavi halinde ilaçtan katkı payı alınmaz. %10- %20 arasında kalan oran gereksiz kullanımını azaltmak, sağlık hizmetlerinin niteliği itibariyle hayati öneme sahip olup olmaması, kişilerin prime esas kazançlarının, gelir ve aylıklarının tutarı ve benzeri ölçüler dikkate alınarak belirlenecektir (Md.68/II)²⁵. Yardımcı üreme yöntemi tedavisi için daha yüksek bir oran belirlenmiştir. Pay ilk deneme için %30, ikincisi için %25'dir (Md.68/IV).

Ödenecek katılım payına ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için bir sınır getirilmiştir. Payın tutarı sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin % 75'ini geçemez (Md.68/III). Maddede ifade edilen asgari ücret muhtemelen 18 yaşını aşanlara uygulanan asgari ücrettir. İlaçlar ve yardımcı üreme yöntemi bakımından getirilmiş bir sınır mevcut değildir.

c. Katılım Payının Hesaplanması ve Ödenmesi Usulü

Katılım paylarının hesaplanmasında Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından tespit edilen sağlık hizmet fiyatları esas alınır (Md.68/VI-I). Bu şekilde belirlenen katılım payları çalışanların ücret veya maaşlarından mahsup edilir. Gelir ve aylık alan kişilerde mahsup, gelir ve aylıklarından yapılır (Md. 68/VI).

Mahsup olanağı olmayan kişiler katılım payını kendileri ödeyeceklerdir. Bu kişiler arasında yok-sullar, vatansız ve sığınmacılar ile 2022 SK'ya göre maaş alan yaşlı ve özür-lüer de bulunmaktadır. Şahsen ödedikleri katılım payları bu kişilere talep-

leri halinde 3294 Sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre geri ödenir (Md. 68/V).

Sözü edilen kişilerin, yukarıda değinildiği üzere, türü ve miktarı giderek artmakta olan katılım paylarını ödeyecek mali durumda olmadıkları açıktır. Bu pay kendilerine daha sonra 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu (Md. 2/II) hükümlerine göre ödenecek olsa da (Md. 105/c), prim yükümlülükleri merkezi yönetim bütçesi tarafından üstlenilen (Md. 87/c) kişilerin mali durumlarının bu katılım paylarını ödemeye elverişli olması düşünülemez. Onlardan katılım paylarını peşin ödemelerini beklemek, ihtiyaç duydukları sağlık hizmetini talep etmekten caydırmak sonucunu doğuracaktır.

d. Katılım Payı Alınmayan Haller

Yukarıda katılım payı alınacak birçok özel durum açıklandı. 5510 SK.'da bazı sağlık hizmetleri, bazı aynı edimler, bazı muayeneler, bazı özel haller ve bazı sigortalılar bakımından aşağıda değinilen istisnalar kabul edilmiştir (Md.69):

1) Sağlık hizmetleri bakımından: İş kazası, meslek hastalığı ve kronik hastalık hallerinde sunulan sağlık hizmetleri için katılım payı alınmaz. Bu durum organ nakli ve koruyucu sağlık hizmeti sunulması halleri için de geçerlidir.

2) Aynı edimler bakımından: Hayati önemi hayiz ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için katılım payı ödeme gerekliliği yoktur²⁶.

3) Muayeneler bakımından: Aile hekimi muayeneleri ve kontrol muayeneleri katılım payı uygulanması dışında kalır.

4) Özel haller bakımından: Afet hali, askeri tabikat, manevra ve savaş hallerinde sağlık hizmeti giderleri genel bütçeden karşılanır (Md.75). Anılan nedenle, sigortalıların giderlere katılması gerekliliği bulunmaz.

5) Sigortalılar bakımından: Şeref aylığı alan kişiler ve eşleri (1005 SK.), vatani hizmet tertibi aylığı alan kişiler (3292 SK.), sosyal tazmin aylığı almaya hak kazananlar (2330 SK.), SHÇEK'nın koruması altına alınanlar (2828 SK.) ve terör mağduru sayılan kişilerden (3717 SK) katılım payı alınmaz. Düzenlemede ayrıca vazife malulleri, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan öğrencilerden katılım payı alınmayacağı

ifade edilmektedir. Ancak, yoksullar katılım payı alınacak kişiler arasında bırakılmıştır.

Katılım payının alınmadığı haller ve kişiler yukarıda belirtildi. Herhangi bir ayırım yapılmadığı için, payın daha önce açıklanmış bulunan tüm türleri bakımından alınamayacağı sonucuna varmak gerekir. Ancak, maddenin son fıkrasında “Bu madde gereğince katılım payı alınmayacak sağlık hizmetlerini tek tek veya gruplandırarak tespiti Kurum yetkilidir.” hükmü bulunmaktadır. Kuruma tanınan bu tespit yetkisi, düzenlemenin lafzı dikkate alındığında, sadece sağlık hizmetlerini kapsamaktadır. Anılan nedenle, bu yetkinin değinilen diğer durumları örneğin özel halleri (4) ve bazı sigortalıları (5) kapsadığı ileri sürülemez. Ancak, sağlık hizmeti başlığı altında toplanan risk türleri dikkate alındığında, söz konusu durumlarda da katılım payı alınmasına karar verme yetkisinin kabulü makul sayılamaz.

2. Yataklı Tedavilerde Otelcilik Fark Ödemesi

Merî sosyal güvenlik mevzuatında yataklı tedavilerde hastaya sağlanan yatak ve verilen yemek için ücret istenebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir²⁷. Bu hususta sunulan hizmetler sigortalının ödediği prim (devlet memurlarında üstlenmiş olduğu kamu görevi) içinde karşılanmış sayılır. Yeni bir uygulama olarak 5510 SK ile sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularına, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden, otelcilik hizmeti adı altında fark ödemesi talep etme hakkı tanınmıştır²⁸.

5510 SK'nın ilk şekline göre, otelcilik hizmeti fark ödemesi Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu'nun belirlediği miktarın en fazla iki katı kadar olabilecektir (Md.73). Bu ödemenin yapılabilmesi için sigortalıdan yazılı rıza alınması gerekir (Md.73/IV). 5754 SK. ile Md.73 yeniden kaleme alınarak içeriği değiştirilmiştir. Yapılan yoğun eleştiriler üzerine otelcilik hizmetleri “Kurumca belirlenmiş standartların üstündeki talepler ...” için kabul edilmiş, ancak iki kat olan tavan üç kat olarak de-

Otelcilik hizmetleri fark ödemesinin standart üstü hizmetler için talep edilebilmesi olumlu bir adımdır.

ğiştirilmiş ayrıca, yazılı rıza gereği metinden çıkarılmıştır²⁹.

Otelcilik hizmetleri fark ödemesinin standart üstü hizmetler için talep edilebilmesi olumlu bir adımdır. Bu hüküm Sağlık Bakanlığı sağlık kurumlarının şimdiki hukuki yapısı dikkate alındığında bir anlam ifade edecektir. Ancak, sağlıkta dönüşüm projesinin gereği resmi hastahaneler sağlık işletmelerine dönüştürüldüğünde, onlar da özel hizmet sunucular gibi kar hedefli çalışacakları için, standart üstü hizmet gerekçesi ile otelcilik fark ödemesi talep edebileceklerdir. Yazılı rıza koşulunun kaldırılmış olması da bu uygulamayı teşvik edecektir. Ayrıca, ilke olarak otelcilik fark ödemesi kabul edildiğinde, standardın sınırlarını dar tutmak ve dolayısıyla fark alınmayan sınırı aşmak pek de zor olmayacaktır³⁰.

3. Öğretim Üyesi Fark Ödemesi

5510 SK ile yukarıda değinilenlerin dışında ayrıca, öğretim üyeleri tarafından sunulan sağlık hizmetleri için fark ödemesi alınabileceği hükme bağlanmıştır. Bu ödeme özel sağlık işletmelerinde değil, vakıf ve kamu idaresi sağlık hizmeti sunucularında çalışan öğretim üyeleri için yapılacaktır. Miktarı SHFK tarafından saptanır. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularının alacağı öğretim üyesi fark ödemesi için, yasada herhangi bir sınır getirilmemiş olup, Kuruma tavan belirleme yetkisi tanınmıştır (Md. 73/III)³¹.

Katılım payı ödemeleri 68. ve 73. maddelerde öğretim üyesi olmayan ve olan hekimler bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Acaba sağlık hizmeti bir öğretim üyesi tarafından sunulmakta ise, sigortalıdan hem katılım payı, hem de öğretim üyesi fark ödemesi tahsil edilecek midir? Her iki düzenleme metninde aralarında ilişki kurulan bir kural olmadığı için, ayrıca birinin adının “katılım payı”, diğerinin adının ise “fark ödemesi” olduğu için, iki ödemenin de yapılması gerektiği sonucuna varılabilir. Amaçları dikkate alındığında, aynı konuda iki kez ödeme sosyal güvenliğin amacını aşan mükerrer bir ödeme anlamına gelir. Öğretim üyeleri için ayrı bir ödeme türünün getirilmiş olması da doktrinde eleştiri konusu yapılmaktadır.

4. Sağlık Hizmeti İlave Ücreti

5754 SK Md. 45, 5510 SK. Md. 73'ü değiştirerek yeni bir ödeme türü daha getirmektedir. Kamu ida-

relerinin dışındaki sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu'nca (SHFK) belirlenen sağlık hizmetleri bedelinin bir katına kadar ilave ücret talep edebileceklerdir. SHFK tarafından belirlenen bedelleri artırma yetkisi Bakanlar Kurulu'na tanınmıştır (Md.73/II)³². İlave ücret aynı edimleri değil sağlık hizmetini (muayene, tıbbi müdahale) kapsamaktadır.

İlave ücret ile ilgili üç özel durum mevcuttur. İlk olarak, kamu idaresi (resmi) ve vakıf üniversiteleri sağlık hizmet sunucuları ilave ücret talep etme hakkına sahip değildiler. İkinci olarak şeref aylığı alanlar (1005 SK), sosyal tazmin aylığı alanlar (2330 SK), harp malullüğü ve terör mağduru aylığı alanlardan ve onların bağlı sigortalılarından ilave sağlık ücreti alınmaz. Bunun için kişinin kamu idaresi sağlık hizmeti sunucusu tarafından sevk edilmiş olması gerekir. Son olarak ise, alınacak ilave ücret bir kat tavan ile sınırlandırılmış ve tespiti yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiştir.

Varlığı tartışma yaratan bu ilave ödeme ve muafiyetin içeriği tartışmaya neden olucu niteliktedir. Sosyal yardım, sosyal hizmet, sosyal teşvik ve sosyal tazmin kapsamında olan kişilerden (Md. 60/I-c) sadece yukarıda değinilen kişileri ilave sağlık hizmeti ücretinden muaf tutmanın örneğin, yoksulları, 65 yaş ve özürlü aylığı alanları dahi ilave ödeme kapsamına almanın mantığını kavrayabilmek zordur.

Söz konusu fark ödemeleri özel sağlık kuruluşları tarafından 5510 SK'nın henüz yürürlüğe girmediği ve kanunda da böyle bir düzenleme olmadığı dönemde sigortalılardan tahsil edilmeye başlanmıştır. Yasal olmayan bu uygulamayı meşrulaştırmak için, özel sağlık kuruluşlarının talebi üzerine, ilave ücrete ilişkin yeni bir düzenleme getirilmektedir.

Sağlık hizmeti sunucularının hayati önem ölçüsünden yola çıkarak olağan tıbbi hizmetler için ilave ücret istemelerinin yolunun açılması anayasal teminat altında olan sağlık hakkının etkisizleştirilmesi sonucunu doğuracaktır.

5754 SK tasarısında ilave ücretin oranı % 20 olarak belirlenmişti. Ancak, talepleri yerine getirilmiş olmasına rağmen özel sağlık kuruluşları, açıklanan oranı düşük bularak, artırılmadığı takdirde sigortalılara hizmet vermeyeceklerini açıklamışlardır³³. Bu tepki üzerine tasarıdaki ifade bir katına kadar şeklinde değiştirilerek, sigortalılara % 100'e kadar ilave ücret ödeme yükümü getirilmiştir. Böylece, 5754 SK ile yasal olmayan bir uygulama meşrulaştırılmakta, ayrıca ilave sağlık ücretleri özel sağlık işletmelerinin taleplerine uygun hale getirilmektedir.

5. İstisnai Sağlık Hizmeti İlave Ücreti

5754 SK ile daha önce mevcut olmayan yeni bir ödeme türü daha kabul edilmiştir. Getirilen yeni bir hükme göre, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen istisnai sağlık hizmetleri için yine bu Komisyon tarafından belirlenen hizmet fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilave ücret alınabilecektir. İlave ücret talebi olan sağlık kuruluşlarının, Komisyon fiyat belirledikten sonra 30 gün içinde fiyatlarını Kuruma bildirmeleri gerekir. Fiyat değişiklikleri ise Kuruma 5 işgünü içinde bildirilecektir. Ancak, fiyat artırımını Kurumca bildirilen süreden önce yapamaz (Md. 73/IV).

İstisnai sağlık hizmetleri için yasada "hayati öneme sahip olmama ve alternatif tedavilerin bulunması gibi hususlar göz önüne alınarak ... belirlenen" denmektedir. Bu açıklamadan istisnai sağlık hizmetinin ne olduğunu ilk bakışta anlayabilmek mümkün değildir. Cümlelerin "hayati öneme sahip olmama" ifadesi dikkate alındığında, aksi ile kanıt yorum yöntemi ile "hayati öneme sahip olan" yani, acil her sağlık hizmeti olağan, acil olmayanlar ise istisna sayılacaktır. Bu çözümlenmenin getireceği sonuç, SHFK'nın önce sigortalıları alıştırarak şekilde az sayıda olağan sağlık hizmetini istisna kapsamına alacağı, zaman içinde uygulama kanıksanınca istisna olarak belirlenen hizmetlerin uygulama alanını genişleteceğidir. Örneğin, önce bacak uzatma istisnai sağlık hizmeti olarak kabul edilecek sonra, kalçada kireçlenme, daha sonraki aşamada ise fizik tedavi istisnai sağlık hizmeti içine alınabilecektir³⁴.

İstisnai sağlık hizmetlerini anlatan cümlede ayrıca kullanılan "alternatif tedavi" ibaresi ile kastedilen ise, alternatif tıptır. Alternatif tıp (tamamlayıcı

tıp), daha çok geleneksel doğal bitkileri kullanarak (bitki karışımlarıyla) elde edilen ilaçlarla tedavi etme yöntemidir. Çağdaş tıp tedavilerini destekleyici olarak hastanın rahatlaması, bağışıklık sisteminin güçlenmesi, psikolojisinin düzelmesi amacıyla uygulanır. Özellikle soruna ilişkin olarak henüz mevcut objektif ve kanıtlanmış bir tedavi yöntemi olmadığında başvurulur. Ozon gazı tedavisi, beden ısıtma (hipertermi), hidrazine sülfat ve buğday sırası gibi türleri mevcuttur³⁵.

Bilimselliği henüz tereddütle karşılanan tamamlayıcı tıbbın istisnai sağlık hizmeti sayılması ve bu nedenle ek ücret istenmesi bir dereceye kadar makul sayılabilir. Ancak, sağlık hizmeti sunucularının hayati önem ölçüsünden yola çıkarak olağan tıbbi hizmetler için ilave ücret istemelerinin yolunun açılması Anayasal teminat altında olan sağlık hakkının etkisizleştirilmesi sonucunu doğuracaktır.

6. Maddi Katkılara İlişkin Bir Tablo

Yukarıda sigortalılara sunulacak sağlık hizmetleri, sağlanacak aynı edimler ile sunum için gerek-

li olan maddi katkılar ve miktarları açıklandı. Sigortalıların sağlık gereksinimleri için, sorumlu oldukları prim dışında yapmak zorunda kalacakları maddi katkılar aşağıdaki tabloda özetlenmiştir.

Maddi katkı türleri tabloya dönüştürüldüğünde 7 ayrı ödemenin varlığı görülmektedir. Sigortalıların sağlık gereksinimleri için bu kadar çok ödeme türü ile muhatap bırakılması makul sayılamaz. Bu hali ile GSS'nin sosyal bir karakter taşıdığı söylenebilir. Böyle bir sonuca sadece ödeme türlerinin fazlalığı nedeniyle değil, ayrıca maddi katkıların miktarları bakımından da varılabilir. Çünkü, üçü (1, 3 ve 4) dışında yapılacak ödemelerin tutarı SHFK'nın takdirinde olup, muhtemelen miktarları da azımsanamayacak düzeyde olacaktır. Anılan nedenle, GSS'nin en önemli kurumlarından birinin SHFK olduğu söylenebilir.

Konuya ilişkin bir diğer önemli husus, alt sınırını SHFK'nın belirlediği bazı maddi katkı türlerinin artırılması yetkisinin (5 ve 7) herhangi bir izin mekanizmasına bağlamadan doğrudan hizmet sunucuya bırakılmış olmasıdır. Ayrıca, SGK'ya (2) ve Bakanlar Kurulu'na (6) maddi katkıları artırma yet-

MADDİ KATKI TÜRÜ	KATKI MİKTARI
1) Ayakta tedavi katılım payı	2- YTL.
2) Öğretim üyesi fark ödemesi	SHFK tarafından saptanır. (Üst sınırı SGK tarafından belirlenir).
3) Ortez, protez...(ayni edim) katılım payı	Aynı edimin % 10-20'si (Oranı SGK tarafından saptanır).
4) Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar (ayni edim)	Aynı edimin % 10-20'si (Oranı SGK tarafından saptanır).
5) Yataklı tedavi otelcilik fark ödemesi	SHFK tarafından belirlenir (Sağlık tesisi tarafından en fazla 3 kata kadar artırılabilir).
6) Sağlık hizmeti ilave ücreti	SHFK tarafından belirlenir (Bakanlar Kurulu tarafından en fazla % 100'e kadar artırılabilir).
7) İstisnai sağlık hizmeti ilave ücreti	SHFK tarafından belirlenir (Sağlık tesisi tarafından en fazla 3 kata kadar artırılabilir).
8) Yataklı tedavi katılım payı	SHFK tarafından belirlenir (% 1) (VAZGEÇİLDİ).

SHFK = Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu
SGK = Sosyal Güvenlik Kurumu

kisi tanınmıştır. Bundan böyle sağlık piyasası, özerklikten yoksun, siyasi iradeye tabi idari birimler ile özel sektör tarafından yönlendirilecek ve sigortalılar da etkilerinin olmadığı bu makamların iradelerine tabi olacaklardır.

V. Genel Değerlendirme

5510 SK. ile genel sağlık sigortası tüm nüfusu, özellikle yoksulları kapsama alıp korumak iddiası ile getirilmiştir. Ancak, mevcut örnekler söz konusu iddianın yerinde olmadığını aksine, yoksulların düzenlemeler ile daha zor durumda bırakıldığını ortaya koymaktadır. Örneğin, sağlık edimlerinden yararlanmak için bazı kişilerden katılım payı alınmaması esas kabul edilmiştir. Bu kişiler arasında şeref aylığı alan kişiler ve eşleri (1005 SK), vatani hizmet tertibi aylığı alan kişiler (3292 SK), sosyal tazmin aylığı almaya hak kazananlar (2330 SK.), SHÇEK'nin koruması altına alınanlar (2828 SK) ve terör mağduru sayılanlar (3717 SK.), vazife malulleri, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan öğrenciler vardır. Ancak, yoksullar katılım payı alınacak kişiler arasında bırakılmıştır.

Katılım payını kendileri ödeyecek kişiler arasında yoksullar dışında vatansız ve sığınmacılar ile 2022 SK'ya göre maaş alan yaşlı ve özürllü de bulunmaktadır. Şahsen ödedikleri katılım paylarının talepleri halinde, -3294 Sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre,- geri ödenecek (Md. 68/V) olması onları koruma altına almak anlamına gelmemektedir. Çünkü, mali durumu uygun olmayan kişilerden sağlık hizmetlerinden yararlanmaları için ödeme yapmasını beklemek onları sistemden dışlamak sonucunu doğuracaktır. Gerçek ihtiyaç sahipleri ayrıca ilave sağlık ücretleri bakımından da göz ardı edilmiştir. Şeref aylığı alanlar, sosyal tazmin aylığı alanlar, harp malullüğü ve terör mağduru aylığı alanlar ve onların bağlı sigortalılarından ilave sağlık ücreti alınmayacağı kabul edilmiş iken yoksullardan, 65 yaş ve özürllü aylığı alanlardan ilave sağlık ücreti alınabileceği kabul edilmiştir.

Genel sağlık sigortasında özellikle, katkı paylarına ilişkin birçok norm çelişkilidir. Örneğin, 5258 SK Md. 5/II ve 5510 SK Md. 69/c'ye göre ilk basamak (aile hekimliği) hizmetleri ücretsiz iken, 5510 SK. Md. 68/II'de katılım payı alınabileceği hüküm

altına alınmıştır. Bu çelişki değinilen düzenlemelelerin içerdiği hem koruyucu hem de tedavi edici sağlık hizmetleri için mevcuttur. Ayakta yapılan tedavilerde hekim ve diş hekimi muayeneleri için alınacak katılım payı (2 YTL) her yıl yeniden değerlendirme oranı kadar artırılır (Md.68/I-II) kuralı yanında getirilmiş bulunan ve katılım payının belirlenmesi yetkisini SGK.'na veren kural bir diğer çelişki örneğidir (5565 SK Md. 30/15-b).

Sigortalılardan prim alınmasına karşın, sağlık edimlerinin sunulmasında ön koşul olarak getirilen maddi katkıda bulunma gerekliliği katkı türlerinin çokluğu dikkate alındığında makul düzeyi aşmıştır. Ayakta tedavi katılım payı yanında ayrıca öğretim üyesi fark ödemesi alınması; ek olarak sağlık hizmeti ilave ücreti ve ayrıca istisnai sağlık hizmeti ilave ücreti alınması korunuyor görümümü altında mağdur edilen ihtiyaç sahiplerini (yoksullar, 65 yaş ve özürllü aylığı alanlar. ...) değil ayrıca, tüm sigortalıları zor duruma düşürecektir. Söz konusu maddi katkı türlerinin çokluğu ve miktarlarının takdire bağlı olması genel sağlık sigortasının sosyal vasfının terki ve yerine özel sigorta anlayışının getirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Sorunlu ifadeleri, aynı madde içinde birbirini dışlayan düzenlemeleriyle GSS çok acemice hazırlanmış bir yasama ürünüdür.

DİPNOTLAR

- 17.4.2008 Tarih 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.
- Md.108/c'de, önceki fıkra gözden kaçırılarak, Md.2'nin 1.7.2008'de yürürlüğe gireceği ifade edilmektedir.
- Düzenlemede GSS'nin kişi bakımından kapsamına alınan (sosyal desteğe hak kazanan) kişilerden 65 yaş, özürllü, terör mağduru, şampiyon sporcu ve emekli aylığı alanlara ilişkin olarak 3. maddede yapılmış olan bazı tanımlar da 1.7.2008 tarihinden itibaren yürürlüğe girmektedir denilmektedir. Tanımların ilgili olduğu maddelerle yetinmek yerine, tanımlar için -ve sadece bir kısmı bakımından- yürürlük tarihi verilmesi ilginç bir durumdur.
- 5754 ve 5510 SK'ların yürürlük hükümlerine ve sistematiğine ilişkin bir değerlendirme için bkz. Ali Rıza OKUR, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürllü İlk Yasası: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, İşveren, Mayıs 2008, 41 vd.
- SSK Başkanlığı Başmüfettişi Celal ÇALIŞ tarafından taslağa ilişkin olarak hazırlanmış olan özel rapor, 16.
- Diş hekimliğinin dişleri koruma, dişleri ve çeneyi düzeltme ile uğraşan dalı.
- Protez yapımı maddenin ilk halinde üç duruma göre düzenlenmişti. İlk durum travmaya ve onkolojik tedaviye ilişkindir. Bu halde

- İlgiliden protez ücreti alınmaz. İkinci halde, 18 yaşını doldurmamış ve ayrıca 45 yaşını aşmış kişilerin diş protezleri için Sağlık Hizmetlerini Fiyatlandırma Komisyonu'nun belirlediği bedelin yarısı sigorta kapsamında karşılanır. Üçüncü halde ise, 18-45 yaş arasında olanların protez giderleri sigorta kapsamı dışında kalmaktadır (Md.63/I-d). Protezlerde 18-45 yaş ölçüsünün getirilmiş olması sağlık hakkına müdahale olarak nitelenip, bu durumun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş ise de, Anayasa Mahkemesi iptal talebini sadece devlet memurları için kabul etmiştir. Ancak, yoğun olarak eleştirilmesi nedeniyle ilgili hüküm 5754 SK md. 40 ile tadil edilerek yaşa ilişkin kısıtlama kaldırılmıştır.
- 8 Buradaki kullanılış şekli ile kavram Anayasa Md. 17/II'de ifade edilen vücut bütünlüğü ile özdeş değildir. Ancak, söz konusu kavramın beden yanında ruh bütünlüğünü de kapsadığı kabul edilmektedir. Bkz. Mustafa ÇEKER, Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, www.cu.edu.tr/insanlar/mceker
- 9 Bkz. Ahmet Nezih KÖK, Hasan ÇANKAYA, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi, Etik ve Hukuki Sorunlar, T. Klinik Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi, 2003, 11.
- 10 Aynı yönde, ÇALIŞ, 17, 18.
- 11 Bkz. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik Geç. Md. 5. RG: 15 Şubat 2008, 26788.
- 12 Ortez kemikteki biçim bozukluğunu düzelteren, bozukluğun eklemeye vereceği yükü azaltan veya felçli kasa destek veren araç şeklinde tanımlanmaktadır. <http://www.nedir.net/ext.php?m=show&b=Ortez+Protez+ise,+vücuttaki+herhangi+bir+eksikliğin+veya+işlevini+tam+olarak+yerine+getiremeyen+organ+veya+dokunun+yapay+olarak+tamamlanmasıdır.+http://www.dthasan.8m/photo2.html> Boyunluk, bel korsesi, bilek, diz, baldır bantları, dizlik ortez örnekleridir. Takma bacak ve kol, yürüme cihazları ise protez sayılır.
- 13 Sağlık tesisinde mevcut olan mikroskop, laproskopik alet gibi 14 tane demirbaşlardan yararlanma.
- 14 Solunum düzenleyici (bibap), oksijen konsantratörü, işitme cihazı, gözlük çerçevesi ve camı, kontak lens gibi.
- 15 Enjektör, tampon, flaster, steril eldiven, katküt gibi.
- 16 Fıtık halinde deri içine yerleştirilen koruyucu (mech), duyma güçlüğü halinde kulak içine yerleştirilen işitici (teflon-piston) gibi. Ayrıntı için bkz. Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği Ekleri. RG: 25 Mayıs 2007, 26532, Mükerrer.
- 17 5510 SK'ya ilişkin tasarıda bu süre 90 gün olarak öngörülmüştü. Md.92/a.
- 18 Anayasa Mahkemesi 5754 SK öncesi söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.
- 19 5754 SK Tasarısında bu süre 30 gün olarak öngörülmüştü.
- 20 Norm çatışmaları hakkında değerlendirmeler için bkz. Ali Nazım SÖZER, Hukukta Yöntembilim, İzmir, 2008, 60, 61.
- 21 Aynı yasa içindeki norm boşluğu için bkz. SÖZER, anılan son eser, 61.
- 22 26.12.2006 Tarih ve 5565 Sayılı 2007 Yılı Merkezi Yönetim Kanunu Md. 30/15-b ile değişik. 5510 SK'yı tadil eden 5754 SK'da (Md.43) 5565 SK ile getirilen aynı hükmü yeniden tesis etmiştir.
- 23 5510 SK'yı tadil eden 5754 SK (Md. 43) 5565 SK ile getirilen aynı hükmü yeniden tesis etmektedir.
- 24 Md. 68/II'de "... Katılım payı, (b) ve (c) bendindeki sağlık hizmetleri için... % 10-20 oranları arasında olmak üzere Kurumca belirlenir." denilmektedir. Düzenlemede sağlık hizmetlerinden söz edilmesine karşın atıfta bulunulan (b) ve (c) bentleri hizmet sunumunu değil, aynı edim sağlanmasını konu edinmiştir. Anılan nedenle normu, katılım payı sağlanan aynı edimlerin % 10-20'si arasında belirlenir şeklinde anlamak gerekir.
- 25 68. maddenin üçüncü fıkrasında mevcut değinilen oranlar sevk zincirine uyma halinde geçerli olup, aksi halde (diğer basmaktaki sağlık hizmet sunucularına doğrudan müracaat halinde), katılım payı miktarı % 50 oranında artırılacaktır şeklindeki kural 5754 SK ile kaldırılmıştır.
- 26 Düzenlemede "... hayati önemi haiz 68 nci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sağlık hizmetleri" ibaresi istisnalar içinde sağlık hizmetlerinin de olduğu kanısını uyandırmaktadır. Ancak, yollamada bulunulan düzenleme aynı edimlere ilişkindir.
- 27 Memurlar için üç sınıf yatak belirlenmiştir. Eğer buldukları derecenin üstünde tekabül eden bir yatağa yatacak olur iseler, sadece bu halde aradaki farkı ödemeleri gerekir. Bkz. Devlet Memurları Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği Md. 21. RG: 11.8.1973, 14622.
- 28 Fark ödemesi, açık ve net bir cümle ile değil, "... otelcilik hizmeti dışında...ilave ücret talep..." edilemez şeklinde örtülü bir ifade ile kabul edilmiştir. Böylece BÜLOW'un belirlemiş olduğu norm (fuzuli, etkisiz, aksine etkili, belirsiz, fazla yüklü, anlaşılmaz, hatalı, çatışma yüklü norm ve güzel günler normu) türlerine (Bkz. SÖZER, 16-19) bir yenisini daha eklemek mümkün olmaktadır. Mahcup norm, düzenleyicinin vatandaşın tepkisinden çekinmesi nedeniyle, örtülü cümlelerle getirdiği kural olarak nitelenebilir.
- 29 Tadil Tasarısı (Md. 13/IV) ile Plan ve Bütçe Komisyonu metni de (Md.45) otelcilik hizmetleri fark ödemesi alınabilmesi için sigortalının kabulünün belgelenmesi gerekliliğini kaldırmakta ayrıca, alınabilecek en fazla miktarı iki kattan üç kata çıkarmakta idi. Ancak, fark ödemesi her halükarda ödenecekti.
- 30 Aşağıda değinilmekte olan, istisnai sağlık hizmeti için olası gelişmeler, otelcilik fark ödemesi için de geçerlidir.
- 31 5510 SK'nın ilk halinde bir sınır mevcuttu. Düzenleme fark ödemesi Komisyonun belirlediği tutarın iki katını geçemez (Md.73/IV) şeklinde idi. Tadil tasarısında iki kat sınırı kaldırılmış (Md.13/A), Plan ve Bütçe Komisyonu metninde üç katına kadar ölçüsü getirilmişti (Md. 45).
- 32 Düzenlemeye göre, Bakanlar Kurulu artırma yetkisini kullanırken sağlık hizmeti sunucularının giderleri, hizmetlerinin maliyeti, yapılan sübvansiyonlar gibi ölçütleri dikkate alacaktır.
- 33 Özel hastaneler SSK'lılara kapanıyor, Yeniçağ 1 Mart 2008, 3.: "Bazı özel hastaneler Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası kanunu kapsamında uygulamaya konulacak, sigortalı hastadan en fazla yüzde 20 fark alınmasına karşı çıkarken, Amerikan Hastanesi kapılarını SSK'lya kapattı. Amerikan Hastanesi yetkilileri "Bu yaptırım bizi zorlar. Devlet fiyatları maliyeti kurtarmaz" derken, böylece sağlıkta reform ilk fireyi vermiş oldu..."
- 34 Yukarıda mahcup norma değinilmişti. Bu halde ise bir "saldırgan norm"dan söz etmek gerekir. Çünkü, mevcut masum görünüşlü muğlak hali ile yöneticilere çok geniş bir karar yetkisi devretmektedir. Bu alan tamamen kullanıldığında genel sağlık sigortası özel sağlık sigortasına benzer bir yapıya dönüşecektir.
- 35 Bkz. Alternatif tıp, wikipedia.

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Sigortalı Mıyız, İp Cambazı Mı?

1. GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda değişiklikler öngören 5754 sayılı Kanun, uzun süre Cumhurbaşkanlığında beklendikten sonra nihayet Resmi Gazete'de yayımlandı¹. Söz konusu Kanunla 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihini düzenleyen 108. maddesi de değiştirilerek kabul edildi. Buna göre, aralarında genel sağlık sigortası ve prim oranlarının da yer aldığı bazı maddeler 1 Temmuz 2008 tarihinde, diğer maddeleri ise -başına bir kaza gelmezse- 2008 Ekim ayı başında² yürürlüğe girecek. Vatana millete hayırlı olsun!

IMF talimatlarıyla ve akademik katkı sağlanmadan çıkartılan ve hâlâ³ yama yapılmaya çalışılan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, iç atıflarla karmaşık bir "örümcek ağı" görünümündedir. Pek çok konu yönetmeliklere bırakılmıştır. İş Kanunu yönetmeliklerinde olduğu gibi, kanunda olmayan hususların yönetmelikle getirilmesi ve Danıştay'ın iptali tehlikesi potansiyel olarak mevcuttur. Bu haliyle yeni sosyal güvenlik mevzuatı güven vermemekte ve istikrar sağlanmış görünmemektedir.

5510 sayılı Kanun ile, eskiden 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olan hizmet akdi ile çalışanlar, Kanunun 4. maddesinin I. fıkrasının (a) bendine göre sigortalı sayılırken (bunlara kısaca

4/a'lı diyoruz), Bağ-Kur'lular "4/b'li", TC. Emekli Sandığı iştirakçileri ise "4/c'li" olarak anılmaya başlanmışlar ve hepsi 5502 sayılı Kanunla kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu çatısı altında toplanmışlardır.

Türkiye Cumhuriyeti bütçesinden sonra ikinci büyük bütçeyi yönetecek Sosyal Güvenlik Kurumu da özerk bir kurum olmamıştır. Yönetim Kurulu üyelerinin 3 yıllık görev süreleri varken, Başkanın her an değiştirilmesi mümkündür. Nitekim birçok yıllık Kurum şimdiden üç Başkan eskitmiştir.

Yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olmak isteyenlerin Nisan 2008 Türkiye'sinde oluşturduğu kuyruklar sigortalı sayısında patlamaya yol açarken, yeni yasanın olumsuzluklarından bebeklerini kurtarmaya çalışan ebeveynlerin çabası sosyal güvenlik bilincinin ne ölçüde geliştiği konusunda bizlere gurur vermiştir. Bu arada Sayın Cumhurbaşkanının oğlunun da 2006 sonunda (5510 sayılı Kanun iptal ve ertelemeler yaşanmasaydı 2007 yılbaşında yürürlüğe girecekti) sigortalı olduğu basında haber konusu olmuştur.

Mart 2008'de yeni sigortalı sayısı 114.500 kişi iken, Nisan ayında 580.900 kişi olmuş, toplam aktif sigortalı sayısı ise 11.126.500 kişiye yükselmiştir. Pasif sigortalı sayısı toplam 4.842.630 olarak dikkate alındığında aktif/pasif sigortalı oranı 1,90'dan 2,30'a yükselmiş olmaktadır. Bu olumlu bir gelişmedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, si-

Yeni sosyal güvenlik mevzuatı güven vermemekte ve istikrar sağlanmış görünmemektedir.

gortalıların durumunu inceleyip, sigortalılıkları iptal etmekle halkı tehdit edeceğine, yeni sigortalıların sistemde kalmasını sağlamaya yönelik düzenlemelere kafa yormalıdır. En başta da isteğe bağlı sigortalı olanları zoraki 4/b'li yapan yasa hükmünün düzeltilmesini sağlamalıdır.

Yeni Sigortalı Sayılarındaki Artış

Yaş Aralığı	2008/1	2008/2	2008/3	2008/4
0-2	0	1	1	1.435
3-5	0	0	6	3.212
6-8	0	0	4	3.641
9-11	20	2	22	5.314
12-14	95	166	417	14.214
15-17	6.314	10.824	12.240	124.523

Bu yazımızda yeni düzenlemelerin 4/a'lılar, yani eski SSK'lılar için nasıl bir sosyal güvenlik düzeni öngördüğü konusunda bazı açıklamalar ve uyarılar yapmak istiyoruz.

II. SİGORTALILIĞIN SON YEDİ YILINA DİKKAT!

Sigortalı çalışma hayatı boyunca farklı sosyal güvenlik kurumlarına tâbi olabilir. Sözelimi; devlet memuru iken (4/c'li) daha sonra ayrılıp bağımsız çalışabilir, yani 4/b'li olur. Sonradan işyerini kapatıp hizmet sözleşmesiyle bir işyerinde çalıştığında 4/a kapsamına girer. Bu statülerde ödediği primler, uzun dönemli sigorta kolları olan malûl-lük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından birleştirilerek değerlendirilir. Bu konuda 24.05.1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tâbi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun yeni sosyal güvenlik düzeninde de, eski sigortalılar için uygulanacaktır⁴.

2829 sayılı Kanun uyarınca, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiilî hizmet süresi (360 x 7 = 2520 gün) içinde fiili hizmet süresi fazla olan (yani 1261 gün prim ödenen) statüye göre, eşitlik halinde (yani 1260 gün primde) eşit hizmet sürelerinin sonuncusunun

tâbi olduğu statüye göre aylık bağlanır ve ödenir (bkz. md.8; Yön. md. 7). Sigortalılar bu esasî pratik olarak "son üçbuçuk yıl nereye prim ödemişsen oradan emekli olursun" şeklinde ifade ederler.

İsteğe bağlı sigortalılık, zorunlu sigortalılık kapsamına girmeyen kişilerin kendi istekleri ile prim ödemek suretiyle sigortalılıklarının devamını sağlayan bir imkândır. İsteğe bağlı sigortalılık şartları, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 50, 51 ve 52. maddelerinde düzenlenmiştir. İsteğe bağlı sigortalı olmak için aranan 1080 gün prim şartı kalkmakta, ödenecek prim oranı % 25'ten % 32'ye çıkmakta ve prim ödenen aktif dönemde de sağlık hizmetlerinden yararlanma imkânı gelmektedir. Ancak diğer taraftan da sigortalıları kötü bir sürpriz beklemektedir: Kanun'un 51. maddesinin son fıkrasına göre, "İsteğe bağlı sigorta primi ödenmiş süreler, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulamasında dikkate alınır ve bu süreler 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edilir".

İsteğe bağlı sigortalıların 1 Ekim 2008 tarihine kadar ödeyecekleri isteğe bağlı sigortalılık primleri 4/a sigortalılığı olarak, bu tarihten sonrakiler ise 4/b sigortalılığı olarak değerlendirilecektir. Bu durum, son yedi yıldaki prim ödeme gün sayılarında SSK ağırlığını sağlamak amacıyla isteğe bağlı olarak SSK sigortalısı olanlar için risk oluşturmaktadır. Son yedi yıl içinde 4/b'li olarak ödenen primler 1260 günü bulursa, 4/a'lı gibi emekli olma imkânı son bulacak, bir 4/b'li gibi 9000 gün prim ödeyerek emekli olmak söz konusu olacaktır.

01.10.2008'den itibaren Topluluk Sigortası kalkmaktadır. Topluluk sigortasına tabi avukat ve noterler bu tarihten sonra 4/b'li gibi prim ödeyecekler ve tam aylık alabilmek için 4/b'liler gibi 9000 günle emekli olacaklardır. Halen emeklilik hakkını

İsteğe bağlı sigortalıların 1 Ekim 2008 tarihine kadar ödeyecekleri isteğe bağlı sigortalılık primleri 4/a sigortalılığı olarak, bu tarihten sonrakiler ise 4/b sigortalılığı olarak değerlendirilecektir.

kazanmış veya üçbuçuk yıl içinde kazanacak olan isteğe bağlı sigortalı veya topluluk sigortası mensupları, SSK'lı gibi (4/a'lı olarak) emekli olmak için emeklilik başvurusu yapmalıdırlar. Yeni düzende 1260 gün (üçbuçuk yıl) prim ödendikten sonra emekli olacaklar ise, SSK'lı gibi değil, Bağ-Kur'lu gibi emekli olabileceklerdir.

Topluluk sigortasına tabi olanlar sadece avukatlar ve noterler değildir. Halen geçerli olan 506 sayılı Kanun'un 86. maddesine göre yurtdışına, sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmamış ülkelerde çalıştırılmak üzere götürülen işçiler de topluluk sigortası kapsamındadırlar. Bunların işverenlerince sadece emekliliğe yönelik olarak %25 oranında uzun vadeli sigorta primleri ödenmektedir. Bu nedenle bu işçilerin ne kendileri için, ne de bakmakla yükümlü oldukları eş, çocuk, ana ve babaları için sağlık yardımı söz konusu olmadığı gibi yurtdışında iş kazası geçirseler bile sosyal sigorta yardımları yapılamamaktadır. Özellikle bu durum yabancı ülkelerde iş kazası nedeniyle vefat eden işçilerin yakınlarını sosyal güvencesiz bıraktığı için eleştirilmektedir. 5510 sayılı Kanun'un ilk şeklinde, yurtdışında Türk işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin tüm sigorta kollarına tabi sigortalı olarak çalıştırılması öngörülmekteydi. Yurtdışına götürülen Türk işçileri Türkiye'de çalışanlar gibi değerlendirilecek ve geçici görevli olarak yurtdışına gönderilmiş sayılacaktı. Yani, %33,5 ila %39 arası işverenlerce prim ödenecekti. Bu durumda hem kendileri hem de bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri bütün sosyal sigorta haklarından yararlanabileceklerdi. Ancak, herhalde müteahhit işverenlerin küresel rekabet güçlerini azaltmamak gibi ulvi gerekçelerle olsa gerek, 5510 sayılı Kanunda yer alan bu hükmün uygulamasından -ne yazık ki- daha başlamadan vazgeçilmiştir. 5754 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalamayan ülkelerde Türk işverenlerin yurtdışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri hakkında emeklilik hakkı sağlayan olan uzun vadeli sigorta kolu MYÖ primleri alınmayacağı, sadece kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanacağı öngörülmüştür (5754 sK ile değişik md.5)⁵. Yani işverenler bu işçiler için sadece yüzde 13,5 ila yüzde 18,5 arasında prim ödeyecekler ama işçiler ister-

Halen emeklilik hakkını kazanmış veya üçbuçuk yıl içinde kazanacak olan isteğe bağlı sigortalı veya topluluk sigortası mensupları, SSK'lı gibi (4/a'lı olarak) emekli olmak için emeklilik başvurusu yapmalıdırlar.

lerse yüzde 20 oranında emeklilik primlerini kendileri ceplerinden ödeyeceklerdir. Ancak, bu düzenlemede başka bir gariplik daha vardır: Bu kişiler işçi olup 4/a sigortalısı gibi emekli olmaları gerekmektedirken, isteğe bağlı sigorta ödemeleri artık 4/b sigortalılığına sayılacağından bu işçiler, sanki işçi değil de işverenmiş gibi 9000 günle emekli olmakla karşı karşıya kalacaklardır.

Daha önce de başka yazılarımızda işaret ettiğimiz Kanundaki başka bir tuhaflığı da yeniden vurgulamak gerekir: Kısmi süreli (part time) olarak 4/a'lı statüsünde çalışanlar, ay içindeki eksik günlerini isteğe bağlı sigortalı olarak kendileri ödeyebileceklerdir. Ancak, isteğe bağlı sigortalılık 4/b statüsündedir. Kısmi süreli çalışanlar, 4/a'lı ve 4/b'li olarak ödenen primleri dikkate alınarak ya SSK'lı ya da Bağ-Kur'lu gibi emekli olma durumunda olduklarından durumlarını izleyip değerlendirmelidirler.

Uzun lafın kısıması, avukatlar, noterler, isteğe bağlı sigortalılar, yurt dışında çalışan işçiler ve kısmi süreli (part time) çalışanlar, emeklilik şartları daha ağır olan 4/b'li durumuna düşmemek için bir ip cambazı gibi dikkatli olmak durumundadırlar.

III. BORÇLANMALARA DİKKAT!

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile getirilen yeni düzenlemelerden biri de bugüne kadar 4/a'lılar için borçlanma imkânı olmayan sürelerin borçlanılabilmemesidir.

Kanununun 41. maddesine göre, İş Kanunları kapsamında verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4/a sigortalısı kadının, iki defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla talepte bulunulan süreleri için borçlanma hakkı tanınmış bulunuyor. Bu hakkın geçmişteki doğumla-

ra uygulanıp uygulanmayacağı tereddüt uyandırmakla beraber, nasıl ki erkek sigortalılar sigorta başlangıcından önce de geçse askerlik hizmetlerini borçlanarak sigortalı hizmetlerine saydırabiliyorlarsa, iki doğuma kadar sınırlı olan “doğum borçlanması”nın sonradan talep edilmiş olsa dahi çalışan annelerce yapılabilmesini kabul etmek gerekir.

Öte yandan, sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen sürelerini, seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirdikleri süreleri, grev ve lokavtta geçen süreleri, hekimlerin fahri asistanlıkta geçen sürelerini, sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj sürelerini borçlanabilmeleri mümkündür.

Sigortalıların kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları ve talep tarihinde prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere kendilerince belirlenecek günlük kazanç üzerinden hesaplanacak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası primlerini borcun tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılacaktır. Borçlanmaya ilişkin Kurumca tahakkuk ettirilen borcun tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılan ödemelerde, ödeme yapılan gün sayısı prim ödeme gün sayısına ve prime esas kazanca dâhil edilir. Otuz gündən sonra ise borçlanma işlemi iptal edilip yeniden başvuru şartı aranacak, primi ödenmeyen borçlanma süreleri ise hizmetten sayılmayacaktır.

“Askerlik borçlanması” yapma ihtiyacı içinde olan ve henüz askerlik borçlanmasını yapmamış bulunan sigortalıları da tekrar uyarmak istiyoruz. Bu sigortalılar 01.10.2008'e kadar, askerlik borç-

Avukatlar, noterler, isteğe bağlı sigortalılar, yurtdışında çalışan işçiler ve kısmi süreli (part time) çalışanlar, emeklilik şartları daha ağır olan 4/b'li durumuna düşmemek için bir ip cambazı gibi dikkatli olmak durumundadırlar.

İki doğuma kadar sınırlı olan “doğum borçlanması”nın sonradan talep edilmiş olsa dahi çalışan annelerce yapılabilmesini kabul etmek gerekir.

lanmalarını yapsınlar ya da durumlarını bu açıdan bir daha gözden geçirsinler. Çünkü askerlik borçlanması için ödenecek prim miktarı artıyor. Bugün borçlananlar prime esas kazancın alt sınırı üzerinden, silâh altında buldukları her gün için MYÖ sigortası prim oranına yani %20 oranına göre hesaplanan tutarı askerlik borçlanması primi olarak altı ay içinde ödeyecekler. Kanun yürürlüğe girdikten sonra borçlanma yapanlar ise, %20 yerine %32 üzerinden hesaplanacak miktarı 30 gün içinde ödemek durumunda kalacaklar. Ancak, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra borçlanmalara, Kanun bir imkân veriyor: Daha üst bir matrah üzerinden de borçlanma yapabilirsiniz. Emekli aylığının hesaplanmasında, ortalamaya girecek prim matrahını yükseltmek ve sonuçta biraz daha yüksek bir emekli aylığı elde etmek iyi olabilir. Fakat buna değip değmeyeceğinin hesabını iyi yapmak yine bir ip cambazı kadar dikkatli olmayı gerektirir.

IV. YURTDIŞI HİZMETLERİN BORÇLANILMASI ESASLARI DEĞİŞTİ!

5754 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'da da çok önemli değişiklikler yapılmıştır.

08.05.2008 gününden önce SSK veya Bağ-Kur'a yurtdışı borçlanması yapanların borçlanma tutarları her gün için üçbuçuk dolar üzerinden hesaplanır ve belli bir ödeme süresi de yoktur. 08.05.2008'den sonra borçlanma yapacak olanlar ise yeni hesaplama sistemiyle para ödeyeceklerdir. Artık yurtdışı hizmetlerin borçlanılmasında borçlanma tutarını prime esas kazancın alt ve üst sınırı arasında (bugün için 608,40 YTL ila 3.954,60 YTL arasında) kalmak kaydıyla ilgili kendisi belirleyecek ve seçtiği matrahın % 32'si kadar borçlanma primi ödeyecektir. Borçlanılan sürenin her ayı

için bu kadar prim ödenecektir. Borçlanma fırsatlarını çoğaltan, borçlanma bedellerini artıran yeni yasa ödeme süresini ise kısıtlamaktadır. Sigortalılar yurtdışı borçlanmalarını yasadan önce süre kısıtlaması olmadan ödeyebilirlerken 3201 sayılı Yasada değişiklikle tahakkuk ettirilen borç tutarının, tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödemesi gerekmektedir. Ödeme yapılan gün sayısı prim ödeme gün sayısına ve prime esas kazançta dahil edilecek, tahakkuk ettirilen prim borcunu tebligat tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödemeyenler için yeniden başvuru şartı aranacaktır.

Diğer taraftan, 01.10.2008 günü yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile ölüm aylığı bağlanması şartları değiştirilmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile getirilecek olan yeni düzenlemeye göre, sigortalının ölümünden sonra geride kalan eş ve çocuklara ölüm aylığı verilebilmesi için; "En az 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş veya 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş," olması gerekmektedir. Maddede, sadece 4/a'lılar için, "her türlü borçlanma süreleri hariç" ibaresi vardır ve bu ibare nedeniyle 01.10.2008 günü ve sonrasında ölümünde yurtdışı borçlanma süreleri 900 günün hesabında dikkate alınmayacak ve yeni bir rezalet ortaya çıkacaktır. Bu düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi gerektiği açıktır.

08.05.2008 sonrasında değişen yasaya göre "Yurtdışı hizmet borçlanmasına ait süreler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağı belirlenmesinde; Türkiye'de sigortalılıkları varsa borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa aynı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilir" (5754 sK. İle değişik md.4). Yani, hiçbir çalışmanız olmadan borçlanırsanız, 4/b'li gibi sayılıp 9000 günle emekli olacaksınız, en az bir gün bir iş yerinde çalıştıktan sonra yurtdışı borçlanması yaparsanız 4/a'lı gibi emekli olabileceksiniz. Görüldüğü gibi burada da ip cambazlığı gerekiyor.

Bu arada 3201 sayılı Yasaya eklenen geçici 6. madde ile zorunlu göçe tabi tutulan ve 65 yaş ile özürlü aylığı da dahil olmak üzere emekli veya malûl aylığı almayan yurttaşlarımıza sosyal güvenlik anlaşması imzalanmamış ülkelerdeki (Örneğin Bulgaristan'daki) çalışma sürelerini borçlanarak oradaki çalışma sürelerini geri kazanmanın yolu açılmış oldu. 08.05.2008 tarihinden sonra göç edenlerin Bulgaristan'daki çalışma sürelerini borçlanma hakkı bulunmuyor. Fakat 01.01.1989 tarihinden 08.05. 2008 tarihine kadar göç etmiş olanlar istedikleri zaman bu haklarını kullanabilecekler ve borçlandıkları süre kadar sigorta başlangıçlarını geçmişe aldırabileceklerdir.

Ancak, borçlanma yapmadan iyi düşünmek gerekir. Zira, yapılan değişiklikten sonra 3201 sayılı 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 kesilecektir. Bu kapsamdakiler Sosyal Güvenlik Destek Primi ödeyerek hem emekli aylığı alıp hem de çalışmaya devam edemeyeceklerdir. Anlaşılan, ilgililerin burada da ip cambazlığı yapmaları istenmektedir.

V. SONUÇ

Yazımıza neden bu başlığı attığımızı, yazıyı okuyanlar anlamışlardır. Çünkü yasada öyle hükümler bulunmaktadır ki, ufak bir dikkatsizlik 4/a'lıyı birden 4/b'li konumuna sokmaktadır. Emekli oluyorum zanneden bir sigortalının emekliliğinin ellerinden kayıp gittiğini, umutların bir başka bahara kaldığını görmesi mümkündür.

Mesela şu maddenin taşıdığı buruk lezzete ne demeli? 5754 sayılı Kanun ile değişik 28. maddeye göre,

"İlk defa bu Kanuna göre sigortalı sayılanlara;

a) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 9000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şartıyla yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için prim gün sayısı şartı 7200 gün olarak uygulanır.

b) (a) bendinde belirtilen yaş şartı;

1) 1/1/2036 ilâ 31/12/2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61,

2) 1/1/2038 ilâ 31/12/2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62,

3) 1/1/2040 ilâ 31/12/2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63,

4) 1/1/2042 ilâ 31/12/2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64,

5) 1/1/2044 ilâ 31/12/2045 tarihleri arasında kadın için 63, erkek için 65,

6) 1/1/2046 ilâ 31/12/2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65,

7) 1/1/2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65,

olarak uygulanır. Ancak yaş hadlerinin uygulanmasında (a) bendinde belirtilen prim gün sayısı şartının doldurulduğu tarihte geçerli olan yaş hadleri esas alınır" .

Hadi Mayıs ayı gelmeden sigortalandınız, çocuklarınızı da sigortalattınız 2036'ya kadar 7200 gün primi doldurursanız 58/60 yaşında emekli olabileceksiniz. Dolduramazsanız emeklilik yaşı artıyor ve "koyaladıkça kaçan ateş böceği" misali emeklilik sizden kaçmaya başlıyor. Koşun, nefesiniz yeterse 65'inizde nasıl olsa yakalarsınız!

Bundan sonra her sigortalının profesyonel bir sosyal güvenlik danışmanının bulunması şarttır dersek herhalde fazla abartmış sayılmayız.

DİPNOTLAR

- 1 08.05.2008 tarih ve 26870 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 2 Yürürlük tarihi olarak açık bir tarih belirtmek yerine, aybaşında yürürlüğe gireceğinin belirtilmesi Türk hukuk tarihinde sanırım bir ilktir.
- 3 İstihdam paketi diye bilinen 5763 sayılı Yasa içinde de, toplu iş yasalarındaki değişiklik tasarıları içinde de 5510'a ilişkin yamalar gelmeye devam etmektedir.
- 4 "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilk defa sigortalı sayılanlardan 4. maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinden birden fazlasına tabi olarak çalışmış olanların yaşlılık aylığı bağlanma taleplerinde, en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali, hizmet sürelerinin eşit olması ile malûllük ve ölüm halleri ile yaş haddinden re'sen emekli olma, süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları sigortalılık halinin kanunla değiştirilmesi durumunda ise son sigortalılık hali esas alınır." 3754 sK. ile değişik md.53/IV.
- 5 Yapılan bu düzenleme ile Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren, işverenler, ülkemizle arasında sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde üstlendikleri işlerde, işyerlerinde çalıştırmak üzere götürecekleri Türk işçileri işe giriş bildirgesi ile Kurum'a bildirecek ve bu işçilerin işyerinin tehlike derecesine

göre belirlenecek oranda (%1 ila 6,5 oranında) iş kazaları ve meslek hastalığı sigortasıyla, genel sağlık sigortası (%12,5 oranında) primlerini ödeyecektir. İş kazaları meslek hastalığı sigortası priminin tümünü, genel sağlık sigortası priminin ise %7,5'ini işveren, %5'ini ise sigortalı ödeyecektir. İşverenler ülke içinde çalıştırdıkları sigortalılar için yaptıkları gibi işçinin ücretinden %5 oranında genel sağlık sigortası primini kesecek, kendi hissesi ile birlikte (genel sağlık sigortası ve iş kazaları, meslek hastalığı sigortası primleri tutarı) yasal süre içinde Kurum'a ödeyecektir. Bu nedenle işverenlerin Kanun yürürlüğe girdikten sonra üç ay içinde topluluk sigortası var ise topluluk sigortasını yürüten il müdürlüğüne, topluluk sigortası yok ise genel merkezlerinin bulunduğu yerdeki Sosyal Güvenlik Kurumu İl Müdürlüklerine başvurmaları gerekmektedir.

Doç. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

5510 Sayılı Kanun ve İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışmaları

1. GİRİŞ

Yaşlılık, kişiyi çalışamaz duruma düşürerek gelir kaybına yol açan, kendisi ve ailesi açısından geçinme olanaklarını azaltan, hatta bazı durumlarda tamamen ortadan kaldıran bir sosyal risktir¹. Sigortalılar, yaşlılık sigortası yoluyla bu riske karşı güvence altına alınmakta, o zamana kadar ödedikleri primlerin karşılığı olarak yaşlılıklarında kendilerine aylık bağlanmaktadır. Bu boyutuyla yaşlılık aylığı, sigortalılara yaşlandıklarında çalışmak zorunda kalmaksızın, ömürlerinin geri kalan kısmını, dinlenerek, ailesine ve özel ilgi alanlarına daha çok zaman ayırarak, huzur içinde geçirmeleri için bir olanak sunar.

Yaşlılık aylığından beklenen bu işlevin gerçek manada işlerliğe sahip olması için iki önemli koşul bulunmaktadır. Öncelikle, “yaşlılık yaşının”, yani sosyal sigorta mevzuatı açısından sigortalıların hangi yaşa ulaşmakla yaşlı sayılacaklarının çok iyi tespit edilmesi gerekir². Kişilere çok erken emekli olma olanağı sağlayacak bir yaşın belirlenmesi gibi, çok ileri bir yaşın emekli yaşı olarak saptanması da, bu sigorta kolundan beklenen ya-

rarları ortadan kaldırır. Gerçekten, genç sayılabilecek bir yaşın emeklilik yaşı olarak saptanması sistemin iyi işlemesini engeller, aktüeryal açıdan sıkıntı yaratır. Bu yaşın ileri bir yaş olarak belirlenmesi de, sigortalıların bu haktan yararlanma olanaklarını ortadan kaldırır. Bu nedenle, emeklilik yaşının en uygun yaş olarak tespit edilmesi, gerek Kurum gerek sigortalı açısından oldukça önemlidir.

Emeklilik yaşı ile emekli aylığının miktarının çalışma piyasasının şekillenmesinde de önemi büyüktür. Zira genç emekliler, hala çalışma istek ve gücüne sahip oldukları için, çalışma yaşamından çekilmeyi yerine hem yaşlılık aylığını alıp hem de çalışarak ücret elde etmeyi tercih edebilmektedirler. Bağlanan emekli aylığının yetersiz olması durumunda, emeklinin bu yolu tercih etme olasılığı daha da yükselmektedir. Bunun yaygınlığı ile bağlantılı olarak ülkede genç işsizliği de yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle, bu konuların, aralarındaki hassas dengeler de gözetilerek özenli bir şekilde saptanması, her bakımdan düzgün işleyen bir sistem için zorunluluktur.

Yaşlılık aylığının, sigortalının çalışma yaşamından çekilmesini sağlayabilmesi için gerekli diğer koşul da, bağlanan aylığın, sigortalının ve ailesinin geçimini temin edebilecek miktarda olmasıdır. Aksi halde, sigortalılar, geçinebilmek için tekrar çalışmak zorunda kalırlar ki, böyle bir durumda, yaşlılık aylığının kendisinden beklenen işlevi yerine getirdiğinden söz etmek mümkün olmaz.

Ülkemizde ise, 1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla³ yapılan değişiklikten önce, yaşlılık aylığına hak kazanmak için belirli bir yaşın tamamlanması koşulunun öngörülmemesi, sigortalıların belirli süre sigortalı olma ve Kanunda öngörülen miktarda prim ödemek yoluyla yaşlılık aylığına hak kazanmaları⁴, yaşlılık yaşının kadınlarda 38, erkeklerde 43 olarak belirlenmesi gibi bir sonuç yaratmıştır⁵. Sigortalıların bu kadar genç yaşta emekli aylığına hak kazanmaları, hala çalışabilme gücü ve yeteneğine sahip bu kişilerin, emekli olduktan sonra da çalışmalarına neden olmuştur. Bağlanan aylıkların miktarının yetersiz oluşu, bu konuda bir başka etken olmuştur. Bu koşullar sonucunda, bir çok sigortalı yaşlılık aylığı almasına rağmen çalışmaya devam etmiştir.

Belirtelim ki, bu çalışma biçimi, bazı işverenler tarafından tercih de edilmiştir. Zira zaten yaşlılık aylığı alan ve ayrıca Kurumdan aylık almakta olan kişi sıfatıyla hastalık sigortasından yararlanma olanağı bulunan sigortalıların, kayıt dışı çalışma konusunda daha kolay ikna olmaları, bazı işverenleri bu kişileri çalıştırmaya yöneltmiştir. İşçinin hem hala genç hem de tecrübeli oluşu, buna karşılık ücreti üzerinde sosyal sigorta primi yükü bulunmaması bu şekilde kayıt dışı çalışmaları yaygınlaştırmıştır. Oysa o dönemdeki düzenlemelere göre, yaşlılık aylığı bağlanması için sigortalının işten ayrılması şarttı. Ayrıca aylık alırken tekrar çalışmaya başlama halinde de, yaşlılık aylığının kesilmesi ve sigortalının tekrar herhangi bir sigortalıdan farksız olarak tüm sigorta kollarına tabi olması gerekmektedir.

Bu şekilde kayıt dışı çalışmanın yaygınlaşması üzerine, 1986 tarih ve 3279 sayılı Kanunla⁶ 506 sayılı Kanunun 3. ve 63. maddeleri değiştirilerek, yaşlılık aylığı almakta olanlara, talep etmeleri ve Kanunda öngörülen oranda prim ödenmesi halinde, hem çalışma hem de yaşlılık aylığını alma hakkı tanınmıştır. Böylece sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma sosyal güvenlik hukukumuzda girmiştir.

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olanlar bakımından geçici bir maddeye yer verilmiş, bu kişilerin sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanakları muhafaza edilmiştir.

Öte yandan, bilindiği gibi, 2004 yılından itibaren ülkemizde sosyal güvenlik alanında bir reform süreci yaşanmış ve nihayet 2006 yılında 5510 sayılı Kanun çıkarılmıştır⁷. 5510 sayılı Kanun, pek çok konuda olduğu gibi sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma konusunda da önemli değişiklikler öngörmüştür. Her ne kadar hiç uygulama alanı bulamasa da, 5510 sayılı Kanunun ilk biçiminde, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma kuralı olarak kabul edilmiş, fakat ödenmesi gereken prim konusunda köklü değişiklikler yapılmıştı. Gerçekten, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmak isteyenler, herhangi bir sigortalıdan farksız olarak prim ödemek zorunda bırakılmışlardı. Ancak bu konudaki düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından bağımsız çalışanlar bakımından iptal edilmiştir. Bunun üzerine konu 5754 sayılı Kanunla⁸ tekrar düzenlenmiş ve sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağına uzun bir uygulamanın ardından son verilmiştir. Ancak Kanunda, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olanlar bakımından geçici bir maddeye yer verilmiş, bu kişilerin sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanakları muhafaza edilmiştir.

Biz bu çalışmada sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma konusunu tüm yönleriyle incelemeyi amaçlamamaktayız. Bu çalışmada, 506 sayılı Kanunun bu konudaki hükümlerine kısaca değindikten sonra, konunun 5510 sayılı Kanunda ele alınış biçimi, özellikle de son gelinen noktada mevcut sigortalılar açısından yapılan düzenleme üzerinde duracağız. Ayrıca, bilindiği gibi, hukukumuzda, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma sadece bir iş sözleşmesine göre çalışanlarla sınırlı değildir. Emekli Sandığına tabi olanlarla, Bağ-Kur Kanunu'na tabi olanların da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanakları bulunmaktadır.

Bu çalışmada ise, konu 5510 sayılı Kanunun kapsamına giren tüm sigortalılar açısından değil, esas itibarıyla bir iş sözleşmesine göre çalışanlar bakımından incelenecek, ancak kısaca bağımsız çalışanlara ilişkin hükümlere de değinilecektir.

