

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2019 Sayı/Issue: 41 ISSN 1306-6153

Hakemli Dergi/Peer Reviewed Journal

MESS adına Sahibi/Publisher On Behalf of Turkish Employers'

Association of Metal Industries (MESS): Özgür Burak AKKOL

MESS Yönetim Kurulu Başkanı/Chairman of MESS Management Board

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Responsible Manager:

Özgür BARUT, MESS Genel Sekreteri/Secretary General of MESS

Yayın Yönetmeni/Editorial Director:

Av. Erten CILGA, MESS Baş Hukuk Müşaviri/ Chief Legal Advisor of MESS

Yayın Kurulu/Editorial Board:

Av. Mesut ULUSOY, Av. Murat BATUR, Av. Şeyda AKTEKİN, Av. Nağme HOZAR,
Av. Uygur BOSTANCI, Av. Burak TÜRKMEN, Av. Selçuk ULUTAŞ, Av. Kadir GÜNAY,
Av. Emre BÜYÜKKARABOSTANOĞLU, Av. Oğuz Kağan BÜYÜKTOSUNOĞLU

Baskı/Published by:

Elma Basım Yayın ve İletişim Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. Tevfikbey Mah. Halkalı Cad.
No: 162/7 Sefaköy-Küçükçekmece/İSTANBUL

Yayın Türü/Type of Publication:

Yerel, Süreli, Hakemli Yayın/Peer reviewed, local, periodical publication

Yayın Tarihi/Date of Publication:

Altı ayda bir (Haziran-Aralık) olarak yılda iki kez yayımlanır/
Issued every six months (June-December)

Baskı Tarihi/Print Date:

Temmuz 2019/July 2019

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası/Turkish Employers' Association of Metal Industries

Ferko Signature, Büyükdere Cad. No: 175 Kat: 13-14 34394 Şişli-İstanbul

Telefon/Telephone: +90 212 371 63 00 (pbx)

Faks/Fax: +90 212 371 63 01

E-posta/E-mail: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

Bu dergi (TÜBİTAK Ulakbim) TR Dizin Hukuk veri tabanında yer almaktadır.

This journal is scanned in the TR Law Index of TUBITAK Ulakbim databases.

Bu dergide yayımlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlara aittir.

Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

Articles published in this in this journal represent the views of the authors.

Quotations may be used by reference.

DANIşMA KURULU

- Prof. Dr. Levent AKIN** - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY** - Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT** - MEF Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT** - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Kadir ARICI** - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Ufuk AYDIN** - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Zehra Gönöl BALKIR** - Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU** - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Tankut CENTEL** - Koç Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Fevzi DEMİR** - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Murat DEMİRCİOĞLU** - Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Toker DERELİ** - Işık Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ** - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Münir EKONOMİ** - İstanbul Teknik Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi
- Prof. Dr. Nüvit GEREK** - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Hakan KESER** - Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Metin KUTAL** - Gedik Üniversitesi İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU** - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Serkan ODAMAN** - Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Ali Rıza OKUR** - İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Polat SOYER** - Yakın Doęu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER** - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER** - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Sarper SÜZEK** - Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Fevzi şAHLANAN** - Okan Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Müjdat şAKAR** - Marmara Üniversitesi İktisat Fakóltesi
- Prof. Dr. Doğan şENYÜZ** - Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. A. Can TUNCAY** - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. M. Fatih UşAN** - Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ HAKKINDA

2006 yılında yayım hayatına başlayan ve hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları, üyelerimiz ile çalışma mevzuatının tüm uygulayıcılarına ışık tutarak tartışma platformu yaratan SİCİL İş Hukuku dergisinin, 2014 yılından itibaren altı ayda bir (yılda iki defa) ve hakemli olarak yayımlanmasına Sendikamız Yönetim Kurulu'nca karar verilmiştir.

Bu çerçevede, çalışma barışı ve ülkemizin rekabet edebilirliği bakımından son derece önemli olan iş mevzuatındaki düzenlemelerin ve ilgili uygulamaların doğru temellere oturtulması ile mevzuatta yapılması düşünülen değişikliklerin incelenmesi konusunda önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız ve ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören SİCİL İş Hukuku dergisindeki makaleler/karar incelemeleri, en az iki hakem tarafından değerlendirilecektir.

ABOUT SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Aiming to create a platform of debate for shedding light to various subjects on labour legislation and being a guide to academics, members of the court, lawyers, social partners, human resources and personal managers of our members and all the actors of industrial relations; SİCİL Labour Law Journal is being published since March 2006 with a content including scientific articles and assessments of important court verdicts.

As from 2014, SİCİL Labour Law Journal is being published regularly every six months (2 issues per year) as a peer reviewed journal by the decision of our Organization's Management Board. In this context, the articles and court verdict analysis in SİCİL Labour Law Journal, which we believe is an important source of reference in the field of current and draft labour legislation, shall be evaluated by at least two academics.

DEĞERLİ OKURLARIMIZ

Hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları, üyelerimiz ve çalışma mevzuatının tüm uygulayıcılarına ışık tutması ve tartışma platformu oluşturması amacıyla Mart 2006 tarihinde yayın hayatına başlayan ve üç ayda bir yayımlanan SİCİL İş Hukuku dergisi, 2014 yılındaki ilk sayısı olan 31. sayıdan itibaren hakemli dergi olarak yayımlanmaktadır.

SİCİL İş Hukuku dergimizin 41. sayısında 11 makale ve bir karar incelemesi bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 41. sayısında; Prof. Dr. Hakan Keser'in "Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarının İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Geçerli Sebep Sayılıp Sayılamayacağına İlişkin Bir Değerlendirme", Doç. Dr. Ercüment Özkaraca-Araş. Gör. Sema Deniz Özkan'ın "Sendikal Nedene Dayanan İşe İade Davalarında Kanun Yolu", Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi Şerafettin Özyürür-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hakimi Özgür Kocakaya'nın "5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesi Uyarınca İş Kazası ve Meslek Hastalığında Kaçınılmazlık İlkesi", Dr. Öğr. Üyesi Çağlar Çopuroğlu'nun "Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında, Borçlanılan Sürenin Hangi Döneme Mal Edileceği Sorunu", Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis Karaman'ın "Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve İşletme Devrinde İşçiyi Koruyan Hükümler ve İş Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Dr. Öğr. Üyesi Faruk Barış MUTLAY'ın "Kıdem Tazminatına Hak Kazanmak İçin Aranan 15 Yıl Sigortalılık Süresini Tamamlama 3600 Gün Prim Bildirme Şartlarının Dayanağı ve

Farklı Şartların Dikkate Alınma Zorunluluğu", Dr. Araş. Gör. Ayşe Ledün Akdeniz'in "Vekâlet Sözleşmesine Genel Bir Bakış ve İş Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Dr. Araş. Gör. Ayşe Köme Akpulat'ın "Bağımsız Çalışanların İşsizlik Sigortası: Esnaf Ahilik Sandığı Sigortası", Dr. Araş. Gör. Duygu Çelebi Demir'in "Özel İstihdam Bürolarının Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Kurma İzni", Dr. Araş. Gör. Esra Yiğit'in "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Paylaştırılması ve Asıl İşverenin Sorumluluğu", Araş. Gör. M. Gökhan Türe'nin "İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi" başlıklı makaleleri ile Doç. Dr. Ertuğrul Yuvalı-Öğr. Gör. Nihan Gizem Kantarcı'nın "Kamu Kurumlarındaki Fazla Çalışmaların Yazılı (Resmi) Kayıtlarla İspat Zorunluluğu Hakkında Yargıtay Karar Tahlili" başlıklı karar incelemesi yer almaktadır.

MESS olarak, ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören ve önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız SİCİL İş Hukuku dergisinin 41. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar, yazarlarımıza, makaleleri ve karar incelemesini büyük bir titizlikle inceleyen hakemlerimize ve Danışma Kurulumuza teşekkür ederiz.

Dergimizin iş hukuku ve sosyal güvenlik camiasına yararlı olmasını diler; katkı ve eleştirilerinizi beklediğimiz hususunu bilgilerinize sunarız.