II. 506 SAYILI KANUN'A GÖRE SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDEYEREK ÇALIŞMA

1. Genel Olarak

1986 yılında 3279 sayılı Kanunla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 3. ve 63. maddelerine bir bent eklenmiştir. Kanunun 3. maddesine eklenen bende göre, kanunla kurulu sosyal güvenlik kurumlarından malullük veya emekli aylığı almakta iken, bu Kanuna tabi sigortalı bir işte çalışanların prime esas kazançları üzerinden, 63. maddeye göre sosyal güvenlik destek primi kesilir (m.3/C/D).

Yapılan bu düzenlemeyle, Sosyal Sigortalar Kurumundan (şimdi Sosyal Güvenlik Kurumu)⁹ yaşlılık aylığı almakta olanlara, hem çalışma hem de aylığını alma olanağı tanınmıştır. Ancak, bu düzenleme, sadece Sosyal Sigortalar Kurumundan malullük veya emekli aylığı almakta olanlarla sınırlı değildir. Adı geçen Kurumun yanında, kanunla kurulu diğer sosyal güvenlik kurumlarından, yani Emekli Sandığı, Bağ-Kur veya Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine göre kurulmuş banka ve sigorta sandıklarından malullük veya yaşlılık aylığı almakta olanlar da, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek, 506 sayılı Kanunun kapsamına giren bir işte çalışma olanağına kavuşturulmuşlardır.

Kanunda, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışabilecek kişiler, kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarından "malullük veya emekli aylığı" alanlar olarak belirlenmiştir. Kanunun metni dikkate alındığında, diğer sosyal güvenlik kurumları yanında Sosyal Sigortalar Kurumundan malullük veya emekli aylığı almakta olanların da, tekrar Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak çalışmaya başlamaları halinde, kendilerinden sosyal güvenlik destek primi kesilerek çalışmaya devam edebilecekleri sonucu çıkmaktadır. Bu sonuç, Kurumdan yaşlılık (emekli) aylığı alanlar bakımından isabetlidir. Çünkü yaşlılık aylığının tekrar çalışmayla bağ-

lantısının düzenlendiği 63. maddede, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağı açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun malullük aylığının kesilmesine ilişkin 58. maddesinde böyle bir açıklık bulunmamaktadır. Aksine, anılan maddede, kendisine malullük aylığı bağlananların tekrar çalışmaları halinde aylıklarının kesileceğinden söz edilmektedir. Bu durumda da, Kanunun 3. ve 63. maddeleri arasında bir çelişki varmış gibi görünmektedir. Ancak, bizce bu maddeler arasında bir çelişki bulunmamaktadır. 506 sayılı Kanunun temel mantığı içinde malullük aylığı almakta olanların, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek de olsa çalışmalarına olanak tanınmamıştır¹⁰. Kanunun m. 3/II, C bendindeki hüküm ise, Sosyal Sigortalar Kanunu dışındaki diğer kanunlar gereğince malullük aylığı alanları kapsamaktadır¹¹. Yani, Bağ-Kur Kanunu ya da Emekli Sandığı Kanunu'na göre malullük aylığı almakta olan bir kişi, Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak tekrar çalışma isterse, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek aylığını alma hakkını muhafaza edebilecektir. Buna karşılık 506 sayılı Kanuna göre aylık almakta olanlar, bu olanaktan yararlanamayacaklardır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken hükümlerden biri de 3201 sayılı Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında Kanun'dur. Adı geçen Kanunun, 17.4.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanunla değişik 6. maddesine göre, 3201 sayılı Kanuna göre 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 Kanunu'nun sosyal güvenlik destek primi hakkındaki hükümleri, bu Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlar için uygulanmaz (m.6/B,I). Görüldüğü gibi, yurt dışı hizmet borçlanması yaparak aylık alanlara sosyal güvenlik destek primi ödeyerek hem aylıklarını alma hem de çalışma olanağı tanınmamaktadır.

Yurt içinde veya yurt dışında çalışması sona erenlerin veya ikamete dayalı bir ödenek alanlardan ödenekleri sona erenlerin, aylıklarının tekrar

ödenmesi için yazılı talepte bulunmaları halinde, talep tarihini izleyen ay başından itibaren aylıkları tekrar ödenmeye başlanır (m.6/B,II).

Yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı bir işte çalışanlar, bu Kanuna göre yaşlılık aylığı almakta olanlara ve bunların geçindirmekle yükümlü oldukları eş ve çocuklarına, ana ve babalarına tanınan sosyal sigorta haklarından aynen yararlanırlar (m.63/B, III).

2. Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışma İçin Yerine Getirilmesi Gereken Koşullar

a) Kurumdan Talepte Bulunulması

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, yaşlılık aylığı almakta iken, sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları çalışmaya başladıkları tarihte kesilir (m.63/A/D). Dolayısıyla, Kanunun genel düzenlemesine bakıldığında, tekrar çalışmaya başlayanlar açısından kural yaşlılık aylığının kesilmesidir. Yaşlılık aylığı kesilenler hakkında yapılacak işlemler de, yine aynı maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir¹².

Kanunda bu genel kurala bir istisna getirilerek, sigortalıların talepte bulunmaları ve Kanunda öngörülen oranda sosyal güvenlik destek primini ödemeleri halinde, çalışsalar dahi yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam olunacağı belirtilmiştir (m.63/B,I). Bunun için, sigortalının Kuruma yazılı olarak başvurup, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmak için talepte bulunması gerekmektedir. Sigortalının böyle bir talepte bulunmasızın çalışmaya başlaması halinde, bağlanan aylığı, çalışmaya başladığı tarihten itibaren kesilir. Bu nedenle, talepte bulunma sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma bakımından oldukça önemlidir. Nitekim uygulamada birçok sigortalının talepte bulunmadan tekrar çalışmaya başlaması üzerine pek çok sorun yaşanmış ve davalar açılmış¹³, bunun üzerine Sosyal Sigortalar Kurumu 12-118 Ek sayılı Genelgesi ile bu konuda uyulması gereken esasları belirlemiştir¹⁴. Ekleyelim ki, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışan sigortalı için de, sigortalı işe giriş bildirgesi verilmesi gerekmektedir¹⁵.

Öte yandan, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmakta olan bir sigortalı her zaman, yaş-

lılık aylığının kesilmesi ve tüm sigorta kollarına tabi olarak çalışma talebinde bulunabilir. Bunun gibi, yaşlılık aylığı kesilip, tüm sigorta koluna tabi olarak çalışan sigortalı da her zaman dilekçe verecek, hakkında sosyal güvenlik destek primi ödemeye ilişkin hükümlerin uygulanmasını isteyebilir. Nitekim bu husus, Kanunda, "Bu Kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı bir işte çalışmaları dolayısıyla bu maddenin (A) fıkrasına göre yaşlılık aylığı kesilenler, çalıştıkları süre içinde (B) fıkrasında yazılı hükümlerin uygulanmasını; (B) fıkrasına göre yaşlılık aylığı kesilmeden çalışanlar ise çalıştıkları süre içinde haklarında (A) fıkrasında yazılı hükümlerin uygulanmasını isteyebilirler." (m.63/B/III) biçiminde ifade edilmiştir.

b) Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödenmesi

Yaşlılık aylığı alıp da tekrar çalışmak isteyenlerin ödemeleri gereken prim oranı 506 sayılı Kanunun 63. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ödenmesi gereken sosyal güvenlik destek primi, çalışan sigortalının 78 inci maddeye göre tespit edilen prime esas kazançları üzerinden % 30 oranında kesilir¹⁶. Bu primin 1/4'ü sigortalı hissesi, 3/4'ü işveren hissesidir.

Kanunun 3. ve 63. maddesine eklenen bu hükümlerle, hukukumuzda sosyal güvenlik destek primi adıyla, sigortalıların normal olarak ödemeleri gereken primler dışında yeni bir prim ihdas edilmiştir. Belirtelim ki, bu prim, sigortalıların çalışma yaşamından doğan ya da fizyolojik olarak karşılabilecekleri sosyal risklere karşı güvence sağlama amacından ziyade, tekrar çalışmanın karşılığı olarak öngörülmüştür. Gerçekten, Kurumdan yaşlılık aylığı almakta olanlar için artık uzun vadeli sigorta kolları bakımından bir risk bulunmamaktadır. Zira, bu kişiler zaten Kurumdan aylık alma hakkına kavuşmuş kişilerdir. Ayrıca, hastalık sigortası bakımından da, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 36. maddesi gereğince sağlık yardımları alabilmektedirler. Ancak önemle ekleyelim ki, Kurumdan gelir ya da aylık almakta olanların, esas itibarıyla çalışmadıkları kabul edildiği için, 36. madde gereğince yapılması gereken yardımlar arasında geçici işgöremezlik ödeneği bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanlar, hastalık sigortası hükümleri uyarınca, maddede sa-

yılan sağlık yardımları ile protez, ortez araç ve gereçlerini alabilmekte, buna karşılık, hastalıkları nedeniyle çalışmadıkları gün karşılığı olarak herhangi bir geçici işgöremezlik ödeneğine hak kazanmamaktadırlar¹⁷.

Öte yandan, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanların tekrar çalışmaya başlamaları nedeniyle, iş kazasına uğrama ya da meslek hastalığına yakalanma tehlikesi de ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu husus göz önünde tutularak, Kanunun m.3/II, C, 2 fıkrasında, sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı halinde Kanunun 12. maddesinin uygulanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışan sigortalılar, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan sağlanan yardımlardan yararlanabilecektir¹⁸. Bu kapsamda olmak üzere, bir iş kazası halinde, sigortalıya geçici işgöremezlik ödeneği verilecek ya da sürekli işgöremezlik geliri bağlanacaktır. Bunun gibi, sigortalının iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu ölümü halinde, geride kalan hak sahipleri, m.23 ve m.24 uyarınca ölüm gelirine hak kazanabileceklerdir.

Buna karşılık, sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler, 506 sayılı Kanuna göre sigortalılık süresinden sayılmayacak, bu süreler hakkında 1983 tarih ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Bunun gibi, bu süreler için 506 sayılı Kanunun 64. madde hükmüne göre toptan ödeme yapılmayacaktır.

Sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışan sigortalılar için ödenen prim oranı ile bu prim karşılığında yapılan yardımlar karşılaştırıldığında, kanaatimizce, nimet-külfet dengesi açısından ölçüsüz bir durum vardır. Gerçekten, sigortalının sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanması karşılığı, prime esas kazançları üzerinden, toplamda % 30 oranında prim kesilmesi, sosyal sigorta yardımları ve primleri arasında olması gereken nimet-külfet dengesine aykırılık oluşturmaktadır. Oysa, öğretilerde de isabetle belirtildiği gibi primler, yapılacak sosyal sigorta yardımlarının karşılığı olarak tahsil edilirler¹⁹. Ayrıca bu husus Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 72. maddesinde de açık bir biçimde ifade edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, "İş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık,

analık, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının gerektirdiği her türlü yardım ve ödemelerle her çeşit yönetim giderlerini karşılamak üzere, Kurumca bu kanun hükümlerine göre prim alınır." Dolayısıyla, kesilen primler, yapılacak yardımların karşılığıdır. Buna karşılık, sigortalı ve işverenden kesilen % 30 oranında prim karşılığında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yardım yapılmaktadır. Bu durumda da, ödenen bu primin yapılan yardımın karşılığı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle, sosyal güvenlik destek priminin daha makul sınırlar içinde düzenlenmesi çok daha isabetli olurdu²⁰. Bu arada önemle ekleyelim ki, bize göre zaten yüksek olan % 30 oranı, Kanunla daha da artırılmaktadır²¹. Bunu isabetli bulma olanağı ise bulunmamaktadır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, ödenmesi gereken sosyal güvenlik destek primi bakımından avukat ve noterlerin durumu özellik arz etmektedir. Bilindiği gibi, avukatlar 1136 sayılı Kanunun 186. maddesi, noterler ise 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 201. maddesi gereğince topluluk sigortasına tabidirler. Avukatların ve noterlerin malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları açısından topluluk sigortasına girmeleri zorunlu olup, iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık ve analık sigortalarına girmeleri ise isteğe bağlıdır²². Topluluk sigortasına tabi olanlar, topluluk sigortasının kapsamına giren sigorta kolları açısından zorunlu sigortalılarla aynı haklara sahiptirler. Dolayısıyla 506 sayılı Kanunda öngörülen koşulları gerçekleştirdiklerinde yaşlılık aylığına hak kazanırlar.

1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce Kurumdan yaşlılık aylığı almakta olan serbest avukat ve noterlerin tekrar çalışmaya başlaması halinde kendilerinden sosyal güvenlik destek primi kesilmemekteydi²³. 1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla, avukatlar ile noterlerden sosyal güvenlik destek primi kesilmesi amacıyla 63. maddeye bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, 506 sayılı Ka-

Serbest çalışan avukatlar 5510 sayılı Kanun'a göre, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek hem çalışma hem de yaşlılık aylığını alma hakkına sahip olabileceklerdir.

nuna göre yaşlılık aylığı almakta iken serbest avukat veya noter olarak çalışmalarını sürdürenlerin, sosyal yardım zammı dahil, almakta oldukları aylıklarından % 15 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir. Görüldüğü gibi, serbest avukat ve noterlerin ödemesi gereken prim oranı % 30 değil, % 15'tir. Ayrıca bu prim onları kazançları üzerinden değil, Kurumdan almakta oldukları aylıklarının üzerinden alınmaktadır.

Önemle ekleyelim ki, 5510 sayılı Kanunda topluluk sigortası düzenlenmemiştir. Bu durumda avukatların hangi bende göre sigortalı olacakları yaptıkları işin niteliğine göre belirlenecektir. Serbest olarak çalışan avukatlar serbest meslek kazancı elde etmeleri nedeniyle gelir vergisi mükellefi oldukları için, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin (b) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır. Bunun sonucunda da, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra avukatların sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışmaları konusu bir iş sözleşmesine göre çalışanların sigortalılığı kapsamında değil, bağımsız çalışanların sigortalılığına ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilecektir. Yani serbest çalışan avukatlar 5510 sayılı Kanun'a sosyal güvenlik destek primi ödeyerek hem çalışma hem de yaşlılık aylığını alma hakkına sahip olabileceklerdir.

Bu konuda son olarak işe iade davaları ile sosyal güvenlik destek primi arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Zira bilindiği gibi, iş sözleşmesi feshedildikten sonra geçerli sebep gösterilmeden veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkeme veya özel hakemce tespit edilerek, feshin geçersizliğine karar verilen sigortalıya, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar ödenen ücret ve diğer haklardan tüm sigorta kollarına ait prim kesilmektedir²⁴. Kurum bu dönemde sigortalıya ücret ödenmesi ve bu sürenin kıdemden sayılması nedeniyle sigortalının işten ayrılmadığını kabul ederek bağlanan aylıkları kesmekteydi. Ancak daha sonra yayınladığı 12-149 Ek sayılı Genelgeyle²⁵, bizce de isabetli olarak, bu uygulamadan vazgeçmiştir. Kurum, söz konusu Genelgeyle sigortalılara tercih hakkı tanımış ve söz konusu dört aylık sürede ücret ve diğer hakları ödenen sigortalılardan tahsis talebinde bulunup tercihlerini aylıkların devamı yönünde kullananlar hakkında, tahsis talep tarihinden geçerli olmak

üzere sosyal güvenlik destek primi kesilmesi yönünde işlem yapmaya başlamıştır.

III. 5510 SAYILI KANUN'DA SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ İLE İLGİLİ OLARAK YAPILAN DÜZENLEMELER

1. 5754 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Önceki Düzenleme

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu sosyal sigorta alanındaki pek çok değişikliğin yanında sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma konusunda da değişiklikler yapmıştır. Bu değişikliklerin kapsamı ve koşulları 5510 sayılı Kanunun kapsamına giren sigortalılara göre de farklılık göstermiştir. Zira, bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanunun sosyal sigorta alanında öngördüğü en önemli değişiklik, daha önce farklı sosyal sigorta kanunlarına tabi olanları aynı kanun içinde toplaması olmuştur²⁶. Kanunun 4. maddesinde, bir iş sözleşmesine göre çalışanlar (m.4/I,a), bağımsız çalışanlar (m.4/I,b) ve devlet memurları ile kamu görevlileri (m.4/I,c) sigortalı olarak tanımlanmış ve bu sigortalılar, bazı ayrıntı düzenlemeler bir kenara bırakılırsa, aynı kapsam ve koşullarda, aynı haklara tabi kılınmışlardır. Bu bağlamda, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma da, tüm sigortalılar için aynı biçimde düzenlenmiştir. Oysa kapsama alınan sigortalıların sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmalarına ilişkin hükümler daha önce ilgili kanunlarda oldukça farklı esaslara bağlanmıştı (SSK m.63/B; Bağ-Kur Ek m.20).

5510 sayılı Kanunda ise, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma konusunda, 506 sayılı Kanundaki hüküm esas alınmıştı. Kanunun 30. maddesinin 3. fıkrasında, yaşlılık aylığı almakta iken, yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışma ya da ikamete dayalı sosyal yardım alma durumu da dahil olmak üzere, yeniden çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıklarının kesileceği belirtilmişti. Aynı maddenin 4. fıkrasında, sigortalının sosyal güvenlik destek primi ödeyerek hem çalışıp hem de yaşlılık aylığı alma olanağına da yer verilmişti. Bunun için, 506 sayılı Kanunda olduğu gibi, sigortalının yazılı istekte bulunması gerekmektedir (m.30/IV).

5510 sayılı Kanunda, sosyal güvenlik destek primi adıyla özel bir prim öngörülmemiş, sigortalıların normalde çalıştırılmaları halinde ödenmesi gereken primlerin, sigortalı ve işveren prim payları da dikkate alınarak, sosyal güvenlik destek primi olarak ödenmesi esası benimsenmişti. Böylece, ödenmesi gereken SGDP herhangi bir sigortalının çalışması halinde ödeyeceği prim oranlarıyla eşit hale getirilmişti. Bunun sonucunda da, yaşlılık aylığı alırken yeniden çalışmaya başlayan bir sigortalının % 14, işverenin ise işyerinin tehlikelilik sınıfına göre, % 19,5 ile % 25 arasında değişecek bir prim ödemesi gerekmektedir²⁷.

5510 sayılı Kanunun bu düzenleme biçiminin isabetli olmadığı ise açıktı. Zira hüküm, sigortalı açısından ödemesi gereken primi ölçüsüz biçimde artırmaktaydı²⁸. İşverenlerin ödemeleri gereken prim oranları ise, sigortalının çalıştığı iş ve işyerine göre farklılık arz edecek, bazı durumlarda 506 sayılı Kanundan daha az prim ödenmesi söz konusu olabileceken, bazı durumlarda ise daha fazla prim ödenecekti²⁹.

5510 sayılı Kanunun, bu konudaki bir diğer hatalı yaklaşımı da, ödenmesi gereken primlerin açıkça malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası olarak nitelendirilmesinde olmuştu. Gerçekten, Kanun, bir yandan bu kişilerin malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasından yararlanmayacağını düzenlemekte, diğer yandan da sigortalının yararlanmayacağı bir sigorta kolunun primini ödenmesini öngörmekteydi³⁰. Bunu isabetli bulma olanağı ise bulunmamaktaydı.

Bu konudaki asıl yakınmalar ise bağımsız çalışan sigortalılar bakımından yaşanmıştı. Zira 1479 sayılı Kanuna göre ödenmesi gereken sosyal güvenlik destek primi ile 5510 sayılı Kanun gereğince ödenmesi gereken prim arasında oldukça büyük bir farklılık ortaya çıkmıştı. Gerçekten, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'na göre, yaşlılık aylığı bağlanarlardan daha sonra tekrar çalışmaya başlayanların, sosyal yardım zammı dahil tahakkuk eden aylıklarından, % 10 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilmektedir (Ek m.20/I)³¹. Oysa 5510 sayılı Kanundaki düzenleme sonucunda bağımsız çalışanlar, normal bir sigortalının ödemesi gereken tüm sigorta kollarını, yani kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası primlerini ödemek zorunda kalmaktaydılar. Öte yandan, bağımsız çalışmanın bir sonucu olarak ödenmesi gereken primin ta-

mamının da bağımsız çalışan sigortalı tarafından karşılanması gerekmektedir (m.81/I, g).

5510 sayılı Kanunda, bağımsız çalışanların prime esas kazançlarının en az asgari ücret olduğu göz önünde tutulduğunda (m. 82), ödenmesi gereken prim oranı en az asgari ücretin % 33,5'u ile % 39'u arasında değişmekteydi. Bu ise, bağımsız çalışanlar bakımından ödenmesi gereken primi ölçüsüz bir şekilde artırmaktaydı. Gerek bir iş sözleşmesine göre çalışanlar gerekse bağımsız çalışanlar bu kadar yüksek prim ödemelerine karşılık, sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanabileceklerdi (m.5/I, d).

5510 sayılı Kanunun pek çok maddesiyle birlikte, nimet-külfet dengesine aykırılık oluşturan bu maddenin de iptali amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik destek primine ilişkin maddenin iptali istemini bir iş sözleşmesine göre çalışanlar bakımından Anayasaya aykırı bulmamıştır. Buna karşılık, söz konusu düzenlemeyi bağımsız çalışanlar ile devlet memurları ve kamu personeli açısından iptal etmiştir^{32,33}. Oysa hükmün bir iş sözleşmesine göre çalışanlar bakımından da iptal edilmesi gerekirdi³⁴. Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı üzerine konu bu defa 5754 sayılı Kanunla, bir iş sözleşmesine göre çalışanları da kapsayacak biçimde tekrar düzenlenmiştir.

2. 5754 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenleme

a) Kanunun m.4/I, a ve m.4/I, c Bendine Göre Sigortalı Olanlar Açısından

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda 5754 sayılı Kanunla yapılan en önemli değişikliklerden biri de kuşkusuz sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma konusunda olmuştur. Gerçekten, 3279 sayılı Kanunla 1986 yılında sosyal sigorta mevzuatımıza giren sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olgusu, 5754 sayılı Kanunla, bir iş sözleşmesine göre çalışan sigortalılarla, memur ve kamu görevlileri için kaldırılmıştır. Her ne kadar Kanunda açıkça sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağının kaldırıldığına ilişkin bir hükme yer verilmemişse de, 506 sayılı Kanunun 63. maddesinde yer alan hem yaşlılık

aylığı alma hem de çalışma olanağını sağlayan hükme 5510 sayılı Kanunda yer verilmemek suretiyle bu biçimde çalışma olanağı artık söz konusu olmayacaktır.

5510 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanunla değişik 30. maddesine göre, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olan kişilerden yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra;

a) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi hariç olmak üzere bu Kanuna göre veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları, çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başında kesilir. Bunlardan bu Kanuna tabi çalıştıkları süre zarfında 80 inci maddeye göre belirlenen prime esas kazançları üzerinden 81 inci madde gereğince kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına ait prim alınır. Yaşlılık aylığı kesilenlerden, işten ayrılarak veya işyerini kapatarak yeniden yaşlılık aylığı bağlanması için yazılı istekte bulunanlara ya da emekliye ayrılan veya sevk edilenlere, yazılı istek tarihini veya görevinden ayrıldığı tarihi takip eden ödeme döneminden itibaren yeniden yaşlılık aylığı hesaplanarak bağlanır. Yeni aylık, eski aylığın kesildiği tarihten sonra aylıklara yapılacak artışlar uygulanarak bu fıkrafta belirtilen aylık başlangıç tarihi itibarıyla bulunan tutarı ile emeklilik sonrası çalışmaya ait kısmi aylığın toplamından oluşur. Emeklilik sonrası çalışmaya ait kısmi aylık, talep tarihindeki emeklilik öncesi ve sonrası prim ödeme gün sayısı ve emeklilik sonrası çalışmaya ait prime esas kazançları üzerinden 29 uncu maddeye göre hesaplanan aylığın emeklilik sonrası prim ödeme gün sayısına orantılı bölümü kadardır.” (m.30/III).

Hemen görüleceği üzere, maddede, yaşlılık aylığı alanların tekrar çalışmaları halinde aylıklarının kesileceği ve bu durumda herhangi bir sigortalıdan farksız olarak tüm sigorta kollarına tabi olacağı belirtilmiş, buna karşılık Kuruma dilekçe vererek hem aylıklarını almaları hem de sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaları olanağı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, bu durumdaki sigortalıların, yaşlılık aylığı alırken tekrar çalışmak istemeleri halinde tek seçenekleri bulunmaktadır. Bu da, yaşlılık aylığının kesilmesi ve tüm sigorta kollarına tabi olunmasıdır.

Öte yandan, maddede, hem aylığını alıp hem de çalışma olanağı, “ilk defa 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra sigortalı olup da kendilerine yaşlılık aylığı bağlanan”lara tanınmamıştır. Yani, yeni düzenleme halen gerek 506 sayılı Kanun, gerekse diğer sosyal güvenlik kanunlarına tabi sigortalıları ilgilendirmemektedir. Dolayısıyla söz konusu kişiler, bu hükümden etkilenmeksizin sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edebileceklerdir. Nitekim biraz sonra üzerinde duracağımız gibi, daha önce sigortalı olanların durumu Kanunda ayrıca düzenlenmiştir (geç.m.14).

5754 sayılı Kanunla yapılan bu düzenleme bizzat isabetli değildir³⁵. Her ne kadar, yaşlılık aylığına hak kazanmak için tamamlanması gereken yaşın artırılması zaten sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağını azaltacaksa da, bu hakkın tamamen kaldırılması sigortalıların önemli bir haklarının elinden alınması anlamına gelmektedir.

b) Kanunun m.4/I,b Bendine Göre Sigortalı Olanlar Açısından

5510 sayılı Kanunda, sosyal güvenlik destek primi m.4/I,a ve m.4/I,c bendi kapsamına girenler bakımından kaldırılırken m.4/I,b bendi kapsamına giren sigortalılar için ise muhafaza edilmiştir. Buna göre, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi hariç olmak üzere diğer alt bentlerine tabi çalışmaya başlayanlardan aylıklarının kesilmemesi için yazılı istekte bulunanların yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam edilir. Bunlardan, almakta oldukları aylıklarının % 15’i oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir. Ancak kesilecek olan bu tutar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılara ilgili yılın Ocak ayında ödenen en yüksek yaşlılık aylığından alınabilecek sosyal güvenlik destek priminden fazla olamaz. Bu sigortalılardan ayrıca kısa vadeli sigorta kolları primi alınmaz. Sosyal güvenlik destek primine tabi olanların primleri, aylıklarından kesilmek suretiyle tahsil edilir. Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler bu Kanuna göre malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalıları prim ödeme gün sayısına ilâve edilmez, 31 inci ve 36 ncı madde hükümlerine göre toptan ödeme yapılmaz.” (m.30/III,b).

Kanundaki bu hükümlerle, kapsama giren sigortalılar arasında eşitliğe aykırı bir durum yaratılmıştır.

Kanunun kapsamına giren m.4/I,(a) ve (c) bendi kapsamındaki sigortalılar, yaşlılık aylığı aldıklarında hem çalışma ve hem de aylığını alma hakkına sahip olamazken, m.4/I, (b) bendi kapsamındaki sigortalılar bu haktan yararlanabileceklerdir. Bunun ise isabetli olduğu söylenemez.

Kanunun m.4/I,b bendi kapsamına giren sigortalıların bu haktan yararlanmaları için talepte bulunmaları şarttır. Aksi halde bu kişilerin çalışmaya başlamaları ile yaşlılık aylıklarının kesilmesi ve tüm sigorta kollarına tabi olmaları gerekir. Talepte bulunmadan hem yaşlılık aylığını alıp hem de çalışmaya devam ettiği tespit edilenlerin, bağlanan aylıklarının kesilmesi gerekir.

c) 5510 sayılı Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Önce Sigortalı Olanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışması

aa) Genel Olarak

5510 sayılı Kanunun geçici 14. maddesine göre, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malûllüğü, malûllük 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.” (f.I).

Bu hüküm çerçevesinde, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce 506 sayılı Kanuna tabi sigortalılar hakkında 5510 sayılı Kanunun 30. maddesi değil, 506 sayılı Kanunun 3. ve 63. maddeleri uygulanmaya devam edecektir. Yine aynı şekilde, Kurumdan gelir ve aylık almakta olanlarla, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce zaten sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanlar da, mevcut hükümler çerçevesinde eskisi gibi hem aylıklarını almaya hem de çalışmaya devam edebileceklerdir.

Gerçi maddenin düzenleniş biçimi duraksamaya neden olacak niteliktedir. Maddede, 5510 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümlerin, “vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında” uygulanacağı

ifade edilmiştir. Maddede, “... aylığı bağlananlar ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler” ifadeleri arasına “ve” bağlacı konulmuştur. Böylece, vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananların sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağından yararlanabilmesi için, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle aynı zamanda sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışması gerektiği gibi bir sonuç da ortaya çıkmıştır. Ancak hükmün bu şekilde anlaşılması gerekir. Aksi halde, hükmün başlangıcında yer alan “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar” ifadesinin de bir anlamı kalmaz. Zira, kanun koyucunun, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olan bir kişiye dahi, yaşlılık aylığı almaya başladığında sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağı tanırken, yaşlılık aylığı almakta olan bir kişi açısından ancak 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte aynı zamanda sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışması koşulunu öngörmesi tutarsız olur³⁶.

Öte yandan, 5510 sayılı Kanunun bu hükmünün hangi tarihte yürürlüğe girdiğinin saptanması da özel önem taşımaktadır. Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanunun pek çok hükmü farklı tarihlerde yürürlüğe girmektedir (m.108). Anılan maddede Kanunun hükümleri, farklı tarihlerde yürürlüğe girmek üzere dört bentte toplanmıştır. Maddenin (a) bendinde 01.01.2008, (b) bendinde 30.04.2008, (c) bendinde 01.07.2008 tarihinde yürürlüğe girecek hükümler sayılmış, ardından (d) bendinde ilk üç bentte sayılmayan hükümlerin Ekim ayının başında yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Sosyal güvenlik destek primi açısından Kanunun hangi tarihte yürürlüğe gireceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda, sosyal güvenlik destek primine ilişkin hüküm Ekim ayı başında yürürlüğe girecektir. Yani, Ekim ayı başından önce sigortalı olanlar, 506 sayılı Kanun ya da ilgili diğer kanunlar gereğince sosyal güvenlik destek primi ödeyerek hem çalışıp hem de aylık alabilecekken, Ekim ayı başından sonra ilk defa sigortalı olanlardan sadece bağımsız çalışanlar bu haktan yararlanabilecekler, buna karşılık bir iş sözleşmesine tabi olarak çalışan sigortalılar, artık bu olaktan yararlanamayacaklardır.

bb) Vazife Malûllüğü Aylığı Almakta Olup da m.4/I, a Bendi Kapsamında Sigortalı Olanlara İlişkin Düzenlemeler

5510 sayılı Kanunda, 5434 sayılı Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı almakta iken bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendi kapsamında çalışmaya devam edenlere, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma bakımından bir seçenek sunulmuştur. Kanuna göre, bu kişiler hakkında, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir ay içinde yazılı talepleri doğrultusunda bu Kanunun iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri ve uzun vadeli sigorta kolları veya sosyal güvenlik destek primine ait hükümler uygulanır. Bunlardan uzun vadeli sigorta primi ödeyenlerin belirtilen süre içinde yazılı talepte bulunmamaları halinde ayrıca iş kazası meslek hastalığı hükümleri uygulanır, sosyal güvenlik destek primi kesilmez (geç.m.14/I,d).

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iş-tirakçi olup, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre vazife malûllüğü aylığı bağlananlardan bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendi kapsamında çalışmaya başlayanlar hakkında da yazılı talepleri doğrultusunda işlem yapılır. Bu bent kapsamında olanlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz (geç.m.14/I,d).

d) 5510 Sayılı Kanuna Göre Ödenmesi Gereken Sosyal Güvenlik Destek Primi Oranı

aa) Kanunun m.4/I, a ve m.4/I, c Bendine Göre Sigortalı Olanlar Açısından

5510 sayılı Kanunun geçici 14. maddesi, Kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olanlar için sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma hakkını saklı tutmuş, ancak ödenmesi gereken prim oranını değiştirmiştir. Gerçi, öz olarak 506 sayılı Kanundaki prim oranına dokunulmamış, ancak bu orana ilave bir biçimde prim ödenmesi öngörülmüştür.

5510 sayılı Kanuna göre, m.4/I,a bendi kapsamında çalışanlar için sosyal güvenlik destek primi oranı, 80. maddeye göre tespit edilen prime esas kazançlar üzerinden, 81. maddenin birinci fıkrası-

nın (c) bendinde belirtilen prim oranına yüzde 30 oranının eklenmesi suretiyle bulunan toplamdır (geç. m.14/I,a). Kanunun 81. maddesinin (c) bendinde kısa vadeli sigorta kolu primi düzenlenmektedir. Kısa vadeli sigorta kolu prim oranı, yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre, % 1 ilâ % 6,5 oranları arasında olmak üzere, 83 üncü maddeye göre Kurumca belirlenir.

Sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanlar için ödenmesi gereken yüzde 30 oranındaki primin dörtte biri sigortalı, dörtte üçü işveren hissesidir. Buna karşılık kısa vadeli sigorta kolu priminin tamamını işveren öder (m.81/I,c). Bu durumda, artan kısımdan sigortalı etkilenmeyecek, bu kapsamda çalışan sigortalılar, eskiden olduğu gibi, yine % 7,5 oranında prim ödemeye devam edeceklerdir. İşverenler ise, eskiden ödemeleri gereken %22,5 oranına ilaveten, işyerinde yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre, % 1 ila % 6,5 oranında değişen bir miktar daha fazla prim ödemek zorunda kalacaklardır³⁷. Dolayısıyla 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra işverenler sosyal güvenlik destek primi olarak en az % 23,5, en fazla da % 28,5 oranında prim ödeyeceklerdir. Bu değişikliğin bir yansıması olarak işverenlerin sosyal güvenlik destek primi ödeyerek sigortalı çalıştırmaktan kaçınacaklarını söylemek çok yanlış olmayacaktır kanaatindeyiz.

Öte yandan, ödenen bu primler karşılığında da, m.4/I,a bendi kapsamında sigortalı olanlar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanacaktır (geç. m.14/I,a). Dolayısıyla sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışan bir sigortalı, iş kazasına uğradığında kendisine bu sigorta kolundan geçici işgöremezlik ödeneği verilecek, işgöremezliğin sürekli olması halinde sürekli işgöremezlik geliri bağlanacak ya da ölüm halinde hak sahiplerine ölüm geliri bağlanması söz konusu olabilecektir. Bunlar dışında bir yardım yapılmayacaktır. Ödenen kısa vadeli sigorta kolu primi karşılığında zaten bu yardımların yapılmasının gerekliliği göz önünde tutulduğunda, sigortalı ve işverenden ayrıca alınan % 30 oranında primin nedeni anlaşılmamaktadır. Bizce, istihdam piyasasında genç işçileri çalıştırmayı dezavantajlı hale getirmemek için, yaşlılık aylığı alırken tekrar çalışma-

ya başlayanlardan sosyal güvenlik destek primi alınmasında yarar bulunmaktadır. Ancak, bu primin, bu amacı gerçekleştirme amacıyla sınırlı ve daha makul seviyelerde olması gerekir.

bb) Kanunun m.4/I,b Bendine Göre Sigortalı Olanlar Açısından

5510 sayılı Kanuna göre, m.4/I,b bendinin (4) numaralı alt bendi hariç olmak üzere diğer alt bentlerine tabi çalışmaya başlayanlardan aylıklarının kesilmemesi için yazılı istekte bulunanların yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam edilir. Bunlardan, almakta oldukları aylıklarının % 15'i oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir. Ancak kesilecek olan bu tutar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılara ilgili yılın Ocak ayında ödenen en yüksek yaşlılık aylığından alınabilecek sosyal güvenlik destek priminden fazla olamaz (m.30/III,b).

Bu sigortalılardan ayrıca kısa vadeli sigorta kolları primi alınmaz. Sosyal güvenlik destek primine tabi olanların primleri, aylıklarından kesilmek suretiyle tahsil edilir. Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler bu Kanuna göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim ödeme gün sayısına ilâve edilmez, 31 inci ve 36 ncı madde hükümlerine göre toptan ödeme yapılmaz.

Kanunun geç. 14. maddesinde, bağımsız çalışanlarla ilgili bir geçiş hükmüne de yer verilmiştir. Buna göre, "Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından alınacak belgelerle doğrulamak kaydıyla faaliyette bulunmadığına ilişkin süreler hariç olmak üzere çalışılan süreleri için, sosyal güvenlik destek primi oranı olarak bu Kanunun 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinde belirtilen hükümler uygulanır. Bu oran, bu maddenin yürürlüğe girdiği yılda % 12 olarak, takip eden her yılın Ocak ayında bir puan artırılarak uygulanır. Ancak bu oran % 15'i geçemez." (geç. m.14/I, b).

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra m.4/I, b bendi kapsamında sigortalı olanlar için daha makul bir seviyede prim ödenmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Ancak bu prim karşılığında bağımsız çalışanlar hakkında hiçbir sigorta kolu uygulanmamaktadır. Dolayısıyla,

bu miktar tamamen karşılıksız bir yükümlülük olup, bu biçimiyle Kurumun finansmanına karşılıksız yapılan bir katkıdan başka bir şey değildir³⁸. Bağımsız çalışanların emekliliklerinde çalışmaya devam etmelerinin istihdam politikası açısından çok büyük bir etkisi olduğundan söz etmek de mümkün değildir. Bu nedenle, kanaatimizce bağımsız çalışanlardan bu çalışma karşılığında ya hiç prim alınmaması ya da cüzi bir miktarda prim alınması isabetli olacaktır³⁹.

IV. SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDEYEREK ÇALIŞMA VE 5763 SAYILI KANUN'UN İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sosyal güvenlik destek primi ile bağlantılı olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu da kuşkusuz 5763 sayılı Kanundur. Bilindiği gibi, 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı "İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"⁴⁰ işsizliği azaltmak ve istihdamı teşvik etmek amacıyla bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda olmak üzere, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 81. maddesinin birinci fıkrasına bir bent eklenmiştir. Eklenen bu bende göre, "Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin, bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılır."⁴¹ Böylece, işverenlerin ödemeleri gereken prim miktarında 5763 sayılı Kanunla % 5 oranında bir indirim olmaktadır.

Belirtelim ki, bu hüküm sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar için uygulanmaz. Bu husus 81. maddeye eklenen (i) bendinde açıkça düzenlenmiştir. Gerçi, bentte böyle bir hükme yer verilmiş olsaydı da farklı bir sonuca ulaşılamazdı. Zira bentte, işverenlerin ödemeleri gereken "malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası" primlerinin %5'lik kısmının Hazinece karşılanacağından söz edilmektedir. Sosyal güvenlik destek primi ise malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi değil, kendine özgü ayrı bir prim niteliğindedir. Dolayısıyla bu hü-

küm karşısında sosyal güvenlik destek primine tabi sigortalı çalıştırmak, işverenler açısından daha dezavantajlı olmaktadır.

Bunun gibi, 5763 sayılı Kanunla, genç işçi çalıştırmayı teşvik amacıyla beş yıl süreyle uygulanacak bir başka hüküm daha öngörülmüş ve 4447 sayılı Kanuna geçici bir madde eklenmiştir. Buna göre, bazı koşullarla 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük erkeklerle, yaş şartı aranmaksızın 18 yaşından büyük kadınları çalıştıran işverenlerin ödemeleri gereken işveren prim hissesinin belirli oranları İşsizlik Sigorta Fonundan karşılanır (4447 sy. K. geç. m. 7)⁴². Ancak bu avantajlar da, 506 sayılı Kanuna göre sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar hakkında uygulanmaz (4447 sy. K. geç. m.7).

Tüm bu hususlar göz önünde tutulduğunda, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek sigortalı çalıştırmanın işverenler açısından dezavantajlı olacağı açıktır. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olanlar da, bu hakkı oldukça sınırlı bir şekilde kullanabileceklerdir.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Daha önce de ifade edildiği gibi, yaşlılık aylığının amacı, kişinin uzun yıllar çalıştıktan sonra çalışma yaşamından çekilerek o zamana kadarki çalışmasının ve ödediği primlerin karşılığı olarak geçimini temin edebilecek konumda olmasını sağlamaktır. Böylece sigortalı, geçinme kaygısı olmaksızın yaşamının geri kalan döneminde dinlenme olanağına sahip olabilecektir. Bu açıdan denilebilir ki, yaşlılık aylığı özde tekrar çalışma olgusunu dışlamaktadır. Fakat özellikle ülkemiz gibi bağlanan yaşlılık aylıklarının kişilerin geçimini sağlama konusunda oldukça yetersiz kaldığı bir ortamda, sigortalıların hem çalışıp hem yaşlılık aylıklarını almaları özel önem taşımaktadır. Gerçekten ülkemizde sigortalıların hem çalışıp hem de yaşlılık aylığı alarak geçimlerini ancak temin edebildikleri bilinen bir olgudur. Bu durumda da, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma yaygın bir biçimde uygulanmaktadır.

5510 sayılı Kanun döneminde, bu ihtiyacın daha da artacağı ise açıktır. Zira bilindiği gibi, yaşlılık aylığının hesaplanması 5754 sayılı Kanunla tekrar değiştirilmiş ve aylık bağlama oranları, mevcut hükümlere göre önemli ölçüde düşürülmüştür.

Yaşlılık aylığı oranları 5510 sayılı Kanun döneminde geçen her 360 gün için yüzde iki olarak belirlenmiştir (m.29/III). 5510 sayılı Kanun döneminde 25 yıl çalışan bir sigortalıya ödenecek yaşlılık aylığının oranı % 50 olacaktır⁴³. Oysa bu oran, 506 sayılı Kanuna göre % 65'tir (m.61/III). Yani sigortalıların bağlanan yaşlılık aylıkları ile geçinmeleri, yeni Kanun döneminde çok daha zor olacaktır. Bu olgu da, yukarıda da belirtildiği gibi, sigortalıları emekli olduktan sonra tekrar çalışmaya sevk edecek niteliktedir.

Bu arada bu konuda değerlendirilmesi gereken bir diğer olgu da, 5510 sayılı Kanundaki yaşlılık aylığına hak kazanma yaşıdır. 5510 sayılı Kanunda öngörülen emeklilik yaşı esas itibarıyla sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmayı dışlayacak niteliktedir. Zira sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma için öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmak, yaşlılık aylığı alırken tekrar çalışmaya başlamak gerekmektedir. Oysa 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ilk defa sigortalı olanların yaşlılık aylığına hak kazanması için en az kadınlarda 58, erkeklerde 60 yaşın, 2036 yılından itibaren de kademeli olarak artan bir şekilde 2048 yılında 65 yaşın tamamlanması gerekmektedir (m.28/II, b). Bu yaşları tamamlayan sigortalıların sosyal güvenlik destek primi ödeyerek tekrar çalışmak istemeleri ya da çalışabilecek bir iş bulma olanaklarının zaten oldukça sınırlı olacağı açıktır⁴⁴. Dolayısıyla 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ilk defa sigortalı olanlar bakımından sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma çok büyük bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmayacaktır⁴⁵.

Tüm bu olgulara karşın hala çalışma istek ve ihtiyacında olan, ayrıca özellikle nitelikli bir çalışan olarak, bilgi ve birikimini kullanabileceği bir iş bulabilen kişilerin aylıklarının kesilmesinin zorunlu tutulması bizce isabetli değildir. Emeklinin çalışmaması için, bu tür düzenlemeler yapmak yerine onu çalışmaya zorlayan koşulların iyileştirilmesi çok daha isabetli olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Güzel, Ali/Okur, A. Rıza/Caniklioglu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2008, 429; Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008, 354; Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, Sekizinci Baskı, İstanbul 2008, 250-251; Alper, Yusuf: Türkiye'de Sosyal Güvenlik Sosyal Sigortalar, Bursa 2003, 299-300.

- 2 Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Şakar, Müjdat: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlıların Korunması, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1987, 17 vd; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 430 vd.; Alper, Yusuf: Sosyal Güvenlik ve Emeklilik Yaşının Tespiti, Çimento İşv. D., Ocak 1997, 7 vd; Sözer, A. Nazım: Sosyal Sigorta Haklarında Değişiklik, Sosyal Sigortalarda Yeniden Yapılanma Semineri, Ankara 2000, 97 vd; Caniklioğlu, Nurşen: Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, 7-8 Aralık 2006'da İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi tarafından düzenlenen "Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri"ne sunulan tebliğ, Ankara 2007, 196-197; Başterzi, Fatma: Yaşlılık Sigortası, Ankara 2006, 111-113.
- 3 RG., 8.9.1999, 23810.
- 4 Bu konuda genel olarak bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 433; Tuncay/Ekmekçi, 355-356; Şakar, 251, 253; Alper, 300-301; Başterzi, 113 vd.
- 5 1999 yılında yapılan değişiklikle, ilk defa 4447 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra sigortalı olanlar için emeklilik yaşı kadınlarda 58, erkeklerde ise 60 yaş olarak tespit edilmiş (SSK m.60); mevcut sigortalılar bakımından da geçiş hükümleri öngörülmüştür (geç.m.81). 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ise, emeklilik yaşının tekrar artırılmasını öngörmektedir (m.28).
- 6 RG, 06.05.1986, 19099.
- 7 Bu konudaki gelişmelerle ilgili olarak, bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, § 8 ve orada belirtilen kaynaklar.
- 8 RG, 8.5.2008, 26870.
- 9 Bilindiği gibi, ülkemizde yaşanan Sosyal Güvenlik Reformu kapsamında 16.05.2006 tarih ve 5502 sayılı "Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu" çıkarılmış (RG, 20.5.2006, 26173); 24.11.2006 tarihinde yapılan genel kurul ile de, Sosyal Sigortalar Kurumu, T.C. Emekli Sandığı Kurumu ve Bağ-Kur'un tüzel kişilikleri sona ererek bu kurumlar Sosyal Güvenlik Kurumu çatısı altında birleşmişlerdir. Bu çalışmada, özellikle geçmiş dönem anlatılırken bir zorunluluk sonucu halen tüzel kişiliği bulunmayan bu kuruluşların adı zikredilecektir.
- 10 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 422; Güzel, Ali/Caniklioğlu, Nurşen: Bağ-Kur Yasasına Göre Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeme Yükümlülüğü, Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri, LEGAL İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, S.2, 491-492; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 248; Tuncay/Ekmekçi, 351; Başterzi, 341. Nitekim, Kurumun 12-118 Ek sayılı Genelgesinde de, "506 sayılı Kanuna göre malûllük aylığı ... almakta iken 506 sayılı Kanuna tabi olarak sigortalı bir işte çalışmaya başlayanlardan sosyal güvenlik destek primi kesilmesine imkan bulunmadığından, bunlar hakkında tüm sigorta kolları uygulanacaktır. Bu şekilde tüm sigorta kollarına tabi tutulanlardan 506 sayılı Kanuna göre malûllük aylığı ... alanların aylıklarının kesilmesi için gerekli belgeler (işe giriş bildirgesi, prim tahakkuk cetveli vd.) geciktirilmeksizin Tahsisler Dairesi Başkanlığına gönderilecektir." denilmektedir.
- 11 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 422.
- 12 Kanun, yaşlılık aylıkları kesilenlerin yeniden çalışmaya başlamaları halinde uygulanacak ilkeleri de ayrıca belirtmiştir. Buna göre, "Yaşlılık aylıkları kesilenlerden yeniden çalıştıkları süre zarfında 7'inci maddeye göre prime esas kazançları üzerinden 73'üncü madde gereğince prim alınır. Yaşlılık aylıkları kesilenlerden işten ayrılarak yaşlılık aylığı verilmesi için yazılı talepte bulunan sigortalıya yeniden bağlanacak yaşlılık aylığı talep tarihini takip eden ödeme döneminden başlanarak ödenir. Yeni aylık, eski aylığın kesildiği tarihten sonra aylıklara yapılan artışlar uygulanarak ikinci fıkrada belirtilen aylık başlangıç tarihi itibarıyla bulunan tutarı ile emeklilik sonrası çalışmaya ait kısmi aylığın toplamından oluşur. Emeklilik sonrası çalışmaya ait kısmi aylık, talep tarihindeki emeklilik öncesi ve sonrası prim ödeme gün sayısı toplamı üzerinden, 61 inci maddeye göre hesaplanan aylığın emeklilik sonrası prim ödeme gün sayısına orantılı bölümü kadardır." (m.63/A).
- 13 Bu konudaki sorunlar ve Yargı kararlarına ilişkin olarak bkz. Araslı, Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C.I, Ankara 2002, 875 vd; Arslanköylü, 1232 vd.
- 14 Kurum Genelgesine ilişkin açıklamalar için bkz. Hançer, Bekir: 506 sayılı Kanuna Göre Sosyal Güvenlik Primi Uygulaması, Sosyal Güvenlik Dünyası, Temmuz-Ağustos 2004, 52-53.
- 15 Hançer, 53.
- 16 Daha önce % 24 olarak öngörülen bu oran 25.8.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve % 30'a çıkarılmıştır.
- 17 Başterzi, 346.
- 18 Bu konudaki açıklamalar için bkz. Hançer, 50-51.
- 19 Güzel/Caniklioğlu, 502.
- 20 Benzer değerlendirme için bkz. Hançer, 54-55; bu miktarın genç işçiliği teşvik amacıyla isabetli olduğu görüşü için ise bkz. Başterzi, 341.
- 21 Bu konuda bkz. aşağıda, III, 2, c.
- 22 Bu konuda bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 163.
- 23 Arslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, C.I, genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, 1236.
- 24 27.04.2006 tarih ve 16-370 Ek sayılı Genelge.
- 25 12-149 Ek sayılı Genelgeye göre, önceki uygulama doğrultusunda tercihleri alınmadan tüm sigorta kollarına tabi tutularak aylıkları iptal edilenlerin, Kuruma verecekleri dilekçe veya Sigorta Kolu Tercih Bildirimi ile tercihlerini aylıkların devamı yönünde kullanmaları halinde, tüm sigorta kollarına tabi olan sigortalılıkları, sosyal güvenlik destek primine dönüştürülecek, bunun için de ilgili işverenden cari usullere göre İptal Aylık Prim ve Hizmet Belgesi ile belge türü kodu "02" olan Asıl veya gerektiğinde Ek Aylık Prim ve Hizmet Belgesi alınacak, ancak, bu belgeler yasal süre geçtikten sonra verilmiş olsa bile 08/11/2004 tarih ve VIII-836999 sayılı Genel Yazıya istinaden idari para cezası uygulanmayacak, bunların iptal edilen aylıkları yeniden bağlanacaktır. Feshin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar sigortalıya çalıştırılmadığı süre için en çok dört ay için ödenen ücret ve diğer haklardan tüm sigorta kolları veya sosyal güvenlik destek primi kesilmesi halinde, işverenlerden ayrıca sözleşmenin feshedildiği tarih itibarıyla Sigortalı Tekrar İşe Giriş Bildirgesi'nin Kuruma verilmesi talep edilmeyecektir.
- 26 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 88 vd; Tuncay/Ekmekçi, 100 vd.
- 27 Caniklioğlu, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılması, 212.
- 28 Okur, A. Rıza: Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dallarını, Çalışma ve Toplum, 1, S. 8, 2006, 1, S.8, 116; Caniklioğlu, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılması, 212; ayrıca bkz. Güzel, Ali/Ocak, Saim: 5510 sayılı Yasa ile İşverenlere Getirilen Ek Sosyal Sigorta Yükümlülükleri, LEGAL, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007/13, 157.

- 29 Karş. Güzel/Ocak, 156-157.
- 30 Okur, Sosyal Güvenlik Reformu, 117; Caniklioğlu, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılması, 213.
- 31 1479 sayılı Kanununun Ek 20. maddesine 2003 tarih ve 4956 sayılı Kanunla bir fıkra eklenmiş ve diğer sosyal güvenlik kanunlarına göre malullük ve yaşlılık aylığı alanlardan Bağ-Kur Kanunu'na tabi olarak çalışmaya başlayanların durumu düzenlenmiştir. Buna göre, bu kişiler de sosyal güvenlik destek primi ödemek zorundadırlar. Ödenmesi gereken sosyal güvenlik destek primi ise, Bağ-Kur Kanunu'nun 50. maddesine göre belirlenen onikinci gelir basamağının % 10'udur. Belirtelim ki, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nda da, sosyal güvenlik destek primi ödenen süreler hakkında uygulanacak hükümler 506 sayılı Kanuna koşut olarak düzenlenmiştir. Bu süreler, 1479 sayılı Kanuna göre sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez, ödenen primler 39. madde hükmüne göre toptan ödeme olarak ifade edilmez. Ayrıca bu sürelerle ilgili olarak 1983 tarih ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri de uygulanmaz (Ek m.20/son). Kanunda ödenen bu primler karşılığında yararlanılacak bir sigorta kolu da bulunmamaktadır.
- 32 Bağımsız çalışanların ödemesi gereken sosyal güvenlik destek primi oranı konusunda bkz. Caniklioğlu, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılması, 212-213.
- 33 Anayasa Mahkemesinin iptali konusunda bkz. Arıcı, Kadir: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Yönünden Anayasaya Aykırılığı Sorunu, TİSK Akademi, 2007/I, 7 vd; Ergin, Hediye: İptalle Gelen Sorun: Reformdan Geriye Ne Kaldı? Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarihli Kararına İlişkin Genel Bir Değerlendirme, TİSK Akademi, 2007/I, 27 vd.
- 34 Caniklioğlu, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılması, 213.
- 35 Öğretide, konuya ilişkin düzenleme Taslak halindeyken yapılan bir değerlendirmede, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma hakkının kaldırılmasının Anayasada garanti altına alınmış olan çalışma hakkı ile bağdaşmadığı, bu yönüyle bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi gerekeceği ileri sürülmüştür, Okur, A.Rıza/Ergin, Hediye: 5510 sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi, LEGAL İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007/16, 1456, 169-1470.
- 36 Kaldı ki, geçici 14. maddenin gerekçesinde, herhangi bir ayırımı tabi tutulmaksızın, "Geçici 14 üncü madde ile; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce hizmet akdiyle çalışanlar için prime esas kazançları üzerinden kısa vadeli sigorta kolları primi ile ayrıca %30 oranındaki prim toplamı kadar, kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar için aylıkları üzerinden Kanunun 30'uncu maddesinde belirtilen oranda sosyal güvenlik destek primi alınması öngörülmektedir" denilmektedir. Böyle bir ayırımı gözetenilmiş olsaydı, gerekçede bu koşul ayrıca vurgulanırdı.
- 37 Bu konuda ayrıca bkz. Caniklioğlu, Nurşen: 5510 Sayılı Yasa Tasarısı'nın İşverenlere Getirdiği Ek Yükümlülükler, İşveren Dergisi, Nisan 2008, 35.
- 38 Güzel/Caniklioğlu, 510.
- 39 Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. Güzel/Caniklioğlu, 510-511.
- 40 RG, 26.05.2008, 26887.
- 41 Bentte, işverenlerin 5763 sayılı Kanunla getirilen olanaktan yararlanabilmeleri için uymaları gereken diğer koşullar da ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, işveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermeleri, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı yasal süresinde ödemeleri, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır. Ancak Kuruma olan prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarını 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48'inci maddesine göre tecil ve taksitlendiren işverenler ile 29/7/2003 tarihli ve 4958 sayılı Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna göre yapılandırılan işverenler bu tecil ve taksitlendirme ile yapılandırmaları devam ettiği sürece bu fıkra hükmünden yararlandırılır (m.81/I,1).
- 42 5763 sayılı Kanuna 4447 sayılı Kanuna eklenen geçici 7. maddeye göre, 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük olanlar ile yaş şartı aranmaksızın 18 yaşından büyük kadınları bu maddenin yürürlük tarihinden önceki altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında olması şartıyla, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki bir yıllık dönemde işyerine ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için; 506 sayılı Kanunun 72 nci ve 73 üncü maddelerinde sayılan ve 78'inci maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin; a) Birinci yıl için yüzde yüzü, b) İkinci yıl için yüzde sekseni, c) Üçüncü yıl için yüzde altmışı, d) Dördüncü yıl için yüzde kırkı, e) Beşinci yıl için yüzde yirmisi, İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır.
- 43 Belirtelim ki, 5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesine konulan bir hükümle, yaşlılık aylığının hesabında, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olanlardan, sigortalılık süreleri on yıldan daha az olanlara bir hak tanınmıştır. Bu durumdaki kişilerin yaşlılık aylıklarının hesabında, bu sürelerini on yıla tamamlayınca kadar, her 360 günlük prim için % 3 oranı esas alınır (f.I,b). Böylece, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olanların yaşlılık aylıklarının, yeni düzenlemeden etkilenmemesi sağlanmıştır.
- 44 Nitekim 4447 sayılı Kanunla, yaşlılık aylığına hak kazanmak için kadınlarda 58, erkeklerde 60 yaşın tamamlanması koşulunun getirilmesi nedeniyle sosyal güvenlik destek primi kurumunun öneminin azalacağı haklı olarak ifade edilmişti (Sözer, 108).
- 45 Nitekim 30. maddenin gerekçesinde, 30. maddenin "Üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının yeniden düzenlenmesi ile; hizmet akdiyle çalışanlar için emeklilik yaşının 65'e çıkarılması ve bu yaştan sonra yeniden çalışmanın mümkün olamayacağı, kamu görevlileri için ise 5335 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi hükümleri dikkate alınarak, Kanuna göre ilk defa sigortalı olanlardan kamu görevlileri ve hizmet akdine dayalı çalışanların yaşlılık aylığı almakta iken çalışmaya başlamaları halinde aylıklarının kesileceği hüküm altına alınmıştır." denilmektedir.

Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Yeni Sistemde Yaşlılık Aylığı

1. GENEL OLARAK

Mevcut sosyal güvenlik yasalarının tek bir yasa ile birleştirilmesi amacıyla kabul edilen 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”nun¹ yürürlük tarihi 1.1.2007 olarak belirlenmişti. Anayasa Mahkemesi'nin 15 Aralık 2006 tarihinde 5510 sayılı Kanun'un bazı düzenlemelerinin kısmen ya da tamamen iptaline karar vermesi üzerine² yasanın yürürlüğü ilk olarak 1.7.2007 tarihine³, daha sonra 5655 sayılı Kanun ile 1.1.2008 tarihine⁴, 2008 Yılı Bütçe Kanunu⁵ ile üçüncü olarak 1.6.2008 tarihine ertelendikten sonra, en son 5754 sayılı Kanun⁶ ile de çoğu maddeleri için yürürlük tarihi “2008 yılı Ekim ayı başı” olarak belirlenmiştir⁷.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda⁸ Yaşlılık Sigortası 28 ila 31. maddelerde düzenlenmiştir. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda yaşlılık aylığına hak kazanmak için sigortalının yaşı, prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresi esas alınmışken, 5510 sayılı Kanunda yaşlılık aylığına hak kazanmada sadece sigortalının prim ödeme gün sayısı ve yaşı esas alınmış olup, sigortalılık süresinin bu konuda bir önemi yoktur.

506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalıların emekliliğe hak kazanmaları açısından üç ayrı grup vardır⁹.

İlk gruba girenler, 4447 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 8.9.1999'dan önce sigortalı olup, bu tarih itibariyle emekliliğe hak kazanmış olanlar ve sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ile 23 yıl ve daha fazla olan erkeklerdir¹⁰. Bunlar, halen çalışmakta da olsalar, kadınlar 20, erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini doldurup, 5000 gün prim ödedikleri tarihte yaş şartı aranmaksızın emekli olabileceklerdir (Geç m. 81/A)¹¹.

İkinci gruba girenler, 8.9.1999 tarihi itibariyle sigortalılık süresi 18 yıldan az kadınlar ile 23 yıldan az erkeklerdir. Bu gruptakiler kademeli geçiş koşullarına tabidir (Geç.m. 81/B)¹².

Üçüncü gruptakiler 8.9.1999 tarihinde ilk kez çalışmaya başlayanlardır. 58 yaşını tamamlayan kadınlar ve 60 yaşını dolduran erkekler, en az 7000 gün prim ödediklerinde veya aynı yaşları tamamladıklarında 25 yıldan beri sigortalı olmaları ve en az 4500 gün prim ödemeleri koşuluyla, emekli olabileceklerdir (506 s.K. m. 60/A).

Sosyal güvenlikte reform amacı ile hazırlanan 5510 sayılı Kanun ile emekli olma şartları açısından farklı sigortalı gruplar ortaya çıkmıştır. Bu yazıda 5510 sayılı Kanundaki bu farklı grupların yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları incelenecektir.

II. YAŞLILIK AYLIĞI KOŞULLARI

1. Genel Emeklilik Koşulları

5510 sayılı Kanun'un 28. maddesinde yaşlılık aylığına hak kazanma açısından işçiler (m. 4/I-a'lılar), bağımsız çalışanlar (m. 4/I-b'liler) ve kamu görevlileri (m. 4/I-c'liler) için farklı koşullar düzenlenmiştir.

İşçilerin,

- kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmaları ve
- 7200 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalılığı primi bildirmiş olmaları gerekmektedir.

Bağımsız çalışanların,

- kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmaları ve
- 9000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalılığı primi bildirmiş olmaları gerekmektedir.

5510 s. Kanun'un 28. maddesinde emekli olabilmek için aranan 9000 gün prim koşulu 25 yıllık sigortalı çalışma arayan 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu ile paralellik göstermektedir. Bağımsız çalışanlara yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için ayrıca, yazılı talepte bulunduğu tarih itibarıyla genel sağlık sigortası primi dahil kendi sigortalılığı nedeniyle prim ve prime ilişkin her türlü borcunun olmaması da zorunludur.

Kamu görevlilerinin,

- kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmaları ve
- 9000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalılığı primi bildirmiş olmaları gerekmektedir.

5510 s. Kanun'un 28. maddesinde emekli olabilmek için aranan 9000 gün prim koşulu 25 fiili hizmet yılı çalışmayı arayan 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile paralellik göstermektedir¹³.

Halen kadınlarda 58, erkeklerde 60 olan yaş koşulu her çalışan grubu için (işçi, bağımsız, kamu görevlisi) ilk olarak 1.1.2036'ya kadar değişmeden devam edecektir. 1.1.2036'dan 1.1.2048'e kadar ise kademeli bir artış düzenlenmiştir. Buna göre emeklilik yaşı 1.1.2036'dan 1.1.2048'e kadar iki yılda bir, birer yaş artırılmaktadır (5510 s. K. m. 28/II-a)¹⁴. Buna göre;

01/01/2036 ila 21/12/2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61,

1/1/2038 ila 31/12/2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62,

1/1/2040 ila 31/12/2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63,

1/1/2042 ila 31/12/2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64,

1/1/2044 ila 31/12/2045 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65,

1/1/2046 ila 31/12/2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65,

1/1/2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65,

olarak uygulanacaktır. Ancak işçilerin yaş hadlerinin uygulanmasında (a) bendinde belirtilen prim gün sayısı şartının doldurulduğu tarihte geçerli olan yaş hadleri esas alınacaktır (5510 s. K. m. 28/II-a).

Görüldüğü gibi 1.1.2048'e kadar kadınlar ve erkekler için farklı yaşlar öngörülmüşken, 2048'den sonra kadınlar ve erkekler için aynı yaş getirilmiş, bu tarihten sonra emekli olma yaşı herkes için 65 olarak kabul edilmiştir. Sosyal güvenlik sistemimizde ilk defa bu kadar uzun bir dönem için düzenleme öngörülmektedir¹⁵. 40 yıllık bir dönemi bugünden düzenlemek son derece iddialı bir çabadır. İki yıllık geçmişi olan bu reform hazırlıklarının, bu derece önemli, toplumun tüm kesimlerini ilgilendiren sosyal güvenlik konusunda yetersiz kalacağı ve çözüm yerine kaos getireceği yaygın bir biçimde dile getirilmekte, vurgulanmaktadır¹⁶.

30.4.2008 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olan işçiler ancak daha fazla prim ödeyerek yaşlılık aylığına hak kazanabileceklerdir (Geç. m. 9/I). 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için en az 7000 gün prim ödemek gerekmekte iken (m. 60/I-A), 5510 sayılı Kanun ile prim ödeme gün sayısı 7200 güne yükseltilmiştir (m. 28/I-a).

2. İlk defa 8.9.1999 ila 30.4.2008 tarihleri arasında sigortalı olanların emekliliği

5510 s. K. m.4/I-a kapsamında olup da 8/9/1999 tarihinden 30/4/2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı olanlar; kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 7000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla veya kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün malûllük, yaş-

lılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığından yararlanırlar (Geçici m. 9/I). Bu düzenleme 506 s.K. m. 60/A'daki düzenlemenin tekrarıdır. Böylece, 08.09.1999 ile 30.04.2008 tarihleri arasında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında ilk kez sigortalı olanların, sigortalı oldukları gündeki geçerli koşullarla yaşlılık aylığına hak kazanma olanakları korunmuştur.

2925 sayılı Yasa kapsamındaki tarım işçileri de 8.9.1999 tarihinden 30.4.2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı olma koşuluyla kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 15 yıldan beri sigortalı olup 3600 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemek şartıyla yaşlılık aylığından yararlanırlar (Geçici m. 9/III). Bu düzenleme 2925 sayılı Yasanın 20. maddesindeki koşulların tekrarıdır. Böylece, 08.09.1999 ile 30.4.2008 tarihine kadar 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında ilk kez sigortalı olanların, sigortalı oldukları günde geçerli koşullarla yaşlılık aylığına hak kazanma olanakları korunmuştur.

Geçici 9. maddenin 2. fıkrası ile m.4/I-b kapsamında olup da 8/9/1999 tarihinden 30/4/2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı olanlar kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş ve 25 tam yıl sigorta primi ödemiş olması veya kadın ise 60, erkek ise 62 yaşını doldurması ve en az 15 tam yıl malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemesi şartıyla kısmi yaşlılık aylığından yararlanma olanakları korunmuştur. Burada 1479 sayılı Kanununun 35. maddesi tekrarlanmıştır.

Geçici 9. maddenin 3. fıkrası ile m.4/I-c kapsamında olup da 8/9/1999 tarihinden 30/4/2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı olanlar kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş ve 25 tam yıl sigorta primi ödemiş olması veya 61 yaşını doldurması ve en az 15 tam yıl malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemesi şartıyla kısmi yaşlılık aylığından yararlanma olanakları korunmuştur. Bu düzenlemede 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 39. maddesinde yer alan emeklilik koşulları tekrarlanmıştır.

3. Kolaylaştırılmış emeklilik koşulları

a) İleri Yaştakiler bakımından

5510 s. K.'nun 28. maddesinin 3. fıkrasında yer alan bu düzenlemeye göre, "Sigortalılar, ikinci fik-

ranın (a) ve (b) bentlerinde yer alan yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek üzere üç yıl eklenmek ve adlarına en az 5400 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla da yaşlılık aylığından yararlanabilirler". Benzer bir düzenleme 506 sayılı Kanunda da bulunmaktadır. Kadınlar 58, erkekler ise 60 yaşını doldurmuş olmak, 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün prim ödemek koşuluyla yaşlılık aylığına hak kazanabilmektedirler (SSK m. 60/I, A-b).

"İleri yaştakiler için kolaylaştırılmış emeklilik"¹⁷ olarak da adlandırılabileceğimiz m. 28/3'deki bu düzenlemeye göre, emekli olabilmek için ödenmesi gereken prim miktarı 9000 günden 5400 güne indirilmekte, buna karşılık doldurulması gereken yaş, üç yıl artırılmaktadır. Yani, m.28/2- (a)'daki erkekler için 60, kadınlar için 58 olan emeklilik yaşı sırasıyla 63'e ve 61'e çıkarılmaktadır. Böylece yaş koşulunu yerine getiren kişiler 15 yıllık çalışmayla (5400:360=15) yaşlılık aylığına hak kazanabileceklerdir.

İleri yaştakiler için kolaylaştırılmış bu emeklilikte de bir geçiş sürecine yer verilmiştir. 28. maddede belirtilen 5400 günlük süre ilk defa; 30.4.2008 ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4600 gün olarak, 01/01/2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 4600 güne 100 gün eklenmek suretiyle 5400 günü geçmemek üzere uygulanacaktır (Geçici m. 6/VII-b, 1, 2).

b) Erken Yaşlananlar bakımından

5510 sayılı Kanun ile erken yaşlananlar için kolaylaştırılmış bir emeklilik seçeneği de getirilmiştir. 55 yaşını dolduran ve erken yaşlanmış olduğu tespit edilen sigortalılar, yaş dışındaki diğer şartları taşımaları halinde yaşlılık aylığından yararlanırlar (m. 28/VII).

c) Maden İşçileri bakımından

5510 sayılı Kanununun 28. m.'nin 6. fıkrasına göre Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı işlerinde sürekli veya münavebeli olarak en az 20 yıldan beri çalışan sigortalılar 55 yaşında emekli olabileceklerdir.

30.4.2008 tarihinden önce 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'na göre sigortalı sayılan maden işçilerinin emekliliği için 5510 s. Kanununun geçici 9. m.'nin 4. fıkrası'na üç alternatif emeklilik seçeneği

getirilmiştir. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre sigortalı sayılanlardan;

- En az 20 yıldan beri Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı işyerlerinde sürekli çalışan ve bu işlerde en az 5000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeyen sigortalılara yazılı talepleri halinde 28 inci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendindeki yaş şartları aranmaksızın yaşlılık aylığı bağlanır.

- En az 25 yıldan beri Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı işyerlerinde yeraltı münavebelilerinde çalışan ve bu işlerde en az 4000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeyen sigortalılara da 28 inci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendindeki yaş şartları aranmaksızın 8100 gün prim ödemiş sigortalılar gibi yaşlılık aylığı bağlanır.

- 50 yaşını dolduran ve malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi çalışmalarının en az 1800 gününü Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı işlerinde geçirmiş olan sigortalılara da birinci fıkrada belirtilen diğer şartlarla yaşlılık aylığı bağlanır.

d) Malûller bakımından

5510 s. Yasa'nın 28. maddesinin 4 ve 5. fıkralarında iki grup malul ele alınmış ve hangi koşullarla yaşlılık aylığına hak kazanacakları düzenlenmiştir.

aa) Kayıp oranı en az % 60 olanlar

Bunlar 5510 s. Yasa'nın 25. maddesine göre malûl sayılanlardır. Yani çalışma güçlerinin veya iş kazası meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma güçlerinin % 60'ını kaybetmiş olan kişilerdir. Bu kayıp çalışmaya başladıktan sonra gerçekleşirse sigortalıya malullük aylığı bağlanabilmekte, çalışmaya başlamadan önceki bu derecedeki sakatlıklar malullük aylığı bağlanması sonucunu doğurmaktadır. İşte bu durumdakilere 5510 sayılı Yasa'nın 28/4. maddesi yaşlılık aylığı bağlanmasını öngörmüştür. Bunun için sigortalının:

- Çalışmaya başladığı sırada 25. maddeye göre malul olması,

- 15 yıldan beri sigortalı olması,

- 3960 gün (11 yıl) malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi ödemiş olması aranır.

Böylece malul sigortalıya 33 yaşını doldurunca (18+15) yaşlılık aylığı bağlanabilecektir.

Geçici 6. maddeye göre kademeli geçiş uygulanarak, belirtilen 3960 günlük süre ilk defa; 1.10.2008 ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı olanlar için 3700 gün olarak, 1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise, her takvim yılı başında 3700 güne 100 gün eklenmek suretiyle 3960 günü geçmemek üzere uygulanacaktır (Geç. m. 6/7-c, 1,2).

bb) Kayıp oranı % 60'ın altında olanlar

28. maddenin 5. fıkrasında malûllere bağlanacak yaşlılık aylığı konusunda kolaylaştırılmış iki yol daha öngörülmüştür. Burada sigortalılık süresi ve prim gün sayısı artırılmış, sadece çalışma gücü kaybı dikkate alınarak bir kademelendirme yapılmış, meslekte kazanma gücü dikkate alınmamıştır. Buna göre;

- Çalışma gücü kayıp oranları % 50-59 arasında olanlar en az 16 yıl sigortalı olma ve 4320 gün (12 yıl) prim ödeme koşuluyla, 34 yaşını doldurunca (18+16) yaşlılık aylığına hak kazanacaktır.

- Çalışma gücü kayıp oranları, % 40-49 arasında olanlar ise, en az 18 yıl sigortalı olma ve 4680 gün (13 yıl) prim ödeme koşuluyla, 36 yaşını doldurunca (18+18) yaşlılık aylığına hak kazanacaklardır.

Geçici 6. maddeye göre kademeli geçiş ile yukarıda belirtilen 4320 günlük süre ilk defa; 1.10.2008 ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 3700 gün olarak, 1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise, her takvim yılı başında 3700 güne 100 gün eklenmek suretiyle 4320 günü geçmemek üzere uygulanacaktır (Geç. m.6/VII-d, 1, 2).

Yine kademeli geçiş ile yukarıda belirtilen 4680 günlük süre ilk defa; 1.10.2008 ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4100 gün olarak, 1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 4100 güne 100 gün eklenmek suretiyle 4680 günü geçmemek üzere uygulanacaktır (Geç. m. 6/VII-e,1,2).

e) Başkasının bakımına muhtaç çocuğu olan kadın işçiler bakımından

5510 sayılı Yasa ile kadınlar için önemli sayılabilecek bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, "Emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalılardan başka birinin sürekli ba-

kımına muhtaç derecede malûl çocuğu bulunanların, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenir ve eklenen bu süreler emeklilik yaş hadlerinden de indirilir” (m. 28/8).

4. Kamu Çalışanlarına Özel Emeklilik

5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinin I. fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılan bazı kamu görevlilerine yaşlılık aylığı bağlanmasına ilişkin özel düzenlemeler aynı Kanunun 44. maddesinde yer almıştır. Bu maddeye göre yaş haddi nedeniyle ve kadrosuzluk nedeniyle emeklilikte prim ve yaş şartı kolaylaştırılmış şekilde uygulanmaktadır.

a) Yaş haddi nedeniyle emeklilik

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu’nun 40. maddesi gereğince yaş haddinden emekliye ayrılanlara 5400 gün prim ödeme gün sayısı olması halinde yaşlılık aylığı bağlanır (m. 44/I-a). 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu’nun 40. maddesinde ise emekli olma yaş haddi olarak 61 yaş kabul edilmiş, b ve ç bentlerindeki istisnalar dışında, bu yaşı dolduranların görevleri ile ilişkilerinin kesilmesi kabul edilmiştir. Kamu hizmetinde çalışmakta olanlar 61 yaşını doldurmak ve 5400 gün prim ödemek koşuluyla emekli olabileceklerdir.

b) Kadrosuzluk nedeniyle emeklilik

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu’na tabi olarak çalışanlardan özel kanunları gereğince kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk edilenlere yaş şartı aranmaksızın prim ödeme gün sayısı 9000 gün olması halinde yaşlılık aylığı bağlanır (m. 44/VI). Bu seçenekte de emeklilik için sadece prim koşulu aranmaktadır.

c) Re’sen emeklilik

5510 s. Kanununun m.4/I-c kapsamında olanlardan subay, astsubay, askerî memurlarla uzman jandarma ve uzman erbaşlar ahlâk noktasından hükümle veya yetersizlik ya da disiplin sebeplerinden dolayı sicilleri üzerine veyahut askerî mahkemelerce verilecek kararlar üzerine kurumlarınca re’sen, bunlar dışında kalanlar ise ahlâk ve yetersizlik sebeplerinden dolayı yönetmeliğine göre sicilleri üzerine kurumlarınca re’sen emekliye sevk

edilenlere ise, 28 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında belirtilen yaş ve prim ödeme gün sayısını tamamlamaları halinde yaşlılık aylığı bağlanır.

III. YAŞLILIK AYLIĞININ HESABI

5510 sayılı Kanununun 29. maddesinde yaşlılık aylığının nasıl hesaplanacağı düzenlenmektedir. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar ile aynı fıkranın (c) bendine göre bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylığı, temel olarak ortalama aylık kazançla, aylık bağlama oranının çarpılması suretiyle hesaplanmaktadır¹⁸. 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce (1.10.2008) iştirakçi olan kamu görevlilerinin yaşlılık aylığı ve bu aylıkların artırılması ise 5434 sayılı Kanuna göre yapılacaktır (geç. m.4).

5510 s. Kanun’a göre,

$$\text{Yaşlılık Aylığı} = \frac{\text{Ortalama Aylık Kazanç}}{\text{Kazanç}} \times \text{Aylık Bağlama Oranı}$$

olarak formüle edilebilir.

Aylık bağlamaya esas alınan ortalama aylık kazanç: Sigortalının her yıla ait prime esas kazancının, kazancın ait olduğu yıldan itibaren aylık talep tarihine kadar geçen yıllar için, her yıl gerçekleşen güncelleme katsayısı ile güncellenerek bulunan kazançlar toplamının, itibari hizmet süresi ile fiili hizmet süresi zammı hariç toplam prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanan ortalama günlük kazancın otuz katıdır (Md. 29/II).

$$\text{Ortalama Aylık Kazanç} = \text{Ortalama Günlük Kazanç} \times 30$$

$$\text{Ortalama Günlük Kazanç} = \frac{\text{Her Yılın Prime Esas Kazancı} \times \text{Güncelleme Katsayısı}}{\text{Toplam Prim Ödeme Gün Sayısı}}$$

29. maddeye göre ortalama aylık kazancın hesabında “güncelleme katsayısı” kullanılacaktır. “Güncelleme katsayısı: Her yılın Aralık ayına göre Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan en son temel yıllık tüketici fiyatları genel indeksindeki değişim oranının % 100’ü ile sabit fiyatlarla gayri safi yurtiçi hasıla gelişme hızının % 30’unun toplamına (1) tam sayısının ilâve edilmesi sonucunda bulunan değeri, ifade eder.” (m. 3/ 29).

Aylık bağlama oranı, sigortalının malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi geçen toplam prim ödeme gün sayısının her 360 günü için % 2 olarak uygulanır.

5510 s. Kanuna göre bağlanan gelir ve aylıklar, her yılın Ocak ve Temmuz ödeme tarihlerinden geçerli olmak üzere, bir önceki altı aylık döneme göre Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan en son temel yıllık tüketici fiyatları genel indeksindeki değişim oranı kadar artırılarak belirlenir (m. 55/II).

Aylık bağlama oranı, sigortalının malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi geçen toplam prim ödeme gün sayısının her 360 günü için % 2 olarak uygulanır. Bu hesaplamada 360 günden eksik süreler orantılı olarak dikkate alınır. Ancak aylık bağlama oranı % 90'ı geçemez.

5510 s. Kanun ile yaşlılık aylığı bağlanmasında, sigortalının ödediği primlerin ilk yılları için daha çok daha sonraki dönem için daha az oranda aylık bağlanması sistemi terk edilmiş, her yıl için sabit bir oran belirlenmiştir. Bu düzenleme ile daha fazla aylığa hak kazanmak isteyen sigortalıların daha uzun süre sistemde kalmaları sağlanmaya çalışılmıştır¹⁹. Ancak, bu sistemle aylık bağlama oranları çok düşük olacaktır ve bu düzenlemeden en fazla da Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olarak çalışanlar etkilenecektir²⁰. Emekli Sandığına tabi olanlar 25 yıl karşılığı olarak % 3 üzerinden aylığa hak kazandıkları için % 2'lik oran bu gruptakiler için bir geriye gidiş olacaktır.

Geçici 1. maddenin 2. fıkrasına göre, 506, 1479, 2925 ve 5434 sayılı yasalara göre bağlanan veya hak kazanan; aylık, gelir ve diğer ödenekler ile 8/2/2006 tarihli ve 5454 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre ödenmekte olan ek ödemenin verilmesine devam edilir. Bu gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, 5510 s. Kanun ile yürürlükten kaldırılan ilgili yasa hükümleri uygulanır. Bu düzenlemeye göre, 5510 sayılı Yasa'dan önce yürürlükte olan yasalara göre aylık bağlanmış ya da hak kazanılmış olması eski yasalara göre bir "kazanılmış hak"tan söz edebilmek için şarttır.

Geçici 2. maddede bazı maddeleri yürürlükten kaldırılan sosyal güvenlik yasalarına tabi geçen çalışmalar için bağlanacak aylığın hesaplanması düzenlenmiştir. Bu maddeye göre 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önce 506, 1479, 2925, 2926 sayılı yasalara tabi olanlara bağlanacak yaşlılık aylıkları aşağıda belirtildiği gibi hesaplanır:

"a) Sigortalının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen sürelerdeki prim ödeme gün sayılarına veya fiilî hizmet süresine ait aylık; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki kanun hükümlerine göre, aylık talep tarihindeki toplam prim ödeme gün sayısı veya fiilî hizmet süresi üzerinden, bu Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla hesaplanacak aylığının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadarki prim ödeme gün sayısı veya fiilî hizmet süresi ile orantılı bölümü, aylık talep tarihine kadar geçen yıllar için, her yıl gerçekleşen güncelleme katsayısı ile çarpılarak hesaplanır.

b) Sigortalının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen sürelerdeki prim ödeme gün sayılarına ait aylığı, aylık talep tarihindeki toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden 29. madde hükümlerine göre hesaplanacak aylığının, bu Kanunun yürürlük tarihinden sonraki prim ödeme gün sayısına orantılı bölümü kadardır. Ancak, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3600 prim gün sayısını doldurmamış olan sigortalıların yaşlılık aylığı bağlama oranının hesabında, sigortalının Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen ve Kanunun yürürlük tarihinden önceki prim gün sayısını 3600 güne tamamlayan hizmet sürelerinin her 360 günü için % 3 oranı esas alınır.

c) Aylık, (a) ve (b) bentlerine göre hesaplanan kısmî aylıkların toplamından oluşur. Aylıklar yaklaşık 29 uncu maddenin son fıkrasına göre artırılarak belirlenir.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanunun geçici 82 nci maddesinin (a) bendine göre gösterge sistemi içinde hesaplanacak kısmî aylıklara esas gösterge, sigortalıların ortalama yıllık kazanç hesabına giren takvim yılı sayısı esas alınmak suretiyle hazırlanacak olan gösterge ve üst gösterge tespit tabloları esas alınarak belirlenir.

Bu Kanunun yürürlük tarihine kadar geçen sürelerle ilişkin aylığın hesabında esas alınan asgari

aylık tutarı ile 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanunun geçici 82 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre belirlenen eski tam aylık tutarı, toplam prim ödeme gün sayısı içinde bu Kanunun yürürlük tarihine kadar geçen prim ödeme gün sayısının oranına tekabül eden tutar üzerinden esas alınır.

Yurt dışı hizmet borçlanması yapanların aylıkları da yukarıda belirtilen fıkralara göre hesaplanır.

Bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı sayılanlardan, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ilgili kanun hükümleri ile bu madde hükümlerine göre yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra çalışmaya başlaması nedeniyle aylıkları kesilenlerden, işten ayrılarak yeniden yaşlılık aylığı bağlanması için yazılı istekte bulunanların yeni aylıkları, bu Kanunun 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre hesaplanır.,

IV. YAŞLILIK AYLIĞININ BAŞLAMASI

5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin 9. fıkrasına göre, yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için ayrıca sigortalının işten ayrılıp talepte bulunması gerekmektedir. Talep koşulu işçi, bağımsız çalışanlar ve kamu görevlileri için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre:

- Hizmet akdi ile çalışanların işten ayrılmaları,
- Bağımsız çalışanlar, faaliyetine son verip vermeyeceğini beyan ettikten sonra yazılı istekte bulunmaları,
- Kamu görevlisi ise, yetkili makamdan emekliye sevk onayı aldıktan sonra ilişkilerinin kesilmesi şarttır.

5510 sayılı Kanun yaşlılık aylığının başlangıcını da yine üçlü bir ayırımla ele almıştır (m. 30/D):

- Hizmet akdi ile çalışanların, bağımsız çalışanların köy ve mahalle muhtarlarının yaşlılık aylıkları, yazılı isteklerini izleyen aybaşından,
- Kamu görevlilerinin yaşlılık aylıkları, yetkili makamdan alınan sevk onayı üzerine görevleriyle ilişkisinin kesildiği tarihi takip eden aybaşından,
- Kamu görevlilerinden her ne şekilde olursa olsun görevinden ayrılmış ve daha sonra başka bir sigortalılık haline tabi olarak çalışmamış olanlar ile kontrol muayenesi sonucu aylığı kesilenler-

den yaşlılık aylığına hak kazananlara ise istek tarihini takip eden aybaşından itibaren başlayacaktır.

V. AYLIK ALANLARIN YENİDEN ÇALIŞMASI

Yaşlılık aylığı almakta olanlar 5510 s. Kanuna tabi olarak veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışılmaya başlarsa, 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 (m. 30/III).

Sigortalıların hem yaşlılık aylıklarını alıp, hem de sosyal güvenlik destek primi (SGDP) ödeyerek çalışabilmeleri imkânını düzenleyen 30. maddenin 4. fıkrası hiç uygulanmadan 5754 s. Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Sosyal güvenlik destek priminin miktarı 5510 sayılı Kanunun 81. maddesinin (e) bendinde düzenlenmişti²¹. Anayasa Mahkemesi, 5510 s. Kanun'un 30. m.'nin 4. f.'ndaki "...81. maddenin (e) bendi gereğince sosyal güvenlik destek primi alınır." bölümünü Kanunun m. 4/1-(b) kapsamına giren sigortalılar yönünden Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırı bularak iptal ederken, diğer sigortalılara uygulanan prim oranları yönünden bir ölçüsüzlük bulunmadığı sonucuna varmış ve bu düzenlemeyi Anayasa'nın 2. ve 60. maddelerine uygun bulmuştu. 5510 sayılı Kanun'da 5754 sayılı Kanun ile sosyal güvenlik destek primi konusunda çok önemli değişiklikler yapılmıştır; sosyal

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının tam tersine bir düzenleme yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik destek primini sadece bağımsız çalışanlar yönünden iptal etmiş, kamu görevlileri ve işçiler açısından ise Anayasa'ya aykırılık görmemiştir.

1.10.2008 tarihinden önce çalışmaya başlayan işçi, bağımsız çalışan ve kamu görevlileri hem yaşlılık aylığı alıp hem de SGDP ödeyerek çalışabileceklerdir.

güvenlik destek priminin miktarını düzenleyen 81. maddenin (e) bendi kaldırılmış, yerine 30. maddenin 3. fıkrasının b bendine sadece bağımsız çalışanlar için bir hüküm getirilmiştir:

“4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi hariç olmak üzere diğer alt bentlerine tabi çalışmaya başlayanlardan aylıklarının kesilmemesi için yazılı istekte bulunanların yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam edilir. Bunlardan, almakta oldukları aylıklarının % 15'i oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir...”

Böylelikle, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının tam tersine bir düzenleme yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik destek primini sadece bağımsız çalışanlar yönünden iptal etmiş, kamu görevlileri ve işçiler açısından ise Anayasa'ya aykırılık görmemiştir. 5510 s. Kanundaki düzenleme ile, kamu görevlileri ile işçiler açısından sosyal güvenlik destek primi kaldırılmış, bağımsız çalışanlar açısından zaten yüksek olan sosyal güvenlik destek primi %10'dan %15'e çıkarılarak ağırlaştırılmıştır. Bu düzenleme karşısında eğer kamu görevlileri ve işçiler emeklilikten sonra çalışmaya başlarsa aylıkları kesilecektir. Bu hüküm Anayasa'nın 48. maddesinde garanti altına alınmış olan çalışma hakkı ile bağdaşmamaktadır²².

Geçici 14. maddede sosyal güvenlik destek primine ilişkin bir geçiş hükmüne de yer verilmiştir: “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştrakçi veya sigortalı olanlar, vazife malûllüğü, malûllük 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 için özel bir yürürlüğe girme tarihi belirtilmediği için 5510 s. Kanun'un diğer hükümleri ile birlikte 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe gireceğinden, 1.10.2008 tarihinden önce çalışmaya başlayan işçi, bağımsız çalışan ve kamu görevlileri hem yaşlılık aylığı alıp hem de SGDP ödeyerek çalışabileceklerdir.

den 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.

VI. YAŞLILIK TOPTAN ÖDEMESİ VE İHYA

5510 sayılı Kanun'un 31. maddesinde, işinden ayrıldığı veya işyerini kapattığı halde yaşlılık aylığına hak kazanamayan sigortalıya, ödemiş olduğu malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları priminin iadesini düzenlemektedir. Bu hükme göre:

“4. maddenin birinci fıkrasının; (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar ile bu Kanuna göre ilk defa (c) bendi kapsamında sigortalı olanlardan, herhangi bir nedenle çalıştığı işten ayrılan veya işyerini kapatan ve yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli yaş şartını doldurduğu halde malûllük ve yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanamayan sigortalıya, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamında ise kendi adına bildirilen, (b) bendi kapsamında ise ödediği malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin her yıla ait tutarı, primin ait olduğu yıldan itibaren yazılı istek tarihine kadar geçen yıllar için, her yılın gerçekleşen güncelleme katsayısı ile güncellenerek toptan ödeme şeklinde verilir” (m. 31/I).

Toptan ödeme yoluyla tasfiye edilen hizmetler, yeniden sigortalı çalışma halinde istenirse, toptan ödemenin alındığı tarihle yazılı istek tarihi arasında gerçekleşen güncelleme katsayısı ile güncellenerek istek tarihini izleyen ayın sonuna kadar Kuruma iade edilirse bu hizmetler ihya edilerek Kanunun uygulanmasında dikkate alınır. Güncelleme sadece Kanunun yürürlük tarihinden itibaren geçecek süreler için yapılır.

VII. GELİRLERİN VE AYLIKLARIN BİRLEŞMESİ

Sigortalı değişik sigorta dallarından aynı anda birden çok yardıma hak kazanmışsa, nasıl hesaplanacağı konusu, 5510 sayılı Kanun'un 54. maddesinde, 506 sayılı Kanun'daki düzenlemeye benzer biçimde²³ düzenlenmiştir.

a) Gelirlerin Birleşmesi

- Sürekli iş göremezlik geliriyle birlikte ölen eşinden dolayı da gelire hak kazanan eşe her iki geliri,

- Ana ve babadan ayrı ayrı gelire hak kazananlara, yüksek olan gelirin tamamı, az olanın yarısı,

- Birden fazla çocuğundan gelire hak kazanan ana ve babaya, en fazla ödemeye imkân veren ilk iki dosyadan yüksek olan gelirin tamamı, düşük olan gelirin yarısı,

- Hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm gelirine hak kazananlara, tercihine göre eşinden ya da ana ve/veya babasından bağlanacak geliri,

- Evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda sonraki eşinden de gelire hak kazananlara tercih ettiği geliri,

bağlanır (5510. s. K. m. 54/I-b).

b) Aylıkların Birleşmesi

- Hem malullük, hem de yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya sadece bunlardan yüksek olanı, aylıkları eşitse sadece yaşlılık aylığı bağlanır.

- Malullük, vazife malüllüğü veya yaşlılık aylığı ile birlikte, ölen eşinden de ölüm aylığına hak kazanan sigortalıya her iki aylık bağlanır.

- Ana ve babasından ayrı ayrı ölüm aylığına hak kazanan çocuklara yüksek olan aylığın tamamı, düşük olan aylığın yarısı bağlanır.

- Birden fazla çocuğundan ayrı ayrı ölüm aylığına hak kazanan anne ve babaya, en fazla ödemeye imkân veren iki dosyadan ayrı ayrı aylık bağlanır. Ancak bunlardan yüksek olanın tamamı, daha düşük olanın da yarısı dikkate alınır.

- Hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm aylığına hak kazananlara, tercihine göre eşinden ya da ana ve/veya babasından bağlanacak aylığı,

- Bu Kanuna göre vazife malüllüğü aylığı almakta iken, tekrar sigortalı olanlardan hem vazife malüllüğüne hem de malüllük aylığına hak kazananlara bu aylıklardan yüksek olanı, aylıkları eşitse yalnızca vazife malüllüğü aylığı, bunlardan hem vazife malüllüğü hem de yaşlılık aylığına hak kazananlara, bu aylıkların her ikisi,

- Evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda sonraki eşinden de aylığa hak kazananlara tercih ettiği aylığı,

bağlanır (5510. s. K. m. 54/I-a).

c) Gelir ve Aylıkların Birleşmesi

Burada sigortalı iş kazası meslek hastalığı sigortasından kazandığı gelir yanında ayrıca, malullük aylığına veya yaşlılık aylığına da hak kazanmaktadır. Hatta bazen üçüne birden hak kazanabilir. 5510 s. Kanun m. 54/I-c: "Malüllük, yaşlılık, ölüm sigortaları ve vazife malüllüğü ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık veya gelirlerden yüksek olanın tamamı, az olanın yarısı, eşitliği halinde ise iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tümü, malüllük, vazife malüllüğü veya yaşlılık aylığının yarısı bağlanır." Bu durumda sigortalıya bunlardan yüksek olanın tamamı, düşük olanın da yarısı bağlanmaktadır. Gelir ve aylık eşitse, iş kazası meslek hastalığı sigortasından bağlanan gelirin tamamı, aylığın ise yarısı bağlanır.

5510 s. Kanun'un 54. maddenin son fıkrasında, ikiden fazla gelir veya aylık söz konusu olunca, uygulanacak kuralı bir kez daha dile getirmektedir. Buna göre "...bir kişide ikiden fazla gelir veya aylık birleştiği takdirde bu gelir ve aylıklardan en fazla ödemeye imkân veren iki dosya üzerinden gelir veya aylık bağlanır, diğer dosya veya dosyalardaki gelir ve aylık hakları durum değişikliği veya diğer bir dosyadan gelir veya aylığa hak kazandıktan itibaren bir ay kadar düşer".

Görüldüğü gibi yukarıda ayrı ayrı ele alınan şıklar burada bir de temel kural olarak ifade edilmiştir. Ancak en fazla ödemeye imkân veren iki dosyadan doğan hakların hangi ölçüde dikkate alınacağına değinilmemiştir. Buradaki ölçünün "yüksek olanın tamamı, düşük olanın yarısı" olduğunu düşünüyoruz. Zaten daha önceki şıklarda da bu çözüm benimsenmişti.

VIII. GELİR VE AYLIKLARIN DÜZELTİLMESİ, ÖDENMESİ, GÜNCELLENMESİ

Sigortalı veya hak sahibinin durumları, bağlanan gelir ve aylıkları yeniden gözden geçirilmesini gerektirecek biçimde değişirse, gelir ve aylıklar, değişikliğin meydana geldiği tarihten sonraki ödeme döneminden başlamak üzere, yeni duruma uyacak biçimde gözden geçirilir ve düzeltilir (m. 55/I).

Sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan gelir ve aylıklar her ay peşin olarak ödenir. Gelir ve aylıkların ödeme dönemleri, ödeme tarihleri, ödeme şekli ve ödeme yerleri Kurumca belirlenir (m. 55/VI).

Gelir ve aylıklar, her yılın Ocak ve Temmuz tarihlerinden geçerli olmak üzere, bir önceki altı aylık döneme göre Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan en son temel yıllık tüketici fiyatları genel indeksindeki değişim oranı kadar artırılarak belirlenir (m. 55/II).

IX. GELİR VEYA AYLIK BAĞLANMASINI ENGELLEYEN HALLER

Hak sahibinin bazı olumsuz davranışlarının sosyal güvenlik haklarını etkileyip etkilemeyeceği sosyal güvenlik hukukumuzun tartışmalı konularından biridir. Medeni Kanun'da ayrı ayrı düzenlenmiş olan, mirasçılıktan çıkarma (MK. m. 510), mirastan yoksunluk (MK. 578), mirası red (MK. m. 605), durumlarının bu duruma neden olan, hak sahiplerinin sosyal güvenlik sisteminde öngörülen haklarını ne ölçüde etkileyeceği belirsizdir²⁴. SSK bu konuyu düzenlememiş, ancak 1981 tarihli, 2917 sayılı Genelge "Sigortalıyı kasten ve haksız yere öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden kimselerin hak sahibi olamayacaklarına" ilişkin bir hükme yer vermiştir. Buna karşılık 5434 sayılı Kanunun 77. maddesi Medeni Kanunda yer alan bazı hallerde, hak sahibine ölüm aylığı bağlanamayacağını vurgulamaktadır²⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2005 tarihli bir kararında sigortalıyı kasten öldüren eşe, ölüm aylığı bağlanamayacağına karar vermiştir²⁶.

İşte bu önemli konu 5510 sayılı Kanun'un 56. maddesinde açıkça düzenlenmiştir:

Ölen sigortalının hak sahiplerinden;

a) Kendisinden aylık bağlanacak sigortalıya veya gelir ya da aylık bağlanmış olan sigortalıyı kasten öldürdüğü veya öldürmeye teşebbüs ettiği veya bu Kanun gereğince sürekli iş göremez hale veya malûl duruma getirdiği,

b) Kendisinden aylık bağlanacak sigortalıya veya gelir ya da aylık bağlanmamış olan sigortalıya veya hak sahibine karşı ağır bir suç işlediği veya bunlara karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi nedeniyle ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçılıktan çıkarıldıkları,

hususunda kesinleşmiş yargı kararı bulunan kişilere gelir veya aylık ödenmez. Ödenmiş bulunan gelir ve aylıklar, 96. madde hükümlerine göre geri alınır.

56. m.'nin II. fıkrasına göre, eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96. madde hükümlerine göre geri alınır.

Maddedeki bentler ve fıkralar birbiriyle uyumsuzdur. (a) ve (b) bentlerinde hak sahibinin sigortalıya yönelik suç oluşturan davranışları dolayısıyla gelir ve aylıktan mahrum kalması düzenlenmiş, diğer fıkra ve bentler de ise gelir veya aylığın ödenmeyeceği çok farklı iki duruma değinilmiştir: Sonraki eşten de aylığa hak kazanma, boşandığı eşiyile birlikte yaşama²⁷.

X. SONUÇ

1. 5510 sayılı Kanun ile yaşlılık aylığına hak kazanma şartları açısından farklı sigortalı grupları ortaya çıkmıştır. 5510 sayılı Kanunun 28. maddesi ile emekli olma bakımından mevcut emeklilik koşulları yanında üç yeni grup daha getirilmiştir:

a) 1.10.2008–31.12.2035 tarihleri arasında, kadınlar 58, erkekler 60 yaşını doldurmakla emekli olabileceklerdir (5510 s.K. m. 28/II-a). Prim ödeme gün sayısı ise işçiler için 7200 gün, bağımsız çalışanlar ve kamu görevlileri için ise 9000 gündür.

b) 1.1.2036-31.12.2047 tarihleri arasında işçiler için 7200 gün, bağımsız çalışanlar ve kamu görevlileri için 9000 gün prim ödeyerek ve yaş da kademeli olarak kadınlarda 58 ve erkeklerde 60'dan herkes için eşit olarak 65'e yükseltilmektedir (m. 28/2-b,1-6).

Mevcut sosyal güvenlik yasalarındaki farklı emekli olma şartları ve bunlarla ilgili geçiş sürecinin de devam ettiği göz önünde bulundurulduğunda uygulamada yaşlılık aylığı ile ilgili bir kaos yaşanacağı açıktır.

c) İlk kez 1.1.2048 tarihinden sonra işçiler için 7200 gün, bağımsız çalışanlar ve kamu görevlileri için ise 9000 gün prim ödenmesi ve kadın ve erkek ayırım olmaksızın 65 yaşının doldurulması ile emekli olunabilecektir (m. 28/2-b, 7).

Mevcut sosyal güvenlik yasalarındaki farklı emekli olma şartları ve bunlarla ilgili geçiş sürecinin de devam ettiği göz önünde bulundurulduğunda uygulamada yaşlılık aylığı ile ilgili bir kaos yaşanacağı açıktır. Sosyal güvenlikte norm ve standart birliği sağlanması amacıyla çıkarılan 5510 sayılı Kanun ile çalışanların (işçi, bağımsız, kamu görevlisi) yaşlılık aylığına hak kazanmaları konusunda farklı kurallar getirildiğini görüyoruz. Bu düzenlemelerle sosyal güvenlikte norm ve standart birliği sağlanamamıştır. Aksine, kamu görevlileri 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce ve sonra çalışanlar olarak ayrılmış ve farklı hükümlere tabi tutulmuşlardır. Kamu görevini yerine getirenlerin eski çalışan-yeni çalışan olarak ayrılarak farklı kurallar getirilmesi Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli iptal kararına aykırıdır.

2. 5510 sayılı Kanun ile yaşlılık aylığının hesaplanmasında değişiklik yapılmıştır. Bu Kanuna göre aylık, ortalama aylık kazancın aylık bağlama oranı ile çarpılması sonucu bulunur. Ortalama aylık kazancı belirlemek için, her yıla ait kazanç o yıla ait güncelleme katsayısı ile güncellenir. Güncellenen yıllık kazançlar toplanıp toplam prim gün ödeme sayısına bölünerek günlük miktarı bulunur. Çıkan sonuç otuz ile çarpılarak ortalama aylık kazanç saptanır. Aylık bağlama oranı sigortalının toplam prim ödeme gün sayısının her 360 günü için % 2 olarak uygulanacaktır. Ancak, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3600 prim gün sayısını doldurmamış olan sigortalıların yaşlılık aylığı bağlama oranının hesabında, sigortalının Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen ve Kanunun yürürlük tarihinden önceki prim gün sayısını 3600 güne tamamlayan hizmet sürelerinin her 360 günü için % 3 oranı esas alınacaktır (Geç. m.2/1-b).

Yani, yaşlılık aylığı bağlanmasında, sigortalının ödediği primlerin ilk yılları için daha çok daha sonraki dönem için daha az oranda aylık bağlanması sistemi terk edilerek her yıl için sabit bir oran belirlenmiştir. Ancak, bu sistemle aylık bağlama oranları düşürülmüştür ve bu düzenlemeden

en fazla da Emekli Sandığı Kanununa tabi olarak çalışanlar etkilenecektir. Emekli Sandığına tabi olanlar 25 yıl karşılığı olarak % 3 üzerinden aylığa hak kazandıkları için % 2'lik aylık bağlama oranı bu gruptakiler için bir geriye gidiştir. Sonuç olarak, aylık bağlama koşulları bu yeni düzenlemelerle ağırlaştırılmış ve bu da tüm çalışanlar aleyhine olmuştur.

3. Çalışanların hak kaybının doruğa çıktığı nokta ise, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra (1.10.2008) ilk defa çalışmaya başlayacak olan işçiler ve kamu görevlileri için sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma imkanının kaldırılması olmuştur. Bu kişiler emekli olduktan sonra yeniden çalışmaları halinde emekli aylıkları kesilecektir. Bu da Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınmış olan çalışma hakkının kişilerin elinden alınması anlamına gelmektedir. 5510 sayılı Kanun'daki bu düzenlemelere karşı Anayasa Mahkemesi tarafından yine iptal kararı verilmesi olasıdır.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 16.6.2006, 26200.
- 2 RG, 30.12.2006, 26392, 5. M.
- 3 Bütçe Kanunu m. 30 f. 4: "5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 108 inci maddesindeki "1/1/2007" ibaresi "1/7/2007" olarak uygulanır", Kanun No: 5565, Kabul Tarihi: 26.12.2006, RG. 29.12.2006 M, 26391. 5510 s. Yasa'nın yürürlüğe girişi Bütçe Kanunu ile yapılmıştır. Oysa, Anayasa'nın 161. maddesinin 4. fıkrası'na göre, "Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz".
- 4 5655 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", Kabul Tarihi: 9.5.2007, RG. 20.05.2007, No. 26527. Bu Kanunun 1. maddesi'ne göre, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "108'inci maddesindeki "1/1/2007" ibaresi "1/1/2008" olarak değiştirilmiştir.
- 5 RG. 28.12.2007, 26740 M.
- 6 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).
- 7 5510 sayılı Kanunun yürürlüğüne ilişkin bir eleştiri için bkz.: Okur, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, s. 41-43.
- 8 RG 16.06.2006, 26200.
- 9 Sözer, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Sosyal Sigortalara İlişkin Hükümleri Üzerine, s. 131.
- 10 Bilindiği gibi 08.09.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 81. madde ile yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları açısından 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar için bir geçiş dönemi öngörülmüştür. 4447 s. Yasa ile yapılan değişiklikler konusunda

- ayrıntılı bilgi için bkz.: Güzel, 4447 Sayılı Kanun İle 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda Yapılan Son Değişiklikler, s. 1833- 1862.
- 11 Bunların hakkı saklı tutulmuştur. Ayrıntılı bilgi ve geçiş dönemi tabloları için bkz.: Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 434-441.
- 12 4447 sayılı Yasa ile ilgili bu geçiş dönemine ilişkin düzenlemelerin değerlendirilmesi için bkz.: Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, s. 356-360; Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 433-439; Güzel/Okur, Yaşlılık Aylığının Son Mağdurları 09.09.1999-22.05.2002 Kuşağı, s. 25-26; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 254-261.
- 13 Okur, Sosyal Güvenlik Reformu, s. 111.
- 14 Kanun Tasarısının ilk şeklinde 1.1.2036'dan 1.1.2075'e kadar kademeli artış düzenlenmişti. 2075 yılında emeklilik yaşının kadın ve erkek için 68 olması öngörülmüştü. Bu düzenleme ve eleştirisi için bkz.: Okur, Sosyal Güvenlik Reformu, s. 110 vd.
- 15 Okur, Sosyal Güvenlik Reformu, s. 110.
- 16 Bu hazırlığın son derece yetersiz olduğu doktrinde sürekli vurgulanmıştır: Okur, Sosyal Güvenlik Reformu Yasa Taslaklarına İlişkin Bir Değerlendirme, İstanbul Barosuna sunulan rapor; Okur, Emeklilik Sistemi ve Emeklilik Sigortaları Kurumu Kanun Tasarı Taslağı'na İlişkin Değerlendirme, İstanbul Barosuna sunulan rapor; Okur, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Önerisi, Türk-İş'e sunulan rapor; Okur, s. 53-55; Alper, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Arayışları, s. 33-45; Işıklı, Sosyal Güvenliğin Sonu mu? 46-52; Sözer, Ali Nazım, Genel Sağlık ve Emeklilik Sigortası Sistemleri ile Sosyal Yardım ve Hizmetler Kanun Tasarı Taslakları Hakkında, s. 56-60; Tozan, Sosyal Güvenlik Reformu Adı Altında Yapılan Düzenlemeler Sistemin Sorunlarını Çözecek mi?, s. 35-37; Gönencan, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Arayışları, s. 38-41; Tuncay, Reform Projesinin Değerlendirilmesi, s. 4,17; Ekmekçi, Emeklilik Sigortası Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine, s. 9-14; Güzel, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm mü?, s. 61-76; Güzel, Sosyal Güvenliğin Evrensel Değerleri ve Yeni Liberal Reformlar, s. 40- 47.
- 17 Bkz. Şakar, SSK'lıların Adı "4/a'lı" Oldu!, s. 94-95.
- 18 Yaşlılık aylığının hesaplanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s. 257 vd.
- 19 Caniklioğlu, Sosyal Sigorta Hakları ve Yükümlülükleri, s.177.
- 20 Caniklioğlu, Sosyal Sigorta Hakları ve Yükümlülükleri, s. 177.
- 21 81. maddenin (e) bendine göre:
Yaşlılık aylığı almakta iken bu Kanuna tabi bir işte çalışanlara uygulanacak sosyal güvenlik destek primi oranı (a), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen prim oranlarının toplamı kadardır. Sigortalı ve işveren hissesi bu bentlerde belirtilen oranlarda olacaktır.
(a) bendinde malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi düzenlenmiştir. Oranı %20'dir. %9'unu sigortalı, %11'ini işveren ödeyecektir.
(c) bendinde İş Kazası ve Meslek Hastalığı sigortası primi düzenlenmiştir. Oranı %1-6,5'dir. Tamamını işveren ödeyecektir.
(f) bendinde Genel Sağlık Sigortası prim oranına yer verilmiştir. Oranı %12,5'dir. Bunun %5'ini sigortalı, 7,5'ini de işveren ödeyecektir.
Toplam Sosyal Güvenlik Destek Primi oranı %39-33,5 arasında değişmektedir. Bunun %14'ünü sigortalı (9+5), %33,5-39'unu da (11+1-6,5+7,5) işveren ödeyecekti. 506 sayılı Kanun'da %30 olan oran 5510 s. Kanun'da %33,5-39'a çıkarılmıştı. 506 s.

- Kanunda sigortalı hissesi %7,5, işveren hissesi %22,5 iken, şimdi bu oran sigortalı için %14'e, işveren için de %19,5-25'e çıkarılmıştı.
- 22 Okur/Ergin, 5510 sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi, s. 1456.
- 23 Bu konuda 506 s. Kanundaki düzenleme için bkz.: Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 423, 506-507, 538-539.
- 24 Bu konulardaki tartışmalar için bkz.: Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 516-517; Şakar, Sigortalıyı Öldüren Ölüm Aylığı Alabilir mi?, s. 24-27.
- 25 Bu haller, sigortalının (iştirakçinin) kasten veya haksız yere öldürülmesi, öldürmeye teşebbüs edilmesi, malul hale getirilmesi, sigortalıya (iştirakçiye) veya ailesine karşı ağır bir cürüm işlenmesi, kanuni görevlerini yerine getirmeme dolayısıyla mirastan mahrum edilmesidir.
- 26 YHGK'nun 15.06.2005 t., 10-364/390 sayılı kararı. Karar ve karara katılan görüşü için bkz. Şakar, Sigortalıyı Öldüren Ölüm Aylığı Alabilir mi?, s. 26-27.
- 27 Bkz. Okur, Sosyal Güvenlik Reformu, s. 131; Okur/Laçiner, Reform Sonrasında Yaşlılık Aylığı Koşulları, s. 74.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent, "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Tek Çatı Uygulaması Üzerine Bir Değerlendirme", Türk-İş D., Temmuz-Ağustos 2004, s. 61-66.
- Akın, Levent, Tek Çatı Öncesi ve Sonrasında İsteğe Bağlı Sigortalılık, Mercek, Temmuz 2006, s. 165-182.
- Alper, Yusuf, "Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform: Temel Esaslar ve Tartışmalar", İşveren D., Kasım 2005, s. 54-59.
- Alper, Yusuf, "Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Arayışları", Türk-İş D., Temmuz-Ağustos 2004, s. 33-45.
- Alper, Yusuf, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform: Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve Kurumsal Değerlendirme Analizi, Mercek, Temmuz 2006, s. 40-55.
- Ancı, Kadir, "Primsiz Ödemeler Kanunu'nun Getirdikleri", İşveren D., Ocak-Şubat-Mart, 2005, s. 80-82.
- Ancı, Kadir, Sosyal Yardımlar ve Primsiz Ödemeler Kanunu Tasarısı'nın Genel ilkeleri, İşleyişi, Yeterliliği Sorunu, Mercek, Temmuz 2006, s. 112-122.
- Başterzi, Fatma, Yaşlılık Sigortası, TİSK Yayınları, Yayın No:275, Ankara 2006.
- Başterzi, Fatma, Türk Emeklilik Sisteminde Reform, Mercek, Temmuz 2006, s. 183-197.
- Caniklioğlu, Nurşen, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısına Göre Sosyal Sigorta Hakları ve Yükümlülükleri", Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu Sempozyumu, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul 2006 (Sosyal Sigorta Hakları ve Yükümlülükleri), s. 151-192.
- Caniklioğlu, Nurşen, Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, Türkiye ve Almanya'da Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri 7-8 Aralık 2006, Sunulan tebliğ.
- Dalbay, Özkan, Sosyal Sigortalar Kurumu'na (SSK) Tabi Çalışanlar Açısından Yeni Sosyal Güvenlik Sisteminin Değerlendirilmesi, Mercek, Temmuz 2006, s. 56-62.

- Ekmekçi, Ömer, “Emeklilik Sigortası Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine”, Toprak İşveren D., Mart 2005, s. 9-14.
- Gerek, Nüvit, “Sosyal Güvenlik Reformu mu, Yoksa Sosyal Güvenlik Çıkmazı mı?”, TÜHİS, Kasım 2005, s. 1-20.
- Gönencan, Zahit, “Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Arayışları”, İşveren D., Kasım 2005, s. 38-41.
- Güzel, Ali, 4447 Sayılı Kanun ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda Yapılan Son Değişiklikler, Nuri Çelik'e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2001, s. 1833- 1862.
- Güzel, Ali, Sosyal Güvenliğin Evrensel Değerleri ve Yeni Liberal Reformlar, TES-İŞ D., Kasım 2006, s. 40- 47.
- Güzel, Ali, Türk Sosyal Güvenlik sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm mü?, Çalışma ve Toplum, 2005/4, s. 61-76.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza, Yaşlılık Aylığının Son Mağdurları 09.09.1999-22.05.2002 Kuşağı, İşveren D., Ağustos 2002, s. 25-26.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008.
- Işıklı, Alpaslan, “Sosyal Güvenliğin Sonu mu?”, Türk-İş D., Temmuz-Ağustos, 2004, s. 46-52.
- Kılıçdaroğlu, Kemal, “Sosyal Güvenlik Sisteminin Yeniden Yapılanması”, Türk-İş D., Temmuz-Ağustos 2004, s.26-32.
- Okur, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Reform Yasa Taslaklarına İlişkin Bir Değerlendirme, İstanbul Barosuna sunulan rapor, İstanbul 2005.
- Okur, Ali Rıza, Emeklilik Sistemi ve Emeklilik Sigortaları Kurumu Kanun Tasarı Taslağı'na İlişkin Değerlendirme, 2003 tarihli Kanun hakkında İstanbul Barosuna sunulan rapor.
- Okur, Ali Rıza, “Çok Çatı, Tek Çatı, Yok Çatı”, Türk-İş Dergisi, Ağustos 2004, Sayı 362.
- Okur, Ali Rıza, “Sosyal Güvenlikte Neler Oluyor”, Güncel Hukuk, Şubat 2005, Sayı 14.
- Okur, Ali Rıza, “Çatıdan Temele Sosyal Güvenlik Reformu”, İşveren, Şubat 2005.
- Okur, Ali Rıza, “Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dalları”, Çalışma ve Toplum, 2006/1, (Sosyal Güvenlik Reformu), s. 106-146.
- Okur, Ali Rıza, Sorunları ile Gelen Reform, Mercek, Temmuz 2006, s. 17-30.
- Okur, Ali Rıza, Genel Sağlık Sigortası, 11 Haziran 2005, Galatasaray Üniversitesinde Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma Seminerine sunulan tebliğ.
- Okur, Ali Rıza, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, İşveren Dergisi, Mayıs 2008, s. 41-43.
- Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye, Tek Çatı Tek Yasadan, Tek Çatı Çok Yasaya, İşveren D., Aralık 2006, s. 32-39.
- Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye, 5510 Sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, 2007, Sayı:16, s. 1441-1470.
- Okur, Ali Rıza/Laçiner, Hediye, Reform Sonrasında Yaşlılık Aylığı Koşulları, TES-İŞ D., Kasım 2006, s. 66- 75.
- Sosyal Güvenlik Reformu: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ankara 2005, Başbakanlık.
- Sözer, Ali Nazım, “Genel Sağlık ve Emeklilik Sigortası Sistemleri ile Sosyal Yardım ve Hizmetler Kanun Tasarı Taslakları Hakkında”, Türk-İş D., Temmuz-Ağustos, 2004, s. 56-60.
- Sözer, Ali Nazım, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Sosyal Sigortalar İlişkin Hükümleri Üzerine (506 SK. Bakımından Kısa Bir Değerlendirme), Mercek, Temmuz 2006, s. 127-143.
- Şakar, Müjdat, “Sigortalıyı Öldüren Ölüm Aylığı Alabilir mi?”, Yaklaşım, Ekim 2005, s.24-27.
- Şakar, Müjdat, SSK'lıların Adı “4/a'lı” Oldu, Mercek, Temmuz 2006, s. 86-100.
- Şakar, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 8. Bası, İstanbul 2006.
- Tozan, Celal, “Sosyal Güvenlik Reformu Adı Altında Yapılan Düzenlemeler Sistemin Sorunlarını Çözecek mi?”, İşveren D., Kasım 2005, s. 35-37.
- Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008.
- Tuncay, Can, “Türk Emeklilik Sisteminde Reform Projesinin Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren, Mart 2005, s. 4-17.
- Tuncay, Can, Yeni Sistemde Fiili Çalışma İlişkinine Dayanmayan Sigortalılık, Mercek, Temmuz 2006, s. 68-75.

Utkan ARASLI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

İdari Para Cezası Uyuşmazlıklarında Yargı Yerine İlişkin Yaşanan Kaos ve Sorunun Çözümü

1- GİRİŞ

Bugün için sosyal sigortalar hukuk sisteminde, idari para cezaları uyuşmazlıklarının yargı yeri konusunda bir karmaşa veya kaos yaşanmadığını kimse görmezlikten gelemez.

Takip edilemeyen yasal düzenleme veya değişiklikler, arka arkaya gelen Anayasa Mahkemesi kararları ile durum gerçekten bir bilinmezlik içerisindedir.

Hukuk Devleti ilkesini kabul etmiş bir ülkede; kişilerin hukuk güvencesi altında haklarını arama yolunda açık kurallara sahip olmaları kadar doğal bir şey düşünülemez. Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen hak arama hürriyeti; herkesi meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu hükme bağlamış, 37. maddesinde ise hiçbir kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını kabul etmiştir.

Üç veya beş ayda bir yargı yerleri değişikliğinin yapıldığı bir konuda anayasal ilkelerin gerçekleştiği savunulabilir mi? 8.2.2006 günlü 5454 sayılı Yasa ile söz konusu yargı yeri sulh ve ağır ceza mah-

kemesi olarak belirlenmişken, Anayasa Mahkemesi'nin 4.10.2006 tarih ve E:2006/75, K:2006/99 sayılı iptal kararı sonrasında, 9.5.2007 günlü 5655 sayılı Yasa ile değiştirilmiş, bu kere en son 17.4.2008 günlü 5754 sayılı Yasa ile 5510 sayılı Yasa'nın ilk sisteminden farklı bir yargı yeri kabul edilmiştir.

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu ile ilgili idari para cezalarının 108/2. fıkrada gösterildiği üzere yargı yeri idari mahkeme olarak gösterilmişken, 5728 sayılı Yasa ile bu fıkra yürürlükten kaldırılmış ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çerçevesinde görevli yargı yeri sulh ceza mahkemesi olmuştur.

İşte bu inceleme yazısı ile bu alanda ortaya çıkan karmaşa nedenleri belirtilecek ve nerede yanlışlık yapıldığı ortaya konularak olması gereken yargı yeri gösterilecektir.

Bu alanda bir görüşe varabilmemiz için öncelikle bugüne değin yapılan yasal değişiklikleri belirlemek, uygulamayı göstermek, Anayasa Mahkemesi kararlarını hatırlamak daha sonra idari para cezalarının hukuksal niteliğini açıklamak, sosyal sigortalar hukuk sisteminde idari para cezalarının konum ve nedenlerini iş hukukuyla birlikte açıkla-

mak, daha sonra Anayasa Mahkemesi kararları ile ortaya çıkan durumu değerlendirmek ve sonuçta sorunun çözümünü göstermek yararlı olacaktır.

II- SOSYAL SİGORTALAR KANUNU İLE İŞ KANUNU'NDA İDARİ PARA CEZASI UYUŞMAZLIKLARINDA YARGI YERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER:

A) SOSYAL SİGORTALAR KANUNU YÖNÜNDEN:

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 13. bölümünde yer alan 140. maddesi yasanın kimi hükümlerini yerine getirmeyen işverenlere uygulanacak yaptırımları düzenlemiştir.

“Ceza Hükümleri” başlığı altında oluşturulan bu düzenleme ile yaptırım öngörülen yasal yükümlülükler, yaptırımın sorumlusu, yaptırım veya ceza miktarı, yaptırım nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığın çözüm yeri ve uyulması zorunlu yasal süreler gösterilmiştir.

Madde ilk şekliyle uzun süre yürürlükte kalmış ancak, 1987 yılından sonra, kısa aralıklarla sık sık değişikliğe uğramıştır. Maddenin ilk biçiminden günümüzü kadar yapılan değişiklikleri hatırlamak bu alandaki karmaşayı göstermek bakımından yararlı olacaktır.

a) 140. maddenin ilk şekli:

17.07.1964 günlü 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesi; “Müeyyideler” başlığı altında düzenlenmiş; yasanın 8. maddesi ile bu maddede dışında kalan ve işverene yükletilen yükümleri yerine getirmeyen işverenlere 200 liradan 5.000 TL'ye kadar ağır para cezası verilmesini öngörmüş eylemin tekerrürü halinde uygulanacak ağır para cezasının gösterilen miktarda artırılacağını hükme bağlamıştır. Madde metninde, cezalara ilişkin uyuşmazlıklar yönünden gerek süre ve gerekse yargı mercii olarak başkaca bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

b) 140. maddenin 20.06.1987 günlü 3395 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle yapılan ilk değişikliği:

Sözü edilen yasal değişiklik ile madde başlıktan

itibaren yeniden düzenlemeye tabi tutulmuş, yaptırımlar gerek konu gerekse miktarları yönünden daha kapsamlı şekilde gösterilirken uyuşmazlıklarda uyulması gereken itiraz süresi belirlenmiş, uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak “yetkili mahkeme” ibaresi ile yetinilmiştir.

Maddenin başlığı “İdari para cezaları” olarak değiştirilen 140. maddede, uyuşmazlığa ilişkin düzenleme aynen: “idari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde yetkili mahkemeye itiraz edilebilir. Zaruret görülmeyen hallerde, itiraz evrak üzerinden incelenerek sonuçlandırılır” biçimindedir.

c) 140. maddenin 06.05.1993 günlü 3910 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle yapılan ikinci değişikliği:

Belirtilen yasal değişiklikle, maddenin başlığı dahil idari para cezaları daha kapsamlı olarak yeniden düzenlenmiş, para cezasına konu eylemler kapsam olarak genişletilmiş, para cezalarının eylemlere göre miktarları artırılmış, uygulanacak yöntem ve süreler açıklanmıştır. Bu arada idari para cezasının ödenmesi ve itirazı halinde izlenecek yöntem belirlenmiş; uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili yargı yeri dahil kimi kurallara yer verilmiş. Bu yöndeki düzenleme aynen şöyledir:

“... idari para cezaları tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz.”

d) 140. maddenin 29.07.2003 günlü 4958 sayılı Yasa'nın 51. maddesiyle yapılan üçüncü değişikliği:

İdari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarda yargı yerini sulh ceza mahkemesi olarak 06.05.1993 günlü 3910 sayılı Yasa düzenlemesinin Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2002 günlü E:2001/225, K:2002/88 sayılı kararıyla iptali üzerine söz konusu 140. madde tümüyle değiştirilmiş ve bu yeni maddenin 4. fıkrasının 3. tümcesi aynen “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde idare mahkemesine başvurabilirler.” biçiminde düzenlenmiştir.

Böylece; idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarda yeni bir dönem başlamış, konu idari yargı yerine taşınmıştır.

e) 140. maddenin 08.02.2006 günlü 5454 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle yapılan dördüncü değişikliği:

İdari para cezaları uyuşmazlıklarında idari yargı yerinin görevli olmasını öngörün düzenleme uzun ömürlü olmamış, 08.02.2006 günlü düzenlemenin 5. maddesiyle sözü edilen yargı yeri tekrar sulh ceza mahkemesi olarak belirlenmiştir. Yeniden düzenlenen maddenin idari para cezalarına ilişkin 4. fıkrası aynen şöyledir:

“İdari para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle tahakkuk eder ve tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari para cezası kararı kesinleşir. Sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer alan ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yapılır. 2.000 Yeni Türk Lirası dahil idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru üzerine verilen kararlar kesindir. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde kuruma ödenmeyen idari para cezaları, bu Kanunun 80. maddesi hükmüne göre tahsil edilir. İdari para cezalarının, Kuruma itiraz ve yargı yoluna başvurulmaksızın tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, idari para cezasına karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.”

f) 140. maddenin 31.05.2006 günlü 5510 sayılı Yasa'nın 102. maddesiyle yapılan beşinci değişikliği:

Kimi maddeleri Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 günlü E:2006/111, K:2006/112 sayılı kararıyla iptali edilen ve yürürlüğü 2008 yılına ertelenen 5510 sayılı Yasa'nın 102. maddesi, idari para cezalarına ilişkin düzenlemeyi toptan değiştirmiş, yaptırımın kapsam ve yöntemine ilişkin yeni düzenleme yapmıştır.

Bu arada uyuşmazlıklara ilişkin yargı yeri ve yöntemi yönünden tekrar eski düzene dönülmüştür. Konuya ilişkin şu kurallara yer verilmiştir:

“İdari para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşir.”

g) 140. maddenin 09.05.2007 günlü 5655 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle yapılan altıncı değişiklik:

Anayasa Mahkemesi'nin 04.10.2006 günlü, E:2006/75, K:2006/99 sayılı kararıyla; 5454 sayılı Yasa'nın yukarıda gösterilen değişikliğinin iptali ile madde yeniden düzenlenmiş ve söz konusu yargı yeri tekrar idari yargı olarak belirlenmiştir.

140. maddenin 4. ve 5. fıkraları aynen şöyledir:

“İdari para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle tahakkuk eder ve tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari para cezası kesinleşir. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenmeyen idari para cezaları, bu Kanunun 80. maddesi hükmü gereğince hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte tahsil edilir. İdari para cezalarının, Kuruma itiraz ve yargı yoluna başvurulmaksızın tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, idari para cezalarına karşı Kuruma itiraz etme veya yargı yoluna başvurma hakkını etkilemez. Ancak, Kurumca itiraz reddedilmesi veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi halinde, daha önce tahsil edilmemiş olan dörtte birlik ceza tutarı, 80. madde hükmü de dikkate alınarak tahsil edilir.

Fiilin işlendiği günden itibaren beş yıl içinde

tebliğ edilmeyen idari para cezaları zamanışımına uğrar. İdari para cezaları hakkında, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır.”

Böylece söz konusu uyuşmazlıklar yeniden idari yargı yerine taşınmıştır.

h) 17.4.2008 günlü 5754 sayılı Yasa'nın 60. maddesi ile yapılan yedinci değişiklik:

5510 sayılı Yasa'nın kimi maddelerini değiştiren 5754 sayılı Yasa; söz konusu 5510 sayılı Yasa'nın düzenlemesinden ayrılarak; yargı yerini tekrar idari yargı olarak belirlemiştir.

B) İŞ KANUNU YÖNÜNDEN:

İdari yaptırımlara ilişkin, İş Kanunu'ndaki düzenleme; Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre daha istikrarlı bir seyir izlemiştir.

1475 sayılı Yasa'nın bu yöndeki ilk değişikliği 03.11.1988 günlü 3493 sayılı Yasa'nın 26. maddesiyle yapılmış ve iki istisna dışında yaptırımlar idari para cezasına çevrilmiştir. Buna göre, kıdem tazminatına ilişkin kurallara aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar ile iş ve işçi bulmaya yönelik kurallara aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar ceza hukuku içerisinde düşünülmüş, bunun dışında kalanlar ise idari para cezaları olarak öngörülmüştür. İdari para cezalarına yapılacak itirazların yetkili sulh ceza mahkemelerine yapılması esas kabul edilmiştir.

Ancak 22.05.2003 günlü 4857 sayılı yeni İş Kanunu; öngördüğü tüm yaptırımları idari para cezaları olarak kabul etmiş, uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri olarak idare mahkemelerini kabul etmiştir. Bu yöndeki düzenleme aynen şöyledir:

“... bu kanunda yazılı olan idari para cezaları o yerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü tarafından verilir. Verilen idari para cezalarına dair kararlar ilgililere 11.02.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç 7 gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir...”

Bu arada 5728 sayılı Yasa'yla, söz konusu 108. maddenin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

III- İDARİ PARA CEZALARININ KONUSU VE AMACI:

İdari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıklarda olması gereken yargı yerinin ortaya konmasından önce bu yaptırımların konu ve amacının belirlenmesi zorunludur.