Saygılarımızla,

Yayın Yönetmeni/Editorial Director

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- 1 | SİCİL İş Hukuku dergisi altı ayda bir (yılda iki kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.
- 2 | Dergide yayımlanabilecek yazılar, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanını ilgilendiren içerikte yazılardır (Makale, karar incelemesi ve çeviri). Yazıların dili Türkçedir.
- 3 | Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- 4 | Dergiye gönderilen yazılar Türkçe ve İngilizce başlık ve hem Türkçe hem de İngilizce özet kısmı içermelidir.
- 5 | Dergiye gönderilen yazılarda ilgili yazıdaki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun anahtar sözcükler kullanılmalıdır.
- 6 | Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak gönderildiği kabul edilir.
- 7 | Yayımlanan yazıların her türlü sorumluluğu yazar(lar)ına aittir. Dergide yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz. Dergide yayımlanan yazıların yayın hakkı MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası'na aittir.
- 8 | Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu'nca yapılır ve şekil ile içerik bakımından uygun bulunan yazılar bilimsel inceleme için en az iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine veya yayımlanmamasına karar verilir. Tamamlanmamış veya düzeltilmiş yazı Yayın Kurulu'nca tekrar hakeme gönderilebilir. Hakemlerin ve yazarların isimleri gizli tutulur.
- 9 | Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kurulu'na aittir. Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.

İçindekiler

Makaleler

- 11** Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarının İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Geçerli Sebep Sayılıp Sayılamayacağına İlişkin Bir Değerlendirme
Prof. Dr. Hakan KESER
Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü
- 36** Sendikal Nedene Dayanan İşe İade Davalarında Kanun Yolu
Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA - Araştırma Görevlisi Sema Deniz ÖZKAN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 62** 5510 sayılı Kanun'un 21/1. Maddesi Uyarınca İş Kazası ve Meslek Hastalığında Kaçınılmazlık İlkesi
Şerafettin ÖZYÜRÜR* - Özgür KOCAKAYA**
*Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi
**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hakimi
- 88** Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında, Borçlanılan Sürenin Hangi Döneme Mal Edileceği Sorunu
Dr. Öğr. Üyesi Çağlar ÇOPUROĞLU
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
- 106** Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve İşletme Devrinde İşçiyi Koruyan Hükümler ve İş Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis KARAMAN
Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 130** Kıdem Tazminatına Hak Kazanmak İçin Aranan 15 Yıl Sigortalılık Süresini Tamamlama 3600 Gün Prim Bildirme Şartlarının Dayanağı ve Farklı Şartların Dikkate Alınma Zorunluluğu
Dr. Öğr. Üyesi Faruk Barış MUTLAY
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- 152** Vekâlet Sözleşmesine Genel Bir Bakış ve İş Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme
Dr. Araş. Gör. Ayşe Ledün AKDENİZ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- 166** Bağımsız Çalışanların İşsizlik Sigortası: Esnaf Ahilik Sandığı Sigortası
Dr. Araş. Gör. Ayşe KÖME AKPULAT
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

İçindekiler

183

Özel İstihdam Bürolarının Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Kurma İzni

Dr. Araş. Gör. Duygu ÇELEBİ DEMİR

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

206

Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Paylaştırılması ve Asıl İşverenin Sorumluluğu

Dr. Araş. Gör. Esra YİĞİT

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

221

İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi

Araştırma Görevlisi M. Gökhan TÜRE

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Karar İncelemesi

245

Kamu Kurumlarındaki Fazla Çalışmaların Yazılı (Resmi) Kayıtlı İspat Zorunluluğu Hakkında Yargıtay Karar Tahlili

Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI* - Öğr. Gör. Nihan Gizem KANTARCI**

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

**Kapadokya Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Adalet Programı

Contents

Articles

11

An Assessment On Whether The Economic Crisis And The Minimum Wage Increases Can Be Considered As A Valid Reason For The Termination Of The Labor Contract By The Employer

Prof. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations Unit

36

Civil Remedy In Reinstatement Cases Based On Unionism

Associate Professor Ercüment ÖZKARACA - Research Assistant Sema Deniz ÖZKAN

Marmara University, Faculty of Law, Division of Labour and Social Security Law

62

Principle of Inevitability In The Occupational Work Accident And Occupational Disease Cases In Accordance With Article 21/1 of Law No. 5510

Şerafettin ÖZYÜRÜR* - Özgür KOCAKAYA**

*Member of the Civil Chamber No. 10 of the Court of Cassation

**Judge, General Board of Court of Cassation

88

The Problem of Which Period Should Be Attributed In Foreign Service Indebtedness

Assistant Professor Çağlar ÇOPUROĞLU

Çankaya University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

106

Provisions Protecting Workers in Merger Divisions, Type Change and Operation Transfer and Evaluation of Provisions of Labor Law

Assistant Professor Mehmet Halis KARAMAN

Marmara University, Faculty of Economy, Labour and Social Security Law

130

Legal Basis of the Conditions of the Notification of 3600 Days Premium, Completion of 15 Years of Retirement Pension Coverage Regarding To Be Entitled To Severance Pay And The Obligation of Taking Into Consideration of Other Conditions

Assistant Professor Faruk Barış MUTLAY

Akdeniz University, Faculty of Law

152

An Overview of The Mandate Contract And A Comparative Study On The Mandate And Employment Contracts

Dr. Ayşe Ledün AKDENİZ

İstanbul University, Faculty of Law

166

Unemployment Insurance For Self-Employed: "Insurance of Esnaf Ahilik Sandığı"

Dr. Ayşe Köme AKPULAT

İstanbul University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

Contents

- 183** Permission of Private Employment Agencies To Establish Temporary Agency Work
Dr. Duygu ÇELEBİ DEMİR
Pamukkale University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economy and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law
- 206** Sharing of Occupational Health and Safety Obligations in Subcontracting Relationship and The Responsibility of Main Employer
Dr. Esra YİĞİT
Turkish-German University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 221** Employee's Fraud In The Conclusion Phase Of Employment Contract
Research Assistant M. Gökhan TÜRE
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

Court Verdict Analysis

- 245** Analysis of The Supreme Court Verdict on The Obligation of Documentary (Official) Evidence About Overtime Work In The Public Institutions
Associate Professor Ertuğrul YUVALI* - Lecturer Nihan Gizem KANTARCI**
*Erciyes University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
**Cappodocia Vocational College, Social Service and Law Programs, Paralegal Studies

—



Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarının İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Geçerli Sebep Sayılıp Sayılamayacağına İlişkin Bir Değerlendirme

Öz

Ulusal ve uluslararası düzeyde sıkça karşılaşılan ekonomik krizler ve bunlara bağlı piyasa hareketleri çalışma hayatını çok yakından etkilemektedir. Kriz dönemlerinde ve bu dönemleri takip eden zamanlarda en çok karşılaşılan durumlardan biri de çok sayıda işçinin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Çalışmamızda ekonomik kriz ve bu dönemlerdeki asgari ücret artışlarının 4857 sayılı İş Kanunu bakımından işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği konusu incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Ekonomik kriz, asgari ücret artışı, fesih, geçerli sebep, iş güvencesi.

An Assessment on Whether The Economic Crisis and The Minimum Wage Increases Can Be Considered As a Valid Reason For The Termination of The Labor Contract By The Employer

Abstract

The economic crises, which are frequently encountered at national and international level, and the related market movements, affect the working life very closely. The most common situation encountered during and after the periods of crisis is the termination of employment

contracts of a large number of workers. In our study, the question of whether the economic crisis and the minimum wage increases in these periods can be considered as a valid reason for the termination of the labor contracts in terms of the Labor Law No. 4857 is has been reviewed.

Keywords:

Economic crisis, minimum wage increase, termination, valid reason, job security.