A) SOSYAL SİGORTALAR KANUNU YÖNÜNDEN:

İşverenin idari para cezasına maruz kalacağı yükümlülükler 5754 sayılı Yasa ile değişik 5510 sayılı yeni Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102. maddesinde; 10 bölüm halinde düzenlenmiştir. Buna göre işverenler:

a) 5510 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile 61. maddesinde öngörülen sigortalı işe giriş bildirgesi ile genel sağlık sigortası giriş bildirgesini yasada belirlenen süre içerisinde veya şekle uygun vermediği veya verilmediğinin yasanın belirlediği biçimde saptandığı,

b) Yasanın 11. maddesinde sözü edilen işyeri bildirgesini, belirtilen süre içerisinde veya şekle uygun vermediği veya göndermediği,

c) Yasanın 86. maddesinde belirtilen asıl veya ek aylık prim ve hizmet belgesini süresi içerisinde; yöntemine uygun bir şekilde vermediği veya göndermediği,

d) Yasanın 59. maddesinde sözü edilen kurum denetim ve kontrol elemanları ile bunların dışında kimi mali elemanlarca düzenlenen raporlara dayalı eksik işçilik tutarı bildirdiği,

e) Yasanın 86/2. maddesinde gösterildiği üzere işyeri kayıt ve belgelerini yetkililere ibraz etmediği,

f) Kamu idareleri, döner sermayeli kuruluşlar, kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar ile bankaların, yasanın 85/5. fıkrasında belirtildiği üzere maddenin uygulanması ile ilgili belgeleri süresinde kuruma vermediği ve sigortalıyı çalıştıran işveren ile alt işveren ve iş görme edimini yerine getirmek üzere sigortalıyı geçici olarak devralan işverenin, yasanın 86/6. fıkrasında öngörülen yükümlülüğü yerine getirmediği,

g) Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanları kendi mevzuatlarına göre kayıt veya tescil yapan ilgili kurum, kuruluş, birlik veya vergi daireleri Yasanın 8/3. fıkrası gereği sigortalıların sigortalı-

lık başlangıçlarını sigortalı işe giriş bildirgesi düzenleyip kuruma vermediği,

Kendi ad ve hesabına bağımsız çalışanların kendileri ve sigortalılıkla ilgili faaliyetin sona erme halinin bildirildiği kuruluşlar veya vergi daireleri Yasanın 9. maddesinin 3. fıkrası gereği, bu durumu kuruma bildirmedeği,

Kamu idarelerince, Yasanın 47/3 fıkrasında öngörülen bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği,

Kamu idareleri, döner sermayeli kuruluşlar, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kuruluşlar, kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar Yasanın 90. maddesinde gösterildiği üzere ihale ile iş alanları kuruma bildirmedeği,

h) Yasanın 11/3. fıkrasında gösterildiği üzere, ticaret sicili memurluklarının kendilerine işverenlerce verilen belgeleri süresinde kuruma bildirmedeği,

Ayrıca, sözü edilen 11. maddenin 6. fıkrasında düzenlendiği üzere; valilik ve belediyeler gibi ruhsat vermeye yetkili kamu ve özel tüzel kişilerinin istihdamla ilgili belge ve bilgileri süresinde kuruma intikal ettirmedeği,

i) İşverenler, sigortalılar, işyeri sahipleri ve bu işle ilgili diğer kişilerin kurumun denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurlarının görevlerini yapmalarına engel olmaları veya engellemek amacıyla cebir veya tehdit kullanmaları,

i) Yasanın 100. maddesi kapsamında; kamu idareleri, bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlar ile gerçek ve tüzel kişilerin kurumca istenilen bilgi ve belgeleri mücbir sebep olmaksızın vermediği, durumlarda; kanunda gösterilen kat ve oranlarda aylık asgari ücret baz alınarak idari para cezalarına maruz kalacaklardır.

Görüldüğü üzere yaptırımların konusu doğrudan, sigortalı, işveren, işyeri, prime tabi kazanç, prim gün sayısı, sigortalı sayılan veya sayılmayan durumlar, sigortanın başlangıcı ve bitimi, iş kazası-meslek hastalığı, hastalık sigortası gibi sosyal sigortalar hukukunun temel kavram ve konularıyla ilgilidir.

Belirtilen konularda çıkan uyuşmazlıklar; sosyal sigortalar hukukunun belirlediği kural ve ilkeler ile bu alanda oluşan içtihatlarla göre çözümlenmektedir.

İdari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarla; iş mahkemelerinin sosyal sigortalar hukukuna ilişkin uğraştığı uyuşmazlıklar çoğu kez çakışmakta, birbirleri ile ayrılmaz ilişki içerisinde bulunmaktadır.

Gerçekten; sigortalılık başlı başına değerlendirilmesi gereken hukuksal bir kavramdır. Kimlerin sigortalı sayılması gerektiği, hukuksal unsurlarının belirlenmesi, sigortalılığın çatışması, sürelerin birleştirilmesi, sigortalının başlangıcı gibi konular yargılamada uyuşmazlık çıkaran sorunların başında gelmektedir. Öte yandan; prime tabi kazançlar, süreler keza sosyal sigortalar hukukunda çokça rastlanılan uyuşmazlıklardandır. Bunun yanında iş kazası sayılan ve sayılmayan durumlar, hastalık sigortasına esas prim ödeme gün sayıları, sigortalılığın sona erdiği tarihe ilişkin uyuşmazlıklar keza iş mahkemelerinin sıkça rastladığı uyuşmazlıklardandır.

Kısaca; denilebilir ki, idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarla; iş mahkemelerinin sosyal sigortalar hukukuna ilişkin uğraştığı uyuşmazlıklar çoğu kez çakışmakta, birbirleri ile ayrılmaz ilişki içerisinde bulunmaktadır.

B) İŞ KANUNU YÖNÜNDEN:

İş Kanunu'nun öngördüğü hukuk düzeninin sağlanması yönünden işverene kimi yükümlülükler yüklenmiş ve bunların yerine getirilmemesi durumunda idari para cezalarının verileceği öngörülmüştür.

Buna göre işveren;

a) Yasanın 3. maddesinde gösterildiği üzere, İş Kanunu kapsamında bir işyerini kurduğu, çalışma konusunu tamamen veya kısmen değiştirdiği, devraldığı, faaliyetine son verdiği durumlarda; işyerine ve işçilere ilişkin gerekli bildirimlerde bulunmadığı, Yasa'nın 3/2. fıkrası uyarınca yapılacak bildirim min muvazaalı olması,

b) İş ilişkisinde; dil, ırk, cinsiyet ve buna benzer nedenlerle ayırım yaptığı, tam süreli çalışan işçi karşısında, kısmi süreli çalışan işçiyi, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yaptığı,

c) Geçici iş ilişkisinin kurulduğu kurumlarda işçisine sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitim vermediği ve Yasanın gösterdiği diğer yükümlülükleri yerine getirmediği,

d) İşten ayrılan işçisine vermekle yükümlü olduğu çalışma belgesine ilişkin yasal görevine aykırı davrandığı,

e) İş Kanunu'nun 29. maddesinde gösterilen hükümlere aykırı olarak toplu iş çıkardığı,

f) Özürlü ve hükümlü işçi çalıştırmaya ilişkin yasal yükümlülüğü yerine getirmediği,

g) İş Kanunu'nun 32, 37 ve 41. maddelerinde gösterilen ücret ödenmesi, hesap pusulası ve fazla çalışmaya ilişkin görevlerini yerine getirmediği,

h) Yıllık ücretli izin konusunda Yasanın 56, 57, 59 ve 60. maddelerinde gösterilen yükümlülüklerine aykırı davrandığı,

i) İşin düzenlenmesiyle ilgili çalışma süresi, ara dinlenmesi, gece süre ve çalışmaları, çalıştırma yaşı ve buna benzer hükümlere uymadığı,

j) İş Kanunu'nun 78. maddesinde belirtilen yönetmeliklerde gösterilen iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uymadığı,

k) İş denetimi ile İş Kanunu'nun 92. ve 96. maddelerine aykırı davrandığı durumlarda Yasanın gösterdiği had ve oranlarda idari para cezasına maruz kalabilecektir.

Bu hükümlerde yaptırım öngörülen konularda, sosyal sigortalar hukukunda olduğu gibi, doğrudan İş Kanunu'nun temel kavram, ilke ve konularına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Her bir yaptırım konusunda ortaya çıkacak uyuşmazlığın iş hukukunda uzman yargı yerinde çözüme kavuşturulması bu alanda öngörülen sistemin gereğidir.

C) İDARİ PARA CEZASININ AMACI:

Ülke çalışanlarının önemli bir bölümü açısından sosyal güvenliği sağlama yönünden işlevi bulunan sosyal sigorta sisteminin kendisinden bekleneni verebilmesi ancak yeterli mali kaynakla desteklenmesine bağlıdır. Bu yönde sistem büyük oranda işverenlerin kendilerinden beklenen yükümlülükleri süresinde ve tam olarak yerine getirmesi durumunda ayakta kalabilir. Çalışanların tamamının Kuruma bildirildiği ve primle ilgili yükümlülüklerinin de yerine getirildiği hallerde hem çalışanların sosyal güvenlikleri sağlanmış olacak

hem de Kurumun sosyal sigorta sistemi ayakta kalmış olacaktır.

Bu yönde, idari yaptırımlar doğrudan; sigortalı ve Kurum açısından hayati öneme haiz bir uygulama olarak ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan çalışma hayatının yasal kurallara uygun geçmesi yönünden; idari yaptırımlar da önemli rol oynayacaktır. Yukarıda gösterilen konuların her biri; çalışanlar yönünden yaşamsal önem taşımaktadır. İşverenlerin yasanın gösterdiği yükümlülükleri yerine getirme yolunda yaptırımlara maruz bırakılması; İş Kanunu'nun uygulanması yönünden zorunlu olarak kabul edilmiştir.

IV-İDARİ PARA CEZASININ KAVRAM VE HUKUKSAL NİTELİĞİ:

Maddi sonuçları açısından, kimi suçlara uygulanan ve ceza mahkemelerince verilen para cezalarına benzese de, idari para cezaları gerek amaç ve mahiyetleri gerekse bunları uygulayan makam itibarıyla, aralarında önemli farklar mevcuttur.

Geniş manada ceza hukuku, toplumun iltizam ve düzenini temin yönünde işlenmesi veya işlenmemesi gereken eylemlerle, yani suçlarla bunların önüne geçecek vasıta ve tedbirleri, işleyenler hakkında tertip ve uygulanacak yaptırımları, bu alanda yetkili makam ve mahkemelerce takibi gereken usul ve kaideler ile yaptırımların tatbik şekillerini belirler. Bu tarif içerisinde yer alan asıl ceza hukuku suç ve cezalar ile emniyet tedbirlerinden bahseder. İşte maddi ceza hukuku dediğimiz bu bölüm içerisinde yer alan cezalar ceza hukukunun ana konusunu oluşturur (Prof. M. Tarih TANER, Ceza Hukuku, Umumi Kısım sayfa 2).

Oysa; idari para cezalarında durum farklıdır. İnceleme konusu idari para cezası, idari teşkilat içerisinde yer alan ve kamu kuruluşu olan Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, yasanın kendisine yüklediği kimi görevleri yerine getirmek amacıyla uyguladığı bir yaptırım olarak ortaya çıkar.

Sosyal sigorta sisteminin kendisinden bekleneni verebilmesi ancak yeterli mali kaynakla desteklenmesine bağlıdır.

İdari para cezası, idari teşkilat içerisinde yer alan ve kamu kuruluşu olan Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, yasanın kendisine yüklediği kimi görevleri yerine getirmek amacıyla uyguladığı bir yaptırım olarak ortaya çıkar.

Gerçekten, soruna, İdare Hukuku açısından yaklaştığımızda şu saptamaları yapmaktayız. Toplum düzenini (kamu düzenini) korumak, bireylerin ve toplulukların güvenlik ve huzur içinde yaşamalarını sağlamak görevi olan idare, bu amaçla kolluk faaliyetleri olarak adlandırılan kimi faaliyetlerde bulunmaktadır. İdare, bu tür faaliyetleri ile, birey ve toplulukların, toplum içindeki uğraş ve faaliyetlerini denetlemekte, toplum düzeni için bir takım emir ve yasaklar koymakta, gerektiğinde temel hak ve özgürlükleri sınırlayabilmektedir. İdarenin kolluk işlemlerine uymayanlar ve karşı koyanlar hakkında; mahkemelerce, para cezası, hapis, işten yasaklama, işyerini kapatma gibi adli cezalar uygulanabileceği gibi kolluk makamlarınca da; para cezası, işyerinin kapatılması gibi idari yaptırımlar uygulanmaktadır. Kimi idare yasalarında yer aldığı üzere; mahkemelerce hükmedilen adli ceza yerine idare makamlarınca doğrudan doğruya verilen idari yaptırım niteliğinde cezalar öngörülmüştür. Bu tür yaptırımlarda hürriyeti bağlayıcı hapis cezasına yer verilmeyip sadece para cezası ile meslek ve sanattan yasaklama yaptırımları kabul edilmiştir. Para cezalarının “hafif” olarak nitelenmesine rağmen söz konusu işlemler yargısal ya da adli nitelikte olmayıp idari yaptırım uygulanmasından ibarettir (Prof. Dr. Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, 4. Bası, Sayfa 191, 203; Prof. Dr. Lütfi DURAN, İdare Hukuku, 1982, Sayfa 268, 271).

İdari yaptırım, temelde, bir idari organın kendi alanındaki bir konuda; irade açıklamasından ibarettir. İdari Karar olarak ortaya çıkan bu işlem, idarece tek yanlı olarak alınır ve ilgilinin hukuki durumu üzerinde etki yapar. İdare Hukuku açısından idarenin ceza uygulaması bir koşul işlemidir. Bu tür bir işlemle belli bir kişi hukuk kurallarınca önceden düzenlenmiş bulunan nesnel ve kişilik dışı bir

hukuki statüye sokulmaktadır (GÜNDAY, a.g.e. Sh: 374, DURAN, a.g.e. Sh. 101).

Bu konuda Anayasa Mahkemesi şu görüşe yer vermiştir:

“... idari para cezalarıyla ilgili uygulanan yaptırım, hafif para cezası adını taşımakta ve böylece Ceza Kanunundaki para cezaları ile bunun arasında da bir benzerlik söz konusu olmaktadır. Ancak idare, halkın tedirgin olmasını önlemek gereği ile ve yasaların kendisine tanıdığı yetkiler çerçevesi içinde vereceği kararlarla bir takım tedbirler alabilir ve yasaklar koyabilir. Yasalar da bu yasaklara uymayanları uyarmak ve yasaklara uyulmasını sağlamak üzere bir takım yaptırımların idare yerlerinde uygulanmasını öngörebilir. Konulan yasaklar kolluk kurallarının sınırlarını aşmamak ve uygulanan yaptırımlar bunlara özgü idari yaptırımlar niteliğinde bulunmak üzere idarenin yetkilerinin içinde sayılabilir... genel anlamda ceza yasalarına aykırı davranmış olan bir kişinin ceza yasalarınca öngörülen bir cezaya çaptırılması söz konusu olmadığı için yargı yetkisinin kullanılmasından söz edilemez. Kolluk kurallarına aykırılık nedeniyle idarece uygulanan yaptırımlarla bir ceza davası dolayısıyla ceza mahkemelerince uygulanan yaptırımlar maddi sonuç açısından birbirlerine belirli bir ölçüde benzeseler bile, hukuki sonuç açısından birbirlerinden başka konulardır... burada yaptırıma temel olan hukuka aykırı davranış yalnızca kolluk işleri sınırı içinde ve uygulanan yaptırım ise idari nitelikte bulunduğundan, yasanın böyle bir yaptırımın idarece uygulanmasını öngörmüş olması yargı yetkisinin kullanılması olarak nitelendirilemez (Anayasa Mahkemesi Kararı 06.01.1970 gün E:1969/46, K:2970/2, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı:8, Sayfa:173).

Sosyal Sigortalar Kanunu ile İş Kanunu'nda öngörülen idari para cezalarının, 16.05.2006 günlü 5502 sayılı Yasa'nın 1, 25.06.2003 günlü 4904 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde gösterildiği biçimde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesi içerisinde ve merkezi idare kuruluşlarından olan Sosyal Güvenlik Kurumu İl Müdürlükleri ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürleri ile Türkiye İş Kurumu İl Müdürlükleri'nin verdiği dikkate alınırsa konu daha açık biçimde ortaya çıkmaktadır.

V- İDARİ PARA CEZALARI YARGI YERİNE İLİŞKİN UYGULAMA:

A) SOSYAL SİGORTALAR KANUNU YÖNÜNDEN:

a) Ceza mahkemelerini görevli kabul eden ilk uygulama:

Sosyal Sigortalar Kanunu yönünden Yargıtay'ın idari para cezalarına ilişkin ilk uygulamasında; yargı yerinin sulh ceza mahkemesi olduğu kabul edilmiş ve bu yargı yerinin kararlarının incelemesi 9. Ceza Dairesi'nce yapılmıştır.

506 sayılı Kanun'un 140. maddesinin ilk düzenleme şeklinde, bölüm başlığı idari para cezası biçiminde olmayıp, "ceza hükümleri" ve altında "müeyyideler" biçiminde idi. Ayrıca belli yükümlülüklerini yerine getirmeyenler için öngörülen yaptırım da ağır para cezası olarak belirlenmişti. Bir ceza hukuku kurumu olarak "tekerrür" kurumuna yer verilmiş ancak görevli mahkeme gösterilmemişti. Bunun sonucu uyuşmazlıklar doğal olarak sulh ceza mahkemesinde çözümlenmiştir. Bu uygulama 20.06.1987 günlü 3395 sayılı Yasayla yapılan değişikliğe kadar devam etmiştir.

Sözü edilen yasa; maddenin "müeyyideler" başlığını, "idari para cezaları" olarak değiştirmiş ve yukarıda II. Bölüm A) b) bölümünde gösterildiği üzere madde yeniden düzenlenerek idari para cezalarına karşı, bu cezanın tebliğinden itibaren 30 içerisinde yetkili mahkemeye itiraz edilebileceği hükmü kabul edilmiştir.

b) İş mahkemelerini görevli kabul eden uygulama:

3395 sayılı Yasa'nın getirdiği yeni düzenleme ve uyuşmazlıkların yetkili mahkemede çözümleneceği yolundaki hüküm, Yargıtay'ı etkilemiş ve sosyal sigortalar hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli daire idari para cezalarından doğan uyuşmazlıkların yargı yeri yönünde yeni bir uygulama kabul etmiştir.

Yargıtay ilgili dairesinin görüşüne göre, idari para cezaları ile ilgili işlemlerden doğan uyuşmazlıkların, 506 sayılı Kanun'un 134. maddesi kapsamına giren ve bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarla aynı nitelikte bulunduğu, kaldı ki; "yetkili mahkeme" teriminin, aynı Yasanın 79. maddesi 6. fıkrasında dahi yer aldığı ve bundan

açıkça "İş Mahkemelerinin amaçlandığı vurgulanmış ve iş mahkemesinin; idari para cezaları uyuşmazlıklarında görevsizliğine ilişkin kararı bozmuştur." Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 09.06.1988 günlü E:3800, K:3817 sayılı ilamı aynen şöyledir:

"... 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 3395 sayılı Kanunun 12. maddesi ile değiştirilen 140. maddesinde öngörülen "idari para cezaları" ile ilgili işlemlerden doğan uyuşmazlıkların aynı Kanunun 134. maddesi kapsamına giren "Bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar" niteliğinde bulunmasına, yine aynı Kanunun 5. maddesiyle değiştirilen 506 sayılı Kanunun 79. maddesinin 6. fıkrasında yer alan "Yetkili Mahkeme" deyiminin maddenin konusu ve kapsamı itibarıyla "İş Mahkemeleri"ni amaçladığının açık olmasına, giderek 140. maddedeki "Yetkili Mahkeme"nin de yasanın bütünlüğü ve işlemlerin niteliği bakımından "İş Mahkemeleri" olarak kabulünün zorunlu olmasına göre, mahkemece işin esasına girilip oluşacak sonuç uyarınca karar verilmek gerekirken yazılı gerekçelerle davanın görev yönünden reddi yolunda hüküm tesisi isabetsizdir..."

Böylece denilebilir ki, bu alanda sosyal sigortalar hukuk sistemine uygun bir görüş oluşturulmuş, olması gereken yargı yeri iş mahkemesi olarak belirlenmiştir.

c) Ceza mahkemelerini yeniden görevli kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı görüşü:

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirtilen ve sisteme uygun bu alanda olması gereken görüşü uzun süreli olmamış; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.04.1989 günlü E:1989/10-253, K:1989/341 sayılı kararı ile kabul görmemiştir. Sözü edilen Genel Kurul kararıyla idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevi kabul edilmemiş, eskiden olduğu gibi ceza mahkemelerinin görevi gündeme gelmiştir. Bu kararlar idari para cezalarının nitelik ve amacı göz ardı edilmiş, sisteme uygun düşmeyen bir yargı yeri kabul edilmiştir.

Öyle ki bu görüş yasa koyucuyu etkilemiş, sonuçta 06.05.1993 günlü 3910 sayılı yasa ile idari para cezalarından doğan uyuşmazlıkların sulh ceza mahkemelerinde çözümleneceği kabul edilmiştir.

Bu kabulden sonra uygulama idari para cezala-

rının yapısına ve niteliğine uygun olmayan biçimde sürdürülmüş ve uyuşmazlıklara ceza mahkemeleri çözüm bulmaya çalışmıştır.

d) İdari yargı yerini kabul eden görüş ve uygulama:

Sulh ceza mahkemelerinin sözü edilen uyuşmazlıklarda görevli olması, sorunun Anayasa Mahkemesi'ne taşınmasına neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi 08.10.2002 günlü ve 88 sayılı kararı ile soruna yeni bir görüş getirmiş ve belirtilen uyuşmazlıklarda idari mahkemelerin görevli olması gerektiğini kabul etmiştir. Bunun sonucu yapılan yasal düzenleme ile idari yargı yeri belirtilen uyuşmazlıklarda görevli olduğu kabul edilmiştir. Halen bu uygulama yürürlükte bulunmaktadır.

B) İŞ KANUNU YÖNÜNDEN:

a) Ceza mahkemelerini görevli kabul eden ilk uygulama:

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde; kanunun öngördüğü yükümlülükleri uymayan işverenler için öngörülen yaptırımlar ceza hukuku anlamında para ve hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Bu cezaları uygulamakla görevli yargı yerleri ise sulh ve asliye ceza mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Bu mahkemelerin verdikleri kararlar aleyhine Yargıtay 9. Ceza Dairesi'ne başvuru hakkı getirilmiştir.

03.11.1988 günlü 3493 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu idari para cezalarından doğan uyuşmazlıklar için de ceza mahkemeleri görevli kabul edilmiştir. Her ne kadar uygulanan cezalar idari para cezaları olarak görülmüşse de uyuşmazlıklar yönünden bir farklılık getirilmemiş ve bunların eskiden olduğu gibi sulh ceza mahkemesinde çözümleneceği kabul edilmiştir.

Bu arada 1988 yılında yapılan değişikliğin ardından idari para cezalarına ilişkin yargısal denetimin sulh ceza mahkemesinde yapılmasını öngören İş Kanunu'nun 108. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmiş ve iptali istenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi aşağıda belirtilen görüşü ile bu istemi yerinde bulmamıştır.

“... İtiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada .. idari para cezasına ilişkin uyuşmazlık incelenip çözüme bağlanacaktır. Bu incelemede tüm ceza yargılama kararlarında olduğu gibi önce eylemin suçlanan tarafından işlenip iş-

lenmediği iş bu hukuk kuralları karşısındaki durumu saptanarak yaptırım gerektirip gerektirmediği araştırılacaktır. Bu durumda, uyuşmazlık konusu eylemin, idari yargıda incelenip çözüme bağlanacak bir işlem ya da karar olsa da söz konusu Yasanın değişik 108. maddesi 2. fıkrasının 2. tuncesi ile bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümleneceğine ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın yargı ile ilgili genel ilkelerine ve dolayısıyla 154. ve 155. maddelerine aykırı bir yönü yoktur...” (Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.1990 günlü Esas sayısı 1989/28, Karar sayısı 1990/19 sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı:29 Birinci Cilt Sayfa:9).

b) İdari yargı yerini görevli kabul eden uygulama:

4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle eski uygulama değiştirilmiş ve önceki kanunda öngörülen istisnalar da kaldırılmak suretiyle tüm cezalar idari para cezasına çevrilmiş ve bu cezaları vermekle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü yetkili kılınmıştır. Bunun yanında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 108/2. fıkrası ile bu yaptırımların uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümü için idare mahkemeleri görevlendirilmiştir. Bu mahkemelerin verdiği kararların kesin olduğu belirlenmiş, gereğinde idari yaptırıma ilişkin itirazların evrak üzerinden incelenmek suretiyle sonuçlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Ancak daha sonra 8.2.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5728 sayılı Yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 108/2. fıkrası yürürlükten kaldırılmış olup, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çerçevesinde görevli yargı yeri sulh ceza mahkemesi haline gelmiştir.

VI-İDARİ PARA CEZASINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA İDARİ YARGININ GÖREVLİ OLDUĞU YOLUNDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI:

Anayasa Mahkemesi idari para cezasından doğan uyuşmazlıklarda, bir adli yargı yeri olan sulh ceza mahkemesinin görevli kabul edilmesini Anayasa'ya aykırı bulmadığı 10.07.1990 günlü ve 19 sayılı kararından sonra, verdiği iki kararda bu görüşün tam aksine; belirtilen türdeki uyuşmazlıkla-

rın çözümünde idari yargının görevli olduğu görüşünü kabul etmiş ve sulh ceza mahkemelerine görev veren kuralı iptal etmiştir. Bu kararlardan ilki 08.10.2002 tarihini diğeri ise 04.10.2006 tarihini taşımaktadır.

A) ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 08.10.2002 GÜNLÜ E:2001/225, K:2002/88 SAYILI KARARI:

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtildiği üzere sulh ceza mahkemelerinin görevli olduğunu kabul eden kararından sonra yukarıda belirtilen gün ve sayılı kararıyla bu mahkemelerin idari para cezalarından doğan uyuşmazlıklarda görevli olduğunu kabul etmemiş ve bunu anayasal sisteme aykırı bulmuştur.

Sulh ceza mahkemelerinin bu tür uyuşmazlıklarda görevli olmaması gerektiğini ve bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunu iddia eden itirazcı mahkeme; Sosyal Sigortalar Kurumu'nun kamu gücünü kullanarak yönetsel kararlar para cezasına hükmettiğini bu doğrultuda uyuşmazlık çıktığında çözümün Anayasa'nın 125. maddesi gereğince idari yargı yerinde olacağını, idari para cezasının idari yargı denetimi dışında tutulmasının idarenin yargısal denetiminin etkin ve doğal anlamda yapılmasını engelleyeceğini ve aynı olgudan kaynaklanan idari işlemlerin denetimlerinin farklı yargı yerlerine bırakılmasının yargılamanın ivedi yoldan yapılmasını ve uyuşmazlığın çelişkisiz çözümünü engelleyeceğini, hukuk devletinde yargılamanın asıl ve doğal yargı yerinde yapılmasının gerekeceğini, sonuçta idari bir yasağa aykırı davranan kişiye idari bir yaptırım uygulandığında uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olması gerekeceğini ileri sürerek ilgili maddenin iptalini istemiştir.

Anayasa Mahkemesi ise idari para cezalarının idari makamlarca kamu gücüne dayalı olarak verildiğini, Anayasa'nın 125. maddesi ile idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulduğunu, idari yargı sisteminde geçerli olan ilkelerin belirlendiği, idari-adli yargı ayrımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesinin olanaklı bulunmadığını ve bu tür uyuşmazlıkların çözüm yerinin

idari yargı olması gerektiğini kabul etmiş ve 140. maddenin sulh ceza mahkemesine görev veren düzenlemesini iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda aynen şu görüşlere yer vermiştir.

"... Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayrımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayrım ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar." 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idari mahkemelerce verilen kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" biçimindeki düzenlemeler idari-adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idari uyuşmazlıkların çözümünde idari ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Belirtilen nedenlerle kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır..."

"... Anayasa'nın belirlemiş olduğu bu kurallar, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayrımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda Yasa Koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İtiraz başvurusuna konu olan idari para cezası, kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili ve yasada belirtilen kurallara uymayanlara idari bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargının yetkili kılınması gerekir..." (26 Şubat 2003 günlü, 25032 sayılı Resmi Gazete; Sayfa 70-74)

**B) ANAYASA MAHKEMESİ'NİN
04.10.2006 GÜNLÜ E:2006/75,
K:2006/99 SAYILI KARARI:**

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda gösterilen kararından sonra, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesinde, yukarıda yasal değişiklikler bölümünde gösterildiği üzere, yeniden düzenleme yapılmış ve idari para cezalarından doğan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı yeri görevli kabul edilmiştir. Ne var ki bir süre sonra 08.02.2006 günlü, 5454 sayılı Yasanın 5. maddesiyle idari para cezalarından doğan uyuşmazlıkların çözümünde tekrar sulh ceza mahkemeleri görevli kabul edilmiştir.

Bu durumu Anayasa'ya aykırı bulan Danıştay 10. Dairesi maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Belirtelim ki Danıştay 10. Dairesi Sosyal Sigortalar Kurum Başkanlığı'nın bir genelgesi nedeniyle uyuşmazlığa el koymuş ve bunun sonucu sorunu Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda gösterilen birinci iptal kararındaki görüş ve gerekçelere dayanan Danıştay Yüksek Dairesi sulh ceza mahkemelerinin belirtilen türdeki uyuşmazlıklarda görevli olamayacağını ileri sürmüş ve son düzenlemenin iptalini istemiştir.

Başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi idari para cezalarının nitelik ve hukuksal konumunu açıkça ortaya koymuş ve daha sonra yukarıda belirtilen kararındaki görüş ve gerekçeleri aynen tekrar etmek suretiyle bir idari yaptırım niteliğinde bulunan idari para cezalarından doğan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı yerinin görevli olması gerekeğinden sulh ceza mahkemelerine görev veren düzenlemeyi iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin idari para cezalarının nitelik ve hukuksal konumunu aşağıda aynen şöyle ortaya koymuştur.

“... İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırımın uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdari cezalar, idari yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdari cezalar

arasında yer alan para cezaları da bu amaçla etkin ve yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. İdari para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, onların idari makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir.

“İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı, verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idari yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.” (6 Nisan 2007 günlü, 26485 sayılı Resmi Gazete).

**VII- İŞ MAHKEMELERİNİN
GÖREV ALANINA İLİŞKİN
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN
21.12.2006 GÜNLÜ
E:2003/75, K:2006/114
SAYILI KARARI:**

Anayasa Mahkemesi'nin idari para cezalarından doğan uyuşmazlıkların idari yargı görevi içerisinde düşünülmesi gerektiği yolundaki görüş ve iptal kararları ister istemez iş mahkemelerinin görev konusunu gündeme getirmiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 2002 yılında verdiği ve yukarıda sözü edilen kararda açıkladığı gerekçeleri dikkate alan Denizli İş Mahkemesi; gerek 506 gerekse 1479 sayılı Yasalarda yer alan Sosyal Sigortalar Kurumu ile Bağ-Kur'un yaptığı tüm idari işlemlerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözülmesi gerektiği sonucuna ulaşmış ve sözü edilen yasalarda iş mahkemelerine görev veren 506 sayılı Yasanın 134. ve 1479 sayılı Yasa'nın 70. maddelerinin iptali istemiyle sorunu Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır.

Anayasa'ya aykırılık iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi bu kere; yukarıda iki kararda açıklanan ve idari yargının görev alanını belirten görüşünün tam aksine, iş mahkemelerinin kuruluş, amaç ve görev alanı özelliğini açıkça ortaya koymak suretiyle Anayasa'ya aykırılık istemini yerinde bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda gün ve sayısı

belirtilen kararında aynen şu görüşlere yer verilmiştir:

“Başvuru gerekçesinde, Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumu’nun kamusal güçle donatılmış birer idari mercii olarak yaptıkları işlemlerin de idari işlem olması nedeniyle, bunlara karşı idare mahkemelerinde dava açılması gerekirken iş mahkemelerini görevlendiren hükümlerin Anayasa’nın Başlangıç bölümündeki kuvvetler ayrılığı ilkesiyle 2, 125 ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa’nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmış, 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık bulunduğu, 155. maddesinde ise Danıştay’ın, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğu ifade edilmiştir.

İtiraz konusu kurullarla, 506 ve 1479 sayılı Kanunların uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülmesi düzenlenmektedir.

Anayasa’nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa’nın 125. ve 155. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa’da yargı ayrılığının kabul edildiği görülmektedir. Buna göre mahkemelerin görevleri belirlenirken adli ve idari olarak nitelenen yargı ayrılığının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bununla birlikte, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.

Ülkemizde, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile işçi ve işveren arasında iş akdinden veya İş Kanunu’na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarına bakmak üzere iş mahkemeleri kurulmuştur. Sosyal güvenlik kurumlarının prim ve diğer alacaklarının hesaplanması, sigortalı olma hakkının kazanılması ya da kaybedilmesi ihbar, kıdem ve kötü niyet tazminatlarından doğan uyuşmazlıklar sonucunda hükmolunan miktarların ve bunlara uygulanacak faiz oranlarının hesaplanması gibi konuların kendi içinde bütünlük

ve ihtisas gerektirmeleri yanında, iş hukuku ile de yakından ilişkili olduğu açıktır. Nitekim 5521 sayılı Yasa’nın 1. maddesinin (B) bendi ile “işçi uyuşmazlıklarından doğan itiraz ve davalara...” bu mahkemelerde bakılacağı 506 sayılı Yasa’nın itiraz konusu kuralına paralel biçimde ayrıca vurgulanmıştır. 1479 sayılı Yasa’dan kaynaklanan kimi uyuşmazlıkların da bu nitelikte oldukları görülmektedir. İhtisaslaşmayı esas alan bu düzenlemelerin kamu yararı amacıyla getirildikleri anlaşılacakla, yargı ayrılığı ilkesine aykırı olmadıkları sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurulların Anayasa’nın 2, 125 ve 155. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İtirazın reddi gerekir.” (31 Mart 2007 günlü 26479 sayılı Resmi Gazete).

VIII- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ:

Yukarıda açıklanan Anayasa Mahkemesi kararlarıyla; idari para cezasından doğan uyuşmazlıklarda olması gereken yargı yerine ilişkin üç görüşün ortaya çıktığı görülmektedir.

Bunlardan ilki 10.07.1990 günlü 18 no’lu kararda yer alan; idari para cezalarından doğan uyuşmazlıklarda sulh ceza mahkemelerinin görevini Anayasa’ya uygun bulan görüşüdür. Bu görüş, temelde, tüm ceza yargılama kararlarında uygulanan yöntemin, idari para cezalarında da uygulanması gerektiği yolundaki bir genellemeden kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla bu karara göre; idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü ile diğer cezalara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü arasında bir fark bulunmamaktadır. Tüm ceza yargılama kararlarında önce, eylemin suçlanan tarafından işlenip işlenmediği, hukuk kuralları karşısında durumu saptanarak yaptırım gerekip gerekmediği araştırılacaktır. Bunun sonucu uyuşmazlık konusu eylemin, idari yargıda incelenip çözümlenmesi idari bir işlem ya da karar olsa da bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümlenmesinde Anayasa’nın yargı ile ilgili ilkelerine aykırılık bulunmamıştır.

İdari para cezalarının hukuksal nitelik ve konumunu dikkate almayan, anayasal idari ve adli yargı görev alanını göz ardı ederek salt, uygulanacak

ceza yargılanmasındaki yöntemden hareket eden bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yukarıda açıklandığı üzere bir idare hukuku kurumu olan idari para cezalarının dayandığı hukuki esaslar ile ceza hukukunun konusu yaptırımların birbirinden tamamen farklı olduğu dikkate alınırca belirtilen karardaki görüşün dayanağı ortadan kalkmaktadır. Kuşkusuz hukuksal ve zorunlu kendine özgü nedenler gösterilmek suretiyle idari yargı alanına giren belli uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümlenmesi yasal düzenleme ile mümkündür. Ancak bu durumun özel nedenlere dayandırılması zorunludur. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin kısa bir süre sonra kabul ettiği görüşle belirtilen ilk görüş terk edilmiş ve bu tür bir gerekçeye yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir idari işlem olan idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği yolundaki ikinci tür görüşüne temelde katılmamak mümkün değildir. Gerçekten Anayasa'nın 125, 140 ve 155. maddelerinde gösterilen idari yargının varlık ve görev alanını belirleyen hükümleri karşısında; idari eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözümlenmesi genel bir kural olarak ortaya çıkar.

Ne var ki tüm hukuksal durumlarda olduğu gibi, bu kuralı mutlak ve katı olarak kabul etmek mümkün değildir. Kimi haklı nedenlerin varlığı ve kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda ve Anayasa'nın 142. maddesi de dikkate alınmak koşuluyla; idari eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların, özel ve ihtisas mahkemelerinde çözümlü anayasal sisteme daha uygun olacaktır.

Bunun sonucu denilebilir ki; Anayasa Mahkemesi'nin bir idari işlem olan idari para cezalarından doğan uyuşmazlıkların çözüm yerinin ilk bakışta ve genel bir yorumla idari yargı yerinde çö-

Anayasa Mahkemesi'nin iş mahkemelerinin görevine ilişkin ortaya koyduğu en son tarihli kararındaki görüşü; anayasal yargı sistemine en uygun düşen görüştür.

zümelenmesi gerekeceği yolundaki görüş yerindedir. Buna karşın, salt sosyal sigortalar hukuku ile iş hukukundan doğan ve idari para cezaları dahil tüm idari işlem ve eylemleri için Anayasa'nın 142. maddesine uygun biçimde özel yargı yeri bulunduğu gerçeğini göz ardı eden bu ikinci görüş de yerinde bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi en son kararında bu gerçeği açıkça kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iş mahkemelerinin görevine ilişkin ortaya koyduğu en son tarihli kararındaki görüşü; anayasal yargı sistemine en uygun düşen görüştür. Bu görüşe göre; iş mahkemeleri kendi görev alanları içerisinde uzman mahkemeler olarak 5521 sayılı iş mahkemeleri kanunu ile kurulmuştur. Görevi işçi ile işveren arasında iş akdinden doğan veya İş Kanunu'na dayanan her türlü uyuşmazlıklarda görevli olduğu gibi, sosyal güvenlik kurumlarının idari işlem niteliğinde olan tüm işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarına da bakmaktadır. Belirtilen konular kendi içerisinde bütünlük gösterir ve özel bilgi ve ihtisası gerektirir. Gerek 506 sayılı Yasa'dan gerekse 1479 sayılı Yasa'dan doğan uyuşmazlıkların bu şekilde iş mahkemelerinde çözümlenmesi kamu yararı olarak görülmüş ve yargı ayrılığı ilkesine aykırı bulunmamıştır. Bu görüşün sonucu denilebilir ki gerek sosyal güvenlik kuruluşlarının gerekse İş Kanununa göre iş hayatını düzenlemekle görevli kamu idarelerinin bir idari işlem niteliğinde olan para cezalarından doğan uyuşmazlıkların da, sözü edilen yasalardaki bütünlük gözetilerek uzmanlık isteyen mahkemelerde çözümlenmesi açıklanan nedenlerden zorunludur ve Anayasa'nın 142. maddesi gereğidir.

IX- İDARİ PARA CEZALARINDA YAŞANAN KAOSUN NEDENİ:

Yukarıda gösterildiği üzere bugün için dahi idari para cezalarından doğan uyuşmazlıkların çözümünde hangi yargı yerinin görevli olduğu konusunda tam bir kaos yaşanmaktadır. Çok kısa süreli yapılan yasal değişiklikler sorunu çözmekte ve bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklar mahkemeler arasında mekik dokumaktadır.

Bu kaosa neden, yargı kararlarındaki birbirine aykırı görüş ve kararlar ile yasal düzenlemelerin yeterli inceleme ve araştırma sonucuna dayanmalarındır.

İdari para cezalarından doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesi gerek maddi hukuk açısından, gerekse yargılama hukuku açısından zorunludur.

Gerçekten yukarıda tarih ve numarası verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1989 yılında almış olduğu bir karar ve buna dayalı yasal düzenleme bu alanda ortaya çıkan belirsizliğin ilk nedenidir. Sözü edilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile bir idari işlem niteliğinde olan idari para cezası, ceza hukuku içerisinde yer alan ceza hükmü olarak kabul edilmiş ve buna dayalı bir sistem oturtulmak istenmiştir. Oysa, yukarıda yapılan açıklamalarda gösterildiği üzere ceza hukukunda yer alan yaptırımlarla sosyal güvenlik yasaları ve iş hukukunda sözü edilen yaptırımların birbiriyle ilgisi bulunmamaktadır. Bu farklılık gözetilmediği durumda buna bağlı yargı yerinde de bir uyumsuzluğun ortaya çıkması zorunlu olmuştur.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi kararlarında dahi idari yaptırımın niteliği ve hukuksal konumu ortaya konmasına karşın bu alanda görevli özel ve uzman mahkeme varlığı dikkate alınmamış ve sanki ortada diğer idari kurumların verdikleri bir karar veya yaptırım varmışçasına genel bir yorumla sonuca gidilmiş, sonuçta; konunun uzman mahkemesi göz ardı edilerek idari mahkemeler devreye sokulmuştur. Bu tür bir kabul dahi sosyal güvenlik hukuk sistemi ile iş hukuku sistemine uygun düşmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen en son kararında bu durumu farketmiş ve iş mahkemelerinin konumunu açıkça belirlemiştir.

X- SORUNUN ÇÖZÜMÜ VE İDARI PARA CEZALARINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA İŞ MAHKEMELERİNİN GÖREVLİ KABUL EDİLMESİNİN ZORUNLULUĞU:

İdari para cezalarından doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesi gerek maddi hukuk açısından, gerekse yargılama hukuku açısından zorunludur. Bu durumu şöylece ortaya koyabiliriz:

A) MADDİ HUKUK AÇISINDAN:

5521 sayılı Yasa ile oluşturulmuş bulunan iş mahkemeleri; işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklarla, sigortalı, işveren ve Sosyal Sigortalar Kurumu arasındaki 506 sayılı Yasa'dan doğan tüm uyuşmazlıkları çözmekle yükümlüdür.

Uzmanlaşmış yargıçlardan oluşan bu mahkemeler basit yargılama usulü uygular ve uyuşmazlıkları en seri şekilde sonuçlandırır. Bu mahkemeler, adli yargı içerisinde yer almalarına karşın, gördükleri davalar, genelde, kamu hukuku alanında sosyal güvenlik ve iş hukukundan doğan davalardır. Bu mahkemelerde; idare içerisinde yer alan kamu kuruluşlarının işlemleri dava konusu yapılmakta ve anayasal sosyal güvenlikten kaynaklanan uyuşmazlıklar çözümlenmektedir.

506 sayılı Yasa, temelde, hizmet akdi ile çalışanların sosyal güvenliklerini sağlayan sosyal sigortalar sistemini düzenlemiş ve bu alanda uygulanması zorunlu temel ilke ve kuralları hükme bağlamıştır. Bu sistemde, sigortalılar, işveren ve Kurum hak ve yükümlülükleri kendine özgü esaslar içinde belirlenmiştir. İşte 506 sayılı Yasa sistemi temel ilke ve esaslarını belirlerken ayrıca 134. maddesi ile sistemde çıkacak tüm uyuşmazlıkların uzman ve özel nitelikteki iş mahkemelerinde çözümlenmesini öngörmüştür.

Gerçekte; sosyal sigortalar hukuku getirdiği yeni Kurum ve esaslarla kendine özgü bir sistem yaratmış, kamu hukuku alanında, yeni bir hukuk dalı oluşturmuştur. Bu hukuk alanı içerisinde maddi hukuk sorunlarının kendine özgü yargılama sistemi içerisinde uzman hakimlerce çözümlenmesi yasa koyucu tarafından benimsenmiş ve bu amaçla genel mahkemeler dışında özel nitelikli iş mahkemeleri görevli kabul edilmiştir.

İdari yaptırımın temelde sosyal sigortalar hukukunun temel ilke ve esaslarından kaynaklandığı ve idari yaptırıma neden olan eylemlerin doğrudan 506 sayılı Yasa sisteminin öngördüğü ilke ve kuralara dayandığı gözetilirse, bu tür uyuşmazlıkların da uzman iş mahkemelerinde çözümü kendiliğinden ortaya çıkar. Aksine bir kabul aynı temel ilke ve esaslar yönünden iki ayrı yargı yerini devreye sokar ve hukuk alanında yaratılmak istenilen istikrar ve güven yerine bir karmaşa ortaya çıkarır.

Bu arada ilave edilmelidir ki; bir kamu kuruluşu olan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sigortalılarla

veya işverenlerle ilgili tüm işlemleri idari işlem niteliğindedir. Kurumun bir kişinin sigortalı sayılması veya sayılmaması, sigortalılığın başlangıcı veya bitimi, bir kazanın iş kazası sayılması veya sayılmaması, sürekli iş göremezlik halinin saptanması, gelir bağlama işlemleri, yaşlılık sigortası ile ilgili işlemleri, işverenin prim yükümlülüğüne ilişkin işlemleri, işyerinin kapsama alınması veya kapsamdan çıkarılması gibi tüm işlemler birer idari işlemdir. Bu işlemlerin idari işlem sayılarak bunlardan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümü öngörülürken; aynı yasa ve kanunlardan kaynaklanan ve idari işlem niteliğinde bulunan bir idari yaptırım olan para cezalarına ilişkin uyuşmazlıkların konuyla doğrudan ilgisi bulunmayan idari yargı yerine bırakılması sistemin özü ve bütünüyle bağdaşmaz.

Aynı durum; İş Kanunu açısından da geçerlidir. İş hayatının kontrolü ile yükümlü ve İş Kanunu hükümlerinin uygulanması yönünde görevli kamu kuruluşlarının idari işlem niteliğindeki yaptırımları da doğrudan İş Kanunu'nun temel düzenlemesiyle ilgilidir. Salt İş Kanunu'nun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmekle görevli iş mahkemeleri dışında yargı yerinin sulh ceza mahkemesine bırakılması sistemin özüne uygun düşmemektedir.

Nitekim doktrinde dahi bu görüş açıkça dile getirilmiştir (Bkz. Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT, MESS, Sicil, Haziran 2006, Sayı 2, Sh:29).

B) YARGILAMA HUKUKU AÇISINDAN:

İdari yaptırımların esasına ilişkin uyuşmazlıkların uzman ve özel oluşturulmuş iş mahkemeleri dışında başka yerlere bırakılması maddi hukuk açısından olduğu kadar bu yaptırımların uygulanma ve infaz aşamasında dahi bir ikilem ve karmaşa ortaya çıkartır.

Gerçekten, idari para cezalarının tahsil ve ödenmesi yönünden ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanacak kural ve esaslar, 506 sayılı Yasanın 80. maddesinde gösterildiği üzere 6183 sayılı Kamu alacaklarının Takip ve Usulüne Dair Kanun'da yer alan kurallardır. 506 sayılı Yasa'nın sözü edilen maddesinin 4. fıkrası; Kurumun primle birlikte diğer alacaklarının tahsilinde doğrudan 6183 sayılı Yasa'nın uygulanmasını öngörmüş ve ayrıca Kurum alacaklarının tahsil ve ödenmesi aşamasında

ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yerinin de iş mahkemesi olduğunu ortaya koymuştur.

İdari para cezalarıyla ilgili uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözümlenmesi bu alanda yeni sorunlar ortaya çıkaracaktır. Yukarıda açıklandığı üzere idari para cezasına konu olan işlemler maddi hukuk sorunu olarak iş mahkemelerine getirilmekte ve burada işin esasıyla ilgili tespit davası veya diğer davalara konu teşkil etmektedir. Kısaca temelde aynı konular, bir tarafta iş mahkemesine diğer tarafta idari yargı yerine götürülmektedir. Bu durumda hangi yargı yeri kararları esas alınacak ve diğerine etki yapacaktır? Ortaya çıkan yargı uyuşmazlığı nasıl çözümlenecektir? Kısaca birbirine çok sıkı bağlı olan uyuşmazlıklarda farklı yargı yerleri farklı kararlar verme durumunda kalacak ve konu tam anlamıyla bir karmaşaya itilecektir.

SONUÇ:

Sonuç olarak denilebilir ki; bugüne kadar yapılan yanlışlıklardan dönülerek ve konunun önemi de dikkate alınarak gerek sosyal güvenlik kuruluşları gerekse İş Kanunu açısından uygulanması gereken idari yaptırımlarda iş mahkemelerinin görevli kabul edilmesi sistemin gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

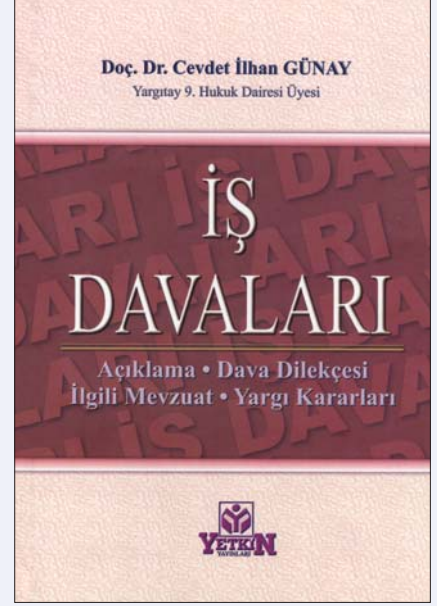
YENİ YAYINLAR



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay tarafından hazırlanan “**İş Davaları**” isimli eser 2008 yılında yayımlanmıştır.

Eserde sistematik bir çalışmayla davalar bireysel, toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku kitapları başlığı altında sırasıyla tazminat, alacak ve tespit davaları olarak kısımlara ayrılmıştır. Birden fazla aynı kısımda dava türü açıklamasında ise her dava türü bir bölüm olarak incelenmiştir.

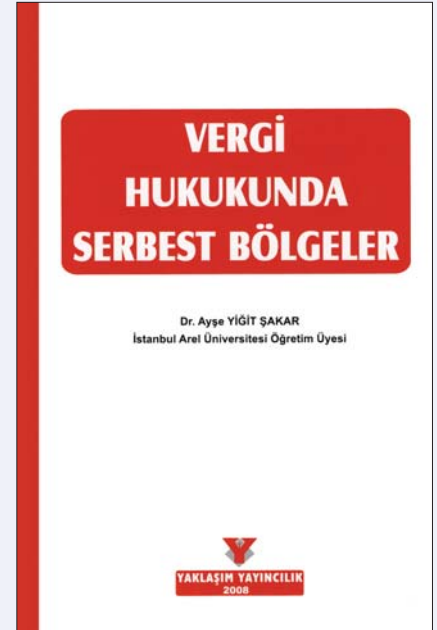
Kitapta davalar önce açıklanmış, daha sonra tamamen kurguya dayalı olarak dava dilekçesi örneklerine yer verilmiştir. Ayrıca, her dava açıklanırken yargı kararlarına yer verildiği gibi, öğretinin de o konudaki yaklaşımı sergilenmiş, yazarın kişisel kanaati de açıklanmıştır. Kararlar, Hukuk Genel Kurulu ve özel daire kararları olarak özet başlıklardan sonra metinler okuyucunun yararlanmasına sunulmuştur.



Dr. Ayşe Yiğit Şakar tarafından hazırlanan “**Vergi Hukukunda Serbest Bölgeler**” adlı eser, Şubat 2008 tarihinde yayımlanmıştır.

Ülkelerin dış ticaret alanında karşılıklı çıkan ithalat-ihracat kısıtlamaları, gümrük vergileri gibi bir takım engeller, dünya pazarında rekabet etmelerini engellemektedir. Küresel düzeyde rekabet edebilmek için serbest bölgeler gibi devlet müdahalesinin olmadığı veya az olduğu, gümrük muafiyeti ve çeşitli teşviklerin sağlandığı ve ucuz işgücünün bulunduğu bölgelere ilgi artmaktadır.

Eserin amacı, günümüzde hızla gelişen ve yaygınlaşan serbest bölgeler ve bu bölgelere sağlanan vergisel teşviklerin dayanaklarının ve uygulamalarının vergi hukuku açısından incelenmesidir.



Dört bölümden oluşan eserin birinci bölümü, tarihçe ve çeşitli hukuk sistemlerine toplu bakış, ikinci bölümü serbest bölgelerin hukuksal temelleri/sınırları, üçüncü bölümü serbest bölgelerde idari ve ticari düzen ile dördüncü bölümü serbest bölgelerde vergisel düzen başlıklarından oluşmaktadır.

Ercan TURAN

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

İş Kazası Nedeniyle Gerçek Zarar Tavanı Hesabında Pasif Dönem

1-Genel Olarak

İş kazası sonucu sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalı tarafından açılan maddi tazminat istemli davalarda; sigortalının iş kazasına bağlı olarak gerçekleşen çalışma gücü kaybı nedeniyle uğradığı zararın, iş kazası sonucu ölüm halinde ise; sigortalının desteğinden yoksun kalan hak sahiplerinin, iş kazasına bağlı olarak gerçekleşen zarar tavanlarının belirlenmesi, tazmin sorumlularının sorumluluk sınırının ortaya konulması açısından zorunlu bulunmaktadır.

506 sayılı Yasanın 26.maddesinde yer alan "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." ibaresinin, Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 gün ve 2003/10 Esas ve 2006/106 Karar sayılı kararı ile Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptali öncesindeki uygulamada, kendine özgü halefiyet ilkesine dayandığı kabul edilen ve Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından, tazmin sorumluları hakkında açılan rücu tazminat davalarında da, gerçek zarar tavan hesabının belirlenmesi zorunluluğu bulunmaktayken; anılan iptal kararı sonrasında, Sosyal Güven-

lik Kurumu tarafından açılan ve basit rücu hakkına dayandığı kabul edilen tazminat davalarında, tavan hesabına gerek olmadığı içtihadı geliştirilmişse de; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21.maddesiyle getirilen "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir..." içerikli düzenleme gözetildiğinde, 5510 sayılı Yasa gereğince Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, iş kazasına dayalı olarak açılacak rücu tazminat davalarında da, tekrar tavan hesabı gereğinin doğacağı belirgin bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi iptal kararının, işverenin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeye yönelik olduğu ve 506 sayılı Yasanın 26. maddesinde yer alan, "İş kazası veya meslek hastalığı, 3. bir kişinin kasit veya kusuru yü-

zünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3 üncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir.” içrikli düzenleme gözetildiğinde; günümüz yargısal uygulamasında kabul görmese de, 506 sayılı Yasanın 26.maddesi uyarınca, üçüncü kişilere karşı açılan davalarda, gerçek zarar tavan hesabının bugün için de gerekli olduğu sonucuna varma olanağı bulunmaktadır.

Aynı iş kazası olayı nedeniyle açılan, temelde sigortalının iş gücü kaybı veya ölümü nedeniyle oluşan zararın giderimini amaçlayan tazminat davalarında, sigortalının olası pasif yaşam döneminin gerçek zarar tavan hesabında gözetilip gözetilmeyeceği konusunda farklı yargısal yaklaşımlar sergilenmektedir.

İş kazasına bağlı çalışma gücü kaybı veya ölüm hallerinde oluşan zararın hesabında, genel yargısal ilkelerin ortaya konulması; bu alanda içtihat birliğinin sağlanabilmesi açısından gerekli olduğu gibi, konuya ilişkin öğretinin gelişimine de katkıda bulunacaktır.

II-İş Kazası Nedeniyle Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Maddi Tazminat Hesabının Unsurları

Vücut bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan zararın gideriminde gözetilecek unsurlar; iyileştirme veya sakatlığın artmasını önlemek amacıyla yapılan harcamalar; çalışma gücünün kısmen veya tam olarak yitirilmesi nedeniyle uğranılan kazanç kaybı¹; ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zarar olarak ortaya çıkmaktadır.

İnceleme konusunu oluşturan “pasif dönem” kavramı, iş kazasına uğrayan kişinin, olağan yaşam koşulları altında, geçimini sağlamak için emeğini üretim sürecine sunduğu aktif çalışma dönemine son verdikten sonra, eylemli çalışma dönemindeki kişisel veya sosyal güvenlik alanında oluşan birikimlerine dayalı olarak, yaşamını çalışmadan sürdürebileceği dönem olarak kabul gördüğünden; maddi tazminat hesabının unsurları arasında yer alan çalışma gücünün yitirilmesinden kaynaklanan kazanç kaybı üzerinde durulmasını gerekli kılmakta; pasif dönemde iş göremezlik nedeniyle ortaya

Çalışma gücünün kısmi kaybının, tam iş göremezlik gibi değerlendirildiği durumlar, Yargıtay içtihatlarıyla, somut olayın özellikleri de gözetilerek, çalışma gücünün % 60 veya 2/3 oranında kaybı halleri olarak genel kabul görmüştür.

çıkacak zararlar ise, “...işçinin yaşlılık aylıkları ve onlara ek olarak bağlanan sosyal yardım zamlarından...”² oluşmaktadır.

Çalışma gücünün tümüyle kaybedildiği ve kişinin yaşı ve eylemli çalışma döneminde ödediği sigorta primleriyle yaşlılık aylığına da hak kazanmamış olduğu durumlarda, kazaya uğrayan kişinin, çalışmasını sürdürerek, pasif dönem yaşamını güvence altına alacak birikimi oluşturma olanağının bulunmadığı belirgin olduğundan; böylesi durumlarda, çalışma gücü kaybindan kaynaklanan zarar miktarının hesabında, pasif dönemde yoksun kalınacak olan yaşlılık aylıklarının da, bir zarar unsuru olarak hesaba katılması gerekecektir. İş kazası sonucu gerçekleşen iş göremezlik oranının, çalışma gücünün tümüyle kaybı halindeki sonuçları doğurduğu durumlarda da bu yaklaşımın sergilenmesi gereği bulunmaktadır. Çalışma gücünün kısmi kaybının, tam iş göremezlik gibi değerlendirildiği durumlar, Yargıtay içtihatlarıyla, somut olayın özellikleri de gözetilerek, çalışma gücünün % 60 veya 2/3 oranında kaybı halleri olarak genel kabul görmüştür.

Çalışma gücünün kısmen kaybindan kaynaklanan kazanç kaybı belirlenirken, “Çalışma gücünün başlama anı ve devam süresi, zararın belirlenmesinde göz önünde tutulur... Öte yandan zararın belirlenmesinde kişinin muhtemel yaşama süresi ile uğraşı süresi de göz önünde bulundurulur... Genellikle, yargısal inançlarda, yurdumuz için ortalama yaş 65 olarak kabul edilmiş ise de, her sanatın yada mesleğin özelliklerine göre çalışılabilir olan sürenin...”³ belirlenmesi gerekir.

İş kazası sonucunda meslekte kazanma gücünün tümüyle yitirilmediği, çalışmanın kısmen de olsa sürdürüldüğü durumlarda kişinin uğrayabile-

çeği zarar, "...tam kapasiteyle çalışması halinde elde edeceği menfaatlerle, kısmi iş göremez halde çalışarak elde edebildiği menfaatler arasındaki farktan ibaret olacaktır... Kaza sonrasında geçici iş göremezliğe düşen işçinin içinde bulunabileceği son durum, çalışmasını aynen sürdürebilmesine rağmen bunu sağlıklı dönemine göre geçici bir süre daha zor yapabilmesidir. Böylesi bir durumda kazalanan işçi, çalışmasını aynen sürdürebildiği için kazanç kaybına uğramaz. Ancak, Yargıtay efor kaybı olarak değerlendirdiği bu gibi durumlarda da işçilerin tazminat talep edebileceklerini kabul etmektedir... Yüksek Mahkeme tazminat talebinin hukuksal dayanağını, işçinin aynı işi yaparken daha fazla güç sarf etmesi gerçeğine dayandırmıştır."⁴

Tazminat hukukunun varsayım dayalı genel yapısına karşın, gerçek durumun belirgin olduğu durumlarda, gerçeğe üstünlük tanınması zorunluluğu bulunmaktadır⁵. Bu kapsamda, iş kazası sonucunda çalışma gücünün tümüyle yitirilmiş olmasına karşın, tam iş göremezlik durumuna girilen tarihe kadarki süreçte gerçekleşen sigortalılık ile yaşlılık aylığına hak kazanılmış olması halinde de, pasif dönemi oluşturan yaş dönemi için çalışma gücü kaybına dayalı tazminat hesabı yapılmasına olanak bulunmamaktadır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, bu alandaki yaklaşımını, iş kazası nedeniyle ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirlerin tazminine yönelik davalara da yansıtmış; sigortalının sağlığında ödediği yaşlılık sigortası primlerine dayalı olarak, ölümü sonrasında hak sahiplerine, sigortalının hak ettiği yaşlılık aylığından dönüşen ölüm aylığının bağlanmış olduğu durumlarda, hak sahipleri için de, sigortalının pasif dönemindeki çalışmasına dayalı destek kaybından söz edilemeyeceği için, zarar hesabında pasif dönemin gözetilemeyeceği görüşünü benimsemiştir.

III-Yargı Kararları

Konuya ilişkin farklı yargısal yaklaşımları da irdeleyen, Yargıtay 10.Hukuk Dairesi'nin, 28.02.2006 tarih, 2006/347 E., 2006/1966 K. sayılı ilamında, "Meslek hastalığı sonucu % 15 oranında sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan ödemelerin, 506 sayılı Yasanın 26.maddesi uyarınca tazminine ilişkin davada; sigortalı tarafından açılan

tazminat davasında elde edilmiş olan ve % 15 sürekli iş göremezlik oranına karşın pasif dönemin de tavan zarar hesabına katılması ile meslek hastalığının oluşumunda etken görülen kaçınılmazlığın bir kısmının da, tehlike sorumluluğu ilkesi gereğince işverene yüklenmesi suretiyle belirlenmiş olan gerçek zarar tavan değerinden, anılan davada mahsup edilmiş olan Kurum tahsisleri, halefiyet ilkesi ve kesin hüküm gerekçesiyle Kurum yönünden gerçek zarar tavanı kabul edilerek sonuca varılmıştır.

506 sayılı Yasanın 26.maddesindeki yasal düzenlemeden kaynaklanan, kendine özgü halefiyet ilkesine dayalı davada, Kurumun tazmin sorumlusundan isteyebileceği rücu alacağı miktarı, sigortalı yada hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebilecekleri maddî tazminat miktarı ile sınırlı olduğundan; sigortalı veya hak sahipleri tarafından tazmin sorumluları hakkında açılmış olan tazminat davasındaki incelemenin 506 sayılı Yasanın 26.maddesine uygun bulunması halinde, Kurum tarafından açılan rücu tazminat davasında da bağlayıcı olarak kabul edilmesi gereği, anılan ilkenin doğal sonucudur. Ancak, davada geçerli olan halefiyet, temelinde rücu hakkı bulunan bir halefiyet hali olup, genel halefiyet ilkesinde olduğu gibi alacaklıya ait hakkın intikali değil, rücu hakkı sahibinin şahsında doğan, alacaklının hakkından bağımsız bir hak niteliğindedir. Yasa bu hak yönünden "...sigortalı yada hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebilecekleri maddî tazminat miktarı..." oranında bir sınırlama getirmiştir. Bu ilke ışığında bakıldığında, sigortalı veya hak sahiplerince açılmış maddî tazminat davalarının kesin hüküm veya halefiyet gereğince mutlak bir bağlayıcılığından söz etme olanağı bulunmamakta, 506 sayılı Yasanın 26.maddesine egemen ilkelerle uyumluluk oranında esas alınabilme söz konusu olmaktadır. Aksi düşüncenin kabulü, zamanaşımı başlangıcıyla, hak sahibi dosyasındaki kabul, feragat, ibra gibi Kurum alacağını ortadan kaldıracı işlemler için de aynı yaklaşımla sonuca varılması gereğini ortaya çıkarır ki, bu durumda anılan yasal düzenlemenin uygulanabilirliği olanaksızlaşır. Sıralanan maddî ve hukukî olgular ışığında bakıldığında mahkemenin halefiyet ve kesin hüküm gerekçelerinden hareketle vardığı sonucun kabulüne olanak bulunmadığı gibi; davanın yasal dayanağı

nı oluşturan ve iş kazası ve meslek hastalığının oluşumuna, "...kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi..." ile etkide bulunan işveren yönünden madde içeriğinde sıralanan nedenlerle ve kusura dayalı sorumluluk ilkesi temelinde sorumluluk gereğine yönelik düzenleme içeren 506 sayılı Yasanın 26/1.maddesine eklenen, "İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır." cümlesinin, maddede sayılan kusurlu davranışları nedeniyle tazminat sorumlulukları yoluna gidilen işverenlerin, iş kazasının oluşumunda etkili olan kaçınılmazlıktan da sorumlu tutulmaları gereğini öngörür şekilde yorumlanmasının, buna bağlı olarak objektif sorumluluğa olanak tanımayan madde hükmü karşısında işverenin kaçınılmazlık etkilerinden kaynaklanan bölümden kısmen de olsa sorumluluğunun kabulü, yasal düzelemeye egemen ilkeyle bağdaştırılmaz.

Tazminat hukuku alanında cismani zarar; tedavi giderleri, çalışma gücünün yitirilmesinden kaynaklanan zararlar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar olarak ortaya çıkmakta; kişinin beden ve fikir gücünün kazanç getirecek şekilde kullanılması olarak tanımlanan çalışma gücünün kayıp veya azalması halinde, bu kayıp veya azalmadan kaynaklanan zarar, tazminat hukuku ilkeleri uyarınca, geleceğe ilişkin varsayım dayalı bir hesaplamayla belirlenebilmektedir. Kuşkusuz çalışma gücündeki azalma oranı, zarar tespiti yönünden gözetilecek unsurların başında gelmektedir. Zira, çalışma gücünün yitirilmesinden kaynaklanan zararın hesabı, çalışma yaşamı süresiyle sınırlı olarak yapılabilecektir. "Kazanç kayıplarının belirlenmesinde, işçinin aktif olduğu iş görebilme dönemi dikkate alınır. Bu dönemi takip eden pasif dönem içinde gerçekleşecek zararların ise mahrum kalınan yaşlılık aylıklarından oluştuğu varsayılr. Aynı düşünce İsviçre'de de kabul edilmiş ve Federal Mahkeme bir kararında, aktif süre sona erdikten sonra yaşlılık aylığı dışında yeni kazançlar da elde edilebileceği iddialarını dikkate almayarak, bunları kazanç kaybı olarak değerlendirmemiştir." (Dr. Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, sh. 119). Kişinin daha fazla efor sarf ederek çalışma yaşamını sürdürebildiği ve bu çalışmasına dayalı olarak pa-

sif yaşam dönemini güvence altına alabildiği durumlarda, kişinin pasif yaşam süresi için bir kazanç kaybından ve kazanma gücü kaybına dayalı zararından da söz edilmesi mümkün olamayacaktır. Yasa koyucunun konuya ışık tutan bir yaklaşımını, 506 sayılı Yasanın 53.maddesinde bulma olanağı mevcut olup, anılan maddede çalışma gücünün farklı nedenlere bağlı olarak % 60 veya 2/3 oranında yitirilmesi, çalışma yaşamından tümüyle çekilme yasal varsayımı içeren malul sayılmanın gerekçesi olarak kabul edilmiş, aynı Yasanın 58.maddesinde, çalışmaya başlamak maluliyet aylığının kesilme nedenleri arasında yer almıştır.

Kurumun rücu davasına egemen ilkeler, iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik halinde, sigortalı için yapılan harcama ve ödemeler yanında, münhasıran meslekte kazanma güç kaybı oranına bağlı zararın tazmin gereği gözetildiğinde, bu miktarın belirlenmesinde sigortalının meslekte kazanma güç kaybı oranındaki yoğunluk dikkate alınarak, zararlandırıcı sigorta olayı tarihindeki bakiye ömrüne göre aktif dönem ile pasif dönem hesabı yapılabilir. Sigortalının, iş kazası sonucunda meslekte kazanma gücünü 2/3'ün altında bir oranla yitirmesi halinde ise; aktif dönemdeki çalışmayla ileride yaşlılık aylığına hak kazanma üstün olasılık içinde bulunduğundan, böylesi durumlarda, pasif dönemin gerçek zarar tavan hesabından dışlanması yerleşik içtihatların gereğidir.

Sıralanan maddi ve hukuki olgular gözetildiğinde, eldeki dava yönünden tüm unsurlarıyla bağlayıcı nitelikte bir kesin hükümden söz etme olanağı bulunmadığından, sigortalı tarafından açılan tazminat davasında belirlenen gerçek zarar tavan değerinin, kaçınılmazlığın ve pasif dönemin hesaba katılmasından kaynaklanan kısımlarının tavan değerden dışlanması sonucunda elde edilen miktardan, anılan davada hükmedilen maddi tazminat miktarının mahsubuyla elde edilecek sonuç uyarınca yapılacak tavan kontrolü sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; yazılı gerekçelerle, işvereni kaçınılmazlık ve pasif dönem zararından da sorumlu tutar şekilde belirlenmiş olan tavan değerinin esas alınması suretiyle sonuca gidilmiş olması..." yasal düzenleme ve yerleşik içtihatlarla aykırı bulunmuştur.

Anılan bozma ilamına yönelik direnme kararının temyizi üzerine, Yargıtay Hukuk Genel Kuru-

lu'nun, 27.09.2006 t., 2006/10-627 E., 2006/599 K. sayılı ilamıyla, "...Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429.madde gereğince BOZULMASINA," karar verilmiştir.

İş kazası sonucu ölüm halinde, hak sahiplerine bağlanan gelirlerin tazminine yönelik rücu davalarında da, "...Ölümlü sonuçlanan sigorta olaylarında, hak sahiplerinin destek zararlarının sadece aktif dönemle sınırlı tutulabilmesi için, sigortalının sigorta olayı tarihindeki prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresi bakımından yaşlılık aylığından yararlanma koşullarını sağlayıp sağlamadığının ya da sağlayıp sağlayamayacağını belirlemesi gerekir.

Davaya konu olayda, sigortalının iş kazası tarihinde, 59 yaşında ve 1802 prim ödeme gün sayısına sahip olduğu, (ölüm nedeniyle) yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi için Yasada aranan sigortalılık süresi ve prim gün sayısının tamamlanamayacağı, bu nedenle de hak sahibine "yaşlılık aylığından dönüşen ölüm aylığının" bağlanabilmesi olasılığının kalmadığı anlaşılmış olmakla hak sahibi eş yönünden pasif dönem zararının da destek hesabında dikkate alınması gerekirken..."⁶ aksine yaklaşım usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi ise, "Dava, meslek hastalığı sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan davacının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir...

Bu tür davalarda, tazminat miktarı, işçinin rapor tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Başka bir anlatımla, işçinin günlük brüt geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise, 60 yaşa kadar yıllık olarak % 10 artırılıp % 10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşından sonra da bakiye ömrü kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yönteme başvurulmadan, her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir.

Kuşkusuz, açıklanan tazminatın hesaplanması yönteminde, işçinin yaşlılık aylığı almaya veya işçinin yaşı ve oluşan meslekte kazanma gücü kayıp oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanması üstün olasılık içinde bulunması durumun-

da da zarar hesabında pasif dönemin hesaba dahil edilmesi gerekir. İş kazası sonucu malul kalan işçinin aynı işinde çalışmaya devam etse dahi diğer işçilerden daha fazla çaba harcayacağı asıldır. 60 yaşından sonra elde edeceği yaşlılık aylığını da diğer işçilerden daha fazla çaba harcayarak elde edeceğinden yaşlılık aylığını aldığı dönemde de devam edecek olan maluliyeti nedeniyle zarara uğramadığı düşünülemez. Kaldı ki, sigortalıya bağlanan yaşlılık aylığında meslek hastalığı ve iş kazası kolundan alınan primlerin hiçbir etkisi bulunmamakta tamamen uzun vadedeki sigorta kollarından ödenen primler sonucu aylık bağlanmaktadır. Bu nedenlerle pasif dönemin de zarar hesabına dahil edilmesi ve yeraltı maden işçilerinin zararlarının tespitinde 50 yaşın ikmaline kadar yeraltındaki koşullar nazara alınarak yapılan ücretlerle, 50 ile 60 yaşları arasında yer üstünde tüm yıl asgari ücretle çalışıp gelir elde edeceği, 60 yaştan sonra bakiye ömrüne kadar (pasif dönemde), asgari ücret esas alınarak yapılması gerekir..."⁷ görüşüyle; iş kazasına bağlı olarak sigortalıda oluşan iş göremezlik oranının, gelir kaybından kaynaklanan zararın hesabında pasif dönemin dışlanması konusunda etken olmayacağı yaklaşımıyla sonuca varmaktadır.

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi'nin bu yöndeki bozması üzerine verilen direnme kararı da, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca, "...Tazminat miktarı işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu söz götürmez...

Oysa açıklanan doğrultuda işlem yapılmaksızın, davacı kazalı işçinin maluliyet oranına göre çalışarak ileride emekli aylığına hak kazanması olasılık dahilinde bulunduğundan pasif dönemin de (emeklilik dönemi) gerçek zarar hesabına dahil edilmediği ortadadır.

Yapılacak iş dosyanın yeniden hesap bilirkişisine tevdi ile davacının maddi zararının maluliyet oranına bakılmaksızın pasif dönem (emeklilik dönemi)'in de dahil edilerek yeniden tespit etmektir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir...

Sorumluluk hukukunun amacı, zarar görenin uğramış olduğu gerçek zararı gidermek, kaybolan bir değer yerine, nitelik veya nicelikçe benzer bir değeri koymaktır.

Vücut bütünlüğü ihlali, bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz etkide de bulunmaktadır. Çalışma gücü kaybı olarak ifade edilen bu etki, iş gücünün gelir getirici şekilde kullanımının tamamen yok olması ya da azalması niteliğinde olup, iş gücü kaybı ya da azalmasından kaynaklanan ekonomik sonuçlar, zararı oluşturmaktadır.

Kural olarak işveren, işçinin iş kazasından doğan tüm zararını karşılamak durumundadır.

Sosyal Güvenlik Kurumunca kazanılan işçiye sağlanan sigorta yardımları, kimi durumlarda işçinin uğradığı zararı tümüyle karşılamaktan uzaktır. Bunun nedeni, sigorta yardımlarının, iş kazasının ortaya çıkardığı zarar dikkate alınarak değil, aktüeryal dengeler de gözetilerek, yasaların öngördüğü sınırları uyarınca belirlenmiş olmasıdır.

Belirtilen nedenlerle, davacı işçinin, iş görebilme çağı sonrası olarak da ifade edilen pasif devrede zarara uğrayacağı, yaşlılık aylığıyla karşılanmayan bakiye bir zararının bulunduğu kabul edilerek; ileride yaşlılık aylığına hak kazanma olasılığı üzerinde durulmadan, pasif dönem zarar hesabının yaptırılması gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen olgular dikkate alındığında Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya...⁸ aykırı bulunarak bozulmuştur.⁹

IV-Sonuç

Tazminat hukuku, konusu gereği varsayımlara dayalı yaklaşımlar içermekte olup, bu alanda adil sonuçlara varılabilmesi, öğretisi ve yargısal uygulamada genel kabul gören nesnel verilerin egemen kılınmasını gerektirmektedir.

İş kazası nedeniyle oluşan sürekli iş göremezlik hali, çalışarak kazanma gücü üzerindeki etkisiyle ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle, bu durumlardaki tazminat hesabı, sürekli iş göremezlik oranı, kazaya uğrayan kişinin yaşı ve ücreti gibi temel unsurların gözetilmesi yoluyla, bu alandaki yerleşik varsayımlarla gerçekleştirilebilmektedir. Kazaya uğrayan kişinin pasif yaşam döneminde, çalışmazlığın elde edeceği yaşlılık aylığı üzerinde olumsuz

etki yaratmayan iş göremezlik oranları nedeniyle, pasif dönem yönünden kazanç kaybı hesabı yapılması, bir tür sebepsiz zenginleşmeye yol açmaktadır.

Maddi zarar kapsamında unsur olarak gözetilme olanağı bulunan ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan kayıplar, doğal olarak iş göremezlik oranı ve çalışma süresinden bağımsız olarak belirlenebilecekse de, bu anlamdaki zararın hesabı, kazanın somut koşulları içerisinde yine o olaya özgü olarak yargıç tarafından takdir edilecektir. Ancak bu hesaplama, gelir kaybına ilişkin hesabın her durumda pasif dönemi kapsar biçimde genişletilmesi yoluyla olamayacaktır.

İş kazası sonucu oluşan sürekli iş göremezlik oranının, kazaya uğrayan kişinin çalışmasını sürdürerek yaşlılık aylığına hak kazanmasını olasılık dahilinde bıraktığı veya pasif dönem yönünden güvencenin sağlandığının eylemli olarak belirgin bulunduğu durumlarda, pasif dönem için kazanç kaybı hesabı yapılmaması gerektiği kanısındayım. Pasif dönem çalışılmaksızın geçirilen süre olduğundan, bu dönemde, kaza öncesine oranla daha fazla efor harcayarak aynı kazancı elde etmeye çalışma durumu oluşmayacağından, pasif dönemde fazla efor harcama karşılığının hesabı da olanaklı bulunmamaktadır. Pasif dönem kapsamında, çalışma gücü kaybına bağlı zarardan söz edilerek bu yönde hesaplama yapılması, pasif dönem kavramının yapısıyla bağdaşmamaktadır.

Bu konudaki içtihat farklılıklarının, öğretideki görüşler ışığında ve sosyal güvenlik alanındaki yeni düzenlemelerin yürürlüğü öncesinde giderilmesi bir zorunluluk olduğu gibi; bu yöndeki çabalar, adil yargılamaya dayalı, yasalara ve hakkaniyete uygun eşitlikçi yargı uygulaması konusundaki toplumsal inancı da güçlendirecektir.

DİPNOTLAR

- 1 "Çalışma gücünün geçici kaybında kazanç mahrumiyetinin hesabı, çalışma gücünün muhtemel kayıp süresi dikkate alınarak yapılır. Çalışma gücünün devamlı kaybında ise, mağduru kayba uğramasa idi çalışabileceği süre dikkate alınır. Bu hususta İsviçre'de düzenlenmiş tablolar (cetveller) bulunmasına mukabil, bizde ise böyle tablolar mevcut değildir. Yargıtay'ın çalışma süresi sınırı olarak 60-65 yaşı kabul ettiği belirtilmektedir" M.Kemal Oğuzman/M.Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 535.
- 2 Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 256.

- 3 Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, İkinci Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1989, s. 106.
- 4 Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 168-169.
- 5 “Sonuç olarak ileriye yönelik bir varsayıma dayalı bir durum söz konusu olduğundan; yargıç, yanların sunu ve açıklamaları ile değişik kaynaklardan elde ettiği bilgi verilere ve eylemli durumlara göre de değerlendirerek (BK.m.42) iş görebilirlik süresini belirlemeli... İş görebilirlik süresi, eylemli olarak da ortaya çıkmış olabilir. Bu durumda bu eylemli durumu gözetilmelidir: “Miras bırakan 65 yaşında bulunmasına karşın çalıştığı ve kazanç sağladığı evini geçindirdiğine göre destek tazminatının belirlenmesine engel değildir. (Y.4. HD 15.12.1977 519/1647)”
- Bu durumlarda eylemli olarak saptanan sürenin üzerine, kişinin mesleği, çalışma güclüğü, ailevi durumu gibi özellikler gözetilerek iş görebilirlik süresi uzatılmalıdır; BK.m 42 gözetilerek.” Çetin Aşçıoğlu, Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, 2. Bası, Sözkese Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., Ankara 2008, s. 475.
- 6 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 16.12.2002 t., 2002/9071 E., 2002/9658 K.; Y.10.H.D.'nin 17.03.2003 t., 2003/1470 E., 2003/2051 K.; 02.06.2003 t., 2003/3883 E., 2003/4586 K.'da bu yaklaşımı yansıtan içeriğe sahip bulunmaktadır.
- 7 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 07.05.2007 t., 2006/18603 E., 2007/7639 K.
- 8 Yargıtay HGK, 07.03.2007 t., 2007/21-112 E., 2007/114 K.
- 9 Aynı konuda, süreç içinde farklı yaklaşım sergileyen kararlara örnek vermek gerekirse; “Bilirkişi her iki raporunda, davacının 71 yaşında kazaya uğradığına göre P.M.F. tabloları uyarınca 80 yaşına kadar yaşayacağını ve bu yaşama süresince gerçekleşecek muhtemel zararı tespit etmiştir.
- Ömür olarak tanımlanan yaşama sınırı ile bu sınır içinde çalışabilme ve kazanç sağlayabilme gücü ayrı ayrı vakıalar olmak gerekir. Örneğin tazminat davalarında, ömür değil çalışabilme gücü süresi esastır...Yargıtay 9.H.D. 10.06.1969 t., 3220 E., 6602 K.” Mustafa Reşit Karahasan, Tazminat Davaları, İstanbul Matbaası, İstanbul 1976, s. 688.
- “Ömür olarak tanımlanan yaşama sınırı ile bu sınır içinde çalışabilme ve kazanç sağlayabilme gücü ayrı ayrı vakıalar olmak gerekir. Örneğin tazminat davalarında ömür değil çalışma süresi esastır.” 10. HD 4.3.1975 806-1224 , HGK 28.4.1976 t. 135-1276 ve 24.3.76 t. 660-1157.
- “İşçinin yaşı ve işçide oluşan %43,2 meslekte kazanma gücü kayıp oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanması üstün olasılık içinde bulunmadığı nazara alınmaksızın zarar hesabında pasif dönemde elde edeceği kazançların hesaplanmaması isabetsizdir.
- Yapılacak iş, davacıda oluşan sürekli işgöremezlik oranı ve yaşı nazara alındığında ileride çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanamayacağı, başka bir anlatımla, pasif dönemde yaşlılık aylığından elde edeceği gelirden mahrum kalacağı nazara alınarak 60 yaşından sonra (pasif) için de zarar hesabı yapılmasından ibarettir.
- Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın pasif dönem için zarar hesabı yapılmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” Yargıtay 21. H.D. 28.05.1998 t., 1998/3903 E., 1998/3927 K.
- “Davacı, %24.2 oranda genel çalışma gücünden kaybedecek

biçimde yaralandığına göre, iyileşme sürecinin tamamlanmasından sonraki döneme ilişkin olarak da aktif çalışma dönemi yanında pasif dönem için de tazminat hesaplanması gerekir. Yerel mahkemenin, yerinde görülmeyen bilirkişi düşüncesine göre bu istemin reddetmiş olması da doğru olmadığından karar bu nedenle de bozulmalıdır...” Yargıtay 4. H.D. 30.06.2004 t., 2004/1812 E., 2004/8531 K.

KAYNAKÇA

- Çetin Aşçıoğlu, Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, 2. Bası, Sözkese Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., Ankara 2008.
- Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- Mustafa Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti, 2. Baskı, İstanbul 2006.
- Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, İkinci Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1989.

Doç. Dr. Muharrem ÖZEN - Arş. Gör. Önder TOZMAN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu

1. GİRİŞ

Sanayi devrimi ile birlikte, iş sağlığı ve güvenliği kapsamında işçilerin sağlığının ve güvenliğinin sağlanması konusu ortaya çıkmıştır. Teknolojinin gelişmesi sonucunda işyerinde kendini gösteren yoğun makineleşme ve teknoloji transferi insanları işletme tehlikelerine karşı mücadele etme ve bu alanda koruyucu önlemler almaya zorlamıştır. Üretimde kullanılan yöntem ve araçların gelişmesi ve karmaşıklaşması ve bu yolla ulaşılan mekanizasyon işçilerin üretim üzerindeki egemenliğini azaltmış, böylece işçiler son derece korumasız hale gelmiş, bu sürecin sonunda ise iş kazalarının sayısı son derece artmıştır. Buna karşı ise iş kazaları ve meslek hastalıklarını azaltmak için yeni ve etkin önlemlerin alınması gereği ciddi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Böylece işin yapılması sırasında işyerindeki fiziki çevre koşulları nedeniyle işçilerin maruz kaldıkları sağlık sorunları ve mesleki risklerin ortadan kaldırılması ve azaltılması amacıyla iş sağlığı ve güvenliği kavramı ortaya çıkmıştır.

İş sağlığı ve güvenliği kavramı işçilerin fiziksel, zihinsel ve sosyal açıdan tam bir iyilik halinin sağ-

lanıp sürdürülmesini, çalışma koşulları nedeniyle sağlıklarının bozulmasının önlenmesini, mesleki risklere karşı korunmasını, işçinin fizyolojik ve psikolojik niteliklere uygun işlere yerleştirilmesini yani işin insana insanın da işe adaptasyonu şeklinde tanımlanabilir. Gerçekten özellikle sanayinin baş döndürücü bir hızla geliştiği son dönemde iş kazalarının ve meslek hastalıklarının her geçen gün daha fazla işçiyi ve iş çevresini tehdit ettiği çalışma ortamında, iş kazası ve meslek hastalığı meydana geldikten sonra bunların sonuçlarını giderici düzenlemeler yapmak yerine, engelleyici tedbirlerin alınması iş sağlığı ve güvenliği kavramının temeli oluşturur. Çağdaş iş hukukunun da işverenin işçilerin sağlığını koruma borcunu, iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önleme bağlamında ele aldığı gözlenmektedir.

Bu anlamda işveren işyerinde, işçinin sağlığını koruyucu önlemleri, yani işçinin beden ve ruh sağlığının korunmasına yönelik önlemler almak zorundadır. Nitekim Avrupa Birliği 12 Haziran 1989 tarih ve 89/391 sayılı Yönergesi de sağlık kavramını beden ve ruh sağlığı olarak kabul etmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümleri ile Kanununun 78. maddesine dayanarak çıkarılan Yönetmelik hükümleri Avrupa Birliği'nin bu Yönergesi'ne uygun bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak bütün bu hükümlere rağmen işyerlerinde kazaların meydana gelmesinin önlenemediği de bir gerçektir. Bu kazaların bir kısmında işverenlerin hiçbir kusuru yokken, bir diğer deyişle alınan bütün önlemlere rağmen işverenin kusuru dışında başka sebeplerle kazalar meydana gelirken, bir kısım kazalar ise işverenin işyerinde ve işçiler üzerinde göstermesi gereken dikkat ve özeni gereğince yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda uymakla görevli olduğu hükümleri ihlal etmesi sonucunda işyerinde bir iş kazası meydana geldiği veya bir meslek hastalığı ortaya çıktığı zaman işverenin hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilecektir. İşverenin hukuki anlamda sorumluluğu maddi ve manevi tazminat ile destekten yoksun kalma tazminatı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Cezai sorumluluğu ise 5237 sayılı TCK'nın taksirli öldürmeyi düzenleyen 85. ve taksirli yaralamayı düzenleyen 89. maddeleri kapsamında değerlendirilmelidir.

Biz bu çalışmamızda son dönemde özellikle tersanede çalışan işçilerin ölümü nedeniyle güncelliğini koruyan iş kazaları bağlamında işçi güvenliği ve sağlığının işveren tarafından ihlali halinde cezai yaptırımların uygulanmasının mümkün olup olmadığı, mümkün olduğu takdirde hangi koşullarda uygulanabileceğini ana hatlarıyla ortaya koymayı amaçlıyoruz. Bu bağlamda 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın kusurluluğa ilişkin hükümleri ile taksirli yaralama ve taksirli öldürme suçları bakımından 765 sayılı mülga TCK'dan farklı hükümler getirip getirmediği de değerlendirilecektir. Bu konudaki yargı kararlarına olanaklar ölçüsünde işaret edilecektir.

II. İŞVERENİN İŞ KAZASI VEYA MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞU: TAKSİRLİ ÖLDÜRME VEYA TAKSİRLE YARALAMA

1. Genel Açıklamalar

Taksirli bir davranışla bir insanın ölümüne se-

bebiyet verme durumunda taksirli davranışta bulunan kimse TCK'nın 85. maddesinin 1. fıkrasına göre cezalandırılır. Taksirli davranışla birden fazla insanın ölümüne sebebiyet verilmesi halinde failin cezası daha fazladır. Taksirli bir davranışla bir insanın yaralanmasına neden olunması halinde taksirli davranışın faili TCK m. 89/1 e göre cezalandırılır. Bu maddenin 2 ve 3 ve 4. fıkralarında ise ağırlaştırıcı haller düzenlenmiştir.

İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda işçi ölmüş ve işverenin bu ölüm sonucunun gerçekleşmesinde taksiri varsa, işveren TCK m. 85/1'e göre sorumlu olacaktır. Eğer ölen işçilerin sayısı birden fazla ise bu takdirde işverenin sorumluluğu söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre belirlenecektir. Buna karşılık iş kazası ve meslek hastalığı işçinin ölümüne değil yaralanmasına neden olmuşsa işverenin sorumluluğu TCK'nın 89. maddesinde yer alan taksirle yaralama suçuna göre belirlenir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, "taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi... cezalandırılır". Anılan maddenin 2, 3 ve 4. fıkralarında ise ağırlaştırıcı haller düzenlenmiştir. İşverenin taksirli davranışı sonucu işçi 2 veya 3. fıkrada belirtilen hallerden birine maruz kalmışsa, işveren bu sonuçlardan dolayı sorumlu olacaktır. Eğer taksirli davranış sonucu birden fazla işçi yaralanmışsa, işverenin sorumluluğu maddenin 4. fıkrasına göre belirlenecektir.

Bu hükümlerin uygulanabilmesi ile ilgili ortaya çıkabilecek bütün sorunların ve şüphelerin taksir kavramı ve taksirli suçlarda davranış ile sonuç arasında bulunması zorunlu olan nedensellik bağının mahiyeti hakkındaki genel prensiplere göre çözümlenmesi gerekir¹. Bu nedenle işverenin taksirli davranışı sonucu ölüm veya yaralanma meydana gelmesi hallerinde sorumluluğunun tespiti için öncelikle taksir kavramını, esasını ve unsurlarını incelemek gerekecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesi taksiri düzenlemiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında "Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır" denildikten sonra 2. fıkrasında taksir tanımlanmıştır: "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir." Kusurluluğun kasttan sonra

ikinci türü olan taksir, düzenlemeden de anlaşılabilir gibi istisnai bir nitelik taşıyor; yani bir fiilin taksirli şeklinin cezalandırılabilmesi için kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekir.

Taksirle ilgili olarak ilk ortaya çıkan sorun, taksirli fiillerin cezalandırılmasının meşru olup olmasıyla ilgilidir. Kusurluluğun psikolojik anlayışından² hareket eden görüş taksirli fiillerin cezalandırılmasının meşru olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre kusurluluk, neticenin iradi olması, yani istenmesidir. Öyleyse ancak kast bir kusurluluk şekli olabilir. Buna karşılık taksirde, fiil irade edilmediği gibi tasavvur da edilmemektedir. Bu durumda taksiri kusurluğa dâhil etmek imkânsızdır. Bu nedenle taksiri cezalandırmak, tehlikeli biçimde, taksiri objektif sorumluluk hallerine sokmak eğilimini doğurur. Taksirli fiiller gerçek anlamda suç değildir. Bunlara sadece zabıta tedbirleri veya özel hukuk tedbirleri uygulanmalıdır. Kusurluluğun normatif anlayışından hareket eden anlayış ise taksirli fiillerin cezalandırılması sonucuna ulaşır. Bu görüşe göre, ortaya konulması gereken bir iradenin ortaya konulmaması demek olan taksir, kusurluluğun bir türünü oluşturur ve sübjektif sorumluluk alanına dâhildir. Her ne kadar taksirde kanuna karşı açık bir başkaldırma yoksa da, bir itaatsizliğin varlığı da inkâr edilemez; çünkü fail belirli bir özeni göstermek ödevini yerine getirmemektedir. Diğer yandan sadece zarar vermek iradesi ile değil, özensiz olarak hareket edildiğinde de başkalarının hukuki varlık veya menfaatlerine zarar verilebileceği göz önünde bulundurulmalıdır; bu durumda taksir yönünden de ceza müeyyidesine başvurmak zorunlu hale gelmektedir. Bu durumda ceza müeyyidesi, kendine özgü korkutucu etkisiyle kişileri dikkatli ve özenli davranmaya yöneltmek amacını gütmektedir³.

Diğer yandan taksirli fiilin cezalandırılmasının doğru olmadığı görüşü ancak bu suçlar için diğer müeyyidelerin ve özellikle zararın tazmininin yeterli olduğu, cezaya başvurmanın gerekli olmadığı doğrulanabildiği takdirde haklı sayılabilir. Ancak bugüne kadar bu husus inandırıcı biçimde ortaya konulamamıştır. Ayrıca pek çok durumda zararın tazmini müeyyidesinin de tam anlamıyla işlemediği göz önünde tutulacak olursa taksirli fiillerin de cezalandırılması gereği ortaya çıkar⁴.

Gerçekten her iki kusur halinde de toplumun

vazettiği ve uyulması gerekli kurallara uyulmaması söz konusudur. Ancak kastta uyulması gerekli kurallar bilerek ve istenerek ihlal edilir. Taksirde ise dikkatsizlik ve özensizlik kuralların ihlaline neden olur. Taksirli suçlarda irade sadece harekete yönelik olup, neticeye yönelik değildir. Diğer bir deyişle fail hareketi bilmekte ve istemekte ancak neticeyi istememektedir⁵. Her ne kadar fail suç tipindeki neticeye yönelik bir irade ile hareket etmemekte ise de toplum düzeninin zarar göreceği düşüncesi ve uyulması gerekli kurallara karşı, zorunlu olan ve beklenen özenin gösterilmemesi failin sorumluluğunun esasını oluşturur. Öyleyse, taksirli suç failine yapılan isnat ve onun kınanması, hareketi hakkında verilen değer hükmü taksirli suçların kastlı suçlardan şekil ve ölçü bakımından farklılığını gösterir. Kastli suçlarda failin toplum düzenine karşı olan iradesi, taksirde bu düzene karşı bir umursamazlık ve uyumsuzluk şeklinde kendini gösterir. Taksirli suçlarda fail mevcut şartlara göre imkân içinde bulunan ve görevi gereği yerine getirmesi zorunlu olduğu özeni göstermeyerek neticenin meydana gelmesine sebep olmasından dolayı kınanabilmektedir⁶.

Bu anlamda taksir sorumluluğunun kaynağı topluma karşı bir yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Toplum içinde yaşayan birey başkalarının yaşam güvenliği ve vücut bütünlüğüne zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Kanun bu noktada, kişinin başkasına zarar vermemesi için ondan gerekli dikkat ve özeni göstermesini, pasif kalmamasını istemektedir⁷. Böylece failin hukuk düzeninin gereklerine göstermesi gereken özeni göstermemiş olması failin normatif kusurunun esasını oluşturur. Fail, düzenli bir toplumda hareketinin insanlara veya eşyaya zarar verebileceğini düşünmesi gerekirken bu görevini yerine getirmemiş olması nedeniyle kusurludur⁸. Nitekim Yargıtay bir kararında bu hususu vurgulamıştır: “Yasa, toplum için bir takım zararlı sonuçlar doğurabilecek hareketlerde bulunanların, örneğin, motorlu taşıt araçlarını kullananların, kuyu açanların, bina yapanların, daha özenli, dikkatli, basiretli davranmalarını, başkalarının haklarına saygı göstermelerini istemiş, bu nedenle bazı önemli taksirli hareketleri cezalandırmıştır.”⁹

Gerçekten de kişi dikkatli ve özenli davranarak başkasına zarar gelmesini önleyebilir. Hukuk ku-

rallarının amaçlarından birisi de başkalarına zarar verilmesini önleyerek kamu düzenini sağlamaktır. Bu nedenle de kişilerden kurallara uyulması istenir. Kurallara uymak ise dikkatli ve özenli olmayı gerektirir. Dikkatsiz ve özensiz davranmanın sonucu kuralın ihlal edilerek başkasına zarar verilmesi taksirli sorumluluğa neden olur. Uyulması gerekli kurallar kamu otoriteleri tarafından konulabileceği gibi özel kişiler tarafından da konulmuş olabilir. Örneğin inşaatlarda veya taşocaklarında işverenin koyduğu çalışma düzenine ilişkin kurallar bunları oluşturur¹⁰.

Bahsettiğimiz bu genel esaslar doğrultusunda, işverenler de iş sağlığı ve güvenliği bakımından uyması gerekli kurallara uymadığı, bir diğer deyişle bu kuralların gereğini işyerinde uygulamadığı zaman meydana gelen sonuçtan sorumlu olacaktır. İnsan yaşamının her alanında olduğu gibi iş hayatında da, insan davranışları, başkalarının varlığı için sonsuz tehlikeli durumlar yaratabileceğinden genel ve bilimsel-teknik tecrübe, başkalarına verilebilecek zararları önlemeye veya insan davranışından kaynaklanan tehlikeleri sosyal yönden kabul edilebilir sınırlar içinde tutmaya yönelik bir kısım davranış kuralları oluşturulmuştur¹¹. Bu bağlamda iş hayatında da işçinin sağlığını ve fiziki bütünlüğünü korumaya yönelik kurallar konulmuştur. Aslında iş hukukunun doğuş ve gelişmesinin temel nedeni iş ilişkilerinde daha güçsüz durumda olan işçinin korunma kaygısıdır. İş hukuku tarihi, başlangıçta bu hukuk dalının çok güç çalışma koşulları altında bulunan işçileri korumak amacıyla doğduğunu ve gelişme sürecine girdiğini doğrulamaktadır. Bugün de bu hukuk dalında işçinin korunma ilkesi belirli ölçüde geçerliliğini korumaktadır. İşçinin korunması zorunluluğu işçi-işveren ilişkisinin özünde yer alan bazı özelliklerden kaynaklanır. Bunların başında işçinin ekonomik hatta kişisel yönden işverene bağımlı olması gelir. Diğer yandan iş ilişkisi içine giren işçi, çalışma yaşamının ve işyeri ortamının yaratacağı her türlü mesleki tehlikeye, iş kazaları ve meslek hastalıklarına açık hale gelmekte, yaşamı ve beden bütünlüğü tehlikeye girmektedir. Bu nedenle işçinin işyeri ortamının yarattığı fiziki tehlikelere karşı da korunması gerekmektedir¹². Bu korunmayı gerçekleştirmek için uluslararası ve ulusal hukukta birçok düzenleme yapılmıştır. İşverenin işçiyi koruma ve gözetme

Taksirin temelinde daima istenmeyen zararlı sonuçları önlemeye yönelik uyulması zorunlu bir davranış kuralına uyulmaması ve kişilerden bu kurala uymasının istenebilmesi bulunur.

borcunu düzenleyen hükümlere uymaması sonucunda hukuki ve cezai yaptırımlar öngörülmüştür. İşçinin iş kazası sonucu ölmesi ya da vücut bütünlüğünün zarar görmesi veya meslek hastalığına tutulması, işverenin taksirinden yani bu davranış kurallarına uymamasından kaynaklanıyorsa işveren bunlardan sorumlu olacaktır.

Burada kısaca taksirin esasına da değinmek gerekir. Taksirin neden ibaret olduğu ve neden kasıtlı sorumluluktan farklı bir sorumluluk biçimini oluşturduğu sorusuna bir cevap bulmak amacıyla çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bunların en önemlileri öngörülebilirlik ve önlenebilirlik, hata, dikkat ödevinin ihlali, zararlı sonuçları önlemeye yönelik zorunlu davranış kurallarının ihlali, etkin (iradi) sebep teorisi olarak sayılabilir¹³. Ancak en doğru olan görüşe göre taksirin esasını failin uyulması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir fiili, bu kuralları ihlal etmek suretiyle istemeyerek gerçekleştirmiş olmasından dolayı kınanmasında aramak gerekir. Gerçekten taksirin temelinde daima istenmeyen zararlı sonuçları önlemeye yönelik uyulması zorunlu bir davranış kuralına uyulmaması ve kişilerden bu kurala uymasının istenebilmesi bulunur¹⁴.

2. Taksirin Unsurları

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uymaması sonucunda işçinin iş kazası ve meslek hastalığına uğramasının ceza hukukundaki yansımaları taksirden doğan sorumluluktur. İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle işçi veya işçiler ölmüşse işveren TCK'nın 85. maddesine göre, işçi veya işçilerin "vücudunda acı meydana gelmiş veya sağlığı ya da algılama yeteneği bozulmuşsa" işveren TCK'nın 89. maddesine göre sorumlu olacaktır. Taksirle öldürme ve taksirle yaralama şeklindeki bu suç tiplerinden dolayı işverenin sorumluluğunu

tespit edebilmek için öncelikle taksirin genel unsurlarını incelemek gerekir.

TCK'nın taksiri tanımlayan 22/2 maddesi dikkate alındığında taksirin unsurlarını, tipik fiilin istenmemesi, hukuken korunan varlıklara zarar verilmesini önleyen davranış kurallarına uyulmaması ve bu uymamanın faile isnat edilebilirliği olduğunu söylemek mümkündür¹⁵.

a) Fiilin istenmemiş olması:

Kast tipik fiilin bilinmesi ve istenmesi olduğuna göre, taksirden söz edilebilmesi için öncelikle failin bu fiili doğrudan veya dolaylı olarak istememiş olması gerekir. Taksiri kasttan ayıran en önemli nokta, kastta tipik maddi fiilin iradi olması gerekirken taksirde bunun iradi olmamasıdır. Kanunda bu durumdan sonucun öngörülmemiş olması şeklinde bahsedilmektedir¹⁶. Ancak taksirde de hareketin iradi olması gerekir. Hareketin iradi olmadığı durumlarda taksirden de söz edilemez¹⁷. Böylece görülmektedir ki taksirli suçlarla kasıtlı suçlar arasındaki fark suçun manevi unsurundadır. Kast suçlarında hareket ve neticeye yönelik olduğu ve bu nedenle fiilin kasten işlendiğinden söz edildiği halde, taksirli suçlarda hareket iradi olsa dahi belirli bir neticeye yönelik değildir¹⁸.

Aksini söyleyenler olmakla birlikte, taksirli suçlar icrai hareketle gerçekleştirilebileceği gibi ihmali hareketle de gerçekleştirilebilir. Taksirli suçlarda ihmali hareketin söz konusu olamayacağını söyleyen görüşe göre, örneğin ameliyat esnasında hastasının vücudunda makas unutan cerrahın, sokakta bir çukur açıp da gereken işaretleri koymayı unutan belediye görevlisinin, uyuduğu için tren kazasına neden olan geçit bekçisinin bu ihmalleri iradi olarak tanımlanamaz; bu ihmalleri iradi olsaydı, taksir değil kast söz konusu olurdu. Ancak doğru olan ikinci görüşe göre, ihmali davranış doğada mevcut bir kavram olmayıp, kanun koyucunun koyduğu bir kuralla ilgilidir. Örneklerdeki, kendilerine dikkat ve özen görevi yüklenen cerrah, belediye görevlisi ve demiryolu geçit bekçisi, bu görevlerini ihlal ederek dikkatli davranmak, unutmamak, uyumamak gibi kendilerinden beklenen özeni göstermemişlerdir. Madem insanlar dikkatli davranmak, bir şeyi unutmamak, gerekli hallerde uyumamak yetenek ve iradesine sahiptir, o halde bunların irade dışı olduğu söylenemez. Diğer bir de-

yişle bu kişiler dikkat etmek, özen göstermek ve görevini yerine getirmeyi reddetmişlerdir¹⁹.

İşverenler bakımından hareketin özellikle ihmali şekilde gerçekleştirildiği söylenebilir. İşverenin buradaki sorumluluğu işçiyi gözetme ve koruma görevi kapsamında, dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ederek iş güvenliği bakımından alması gereken önlemleri almamasında yani ihmali davranmasında yatmaktadır.

Taksirden bahsedebilmek için hareketin iradi olmasının zorunluluğu yanında neticenin istenmemiş olması da gerekir. Zaten neticenin iradi olması durumunda taksirden değil kasttan bahsedilir. Bu bakımdan işverenin işçinin veya işçilerin ölmesini veya yaralanmalarını isteyerek veya en azından buna rıza göstererek kuralları ihlal etmesi durumunda kasten öldürme suçu gündeme gelecektir.

Ayrıca taksirin söz konusu olabilmesi için kanuni tarifte yer alan ve istenmeyen neticenin mutlaka gerçekleşmiş olması gerekir. Böylece netice meydana gelmemişse failin sorumluluğu söz konusu değildir; çünkü taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Failin neticeyi isteyip istemediği somut olayın koşullarına göre belirlenecektir. Bu bakımdan örneğin, caddelerde ve herkesin gelip geçtiği yerlerde veya umuma açık mahallerde aracını hızlı süren kişi bir kimseye zarar vermedikçe taksirle öldürmeden ya da taksirle yaralamadan sorumlu değildir. Ancak bu kişi, eğer somut bir tehlike yaratmışsa trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (TCK m. 180) suçundan veya bir tehlike yaratmasa bile dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketi dolayısıyla Karayolları Trafik Kanunu çerçevesinde sorumlu tutulabilir²⁰. Aynı şekilde işverenin taksirle öldürme veya yaralamadan sorumlu tutulabilmesi için, iş güvenliği ve sağlığı konusunda konulmuş kurallara uymaması sonucunda bir ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi gerekir. Eğer bu şekilde bir zarar ortaya çıkmamışsa, işverene, sadece bu kurallara uymamadan dolayı kanunda öngörülen yaptırım uygulanacaktır. Bir diğer deyişle işverenlerin iş güvenliği kurallarına aykırı davranışı her zaman iş kazası veya meslek hastalığı ile sonuçlanmaz. Ancak cezai yaptırım uygulanabilmesi için mutlaka iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi gerekli değildir. İş güvenliği aleyhine bir suçun oluşabilmesi için işveren veya

vekilinin cezai yaptırıma bağlanmış iş güvenliği kuralını ihlal etmiş olması yeterlidir²¹. Böylece kusurlu olarak iş güvenliğini sağlamak için konan ve ceza yaptırımı öngören bir kuralın ihlali durumunda hareketin yapılmasıyla (icrai veya ihmali) birlikte iş güvenliği de tehlikeye atılmakta ve suç da meydana gelmiş olmaktadır²².

Ancak belirtmek gerekir ki neticenin gerçekleşmesi objektif cezalandırma şartı değil suçun unsurdur²³. Bu itibarla taksirli suçların tamamlanma anı neticenin gerçekleştiği andır²⁴.

b) Davranış kurallarının ihlali:

5237 sayılı yeni TCK taksiri tanımlamış, ancak taksirin ne şekilde ortaya çıkacağı konusunda bir düzenlemeye yer vermemiştir. Gerek taksiri düzenleyen 22. madde gerekse taksirli öldürme ve yaralamayı düzenleyen maddelerin gerekçelerinde de bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır. 765 sayılı TCK ise taksiri tanımlamamış, ancak bazı maddelerinde taksirin ne şekilde ortaya çıkacağı konusunda bazı kalıplara yer vermiş bulunmaktaydı. Genellikle bu Kanunun 455 ve 459. maddelerinde yer alan “tedbirsizlik”, “dikkatsizlik”, “meslek ve sanatta acemilik”, “nizamata, emir ve talimata riayetsizlik” başlıca taksir kalıpları olarak kabul edilmekteydi.

5237 sayılı TCK, bu konuda 22. maddesinde “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık” kavramını getirmiştir. Buna göre, failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticeye dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışla sebebiyet vermiş olması gerekir. TCK'daki bu tanım eleştirilmekte ve eksik olduğu söylenmektedir. Buna göre, öncelikle failin dikkat ve özen yükümlülüğünün çerçevesi tanımda gösterilmeliydi. Diğer yandan gerçekleşmesini istemese de öyle bir netice doğacağını öngören kişi de taksirli davranmış demektir²⁵. Bir diğer deyişle genel bir taksir tanımını veren 22/2' deki düzenleme bilinçli taksiri içine alacak şekilde yapılmamıştır. Eleştirilen bir diğer önemli eksiklik, tanımda eski kanundaki “dikkatsizlik” ve “tedbirsizlik” kalıplarını karşılayacak şekilde “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık” ibaresine yer verilmesi, ancak “meslek ve sanatta acemilik” ve “nizamlara, emirlere ve talimatlara riayetsizlik” kalıplarının kapsama alınmamasıdır²⁶. Bununla birlikte bu taksir şekillerinin de yeni

TCK'nın “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık” tanımlaması içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁷.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, ferdi veya sosyal bir faaliyeti düzene sokmak amacıyla konulmuş her türlü hukuki veya mesleki kurala ya da yetkili merciler tarafından verilmiş emir ve talimatlara aykırılıktan kaynaklanabilir²⁸. Böylece taksirin ikinci unsuru, istenmeyen zararlı sonuçları önlemeye yönelik davranış kurallarının ihlal edilmesidir. Bu davranış kurallarını kaynak yönünden yazılı olmayan davranış kuralları ve yazılı davranış kuralları şeklinde ikiye ayırmak gerekir. Yazılı olmayan davranış kuralları, genel ve bilimsel teknik tecrübeden kaynaklanan sosyal kurallardır ve dikkatli ve özenli olmaya ilişkindir. Dikkatli olmaya ilişkin olanlar yapma biçimindeki bir davranışın belirli tarzlarda yapılmasını emrederken, özenli olmaya ilişkin olanlar ise bazı hareketleri veya hareket biçimlerini yasaklar. Yazılı davranış kuralları ise, yetkili makamlar tarafından konulan nizamlar, emirler ve talimatlarda ortaya çıkar. Bu kuralların mutlaka resmi makamlar tarafından konulması şart değildir. Özel kişilerin koyduğu kurallara, örneğin çalışma hayatının düzenlenmesine ilişkin olarak konulan kurallara uyulmaması da, bunların zorunlu uyma gücüne sahip olması şartıyla, taksire neden olabilir. Bu davranış kurallarının belirlenmesi ise, objektif nitelikte olmalı ve bunun için de ilgili oldukları özel alana ait en ileri bilim ve tecrübeye göre öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerine dayanılarak yapılmalıdır²⁹.

Bu anlamda, doğasında sonu ölümle ya da yaralanmayla bitebilecek riskleri taşıyan çalışma hayatında da davranış kurallarının son derece itinalı ve uluslararası standartlara sahip hazırlanması gerekir. Bu konudaki en büyük sorumluluk da devlete düşmektedir. Devlet, iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek amacıyla hukuki düzenlemeler getirmek, önleyici mevzuatın uygulanmasını sağlamak için zorlayıcı önlemler alma yetkisine sahiptir. Devletin, iş kazalarını önleme konusunda elindeki ilk olanak iş güvenliği mevzuatının hazırlanmasıdır. İş güvenliği mevzuatı iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesi konusundaki tüm ihtiyaç ve önlemleri hukuk kuralları biçimine dönüştürme olanağı sağlar. Böylece işyerlerinin sağlık kuralları ile iş güvenliği koşullarına uygun ol-

ması, işçilerin çalışmaları nedeniyle karşı karşıya buldukları mesleki tehlikelerin tamamen ya da kısmen ortadan kaldırılması mümkün hale gelir³⁰.

İş güvenliği mevzuatı bu konuya ilişkin yasa kuralları yanında, geniş ölçüde yürütme organı ve idare tarafından yürürlüğe konan düzenleyici idari işlemlerden oluşur. Kanunlar işçi sağlığı ve güvenliği konusunda genel hükümler getirmekte, ayrıntılı ve teknik iş güvenliği önlemlerinin düzenlenmesi ise genellikle tüzük ve yönetmeliklere bırakılmaktadır. Hukukumuzda işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin kurallar oldukça dağınık durumdadır. Diğer yandan bu kuralları harekete geçirecek, uygulanmasını sağlayacak kamu kuruluşları da (Çalışma Bakanlığı, değişik bakanlıklar, belediyeler, SSK vb.) dağınık ve birbiri ile ilişkisizdir. Bu itibarla iş güvenliği konusunda ileri düzeyde bulunan birçok ülkede olduğu gibi genel ilke ve kuralları kapsayan bağımsız bir İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Yasasının hazırlanması uygun olacaktır. Ancak iş güvenliği konusundaki dağınıklığın giderilmesi gerekmektedir, bu yasada genel hükümler yer almalı, işyerlerinde alınacak teknik iş güvenliği önlemlerine ilişkin ayrıntılar yasa haline getirilmemelidir. Gerçekten iş güvenliği önlemlerinin katı hukuk kuralları halinde dondurulmaması, yeni teknik gelişmelerin zamanında izlenerek mevzuatta gerekli değişiklik ve yeniliklerin yapılması zorunludur. Bu nedenle teknik iş güvenliğine ilişkin kuralların yasalardan daha çok idari işlemlerle düzenlenmesi daha uygundur³¹.

İş güvenliği mevzuatının ayrıntılı ve geniş kapsamlı olmasının ortaya çıkardığı sakıncalar karşısında gelişen bir akım bu konuda ayrıntılı bir mevzuat yerine, genel kurallarla yetinilmesini önermektedir. Bu görüşe göre, iş güvenliğine ilişkin kurallar, “gerekli önlemler alınmalıdır”, “uygun koruyucu araçlar kullanılmalıdır”, “makineler güvenli bir durumda bulunmalıdır” gibi genel deyimlerle ifade edilmelidir. Böylece iş güvenliği kurallarının herhangi bir değişikliğe ihtiyaç kalmaksızın yeni teknik gelişmelere kolaylıkla uydurulması mümkün hale gelecektir. Ancak ülkemizin koşulları açısından bu görüşlere bugün için katılmaya olanak yoktur. Ülkemizde henüz işveren ve işçilerde iş güvenliği bilinci istenen düzeyde gelişmemiş, işveren ve işçiler bu konuda yeterince eğitilmemişlerdir. Bu nedenle bu aşamada sadece genel nitelik-

te, açıklıktan uzak kurallarla yetinmek sakıncalı olabilir. Genel nitelikteki kuralların yanında, tarafların hak ve yükümlülüklerini açık ve ayrıntılı bir biçimde belirleyen normlara da ihtiyaç vardır. Aynı hukuk sisteminde hem genel esasları belirleyen kurallar getirmek hem de işin özelliğine göre teknik ayrıntıları açık ve ayrıntılı düzenleyen kapsamlı hükümleri yürürlüğe koymak mümkündür³².

4857 sayılı İş Kanunu'nun beşinci bölümünü oluşturan 77 vd. maddelerinde iş sağlığı ve güvenliği konusu hükme bağlanmıştır. Bu konuda sözü geçen kanunda bazı eksikliklere rağmen 1475 sayılı kanuna göre yeni ve önemli düzenlemelere yer verilmiş, çağdaş kurum ve kavramlar kanuna taşınmıştır. Bununla birlikte Amerika ve İngiltere gibi bazı yabancı ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de bu konuyla ilgili tüm hukuki kurumları içeren, ilgili kanunlarda dağınık olarak yer alan hükümleri bir araya getiren, devlete, işverenlere, işçilere, sendikalara ve diğer ilgili kuruluşlara düşen görev, sorumluluk ve hakları ayrıntılı ve sistematik biçimde tek bir metin içinde düzenleyen bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yürürlüğe girmesi yerinde olacaktır. Ancak elbette ki işyerlerinde alınması gereken ayrıntılı ve teknik iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin ve standartlarının böyle genel bir kanunda değil, günün ihtiyaçlarına ve teknolojik gelişime uyum sağlayabilmek için daha kolaylıkla değiştirilebilecek ve yenilenebilecek tüzük ve özellikle yönetmeliklerde düzenlenmesi gerekir³³.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi genel ve esnek düzenlenmiştir. Kanunun işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcunu düzenleyen 77. maddesinin 1. fıkrasına göre “işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmakla... yükümlüdür”. 77. maddenin ikinci fıkrasına göre ise “işverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadır.” Bu kural İş Kanunu'nun kapsamına giren bütün işyerlerinde, işverenlere, günün teknolojisinin gerektirdiği tüm iş güvenliği önlemlerini yerine getirme görevini yüklemektedir. Mevzuatımızda bu genel kuralların yanında, birçok tüzük

ve yönetmeliklerle iş güvenliği konusunda daha özel nitelikte, teknik ayrıntıları düzenleyen kural- lar getirilmiştir. Bunlar arasında başta 9.12.2003 ta- rihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği³⁴ olmak üzere, 23.12.2003 tarihli Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği, 26.12.2003 tarihli Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Çalışanların Korunma- sı Hakkında Yönetmelik, 26.12.2003 tarihli Kimya- sal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, 21.2.2004 tarihli Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği, 16.6.2004 tarihli Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği sayılabilir.

Bunların yanında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgi- li olarak bazı uluslararası çalışma (ILO) sözleşme- leri de ülkemiz tarafından onaylanmıştır. Bunlar arasında 45 sayılı Her Nevi Maden Ocaklarında Ye- raltı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme, 77 sayılı Çocukların ve Gençlerin Sana- yide İşe Elverişlilikleri Yönünden Sağlık Muayene- sine Tabi Tutulmaları Hakkında Sözleşme, 115 sa- yılı İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korun- ması Hakkında Sözleşme, 119 sayılı Makinelerin Gerekli Koruma Tertibatına İlişkin Sözleşme, 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklan- ması Hakkında Sözleşme sayılabilir³⁵.

Belirtelim ki, iş güvenliği mevzuatının getirdiği mali yükler ileri sürülerek işyerlerinde sağlık ve güvenlik önlemlerinin alınmasından kaçınılmama- dır. Yürürlükteki kurallar eksiksiz uygulandığı takdirde birçok işyerinin kapanması gerekeceği, güvenlik önlemlerinin maliyetleri yükselteceği, bu- nun ise tüketiciye zarar vereceği, üretilen malların dış piyasada rekabet gücünü azaltacağı mazeret olarak ileri sürülmektedir. Oysaki Anayasa tarafın- dan da güvence altına alınan insan hayatının ve sağlığının korunması söz konusu olduğunda hiçbir mali neden gerekli önlemlerin savsaklanmasının özrü olamaz. Üretimin ne pahasına olursa olsun sürdürülmesinin bedeli, kişilerin iş kazaları ve meslek hastalıkları sonucunda yaşam ve sağlıklarını yitirmesi olmamalıdır. O halde iş güvenliği mev- zuatı ile getirilen önlemler işyerlerinde eksiksiz olarak uygulanmalıdır. Eksiksiz ve kusursuz bir iş güvenliği mevzuatının olması yeterli değildir. Önemli olan bu mevzuatın işyerinde uygulanması- nın sağlanmasıdır. Bu mevzuatın uygulanmasının sağlanması için ise, iyi bir denetim sisteminin ku-

rulması, mevzuatı ihlal edenler hakkında etkin hu- kuki, idari ve cezai yaptırımların harekete geçiril- mesi, işveren ve işçilere alınması gereken önlemler- in öneminin anlatılması, yani eğitim yoluyla iş gü- venliği bilincinin yerleştirilmesi, işyerinde iş gü- venliğiyle ilgili tüm kurum ve hizmetlerin oluşturu- lması ve işlemelerinin sağlanması, kısaca iş gü- venliği mevzuatının amaca uygun bir biçimde uy- gulanmasını önleyen tüm engellerin ortadan kaldırı- lması gerekir³⁶.

c) Davranış kurallarına uymamanın faile isnat edilebilir olması:

Objektif yönden davranış kuralını ihlal eden objektif fiilin subjektif yönden faile isnat edilebil- mesi gerekir; bir diğer deyişle failin bu fiilinden dolayı kınanabilmesi gerekir. Bu da ancak davra- nış kurallarına uyulması failden beklenebildiğinde ve beklenebildiği ölçüde mümkündür. Davranış kurallarına uyulması failden ne zaman beklenebi- lir?

Bu soru genel taksir ve özel taksir bakımından cevaplanabilir. Genel taksir adı verilen durum, ya- ni dikkatsizlik ve özensizlikten ileri gelen taksir yönünden sonucun öngörülebilirliği³⁷ ve önlenebi- lirliliği³⁸ ölçütü kullanılmalıdır. Sonuç öngörülemez ve önlenemez ise faile karşı herhangi bir kınama- da bulunulamaz. Sonucun öngörülebilirliği belirli niteliklere sahip olan failin somut olayda hareketi- nin sonuçlarını tahmin edebilmesi imkânı olarak açıklanabilir. Öngörebilmenin imkânsız olması du- rumunda taksirden değil kaza ve tesadüften bah- setmek gerekir. Öngörülemez bir sonucun önle- nilebilmesi düşünülemeyeceğinden böyle bir zararlı sonuçtan failin kusurlu sayılarak sorumlu tutulma- sı da mümkün değildir³⁹. Öngörülebilirlik ve önle- nilebilirlik failin içinde bulunduğu somut şartlar göz önüne alınarak somut biçimde belirlenmelidir. An- cak bunlar faile veya en tecrübeli insana ya da or- talama insana göre değil, model ajan ölçütüne gö- re belirlenmelidir. Model ajan modern işbölümü, ihtisaslaşma, bilgi standardı farklılıkları, eğitim de- recesi, yaş, fiziki eksiklik gibi ölçütlere göre belir- lenecektir. Öyleyse taksire ilişkin yargı da görece- li olacaktır. Çünkü sonuç belli bir fail için öngörü- lebilir ve önlenilebilir olmasına karşın başka fail yö- nünden öyle olmayabilir. Hatta aynı mesleki faali- yet içinde bile birçok model ajan belirlemek müm-

5237 sayılı TCK, eski TCK döneminde yapılan taksirli suçlara iştirak olup olmayacağı konusundaki tartışmaya son vermiş ve yerinde olarak taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığını kabul etmiştir.

kündür. Böylece sonuç, failin ait olduğu model süje tarafından öngörülebilir ve önlenabilir olarak kabul edildiğinde, fail dikkatsiz ve özensiz davranıldığı için kınanabilir⁴⁰.

Özel taksir, yani yazılı davranış kurallarına uyulmamasından kaynaklanan taksirin de genel taksirden farkı yoktur. Özel taksir herhangi bir yazılı normun değil sadece zararlı sonuçları önlemeye yönelik normların ihlalinin kaynaklanır. Bu normlar ceza hukukuna dâhil olmayan normlar olabileceği gibi, trafik ve iş kazalarına ilişkin suçları öngören normlar gibi ceza normları da olabilir. Öyleyse özel taksir de genel taksir gibi önleyici bir davranış kuralına uymamayı gerekli kılar⁴¹. Ancak dikkat etmek gerekir ki yazılı normlara uymama, bundan kaynaklanan bütün sonuçlar bakımından sorumluluk getirmeyip yalnız bu normun hedeflediği sonuçlar bakımından taksir sorumluluğu doğurur. Kişinin bu sonuçlar dışındaki sonuçlara neden olan davranışlarından sorumlu tutulabilmesi için genel taksir koşullarının olayda mevcut olması gerekir⁴².

d) Taksirin belirlenmesi:

Genel taksir yönünden, her olayda belirli bir mesleğe mensup belli şartlarda bulunan akli başında bir insan için sonucun öngörülebilirliği ve önlenebilirliğine başvurmak gerekir. Özel taksir yönünden ise öngörülebilirlik ve önlenebilirlik aranmakta, yazılı önleyici kurala uymamanın belirlenmesi yeterli olmaktadır. Çünkü yazılı kurallar belirli tip faaliyetlere yönelmekte ve dolayısıyla mesleğin ve şartların akli başında insanına göre hazırlanmaktadır. Böylece öngörülebilirlik ve önlenebilirlik, ihlalin konusunu oluşturan önleyici normda zaten yer almaktadır. Bu durumda öngörülebilirlik ve önlenebilirlik yazılı kuralın ihlalinde de üstü kapalı olarak mevcuttur ve bu nedenle de taksirin

özünü oluşturan dikkatsizlik ve tedbirsizliğin ispatına gerek yoktur⁴³.

Üzerinde durulması gerekli bir husus da, neticenin failin taksirli hareketiyle mağdurun veya üçüncü kişilerin hareketlerinin birleşmesi sonucu meydana gelmesi halidir. Bu durumda failin hareketiyle meydana gelen netice arasındaki nedensellik ilişkisinin kesilip kesilmeyeceği sorunu gündeme gelecektir. Failin taksirli hareketleriyle birleşen üçüncü kişilerin hareketleri kusurlu veya kusursuz olabilir. Eğer bu kişilerin hareketleri kusursuz ise, failin hareketi ile netice arasındaki nedensellik ilişkisi kesilmediğinden, neticeden sadece taksirli hareketin sahibi sorumludur. Buna karşılık üçüncü kişilerin hareketi kusurlu da olabilir. Bu ihtimalde herkes kendi taksirli eyleminden kusuruna göre sorumlu olacaktır. Bu durum TCK'da şöyle ifade edilmiştir: "Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir." (TCK, m. 22/5). Böylece 5237 sayılı TCK eski TCK döneminde yapılan taksirli suçlara iştirak olup olmayacağı konusundaki tartışmaya son vermiş ve yerinde olarak taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığını kabul etmiştir.

Mağdurun hareketinin failin taksirli hareketiyle birleşmesi halinde de çeşitli ihtimaller gerçekleşebilir. Failin taksirli hareketiyle birleşen mağdurun hareketi tamamen normal olabilir. Bu takdirde failin taksirli hareketiyle netice arasındaki nedensellik bağı kesilmez. Mağdurun hareketi normal değil, ancak kusurlu veya hukuka aykırı da değilse nedensellik bakımından failin neticeyi öngörebilme imkânının olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer netice mağdurun normal olmayan hareketlerine rağmen önlenebilir idi ise nedensellik bağının varlığı kabul edilir. Failin hareketiyle birleşen mağdurun hareketinin kusurlu olması durumunda ise, yine nedensellik bağının tespitiyle ilgili çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilir. Eğer netice sadece mağdurun kusurlu hareketinden doğmuşsa failin hareketiyle netice arasındaki nedensellik bağı kesilir ve fail sorumlu olmaz. Buna karşılık failin kusurlu hareketine mağdurun kusurlu hareketi de eklenmiş ve netice bu ikisinin birleşmesinden meydana gelmişse failin sorumluluğu ortadan kalkmış olmaz. Bu ihtimalde, taksirler arasında takas söz konusu olamayacağından, fail kusuru oranında cezalandırılır (TCK, m. 22/4)⁴⁴.

Taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçlarıyla ilgili olarak, 765 sayılı TCK'nın 455/son ve 459/son maddelerinde sadece bu suçlara ilişkin olarak hâkime taksirin derecesini göz önünde tutmak suretiyle cezayı sekizde birine kadar indirme yetkisi tanınmıştı. 5237 sayılı TCK'nın 22/4 maddesinde ise "taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek ceza failin kusuruna göre belirlenir." denilerek kusurluluğun bu şekilde matematiksel olarak derecelendirilmesi sistemi terk edilmiştir⁴⁵. 765 sayılı Kanunun kusurun derecelendirilmesi konusundaki tutumu eleştirilmekteydi. Ancak 5237 sayılı TCK'nın bu konuda getirdiği sistemin de sakıncaları olduğu söylenmekte ve eleştirilmektedir. Kanunda failin kusurunun hafif olması durumunda ne yapılacağı konusunda bir açıklık yoktur. Taksiri genel olarak düzenleyen 22. madde ve taksirli öldürme ve taksirli yaralamaya ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde özellikle ortak kusurun varlığı durumunda cezanın ne şekilde saptanacağı konusu belirsizdir. Bu düzenleme karşısında, mağdurun kusurunun varlığı durumunda hâkim bunu sadece cezanın alt sınırdan belirlenmesi (TCK, m. 61) ve/veya takdiri indirim nedeni (TCK, m. 62) olarak göz önünde bulundurabilecektir⁴⁶.

Bu bağlamda adli tıp uygulamalarında bileşik kusur söz konusu olduğunda cezai sorumluluk belirlenirken kusurun derecelendirilmesine artık gidilmemekle birlikte, Karayolları Trafik Kanunu'nun hükümleri göz önünde bulundurularak asli-tali kusur ayrımı yapılmaktadır. TCK'nın mantığına aykırı olmakla birlikte savcılık ve mahkemeler bu ayrımın yapılmasından yana bir tutum sergilemektedir. Buna karşılık hukuki sorumluluk yani tazminat sorumluluğu söz konusu olduğunda hem failin hem mağdurun kusurlarının bulunması durumunda kusur oranı yüzlük sistem üzerinden %25-75 gibi oranlar gösterilmek suretiyle belirlenmektedir.