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü
hakan.keser@yahoo.com.tr

Giriş

Günümüzde ulusal veya uluslararası düzeyde neredeyse her 7 – 8 senede bir karşılaştığımız ekonomik krizler çalışma hayatını da çok yakından etkilemektedir. Nitekim söz konusu dönemlerde meydana gelen piyasa koşullarındaki ani değişiklikler, birçok firmanın ticari hayattan silinmesine, birçok firmanın da ekonomik açıdan ciddi zararlar görmesine sebebiyet vermektedir.

Söz konusu bu kriz dönemlerinde ve bu dönemleri takip eden zamanlarda en çok karşılaşılan durumlardan biri de işyerlerinden çok sayıda işçinin çıkarılmasıdır. İşçilerin işten çıkarılması sebebi olarak da ekonomik kriz ve bu kriz döneminde yaşanan asgari ücret artışları gibi ekonomik gelişmeler gösterilmektedir.

Çalışmamızda, iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından, işverenlerce yapılan fesihlerde ekonomik kriz ve asgari ücret artışı gibi bu kriz dönemlerinde yaşanan gelişmelerin, geçerli sebep olarak kabul edilip edilemeyecekleri hususu doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında ele alınarak incelenecektir.

I. Kriz, Ekonomik Kriz Kavramları ve Asgari Ücret Artışı

A- Kriz ve Ekonomik Kriz Kavramları

Birden ortaya çıkan şiddetli değişiklik durumu olarak tanımlanabilecek olan kriz, bir sistem kapsamında düşünüldüğünde, işleyen bir sistemin bozulması olarak ifade edilebilecektir. Bu anlamda düşünüldüğünde ekonomik kriz, ekonomik dengenin, sistemin bozulması anlamına gelmektedir.

Ekonomik kriz, herhangi bir mal, hizmet, üretim faktörü ya da döviz piyasasındaki fiyat/miktarlarda kabul edilebilir bir değişme sınırının ötesinde gerçekleşen şiddetli dalgalanmalar olarak tanımlanabileceği gibi, ekonomide aniden ve beklenmedik bir şekilde ortaya çıkan olayların

makro açıdan ülke ekonomisini, mikro açıdan ise firmaları ciddi anlamda zora sokacak sonuçlar ortaya çıkarması şeklinde de tanımlanabilecektir¹.

Ülkeler açısından bakıldığında, krizler genel olarak reel sektör krizleri ve finansal krizler olarak karşımıza çıkabilmektedirler. Reel sektör krizleri, mal, hizmet ve emek piyasalarında üretimde ve/veya istihdamda daralma/durgunluk şeklinde; finansal krizler ise, ekonominin üretici kesiminde tahrip edici etkiler doğurabilen ve piyasaların etkin işleyişini bozan finansal piyasa/para piyasaları çöküşleri şeklinde gerçekleşebilmektedir².

Zaman zaman ekonomik kriz ile eş anlamlı olarak kullanılan resesyon(durgunluk), ekonomik faaliyetin yavaşlaması anlamına gelmektedir. Bu anlamda resesyon ekonomik faaliyetin zayıf şiddette ve kısa süreli olarak büzülüp kasılması demektir. Eğer ekonomik faaliyetteki azalma şiddetli ve uzun nitelikte ise bir kriz söz konusudur. Resesyon, ekonominin iki çeyrek yıl üst üste küçülmesi” olarak da tanımlanmaktadır³.

Geçmiş dönemlere bakıldığında ulusal veya küresel düzeyde ortalama 7-8 yılda bir ekonomik krizlerle karşılaşıldığı görülmektedir. Ekonomik krizleri oluşturan sebepler ise, ülkelerin borçlanma miktarları, bu borçların vadeleri, döviz kurlarının istikrarı, gayri safi milli hasıla rakamları, enflasyon, işsizlik oranlar, siyasi istikrar, cari açık, kısa vadeli yabancı fonlar ve ticaret dengesi gibi birçok değişkenden kaynaklanmaktadır. Krizin kaynağı ve içeriğinin neler olduğundan çok, ekonomi üzerine bıraktığı etkilerin derinliği önem arz etmektedir.

Bir işletme açısından düşünüldüğünde ise, kriz, “bunalım”, “reform gerektiren istikrarsız bir

1 IŞIK, N., ALAGÖZ, M. ve YILDIRIM, M. (2006), “1990 Sonrası Türkiye’de Yaşanan Krizler:1994, 2000 ve 2001 Krizleri”, Şubat 2006, s. 239; YÜCEL, Fatih/KALYONCU, Hüseyin; Finansal Krizlerin Öncü Göstergeleri ve Ülke Ekonomilerini Etkileme Kanalları: Türkiye Örneği, Maliye Dergisi, Sayı 159, Temmuz-Aralık 2010, s.54-69 .

2 IŞIK/ALAGÖZ/YILDIRIM, s.239 vd.; YÜCEL/KALYONCU, s.56.

3 DURA, Cihan; Ekonomik Kriz Nedir, Özellikleri Nelerdir, Nasıl Gelişir?, <http://www.cihandura.com/tr/makale/EKONOMIK-KRIZ-NEDIR-OZELLIKLERI-NELERDIR-NASIL-GELISIR-498>, Erişim Tarihi 01.03.2019

durum", "işletmenin rutin sistemini bozan acil bir durum"⁴, "işletmenin beklenmedik bir zamanda karşılaştığı istenmeyen ve çözümü acil olan bir durum"⁵ ya da "dengelerin bozulduğu bir dönem" olarak tanımlanabilecektir⁶.

Kriz kavramını birçok gelişme için kullanmak mümkün olsa da, İş Hukuku açısından krizi en iyi anlatan, mali ve ekonomik krizde ifadesini bulan anlamıdır. "Mali" kavramı, birikim ya da sermaye diye adlandırılan servetin toplamını içerir, yani tüm servet türlerini içine alır. Bu servet türlerinden olan kıymetli kâğıtlar, hisse senetleri ve döviz, ülkelerin borsalarında işlem görmektedir. Genel bir kriz senaryosunda mali kriz, döviz, kıymetli kâğıtlar ve hisse senetlerinin işlem gördükleri borsalarda değer yitirmeleri ile başlamakta, bunu takiben yabancı sermayenin ülkeden kaçışı ve kredi ödemelerinin yerine getirilmemesi sonucu borsalar çökmekte ve mali kriz giderek yaygınlaşmaktadır. Söz konusu bu durumun sanayiye yansması da, yatırım ve üretimi etkileyerek genel ekonomik bir krizin oluşması şeklinde olmaktadır⁷.

Günümüzde çok sık karşılaşır olduğumuz ekonomik krizler işletmeleri ve dolayısı ile bu işletmelerde çalışan işçileri ciddi anlamda etkilemekte, işletmelerde yapısal ve organizasyonel değişimleri gündeme getirmektedirler. Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik⁸ m.3/1-b,c,g fıkralarında, İş Hukuku açısından genel, bölgesel ve sektörel ekonomik kriz kavramlarını tanımlamıştır. Buna göre, "bölgesel kriz", ulusal veya uluslararası olaylardan dolayı belirli bir il veya bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi şekilde etkilenip sarsıldığı durumları; "genel ekonomik kriz", ulusal

veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları ; "sektörel kriz" ise, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerlerinin ciddi anlamda sarsıldığı durumları ifade etmektedir.

B- Asgari Ücretin Artışı

Asgari ücret, adından da anlaşılacağı üzere, işveren tarafından işçilere emeklerinin karşılığı olarak ödenmesi gereken ücretin en alt sınırını oluşturmaktadır. Türkiye'de asgari ücret konusu, bu ücret seviyesinden çalışmak zorunda kalan işçi sayısının fazlalığı nedeniyle büyük önem taşımaktadır. Diğer yandan, tespit edilen asgari ücret tutarı, işçiye asgari bir yaşam standardı sağlamaktan çok uzak kalmasına karşın, işveren açısından üretim maliyetini etkileyen en önemli kalemlerden biri olması sebebiyle ülkemizdeki istihdam oranını olumlu veya olumsuz etkileyebilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 39 uncu maddesi uyarınca, iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile asgari ücret en geç iki yılda bir belirlenmektedir. Söz konusu bu komisyon kararları kesin olup, Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmektedir.

Asgari Ücret Yönetmeliği⁹ uyarınca, asgari ücret: işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücret olup, asgari ücretin belirlenmesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ile benzeri sebeplere dayalı herhangi bir ayırım yapılamayacaktır. Komisyon, asgari ücreti bütün işkollarını kapsayacak şekilde belirleyecektir. Ücretin, bir günlük olarak be-

4 Tüz, Melek Vergiliel; Kriz Döneminde İşletme Yönetimi, Ekin Kitabevi, Bursa 1996, s.3

5 BALTA Peltekoğlu, Filiz; Halkla İlişkiler Nedir, İstanbul.2001, s.313

6 Bkz. TUĞCU, TANKUT Şule; Kriz Yönetiminde Liderlik Kavramının Önemi, Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi Ocak 2004, S.3, S:2, s.16-22

7 Bkz.http://www.iktisatsozlugu.com/nedir-4589-mali-kriz-#.XHjVnXlzbIU, Erişim Tarihi 01.03.2019; Tüz, s. 4

8 RG. 30.04.2011 t. No: 27920

9 RG. 01.08.2004 t. No: 25540

lirlenmesi esas olup, aylık, haftalık, saat başına, parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen durumlarda gerekli ayarlamalar buna göre yapılacaktır.

Yönetmelikte; komisyonun¹⁰, ücretin belirlenmesinde; ülkenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durumu, ücretliler geçinme indekslerini, bu indeksler yoksa geçinme indekslerini, fiilen ödenmekte olan ücretlerin genel durumunu ve geçim şartlarını göz önünde bulunduracağı belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere asgari ücret bireyin yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan ve sözleşme tarafları dışında, dışarıdan piyasa müdahalesi ile ortaya çıkan bir ücrettir¹¹. Komisyon, ücretin belirlenmesinde konuyla ilgili bütün kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler ile işbirliği yapabilmekte ve işçi ve işveren kuruluşlarının bu konudaki öneri ve görüşlerini alabilmektedir.

İşçilere, Komisyonca belirlenen asgari ücretlerden düşük ücret ödenemeyecek olması, iş sözleşmelerine ve toplu iş sözleşmelerine bunun aksine hükümler konulamayacak olması ile işverenler tarafından, işçilere sağlanan sosyal yardımlar sebebiyle asgari ücretten herhangi bir indirim yapılamayacak olması, asgari ücretlerde yapılan artışların önemini ortaya koymaktadır. Diğer yandan, asgari ücret üzerinden yapılan, sigorta primi ve gelir vergisi kesintileri gibi kesintiler de işverenin katlanmak zorunda olduğu maliyetler arasında

olduğundan, asgari ücrette yapılan artışlar, bu kalemlerde de artışlara sebep olmaktadır.

II- Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarının İş İlişkilerine Etkisi

A- Genel Olarak

Bilindiği üzere, ekonomik krizlerin temel özellikleri, işletmelerin her şeyden önce varlıklarını tehdit etmeleri, işletmelerin önleme ve öngörme mekanizmalarını yetersiz bırakmaları, acil müdahale gerektirmeleri, ani değişiklikler getirmeleri, işveren ile işçilerde stres yaratmaları ve kontrol edilebilme güçlükleri olarak sıralanabilecektir¹².

Ekonomik krizlerin, ister genel isterse işletmesel veya sektörel olsunlar, çeşitli dönemleri vardır. Bunlardan ilki, "kuluçka dönemi"dir. Bu dönem krize yol açacak olayların fark edilmeden biriktiği dönemdir. "Belirleme dönemi" ise, krizin, karar vericilerin dikkatini çektiği ve algılanır hale geldiği andır. Zamanında sinyallerin yakalanması durumunda, kriz planları devreye sokulabilecek ve krizin seyri takip edilmeye başlanabilecektir. "Hücum döneminde", kriz işletmelerce anlaşılır hale gelmiş ve önlenemez durumdadır. Bunu takiben, "Kurtarma dönemi", krizin en önemli özelliklerinin ortaya çıkarılarak denetim altına alınmaya çalışıldığı ve "yeniden yapılanma" dönemi ise, kurumun tekrar istikrarlı hale getirilmeye çalışılacağı dönem olacaktır¹³.

Görüldüğü üzere, iş hukuku açısından en önem taşıyan dönemler "kurtarma" ve "yeniden yapılanma" dönemleri olacaktır. Zira, bu dönemlerde işverenin işletmenin varlığını sürdürebilmesi için bir çok önlem alması, yeniden yapılanmaya ve özellikle personel azaltılmasına gitmesi gibi ciddi değişiklikler yapması ve bunların da çalışanları etkilemesi söz konusu olabilecektir.

Gerçekten de kriz dönemlerini takiben durgun-

10 Komisyon; Bakanlığın tespit edeceği üyelerden birinin başkanlığında; Bakanlık Çalışma Genel Müdürü veya yardımcısı, Bakanlık İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürü veya yardımcısı, Devlet İstatistik Enstitüsü Ekonomik İstatistikler Dairesi Başkanı veya yardımcısı, (İşgücü, Hizmetler, Fiyat İstatistikleri ve İndeksler Dairesi Başkanlığı), Hazine Müsteşarlığı temsilcisi, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığından konu ile ilgili dairenin başkanı veya yetki vereceği bir görevli, Bünyesinde en çok işçiyi bulunduran en üst işçi kuruluşunun değişik işkolları için seçeceği beş temsilci, Bünyesinde en çok işvereni bulunduran işveren kuruluşunun değişik işkolları için seçeceği beş temsilciden oluşmaktadır.

11 ÇEVİK, Deniz; Asgari Ücret Uygulaması Nedir? Türkiye'de Nasıl Belirlenir?, <http://www.alomaliye.com/2018/01/08/asgari-ucret-uygulamasi/>; Erişim Tarihi 01.03.2019; YILMAZ ESER, Burçin / TERZİ, Harun ; Türkiye'de Asgari Ücret: Sorunlar Öneriler, İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 22, Ocak 2008 Sayı: 1, s.127 vd.

12 ÖZDEMİR, Aylin; Kriz Yönetimi ve Halkla İlişkiler, Ege Yayıncılık, İzmir 1994, s.17-18

13 ÖZDEMİR, s.18-19

luk dönemleri, üretilen malların fiyatlarının aşırı düştüğü, sanayi üretiminin azaldığı dönemlerdir. Durgunluk devresinin atlatıldığı ve üretimim yavaş yavaş yükseldiği canlanma dönemine kadar işletmenin ayakta kalabilmesi için işverence bazı önlemlerin alınması zorunlu hale gelebilmektedir. Nitekim, yukarıda da ifade edildiği üzere, krizlerin, işletmelerin varlıklarını tehdit eden sürpriz gelişmeler olmaları ve işletmenin gerekli cevabı veremediği durumlarda, bunun maliyetinin yüksek olacağı gerçeği, işverenleri bu yönde harekete zorlamaktadır. Yani bir başka ifade ile, işletmelerin varlıklarını tehdit eden unsurlar içeren krizlere karşı, işletmelerde bazı değişimler zorunlu hale gelmekte ve bu değişimleri başarı ile gerçekleştirenler krizin olumsuz etkilerinden korunabilmektedirler¹⁴.

Bu anlamda, bu dönemlerdeki maliyetlerin artışı, başta personel sayısının azaltılması olmak üzere, sosyal imkanların kısıtlanması ve çıkarılan personelin görevlerinin mevcut personele yüklenmesi gibi bir dizi olumsuz tedbiri beraberinde getirmektedir. Hatta kriz dönemlerinde bazen devletin çıkarmış olduğu bazı Kanunlar veya kanuni düzenlemeler de olumsuz etkilenmeyi artırıcı etki yapmaktadır. Nitekim, yeni vergiler, sigorta primlerinin artırılması, kredi imkanlarının daraltılması ve yeni gümrük mevzuatları, işletmelerde olumsuz bir takım örgütsel ve yönetsel değişimi zorunlu kılmaktadırlar¹⁵.