Bu genel esasları belirttikten sonra işverenin taksirden doğan sorumluluğunun belirlenmesi konusunu ele alabiliriz. İş kazaları veya meslek hastalıkları genellikle işyerinde işçi sağlığı ve güvenliği açısından konmuş düzenleyici kurallara uyulmamasından kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda işverenin zararlı sonuçları önlemeye yönelik olarak konulmuş kurallara aykırı davranması durumunda –konulan kuralların ihlali ile netice arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla- tak-

sirin varlığını kabul etmek gerekir. Yukarıda da değinildiği gibi bu yöndeki kurallara uymama adeta taksirin varlığına bir karine olarak kabul edilmiştir⁴⁷. Bu hallerde nedensellik bağı geniş yorumlanmakta ve ehliyetsizliğin bizatihi kendisi taksir sayılmasa da, ehliyetsizlik taksire karine olarak benimsenmektedir⁴⁸. Örneğin Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararına göre; sahibi bulunduğu deri fabrikasına ait istim kazanının patlaması olayında, fabrika sahibi sanık, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 3. maddesi gereğince "işçilere, yapmakta oldukları işlerde uymaları gerekli sağlık ve güvenlik tedbirlerini öğretmek" zorunda olduğu ve 210. madde gereğince kazanların işletilmesinde "ehliyetli hükümet veya mahalli idarelerce kabul edilen kişileri" istihdam etmediği için sorumlu tutulmuştur. Olayda kazanların bakımından sorumlu olan ölen işçinin, bu görevi yapabileceğine dair kamu veya yerel yönetimlerce onaylanan bir belgesi bulunmadığına dikkat çeken Yargıtay, fabrikanın kazanlarını monte eden mühendislik firmasının, kazanın bakımının nasıl yapıldığını ölen işçiye gösterdiklerine dair yazısını ise yeterli bir belge olarak kabul etmemiştir. Yargıtay ölen işçinin bu konularda eğitim görmediğini, kurstan geçmediğini, ehliyetinin ilgili kurumlarca kabul edilmediğini de vurgulamaktadır⁴⁹. Başka bir kararda ise Yargıtay; Barut ve Patlayıcı Maddelerle Silah ve Teferruatının ve Av Malzemesinin Sureti Murakabesine Dair Tüzük'ün 188. maddesindeki "dinamit ve taş barutu kullanma ruhsatı, yapılacak tetkikler üzerinde mülki amiri tarafından verilir." hükmüne aykırı olarak ateşleyici çalıştıran taş ocağı sahibini, bu ateşleyici şahıs uzun yıllar taş ocaklarında ateşleyici olarak çalışsa bile ehil sayılamayacağı ve bu husus kullanma belgesi verilmesini zorunlu kılan yetenekte bulunduğunu kabule yeterli olmadığı ve tüzük ve yönetmelik hükümlerine uymadığı cihetle TCK'nın 459. maddesine göre sorumlu ve kusurlu saymıştır⁵⁰. Yargıtay bir diğer kararında da; makine montaj işçisi olarak çalışan ölenin, kesmek istediği demir boruyu bir mesnede bağlamadan eliyle tutarak testereye verdiği sırada ellerinin keşilmesi ve bunun sonucunda aldığı yaradan ölmesi olayında, makine montaj ustası ve vasıflı işçi olduğu anlaşılan ölenin ilave bir eğitime gerek olmaksızın boru kesme işinde çalıştırılıp çalıştırılmayacağı, atölye şefi tarafından demir kesme işi

verilen ölenin değişik makinede çalışmaması için saniğin ne gibi tedbirler alması gerektiğinin araştırılmadan ve bilirkişilere de açıklanılmadan eksik soruşturma yapıldığı gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁵¹.

Ancak Yargıtay sigortasız işçi çalıştırmayı tek başına nedensellik bağı için yeterli görmemiştir. Yargıtay'ın bu konudaki bir kararı şöyledir: "Sigortasız işçi çalıştırma eylemi, 506 sayılı Yasa kapsamına giren ayrı bir eylem olup, mağdurun yaralanmasıyla bir ilişkisi yoktur... Bu durumda, savunma araştırılarak, saniğin kusurunun bulunup bulunmadığının kesin bir biçimde belirlenmesi gerekirken, bu husus üzerinde durmayan bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı şekilde hüküm (mahkûmiyet) kurulması yasaya aykırıdır."⁵²

Eğer iş kazası veya meslek hastalığı işyerinde yasa ve tüzüklerle konmuş olan kurallara aykırı davranılması sonucu ortaya çıkmışsa, işverenin emir ve nizamla riayet etmediği ve üçüncü kişilerin (mağdur işçinin veya işyerindeki diğer işçi veya görevlilerin) hareketinin, meydana gelen sonucun işverene isnat edilmesini etkilemediği kabul olunur. Bu durumda herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olacaktır (TCK, m. 22/5). Çünkü işveren işyerinde güvenlik ve sağlık açısından konulmuş kurallara uyulmasını sağlamakla yükümlüdür⁵³. İşveren bu yükümü yerine getirirken, gerek teknik yönden, gerek personelin eğitim düzeyi açısından en düşük düzeyde bulunduğunu varsayarak hareket etmek zorundadır. Tedbirli bir yöneticiden beklenen de budur. İşveren bu tedbirli tutumu takınmadığı için meydana gelen iş kazalarından veya meslek hastalıklarından dolayı, kendi direktifi altında çalışanların kusurlu davranışlarını bahane ederek sorumluluktan kurtulamaz. İşverenin, iş güvenliği ve iş sağlığını sağlama yükümlülüğü içinde bu tür kusurlu davranışları engelleme görevi de vardır. Bu amaçla kendisine, işyerinin iç düzenine göre çeşitli disiplin cezaları vermek, hatta güvenlik önlemlerine uymamakta ısrarlı davranan ve beceriksizliği anlaşılmış olan işçiyi işten çıkarmak yetkisi vardır⁵⁴. Ancak bütün bunlara rağmen zararlı neticenin sadece mağdurun kusurundan kaynaklanması durumunda nedensellik bağı'nın kesileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şöyledir: "Saniğin durumu ile mağdurun yaralanması arasında illiyet

bağı kurmak olanaksızdır. Zira mağdur kendisine verilen görevin dışına çıkarak saniğin bilgisi ve iradesi dışında sırf merakını gidermek amacıyla pulvarizatörü hareket ettiren şaftın çeki demiri üzerine çıkıp ilaçlamayı seyrederken pantolonunu şafta kaptırmış, hatalı ve bilinçsiz hareketiyle yaralanmasına kendisi sebebiyet vermiştir. Bu nedenle bu biçimde başlayıp sonuçlanan olayda saniğe kusur izafe etmek olanaksızdır."⁵⁵ Burada dikkat edilmesi gerekli nokta, işçinin işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada kazaya uğramış olmasıdır. İşçinin işverenin emir ve talimatı altında bulunması, kendisine hizmet akdi gereğince yüklenilen işi yapması veya yapmaya hazır olarak beklemesidir. İşçi, işverenin emir ve talimatı altında bulunduğu sürece, hizmet akdine göre borçlanmış olduğu hizmet edimini yerine getirmektedir. Bu nedenle, otorite ilişkisinin bulunduğu bir sırada kazaya uğrayan işçi, hizmet borcunu ifa ederken veya hizmet dolayısıyla kazaya uğramış, bu sebeple gördüğü iş ile kaza arasında illiyet bağı gerçekleşmiş olmaktadır⁵⁶. Bu bakımdan işine giderken yolun karşısına geçmek isteyen işçinin uğradığı trafik kazası bu kapsamda değildir ve olayla iş arasında bir nedensellik bağı olmadığından işvereni bundan sorumlu tutmak mümkün değildir⁵⁷.

Ancak kuşkusuz mağdurun yani işçinin veya üçüncü kişinin hareketinin kasıtlı olması halinde, işverenin hareketi ile sonuç arasındaki nedensellik bağı'nın kopacağı açıktır. Örneğin canına kıymaya karar vermiş işçi, kazaları önlemek için konulmuş çelik perdenin arkasındaki dişlilerin arasına kendisini atarsa, taksirli davranıştan söz etmeye ve işvereni bu kazadan sorumlu tutmaya olanak yoktur⁵⁸.

Ayrıca işveren beklenmeyen hal, mücbir sebep gibi suçu ortadan kaldıran sübjektif nedenlerin varlığı durumunda sorumluluktan kurtulur. Zira bu hallerde davranışın psişik yönden faile ait olması engellenmekte, bir diğer deyişle fail ile davranış arasındaki psişik bağ ve dolayısıyla her türlü sorumluluk ortadan kalkmaktadır⁵⁹.

Faili sorumluluktan kurtaracak diğer bir durum da, failin her türlü dikkat ve özeni göstermiş olması halinde dahi neticenin yine meydana gelirdi denilebilecek olması halidir. Örneğin fırça imal eden fabrika sahibi, temin ettiği keçi kıllarını uyarıya rağmen dezenfekte ettirmeden fırça imalinde kullanır. Bu işlemler sırasında kıllarda bulunan şarbon

basili dört kadın işçinin ölümüne neden olur. Ancak daha sonra yapılan araştırmada, keçi kılları dezenfekte edilmiş olsa idi dahi şarbon basillerinin imha edilemeyeceği ve aynı sonucun meydana geleceği saptanır. Bu tür olaylarda artık failin sorumluluğuna gidilemeyeceği doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak, taksirden söz edilebilmesi için neticeye sebebiyet verilmesi ve failin gerekli özeni göstermiş olmasının yetmeyeceği, ayrıca meydana gelen neticenin de objektif olarak faile isnat edilebilmesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁰.

Kusurlu hareketiyle işverenin hareketine katılan üçüncü kişi işletmeye yabancı bir kimse, örneğin bu işletme için makineler ve araçlar üreten bir kişi veya firma olabilir. Bu firma veya kişinin işletmeye sağladığı makine ve araçların arızalı olması, meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığından dolayı işverenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaz. Çünkü işveren işyerine aldığı makine ve araçların güvenlik açısından doğurabileceği tehlikeleri ölçmek, yeni makinelerin güvenlik açısından sahip olması gerekli teknik özelliklere sahip olup olmadığını incelemek veya incelettirmek, işçilerine bu makinelerin özelliklerini ve kullanım biçimlerini açıklamak zorundadır. İşveren bunu gerektiği gibi yapmamış ise makineleri sağlayan firma ile birlikte sorumlu olacaktır⁶¹.

Buna karşılık işveren veya vekilinin, taşeronun (alt işveren) işçileri yüzünden cezai sorumluluğunun olmadığı söylenmektedir. Buna göre, her ne kadar İş Kanunu'nda asıl işveren ile alt işveren (taşeron) arasında dayanışmalı (müteselsil) sorumluluk esasının benimsendiği (m.2/VI) belirtilmişse de, söz konusu sorumluluk sadece hukuki yönden olup cezai sorumluluğa ilişkin değildir⁶². Ancak kanaatimizce işverenin burada da dikkat ve özen gösterme yükümlüğü vardır. İşveren işi teslim edeceği taşeron firmanın o iş için gerekli özelliklere ve ehliyete sahip olup olmadığını araştırmak ve ondan sonra işi teslim etmek zorundadır. Aksi takdirde kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlüğünü yerine getirmemiş olacaktır. Uygulamada asıl işi yüklenen işverenin hem maliyetleri azaltmak hem de sorumluluktan kurtulmak için üstlendiği işi değişik taşeronlara vermek suretiyle sorumluluktan kurtulma yaklaşımının da dikkat ve özenli davranma yükümlülüğü ihlali anlamına gelebile-

ceği değerlendirilebilir. Böylece asıl sorumluluk altında bulunan işverenin ödüllendirilmesi sonucunu doğuracak ve sonuçta cezai sorumluluğu uygulanmaz kılacak davranışların önüne geçilmiş olacaktır. Bu yaklaşım cezai himayenin niteliğine de uygun düşmektedir.

Yazılı önleyici normlar ilgili oldukları özel tehlikeli faaliyet veya durum yönünden konulabilecek tüm önleyici kuralları içeriyorsa, bunlara uymak taksirli sorumluluğu ortadan kaldırır. Buna karşılık, bu normlar konulabilecek önleyici kuralların tümünü içermiyorsa ve bu nedenle fail yazılı olmayan önleyici kurallara da uymak zorunda ise genel taksir varlığını korur⁶³.

İş kazaları veya meslek hastalıklarının iş güvenliği ve sağlığı açısından konmuş kurallara aykırı bir davranış bulunmaksızın gerçekleşmesi çok ender hallerde olabilir. Bu durumda işverenin sorumluluğu genel taksirin belirlenmesi kurallarına göre saptanır⁶⁴. Nizam ve emirlere riayet etmek genel taksirin varlığını bertaraf etmez. Örneğin bir anaokulunun idaresi kendisine verilmiş bulunan bir öğretmen okulda olmadığı bir sırada bir çocuğun fiili ile meydana gelen bir kaza sonucunda ölen diğer bir çocuğun ölümünden sorumlu tutulmuş ve öğretmenin çocuklara nezaret etmemiş olması kusur sayılmış ve öğretmenin okulun özel kurallarına aykırı hareket etmediği yolundaki savunması dikkate alınmamıştır. Aynı şekilde bir tramvay vatmanının emir ve nizamlara herhangi bir muhalefeti mevcut olmadığı halde, tedbirsizlikten dolayı mesuliyetine karar verilmiştir⁶⁵. Bu bakımdan işveren de iş güvenliği bakımından alması gereken tedbirleri almış olsa bile genel taksir kurallarına göre sorumlu tutulabileceği durumlarda sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Bu açıdan hatta işverenin dikkat ve özen sorumluluğunun normal vatandaştan daha fazla olduğu söylenmiştir. Buna göre, evinin bahçesine kazdığı kuyunun üzerini dayanıklı maddelerle örtmekte ihmal gösteren, ürküttüğü atının dizginlerini sağlam biçimde tutmayan köylü vatandaşla, içinde yüzlerce işçinin çalıştığı, alabildiğine tehlikeli araç ve maddelerle dolu bir işyerinin yöneticilerinin, meydana gelen bir kazadan sonra, ne manevi unsurun yoğunluğu ne de kendilerine yüklenen özen borcunun kapsamı ve niteliği açısından bir tutmak olanağı yoktur⁶⁶.

3. 5237 sayılı TCK'nın 22. Maddesi Bağlamında Taksir Çeşitleri: Taksir-Bilinçli Taksir

Taksir bilinçsiz ve bilinçli taksir şeklinde ayrılabilir. Bilinçsiz taksir halinde, fail hukuka aykırı neticeyi öngörmesi gerekirken öngörmemekte, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak onu hiç düşünmemekte, aklına getirmemektedir⁶⁷. Bilinçli taksir ise, failin sonucu öngördüğü, fakat istemediği hallerde söz konusudur. Bir başka deyişle, taksirin bu şekilde fail, neticenin gerçekleşmesini istememesine, ancak hareketinin tipe uygun hukuka aykırı bir sonuca neden olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek zararlı neticeyi meydana getirmektedir. Buna öngörülmesi de denir. Burada failin neticeyi öngörmesine rağmen, öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğine dair bir güveni söz konusudur. Bu güvenin kaynağı talih, bilgi, kabiliyet, tecrübe vs. olabilir. Örneğin arabasını çok hızlı süren ve bir kimseye çarpabileceğini öngören, fakat ustalığına güvenerek böyle bir sonucu önleyebileceğini zanneden sürücünün bir yayaya çarpması durumunda olduğu gibi⁶⁸.

Görüldüğü gibi bilinçli ve bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran özellik öngörme kavramında kendisini gösterir. Neticenin öngörülebilmesinden anlaşılan, neticenin fail tarafından, hareketin yapıldığı zamandaki şartlara göre tahmin edilebilmesidir⁶⁹. Yukarıda değinildiği gibi öngörülebilirlik her bir faaliyet alanına ilişkin olarak belirlenen model ajan ölçütüne göre belirlenecektir.

TCK'nın 22/3 maddesinde bilinçli taksirin tanımı yapılmış ve bu durumda taksirin cezasının artırılacağı hükme bağlanmıştır: "Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır." Bilinçli taksirde failin daha ağır bir sorumluluğa tabi tutulmasının nedeni neticenin öngörülmesi olmasına rağmen hareketin gerçekleştirilmiş olmasıdır⁷⁰.

5237 sayılı TCK'nın bilinçli taksir tanımı ve 21/2. maddede tanımlanan olası kast tanımı birbirleriyle karıştırılabilir niteliktedir. Diğer bir deyişle bilinçli taksir olası kast ayrımını 5237 sayılı TCK net olarak çizememiştir. Kanunun 21/2. maddesine gö-

re olası kast: "Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen gerçekleştirilmesi" olarak tanımlanmıştır. Kanunun bu tanımı eksiktir. Olası kastta fail neticeyi öngörmüştür, istememiştir, ancak göze almıştır. Bu nedenle Kanunda sadece öngörme kavramının yer alması yeterli değildir; bunun yanında göze alma kavramının da tanıma dâhil edilmesi gerekmektedir. Bilinçli taksir halinde de fail neticeyi öngörmektedir. Dolayısıyla olası kast ve bilinçli taksir arasındaki ayırım kanunun tanımlarından çıkarılmamaktadır⁷¹.

İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle işverenin sorumluluğunun hangi taksir türüne girdiği tartışılabilir. Akın'a göre bilinçli taksir yapısı iş sağlığı ve güvenliği bakımından önemli bir role sahiptir. Buna göre, işyerlerinde gerçekleşen iş kazalarının büyük çoğunluğu işverenler tarafından öngörülebilecek düzeydeki basit iş kazalarıdır. Dolayısıyla bu tür olaylarda büyük ölçüde, işveren veya işveren vekilinin ortaya çıkabilecek sonucu öngördükleri, ancak gereken önlemleri almadıkları kabul edilebilir. Böyle bir durumda ise iş kazası nedeniyle ölüm gerçekleştiğinde, haklarında uygulanacak ceza dokuz yıla, hatta birkaç kişinin ölmesi halinde neredeyse 23 yıla tırmanabilecektir⁷².

Kanaatimizce işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğu bilinçli taksirden ziyade normal taksir türüne girmektedir. Zira yukarıda da değindiğimiz gibi işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğu çoğunlukla zararlı sonuçları önlemeye yönelik kurallara uymamasından ileri gelmektedir. Dolayısıyla işverenin bu kuralları ihlali sonucunda bir iş kazasının meydana gelmesi olayında, işverenin bu kurallara uymamanın sonucunda bir iş kazası meydana gelebileceğini öngörmesi ancak yeteneğine güvenerek bunun olmayacağına inanması şeklinde, bilinçli taksir yapısını buraya uygulamak pek mümkün görünmemektedir.

4. Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep

TCK'nın 22/son fıkrasında; "taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur

olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda birine kadar indirilebilir.” denilmektedir. Bazı durumlarda meydana gelen netice taksirli suçun faili bakımından ceza verilmesini gereksiz bırakacak derecede şiddetli bir üzüntüye, yıkıma yol açmış olabilir. Örneğin bir annenin yemek yaparken, küçük çocuğunun ocağın üstündeki tencereyi devirmesi ve yanması sonucunda ölmesi veya yaralanması durumunda, annenin bu olayda sorumluluğu olmasına rağmen, onun evladının yaralanmasından veya ölmesinden duyduğu acı, keder dikkate alındığında artık cezaya hükmetmenin gereksiz olması gibi. Yine, kullandığı araçla yaptığı trafik kazası neticesinde çocuğunu, eşini, annesini, babasını vb. kimseyi kaybeden bir kimseyi uğradığı acının yanında bir de cezalandırmak uygun görülmemektedir⁷³. Böyle bir düzenlemenin olmadığı 765 sayılı TCK döneminde bu durum bir ihtiyaç olarak zaman zaman dile getirilmekteydi. 5237 sayılı TCK bu düzenlemeyle bir ihtiyacı karşılamış olmaktadır.

Ancak şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması açısından dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi, taksirli davranış sonucu meydana gelen netice, fail bakımından yalnızca kişisel olarak önemli bir acı ve ızdırap doğurmakla kalmamalı, ayrıca mağdurla ailevi açıdan da bir yakınlığı bulunmalıdır. Nitekim ilgili maddede “kişisel ve ailevi durum” denilerek “ve” bağlacı kullanılmak suretiyle bu husus belirtilmiştir. Bu açıdan örneğin, bir trafik kazası sonucu arkadaşının ölümüne sebebiyet veren kişi bu şahsi cezasızlık nedeninden yararlanamaz. Diğer bir husus ise şahsi cezasızlık nedeninin sadece bilinçsiz taksir halleri için geçerli olduğudur. Bilinçli taksir durumlarında ise sadece cezadan indirim yapılmasını gerektiren bir sebep söz konusudur⁷⁴. Burada dikkat edilmesi gereken bir konu da, şahsi cezasızlık nedeninin varlığı durumunda bilinçsiz taksir durumunda “ceza verilmez” şeklinde mutlak bir hüküm öngörülmüşken, bilinçli taksir durumunda ise “ceza...indirilebilir” şeklinde hakime takdir yetkisi veren bir düzenleme yapılmış olmasıdır.

İşyerinde yakınlarından birilerini çalıştıran işverenler bakımından bu ihtimalin gündeme gelmesi tabiidir. Böyle bir durumda, örneğin yanında işçi olarak oğlunu çalıştıran işveren, oğlunun bu işyerinde bir kaza sonucu ölmesi veya yaralanması durumunda, sorumluluğu tespit edilse dahi ceza al-

mayacaktır veya cezasından önemli oranda indirim yapılabilecektir. Yargıtay’ın bu konuda vermiş olduğu bir kararı şöyledir: “...5237 sayılı TCK’nın 22/6 maddesinin birinci cümlesinin uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı bir neticenin meydana gelmesi öngörülmüş olup, ölenin, sanığın amcasının torunu olmasının sanık hakkında cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede sonuçtan mağdur olduğunu kabule yeterli olmadığı, bu nedenle de anılan maddenin olayda uygulama yeri bulunmadığı gibi, sanığın aksi kanıtlanmayan savunması ve tüm dosya içeriğine göre çatısı yıkılan tandır evinin yapımında işçi olarak çalıştığı, konumu itibarıyla olayda kusurunun bulunmadığı gözetilmeden, değerlendirmede yanılığa düşülerek, beraatı yerine yazılı şekilde hüküm tesisi, kanuna aykırı (olmuştur).”⁷⁵

III. İŞ KAZASI VEYA MESLEK HASTALIĞINA NEDEN OLMA DURUMUNDA FAİLİN BELİRLENMESİ

Her suçun mutlaka bir aktif süjesi yani faili vardır. Suç, devletin ülkesinde yaşayanlara yüklediği bir emrin ihlali olduğuna göre faili olmayan bir suç da düşünülemez. Ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiili işleyen kimse suçun failidir⁷⁶.

Bir işyerinde meydana gelen kazada ölüm veya yaralanmalar olduğunda veya iş nedeniyle meslek hastalığı doğduğunda, bu sonuçlar bir kusurun neticesinde meydana gelmişse burada da bu olaylardan sorumlu kişinin yani failin tespit edilmesi gerekir. TCK’nın taksirle öldürmeyi düzenleyen 85 ve taksirle yaralamayı düzenleyen 89. maddelerinde “... neden olan kişi” den söz edilmektedir. Bu maddeleri taksiri düzenleyen 22. maddeyle birlikte değerlendirdiğimizde, iş kazası sonucu bir ölüm veya yaralanma gerçekleştiği veya meslek hastalığı doğduğunda, yükümlü olduğu dikkat ve özeni yerine getirmeyen kişi sorumlu olacaktır. İşyerlerinde kendilerine dikkat ve özen yükümlülüğü yüklenen kişiler ise işçilerin yanında işveren veya vekillerdir. İşveren veya vekilinin sorumluluğu yasalarda çoğunlukla açık bir biçimde belirlenirken, bazı yasalarda ise “...aykırı hareket edenler”, “..engel olan kimse-ler”, “... iş sahipleri” gibi ifadeler kullanılmıştır.

Çalışma hayatını düzenleyen yasaların çoğunda sorumlu kişi işveren veya vekili olarak açık bir biçimde belirlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda işveren, "işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar" olarak tanımlanmıştır. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 4. maddesine göre de işveren, "Bu kanunun uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler"dir. Kanunun 2. maddesindeki sigortalı tanımı ise şöyledir: "Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar." 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde işveren benzer şekilde tanımlanmıştır: "İşveren: İşçi sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarına denilir". Aynı maddede işçi ise, "hizmet akdine dayalı olarak çalışan kimseler" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlardan anlaşılacağı gibi işveren gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. İşverenin özel hukuk (şirket, dernek, vakıf, kooperatif) veya devlet, belediye, üniversite gibi kamu hukuku tüzel kişisi olması arasında fark yoktur. Bunun gibi, İş Kanunu'nun 2. maddesinde tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların da işveren olabileceği öngörüldüğünden, işçi çalıştıran tüzel kişiliği olmayan örneğin bakanlıklar gibi kamu kurumları veya adi şirketler gibi özel hukuk kuruluşları da işveren sayılır⁷⁷. İşveren sıfatı iş sözleşmesinin yapılmasıyla kazanılır; dolayısıyla işveren sıfatına bağlı hak, yetki ve yükümlülükler bu andan itibaren başlamaktadır⁷⁸.

Deniz İş Kanunu'nun 2/A maddesine göre, "Gemi sahibine veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına veya hesabına işleten kimse"ye işveren denir. Bu hüküm işverenin belirlenmesinde çok önemli bir noktaya işaret etmektedir. İşveren sıfatını kazanmak için mutlaka işyerinin sahibi olmak zorunlu değildir⁷⁹. İşverenle, işletme sahibi çoğu zaman aynı kişidir. Genellikle küçük ve orta boy işletmelerde, işveren o işyerinin sahibidir. Ancak, işletmenin tüzel kişiliği olan veya olmayan bir ortaklığa ait olması veya çok büyük boyutta olması halinde iş sahibi ile işveren birbirinden ayrılmaktadır. İşveren ile iş sahibinin aynı olmadığı hallerde kimin işveren olduğunu saptamakta kullanılacak ölçüt, işçinin bağımlılığı kavramından kaynaklanan "emir ve talimat vermeye yetkili olan ki-

şi" ölçütüdür. Buna göre, işverenin emir ve talimat yetkisini sınırlı olarak devrettiği ücretliler (şef, idareci, işletme memuru, şube müdürü gibi kimseler) işveren sayılmazlar⁸⁰. Yargıtay da bir kararında buna işaret etmiştir. Yargıtay'a göre "...mücerret malik oluş, işveren niteliğini kazandıran bir unsur olarak düşünülemez."⁸¹ İşletme sahibinin kiracı olması veya bir işyerinde alt işveren (taşeron) olarak faaliyet göstermesi onun işveren niteliğini değiştirmez. İşveren niteliğinin kazanılmasında önemli olan "iş akdinin karşı tarafını" oluşturmaktır⁸².

Sorumlunun saptanması açısından soyut-somut işveren ayırımına da dikkat etmek gerekir. İş akdi ücret unsuru dışında iş görme ve bağımlılık unsurlarından oluşan bir sözleşmedir. İşçinin işverene kişisel bağımlılığı, işverenin iş ilişkisi içinde yönetim hakkına sahip olması ve işçinin de işverenin emir ve talimatlarına uyma borcu altında olması şeklinde ortaya çıkar. Böylece işveren, iş görme ediminin alacaklısı olan ve işçiye en üst düzeyde emir ve talimat veren kişidir. Birçok durumda işveren bu iki özelliği bir arada taşır; yani hem işin görülmesi hakkına sahiptir hem de işçilere emir ve talimat verme yetkisi vardır. Ancak bazı durumlarda iş ilişkisinde işin görülmesini ve işçilerden talimatlara uyulmasını isteme hakkının değişik kişilerde toplanması mümkündür. Örneğin, işletme sahibinin yaş küçüklüğü nedeniyle hukuki işlem ehliyetine sahip olmaması halinde, işletme sahibi küçük, iş görme ediminin alacaklısı sıfatıyla işin görülmesini isteme hakkının sahibidir; yönetim hakkı ve emir ve talimat verme yetkisi ise yasal temsilcisi tarafından kullanılır. Yine işletme sahibinin iflası halinde, müflis iş görme ediminin alacaklısı, iflas masası ise emir ve talimat verme yetkisinin sahibidir. Bu örneklerde işveren özellikleri ve yetkileri değişik kişilerde bulunmakta, bu nedenle de bunların tümünün ortak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu gibi durumlarda iş görülmesini istemeye yetkili kişiler soyut işveren, buna karşılık en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip kişiler ise somut işveren sayılırlar. Örneğin hukuki işlem ehliyetine sahip olmaması nedeniyle küçük veya müflis soyut işveren, yasal temsilci ya da iflas masası somut işveren niteliğini taşır⁸³.

Soyut-somut işveren ayırımı tüzel kişiler için de söz konusudur. Tüzel kişilerde işin görülmesini ve talimatlara uyulmasını isteme hakkı her zaman de-

ğişik kişilerde toplanmıştır. İş akdinin tarafı olan tüzel kişi iş görme ediminin alacaklısı olarak işin görülmesini isteme hakkının sahibidir. Buna karşılık yönetim hakkı ve emir ve talimat verme yetkisi ise zorunlu olarak tüzel kişinin organı tarafından kullanılır. Böylece tüzel kişi işverenlerde tüzel kişi soyut, tüzel kişinin organı ise somut işveren sıfatına sahiptir. Soyut işveren niteliği taşıyan tüzel kişiliğe ait işler organ üyesi gerçek kişiler tarafından yürütüldüğünden, organı oluşturan gerçek kişiler de somut işveren sayılır. Örneğin bir anonim şirkette soyut işveren anonim şirketin yanında, en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahip şirketin organı yönetim kurulunu oluşturan gerçek kişiler de somut işverendir. Diğer yandan tüzel kişilerde sadece en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip organ veya kişiler işveren niteliğini taşırlar. Buna karşılık, işverenden aldıkları temsil yetkisine dayanarak işveren adına değişik düzeylerde işin yönetiminde görev alan ve talimat verme yetkisine sahip bulunan kişiler. Örneğin ticaret şirketlerinde genel müdürler ve müdürler işveren niteliğini taşımaz, işveren vekili sayılırlar⁸⁴.

Holdingle ve şirket topluluklarının bünyesinde her biri bağımsız tüzel kişiliğe ve hukuki varlığa sahip şirketler yararlanır. Bu nedenle holdinge ya da şirket gruplarına bağlı her şirket hukuki yapıları bakımından ayrı birer işveren niteliğini taşır. Dolayısıyla holdinge bağlı şirketlerde çalışan işçilerin işvereni holding veya şirket topluluğu değil, iş akdinin tarafı olan şirkettir⁸⁵. Yargıtay'ın da kararı bu yöndedir. Buna göre, "şirketler birbirinden ayrı tüzel kişilikleri haizdir. Mahkemece iştirak olgusundan hareketle davalı holdingin sorumlu tutulması usul ve yasaya aykırıdır."⁸⁶

Gerçek kişi işverenler hem iş akdinin tarafı ve iş görme ediminin alacaklısı hem de en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisinin sahibi olarak hukuki, idari ve cezai sorumlulukların muhatabı olacaktır. İşyerinin birden fazla gerçek kişi işvereni varsa bunlar hukuki yaptırımlar açısından kural olarak birlikte sorumludur. Buna karşılık, cezai sorumluluk açısından, iş mevzuatına ilişkin yükümlülükleri yerine getirmekle görevli ve yetkili kılınmış ortağın veya ortakların saptanıp, sorumluluğun ona yüklenmesi gerekir⁸⁷. Yargıtay, böyle bir araştırma yapılmaksızın tüm ortakların cezai bakımdan sorumlu tutulmasını uygun bulmamıştır. Yargıtay'a

göre, "aralarındaki ortaklığın mahiyeti araştırılarak, işyerine ait bu gibi işleri tedvirle görevlendirilen veya yetkili kılınan ortağın kim olduğunun araştırılması, ondan sonra cezai sorumluluğun kime te-rettüp edeceğinin saptanması gerekirken, bu husus araştırılmadan her üç sanığın hükümlülüğüne karar verilemez."⁸⁸

İki veya daha çok işletmenin işçilerini birleştirerek yürüttükleri bir işte, işverenlerin o işyeri için yaptığı bir sözleşmeyle, işlerin yürütülmesini kendi sorumluluğu altında üstlenecek bir işveren vekili atamış olmaları olanaklıdır. Bu takdirde, ortada bir işveren vekilinin bulunduğu kabul etmek ve işveren vekilinin atanmasına ilişkin koşullar gerçekleşmiş ise, ortak işyerinde iş yasalarına aykırı davranışlardan dolayı işveren vekilini sorumlu tutmak gerekir. Bu şekilde açık bir düzenleme bulunmuyorsa, her işverenin yalnız kendi işçileri yönünden iş yasalarına uygun davranmak ve güvenlik önlemlerini almak zorunda olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak hâkim, iş kazası ve meslek hastalığı hallerinde, kusurlu davranışı ile buna neden olan işvereni araştıracaktır. Bu işverenin suç mağdurunun bağlı olduğu işveren olması zorunlu değildir⁸⁹.

Diğer yandan, işyerinin hukuken işveren durumunda bulunan, ancak aslında işveren yetkilerine sahip olmayan bir kimsenin arkasında gerçek bir yönetici tarafından da yönetilmesi olanaklıdır. Bu durumda hâkimin görünüşteki yöneticiyi değil fiiliyattaki gerçek yöneticiyi araştırıp onun sorumluluğuna gitmesi gerekir. Böylece aslında hiçbir yetkiye sahip olmayan, paravan yöneticiler arkasında gizlenen gerçek işverenlerin, İş Yasası hükümlerini ihlal etmelerinin önüne geçilecektir⁹⁰.

Soyut-somut işveren ayırımından çıkan önemli sonuç ise, hukuki, idari ve cezai sorumluların farklı olmasıdır. İş akdinin tarafı olması nedeniyle hukuki sorumluluklar iş görme ediminin alacaklısı soyut işverene aittir. Örneğin bir tüzel kişi olarak anonim şirket, iş yasalarının uygulanmamasından veya iş akdinden doğan borçların yerine getirilmesinden işçilere karşı doğan bütün hukuki sorumlulukların muhatabıdır. Buna karşılık, ceza hukukunun temel kurallarından birisi de cezaların kişiselliği ilkesi olduğundan⁹¹ ceza sorumluluğu suçu oluşturan fiili kusurlu iradesiyle gerçekleştiren kişiye yüklenir. Gerçek kişi soyut işverenlerin cezai

sorumluluğundan söz edilemez. Çünkü örneğin küçük veya müflis, yönetim hakkı, emir ve talimat verme yetkisinden yoksun olduğundan, iş yasalarının emredici hükümlerine aykırı hareket etmesi fiilen mümkün değildir. Bu nedenle bunlardan dolayı sorumlu tutulması da söz konusu olamaz. Bu durumda cezai sorumluluk, yönetim ve talimat verme yetkisine sahip olan ve suçu oluşturan fiili gerçekleştiren somut işverene aittir⁹².

Soyut işverenin tüzel kişi olması halinde ise, tüzel kişi işverenler hukuki yaptırımların muhatabı oldukları halde, bunların cezai sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği 765 sayılı TCK döneminde tartışmalı bir konuydu. 5237 sayılı TCK bu konuyu açıkça düzenleyerek tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağını hükme bağlamıştır (TCK m. 20/2)⁹³. Yargıtay da tüzel kişinin değil, tüzel kişi organını oluşturan gerçek kişileri ve/veya işveren vekillerini ceza yaptırımlarının muhatabı kabul etmektedir. Bu durumda, iş hukuku kurallarından doğan yükümlülükleri yerine getirme görevi kendisine bırakılmış olan, kusurlu davranışıyla tüzel kişinin suç işlemesine neden olan yönetim kurulu üyesi veya üyeleri ve/veya işveren vekilleri cezalandırılacaktır⁹⁴. Böylece iş sağlığı ve güvenliği kurallarını uygulamakla yükümlü olan yönetim kurulu üyesi veya üyeleri ve/veya işveren vekilleri iş kazası ve meslek hastalığından dolayı sorumlu tutulacaktır.

Burada sorumlunun belirlenmesi açısından işveren vekilinin durumunu da ele almak gerekir. Bir yandan, işyerlerinin, bir kişi tarafından yönetilmesi ve gözetilmesinin olanaksız olacak şekilde büyümesi, diğer yandan iş yasalarının hükümleri ile işverene yüklenen yükümlülüklerin sayıca çok artması nedeniyle, işverene bazı konularda veya işyerinin bazı birimlerinde yetki ve dolayısıyla sorumluluklarını devretme hakkının devredilmesini zorunlu kılmıştır⁹⁵. Bunun gibi, işverenin tüzel kişi olması halinde, zaman zaman toplanıp yönetime ilişkin kararlar veren tüzel kişinin organının sürekli olarak işin başında bulunup işi bizzat yönetmesi ve izlemesi mümkün değildir. Ayrıca işletmelerde uzmanlaşma gereği de işverenlerin işyerindeki birçok işi bizzat yönetmelerine olanak bırakmamaktadır. Bunlardan dolayı da işyerlerinde yönetime yardımcı olacak kişilerin çalıştırılması zorunlu olmuştur⁹⁶.

İş yasalarında işveren vekili kavramının düzenlenişinde farklılıklar bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 2. maddesinin 4. fıkrasına göre, "İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir." Bu tanıma göre işveren vekili sayılabilmek için iki unsurun bulunması gerekir. Birincisi işveren adına hareket etmek, diğeri ise işin ve işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev almaktır. Deniz İş Kanunu'nun 2. maddesinin Ç bendine göre "Kaptan veya işveren adına ve hesabına harekete yetkili kimseye işveren vekili denir." Bu kanunun 2/C maddesine göre kaptan hem işveren vekili hem de gemi adamı (işçi) niteliğini taşır. Sendikalar Kanunu ise daha dar bir işveren vekili tanımı öngörmüştür. Bu kanunun 2/6 maddesine göre işveren vekili, "İşveren sayılan gerçek ve tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin bütününe sevk veya idareye yetkili olanlar"dır. Sendikalar Kanunu'nda işveren vekili kavramı işletmenin bütününe yöneten kimselerle sınırlandırılmış, İş Kanunu'ndan farkı olarak işletmenin veya işverenin yönetiminde sadece görev alanların bu sıfatı taşımadığı ortaya konulmuştur⁹⁷.

İşveren vekilinin işveren adına hareket ederken yaptığı işlemler dolayısıyla işçilere karşı hukuki sorumluluğu (özel hukuktan doğan) yoktur. Bu durum doğrudan temsil ilişkisinin bir sonucudur. Nitekim İş Kanunu'nun 2. maddesinin 4. fıkrasında, "İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işverenin sorumlu olduğu" öngörülmüştür. Yargıtay da iş kazası sonucunda açılan maddi ve manevi tazminat davasında işveren vekilinin meydana gelen zarar nedeniyle hukuki sorumluluğuna gidilmeyeceğine karar vermiştir⁹⁸.

Buna karşılık, işveren vekili iş mevzuatından doğan yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde idari ve cezai yaptırımların muhatabı olacaktır. Nitekim İş Kanunu'nun 5. maddesinin 5. fıkrasında "Bu kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır." hükmüne yer verilmiştir. Böylece iş yasalarının ceza hükümleri ile TCK'nın hükümleri kendilerini ilgilendirdiği takdirde işveren vekilleri hakkında da uygulanır. Ancak belirtmek gerekir ki işveren vekilinin sorumluluğu işveren adına yönetim hakkına sahip olduğu, görev ve yetki alanına giren konularla sınırlıdır⁹⁹.

Diğer yandan işverence işveren vekilinin görevlendirilmediği tüm konularda işverenin cezai sorumluluğu devam ettiği gibi, bir işveren vekilinin görevlendirildiği hallerde de işverenin sorumluluğu kendiliğinden ortadan kalkmaz. Çünkü işveren vekilinin sorumluluğunun doğabilmesi için vekilin kendisine verilen görevi yürütebilecek, duruma göre teknik, hukuki veya idari alanda gerekli ehliyet ve bilgiye sahip olması zorunludur. Bu nedenle işverenin sırf kendisini sorumluluktan kurtarabilmek amacıyla iş mevzuatından doğan yükümlüklerini bu konularda bilgisiz ve yetersiz işveren vekillerine bırakması kabul edilemez¹⁰⁰.

Buna karşılık, işveren vekilinin işveren tarafından iş mevzuatına aykırı davranışa zorlanmış olması onu sorumluluktan kurtarmaz. Çünkü işveren vekillerinin iş mevzuatının kendilerine yönelik hükümlerine uyması zorunludur. Yargıtay da bu yönde bir karar vermiştir. Yargıtay'a göre "Şirketin genel müdürü ve işveren vekili olduğu anlaşılan sanığın, yönetim kurulu kararlarını uygularken ... kanunun ... hükmünü göz önünde tutmak zorunluluğunda bulunduğu cihetle, tebliğnamenin 1. bendindeki yönetim kurulu kararını uygulamış olması nedeniyle sorumluluğundan bahsedilemeyeceğine ilişkin düşünceye iştirak edilmemiştir."¹⁰¹

Diğer yandan gerekli nitelik ve yetkilere sahip işveren vekillerin görevlendirilmesi de her zaman işverenin sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir. Eğer işverenin olayın meydana gelmesinde herhangi bir kusuru varsa veya kendisine düşen görevi yerine getirmemişse işveren vekili değil yine işveren sorumlu tutulur. Örneğin iş güvenliği şefinin işyeri mühendisinin uyarılarına karşın bir iş güvenliği önlemini, örneğin makine koruyucusunun alınması, eskimiş buhar kazanının değiştirilmesi gibi, almamakta direnmesi halinde işveren vekili mühendis değil, işveren sorumludur. O halde ceza yaptırımlarının muhatabı veya muhatapları her olayın özelliği içinde ayrı ayrı belirlenmelidir. Bu sorumluluğun saptanmasında ceza kuralı ile korunmak istenen hususa kimin uymakla yükümlü olduğunun belirlenmesi ve kusurlu olup olmadığının araştırılması gerekir. Diğer bir deyişle, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından değerlendirilecek olursak, taksirden doğan sorumluluğun belirlenmesinde, kimin dikkat ve özen gösterme yükümlülüğünü göstermek zorunda olduğu araştırılacaktır.

Bunun sonucunda da işverenin ve/veya işveren vekilinin ya da işveren vekillerinden hangisinin sorumlu olduğu belirlenecektir¹⁰².

IV. YAPTIRIM

Bir iş kazası sonucunda bir işçinin ölümü gerçekleşirse sorumluluğu olan işveren TCK m. 85'e göre cezalandırılacaktır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, "Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar cezalandırılır." İkinci fıkrada ise ağırlatıcı bir hal öngörülmüştür. Buna göre: "Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Bir diğer ağırlatıcı neden de TCK 22/3 maddede öngörülen bilinçli taksir halidir. Buna göre bilinçli taksir halinde ceza üçte birden yarıya kadar artırılacaktır.

Yukarıda da değinildiği gibi 765 sayılı eski TCK m. 455/son'da yer alan ve bu suçta cezanın kusurun derecesine göre 1/8'ine kadar indirilebileceğine ilişkin düzenleme 5237 sayılı yeni TCK'ya alınmamıştır. Her ne kadar TCK'da "taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek ceza failin kusuruna göre belirlenir." denilmekte ise de; kusurun az olması, yalnızca alt ve üst sınırlar arasında cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulacak, buna karşılık kusur ne kadar az olursa olsun ceza alt sınır olan 2 yılın altına inemeyecektir.¹⁰³

İş kazası sonucunda ölüm değil yaralama meydana gelmişse işverenin sorumluluğu TCK m. 89'a göre belirlenecektir. Bu maddeye göre, "Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır."¹⁰⁴ Maddenin 2 ve 3. fıkralarında taksirli yaralamanın fıkralarda belirtilen ağır sonuçlara neden olması halinde cezanın artırılacağı haller düzenlenmiştir. 2. fıkrada öngörülen sonuçlar meydana geldiğinde 1. fıkraya göre belirlenen ceza yarı oranında artırılacakken, 3. fıkranın kapsamına giren durumlarda ise 1. fıkraya göre belirlenen ceza bir kat artırılacaktır. Maddenin 4. fıkrasında ise, "fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolünür." denilerek diğer bir ağırlatıcı hal düzenlenmiştir. Taksirle öl-

dürme suçunda olduğu gibi, bu suçta da bilinçli taksir cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğurur (TCK, m. 22/3).

Taksirle öldürme suçunda soruşturma ve kovuşturma resen yapılırken taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlanmıştır. Ancak 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı kanunla değişik TCK m. 89/5 uyarınca TCK m. 89/1 dışında suçun bilinçle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz. Buna göre TCK m. 89/1 kapsamında olan taksirle yaralama bakımından da bilinçli taksir söz konusu olsa bile soruşturma ve kovuşturma şikâyete bağlıdır.

V. İŞ KAZASI VEYA MESLEK HASTALIĞINA SEBEBİYET VERME DURUMUNDA KOVUŞTURMA USULÜ

Bir suçun işlendiği şüphesinin haber alınmasıyla birlikte ceza muhakemesi faaliyeti başlar. Ceza muhakemesi faaliyeti iki evreden oluşmaktadır. Bunlar soruşturma ve kovuşturma evreleridir. Soruşturma, suçları takiple yetkili mercilerin bir suçun işlendiği konusunda bilgi edinmeleriyle başlar. (CMK, m. 2/1). Suçları takiple görevli olan Cumhuriyet savcılıkları ihbar veya başka bir suretle¹⁰⁵ bir suçun işlendiği şüphesiyle karşılaştıklarında gerekli araştırmayı yapmak veya yaptırmakla görevlidirler (CMK, m. 160,161).

Suçların ve suçluların ortaya çıkarılması, çeşitli kişi veya makamların çalışmalarını gerektirmektedir. Doğru sonuca varabilmek için bunlar arasında bir işbirliğine gerek vardır. Soruşturma çalışmalarını yöneten ve bütün bu çalışmaların sorumluluğunu üstlenen makam, kamu adına suçları takiple yükümlü olan başsavcılıktır¹⁰⁶.

Bir suç işlendiğini haber alan başsavcılık, bunu hemen araştırmak zorundadır (CMK, m. 160/1). Bunun için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir (CMK, m. 161/1; 332/1, 2). Cumhuriyet savcısının görevi, suçla ilgili soruşturma işlemlerini idare etmek ve sonuç çıkarmaktır. Cumhuriyet savcısı suçla ilgili araştırma işlemlerini kendisi yapabilir. Ancak bilgi edinme ve işlemleri pek çok halde teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden ve günümüze suçluluk çok büyük boyutlara vardığından, soruşturma işlemlerinin tümünün doğrudan

doğruya cumhuriyet savcısı tarafından yapılması mümkün değildir. Bu nedenle Cumhuriyet savcısı, soruşturma işlemlerini adli kolluk veya diğer kolluk makam ve memurlarına da yaptırabilir. Bununla beraber soruşturmanın idaresi savcıya aittir. Bütün kolluk makam ve memurları savcının adliyeye ilişkin emirlerini yerine getirmek zorundadırlar. Ayrıca diğer kamu görevlileri de soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri talep eden Cumhuriyet savcısına derhal sağlamakla yükümlüdür (CMK, m. 161/4).

Uygulamada savcıların kolluk tarafından yapılan soruşturmayı idare ettiklerinin söylenemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre savcılar, çoğu defa kolluk tarafından yapılan soruşturmaya göre sonuç çıkarmakla yetinmektedirler¹⁰⁷.

Olması gereken açısından, işyerinde meydana gelen ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan iş kazalarında savcının soruşturmayı bizzat yürütmesi gerekir. Cumhuriyet savcısı bu tür bir soruşturmayı teknik konularda bilgisine başvuracağı bir veya birkaç bilirkişinin yardımıyla yürütebilir. Ayrıca yukarıda değinildiği gibi bütün kamu görevlileri, Cumhuriyet savcısı tarafından istenen bilgi ve belgeleri sağlamakla yükümlüdür. Bu bakımdan iş müfettişlerinin Cumhuriyet savcısının taleplerine uyması zorunludur¹⁰⁸. İş müfettişlerinin denetim yapmasının iş kazalarının önlenmesinde önemli bir rolü olduğu yadsınamaz. Ancak belirtmek gerekir ki, iş güvenliği müfettişlerinin sayısı yeterli olmadığı için, ülkemizdeki işyerlerinin çok az bir kısmı iş sağlığı ve güvenliği açısından denetlenebilmektedir¹⁰⁹.

Diğer yandan iş kazalarının önlenmesinde önemli bir araç da iş kazası sonrasında işyerlerinde yapılan denetim ve incelemelerdir. İş Kanunu'nun 77/2 maddesine göre, işverenler meydana gelen iş kazasını en geç iki işgünü içinde yazı ile bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır. Bir iş kazasından dolayı işverenin taksirinin olup olmadığının belirlenmesi açısından kaza yerinin olduğu gibi bırakılması ve incelemenin en kısa sürede yapılması ve delillerin toplanması gerekir. Ancak kanaatimizce bir yandan iki günlük süre içinde kötü niyetli işveren tarafından bütün kanıtların yok edilebilme imkânının olması, diğer yandan yukarıda değinildiği gibi iş güvenliği müfettişlerinin yetersiz oluşu nedeniyle her zaman gerçekleşen olay hak-

kında gerçekçi ve teknik detayları içeren bir rapor elde etme imkânının olmayışı soruşturmanın sağlıklı yapılmasının önünde engel oluşturacaktır. Buna bir de yine yukarıda değindiğimiz gibi uygulamada soruşturmayı savcıların değil kolluğun yürütmesi zaten teknik bir soruşturmayı gerektiren bu olayların gerektiği gibi takip edilememesine neden olmaktadır.

Bu anlamda değinilmesi gereken bir sorun da bilirkişi raporları ile ilgilidir. Uygulamada ceza mahkemelerinin iş kazası sonucu ölüm ve yaralanmalarda genellikle iş mahkemelerinin olayla ilgili hazırlattığı bilirkişi raporlarına itibar edilmesi ve sorumluluğun da buna göre belirlenmesidir. Hâlbuki cezai sorumluluğun tespiti hukuki sorumluluğun tespitinden farklı bir özellik gösterir. Hukuki sorumluluk daha çok kusursuz sorumluluğa doğru gelişme gösterirken, ceza sorumluluğu kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru gelişme göstermiştir. Bu itibarla ceza mahkemelerinin hukuk mahkemelerinden gelecek raporları dikkate almak yerine, olayı ceza hukukunun özellikleri çerçevesinde ele alan bilirkişi raporları hazırlatmaları ve sorumluluğu buna göre değerlendirmeleri gerekir. Yine bu kapsamda mahkemelerin polis raporlarıyla yetinmemeleri, uzman bilirkişilerin raporlarını dikkate almaları gerekir. Örneğin Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şöyledir: "Sanığın müteahhidi olduğu kanalizasyon inşaatında açılan çukura mağdurun düşerek yaralanması ve olayın bu niteliğine göre, kusur oranının iş kazaları konusunda bilgi ve uzmanlığı bulunan iş müfettişleri veya üniversitelerin ilgili bölümlerinden seçilecek öğretim görevlilerinden müteşekkil bilirkişilerden seçilmesi gerekirken, iş kazaları konusunda bilgi ve uzmanlığı olmayan polis memurunun mütalaası ile yetinilerek yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü tesisi bozmayı gerektirmiştir."¹¹⁰

Ayrıca aynı olayla ilgili olarak alınan değişik bilirkişi raporları arasında çelişki olması halinde bunun mutlaka giderilmesi ve hükmün ancak bundan sonra verilmesi gereklidir¹¹¹. Diğer yandan mahkemenin hazırlanan her rapora itibar etmemesi, raporun yeterli ve olayın gerçek oluşunu aksettirir olmasını araması önemlidir¹¹².

Belirtilmelidir ki yukarıda da vurgulandığı gibi iş kazalarında işverenin kusuru araştırılırken iş sağlığı ve güvenliği konusunda ulusal ve uluslararası

düzenlemeleri dikkate almak gerekir. Bu bakımdan özellikle ayrıntılı hükümler içeren İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün yanında yine her iş kolunun özellikleri dikkate alınarak hazırlanan her türde yazılı kurallara uyulup uyulmadığını araştırmak gerekir. Böylece bir iş kazası olduğunda bu tüzükler ve o iş kolundaki özel düzenlemeler dikkate alınmalı ve düzenlemelerde istenen hususlar araştırılmalı, bunlara uygunluk ya da aykırılık ölçüsünde diğer şartlarla birlikte sorumluluk belirlenmelidir. Bu kapsamda iş kazasının meydana geldiği yerin fiziki konumu, kapladığı alan, olayın işyerinin hangi kısmında meydana geldiği, giriş-çıkış yerleri, uyarı levhalarının, emniyetle ilgili tedbirlerin olup olmadığı, nerede ve ne suretle bulunduğu, iş kazasının meydana geldiği makineye benzer civardaki diğer makinelerin karşılaştırmaya kaynak olabilecek konum ve özellikleri gibi bütün detaylar kaza tespit raporunda açıkça belirtilmeli ve krokide en ince teferruatına kadar işaretlenmelidir. Yine ölü veya yaralının bulunduğu yer, üzerlerindeki ve civarlarındaki izler mutlaka belirtilmelidir. Özellikle emniyet tedbirleri ile ilgili olarak daha sonra işyerinde değişiklik yapılmasının önlenmesi bakımından fotoğraf, hatta video kamera ile olay yerine gidilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca bu tespitler yapılırken ilgili güvenlik tüzükleri ve o işle ilgili talimat ve yönergeler gözden geçirilmeli ve araştırmalar buna göre yürütülmeli ve mutlaka bu işlerden anlayan kişilerden yararlanılmalı, bu tip olaylarda ehil sayılmayan polis, yazı işleri müdürü gibi kişiler bilirkişi seçilmemelidir¹¹³.

Değirmek istediğimiz bir husus da iş kazalarının bir ölümle neticelenmesi halinde, TCK'nın taksirle öldürmeyi düzenleyen 85. maddesine göre muhakemenin başlaması için şikâyet aranmazken, bir yaralanma durumunda TCK'nın taksirle yaralamayı düzenleyen 89/5. maddesine göre, suçun bilinçli taksirle işlenmesi hali dışında, soruşturma ve kovuşturmaya başlanması için şikâyet aranmıştır; aynı fıkraya göre maddenin birinci fıkrasının kapsamına giren hallerde suç bilinçli taksirle işlense de şikâyet aranacaktır¹¹⁴. Hâlbuki 765 sayılı TCK'nın taksirle yaralamayı düzenleyen 459. maddesine göre basit yaralama denen hal dışında şikâyet şartı aranmıyordu. İşverene karşı ekonomik ve kişisel yönden bağımlı olan işçilerin¹¹⁵ patronlarına karşı şikâyetinde bulunacağını düşünmek pek ger-

çekçi değildir. Bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın ağır sonuçlu yaralanmaları da şikâyete bağlı kılması yerinde olmamıştır.

DİPNOTLAR

- 1 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku-Özel Kısım, Ankara 2005, s. 40, 55.
- 2 Kusurluluğun psikolojik ve normatif anlayışları için bkz. SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku-Genel Hükümler, s. 409-410; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005, s. 354-355.
- 3 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku-Genel Kısım, Ankara 2005, s. 93-94; TOROSLU, Nevzat: Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul 1977, s. 136. Ayrıca bkz. ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 317-318.
- 4 TOROSLU, Suçların Tasnifi Sorunu, s. 137.
- 5 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, Genel Hükümler I, Ankara 2006, s. 582.
- 6 ÖNDER, s. 315.
- 7 SOYASLAN, s. 420-421.
- 8 ÖNDER, s. 320-321.
- 9 Y.CGK., 13.12.1993, 221/317 (ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 582).
- 10 SOYASLAN, s. 421.
- 11 TOROSLU, Genel Kısım, s. 199.
- 12 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2006, s. 15.
- 13 Bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 195-197; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 583 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, C.II, No:965 vd.
- 14 TOROSLU, Genel Kısım, s. 197. Aynı yönde: SOYASLAN, s. 424-425; ÖNDER, s. 321.
- 15 TOROSLU, Genel Kısım, s. 198.
- 16 TOROSLU, Genel Kısım, s. 198.
- 17 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 593.
- 18 ÖNDER, s. 316.
- 19 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 593-594.
- 20 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 595.
- 21 SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s. 321.
- 22 Örneğin 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, m. 282.
- 23 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 595. TOROSLU, Özel Kısım, s. 40.
- 24 TOROSLU, Özel Kısım, s. 40.
- 25 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 405.
- 26 DEMİRBAŞ, s. 363.
- 27 DEMİRBAŞ, s. 363, ÖZBEK, s. 271.
- 28 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 603.
- 29 TOROSLU, Genel Kısım, s. 199.
- 30 SÜZEK, İş Güvenliği, s. 60-61.
- 31 SÜZEK, İş Güvenliği, s. 62.
- 32 SÜZEK, İş Güvenliği, s. 63-64.
- 33 SÜZEK, İş Hukuku, s. 665-666.
- 34 Danıştay 10. Hukuk Dairesi, 9.12.2003 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin tüzükle düzenlenmemiş olmasının İş Kanunu'nun 78. Maddesine aykırı bulunduğu gerekçesiyle yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. SÜZEK, İş Hukuku, s. 664.
- 35 SÜZEK, İş Hukuku, s. 664.
- 36 SÜZEK, İş Güvenliği, s. 65-66.
- 37 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 602; TOROSLU, s. 200.
- 38 TOROSLU, s. 200.
- 39 ÖNDER, s. 320; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 602-603.
- 40 TOROSLU, Genel Kısım, s. 201-202. Yargıtay birçok kararında bizzat failin bilgisini, görgüsünü ve sosyal durumunu göz önüne almaktadır. Örneğin, Yargıtay, ehliyetsiz ve sarhoş olan ölenin traktör kullanmasına müsaade eden traktör sahibini, trafik kazasının meydana gelebileceğini öngörmesi gerektiği düşüncesiyle suçlu bulmuştur. (Y. CGK. 28.12.1970, 316/432). Başka bir kararda ise kavga ettiği sanıklar tarafından kovalandığı sırada ani olarak yola çıkıp seyir halindeki otomobilin çarpması sonucu öldüğü anlaşılan kişinin bu şekildeki ölümünde bu sonucu öngörmeleri mümkün kabul edilmeyen kovalayan sanıklar sorumlu tutulmamıştır. (Y. 9. CD. 5.5.1983, 1304/1364). Diğer bir kararında Yargıtay, boş ve kapalı mazot bidonuna oksijen kaynağı yapan sanığın içerideki havanın ısınması ile patlamaya ve yaralamaya sebebiyet vereceğini öngörmesi gerektiğini kabul etmiştir. (Y. 9. CD. 11.4.1978, 1601/1575). KESKİN, Kadri: Taksirle Ölüme ve Yaralamaya Neden Olma, Ankara 1994, s. 87-88. Yargıtay şu kararında ise öngörebilme konusunda failin içinde bulunduğu meslek grubunun ortalama insanını dikkate almıştır: "Yasa koyucu taksirli suçların neler olduğunu tespit ve cezalandırırken toplumda o anda yaygın olan ortak tecrübeye dayanarak belirli bir meslek grubunda çalışanları daha dikkatli olmaya zorlamıştır". (Y. CGK. 13.12.1993, 221/317). ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 588, dn. 139.
- 41 TOROSLU, Genel Kısım, s. 204.
- 42 ÖNDER, s. 325.
- 43 TOROSLU, Genel Kısım, s. 204-205. Aynı yönde: ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 604; ÖNDER, s. 324.
- 44 Bütün bu ihtimaller ve örnekler için bkz. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 596-600; DEMİRBAŞ, s. 359-362; EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, s. 393-394.
- 45 Hükmün gerekçesinde bu durum şu ifadelerle açıklanmıştır: "Taksirli işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeyle ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun değerlendirmeyle hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir. Taksir dolayısıyla kusurun değerlendirilmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza ölüm veya yaralanmayla sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kazalarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlal edildiğinin, trafığe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığının

- belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır Bunun dışında bilirkişi tarafından münhasıran hâkimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum, bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hâkimin yerine geçmeyi ifade eder.
- Hâkim bu teknik veriler çerçevesinde, somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir edecektir. Failin kusurlu bulunması durumunda, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurmak suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedecektir”.
- 46 ÖZBEK, s. 274.
- 47 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 604.
- 48 KESKİN, s. 147.
- 49 Y.CGK. 15.10.1990, E. 2–214, K. 236. (KESKİN, s. 147, 206)
- 50 Y.CGK. 26.10.1977, E. 9–314, K. 334. (KESKİN, s. 147–148, 211)
- 51 Y. 2.CD. 6.6.1989, E. 4629, K. 5069. (KESKİN, s. 227)
- 52 Y. 9.CD. 17.12.1981, E. 4343, K. 4521. (KESKİN, s. 124)
- 53 “...Bir iş kazası niteliğini taşıyan olayda gerekli önlemleri almaktan öncelikle işveren durumunda olan ve olay sırasında hadise yerinde bulunan ...in yükümlü bulunması gerekir. Bilirkişiler işverenin de sorumlu olduğunu dikkate almadan tüm sorumluluğu kesim işini yapan sanığa yüklemişlerdir ki, bu kabul yazılı belge ile de saptanan oluştaki aykırılık düşmektedir. İşveren durumunda olan ...in de gerekli güvenlik tedbirlerini almamaktan sorumlu olacağı dikkate alınarak bu koşullar içerisinde sanığın kusur derecesinin bilirkişilerden sorulması gerekirken bu doğrultuda bir açıklama yapılmadan noksan soruşturmaya müsteniden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Y. 2.CD. 16.5.1989, E.3931/K.4368. (KESKİN, s. 228)
- 54 BIYIKLI, Hasan: Sosyal Ceza Hukuku-İşçinin Ceza Yoluyla Korunması, Ankara 1983, s. 164–165; Süzek, İş Güvenliği Hukuku, s. 323; SÜZEK, İş Hukuku, s. 714. İşverenin kusurlu hareketi ile mağdur veya üçüncü kişilerin hareketi arasındaki ilişkiyi açıklamak için çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bunlar, suça katılma kuramı, denetim ve gözetim görevi kuramı, manevi fail kuramı, risk kuramı. Bkz. BIYIKLI, s. 242 vd.
- 55 Y. CGK. 21.10.1985, 9–181/541. (KESKİN, s. 132,133)
- 56 EREN, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, s. 13–14.
- 57 GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku-Yeni İş Yasaları, Ankara 2004, s. 634–635.
- 58 BIYIKLI, s. 164.
- 59 Bu nedenler için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 212 vd.; EREN, s. 94 vd.
- 60 ÖNDER, s. 322. Yargıtay’ın da bu yönde kararları vardır. Bkz. ÖNDER, s. 322.
- 61 BIYIKLI, s. 166.
- 62 DEMİRCİOĞLU, Murat / CENTEL, Tankut: İş Hukuku, İstanbul 2006.
- 63 TOROSLU, Genel Kısım, s. 206.
- 64 BIYIKLI, s. 166. Örneğin Yargıtay, atölyedeki demir istifinin kayması sonucu yaralanmada, bu istiflemeye nezaretten sorumlu atölye şefi veya şirket müdürünü de dikkatsiz kabul ederek sorumlu tutmuştur. (Y. 2.CD. 1.5.1990, E. 3913, K. 4445). KESKİN, s. 146.