Diğer yandan, yaşanan ekonomik kriz ve yüksek enflasyon dönemlerinde asgari ücrette yapılan yüksek oranlı artışlar da, özellikle kriz dönemlerinde zararda olan ya da üretimlerini düşürmüş bulunan işverenlerin işyerlerinden işçi çıkarmalarına sebep olabilmekte, bu artışlar işçi çıkarmalarda işverenlerce bir gerekçe olarak kullanılabilir.

Gerçekten de, ülkemizde çalışan işçilerin büyük bir bölümünün asgari ücretle çalışıyor olmaları ve asgari ücretin bu işçileri çalıştıran işveren tarafından bizzat belirlenmeyip, kamu temsilci-

leri, en üst işçi kuruluşu ve işveren kuruluşunun temsilcilerinden oluşan bir komisyonca belirleniyor olması sebebiyle, asgari ücretlerde yapılan yüksek oranlı artışların ekonomik durumu iyi olmayan işverenlerce olumsuz olarak algılandığına sıkça rastlanmaktadır.

Asgari ücret uygulamasının istihdam oranına etkilerine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre, doktrinde bazı iktisatçılarca, amacının, gelirlerin düşük gelirli lehine yeniden dağılımının sağlanması olmasına karşın, ekonomik gerçeklerle örtüşmeyen artışların dışarıdan ekonomik hayata müdahale edilmesi anlamına gelebileceği ve bu uygulamanın kaynak dağılımını olumsuz etkileyeceği ve umulan sosyal faydalarının ötesinde olumsuz istihdam etkisini ortaya çıkarabileceği ifade edilmiştir. Bu görüş taraftarlarınca, özellikle düşük vasıflı emek piyasasında ücret maliyetlerinin artması durumunda, işverenlerin rekabet piyasası koşulları gereği diğer giderlerinden indirimde bulunamayacaklarından, işçilerin bir kısmını işten çıkarmak durumunda kalacakları, bu sebeple de emek piyasasında asgari ücret artışlarının istihdamın azalmasına ve işsizliğin artmasına neden olacağı, böylece ortaya koyması beklenen sosyal etkilerden çok kaynakların olumsuz dağılımına neden olacağı ileri sürülmüştür¹⁶. Buna karşılık bazı iktisatçılar tarafından ise, asgari ücretle istihdam arasındaki ilişkinin olumlu, asgari ücretle işsizlik arasındaki ilişkinin ise negatif olduğu ya da en azından bu değişkenler arasındaki ilişkinin zayıf olduğu ifade edilmiş ve bu durum yaptıkları çalışmalarda ortaya konmuştur¹⁷.

Uygulamada ülkemizde meydana gelen eko-

16 STIGLER, G. J.; The Economics of Minimum Wage Legislation, The American Economic Review, 36(3),1946; FRIEDMAN, M.; Capitalism and Freedom, University of Chicago Landon 1962, Aktaran: KORKMAZ, Adem/ÇOBAN, Orhan; Emek piyasasında Asgari Ücret, İşsizlik ve Enflasyon Arasındaki İlişkilerin Ekonometrik Bir Analizi: Türkiye Örneği (1969-2006) , Maliye Dergisi, Sayı: 151, Temmuz-Aralık 2006, s. 16

17 ADDISON, J.T/BLACKBURN, M.K.L.; Minimum Wages and Poverty Industrial and Labor Relations Review, Vol. 52 3, s.393-409, Aktaran: KORKMAZ A.; Çağdaş Gelişmeler Açısından Asgari Ücret, Ankara 2003; KORKMAZ/ÇOBAN; s.16

14 DİNÇER, Ö.; Stratejik Yönetim ve İşletme Politikası, 2. Baskı., İstanbul 1992.

15 DİNÇER, s. 57 vd.

nomik kriz ve asgari ücret artışları sonrasında işverenlerce meydana gelen satışlardaki azalma ve üretim maliyeti artışlarına karşı, öncelikle tercih edilmesi arzu edilen yol, bu tür dönemlerde devlet tarafından uygulanmaya konulmuş bulunan istihdamı arttırmaya ya da mevcut istihdamı korumaya yönelik teşviklerden faydalanılması ya da 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Ek 2 nci maddesinde düzenlenmiş bulunan Kısa çalışma uygulamasına başvurulmasıdır.

B- Kısa Çalışma Uygulamasından Yararlanılması

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Ek 2 nci maddesi uyarınca, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir. Bu tür durumlarda sigortalı işçileri çalıştıran işveren, kısa çalışma talebini, derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirecektir. Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik¹⁸'in 5 inci maddesi uyarınca¹⁹, işverenin kısa çalışma talebi, öncelikle Kurum birimi tarafından sebep ve şekil yönünden değerlendirilecektir. Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile dışsal etkilere kaynaklanan dönemsel durumlardan ileri gelen zorlayıcı sebeplerin varlığı, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi ya da bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, Yönetim Kurulunca karara bağlanacaktır²⁰.

18 RG.30.04.2011 t. No: 27920

19 Değişik: RG. 09.11.2018 t. No:30590

20 Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği ve gelişimi hakkında bkz. DEMİR, Fevzi; Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri, Legal İş Hukuku ve sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Yıl 2009, Cilt:6, Sayı: 22s.539-553 ; GEREK, Nüvit; Haftalık Normal Çalışma Sürelerinin Altında Sürelerle Yapılan Çalışmalar İçerisinde "Kısa Çalışma"nın Yeri Ve Önemi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl 2013, Cilt 10, Sayı: 38, s.3-27; SOYER, Polat ; Küresel Kriz Sürecinde İşletme Gereklere Dayanan Feshler ve İstihdam Sorunu, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, Yıl: 3, Sayı: 12, s.68-73; SÜZEK, Sarper ; İş Hukuku

Kısa çalışma talebinin kabul edilmesi durumunda ise, söz konusu işyerinde çalışan işçilere işsizlik sigortası fonundan kısa çalışma ödeneği ödenecektir. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, iş sözleşmesinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekmektedir²¹. Günlük kısa çalışma ödeneği de; sigortalının son oniki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ıdır. Bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçemeyecektir. Kısa çalışma ödeneğinden yararlananlara ait sigorta primlerinin aktarılması ve sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlemler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun'unda belirtilen esaslar çerçevesinde yürütülecektir. Kısa çalışma ödeneğinin süresini altı aya kadar uzatmaya ve işsizlik ödeneğinden mahsup edilip edilmeyeceğini belirlemeye Cumhurbaşkanı yetkilidir.

C- Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışı Sebebiyle Doğrudan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshine Karar Verilmesi

Devlet tarafından getirilmiş teşvik uygulamalarının ve kısa çalışma imkanının işverene yeterli rahatlamayı sağlayamadığı durumlarda ise, uygulamada işverenlerce çoğunlukla, doğrudan ekonomik kriz sebebiyle ya da ekonomik koşulların ağırlaşması sebebiyle işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yönünde karar almalarına ya da yeniden yapılanmaya gitmek suretiyle dolaylı olarak bu sonuca ulaştıklarına rastlanmaktadır.

Gerçekten de, ekonomik kriz ve asgari ücret artışları sonrasında, üretimde, fiyatlarda ve satışlarda meydana gelebilecek bir azalmanın veya üretim giderlerindeki artışın, işverence işletme-

(Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku)16. Bası, İstanbul Eylül 2018, s.792 vd. ; ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU/Nurşen/CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri Yenilenmiş 31. Baskı, Eylül 2018, s.688 vd.

21 İş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son 120 gün iş sözleşmesine tabi olanlardan, son üç yıl içinde en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olmak gerekmektedir. 4447 sy.ISK.m.50/2

yi ve işyerini etkileyen objektif bir sebep olarak değerlendirilmesine ve bunun sonucu olarak da işverence işçi sayısının azaltılmasına sıkça rastlanmaktadır. Yani bir başka ifadeyle, işverence yapılan değerlendirme sonucunda işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerin işyerinde işgücü fazlalığı oluşturduğu düşünüldüğünde doğrudan bazı işçilerin iş sözleşmelerinin İş Kanunu'nun 17 nci maddesi uyarınca bildirimli olarak feshine karar verilebilmektedir.

D- Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışı Sebebiyle Yeniden Yapılanmaya Gidilmesi

1. Genel Olarak

Günümüz çalışma hayatında, şirketlerin dış çevrelerinde gerçekleşen sürekli ve köklü değişiklikler, şirketlerin iç yapılarında da sürekli köklü iç değişikliklerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Gerçekten de, globalleşme şirketler için hem riskler, hem de fırsatlar yaratmaktadır. Globalleşme ve sık sık karşılaşılan ekonomik krizler işletmeleri sadece rekabet etmek ve gelişmek için değil, aynı zamanda varlıklarını sürdürmek için de radikal iç değişikliklerin yapılmasına zorlamaktadır.

Bu anlamda sürdürülebilir bir rekabetçi avantaja sahip olan işletmesel organizasyonlar, bu avantajlarının kaybolması ya da azalması durumunda, işletmenin organizasyonunun temel yetkinliklerinin sorgulanmasını gündeme getirmektedirler. Gerçekten de, ulusal ve uluslar arası ekonomik ilişkilerdeki önemli değişiklikler, rekabetin derecesini ve şeklini değiştirebilmekte ya da mevcut iş süreçlerini etkilemektedir. Nitekim, ekonomik krizler, petrol krizleri, ticaret engelleri, yabancı paranın değer kazanması, enflasyon oranı ve döviz kurlarındaki değişiklikler, ticaret dengesi, tüketim kalıpları, sermaye birikimi ve üretim maliyetlerinin artması gibi faktörler, organizasyonların faaliyette bulunduğu dış çevre koşullarını hızlı bir şekilde değiştirebilmekte ve tüm bu ekonomik gelişmeler, işletme organizasyonlarında önemli değişikliklerin yapılmasını kaçınılmaz hale getirmektedirler.

Yeniden yapılanma olarak ifade edilebilecek olan bu işletme organizasyonlarında meydana gelen değişiklikler, kurumların ve firmaların değişen koşullara uyum için yeniden örgütlenmelerini sağlamaktadır. Uygulamada, şirket giderlerinin rakiplerinkinden veya içinde bulunduğu iş alanında olması gerekenden çok daha yüksek olması, müşteri memnuniyetsizliğinin artmış olması, mali durum tatmin edici olsa da, gelecekte yeni rakipler, müşterilerinin isteklerinin ve özelliklerinin değişmesi, değişmiş bir ekonomik ortam veya mevzuat gibi şirketin başarısını temelden sarsabilecek değişimlerin beklenmesi gibi nedenlerle şirketlerin yeniden yapılanmaya başvurduğu görülmektedir²².

Yeniden yapılanmaya ilişkin olarak en çok karşılaşılan uygulamalar; norm kadro uygulaması sonucunda işyerinde bazı kadroların iptal edilmesi, işyerindeki bazı bölümlerin kapatılması ve işyerindeki bazı işlerin alt işverene verilmesidir.

2. Norm Kadro Uygulaması Sonucunda İşyerinde Bazı Kadroların İptal Edilmesi

En genel anlamıyla, "norm kadro" kavramı, bir örgütün norm haline getirilmiş optimal tür ve sayılardaki kadro ihtiyacını ve bunların örgütün birimleri arasındaki dengeli dağıtımını hedef alan çalışmanın adıdır. Norm kadro uygulamaları, şirketlerin amaçlarını etkin ve verimli bir şekilde yerine getirebilmeleri için yapılmaktadır. Zira bu uygulamaların en önemli amaçlarından birisi, görevlerin yerine getirilmesi için gereken kadronun nitelik ve sayısının belirlenmesidir. Burada önemli olan, amaçların gerçekleştirilmesi ve bu yöndeki işlerin yapılması için gerekli olan ideal kadronun belirlenmesidir. Yani bir başka ifade ile, norm kadro, işletmelerin faaliyetlerini etkin ve verimli bir şekilde yerine getirebilmeleri için, olması gerekenden ne daha az, ne de daha fazla kadronun nitelik ve nicelik yönüyle saptanmasıdır²³.

22 Yarg. 9. HD. 27.11.2006 t. E. 2006/22485, K. 2006/31067, Yarg. 9. HD. 27.11.2006 t. E. 2006/22484, K. 2006/31066, <https://legalbank.net/> Ayrıca bkz. SÜZEK, s.589

23 ACAR, H.; Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumlarında Yönetici Ve Öğretmenler Bakımından Norm Kadro Uygulaması Ve Ankara Üniversitesi Eğitim

Bu anlamda, norm kadro uygulamaları işyerinin işçi ihtiyacının tahminine, işçilerin işe alınmalarına, değerlendirilmelerine, terfi etmelerine ve emekliliğe kadar uzanan tüm işçi öngörülerinin yapılmasında alt yapı hizmetini görmektedir. Buna göre, norm kadro sürecinin, örgüt çözümlemesi, iş çözümlemesi, görev tanımları ve görev gerekleri ile norm kadro sayısının belirlenmesi aşamalarından oluştuğu ifade edilebilecektir²⁴.

Yeniden yapılanmaya gidilen durumlarda sıklıkla karşılaşılan hallerden biri, işyerinde norm kadro uygulamasına gidilmesi ve bu uygulama sonucu ortaya çıkacak norm kadro sayısının, işyerinde halihazırda çalışan işçi sayısından az olmasıdır. Bu durumda da işyerinde bazı kadroların iptal edilmesi konusu gündeme gelmektedir.

3. İşyerindeki Bazı Bölümlerin Kapatılması

Uygulama özellikle kriz dönemlerinde ve işverenin almış olduğu tüm önlemlere rağmen zarar etmenin önüne geçemediği hallerde sıkça karşılaşılan durumlardan biri, işyerindeki bazı bölümlerin-birimlerin kapatılmasıdır. İşveren bu kararın uygulanması ile işletmesini bir anlamda biraz küçülterek, kar getirmediğini düşündüğü bir bölümün faaliyetine son vermektedir. Bu tür bir uygulamanın doğal sonucu da bu bölümlerde çalışan işçilerin bir anlamda işsiz kalmalarıdır.

İşyerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına ilişkin aynı kapsamda düşünülecek bir diğer uygulama da, belirli makinelerde çalışan işçilerin, çalışmalarını sürdürdükleri makinelerin, işveren tarafından satılmasına karar verilmesidir. Gerçekten, istihdamı sadece söz konusu makinenin varlığı durumunda mümkün olan bir işçi için, görev yaptığı makinenin satılması görev yaptığı bölümün kapatılması ile aynı önemde olacaktır²⁵.

4. İşyerindeki Bazı İşlerin Alt İşverene Verilmesi

Bir işverenin işyerinde yürütmekte olduğu tüm asıl ve yardımcı nitelikteki işleri, kendisine iş sözleşmesi ile

bağlı işçilere gördürmesi mümkündür. Ancak işveren istediği takdirde işyerinde yürütülmekte olan bazı işleri, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan kendi işçilerine gördürmektense, bu işlerin görülmesi için başka bir işverenle anlaşabilmekte ve anlaşmış olduğu işverenin işçileri işyerindeki bu işleri yapabilmektedirler. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve önceki mevzuatta "alt işveren - asıl işveren" ilişkisi olarak adlandırılan bu tür uygulamalardan yararlanmak konusunda, işverenler tam bir serbesti içinde değildirler. İK'nun "tanımlar" başlıklı 2 nci maddesinin 6 ncı fıkrası, asıl işveren-alt işveren ilişkisini; bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki olarak tanımlamıştır²⁶.

Görüldüğü üzere, işverenler, yeniden yapılanma kapsamında işyerlerinde yürüttükleri; mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde alt işveren uygulaması yapılmasına ilişkin olarak karar alabileceklerdir.

III. Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarının İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Geçerli Sebep Sayılıp Sayılamayacağı

A- Genel Olarak İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Sebep Aranması

Bilindiği üzere, 4857 sayılı İK. iş sözleşmesinin taraflarca feshine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerinde, iki tür fesih şekli öngörmüştür. Bunlardan ilki 17 nci maddesinde düzenlemiş bulunduğu "sürelili (bildirimli) fesih", ikincisi ise, 24 ve 25 inci maddelerinde düzenlemiş olduğu "derhal

Bilimleri Fakültesi Mezunlarının İstihdam Sorunları. Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, 1-2, s. 53-66.

24 KALKANDELEN, H; Örgütlerde Yeniden Yapılanma ve Norm Kadro Ankara 1997, s.48

25 SÜZEK, s.590

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 97 vd; SÜZEK, s. 162 vd; DEMİR, s. 42 vd.

(bildirimsiz) fesih" tir. Süreli (bildirimli) fesihte, iş sözleşmelerinin feshinin karşı tarafa bildirilmesinden itibaren belirli bir süre geçmesinden sonra sözleşme sona ermekte, oysa derhal (bildirimsiz) fesihte sözleşmenin sona ermesi için böyle bir sürenin geçmesi gerekmemektedir.

İş hukuku uygulamasında en çok karşılaşılan fesih şekli, süreli (bildirimli) fesihtir²⁷. Söz konusu fesih türü, işçinin sürpriz bir fesihte yeni bir iş arama fırsatı bulmaksızın işini kaybetmesini ve aynı şekilde işverenin de bir anda işçisiz kalarak zor durumda kalmasını önlemeye yönelik düzenlenmiş bir fesih türüdür. Buna karşın, belirsiz süreli bir iş sözleşmesini sözleşme taraflarının tek taraflı bir irade beyanı ile sona erdirebilmeleri, kişi özgürlüğü ilkesinin iş hukuku alanındaki bir uygulaması olarak da görülebilmektedir²⁸.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden iş sözleşmesinin ekonomik kriz ve asgari ücret artışlarına dayanarak feshedilebilmesi de ancak İş Kanunu'nun 17 nci maddesi uyarınca yapılabilecektir. Yani bir başka ifade ile, iş sözleşmesinin işverence ekonomik kriz ve asgari ücret artışlarına dayanarak feshedilebilmesi ancak bildirim(süreli) olarak gerçekleştirilebilecektir.

Bildirimli fesih, sadece niteliği itibariyle otuz günden çok devam eden "sürekli işlere ilişkin belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından söz konusu olabilecek ve usulüne uygun bir bildirimli fesih, kural olarak kanunda öngörülen bildirim sürelerine uyulması suretiyle yapılabilecektir. Bu anlamda, bildirimli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmesini, belirli bir bildirim süresine uymak koşuluyla, bu sürenin bitiminde sona erdiren tek yanlı bir irade beyanı olarak tanımlanabilecektir.

Bildirim süresi, fesih beyanının bildirildiği tarih ile iş sözleşmesinin son bulunduğu tarih arasında

geçen süredir. Bildirimli fesihte bildirim süreleri İK.m.17 de düzenlenmiştir. İK. m.17 uyarınca, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekecek ve iş sözleşmeleri; işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, işi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra sona erecektir.

Diğer yandan, kural olarak iş sözleşmesinin bildirimli feshinde herhangi bir sebep göstermek zorunda olmayan işveren, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshederken, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yani, 4857 sayılı İş Kanunu, işçinin iş sözleşmesinin bildirimli fesihte feshedilmesinde "geçerli sebep" aranması için;

- İş Kanunu'na tabi bir işyerinde çalışan işçi sayısının en az otuz olması,
- sözleşmesi feshedilecek olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması
- en az altı aylık kıdemi olması

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekeceğini belirtmiştir. İşçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli bir sebep aranması için sözü edilen bu şartların yanında, işçinin işletmenin bütününe sevk ve idare eden veya işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olmaması da gerekmektedir²⁹.

Aksi takdirde, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gös-

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. KESER, Hakan; İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Baskı, Ankara 2016, s.21 vd.

28 OĞUZMAN M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.159. Bu yönde bkz. Yarg. HGK., 29.05.1963 t., E.4/39, K.59 ORHANER, A. Baki: Türk İş Hukuku Emsal Kararları, Ankara 1967, s.353.

29 Yarg. 9. HD. 22.11.2004 t. E. 2004/20807, K. 2004/25839, <https://legalbank.net/> ; Ayrıntılı bilgi için bkz. KESER, s. 61 vd.

terilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurulabilecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde ise, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, işçi iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir.

Görüldüğü üzere, iş güvencesi olarak adlandırılan bu düzenlemeler uyarınca, işveren yurarda belirtilen şartların bulunması durumunda, işçinin iş sözleşmesini feshederken işçinin yeterliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olacaktır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ekonomik kriz ve asgari ücret artışlarının iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli sebep olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunun, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanmadığı açıktır. Bu sebeple, ekonomik kriz ve asgari ücret artışlarının işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli bir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu önem taşımaktadır.

B- İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Sebep Kavramı

İş Kanunu 18 inci maddesinde “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebep” ifadesini kullanmış ancak söz konusu ifadede kast edilenin ne olduğu konusunda bir açıklık getirmemiştir. İş Kanunu’nun 18 inci maddesinin gerekçesinde ise, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeplerin; işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olabileceği belirtildikten sonra, işyeri dışından kaynaklanan sebeplere; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebepler; işyeri içinden kaynaklanan sebeplere ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölüm-

lerinin kapatılması; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler gösterilmiştir.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında, sürüm ve satış olanaklarının azalmasını, talep ve sipariş azalmasını, enerji sıkıntısını, ülkede yaşanan ekonomik krizi, piyasadaki genel durgunluğu, dış pazar kaybını, ham madde sıkıntısını, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanmasını, işyerinin daraltılmasını, yeni teknolojinin uygulanmasını, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılmasını ve bazı iş türlerinin kaldırılmasını işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul etmektedir³⁰.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinin geçerli bir fesih sebebi oluşturabilmesi için, ortaya çıkan fiili durumun, iş sözleşmesinin feshedilmesi için bir nevi zorunluluk oluşturması, feshi haklı göstermesi gerekmektedir. Bu anlamda, işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli sebep ile fesihte, işyerini, işletmeyi veya işi etkileyen objektif sebeplerin istihdam fazlası yaratması, işçilerin işyerindeki istihdamını, bütünüyle ve sürekli olarak engellemesi, yani bir başka ifade ile işçinin işyerinde çalışma olanağının kesin ve sürekli olarak ortadan kaldırması gerekmektedir³¹.

C- Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarının İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Bir Geçerli Sebep Olarak Kullanılabilmesi Koşulları

1. Genel Olarak

Ekonomik kriz ve asgari ücret artışlarının yapılacak değerlendirmeler sonucunda işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli sebep olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle yapılan feshin belirli bir prosedüre uygun

30 Yarg.22. HD. 09.03.2014 t. E.2014/6702, K.2014/7420, Yarg.22. HD. 08.04.2014 E.2014/ 5846, K.2014/7262, Yarg. 22. HD. 07.02.2014 t. E.2014/1034, K.2014/1689 , <https://legalbank.net/>;

31 Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, s.585 vd.; ÇELİK/CANIKLI-OĞLU/CANBOLAT,s.514 vd. DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2018, s.341; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş; İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2018, s. 287 vd.

olarak yapılmış olması gerekmektedir. Buna göre her şeyden önce, işverence, yapılacak olan feshe temel teşkil edecek bir işletmesel karar alınması gerekmektedir. Bunu takiben, işletmesel kararın uygulaması sonucunda yazılı olarak yapılacak feshin, başvurulabilecek son çare olması gerekmektedir.