- 65 EREM / TOROSLU, s. 391.
- 66 BIYIKLI, s. 158.
- 67 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 606.
- 68 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 606; TOROSLU, Genel Kısım, s. 207.
- 69 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 606.
- 70 Bilinçli taksirin niteliği konusunda teoriler için bkz. İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukukunda Taksirden doğan subjektif Sorumluluk, s. 186 vd.
- 71 Aynı yönde: CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 401; ÖZBEK, s. 257–258; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA;
- 72 AKIN, Levent: İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu, Tisk Akademi, C.3 S.5, 2008/I, s. 218.
- 73 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 609.
- 74 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 610.
- 75 Y. 9. CD. 22.1. 2008, 2007–4566/2008–219 (Karar AKIN’dan alınmıştır). Yargıtay’ın madde 22/6 ile ilgili uygulamasından diğer örnekler:
- Taksirli hareket sonucu yanan ev sanığa ait olup, suçtan başkası somut bir zarar görmediğinden, olayda 5237 sayılı TCY’nın 22/6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılıp değerlendirilmelidir. (9.CD. 15.3.2007, 7389/2135)
- Mağdurların sanığın eşi, kızı ve yeğeni olması karşısında; sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 22/6. maddesi hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı da karar yerinde tartışılıp lehe yasa değerlendirmesinin buna göre yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, (9.CD. 21.3.2007, 8150/2370)
- Ölenin sanığın üvey kızı olduğu ve sanık tarafından bakılarak büyütüldüğüne ilişkin savunma araştırılarak sonucuna göre olayda 5237 sayılı TCK’nın 22/6. maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının tartışılmaması, (9.CD. 19.12.2006, 5431/7415)
- Ölenin, sanığın eşi olması nedeniyle, 5237 sayılı TCK.’nın 22/6. maddesi hükmü de gözetilerek lehe yasa değerlendirmesi yapılması gerektiği gözetilmeden 765 sayılı TCK’nın lehe olduğu kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi, (9.CD’nin 1.11.2007 tarih ve 2007/2346-2007/7819 sayılı kararı)
- Olayda ölenin sanığın annesi olması karşısında sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 22/6.maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılıp değerlendirildikten sonra lehe yasanın tespiti gerektiğinin gözetilmemesi (9.CD’nin 7.11.2007 tarih ve 2007/2854-2007/7977 sayılı kararı)
- Mağdur Hüseyin Yörük ile iddianamede kayınpederi olduğu belirtilen sanık arasındaki akrabalık ilişkisi araştırılarak, 5237 sayılı TCK’nın 22/6.maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı da tartışıldıktan sonra lehe yasanın tespiti gerektiğinin gözetilmemesi (9.CD’nin 26.11.2007 tarih ve 2007/4584-2007/8621 sayılı kararı)
- Sanığın kardeşinin ölümü ile sonuçlanan taksirli hareketi sonucu neden olduğu neticenin, münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmolunmasını gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açacağı, bu nedenle de lehe yasa değerlendirmesinin 5237 sayılı TCK’nın 22/6. maddesi hükmü de nazara alınarak yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, (9.CD’nin 5.11.2007 tarih ve 2007/3593-2007/7860 sayılı kararı)
- Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketi ile neden olduğu yangın olayında

- kendisine ait iş yerinin yandığı olayda başkalarının hayatı, sağlığı ve mal varlığı bakımından somut bir zarar meydana gelmediğinin anlaşılması karşısında 5237 sayılı TCK'nın 22/6.maddesi hükmü de gözetilmek suretiyle lehe yasanın tespiti ile sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması. (9.CD'nin 22.11.2007 tarih ve 2007/3005-2007/8512 sayılı kararı) (Kararlar yayınlanmamıştır)
- 76 TOROSLU, Genel Kısım, s. 91, 323.
- 77 SÜZEK, İş Hukuku, s. 130.
- 78 BIYIKLI, s. 222.
- 79 SÜZEK, İş Hukuku, s. 130.
- 80 BIYIKLI, s. 222, 223.
- 81 Y. 9. HD., 10.11.1967, 8386/10365. (BIYIKLI, s. 223; SÜZEK, İş Hukuku, s. 130.)
- 82 SÜZEK, İş Hukuku, s. 130.
- 83 SÜZEK, İş Hukuku, s. 131, 132.
- 84 SÜZEK, İş Hukuku, s. 132.
- 85 SÜZEK, İş Hukuku, s. 133.
- 86 Y. 9. HD., 28.9.1998, 11032/13641 (SÜZEK, İş Hukuku, s. 133.)
- 87 SÜZEK, İş Hukuku, s. 134. Aynı yönde: BIYIKLI, s. 234.
- 88 Y. 9. CD., 15.2.1997, 3951/4127. (SÜZEK, İş Hukuku, s. 134.)
- 89 BIYIKLI, s. 234.
- 90 BIYIKLI, s. 233.
- 91 AY m. 38/7: "Ceza sorumluluğu şahsidir"; TCK m. 20/1: "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz."
- 92 SÜZEK, İş Hukuku, s. 134–135.
- 93 Ancak maddede, tüzel kişilere kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu belirtilmiştir. Doktrinde bunun bir çelişki olduğu belirtilmektedir. Bkz. TOROSLU, Genel kısım, s. 327.
- 94 SÜZEK, İş Hukuku, s. 135.
- 95 BIYIKLI, s. 235.
- 96 SÜZEK, İş Hukuku, s. 149.
- 97 İşveren vekili hakkında geniş açıklamalar için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s. 149-154.
- 98 Y. 10. HD., 30.9.1975, 6900/5002, SÜZEK, İş Hukuku, s. 154.
- 99 SÜZEK, İş Hukuku, s. 154.
- 100 SÜZEK, İş Hukuku, s. 155.
- 101 Y. 9. CD. 4.5.1979, 2055/1583, SÜZEK, İş Hukuku, s. 155.
- 102 SÜZEK, İş Hukuku, s. 155–156. Aynı yönde: BIYIKLI, s. 226.
- 103 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Özel Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 178.
- 104 "Başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma" deyimleri için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 183 vd.
- 105 Suçu haber alma yolları: Cumhuriyet savcısının kendiliğinden öğrenmesi, ihbar, suç duyurusu ve şikâyetir. Bkz. TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 255 vd.
- 106 TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 258.
- 107 TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 259.
- 108 İş Teftişi Tüzüğüne göre iş sağlığı ve denetimi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu'na bağlı iş güvenliği müfettişlerince yürütülür (m. 2/D).
- 109 SÜZEK, İş Hukuku, s. 669.
- 110 Y. 2.CD. 10.10.1990, E.9643/K.10020 (KESKİN, s. 260).
- 111 "Olayda sanığın 8/8 kusurlu olduğu bilirkişi nun raporunda belirtilmiş ise de, sanık vekili tarafından dosyaya ibraz edilen ve İş mahkemesinde yaptırılan bilirkişi incelemesine ait raporla, müfettiş raporunda müdahilin de kusurlu olduğu tespit edildiği cihetle raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekmektedir;..." Y. 2.CD. 13.9.1989, E.6734/K.7503; "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş müfettişi tarafından tanzim olunan 31.3.1988 tarihli raporda sanığa gerekli önlemleri almadığı için %10 nispetinde kusur verildiği halde Ankara 2. Asliye Ceza Mahkemesi marifetiyle yaptırılan incelemede bilirkişiler ilk raporun aksine yine gerekli önlemleri almadığı için sanığa 6/8 oranında kusur vermiş olmasına göre kusur oranı bakımından bilirkişi raporları arasındaki mübâyenet bulunduğu nazara alınarak mevcut aykırılığın uzman bilirkişilerden oluşacak yeni bir bilirkişi kurulundan rapor alınmak suretiyle giderilmesinden sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerekirken..." Y. 2.CD. 20.6.1989, E.5303/k.5860. (KESKİN, s. 238)
- 112 "Makine çalışmalarına yabancı ve vasıfsız işçi durumunda bulunan müdahil ... in zahireci dükkânında mısır aktarmakta kullanılan helezon götürücüsünde günlük işçi olarak çalışmakta iken çalıştırılan helezona elini kapıtırıp 30 gün iş ve gücünden kalacak ve uzuv zaafı tevhit eder şekilde yaralanmasıyla sonuçlanan olayda; yeterli görülmeyen araştırma ve bilirkişi raporuna dayanılarak, mahkûmiyet hükmü tesisi bozmayı gerektirmiştir" Y. 2. CD. 14.9.1989, E.1989/K.7633. (KESKİN, s. 245). "Mütalaaları hükme mesnet alınan bilirkişilerin, işveren durumunda bulunduğu anlaşılan sanığın İş Kanunu muvacehesinde gerekli önlemleri ne suretle belirtmedikleri ve dolayısıyla kusur verilmeyiş nedenlerinin açıklanmadığı göz önünde tutularak, bilirkişilerden bu yönde tamamlayıcı bilgi alınması veya gerektiğinde iş müfettişlerinden oluşan bir bilirkişi heyetinden yeniden mütalaa alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, içeriği itibarıyla yeterli bulunmayan bilirkişi raporu uyarınca yazılı biçimde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir." Y. 2.CD 26.9.1990 E.7817/K.8547. (KESKİN, s. 261)
- 113 KESKİN, s. 290.
- 114 Ceza muhakemesi şartları ve bunlardan birisi olan şikâyetin mahiyeti ve özellikleri için bkz. TOROSLU /FEYZİOĞLU, s. 44 vd. Yargıtay'ın yeni TCK döneminde bu konuyla ilgili verdiği bir kararı şöyledir: "...tünel açma çalışması sonrasında tefsiye işlemleri yapılırken önceden olay yerinde kalan dinamitin patlaması sonucu ölüm ve yaralama ile sonuçlanan olaylarda sanıkların iş disiplinini yeterince sağlamamak, işyerinde kontrol yaptırmamak ve işçilere bu hususta eğitim vermemek suretiyle kusurlu buldukları iddia edilmiş olması karşısında, eylemlerinin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nun 455/2 ve mağdurların şikâyetçi olmamaları nedeniyle suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun 85/1. maddesinde tanımlanan suç oluşturacağı, hukuki durumlarının buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi Kanuna aykırı, ...". Y. 9. CD. 22. 2008, 2007–2096/2008–228. (Karar AKIN'dan alınmıştır)
- 115 SÜZEK, İş Hukuku, s. 15.

Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

İstanbul Arel Üniversitesi Meslek Yüksek Okulu

Serbest Bölgelerde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Esasları ve Ücretlerde Gelir Vergisi Uygulaması

1. GİRİŞ

Ülkelerin dış ticaret alanında karşılıklı çıkan ithalat-ihracat kısıtlamaları, gümrük vergileri gibi bir takım engeller, dünya pazarında rekabet etmelerini engellemektedir. Küresel düzeyde rekabet edebilmek için, serbest bölgeler gibi devlet müdahalesinin olmadığı veya az olduğu, gümrük muafiyeti ve çeşitli teşviklerin sağlandığı ve ucuz işgücünün bulunduğu bölgelere ilgi artmaktadır.

Serbest bölgeler ait oldukları ülkenin yetki alanı içindedir ve hiçbir zaman siyasal yönden bağımsız bölgeler değildir¹. Bu bölgelerde; ithalat, ihracat, montaj, malların çeşitli işlemlere tabi tutulması, ambalajlama, depolama, yükleme, boşaltma hizmetleri, bankacılık, sigortacılık faaliyetleri ve endüstriyel faaliyetler yapılabilmektedir.

Ülkemizde, ihracat için yatırım ve üretimi artırmak, yabancı sermaye ve teknoloji girişini hızlandırmak, ekonominin girdi ihtiyacını ucuz ve düzenli şekilde temin etmek, dış finansman ve ticaret imkânlarından daha fazla yararlanmak amacıyla serbest bölge kurulmaktadır.

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanun (SBK)'nda²

serbest bölgelerin tanımı yapılmamıştır. Fakat Kanun'un 6. maddesine göre, serbest bölgeler "gümrük bölgesi dışında" sayılmaktadır³ ve bu bölgelerde gümrük ve kambiyo yükümlülüğüne dair mevzuat hükümleri uygulanmamaktadır.

Serbest bölgeleri, ülkenin siyasi sınırları içinde olmakla beraber, gümrük bölgesi dışında sayılan, ülkede geçerli ticari, mali ve iktisadi alanlara ilişkin hukuki ve idari düzenlemelerin uygulanmadığı veya kısmen uygulandığı, sınaî ve ticari faaliyetler için daha geniş teşviklerin tanındığı ve fiziki olarak ülkenin diğer kısımlarından ayrılan⁴, mal ve kişilerin giriş ve çıkışları, belirli noktalardan ve kontrolü olarak yapılan yerler olarak tanımlamak da mümkündür⁵.

İngilizce' de "free: serbest"⁶, "zone: bölge"⁷ kelimelerinin bir arada kullanılmasıyla "free zone", Almanca "freizone"⁸, Fransızca'da "zone franche"⁹ olarak adlandırılan terim, Türkçe'ye "serbest bölge" olarak çevrilmiştir ve bu konudaki kaynaklar "serbest bölge" terimini kullanmaktadır. Serbest kelimesi, Türkçe sözlüklerde¹⁰, özgür, istediği gibi hareket eden, engelsiz, bazı kurallara bağlı olma-

Serbest bölgeler ait oldukları ülkenin yetki alanı içindedir ve hiçbir zaman siyasi yönden bağımsız bölgeler değildir.

yan anlamında ifade edilmektedir. Serbest bölgelerin, gümrük vergisi ve dış ticaret engellerinin olmadığı ve ülkede geçerli olan yasal düzenlemelerin bir kısmına veya tamamına bağlı olmayan bölgeler olduğu göz önüne alınırsa "serbest bölge" terimini kullanmak yerinde olacaktır.

"Serbest bölge" terimini kullanmanın doğru olmadığını, bu bölgelerde tam bir serbestlik olmadığını, liberal uygulamalar olmasına rağmen, etkin bir denetimin bulunduğu¹¹, amaç ve fonksiyonlarına göre belirli koşullar altında belirli faaliyetlere izin verildiğini, adı geçen bölgelerin birbirlerine ve ülkenin diğer kesimlerine göre ayrıcalıklı hale getirilmiş bölgeler olduğunu, bu sebeple bu bölgeler için "ayrıcalıklı bölgeler" terimini kullanmak gerektiği de söylenmiştir¹².

II. SERBEST BÖLGELERDE ÇALIŞMA ESASLARI

1. Güvenlik ve Yaşam Hizmetleri

Bölge Müdürleri, Bölge güvenliği ile ilgili taleplerini, Valiliğe intikal ettirmekle yükümlüdürler. Valiler, Bölgede asayiş hizmetlerinin polis tarafından yerine getirilmesi için, özel tedbirler alınması ve Bölge sınırlarında, giriş-çıkış kapılarında yeterli sayıda polis ve gümrük muhafaza görevlileri bulundurmaları suretiyle Bölgenin güvenliğini sağlamakla yükümlüdürler (Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği - SBUY. m.16/I).

Bölgede faaliyet gösteren Kullanıcılar da faaliyet gösterdikleri binalarda yeterli sayıda koruma görevlisi bulundurur ve istihdam ettikleri en az bir koruma görevlisi ile ilgili bilgileri Bölge Müdürlüğüne bildirirler (SBUY. m.16/II).

Yönetmeliğin 22. maddesine göre, Bölgede faaliyette bulunan Kullanıcılar ile bunlara yardımcı hizmetleri verenler, gerek duydukları elektrik, su, gaz, akaryakıt gibi ihtiyaçlarının karşılanması, haberleşme hizmetlerinin sağlanması, ulaşım ve toplu taşıma hizmetlerinin yapılması, işyerlerinin veya

civarlarının temizlenmesi ve temizlikle ilgili aksaklıkların giderilmesi, sağlık sorunlarının çözülmesi, iş kazası ve hastalık hallerinde ilk yardım müdahalesi ile cankurtaran araç ve gereçlerinin temini gibi hizmetlerin ücreti mukabilinde yerine getirilmesi için, Bölge Kurucu ve İşleticisi (B.K.İ.) veya İşletici yetkililerine müracaat ederler. Bölge Müdürlüğü anılan hizmetlerin B.K.İ. veya İşletici veya diğer kuruluşlar tarafından iyi ve yeterli şekilde temini için gerekli denetim ve gözetimi yapar ve yazılı talimatlarıyla uyarılarda bulunur.

2. Çalışanların Hakları

Serbest bölgelerde, faaliyet gösterecek işyerlerinde yabancı uyruklu yönetici ve vasıflı personel çalıştırılabilir. Buna ait esaslar yönetmelikte belirlenir (SBK. m.10/I)

Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliğinin 17. maddesine göre, "Kullanıcılar ve bunların Bölgedeki işyerleri ile bu işyerlerinde çalışanlar, Bölge Müdürlüklerinin gözetim ve denetiminde, Türkiye Cumhuriyeti çalışma mevzuatı hükümlerine tabi tutulurlar¹³.

Türkiye sınırları içindeki işyerleri için öngörülen asgari ücret ve fazla çalışma esasları, B.K.İ. veya İşletici ile Kullanıcıların işyerleri için de uygulanır.

Bölgede çalışanlar ile işverenler arasında yapılan İş Sözleşmesi üç nüsha olarak düzenlenir ve bir nüshası Bölge Müdürlüğüne verilir" .

Kullanıcılar, Bölgede çalıştırma ihtiyacı duydukları yabancı yönetici ve vasıflı personel için "Çalışma İzni" almak üzere, Bölge Müdürlüğüne veya Genel Müdürlüğe müracaat ederler (SBUY. m.18/I). Müracaat, "Çalışma İzin Belgesi" almak için hazırlanmış matbu formların ve eklerinin doldurularak imzalanması suretiyle yapılır (SBUY. m.18/II).

Yapılan bu talep, Genel Müdürlük tarafından ilgili mercilerle de koordinasyon sağlanmak suretiyle değerlendirilir ve uygun görülenlere "Çalışma İzin Belgesi" verilir (SBUY. m.18/III).

Kullanıcılar, yanlarında çalıştırdıkları kişilerin Bölge içindeki hareket ve davranışlarından, çalışma esnasında üçüncü şahıslara veya Bölgeye verdikleri zararlardan müteselsilen sorumludurlar (SBUY. m.18/IV).

Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği'nin 20.

maddesine göre: “Bölgede günde 24 saat ve haftada yedi gün çalışma yapılabilir. Ancak, Bölgede yapılacak işler ile yük alıp vermek ve her türlü Gümrük işlemlerinin normal çalışma saati içinde yapılması esastır. Normal çalışma saatleri dışında veya tatil zamanlarında Gümrükle ilgili iş yapılması yazılı olarak istenildiği takdirde bu istek, Bölge Müdürlüğüne uygun görüldükten ve Gümrük İdaresince kabul edildikten ve fazla mesai ücretinin yatırılmasını müteakip işin yapılmasına izin verilir.

Bu amaçla, B.K.İ. veya İşletici, Bölgede resmi çalışma saatleri dışında da Bölge Müdürlüğüne talebiyle gerekli personeli bulundurmamak zorundadır. Bölge Müdürlüğü, çalışma sürelerinin düzenlenmesi konusunda gerekli tedbirleri alır ve duyurur.

Bölge kapılarından giren kimselerden, gümrük muhafaza veya güvenlik görevlilerine duruma göre "Giriş İzin Belgesi", "Görev Kartı" veya "Özel İzin Belgesi"nin gösterilmesi talep edildiğinde, anılan belgelerden ilgisine göre birini gösteremeyenler Bölgeye alınmaz.

Gümrük muamelelerine tabi olmaksızın Bölgeye mal girişi ve çıkışlarını önlemek amacıyla, Bölge kapılarında araç ve kişiler, Gümrük Muhafaza görevlilerince, gerektiğinde aranabilir, Bölge Müdürlüğüne talebiyle Kullanıcıların işyerleri ve araçlarında da arama yapılabilir”.

06.02.2004 tarihinde yürürlüğe giren “Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”¹⁴ ile vergisel teşvikler açısından yeni düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu değişiklik çerçevesinde Serbest Bölgeler Kanunu’na eklenen Geçici 3.maddeye göre, anılan Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce serbest bölgede faaliyet ruhsatı almış olan gerçek ya da tüzel kişiler; faaliyet ruhsatı süreleriyle sınırlı olmak üzere, gelir veya kurumlar vergisi istisna ve muafiyetlerinden yararlanmaya devam edeceklerdir. Çalıştırdıkları işçilerin ücretleri üzerinden 2009 yılına kadar gelir vergisi ödemeyecekler, bölgelerde gerçekleştirdikleri faaliyetleri ile ilgili olarak yaptıkları işlemler nedeniyle doğan her türlü vergi, resim ve harçtan 2009 yılına kadar muaf tutulacaklardır.

Serbest Bölgeler Kanunu’nun geçici madde 1. maddesinde yer alan “Serbest bölgenin faaliyete

İş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından, serbest bölgelerde çalışanların yasal olarak, görünürde diğer çalışanlardan bir farkı bulunmamaktadır.

geçmesinden itibaren on yıl süreyle 05.05.1983 gün ve 2822 sayılı Kanun’un grev ve lokavt ile arabuluculuk hükümleri uygulanmaz. Ancak bu süre içinde toplu iş sözleşmesi üzerinde çıkacak menfaat uyuşmazlıkları Yüksek Hakem Kurulunca karara bağlanır” hükmü, “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un¹⁵ 12/D maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Esasen, birçok bölgenin kuruluş tarihi dikkate alındığında geçici 1. madde zaten geçerliliğini yitirmişti. Ancak, Avrupa Birliği’ne tam üye olma sürecindeki bir ülkede çeşitli nedenlerle sendikal hareketlerin kısıtlanması birlik üyelerince hoş karşılanmamaktaydı. Bununla bağlantılı olarak, Serbest Bölgelerde uygulanan sendikal kısıtlamaların zaman içerisinde kaldırılacağı Ulusal Programda Avrupa Birliği’ne taahhüt edilmiş ve verilen taahhütlere uygun olarak Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’la, geçici birinci madde uygulamadan kaldırılmıştır¹⁶. Ancak, Serbest Bölgeye girişteki sınırlamalar sendikal örgütlenmeye de engel teşkil etmektedir.

İş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından, serbest bölgelerde çalışanların yasal olarak, görünürde diğer çalışanlardan bir farkı bulunmamaktadır. Ancak, grev konusundaki yasaklar 2002’de kalkmış da olsa serbest bölgelerde sendikal örgütlenmenin çok zor olduğu da bir gerçektir. Bu sebeple bireysel düzeyde iş sözleşmeleriyle işçinin kendini koruyabilmesi zordur. Esasen serbest bölgelerde istenen de ucuz işgücüdür. Serbest bölgelerde çalışma şartları ağır, ücretler ise düşüktür. Yine de, yasa koyucunun kimi ülkelerdeki gibi sert davranmadığına işaret etmeliyiz. Örneğin, Güney Kore hükümeti serbest bölgelerle ilgili Yasa’yı yayımladığı gün, bu bölgelerde toplu sözleşme ve grev haklarının da kaldırıldığını ilan etmiştir. Filipinler’de ise, grev ve lokavtın kaldırılması yanında tatil günlerinde de çalışma getirilmiş, kadın ve çocuk işçilere tanınan haklar da kaldırılmıştır¹⁷.

Bölgede faaliyette bulunan Kullanıcılar ile bun-

ların yanlarında bir iş sözleşmesine göre çalışan işçiler hakkında yabancı uyruklular da dâhil olmak üzere, Türkiye Cumhuriyeti Sosyal Güvenlik Mevzuatı hükümleri uygulanır (Bkz. SBK. m.10/I)

Ancak, Türkiye ile diğer ülkeler arasında sosyal güvenlik konusunda yapılan sözleşmeler varsa, bu sözleşme hükümleri de tatbik olunur. Sosyal Güvenlik Kurumlarına yükümlülere sigorta primleri döviz veya Türk Lirası olarak ödenebilir. Hak sahiplerine tediyeleyer ise bu kurumlar tarafından Türk Lirası olarak yapılır (SBUY m.21).

3. İkamet İzni/Gece Çalışma İzni

Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliğinin 19. maddesine göre, "Bölgede ikamet yasaktır. Ancak, güvenliğin sağlanması için Bölgenin kontrol ve korunmasıyla görevlendirilmiş olan güvenlik, gümrük muhafaza ve koruma görevlilerinin, keza yaptıkları işlerin mahiyeti gereği Bölgede ikamet zorunda bulunanlar ile Bölgede işgününü takip eden gece de çalışmak zorunda bulunanların ikamet/gece çalışma izinleri, güvenlik ve gümrük idaresine yazılı bilgi verilmek suretiyle, Bölge Müdürlüğünce verilir. Bölgede verilen ikamet/gece çalışma izinleri sınırlı olup, ancak yukarıda belirtilen görevliler için hüküm ifade eder. Bu izin hiç bir şekilde ve suretle bu görevlilerin yakınlarını veya ailelerini kapsamaz.

Kullanıcılara verilen ikamet/gece çalışma izni; Faaliyet Ruhsatı, Giriş İzin Belgesi veya Görev Kartlarından birinin iptali halinde, ilgili Bölge Müdürlüğünce derhal iptal edilir.

Bölgelerde, yukarıda belirtilen nedenler dışında, ikamet izni ile ilgili düzenleme yapmaya Müşterinin bağlı olduğu Bakanlık yetkilidir".

III. SERBEST BÖLGELERDE ELDE EDİLEN ÜCRETLERDE GELİR VERGİSİ UYGULAMASI

1. Serbest Bölgelerde Elde Edilen Ücretlerde Gelir Vergisi İstisnası

Serbest Bölgeler Kanunu geçici m.3/b'de, 06.02.2004 tarihi itibarıyla bu Kanun'a göre kurulan serbest bölgelerde faaliyette bulunmak üzere ruhsat almış yükümlülerin, serbest bölgelerde istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler,

Serbest bölgede çalışan personelin çeşitli nedenlerle serbest bölge dışındaki işyerinde çalıştırılmaya başlaması halinde, serbest bölge dışında çalışıldığı sürece ödenen ücretler istisna kapsamında değerlendirilmeyecektir.

31.12.2008 tarihine kadar gelir vergisinden müstesna tutulmuştur¹⁸. Maddeyle ayrıca ruhsatta yer alan sürenin 31.12.2008 tarihinden daha önceki bir tarih olması durumunda istisnanın ruhsatta yer alan süre sonunda biteceği hükme bağlanmıştır. Yani, ücretlere tanınan istisna süreliktir¹⁹. Örneğin, işverenin ruhsat süresi 31.12.2011 tarihinde doluyorsa, 01.01.2009 tarihinden itibaren elde edilen ücretler gelir vergisine tabi olacaktır. Eğer ruhsat süresi 31.12.2007 tarihinde sona eriyorsa, 01.01.2008 tarihinden itibaren elde edilen ücretler gelir vergisine tabi olacaktır.

Ruhsat süresinin uzatılması, istisnanın devam etmesini yani süresinin uzamasını sağlamaz. Ruhsat süresi uzasa dahi istisna önceki ruhsat süresinin dolduğu tarihte sona erer²⁰. 06.02.2004 tarihinden sonra serbest bölgelerde faaliyette bulunmak üzere ruhsat alan yükümlülerin istihdam ettikleri personel için hiçbir şekilde istisna söz konusu değildir. 06.02.2004 tarihinden sonra ruhsat almış imalatçıların yanında çalışanlar da istisnadan yararlanamayacaktır. Bu personelin ücretleri vergiye tabi olduğu gibi, işveren de bu vergileri kesmek ve muhtasar beyanname ile beyan etmek ve ödemek sorumluluğu altındadır²¹.

Bölgelerde istihdam edilen personelin bölge dışında da çalıştırılıyor olması halinde, sadece bölgeler içerisinde çalıştırılan süreye tekabül eden ücret kısmı gelir vergisinden müstesna olacaktır. Bölge dışında çalıştırılan süreye tekabül eden ücretler için istisna uygulaması söz konusu olmadığı gibi, personelin işe alınma tarihinin de, ücretlerde gelir vergisi istisnası uygulaması bakımından bir önemi bulunmamaktadır²². Örneğin, halen serbest bölgede faaliyet gösteren bir yükümlünün kapasitesini genişletmesi dolayısıyla, serbest bölgede daha fazla personel çalıştırmaya başlaması halinde, bu per-

sonele ödenecek ücretler istisnadan yararlanacaktır. Serbest bölgede çalışan personelin çeşitli nedenlerle serbest bölge dışındaki işyerinde çalıştırılmaya başlaması halinde, serbest bölge dışında çalışıldığı sürece ödenen ücretler istisna kapsamında değerlendirilmeyecektir²³.

Serbest bölgede elde edilen ücretlerin gelir vergisinden istisna olması için, ücretin ödeme yerinin, dövizle yapılıp yapılmamasının, merkezden gönderilip gönderilmemesinin ve kambiyo mevzuatına göre Türkiye'ye getirilip getirilmemesinin bir önemi yoktur²⁴.

Merkez-şube ilişkisi içinde serbest bölge faaliyeti yürüten firmaların Türkiye'deki merkezde çalışanların yüksek ücretli olanlarını, fiilen çalışmadıkları halde serbest bölgede çalışıyormuş gibi gösterdikleri görülmektedir. Elbette bu durum yasal değildir²⁵. Yani, serbest bölgedeki şubede fiilen çalışmayan personelin şubede çalışıyor gösterilerek vergi stopajından kaçınılması mümkün değildir. Zaten, Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği'ne tam uyulması halinde, fiilen bölgede çalışmayanların bölgeye alınması mümkün değildir. Dolayısıyla çalışma izni, giriş izin belgesi olmayanların veya geçici bile olsa çalışacaklar için verilen özel izin belgesi olmayan personelin bölgede çalışıyor gösterilmesi muvazaadan öte, kasten vergi ziyana sebep olmaktadır²⁶. Bu belgeler çıkarılmış olsa bile belge sahibi personelin fiilen bölgede çalışmıyor olması halinde istisnadan faydalanması yine mümkün değildir. Ancak belge sahibi personelin işin niteliğine ve gereklerine uygun şekilde zaman zaman bölge dışında geçen sürelerinin olması (pazarlama, hafta sonu, izin, hastalık, işle ilgili seyahat ve toplantılar vs.) bu personelin bölgede çalışmadıkları anlamına gelmez. İşle ilgili ve işin niteliğine uygun sürelerde personelin bölge dışında geçen süreleri istisnanın uygulanmasına engel olmaz²⁷. Bu nedenle serbest bölge giriş kartı olan ve fiilen bu bölgede çalışan personelin serbest bölgedeki firma ya da şubede bordrolu olması gerekir. Ancak fiilen serbest bölgedeki firma bünyesinde çalışıldığı sürece ücretin yüksek olup olmadığının ve çalışan sayısının önemi olmadığı gibi, işin gerektirdiği bölge dışı seyahat ya da bölge dışında geçen süre de stopaj istisnasını olumsuz etkilemeyecektir²⁸.

2. Serbest Bölgelerde Elde Edilen Ücretlerde Asgari Geçim İndirimi

Sosyal devletin görevlerinden biri olan vergi yükünün dengeli ve adil dağılımının sağlanabilmesi için herkesin mali gücüne göre vergilendirilmesi gerekir. Mali güce göre vergilendirme tekniklerinden biri de "en az geçim indirimi" uygulamasıdır.

İlk defa 1968 yılında uygulanan "en az geçim indirimi", 1981 yılından itibaren "genel indirim" adını almış ve 1986 yılından itibaren uygulamadan kaldırılmıştır²⁹. Daha sonra ücret gelirlerine uygulanmak üzere "ücretlilerde vergi indirimi" uygulanmaya başlanmıştır³⁰. Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 121. maddesinde düzenlenen ücretlilerde vergi indirimi uygulaması da kaldırılmış ve yerine 01.01.2008 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere "asgari geçim indirimi" uygulaması getirilmiştir. Asgari geçim indirimi uygulaması Gelir Vergisi Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenmiş olup, uygulamaya ilişkin açıklamalar da 265 seri no' lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde yapılmıştır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 32. maddesine göre, "Ücretin gerçek usûlde vergilendirilmesinde asgarî geçim indirimi uygulanır.

Asgarî geçim indirimi; ücretin elde edildiği takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgarî ücretin yıllık brüt tutarının; mükellefin kendisi için % 50'si, çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi için % 10'u, çocukların her biri için ayrı ayrı olmak üzere; ilk iki çocuk için % 7,5 diğer çocuklar için % 5'idir. Gelirin kısmî döneme ait olması halinde, ay kesirleri tam ay sayılmak suretiyle bu süreye isabet eden indirim tutarları esas alınır. Asgarî geçim indirimi, bu fıkraya göre belirlenen tutar ile 103 üncü maddedeki gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan oranın çarpılmasıyla bulunan tutarın, hesaplanan vergiden mahsup edilmesi suretiyle uygulanır. Mahsup edilecek kısmın fazla olması halinde iade yapılmaz."

5084 sayılı Kanun'la 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'na eklenen geçici 3. maddesine göre 06.02.2004 tarihi itibarıyla ruhsat almış mükelleflerin serbest bölgelerde istihdam ettikleri personele öde-

Ülkemizde yer alan serbest bölgelerin küresel pazarlarda rekabet edebilmesi için 01.01.2009 itibariyle kaldırılacak olan vergisel teşviklerin devam etmesi gerekmektedir.

dikleri ücretler 31.12.2008 tarihine kadar gelir vergisinden istisna edilmiştir. Bu bölgelerde ücretli çalışan personelin elde ettikleri ücret gelirlerinden vergi ödemedikleri için ödemedikleri bir vergiden dolayı mahsup edebilecekleri herhangi bir tutar da söz konusu değildir. Bu nedenle bu kişiler asgari geçim indiriminden yararlanamazlar. Ancak, 06.02.2004 tarihinden sonra ruhsat almış olan mükelleflerin bölgede çalıştırdıkları personele ödedikleri ücretler gelir vergisine tabi olduğundan, bu ücretliler asgari geçim indiriminden yararlanabilirler.

IV. SONUÇ

Serbest bölgelerde çalışanlara ödenen ücretlerin düşüklüğü, çalışma şartlarının ağırlığı, sendikal örgütlenmenin güçlüğü bir gerçektir. Bununla birlikte, yasa koyucu, 2002 yılında yapmış olduğu yasal değişiklikle serbest bölgelerde çalışanlara uygulanan grev ve lokavt yasağını kaldırmıştır. Bu düzenleme ile, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku bakımından serbest bölgelerde çalışanlar ile Türkiye'nin diğer yerlerinde çalışanlar arasındaki eşitsizlik ortadan kalkmıştır. Bu olumlu bir gelişme olmasına rağmen serbest bölgelerde sendikal örgütlenmenin güçlenmesi ve işçilerin haklarını koruyabilmeleri çok kolay görünmemektedir.

Serbest bölgelerde çalışanların ücretlerinin vergilendirilmesi bakımından ise 06.02.2004 tarihi itibariyle ruhsat almış olan mükelleflerin bölgede çalıştırdıkları personele ödedikleri ücretler 31.12.2008'e kadar ruhsat süresiyle sınırlı olarak gelir vergisinden istisnadır. Buna karşılık 06.02.2004 tarihinden sonra ruhsat almış mükelleflerin bölgede çalıştırdıkları personele ödedikleri ücretler gelir vergisine tabidir.

Kanımca, ülkemizde yer alan serbest bölgelerin küresel pazarlarda rekabet edebilmesi için 01.01.2009 itibariyle kaldırılacak olan vergisel teşviklerin devam etmesi gerekmektedir. Nitekim ser-

best bölgelerde teşviklerin sürdürülmesini öngören yasa tasarısı Meclis'e sunulmuştur³¹.

DİPNOTLAR

- 1 Rıdvan KARLUK, Türkiye Ekonomisi, Gözden Geçirilmiş Yedinci Baskı, Beta Yay., İstanbul 2002, s.667; Mualla ÖNCEL, / Ahmet KUMRULU / Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara Eylül 2006, s.57; Engin ERDOĞAN / Meliha ENER, Küresel Pazarların Ekonomik Üsleri Serbest Bölgeler, Teori, Uygulama ve Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'deki Gelişimi, Nobel Yay., Ankara 2005, s.4; Aykut KİBRİTÇİOĞLU, "Serbest Bölgelerin Olası Makroekonomik Etkileri ve Bazı Düşündürdükleri", Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 6, 1997, s.75; F. Bahar ÖZDOĞAN, Serbest Bölgeler, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s.11.
- 2 15.06.1985 tarih ve 18785 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 3 Gümrük Kanunu ile SBK'nda serbest bölgeler hakkındaki temel tartışma konusu, serbest bölgeleri gümrük bölgesinin bir parçası olarak kabul edip etmemektir. Gümrük Kanunu yukarıda belirtildiği gibi bu bölgeleri, gümrük bölgesinin bir parçası olarak kabul etmektedir. Bu nedenle Gümrük Kanunu, serbest bölgelerde yapılacak üretimi, Avrupa Birliği'nde olduğu gibi Dahilde İşleme Belgesi ile izin verilen faaliyetlerle sınırlamaktadır. Oysa SBK'na göre serbest bölgeler gümrük bölgesinin dışında kabul edilmektedir. Serbest bölge ile Türkiye'nin diğer yerleri arasında yapılacak ticaret dış ticaret rejimine tabidir. Serbest bölgeler ile diğer ülkeler ve serbest bölgeler arasında dış ticaret rejimi uygulanmaz. Bu farklılık 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun, Avrupa Birliği'nin Topluluk Gümrük Kodu ve Yönetmeliği'nden adapte edilmesinden kaynaklanmaktadır.
- 4 Yüksel AKÇA, "Serbest Bölgeler ve Serbest Bölge Faaaliyetlerinin Esasları", Dış Ticaret Dergisi, Sayı:9, Yıl:3, Nisan 1998 s.1.
- 5 DPT, Serbest Bölge Çalışmaları Hakkında Rapor, Serbest Bölgeler Başkanlığı, No:1, Ankara 1985, s.1. Benzer tanımlar için bkz., Gülsen GÜNEŞ "Serbest Bölgeler" İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer' e Armağan, C. LII, S. 1-4, İstanbul 1987, s.592; Ahmet İNCEKARA, Dünyada ve Türkiye'de Serbest Bölgeler Uygulaması Mevzuatı, Temel Yayınları, İstanbul, 1986, s.19; Resmîye HACİBEKİROĞLU, Serbest Bölgeler, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991, s.7; Sakıp ŞEKER, Türkiye'de Serbest Bölge Uygulamaları, Vergi Sorunları, Sayı.155, Özel Ek, Ankara, Ağustos 2001, s.16; M. Vefa TOROSLU, Serbest Bölgeler, Beta Yay., İstanbul 2000, s.1; ERDOĞAN/ENER, s.1; Ejder YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yay., Ankara 1992, s.796; Esat ŞENER, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yay., Ankara 2001, s.697.
- 6 Mustafa OVACIK, İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No:182, Ankara 1986, s.151; Erhan ADAL, Türkçe-İngilizce, İngilizce Türkçe Hukuk, Ticaret, İşletme Terimleri ve Kısaltmaları Sözlüğü, Beta Yay., Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 1997, s.48.
- 7 OVACIK, s.325.
- 8 Karl STEUERWALD, Türkçe-Almanca Sözlük, Otto Harrassowitz, Wiesbaden, ABC Yayınevi, İstanbul 1985, s.813.
- 9 Tahsin SARAC, Fransızca Türkçe Büyük Sözlük. C. 1, Türk Dil Kurumu Yay., Ankara 1976, s.587.
- 10 Ferit DEVELLİOĞLU/ Neval, KILIÇKINI, En Yeni Büyük Türkçe

- Sözlük, Rafet Zaimler Kitabevi, İstanbul 1975, s.1048; TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük, C.2, İstanbul 1982, s.1282.
- 11 Bkz. Robert C. HAYWOOD, "Free Zones In The Modern World", <http://www.wepza.org> (erişim: 19.12.2005)
- 12 Bkz. İhsan AĞAÇHAN, Ayrıcalıklı Bölgeler, Cilt 1, İstanbul-Şubat 1990, s.3.
- 13 Bölgede Çalışma Esasları için bkz. Serbest Bölgeler Genel Müdürlüğü'nün 02.09.1993 tarihli ve 93/ 13 No'lu Genelgesi, <http://www.dtm.gov.tr>, (erişim: 04.05.2007)
- 14 Kanun No: 5084, RG. 06.02.2004, 25365.
- 15 Kanun No: 4471, RG. 09.08.2002, 24841.
- 16 Müjdat ŞAKAR, "Serbest Bölgelerde Çalışma ve Sosyal Güvenlik", Yaklaşım, Yıl: 13, Sayı: 145, Ocak 2005, s.37.
- 17 ŞAKAR, "Serbest Bölgelerde Çalışma ve Sosyal Güvenlik", s.39.
- 18 06.02.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5084 sayılı Kanun öncesinde, bölgelerde bulunan işyerlerinde çalışan kişilerin aldıkları ücretler, tam yükümlülerin yurt dışında elde ettikleri ücret olarak değerlendirilmeye tabi tutulmuşlardır. Bu tarihten önce serbest bölgelerde vergi mevzuatı uygulanmadığından ücretler üzerinden de vergi alınmıyordu. Bu nedenle ücretlerin gelir vergisi ile beyan edilmesi gerekiyordu. Ancak, SBK'nun değişmeden önceki 6. maddesinin son fıkrasında Türkiye'deki tam ve dar yükümlü gerçek ve tüzel kişilerin serbest bölgedeki faaliyetleri dolayısıyla elde ettikleri kazanç ve iratların, Türkiye'nin diğer yerlerine getirildiğinin kambiyo mevzuatına göre tevsiği durumunda da gelir ve kurumlar vergisinden muaf olduğu hükmü yer almaktaydı. Buna göre, serbest bölgelerde elde edilen ücret gelirlerinin Türkiye'de vergilendirilmemesi için, bu ücret gelirlerinin kambiyo mevzuatına göre Türkiye'ye getirilmesi gerekmektedir. Bunun için de alınan ücretin döviz olarak ödenmiş olması ve ücretin bankalara veya özel finans kurumlarına serbest bölgede elde edilen ücret olduğunun beyan edilerek bozdurulması gerekmektedir. Yani serbest bölgelerde elde edilen ücretlerin Türk Lirası olarak ödenmesi durumunda istisnadan da yararlanılamıyordu. Bkz. İsmail IŞIK/ Mehmet ÇABUK, Vergi Muhasebe ve Dış Ticaret Açısından Serbest Bölgeler, Maliye ve Hukuk Yay., Ankara 2007, s.175.
- 19 Recep BIYIK/ Aydın KIRATLI, Vergi Teşvikleri ve Korumaları, Yaklaşım Yay., Temmuz 2006, s.417.
- 20 IŞIK/ÇABUK, s.176.
- 21 IŞIK/ÇABUK, s.177-178.
- 22 IŞIK/ÇABUK, s.177; BIYIK/KIRATLI, s.417.
- 23 Mehmet Akif ÖZMEN, 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Rehberi ve Revizyon, Yaklaşım Yay., Ankara 2007, s.208.
- 24 BIYIK/KIRATLI, s.417.
- 25 IŞIK/ÇABUK, s.178.
- 26 Buna karşılık Danıştay 3. Daire, 05.10.1995 tarihli ve E. 1994/467, K.1995/2882 sayılı kararında, serbest bölgede faaliyeti ve görevi olanlar için giriş izin belgesi zorunluluğunun güvenlik ve denetim açısından konulduğu, ayrıca serbest bölge içinde bulunma zorunluluğunun işyeri için geçerli olduğu, bu kanun kapsamında yapılan faaliyet nedeniyle yurt dışında bulunan personelin, yalnızca serbest bölgeye giriş izin belgesi olmamasının, yasanın, bu bölgelerde vergi, resim, harç, gümrük ve kambiyo yükümlülerine dair mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin hükmünün uygulanmasına engel olmadığı sonucuna varmıştır ki, bu karara katılmak mümkün değildir. Karara ekli karşı oy yazısında belirtildiği gibi, giriş izin belgesi olmayanların Bölgeye girişleri mümkün olmadığından Bölgede çalışıklarının da kabul edilemeyeceği açıktır. Aynı nitelikte: Danıştay 3. Daire, 05.10.1995, E. 1994/4672, K. 1995/2873. (<http://www.danistay.gov.tr>)
- 27 İlhan KIRIKTAŞ, "Serbest Bölgelerde Olası İnceleme Riskleri (Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Muvazaalı İşlemler)-II", Yaklaşım, Yıl:13, Sayı 153, Eylül 2005, s.133.
- 28 IŞIK/ÇABUK, s.178.
- 29 İlgili Kanun No:3239, RG.11.12.1985, 18955.
- 30 Kanun No: 5615, RG.04.04.2007, 26483.
- 31 <http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=HaberDetay&Kategori=ekonomi&ArticleID=874670&Date=10.06.2008&ver=32> (İnternet Erişim:10.06.2008)

Av. Ali Nafiz KONUK

T. Cam, Çimento ve Toprak Sanayii İşverenleri Sendikası Yönetim Kurulu Başkanı

Sınai Kuruluşların Ambalaj Atıklarının Toplanması Yaşanan Sorunlar

Çevre ve Orman Bakanlığı'nca hazırlanarak 24 Haziran 2007 tarihli ve 26562 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği" yürürlüğe girmesiyle beraber yeni sorunları da gündeme taşımıştır.

İlk olarak Yönetmeliğin 5/d ve 12/b maddelerinde yer alan ambalaj atıklarının "bedelsiz olarak" toplanması hükmüne istinaden Belediyeler, lisanslı firmalara ambalaj atıklarını bedelsiz olarak toplama yetkisi vermişler ve işletmeleri, ekonomik değeri olan ambalaj atıklarını bu kuruluşlara bedelsiz olarak vermeye zorlamışlardır.

Anayasa'nın "Mülkiyet Hakkı" başlıklı 35. maddede hükmünü açık bir şekilde ihlal eden yönetmelikteki bu hükümlerin iptali için açılan bir davada, "yürütmenin durdurulması" istemini görüşen Danıştay 6. Dairesi, 14.12.2007 tarihinde oybirliği ile aldığı kararında; "Mülkiyet hakkı Anayasa ile güvence altına alınmış bir haktır. Anayasamız bu hakkın, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceğini hüküm altına almıştır. Ekonomik bir değeri bulunan ve mülkiyet hakkı kapsamına giren ambalaj atıklarının "bedelsiz olarak" verilmesi yönünde hüküm getirilmesi, mülkiyet hakkının özüne doğrudan bir müdahale içermektedir. Bu hususun ancak kanunla düzenlenebileceği, gerek Ana-

yasamızda, gerekse ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin anılan maddesinde açıkça belirtilmiştir. Dava konusu "bedelsiz olarak" ibaresinin ise yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

Bu itibarla, ilgilinin mülkiyetinden yararlanmasını engelleyen ve mülkiyet hakkının özüne doğrudan bir müdahale içeren, bu nedenle de ancak kamu yararı sebebiyle, kanunla ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak düzenlenebilecek bir konunun Yönetmelik ile düzenlenmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır." gerekçeleriyle "yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne" karar vermiştir.

Bildiğimiz kadarıyla dava henüz kesin karara bağlanmamış olmakla beraber gerekçelere bakıldığında son kararın da bu yönde olacağı beklenilmektedir.

Ambalaj atıklarının bedelsiz olarak toplanması uygulanmasına yürütmenin durdurulması kararıyla birlikte son verilmesi gerekirken bazı belediyeler bunun nihai bir karar olmadığı, bazıları da o davaya münhasır bir karar olduğu gerekçeleriyle atıkların bedelsiz olarak toplanması uygulamasını sürdürmek istemişlerse de hukuka aykırı bu taleplerini reddeden kuruluşlarda bundan vazgeçmek zo-

Çevre ve Orman Bakanlığı hızlı bir biçimde hareket ederek, yönetmeliğin uygulamada karşılaşılan ve temel hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden hükümlerine yeni düzenlemeler getirmelidir.

runda kalmışlar, itiraz etmeyenlerden ise bedelsiz toplamışlar ve halen de toplamaya devam etmektedirler.

Atıkların lisanslı yetkili toplayıcılara bedelsiz verilmesini sağlayamayan belediyelerin hemen tümü bu defa kendi belediye hudutları içerisinde tek bir kuruluşa atıkları toplama yetkisi vererek tekelleşme yaratmışlar ve atıkların bu kuruluştan başkasına verilemeyeceği, verildiği takdirde verenlerin de, toplayanların da para ve hapis cezası ile cezalandırılacakları yolunda baskı uygulamaya başlamışlardır. Atıkları bedelsiz olarak toplamak isteyen toplayıcı firmalar bu defa da ekonomik değeri yüksek olan atıklara sembolik fiyatlar vererek alma yoluna gitmektedirler. Bu yolla köşeye sıkıştırılan işletmeler ekonomik değeri olan ambalaj atıklarını ya sembolik bedeller karşılığında bu kuruluşlara vermek zorunda kalmakta yahut da yer sorunu olmayanlar, yeni ve adil bir düzenleme yürürlüğe konulunca kadar stoklarında tutmaya çalışmaktadırlar.

Yönetmeliği hazırlayan Çevre ve Orman Bakanlığı hızlı bir biçimde hareket ederek, yönetmeliğin uygulamada karşılaşılan ve temel hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden hükümlerine yeni düzenlemeler getirmelidir. Özellikle belediyelerin tekelleşmeye ve bunun sonucunda da haksız kazançlara yol açacak olan tek bir kuruluşu yetkilendirme uygulaması mutlaka çözüme kavuşturularak, ekonomik değeri olan ambalaj atıklarının, serbest piyasa ekonomisi kuralları içerisinde, rekabetçi bir ortamda, yetkilendirilen kuruluşlarca satın alınma yoluyla mevzuata uygun bir biçimde toplanması sağlanmalıdır.

Belediyelerle yaşanan diğer ciddi bir sorun da “ambalaj atığı” ile üretim artığı olarak ortaya çıkan “ambalaj artığı” konusunda yaşanmaktadır.

Bazı belediyeler, örneğin bir kağıt ambalaj fabrikasının karton kutu üretimi sırasında ortaya çıkan karton artıklarını “siz ambalaj üretiyorsunuz, bu üretim sırasında ortaya çıkan atıklar ambalaj atığıdır, dolayısıyla yönetmelik hükümleri çerçevesinde toplayıcı kuruluşlara vermek zorundasınız” şeklinde işletmelere dayatmada bulunmaktadır. Oysa, Yönetmeliğin 4/b maddesinde Ambalaj Atığı “Ambalaj ya da ambalaj malzemesi üretimi ya da herhangi bir üretim sırasında ortaya çıkan üretim artıkları hariç olmak üzere, ürünlerin tüketiciye ya da nihai kullanıcıya ulaştırılması aşamasında, ürünün sunumu için kullanılan ve ürünün kullanılmasından sonra oluşan, kullanım ömrü dolmuş tekrar kullanılabilir ambalajlar da dahil satış dışı ve nakliye ambalaj atığı” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanım doğru bir biçimde algılandığında, ambalaj üreten kuruluşların bu üretimlerinde kullandıkları malzemenin üretim artıkları (örneğin; metal konserve kutusu üreten firmanın üretim sırasında oluşan saç levha artıkları veya hatalı üretim sonucu ıskartaya çıkan artıkları, keza karton kutu üreten firmanın karton artıkları veya hatalı üretim sonucu atık olarak değerlendirilecek karton kutuları, şişe veya kavanoz üreten bir cam ambalaj fabrikasının kalite kontrolden geçmeyerek ıskartaya çıkan ancak fırında eritilerek tekrar ham maddeye dönüştürülecek olan cam artıkları vb.) ambalaj ham maddesi artığı veya atığı olup ürünün tüketiciye ya da nihai kullanıcıya ulaştırılması aşamasında oluşmadığından ayrıca bunlar kullanım ömrü dolmuş ambalajlar da olmadığından Yönetmeliğin 4/b maddesi tanımını içine sokulamazlar.

Sınai kuruluşların birçoğu, nihai ürünlerini ambalajlayarak pazara sunduklarından, üretimlerinin son aşamasında ürünü ambalajlamakta veya paketlemektedirler. Bu aşamada oluşan ambalaj artıkları da belediyelerle işyerleri arasında sorun yaratmakta, birçok belediye “sizin ana üretiminiz sonucu elde ettiğiniz ürünün ambalajlanması sırasında ortaya çıkan ambalaj artıkları, ambalaj atığıdır” diyerek bunların da yetkilendirdikleri toplayıcı kuruluşlara verilmesi yolunda dayatmalarda bulunmaktadır.

Yönetmeliğin 4/6 maddesinde yer alan “...herhangi bir üretim sırasında ortaya çıkan üretim artıkları hariç olmak üzere ...” ifadesi bu durumu açık bir biçimde tanımlamış olmasına rağmen belediyelerin Yönetmelik hükmünü amacı dışında

yorumlayarak işletmelere dayatmada bulunması ciddi sıkıntılar yaratmaktadır.

Bu tip dayatmacı yöntemleri izleyen belediyelerin bütün bu davranışlarının gerisinde ambalaj atığı toplama yetkisi tanıdıkları kuruluşlar lehine maddi çıkar, onların elde ettikleri bu çıkardan da kendilerine pay sağladıkları yolunda yoğun ve yaygın söylentiler mevcuttur. Yaşananlar da bu söylentilerde doğruluk payının yüksek olduğunu düşündürmektedir.

Yönetmeliğin 32/9. maddesinde aynen “Fabrikalardan kaynaklanan defolu ürünleri, piyasaya sürülmemiş ambalajlar ve benzeri üretim artıkları ile ambalaj atığı tanımına girmeyen boru, sac levha, demir-çelik hurdaları, kumaş atıkları ve benzeri ambalaj dışı diğer değerlendirilebilir atıkları toplayan, ayıran ve geri dönüştüren işletmeler bu yönetmelik kapsamı dışındadır.” denilerek, aslında bütün bu ihtilafları ortadan kaldıracı bir düzenleme getirmiştir.

Madde hükmü çok açık olup öncelikle üretimi ne olursa olsun, pazara sunulmayacak olan defolu ürünler, ister ambalaj üreten, isterse üretilmiş ambalajı kendi ürününü ambalajlamak üzere satın almış olan üretici kuruluş tarafından piyasaya sürülmemiş ve sürülmeyecek olan her türlü ambalaj ve benzeri üretim artıkları ile ambalaj atığı tanımına girmeyen boru, sac levha, demir-çelik hurdaları, tekstil sektöründe oluşan kumaş atıkları ve artıkları ile benzeri ambalaj dışı diğer ekonomik değeri olan atıkları toplayan, ayıran ve geri dönüştüren işletmeler bu Yönetmelik kapsamı dışında tutulmuşlardır. Bu hükümden anlaşılmaktadır ki yukarıda sayılan atık ve artık ürünlerin öncelikle bir yönetmelik kapsamında ambalaj atığı toplama yetkisi almış bulunan kuruluşlara bedelli de olsa verilme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Belediyeler işletmeleri bu yönde zorlamamalıdır. Ayrıca Yönetmeliğin bu maddesi kapsamına giren atık ve artıkları satın alma yolu ile toplayan kuruluşların da belediyelerle protokol imzalayarak yetkilendirilmeleri gerekmektedir.

Yönetmeliğin yayımlanıp yürürlüğe girmesi ile birlikte yukarıda sayılanlarla da sınırlı olmaksızın ciddi sıkıntılar yaratan uygulamalar Çevre ve Orman Bakanlığı yetkililerine defalarca ve çeşitli vesileler ile aktarılmış ise de bugüne kadar ne idari tasarruflarla ve ne de mevzuatın aksaklık yaratan

Çevreyi koruyarak, daha iyi yaşanır bir dünya oluşmasına katkı sağlamak amacı ile yapılan düzenlemelerin, amacı dışına çıkılarak bazı kuruluşlar için haksız kazanç sağlayan yeni iş alanlarına dönüştürülmemesi gerekir.

hükümlerinin düzeltilmesi yolunda ciddi bir iyileştirmeye gidilmemiştir.

Çevreyi koruyarak, daha iyi yaşanır bir dünya oluşmasına katkı sağlamak amacı ile yapılan düzenlemelerin, amacı dışına çıkılarak bazı kuruluşlar için haksız kazanç sağlayan yeni iş alanlarına dönüştürülmesi, kamu kuruluşu olan belediyelerden bazılarının da buna alet olması, Anayasa ile teminat altına alınmış olan hakları da ihlal edercesine uygulanması, hukuk devleti ilkeleri ve serbest piyasa ekonomisi kuralları ile bağdaşmadığı gibi vicdanlara da sığmamaktadır.

Zor şartlar altında istihdam yaratıp, üretimleri ile ülke ekonomisine katkı sağlayan kuruluşların bu Yönetmeliğin uygulanmasından doğan haklı sıkıntılarına başta Bakanlık sonra da Hükümet vakit geçirmeksizin doğru ve adil çözümler üreterek hayatıyete geçirmelidir.

Erdoğan SAĞLAM

Yeminli Mali Müşavir

Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında 5746 Sayılı Kanun'la Getirilen Vergi ve SSK Teşvikleri

12.03.2008 tarih ve 26814 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5746 sayılı "Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun" (Bundan böyle kısaca Ar-Ge Teşvik Kanunu olarak anılacaktır) ile;

- Ar-Ge ve yenilik yoluyla ülke ekonomisinin uluslararası düzeyde rekabet edebilir bir yapıya kavuşturulması için teknolojik bilgi üretilmesini,
- Üründe ve üretim süreçlerinde yenilik yapılmasını,
- Ürün kalitesi ve standardının yükseltilmesini, verimliliğin artırılmasını, üretim maliyetlerinin düşürülmesini,
- Teknolojik bilginin ticarileştirilmesini,
- Rekabet öncesi işbirliklerinin geliştirilmesini,
- Teknoloji yoğun üretim, girişimcilik ve bu alanlara yönelik yatırımlar ile Ar-Ge'ye ve yeniliğe yönelik doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının ülkeye girişinin hızlandırılmasını,
- Ar-Ge personeli ve nitelikli işgücü istihdamının artırılmasını desteklemek ve teşvik etmek için bazı destek ve teşvik unsurları getirilmiştir.

Kanun 31.12.2023 tarihine kadar uygulanmak üzere 1.4.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, uygulanması ve denetimine ilişkin usul ve esaslar, TÜBİTAK'ın görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir. Bu Yönetmelik yazımızın hazırlandığı sırada henüz yayımlanmamıştır.

Kanun'un 2. maddesinde tanımlar yer almakta olup, 3. maddesinde getirilen destek unsurları düzenlenmiştir. Bunlardan vergisel ve SSK teşvikleri aşağıda kısaca özetlenmiştir:

1. AR-GE İNDİRİMİ:

1.1. İndirimin Kapsamı:

Bilindiği gibi 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 89. maddesinin birinci fıkrasının (9) numaralı bendi ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 10'uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, mükelleflerin işletmeleri bünyesinde gerçekleştirdikleri münhasıran yeni teknoloji ve

bilgi arayışına yönelik Ar-Ge harcamaları tutarının % 40'ı oranında hesaplanacak Ar-Ge indiriminin beyanname üzerinde beyan edilen gelirden veya kurum kazancından indirim konusu yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Söz konusu maddelerde, matrahın yetersiz olması nedeniyle yararlanılamayan Ar-Ge indirimi tutarlarının sonraki dönemlere devredebileceği belirtilmekle birlikte, herhangi bir endeksleme öngörülmemiştir. Maliye Bakanlığı maddede yer alan yetkisine istinaden, indirimden yararlanılacak harcamaların kapsamını ve uygulamadan yararlanılabilemesi için gerekli belgeler ile usulleri 1 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin 10/2. bölümünde belirlemiştir.

5746 sayılı Ar-Ge Teşvik Kanunu'nda bu konuda iki düzenleme yapılmıştır. Kanunun 5. maddesi ile Ar-Ge indirimine ilişkin genel hükümler olan, Gelir Vergisi Kanunu'nun 89. maddesinin birinci fıkrasının (9) numaralı bendi ile 5520 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "araştırma ve geliştirme harcamaları tutarının % 40'ı oranında" ibareleri "araştırma ve geliştirme harcamaları tutarının %100'ü oranında" şeklinde değiştirilmek suretiyle Ar-Ge indiriminin oranı 1.4.2008 tarihinden geçerli olmak üzere % 100'e çıkarılmıştır.

Ayrıca Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında aşağıdaki hükme yer verilmek suretiyle, 2023 yılı sonuna kadar uygulanmak üzere bu Kanuna istinaden yapılabilecek Ar-Ge indirimi özel olarak düzenlenmiştir:

"Teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen Ar-Ge ve yenilik projelerinde, rekabet öncesi işbirliği projelerinde ve teknogirişim sermaye desteklerinden yararlananlarca gerçekleştirilen Ar-Ge ve yenilik harcamalarının tamamı ile 500 ve üzerinde tam zaman eşdeğer Ar-Ge personeli istihdam eden Ar-Ge merkezlerinde ayrıca o yıl yapılan Ar-Ge ve yenilik harcamasının bir önceki yıla göre artışının yarısı, 13/6/2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 10 uncu maddesine göre kurum kazancının ve 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca ticari kazancın tespitinde indirim konusu yapılır. Ayrıca bu harca-

malar, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre aktifleştirilmek suretiyle amortisman yoluyla itfa edilir, bir iktisadi kıymet oluşmaması halinde ise doğrudan gider yazılır. Kazancın yetersiz olması nedeniyle ilgili hesap döneminde indirim konusu yapılamayan tutar, sonraki hesap dönemlerine devredilir. Devredilen tutarlar, takip eden yıllarda 213 sayılı Kanuna göre her yıl belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılarak dikkate alınır."

Bu özel düzenleme öncelikle uygulanacaktır. Özel düzenlemede de indirimin, Gelir Vergisi Kanununun 89 uncu maddesi ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca yapılacağı belirtilmiştir. Yani yasal dayanakta değişiklik yoktur. Ancak bazı konularda özel düzenleme genel düzenlemeden ayrılmaktadır. Bu farklıklar 2023 yılı sonuna kadar geçerli olacaktır. Bunlara aşağıda yeri geldikçe değineceğiz.

5746 sayılı Ar-Ge Teşvik Kanunu'na göre, bu Kanun kapsamında Ar-Ge ve yenilik harcamalarının matrahtan indirilebilmesi için harcamanın aşağıda sayılan yerlerde yapılmış olması gerekir:

- Teknoloji merkezi işletmeleri (Teknoloji merkezleri)¹,
- Ar-Ge merkezleri²,
- Kamu kurum ve kuruluşları ile Kanunla kurulan vakıflar tarafından ve uluslararası fonlarca desteklenen Ar-Ge projeleri³ ile yenilik⁴ projeleri,
- Rekabet öncesi işbirliği projeleri⁵,
- Teknogirişim sermaye desteklerinden⁶ yararlananlar.

Bu yerlerde gerçekleştirilen Ar-Ge ve yenilik harcamalarının tamamı 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 10'uncu maddesine göre kurum ka-

Kanun'da belirtilen 50 tam zaman eşdeğer Ar-Ge personeli istihdam edemediği için Ar-Ge merkezi sayılmayan/oluşturamayan kişi ve kurumların, desteklenmesi uygun bulunan projeleri de 5746 sayılı Kanun'la getirilen destek unsurlarından yararlanabilecektir.

zancından, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 89. maddesine göre ise ticari kazancın tespitinde indirim konusu yapılabilecektir.

Öncelikle bir yanlış anlamayı düzeltmek isteriz: Basına yansıyan bazı görüşler, teşviklerden sadece Ar-Ge merkezlerinin yararlanabileceği yönündedir. Bu kesinlikle hatalıdır. Kanun'da belirtilen 50 tam zaman eşdeğer Ar-Ge personeli istihdam edemediği için Ar-Ge merkezi sayılmayan / oluşturamayan kişi ve kurumların, desteklenmesi uygun bulunan projeleri de 5746 sayılı Kanun'la getirilen destek unsurlarından yararlanabilecektir. Başka bir deyişle Kanun'dan yararlanabilmesi için mutlaka Ar-Ge merkezi oluşturulması şart değildir. Ar-Ge merkezi bulunmasa bile, yapılan Ar-Ge projeleri, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından ve uluslararası fonlarca desteklenmekte ise 5746 sayılı Kanun'dan yararlanılabilecektir.

Ar-Ge merkezlerinin avantajı, gerçekleştirdikleri projeler desteklenmesinde bile teşviklerden yararlanacak olmalarıdır. Ancak bunların da Yönetmelikte belirtilecek usule uygun olarak Ar-Ge merkezi belgesi almaları gerekmektedir. Bu merkezler en geç 2 yılda bir denetlenecektir. Bir başka deyişle, Ar-Ge merkezleri için tek tek proje bazında bir denetim değil, topluca bir denetim öngörülmektedir.

Ar-Ge merkezlerinden 500 ve üzeri tam zaman eşdeğer Ar-Ge personeli istihdam edenler, ayrıca o yıl yaptıkları Ar-Ge ve yenilik harcamasının bir önceki yıla göre artışının yarısını da indirim olarak dikkate alabileceklerdir.

1.2. Ar-Ge Harcamalarının

Aktifleştirilmesi ve Amortismanı:

5746 sayılı Kanun'un 3/1'inci maddesinde, Ar-Ge indirimi olarak kurum kazancından indirim konusu yapılan harcamaların ayrıca Vergi Usul Kanunu'na göre aktifleştirilmek suretiyle amortisman yoluyla itfa edileceği belirtilmiştir⁷. Bu husus 5746 sayılı Kanun'dan yararlanılan Ar-Ge harcamaları için geçerlidir.

5746 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeden sonra, bu Kanun'daki teşviklerden yararlanmaya konu edilen Ar-Ge harcamalarının ayırım yapılmaksızın aktifleştirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Anlaşılan oldur ki, Ar-Ge harcamaları proje sonuçlandırılıncaya kadar aktifte geçici bir hesapta bekletilecek, proje tamamlandığında bir iktisadi kıy-

Ar-Ge harcamaları proje sonuçlandırılıncaya kadar aktifte geçici bir hesapta bekletilecek, proje tamamlandığında bir iktisadi kıymet oluşmaması durumunda doğrudan gider yazılacak, proje başarılı olup bir iktisadi kıymet oluşması durumunda ise aktifleştirilecek ve amortisman ayrılmaya başlanacaktır.

met oluşmaması durumunda doğrudan gider yazılacak, proje başarılı olup bir iktisadi kıymet oluşması durumunda ise aktifleştirilecek ve amortisman ayrılmaya başlanacaktır⁸. 333 sıra nolu VUK Genel Tebliği'nde Ar-Ge harcamaları için faydalı ömür 5 yıl ve dolayısıyla amortisman oranı % 20 olarak belirlendiğinden, aktifleştirilen Ar-Ge harcamaları % 20 oranı esas alınmak suretiyle amortisman tabi tutulacaktır. Haklarla ilgili 15 yıllık itfa süresinin uygulanması söz konusu değildir.

1.3. Uygulama Esasları:

Ar-Ge indirimini uygulayabilmek için projenin tamamlanması şart değildir. Harcama esasına göre, harcamaların yapıldığı dönemlerde indirim uygulanacaktır. 5746 sayılı Kanun'dan yararlanılan durumlarda, kazancın yetersiz olması nedeniyle harcama yılında indirim konusu yapılamayan tutarlar sonraki yıllara devredecek ve devredilen tutarlar izleyen yıllarda her yıl yeniden değerlendirilerek artırılmak suretiyle dikkate alınacaktır. Görüldüğü gibi, yürürlükten kaldırılmış olan yatırım indirimine paralel bir uygulama öngörülmüş bulunmaktadır.

Geçici vergi beyannameleri üzerinden de indirim uygulanabilecektir.

Bu Kanun'a göre Ar-Ge indiriminden yararlananların, 193 sayılı GVK'nun 89/9 veya KVK'nun 10/1-a maddesi kapsamında ayrıca Ar-Ge indiriminden yararlanmaları mümkün değildir (Md.4/5).

Yönetmelik Taslağına göre, Ar-Ge indiriminden yararlanacak işletmeler, yıllık gelir veya kurumlar

5746 sayılı Kanun'la getirilen destekler işverenleri teşvik etmeye yönelik olduğu için, gelir vergisi istisnasının yaratacağı avantajdan da işverenlerin yararlandırılması gerekir.

vergi beyannamesi ekinde aşağıda belirtilen ve destek veren (Ar-Ge merkezleri ile rekabet öncesi işbirliği projeleri için başvuru yapılan) kamu kurum veya kuruluşu ya da kanunla kurulan vakıflar tarafından onaylanmış belgeleri bağlı buldukları vergi dairesine verirler.

a) Kanun kapsamında ilk defa Ar-Ge indiriminden yararlanacak olan Ar-Ge merkezlerince "Ar-Ge merkezi belgesi"; proje esaslı Ar-Ge indiriminden yararlanacak olanlar tarafından ise teknik kuruluşlarca düzenlenmiş olan "Ar-Ge ve Yenilik Projesi Değerlendirme Raporu" veya "Rekabet Öncesi İşbirliği Projesi Değerlendirme Raporu" (Daha önce Ar-Ge merkezi belgesini veya proje değerlendirme raporunu vergi dairesine vermiş olup aynı kapsamda Ar-Ge indirimine devam eden işletmelerden, izleyen vergilendirme dönemlerinde bu belgelerin yeniden ibrazı istenmez.),

b) Ar-Ge ve yenilik projesi veya projeleri ile rekabet öncesi işbirliği projesi veya projelerinin, teknogirişim sermayesinden yararlanan işletmeler için desteği veren kamu idaresince onaylanmış bulunan iş planının, Ar-Ge merkezleri ile teknoloji merkezi işletmelerinde yürütülen Ar-Ge ve yenilik projelerinin hangi aşamada bulunduğu, bu projelerin veya iş planının sonuçları ile uygulanma durumuna ilişkin belgeler,

c) Ar-Ge indirimine konu olan harcamaların ana gruplar itibarıyla yıllık tutarları ve ayrıntılı dökümünü gösteren liste,

ç) Ar-Ge merkezleri, teknoloji merkezi işletmeleri, Ar-Ge ve yenilik projeleri ile rekabet öncesi işbirliği projeleri ve teknogirişim sermaye desteğinden yararlanan işletmelerde çalışanların projeler itibarıyla sayıları ve nitelikleri (Ar-Ge personeli-destek personeli), bu personelin projelerde görev aldığı süreler, ücretleri, kesilen ve istisna edilen vergi tutarlarını gösteren liste,

d) Dışarıdan alınan danışmanlık, ekspertiz ve

benzeri hizmetlere ilişkin olarak, hizmet sağlayan kişi/kurum adı, vergi kimlik numarası, alınan hizmetin mahiyeti, fatura tarihi ve numarası, tutarı ve KDV tutarına ilişkin liste.

1.4. Yeminli Mali Müşavir Raporu:

Yönetmelik Taslağına göre, Ar-Ge merkezlerinde ve rekabet öncesi işbirliği projelerinde Ar-Ge indiriminin uygulanabilmesi için önceki bölümde belirtilen belgeleri de içeren yeminli müşavir tasdik raporunun ilgili mevzuatta belirtilen süre içerisinde bağlı bulunulan vergi dairesine verilmesi gerekmekte olup, Ar-Ge merkezleri ve rekabet öncesi işbirliği projeleri için yukarıda sayılan belgelerin beyanname ile birlikte ayrıca verilmesi istenilmez.

Ar-Ge indirimine ilişkin önceki bölümde belirtilen belgelere tam tasdik raporu ekinde yer verilmiş olması durumunda, Ar-Ge indirimine ilişkin olarak ayrıca tasdik raporu düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır.

Görüldüğü gibi Yönetmelik Taslağında öngörülen düzenlemeler 1 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği ile paraleldir.

2. GELİR VERGİSİ STOPAJI TEŞVİKİ:

2.1. Kapsam:

Kanun'un 3/2'nci maddesi ile Ar-Ge ve destek personelinin ücretlerine gelir vergisi istisnası getirilmiştir. Bu teşvik "gelir vergisi stopajı teşviki" başlığı altında düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemeye göre, kamu personeli hariç olmak üzere teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen ya da TÜBİTAK tarafından yürütülen Ar-Ge ve yenilik projelerinde, teknogirişim sermaye desteklerinden yararlanan işletmelerde ve rekabet öncesi işbirliği projelerinde çalışan Ar-Ge ve destek personelinin, bu çalışmalarını karşılığında elde ettikleri ücretlerinin, doktoralı olanlar için % 90'ı, diğerleri için ise % 80'i gelir vergisinden müstesnadır.

2.2. Uygulama:

İstisna ücretin belli bir kısmına getirilmiş olduğu için istisna düşülmek suretiyle matrah hesapla-

nacak ve buna gelir vergisi tarifesi uygulanarak stopaj tutarı hesaplanacaktır.

Yönetmelik Taslağında, istisnanın, Ar-Ge ve yenilik faaliyeti kapsamında çalışmaya ilişkin ücret matrahına uygulanacağı ve sadece vergiye tabi ücret üzerinden kesilen tutarın muhtasar beyannameye yansıtılacağı açıklandıktan sonra, muhtasar beyanname ekinde, istisnadan yararlandırılan ücretlilere ilişkin olarak içeriği Maliye Bakanlığı'nca belirlenecek olan bildirim işverenlerce doldurulacağı ve bağlı bulunulan vergi dairesine verileceği öngörülmektedir.

Gelir vergisi istisnasından yararlanacak olan destek personelinin tam zaman eşdeğeri sayısı, toplam tam zamanlı Ar-Ge personeli sayısının %10'unu aşamaz. (Md.4/2)

2.3. Teşvikten Kim Yararlanacaktır? İşverenler mi, Personel mi?

Teşvikten kimin yararlanacağı tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, madem ki Ar-Ge faaliyetleri teşvik edilmektedir, o halde teşvikten bu harcamaları yapan işverenler yararlanmalıdır. Maddede "gelir vergisi stopaj teşviki" başlığıyla düzenlemenin yapılmış olmasının nedeni budur.

Tasarımın Meclis'e sevk edilen şekilde hesaplanan gelir vergisinin muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden indirilmek suretiyle "terkin" edileceği öngörülmekte idi. Komisyonunda tasarımın bu bölümü, vergi tekniği ve uygulaması gerekçe gösterilerek "istisna" şekline dönüştürülmüştür. Terkin uygulaması benimsenmiş olsa idi, hesaplanan vergi, personelin ücretinden kesilecek ve muhtasar beyannameye dahil edildikten sonra, terkinde konu olacak tutar beyannamenin ilgili satırında gelir vergisi kesintisi toplamından indirilmek suretiyle işlem yapılacaktır. Böylece kalan tutar ödemeye konu edilecekti. İstisna uygulamasında ise vergi hiç hesaplanmayacak ve beyan edilmeyecektir.

Bizim görüşümüze göre, 5746 sayılı Kanun'la getirilen destekler işverenleri teşvik etmeye yönelik olduğu için, gelir vergisi istisnasının yaratacağı avantajdan da işverenlerin yararlandırılması gerekir. Nitekim 5084 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenmiş bulunan ve terkin şeklinde uygulanan gelir vergisi stopajı teşvikinden işverenler yararlanmaktadır. 5746 sayılı Kanun'da teşvikin "ter-

Teknoloji geliştirme bölgelerinde çalıştırılan Ar-Ge personeli için, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun Geçici 2. maddesi uyarınca istisna uygulanmaya devam edilecektir.

kin" şeklinde değil "istisna" şeklinde düzenlenmiş olması, teşvikten işverenlerin yararlandırılmasına engel teşkil etmemelidir. Ancak teşvikin "istisna" olarak tedvin edilmiş olması aksi görüş sahiplerini destekler mahiyettedir. Düzenlemeden sonra işe alınan kişilerin brüt ücreti buna göre belirleneceği için sorun yoktur. Ancak eski çalışanlarda avantajın tamamen çalışanlara yansıtılması, işyerindeki diğer çalışanlar üzerinde de olumsuz etki yaratabilir. Bu konunun çalışanlarla işverenler tarafından anlaşarak çözüme kavuşturulacağına inanıyoruz.

Teknoloji geliştirme bölgelerinde çalıştırılan Ar-Ge personeli için, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun geçici 2. maddesi uyarınca istisna uygulanmaya devam edilecektir. Bilindiği gibi söz konusu madde uyarınca, teknoloji geliştirme bölgelerinde (teknoparklarda) çalışan araştırmacı, yazılımcı ve Ar-Ge personelinin bu görevleri ile ilgili ücretler 31.12.2013 tarihine kadar her türlü vergiden müstesnadır. Yönetici şirket, ücreti gelir vergisi istisnasından yararlanan kişilerin bölgede fiilen çalışıp çalışmadığını denetlemeye devam edecektir. Bölgede fiilen çalışmayanlara istisna uygulandığının tespit edilmesi halinde, ziya uğratılan vergi ve kesilen cezalardan yönetici şirket de ayrıca sorumludur.

5746 sayılı Kanun'la getirilen gelir vergisi stopajı teşvikinden yararlananlar, 5084 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenmiş bulunan ve bazı düşük gelişmişlik düzeyindeki illerde belli koşullarla uygulanan stopaj teşvikinden ayrıca yararlanamayacaktır (5746 sayılı Kanun Md.4/5).

3. SİGORTA PRİM DESTEĞİ:

Kanunun 3/3. maddesi ile sigorta prim desteği getirilmiştir. Buna göre, kamu personeli hariç olmak üzere teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile ka-

nunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen ya da TÜBİTAK tarafından yürütülen Ar-Ge ve yenilik projeleri ile rekabet öncesi işbirliği projelerinde ve teknogirişim sermaye desteklerinden yararlanan işletmelerde çalışan Ar-Ge ve destek personeli ile 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun geçici 2. maddesi uyarınca ücreti gelir vergisinden istisna edilen personelin, bu çalışmaları karşılığında elde ettikleri ücretleri üzerinden hesaplanan sigorta primi İŞVEREN HİSSESİNİN YARISI, her bir çalışan için beş yıl süreyle Maliye Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanacaktır. Bu uygulamanın nasıl yapılacağı yönetmelikte düzenlenecektir.

Yönetmelik Taslağına göre, sigorta primi işveren hissesi desteğinden yararlanılabilmesi için işverenler tarafından, teknoloji merkezi işletmelerinin teknoloji merkezi kurullarından, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen ya da TÜBİTAK tarafından yürütülen Ar-Ge ve yenilik projeleri, Ar-Ge merkezleri ile rekabet öncesi işbirliği projelerinden yararlanan işletmelerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan, teknogirişim sermaye desteği alan işletmelerin ise, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinden alacakları resmi belge ile işyerinin bağlı bulunduğu Sosyal Güvenlik İl / Devredilen SSK Sigorta İl / Devredilen SSK Sigorta Müdürlüğü'ne yazılı olarak müracaat edilmesi şarttır.

Kanunda aranılan şartların taşındığına ve bu yönetmeliğin ilgili maddeleri gereğince destekten yararlanmaya başlanıldığına ilişkin ilgili kurumlardan alınan belgenin işyerinin bağlı bulunduğu Sosyal Güvenlik İl / Devredilen SSK Sigorta İl / Devredilen SSK Sigorta Müdürlüğü'ne verildiği tarihten itibaren destekten yararlanılacağı öngörülmektedir.

İşverenlerin, işveren hissesi sigorta prim desteğinden yararlanabilmeleri için kapsama giren sigortalılara ait aylık prim ve hizmet belgesini yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik İl / Devredilen SSK Sigorta İl / Devredilen SSK Sigorta Müdürlüğü'ne vermeleri zorunludur. Söz konusu belgenin yasal süresi dışında verilmesi halinde, bu Kanun'da belirtilen sigorta primi işveren hissesi teşvikinden yararlanılamaz ve bu belgelerdeki sigorta primlerinin sigortalı ve işveren hisselerinin tümü işverenlerden tahsil edilir.

Destekten yararlanılabilmesi için işverenlerin kendi paylarına düşen kısmın (işveren payının kalan yarısının) ödenip ödenmemesinin önemi yoktur.

Aynen gelir vergisi stopajı teşvikinde olduğu gibi, işveren hissesi sigorta primi desteğinden yararlanacak olan destek personelinin tam zaman eşdeğeri sayısı, toplam tam zamanlı Ar-Ge personeli sayısının % 10'unu aşamayacaktır.

İşsizlik sigortası primleri, sigorta primi desteğinin kapsamı dışındadır.

Teknoparklarda ücreti gelir vergisinden istisna edilerek fiilen çalıştırılan personelin gelir vergisi istisnasının uygulandığı sürece ve sadece bu ücretleri üzerinden hesaplanan sigorta primi işveren hissesinin yarısına ilişkin destek uygulaması için Yönetmelikte yer alan şartlar aranmayacaktır. Ancak, destekten yararlanmak için 4691 sayılı Kanun ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında sigortalının bölgede fiilen çalışıp çalışmadığını denetlemekle yükümlü yönetici şirketten alınan belge ile işyerinin bağlı bulunduğu Sosyal Güvenlik İl / Devredilen SSK Sigorta İl / Devredilen SSK Sigorta Müdürlüğü'ne başvurulması zorunludur.

4. DAMGA VERGİSİ İSTİSNASI:

5746 sayılı Kanun kapsamındaki her türlü Ar-Ge ve yenilik faaliyetleri ile ilgili olarak düzenlenecek kâğıtlardan damga vergisi alınmayacaktır (Md.3/4).

5. AR-GE MERKEZİ BELGESİ İÇİN BAŞVURU VE DEĞERLENDİRME:

Kanunda Ar-Ge merkezi tanımlanmış olup, "Ar-Ge merkezi belgesi"nden söz edilmediği gibi, hiçbir mercie, bu açıdan bir değerlendirme yapma ve belge düzenleme yetkisi verilmemiştir. Kanun'un 4/6. maddesinde, Kanun'un uygulanmasına ve denetimine ilişkin usul ve esasların, TÜBİTAK'ın görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin, Yönetmelik Taslağında yapıldığı gibi, Kanun'da aranmayan şartlar ve prosedür öngörülmesine dayanak teşkil edemeyeceği görüşündeyiz. Örneğin kanunda teknoparkların "Ar-Ge merkezi" sayılmayacağına dair bir hüküm yoktur. Buna rağmen Taslakta, "Ar-Ge merkezlerinin 4691 sayılı Ka-

nun'la kurulan teknoloji geliştirme bölgeleri dışında yer alması" şartının aranması yasaya aykırıdır. Umarız Taslak bu açıdan düzeltilir. Aksi takdirde iptal edilmesi söz konusu olabilecektir.

6. TEŞVİKLERDEN HANGİ TARİHTEN İTİBAREN YARARLANILACAKTIR?

Kanun 31.12.2023 tarihine kadar uygulanmak üzere 1.4.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Teşvikler de bu tarihten itibaren uygulamaya girmiş demektir. Yönetmeliğin bu tarihte yayımlanmamış olması, teşviklerden yararlanmayı bize göre engellemez/geciktirmez.

Ancak mükellefler uygulamada Yönetmelik yayımlanmadan teşviklerden yararlanmamayı tercih etmişlerdir. Bunda Maliye Bakanlığı'nın aksi görüşte olabileceği düşüncesi rol oynamıştır. Bakanlığın ise herhangi bir açıklaması olmamıştır.

Yönetmelik çıkarıldığında, geriye yönelik olarak, düzeltme beyannameleri yoluyla teşviklerden yararlanılmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz. İdarelerin düzenlemeyi istemeyerek de olsa geciktirmeleri nedeniyle teşviklerin devreye girmesinin gecikmesi hukuk düzeninde kabul edilemeyecek bir durumdur. Çok olumlu bir teşvik düzenlemesinde bu gecikme şık olmamıştır.

DİPNOTLAR

- 1 Teknoloji merkezleri (teknoloji merkezi işletmeleri), 3624 sayılı Kanun kapsamında üniversite ve araştırma merkezlerinin imkanlarından yararlanarak yeni ve ileri teknolojiye dayalı bilgilerin derlendiği, değerlendirildiği, geliştirildiği ve uygulamaya yönelik üretime hazır hale getirilerek işletmelerin kullanımına sunulmak için kurulan veya kurdurulan Ar-Ge ve yenilik projesi sahibi işletmelerin, KOSGEB teknoloji geliştirme ve yenilik destekleri kapsamında desteklediği teknoloji geliştirme merkezlerini (TEKMER) ifade eder.
- 2 Ar-Ge merkezi, dar mükellef kurumların Türkiye'deki işyerleri dahil, kanuni veya iş merkezi Türkiye'de bulunan sermaye şirketlerinin; organizasyon yapısı içinde ayrı bir birim şeklinde örgütlenmiş, münhasıran yurtiçinde araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunan ve en az elli tam zaman eşdeğer Ar-Ge personeli istihdam eden, yeterli Ar-Ge birikimi ve yeteneği olan birimleri ifade eder.
- 3 Ar-Ge projesi, amacı, kapsamı, genel ve teknik tanımı, süresi, bütçesi, özel şartları, diğer kurum, kuruluş, gerçek ve tüzel kişilerce sağlanacak aynı ve/veya nakdi destek tutarları, sonuçta doğacak fikri mülkiyet haklarının paylaşım esasları tespit edilmiş ve Ar-Ge faaliyetlerinin her safhasını belirleyecek mahiyette ve bilimsel esaslar çerçevesinde hazırlanan projeyi ifade eder.
- 4 Yenilik kavramı, sosyal ve ekonomik ihtiyaçlara cevap verebilen,

mevcut pazarlara başarıyla sunulabilecek ya da yeni pazarlar yaratabilecek; yeni bir ürün, hizmet, uygulama, yöntem veya iş modeli fikri ile oluşturulan süreçleri ve süreçlerin neticelerini ifade eder.

- 5 Rekabet öncesi işbirliği projeleri, birden fazla kuruluşun; ölçek ekonomisinden yararlanmak suretiyle yeni süreç, sistem ve uygulamalar tasarlayarak verimliliği artırmak ve mevcut duruma göre daha yüksek katma değer sağlamak üzere, rekabet öncesinde ortak parça veya sistem geliştirmek ya da platform kurabilmek amacıyla yürütecekleri, Ar-Ge faaliyetlerine yönelik olarak yapılan ve fizibiliteye dayanan işbirliği anlaşması kapsamında, bilimsel ve teknolojik niteliği olan projeleri ifade eder.
- 6 Teknogirişim sermayesi, örgün öğrenim veren üniversitelerin herhangi bir lisans programından bir yıl içinde mezun olabilecek durumdaki öğrenci, yüksek lisans veya doktora öğrencisi ya da lisans, yüksek lisans veya doktora derecelerinden birini ön başvuru tarihinden en çok beş yıl önce almış kişilerin, teknoloji ve yenilik odaklı iş fikirlerini, desteği veren merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri tarafından desteklenmesi uygun bulunan bir iş planı çerçevesinde, katma değer ve nitelikli istihdam yaratma potansiyeli yüksek teşebbüslere dönüştürebilmelerini teşvik etmek için yapılan sermaye desteğini ifade etmektedir.
- 7 1 seri nolu Kurumlar Vergisi Tebliği'nde, Ar-Ge harcamalarının gayrimaddi hakka yönelik olması durumunda aktifleştirilmek zorunda olduğu, gayrimaddi hakka yönelik olmayan ve Vergi Usul Kanunu hükümleri çerçevesinde aktifleştirilmesi gerekmeyen harcamaların ise doğrudan gider yazılabileceği belirtilmiştir.
- 8 Ar-Ge projesinin sonuçlanmasını beklemeden, yapılan Ar-Ge harcamalarının yapıldığı dönemlerde amortismanına konu edilebileceği yolunda görüşler bulunmakta ise de, Maliye Bakanlığı tarafından bu doğrultuda bir görüş belirtilmediği sürece söz konusu uygulamayı riskli buluyoruz.
- 9 Ar-Ge personeli, Ar-Ge faaliyetlerinde doğrudan görevli araştırmacı ve teknisyenleri ifade eder. Araştırmacı, Ar-Ge faaliyetleri ile yenilik tanımı kapsamındaki projelerde, yeni bilgi, ürün, süreç, yöntem ve sistemlerin tasarım veya oluşturulması ve ilgili projelerin yönetilmesi süreçlerinde yer alan en az lisans mezunu uzmanlarını; teknisyen ise mühendislik, fen ve sağlık bilimleri alanlarında yüksek öğrenim görmüş ya da meslek lisesi veya meslek yüksek okullarının teknik fen ve sağlık bölümlerinden mezun, teknik bilgi ve deneyim sahibi kişileri ifade eder.
- 10 Destek personeli, Ar-Ge faaliyetlerine katılan veya bu faaliyetlerle doğrudan ilişkili yönetici, teknik eleman, laborant, sekreter, işçi ve benzeri personelini ifade eder.

Luc CIETERS

Brüksel İş Mahkemesi Yargıcı

Çeviren: Arş. Gör. Emre ERTAN*

Belçika İş Hukukunda İşletmelerin Devri¹

Belçika hukukunda işletmelerin devrinde işçilerin haklarının yeni işverenlerine karşı korunması sorunu, ilgili Avrupa Birliği yönergelerinin yürürlüğe konulmasına ilişkin 32bis sayılı Toplu İş Sözleşmesi ile düzenlenmiştir².

1. Avrupa Birliği Yönergeleri

İşletmelerin ve işyerlerinin veyahut işletmelerin veya işyerlerinin bir bölümünün devri durumunda işçilerin haklarının korunmasıyla ilgili olarak üye devletlerin iç hukuklarının uyumlaştırılmasına ilişkin Avrupa Konseyinin 12 Mart 2001 tarih ve 2001/23/EG sayılı Yönergesi, 14 Şubat 1977 tarih ve 1977/187/EG sayılı Yönergeyle bu Yönergeyi değiştiren 29 Haziran 1998 tarih ve 1998/50/EG sayılı Yönergenin kodifiye edilmiş halinden ibarettir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 14 Şubat 1977 tarih ve 1977/187/EG sayılı ilk Yönergeyle ilgili olarak verdiği kararlar, 12 Mart 2001 tarih ve 2001/23/EG sayılı yeni Yönergenin yürürlüğe girdiği dönem açısından da önemini korumaktadır. 1977/187/EG sayılı ilk Yönergede 1998/50/EG sayılı Yönergeyle yapılan değişikliklerle, ilk Yönergede yer alan esasların ATAD'ın içtihadı ışığında

tekrar gözden geçirilmesi amaçlanmıştır.

14 Şubat 1977 tarih ve 1977/187/EG sayılı Yönergenin (şimdiki 12 Mart 2001 tarih ve 2001/23/EG sayılı Yönerge) uygulanabilmesi için işletmenin faaliyetini devirden sonra da sürdürmesi koşulu aranmaktadır³. İlgili işletmenin devirden sonra kimliğini koruması gereklidir⁴. Ayrıca Divan; ekonomik birimin her iki işletme arasında devri koşulunun uygulama koşulları⁵, devir için işçilerin rızasının aranıyor oluşu hususunun Yönerge açısından gerekli olup olmadığı⁶ ve devralanın devirden sonra aynı zamanda malik sıfatını kazanması olgusunun önemi konularında kararlar vermiştir⁷. Daha sonra ATAD, bir özel hukuk tüzel kişiliğinden bir kamu hukuku tüzel kişiliğine veyahut bir kamu hukuku tüzel kişiliğinden bir özel hukuk tüzel kişiliğine yapılan devirlerle ilgili olarak çok sayıda davayı hükme bağlamıştır⁸.

Yönergede yer alan kuralların emredici niteliğe sahip olup olmadıkları hususu da çok açık değildir. İşçiler, 1977/187/EG sayılı Yönergenin (şimdiki 2001/23/EG sayılı Yönerge) emredici düzenlemelerinin kendilerine tanıdığı haklardan feragat edemezler. Bununla birlikte, Yönerge, yürürlükte

Devreden işverenin ve işçinin, iş sözleşmesinin devirle birlikte devralana geçmeyeceğini kararlaştırmaları da mümkündür.

olan ulusal hukukun işletmenin devri dışında da böyle bir değişikliğe olanak sağladığı ölçüde, yeni işverenle anlaşarak iş ilişkisinde değişiklik yapılmasına engel oluşturmamaktadır⁹. Yönerge, işçiyi iş ilişkisini devralan işverenle devam ettirmeyi yükümlü kılacak şekilde de yorumlanamaz. Devreden işverenin ve işçinin, iş sözleşmesinin devirle birlikte devralana geçmeyeceğini kararlaştırmaları da mümkündür¹⁰.

2. 7 Haziran 1985 Tarih ve 32bis Sayılı Toplu İş Sözleşmesi

Bu toplu iş sözleşmesiyle iki konu düzenlenmektedir. Söz konusu TİS, öncelikle işletmenin veya işletmenin bir bölümünün sözleşmeyle devri sonucunda işverenin değiştiği bütün durumları kapsar bir biçimde işçilerin haklarını güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bununla beraber, 32bis sayılı TİS, sosyal yardımların tamamlayıcı rejimlerinin sağladığı yaşlılık, ölüm ve malullük yardımlarından kaynaklanan hakların geçişini düzenlemektedir. Bunun dışında TİS, iflas sonrasında malvarlığının devri durumunda iş ilişkileri devredilen işçilerle ilgili bir takım hakları düzenlemektedir. Bu ikinci bölümün, Avrupa Birliği Yönergelerinin doğrudan uygulanmasıyla bağlantısı bulunmamaktadır. Halen yürürlükte olan 12 Mart 2001 tarih ve 2001/23/EG sayılı Yönerge, üye devletlerce aksi kararlaştırılmamışsa, bu Yönergenin 3. ve 4. maddelerinin (hakların ve borçların devralana geçmesi) devreden iflas sürecinde bulunduğu işletme, işyeri veya işyerinin bir bölümünün devri hallerine uygulanmayacağını çok açık bir biçimde belirtmektedir. Üye devletlerin bu maddelerin her durumda uygulanacağına ilişkin düzenleme yapmaları halinde ise, aciz prosedürleri çerçevesinde gerçekleşen devirler açısından Yönergenin genel düzenlemelerine bazı istisnalar getirilmesine ise olanak tanınmaktadır (2001/23/EG md.5).

32bis sayılı TİS'e göre devir, örgütlenmiş araçların tamamı olarak anlaşılan ve devir sonrasında

da kimliğini muhafaza eden bir ekonomik birimin, ekonomik bir faaliyetin sürdürülmesi amacıyla devrini ifade eder. Devir, işverenin değişmesi sonucunu da beraberinde getirdiği ölçüde göz önünde bulundurulur. İşletmenin hukuki statüsünün değişmesi; şirket birleşme, katılma ve devirleri de sözleşme uyarınca gerçekleşen devirler olarak kabul edilir. İşletme olarak, duruma göre; hukuki yapı veyahut işletme kurullarıyla ilgili mevzuat anlamında teknik işyeri birimi esas alınacaktır. İşletmenin bir bölümünün tespitinde ise, 1966 tarihli yasa da yer alan bölüm kavramı dikkate alınacaktır.

Devralanın devre konu olan işletmede çalışan işçileri de devralma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusu ise oldukça tartışmalıdır. Bir yoruma göre, 32bis sayılı TİS'in 7. maddesi, devralanın devreden bütün işçilerini kaçınılmaz olarak devralacağı anlamını taşımamaktadır. Buna göre, bütün işçilerin devralınması, ancak devre esas oluşturan hukuki işlemde bu konuda hiçbir istisna getirilmeden bütün işçilerin devralınacağına kararlaştırılması halinde söz konusu olabilir. İkinci bir yoruma göre ise, iş sözleşmelerinden kaynaklanan hakların ve borçların devralana intikali, devre konu olan işletmede çalışan işçilerin otomatik olarak devralanın yanında işe girmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla devralan, devir anında iş sözleşmesiyle devreden yanında çalışmakta olan bütün işçileri işe almakla yükümlüdür. Bu arada ATAD, işletmenin devredildiği tarihte devredilen işletmede çalışmakta olan işçiler arasında var olan iş sözleşmelerinin ve iş ilişkilerinin kendiliğinden devredenden devralana geçtiğine hükmetmiş; devreden ve devralanın bunun aksini kararlaştırmalarının veyahut devralanın yükümlülüklerini yerine getirmeyi reddetmesinin bu durum üzerinde bir etkisi bulunmadığını bildirmiştir¹¹.

ATAD, işletmenin devredildiği tarihte devredenle devredilen işletmede çalışmakta olan işçiler arasında var olan iş sözleşmelerinin ve iş ilişkilerinin kendiliğinden devredenden devralana geçtiğine hükmetmiştir.

“Devrin gerçekleştiği zaman” kavramı da çok açık değildir. Bilhassa iflastan sonra işletmenin devri durumunda, ATAD’ın bu konudaki görüşünden açık bir biçimde sapılmaktadır. Divan, var olan iş sözleşmelerinin geçiş anının, devre konu olan işyerini çalıştıran işveren sıfatının devredenden devralana geçtiği tarihle aynı olduğu yönünde karar vermiştir¹². Buna karşılık 32bis sayılı TİS, 11. maddesinde, iflastan sonra malvarlığının devri kapsamında iş sözleşmeleri devredilecek işçiler olarak; iflas anında iş sözleşmesiyle çalışmakta olan işçilerle fesih tazminatına hak kazanmış olmaları ve bu tazminatın hala ödenmemiş olması şartıyla iflas anından önceki bir aylık dönem içinde iş sözleşmeleri feshedilmiş olan işçileri saymaktadır. Bu hüküm, malvarlığının devredildiği andaki veya bu devirden sonraki altı aylık ek bir süre içerisindeki işçi devirlerine uygulanır.

32bis sayılı TİS’in 9. maddesi, işveren değişikliğinin devralan veya devreden bakımından işçinin iş sözleşmesinin feshi için tek başına bir neden oluşturamayacağını belirtmektedir. Çarpıcı olan diğer bir nokta ise devreden sorumlu olduğudur (32bis sayılı TİS md. 8). Devreden ve devralan, sosyal yardımların tamamlayıcı rejimlerinden kaynaklanan borçlar istisna olmak üzere, devir anında var olan iş sözleşmelerinden doğmuş ve devir tarihinde muaccel borçlardan dolayı işçiye karşı dayanışmalı (müteselsil) olarak sorumludurlar.

DİPNOTLAR

- * Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
- 1 Belçika Hukukunda işletme (onderneming/entreprise) deyimi, işyeri kavramını da içerecek biçimde çok geniş bir anlamda kullanılmaktadır. Bu nedenle başlıkta ve metinde geçen işletmelerin devri deyimi, işyerlerinin devrini de kapsar bir biçimde anlaşılmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1987, 238-241. (Çevirenin notu)
 - 2 Belçika iş hukukunda işletme/işyeri devirleri konusunda geniş bilgi için bkz. Van Eeckhoutte, Social Compendium van het Arbeidsrecht, 2007-2008, 4329 vd.
 - 3 ATAD, 18 Mart 1986, Sijkers/Benedik.
 - 4 ATAD, 19 Mayıs 1992, Doktor Sophie Redmond Stichting/H. Bartol ve diğerleri.
 - 5 ATAD, 10 Aralık 1988, Fransisco Hernández ve diğerleri.
 - 6 ATAD, 10 Aralık 1988, Francisca Sanchez Hidalgo/Aser, Zimann/Ziemann Gmhb.
 - 7 ATAD, 20 Kasım 2003, Ablar ve diğerleri.
 - 8 Örnek olarak: ATAD, 10 Ekim 1996, Henke.

- 9 ATAD, 10 Şubat 1988, Tellerup/Daddy’s Dance Hall.
- 10 ATAD, 11 Temmuz 1985, Mikkelsen/Inventar.
- 11 ATAD, 14 Kasım 1996, Rotsaert de Hertaing/J. Benoidt NV in vereffening en Housing Service NV.
- 12 ATAD, 26 Mayıs 2005, Celtec.

Şeyda AKTEKİN

MESS Müşavir Avukatı

İşçinin Kendisine Ait Postayı İşyeri Kaynaklarını Kullanarak Göndermesi Sözleşmenin Feshinde Haklı Sebep Teşkil Eder Mi ?

Hessen Eyalet İş Mahkemesi

Karar Tarihi : 14.05.2007

Karar Sayısı : 16 Sa 1885/06

Özü:

Bir işçi, işverenin izni olmadan kendisine ait olan postayı, işletmeye ait postaların gönderilmesi süreci içerisinde dahil ederse, bu durum işverenin derhal fesih kararı için haklı neden oluşturabilir. Görevin kötüye kullanılması suretiyle meydana gelen maddi hasarın son derece sınırlı olması durumunda da (dava konusu olayda beş Euro'nun altında) aynı ilke geçerliliğini korumaktadır.

Olay:

Davacı, davalı sigorta acentesinin yanında

müşteri temsilcisi olarak Ekim 2002 tarihinden beri çalışmıştır. Davacının görev tanımlaması arasında özellikle müşteriler ile ilgili iletişimin sağlanması yer almaktadır. Bu görevini yerine getirirken ilgili yazışmaları kendisi kaleme almakta olup bunları postalamak üzere ilgili birime bizzat elden teslim etmektedir.

2.1.2006 tarihinde, gönderilere posta pulu yapıştırmaktan sorumlu olan çalışanın dikkatini bazı zarfların üzerinin el yazısı ile yazılmış olduğu çekmiş ve bu yazının davacıya ait olduğunu anlamıştır. 16.1.2006 tarihinde ise yeniden üç adet el yazısı ile yazılmış zarf şirket gönderileri arasında yer almıştır. Olayın personel şefine intikal etmesi üzerine, davacı personel şefine bu mektupların kendi özel postası olduğunu ve bunun anormal bir eylem olmadığını belirtmiştir.

Davalı bu olaylar üzerine 18.1.2006 tarihinde

davacı ile aralarında akdedilmiş olan iş sözleşmesini derhal feshetmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasındaki iş ilişkisi haklı bir nedene dayanarak sona erdirilmiş durumdadır. Dava konusu olayda davalının, iş ilişkisini ihbar sürelerini dikkate almadan sona erdirilebilmesi için haklı bir nedeni bulunmaktadır. Bundan ötürü Mevzuat Kanununun 626. maddesinin 1. fıkrası uyarınca derhal fesih kararı yerindedir.

Davacı, posta masrafından tasarruf etmek amacıyla kendisine ait olan özel posta gönderilerini işletmenin posta gönderileri arasına karıştırmak suretiyle sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmiştir. Çalışanlar, işverenlerinin onayı olmadan, maddi anlamda sınırlı bir zarar meydana gelecek olsa dahi, işletmeye ait kaynakların kendi amaçları doğrultusunda kullanılmasında yetkili değildirler. Davacı, maddi anlamda sınırlı oranda işletmenin zarara uğramasına neden olmuşsa da (Beş Euro'nun altında), genel olarak vermiş olduğu zarar büyüktür. Çünkü davacı vermiş olduğu maddi zarardan bağımsız olarak, işverenin kendisine karşı olan güven duygusunun zedelenmesine neden olmuştur.

Davacının görevini kötüye kullandığı açıktır, çünkü özel postanın ne dolaylı bir biçimde, ne de doğrudan gönderilmesi konusunda işletmede bir uygulama bulunmamaktadır. Davacının, kendisine ait olan özel postasını gönderim masraflarının işletme tarafından karşılanması gerektiğini bilmesi gerekirdi. Davacının, bunun anormal bir eylem olmadığı şeklindeki açıklamalarından, hukuka aykırı bir faaliyet içerisinde bulunmadığı sonucunu da çıkartabilmek mümkün değildir, davacı daha çok bu yönde bir ifade kullanmak ile bu yönde bir görüntü sergilemeye çalışmıştır.

Davalının, dava konusu olayda davacının iş sözleşmesini feshetmeden önce bir ihtarda bulunması gerekmemektedir. Davacının, davalının görevini kötüye kullanmış olmasını kabul etmek zorunda olmadığını bilmesi gerekirdi. Her çalışan işletmenin ihtiyaçları için hazır edilmiş olan kaynakların bireysel gereksinimleri gidermek için kullanamayacağını bilmektedir. Örneğin, zarf gibi önemsiz sarf malzemelerinin de bir defalık kullanımı halinde de ayrı bir durum söz konusudur. Ancak bu olayı dava konusu olayla ve bu olayın gelişim biçimi ile karşılaştırabilmek mümkün değildir.

1. Karara konu olan olay

Davacı, müşteri temsilcisi olarak çalıştığı işyerinde kendi özel mektuplarını işyerinin kaynaklarını kullanmak suretiyle postaya vermiştir. Davalı işveren bunun üzerine davacı ile aralarında akdedilmiş olan iş sözleşmesini derhal feshetmiştir. Hessen Eyalet İş Mahkemesi, davalı işverenin feshini; davalının posta masrafından tasarruf etmek amacıyla kendisine ait olan özel posta gönderilerini işletmenin posta gönderileri arasına karıştırmak suretiyle sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle haklı sebeple yapılmış fesih olarak nitelemiştir. Mahkeme, işletmenin maddi anlamda zarara uğramasına çok küçük bir oranda neden olmuşsa da, davacının genel olarak verdiği zararın büyük olduğuna, zira davacının vermiş olduğu maddi

zarardan bağımsız olarak, işverenin kendisine karşı olan güven duygusunun zedelenmesine sebebiyet verdiği hükmetmiştir.

2. Kararın incelenmesi

İncelememizde karara konu olan olayla ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde haklı sebep-geçerli sebep ayrımı üzerinde durulacak ve daha sonra söz konusu Kanunun işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 25. maddesinin, "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlıklı II. bendinin "işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması" hususunu düzenleyen (e) fıkrası kapsamında haklı sebep olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu tartışılacaktır.

3. Geçerli sebep ve haklı neden kavramları

3.1. Geçerli sebep

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlıklı 18. maddesi uyarınca; otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İşçinin yeterliliği veya davranışları işçinin kişiliği ile ilgili olan sebepleri oluştururken; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler ise işyeri ile ilgili olmaktadır. Söz konusu sebeplere ilişkin açıklama ve örneklere İş Kanunu'nun gerekçesinde yer verilmiştir. Buna göre madde gerekçesinde işçinin davranışlarından doğan sebeplere örnek olarak;

- işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tehdidini yaratmak;
- işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek;
- Arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak;
- işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek;
- işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek;
- işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak;
- sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak;
- amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek,
- sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller gösterilmiştir.

Madde gerekçelerinde sayılan bu hususlar, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler bakımından sınırlayıcı nitelikte olmayıp, uygulamaya ışık tutmak bakımından yalnızca örnek olarak sayılmıştır. Gerçekten de zaman içinde işçinin davranışından kaynaklanan geçerli sebepler Yargıtay kararları ışığında tespit edilmiştir. Yüksek Mahkeme, belli bir kişi gözetilmeksizin yapılan hakareti ve tehdit edici davranışı, işverenin bazı işçileri iş-

ten çıkarması üzerine işçinin bu işçilerle birlikte yemekhanede toplanmasını, evli işçinin işyerinden evli bir kadınla birlikte kaçmasını ve alkollü araç kullanması nedeniyle sürücü belgesine el konulduğu halde bunu işverenden gizleyip onun aracını kullanmasını ve işçinin işyerindeki kavgaya karışmasını işçinin davranışlarından doğan geçerli fesih nedenleri kapsamında nitelendirmektedir¹.

Öte yandan konu mukayeseli hukuk bakımından incelendiğinde, Almanya'da; iş arkadaşlarını psikolojik, duygusal ve davranışsal bir şekilde rahatsız etmek (mobbing), istirahat raporunu zamanında işverene ulaştırmamak, hastalık sürecini uzatacak davranışta bulunmak, iş arkadaşları ve amirleri hakkında uygunsuz davranışta bulunmak veya sözler sarf etmek, özel amaçla e-mail göndermek ve internet kullanmak, işyerine ait araç ve gereçleri özel amaçla kullanmak (fotokopi, faks, scanner vs.), kişisel bilgi ve kayıtları zamanında işverene ulaştırmamak, işyerinde sigara içme yasağına uymamak, izinsiz olarak amirlerinin veya iş arkadaşlarının özel belgelerini incelemek veya bilgisayarlarını kullanmak, çalışan ile ilgili olarak işyerinin iş ilişkisi içinde olduğu kişi ve kurumlardan sık sık şikâyetlerin gelmesi, iş güvenliği ve işçi sağlığı kurallarına uymamak gibi hususlar da geçerli sebepler arasında sayılmaktadır². Sayılan bu nedenlerin, Yargıtay tarafından da benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır³.

Madde gerekçesinde, geçerli sebeplerle fesih işlemine yol açabilecek önemli işyeri gereklerinin bulunması halinin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, işçi ile bağlantısı olmaksızın da ortaya çıkabileceği ifade edilmiş ve bu çerçevede işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplere ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Ayrıca, işçinin yetersizliğine ilişkin geçerli sebepler de örneklenmiştir. Ancak incelememiz bakımından özellikle işçinin davranışına yönelik geçerli sebepler önem taşıdığından diğer iki konudaki örneklere burada yer verilmemiştir.

3.2. Haklı neden

4857 sayılı Kanun'un "İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlıklı 25. maddesi ise haklı nedenle fesih sebeplerini düzenlemektedir. Haklı neden terimi, ne İş Kanunu'nda, ne de Borçlar Ka-

nunu'nda tanımlanmış değildir. Ancak İş Kanunu'nda haklı fesih nedenleri sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler ve işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması başlıkları altında dört bentte toplanmış ve ayrıntılı olarak sayılmıştır. Ayrıntılı olarak sayılan bu haller I, III ve IV. bentler açısından sınırlayıcı nitelikteyken maddenin "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlıklı II. bendi bakımından böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Nitekim söz konusu hükmün başlığında bulunan "benzerleri" ifadesinden de maddede sayılan hallerin sınırlayıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki, haklı neden sayılabilecek davranış ve olayları önceden ve tam olarak saptamak mümkün değildir. Ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık hallerine girecek eylemler dürüstlük kuralları çerçevesinde her olayın kendi özellikleri bakımından değerlendirme yapmayı gerektirmektedir⁴. Bu nedenle, maddede tanımlanan hallerin en sık karşılaşılan olaylar biçiminde kabulü yerinde olacaktır⁵.

Haklı neden-geçerli sebep ayırımı bakımından 25. madde hükmü incelendiğinde; I. bentte sayılan sağlık sebeplerinin çerçevesinin kesin bir şekilde çizildiği görülmektedir. III. ve IV. bentlerde yer alan düzenlemeler de son derece açıktır. Bu bağlamda her üç bent bakımından haklı neden-geçerli sebep ayırımı ve tartışması söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle incelememizde bu üç bentte yer alan düzenlemelere yer verilmemiş, konu ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri bakımından incelenmiştir.

Bu çerçevede, 4857 sayılı İş Kanunu ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerini şu şekilde düzenlemektedir.

1) İşçinin İşvereni Yanılması

İş sözleşmesi yapıldığı sırada işçinin bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması hali, haklı fesih sebebini oluşturmaktadır (İş Kanunu m. 25/II-a).

2) Şeref ve Namusa Dokunacak Davranışlar

İşçinin, işveren yahut aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi

veya davranışlarda bulunması veya işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarında bulunması hali haklı fesih sebebini oluşturur. (İş Kanunu m. 25/II-b)

3) İşçinin Cinsel Tacizde Bulunması

İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması hali haklı fesih sebebini oluşturur. (İş Kanunu m. 25/II-c)

4) İşçinin İşveren veya Ailesine Sataşması ve Sarhoşluğu

İşveren işçinin iş sözleşmesini;
- kendisine, yahut ailesi üyelerinden birine yahut başka işçisine sataşması
- işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da
- işyerinde alkollü içki içmesi veya uyuşturucu madde kullanması
halinde haklı nedenle feshedebilir. (İş Kanunu m. 25/II-d), (İş Kanunu m. 84)

5) İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışları

İşçi doğruluk ve bağlılık kurallarına uymayan davranışlardan uzak durmakla yükümlüdür. Bu bakımdan işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması durumunda işveren, işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecektir. (İş Kanunu m.25/II-e)

Doğruluk ve bağlılığa uymayan haller, sadece İş Kanunu m.25/II-e maddesinde belirtilenlerle sınırlı değildir. Söz konusu maddede yer alan "gibi" sözcüğünden de anlaşılacağı üzere sayılanlar, örnek olarak gösterilmişlerdir. Bu nedenle her davranışın kendi özelliğine göre değerlendirilmesi gerekir.

- İşçinin ücret artışlarının yapılmadığını ileri sürerek işbaşı yapmaması,
- İşçinin başkasına ait kart basmak suretiyle işyerinde çalıştığı sonucunu doğuracak davranışta bulunması,
- İşçinin işverenin izin ve haberi olmadan bir başka işyerinde çalışması veya kendi nam ve hesabına iş yapması,
- İşçinin gerçeğe uygun olmayan belge ve faturalarla hak ettiği kadar fazla vergi iadesi alması nedeniyle kazanç sağlaması,

- İşçinin işverenle aynı konuda çalışan rakip şirkete katkıda bulunması,
- İşçinin usulsüz işlemler yapması ve zimmetine para geçirmesi,
- İşçinin rüşvet alması,
- İşçinin hastalanacağını önceden işverene bildirmesi,
- Müşterinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması, gibi haller, doğruluk ve bağlılığa uymayan hallerle örnek gösterilebilir.

6) İşçinin İşyerinde İşlediği Suçtan Hüküm Giymiş Olması

İşveren işçinin işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi durumunda haklı sebeple fesih yetkisine sahip bulunmaktadır. (İş Kanunu m. 25/II-f)

7) Devamsızlık

İşçi işyerindeki çalışma düzenine uymak zorundadır. Ayrıca işin aksamaması için devamsızlık yapmaması gerekir. İşçinin devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin feshi için devamsızlığın süresi ve niteliği göz önünde bulundurulacaktır. Buna göre işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın;

- a) ardı ardına iki işgünü veya
- b) bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü yahut
- c) bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi işverene haklı sebeple fesih yetkisi verir. (İş Kanunu m. 25/II-g).

8) İşçinin Hatırlatıldığı Halde Görevini Yapmamakta Israr Etmesi

İşçi işverenin verdiği talimatlar doğrultusunda iş görme borcunu yerine getirir. İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevlerini hatırlatıldığı halde yapmaması çalışma düzenini bozar ve işverene derhal fesih yetkisi verir. (İş Kanunu m. 25/II-h)

İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevler, iş sözleşmesiyle yüklendiği iş ve doğrudan bununla ilgili yükümlülüklerden ibaret değildir. Bunların yanında, doğrudan işiyle ilgili olmamakla beraber mevzuatın, toplu iş sözleşmelerinin, örf ve adetin işçiye yüklemiş bulunduğu görevler de bu kapsamda bulunmaktadır. Bu bakımdan sadece iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri

değil, iş hayatına ilişkin gelenekler ve özellikle objektif iyi niyet kurallarının da göz önünde bulundurulması gerekir.

9) İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmek

İşçinin, kendi isteği veya savsaması sonucu işin güvenliğini tehlikeye düşürmemesi, işi özenle görmesi gerekir. İşveren, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. (İş Kanunu m. 25/II-ı)

Bu nedene dayanarak fesih hakkının doğması, söz konusu durumların işçinin kastı veya ihmali sonucu olarak meydana gelmiş bulunmasına bağlıdır. Ayrıca iş güvenliği yönünden bir zarar doğması da zorunlu değildir. Tehlike doğması yeterlidir.

10) İşverenin Malına Zarar Vermek

İşveren; işverenin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. (İş Kanunu m. 25/II-ı)

Bu nedenle fesih için işverene ait mallar açısından bir zararın doğmuş bulunması ve bu zararın işçinin otuz günlük ücreti tutarıyla ödenemeyecek derecede bulunması zorunludur⁶.

4. Haklı neden ve geçerli sebep ayrımı

İşçinin 25. maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Geçerli neden kavramı bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu kavram, 25. madde ile düzenlenen haklı neden ağırlığında olmayıp, iş sözleşmesinin feshini meşru, yani geçerli kılan nedenleri içermektedir⁷. Gerçekten de işverenin iş sözleşmesinin bildirimli feshini geçerli kılan işçinin yetersizliği ve davranışları, haklı nedenle derhal fesheden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir⁸.

Özellikle Kanunun 25. maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak;

İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir.

Sözleşmenin feshine olanak tanıyan nedenin belirlenmesi; feshin sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Feshin geçerli sebeple yapıldığına karar verildiğinde işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacak ve işsizlik sigortasından yararlanabilecektir, ancak feshin İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendi uyarınca yapıldığına hükmedildiği takdirde bu hakların hiçbirine sahip olamayacaktır.

İş Kanunu'nun 18. maddesi bakımından geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.

Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

Ancak, İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere; işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamayacaktır.

25. maddenin II. bendinde sayılan haklı sebeplerle fesih nedenleri geneli itibarıyla sözleşmeden doğan borca, sadakat yükümüne aykırı, güven ilişki-

sini zedeleyen ve genelde kusura dayanan olgulardır. Bu noktada özellikle işçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih nedeni ile paralellik ortaya çıkmaktadır. Zira, davranıştan kaynaklanan geçerli fesih nedenleri çoğu kez borca aykırılık niteliğinde, genelde kusura dayanan ve işyeri düzenini bozan nedenlerdir⁹.

Alman hukukunda haklı nedenle fesih hakkı yasada sadece bir tanım olarak düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 626. maddesi uyarınca; fesih "somut olayın tüm koşulları ve her iki tarafın çıkarlarının değerlendirilmesi sonucu fesheden taraf bakımından bildirim süresinin sonuna kadar iş sözleşmesinin sürdürülmesini beklenemez kılan olguların varlığı halinde" haklı fesih olarak nitelendirilebilecektir. İş sözleşmesinin ciddi ihlali olarak görülen davranışlara örnek olarak ise işçinin suç sayılan bir davranışta bulunması, işçinin ihtar edilmesine rağmen iş sözleşmesinin gereklerini yerine getirmekten kaçınması ve işvereni iş için gerekli nitelikleri ve yetenekleri konusunda yanıltması hususları sayılmıştır¹⁰. Mahkeme kararları ile ortaya çıkan örnekler bakıldığında; işçinin iş görme edimini kusurlu olarak yerine getirmekten kaçınması kural olarak davranıştan kaynaklanan geçerli fesih nedenidir. Kaçınmanın ısrarlı bir biçimde ortaya konması, yani bilinçli ve sürekli olması ise haklı fesih nedeni oluşturmaktadır. Bu noktada işverenin talimat yetkisi çerçevesinde verilen talimata bir kere aykırılık değil, yoğun bir şekilde iradenin ortaya konması aranmaktadır. Önceki uyarı bu konuda yeterlidir. Uyarıya rağmen işin ifasından kaçınma veya talimatlara aykırılık haklı fesih nedeni oluşturur. Görüldüğü gibi, bu hukuk sisteminde haklı fesih nedenleri Türk iş hukukunda olduğu gibi ayrıntılı olarak sayılmamıştır. Madde hükmü hakime yollama yapan, düzenleyici bir kloz niteliğindedir. Dolayısıyla haklı-geçerli fesih nedenleri bakımından yapılacak bir değerlendirme hakimnin yetkisindedir. Ayrım mahkeme kararları ile gerçekleştirilmektedir¹¹.

Alman Medeni Kanunu'nun yukarıda değinilen hükmünden anlaşılacağı üzere Alman hukukunda kimi hallerde hem haklı hem de geçerli neden oluşturabilen durumlar bakımından ayırt edici kriter; "beklenemezlik" kriteridir. Fesih nedeninin değerlendirilmesinde; öncelikle ileri sürülen nedenin bir haklı fesih nedeni oluşturmaya elverişli olup ol-

madığı incelenir, ardından kapsamlı bir çıkar değerlendirilmesi yapılır. Somut olayın koşulları çerçevesinde ve taraf çıkarlarını dikkate alarak yapılacak bir değerlendirmede, ortaya çıkan olgu artık işverenenden bildirim süresince iş sözleşmesinin devamının beklenemez kılıyorsa, haklı fesih nedeninin varlığı kabul edilmelidir.

Beklenemezlik kriteri, Türk hukuku bakımından da ayırt edici nitelik taşımaktadır. Bu noktada dikkate alınması gereken husus, iş ilişkisinin çekilmez hale gelip gelmediğinin, iş sözleşmesinin sürdürülmesini katlanılmaz kılan, güven ilişkisinin çöktüğü veya sarsıldığı¹² durumlarda işverenin hukuki ilişkiyi derhal sona erdirmeye gereğinin var olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Dolayısıyla beklenemezlik olgusunun değerlendirmesinde somut olayın koşullarına göre hareket edilmelidir¹³. Ancak somut olayın koşulları değerlendirilirken işçinin kişisel özelliklerinin göz önüne alınıp alınmayacağı hususu önem taşımaktadır. Bu noktada iş ilişkisinin diğer sözleşme tiplerinden farklı olarak işyeri, işletme, iş ortamı unsurları ile işçi - işveren arasında güven ve barış ortamını gerektirdiği dikkate alınmalı ve bu unsurların değerlendirmede oldukça dikkatli kullanılmasına önem verilmelidir. Taraflar arasındaki ilişkinin devamını beklenilemez, çekilmez kılan, güven ilişkisini çökerten, ilişkinin devamını adeta tahammül edilmez hale getiren ağırlıkta bir davranışın varlığı durumunda, işçinin önceki tutum ve davranışları son derece takdire değer olsa da, fesih için haklı neden niteliğinde kabul edilmelidir. Nitekim, Alman Federal İş Mahkemesi hırsızlığı haklı fesih nedeni sayarak bu durumda işçinin kişisel nitelikleri, kıdemi ve hatta zararın miktarının önem taşımadığını kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre; işçinin işyerinden izinsiz olarak üç tane kivi alması, üç tane mektup zarfını evine götürmesi haklı fesih nedeni oluşturur.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, mevzuatımızda haklı nedenler ayrıntılı ve kazuistik bir şekilde sıralanmaktadır. 25. maddede yer alan düzenlemeler, her ne kadar ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlar bakımından sınırlayıcı bir nitelikte olmasa da, hakimin takdir yetkisine çok da fazla imkân tanımayan düzenlemelerdir.

Kaldı ki Yargıtay'ın, haklı fesih nedenlerini oldukça dar yorumlama eğiliminde olduğu gözlem-

lenmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında; işyerinde kasiyer olarak çalışan ve taksit ödemek için gelen bir müşterinin taksitini alabilecek durumdayken ödemeyi almayarak müşteriyi iki kat yukarıda başka bir kasaya gönderen, müşterinin taksiti davacının da alabileceğini öğrenmesi üzerine şikâyet amacı ile ismini sorması üzerine müşteri ile tartışmaya giren ve müşteriye karşı "işimi sen mi öğreneceğim, gel yerime otur da işimi sen yap o zaman" cümlesini sarf eden, şef tarafından ikaz edilmesine rağmen tartışmayı sürdüren ve iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesinin (e) ve (h) bentleri uyarınca feshedilen davacının eylemini haklı nedenle fesih gerektirecek ağırlıkta bulmamıştır. Yüksek Mahkeme, fesih sonucunun davacının eyleminin niteliğine göre oransızlık teşkil ettiğine ve çok önce çekilen ihtarın son eylemle birlikte değerlendirilerek haklı fesih nedeni sayılmayacağına, davacının eyleminin geçerli neden teşkil ettiğine karar vermiştir¹⁴.

Bir başka olayda ise Yargıtay, işçinin işten çıkarılan taşeron işçilerini desteklemek amacıyla iş satının bitiminde işyerinden ayrılmayarak iş arkadaşlarını işverene karşı kıskırtması ve işyerinde huzursuzluk çıkarmasını, üretimin engellenmemesi nedeni ile haklı fesih nedeni oluşturmamakla birlikte, geçerli fesih nedeni oluşturduğuna hükmetmiştir¹⁵. Halbuki "işçinin arkadaşlarını işverene karşı kıskırtması" 18. maddenin gerekçesi içinde yer almaktayken, bu davranış doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışlar içerisinde de değerlendirilebilecektir.

Yine benzer bir olaya ilişkin olarak verilen kararda ise; işverenin bazı işçileri işten çıkarması üzerine, davacı işçinin de aralarında bulunduğu yaklaşık 40 işçinin işten çıkarılanları ve kendisinin de işten çıkarılıp çıkarılmadığını öğrenmek üzere işverenin açıklama yapması için mesai saatinin bitiminden saat 20.20'ye kadar yemekhane de toplanması nedeniyle yapılan feshin "geçerli nedene dayandığı"na hükmedilmiştir¹⁶.

5. Sonuç

Yukarıdaki örneklerden görüleceği üzere, Yargıtay haklı nedenleri dar yorumlamakta; ancak işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshini, haklı nedenin var olmadığından bahisle yok saymaktaysa da, feshin geçerli nedenle yapıldığına karar

vererek kıdem ve ihbar tazminatlarına hükmetmektedir. Ortaya çıkan bu durumun nedeni İş Kanunu'nun 18. maddesi yasaya dahil edilirken, 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 17. maddesinin birkaç küçük değişiklikle 25. madde olarak 4857 sayılı Kanun'da muhafaza edilmesinden kaynaklanmaktadır¹⁷. Bu açıdan işverenin haklı nedenle fesih yetkisinin daha çağdaş bir bakış açısıyla yeniden gözden geçirilmesi, geçerli sebep – haklı neden ayrımının daha net ortaya konacak düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Yargıtay, verdiği kararlarda, geçerli sebep-haklı neden ayrımında bir kaç kritere dayanmaktadır. Bunlardan bir tanesi beklenemezlik kriteridir, fesih nedenlerinin ağırlığı nedeniyle taraflar arasındaki ilişkinin devamını beklenemez, çekilmez kılan, güven ilişkisini çökerten, ilişkinin devamını adeta tahammül edilmez şekle büründüren ağırlıkta bir davranışın varlığı araştırılmakta ve bu kriter, her olayın somut özelliğine göre değerlendirilmektedir.

İncelemeye konu olan olayda Hessen Eyalet İş Mahkemesi, işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisinden yola çıkarak, davacının, işletmenin maddi anlamda zarara uğramasına çok küçük bir oranda neden olmuşsa da, genel olarak vermiş olduğu zararın büyük olduğuna, zira davacının vermiş olduğu maddi zarardan bağımsız olarak, işverenin kendisine karşı olan “güven duygusunun zedelenmesine” sebebiyet verdiği için feshin haklı sebeple yapıldığına hükmetmiştir. Ancak Yargıtay'ın verdiği kararlarda uyguladığı bir diğer kriter de, fesih ile gerçekleşen eylem arasında orantılılığın bulunmasıdır. Yargıtay yapılan davranışla “iş ilişkisinin devamının önemli ve makul ölçüler içinde beklenemez kılınması” ile “iş ilişkisinin sürdürülmesi olanağının tamamen ortadan kalkması”na açıklık getirmeye çalışmaktadır¹⁸. Bu çerçevede Yargıtay'ın Hessen Eyalet Mahkemesi'ne oranla güven konusuna daha yumuşak bir şekilde yaklaştığını ve haklı sebep kavramına daha dar yaklaşma eğiliminde olduğu söylenebilecektir. Ancak, iş ilişkisinin en önemli unsurunun “güven” konusu olduğu gerçeğinden hareketle, bu konuda haklı sebep kavramının incelemeye konu olan olaydaki gibi daha geniş yorumlanmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

DİPNOTLAR

- 1 TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Ocak 2008, s. 198.
- 2 Söz konusu Alman mahkeme kararları için bkz. MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi, D2.1. Mahkeme Kararları.
- 3 ÇANKAYA, Osman Güven – İLHAN, Cevdet İlhan – GÖKTAŞ, Seracettin; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s. 86-87.
- 4 ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Sicil, Sayı 1, Mart 2006.
- 5 TUNÇOMAĞ – CENTEL, s. 205.
- 6 MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi, D5 Haklı Nedenle Derhal Fesih, s. 001-011.
- 7 TUNÇOMAĞ– CENTEL, s. 197.
- 8 KILIÇOĞLU, Mustafa – ŞENOCAK, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Ocak 2008, s. 486.
- 9 ALPAGUT, a.g.e.
- 10 Termination of Employment Digest, ILO, Geneva 2000, s. 157.
- 11 ALPAGUT, a.g.e.
- 12 SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 458; İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, s. 577.
- 13 Aynı görüşte Alpagut.
- 14 Yarg. 9 HD., 20.3.2006 tarih, 2006/13951 E. ve 2006/32795 K.
- 15 Yarg. 9HD., 31.01.2005, 2004/31609, 2005/2521, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 396.
- 16 Yarg. 9HD., 02.05.2005, 12359/15192, Tekstil İşveren D., S. 312 Aralık 2005, 44-45.
- 17 DEMİR, Deniz: Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı, Çalışma ve Toplum, 2007/3, s. 163.
- 18 DEMİR, Deniz, a.g.e.