2. İşverence İşletmesel Karar Alınması Gereği

İş güvencesi kapsamında olan bir işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesini işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebeple bildirimli olarak feshetmek isteyen işverenin; her şeyden önce söz konusu fesih işlemini, bu feshi haklı kılan bir işletmesel karara dayandırması zorunludur.

İşletmesel karar kavramına ise, ağırlıklı olarak Yargıtay kararlarında rastlanmaktadır. Bir işletme açısından düşünüldüğünde, işletmesel karar işverenin işletmesi ile ilgili karar vermesi, alternatif seçenekler arasından işletmesi için en iyi olanı seçmesi olarak tanımlanabilecektir. İşverenler işletmelerini yönetirken işletmeleri ve çalışanlarına ilişkin olarak, piyasadaki rekabet güçlerini kaybetmemek için bazı önemli kararlar almak zorunda kalacaklardır. Bu anlamda, işverenin amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu ve yönetim hakkı kapsamında, işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili iş sözleşmesinin yapılmasından, sözleşmenin feshine kadar tüm konularda aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır³². Yani bir başka anlatımla, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda -bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere- işverenin aldığı her türlü karar geniş anlamda işletmesel karardır³³.

Yargıtay, feshin işletme, işyeri veya işin gerekleri sebepleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle işverenin bu davranışını haklı gösteren bir işletmesel karar aramaktadır. Gerçekten de, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekmektedir. Şöyle ki, Yargıtay'a göre, iş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshinin, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleştiği kabul edildiğinde, fesih işlemi de işletmesel kararın çerçevesinde değişen durumlara karşı işverenin tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilecektir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa dikkate alınacaktır³⁴.

Fiziksel veya materyal değerlerde (tesisat, stoklar vb), parasal ve piyasa değerlerinde (nakit ve kredi gibi) ve çalışanların niteliklerinde meydana gelen değişiklikler uygulamada farklı görünümde karşımıza çıkabilmekte ve işletmesel kararların sebeplerini oluşturabilmektedir. Bu anlamda çalışmamızın kapsamında düşünüldüğünde karşılaşılan en yaygın işletmesel karar sebepleri olarak; işyerinde üretim giderleri maliyetinin yükselmesi, satış hacminde ve kar marjında

32 Yarg. 9. HD. 28.11.2017 t.E.2016/31276, K.2017/19166, Yarg. 9. HD.12.05.2008 t. E. 2008/11584, K. 2008/12023, Yarg. 9. HD.14.04.2008 t. E. 2008/1812, K. 2008/7842, Yarg. 9. HD.14.04.2008 t. E. 2008/1819, K. 2008/7843, <https://legalbank.net/>

33 Yarg. 9. HD. 28.11.2017 t.E.2016/31276, K.2017/19166; Yarg. 22. HD. 04.04.2017 t. E.2017/30594, K.2017/7664 ; Yarg.7. HD. 27.01.2015 t. E.2014/19859,K.2015/607, Yarg.7. HD. 27.01.2015 t. E.2014/18482,K.2015/600, <https://legalbank.net/>

34 Yarg. 9. HD. 28.11.2017 t.E.2016/31276, K.2017/19166; Yarg.7. HD. 27.01.2015 t. E.2014/19859,K.2015/607, Yarg.7. HD. 28.01.2015 t. E.2014/ 17005, K.2015/771, Yarg.7. HD. 26.06.2013 t. E.2013/15819,K.2013/11926, Yarg. 9. HD. 31.03.2014 t. E.2014/790, K.2014/10659, Ancak Yargıtay'a göre bazı hallerde, işverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları da, "gizli, örtülü" işletmesel karar olarak nitelendirilebilecektir. Bu gibi durumlarda, işletmesel kararın varlığı, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılacaktır. Yani bir başka ifade ile, böyle durumlarda, İş Kanunu'nun 18 inci maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için, varlığı şart olan işletmesel kararın varlığının yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir Yarg.7. HD. 27.01.2015 t. E.2014/19859,K.2015/607, Yarg.7. HD. 26.06.2013 t. E.2013/15819, K.2013/11926, Yarg. 9. HD. 05.05.2014 t. E.2014/3240, K.2014/14246, , <https://legalbank.net/>

düşüklük yaşanması, zarar edilmesi sebebi ile faaliyetinde devamlılığın sürdürülmesinin imkansız olması, piyasa şartlarına uyum sağlanması, maliyetlerin düşürülmesi, talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz nedeni ile iş yoğunluğunun azalması, ekonomik durgunluk ve talep azlığı ve küşülmeğe gidilmesi gösterilebilecektir³⁵.

Zira ekonomik kriz ve asgari ücret artışlarının sebebiyet verebileceği, ekonomik durgunluk ve talep azlığı, satış hacminde ve kar marjında düşüklük ile işgücü maliyetinin yükselmesi, işletmesinin devamlılığını sürdürmek isteyen işverenin bu amaca yönelik işletmesel kararlar almasına sebep olacaktır.

3- İşletmesel Kararın Uygulanması Sonucunda Yapılacak Feshin Son Çare Olması (Ultima Ratio)

İşverenin serbest olarak almış olduğu işletmesel kararın uygulanması aşamasında, işletmesel karar gereği, yapılması düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması temel kuraldır. Bu kural işverence dayanan geçerli sebebin işçinin iş görme edimi üzerinde olumsuzluk yaratmasını ve fesihte dayanan geçerli sebeple işçinin işyerindeki işi arasında illiyet bağının kurulmuş olmasını zorunlu kılmaktadır. Illiyet bağının varlığı ve gerçekliği, bir yandan dayanan geçerli sebeplerle fesih işlemi arasında, diğer yandan da işçinin işyerindeki işi ile bu geçerli sebepler arasında söz konusu olmalıdır³⁶.

İşverence dayanan geçerli sebebin varlığının kabulü sonucu, şayet bu sebebin varlığı işçinin artık o işyerinde çalışma olanağını ortadan kaldırıyorsa, artık bu durum işçinin iş sözleşmesinin devamlılığını sağlama olanağının kalmadığını gösterecektir. Buna karşın, fesih sebebinin varlığına ve gerçekliğine karşın, işçiyi, işyerinde çalıştırma olanağının bulundu-

ğu hallerde ise, geçerli sebeple fesih işlemi arasında illiyet bağı kurulmamış sayılacaktır³⁷.

Zira işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe, fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise, işletmesel karara dayanarak yapılmak istenen fesih için geçerli bir sebepten söz edilemeyecektir³⁸. Yani bir başka ifade ile fesih, son çare olmalıdır³⁹. Fesihte son çare (Ultima Ratio)⁴⁰ ilkesi olarak adlandırılan bu ilke, feshin düşünülmesi veya başvurulması gereken son çare, son önlem olması gerektiği; özellikle ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı feshlerde, işçinin işyerindeki işini koruması açısından işverenin fesih dışında başka bir seçeneğe sahip olmaması anlamını taşımaktadır. Bu anlamda, bu ilke uyarınca işverenin fesih işlemine son çare olarak başvurusu, bu yola gitmeden önce, iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaya ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik tüm önlemleri alması gerekmektedir. İşveren, olanakları dâhilindeki tüm önlemleri almasına karşın, işçinin işyerindeki işini kaybetmesine yine engel olamıyorsa, ancak bu durumda iş sözleşmesinin geçerli bir sebebe dayanarak feshedilmesi söz konusu olabilecektir⁴¹.

Buna karşılık, işçinin iş sözleşmesinin feshini gerektiren işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebep, işverenin ödeme darboğazına düşmesi ya da işyerinde tasarruf tedbirlerinin alınmasına dayandırılıyorsa, işçiyi işyerinde başka bir işte çalıştırma yükümü son çare

35 Yarg. 9. HD. 28.11.2017 t.E.2016/31276, K.2017/19166; Yarg. 9. HD. 23.03.2009 t. E. 2008/34202, K. 2009/7718, Yarg. 9. HD.14.04.2008 t. E. 2007/33534, K. 2008/8315, Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2007/32500, K. 2008/11101, <https://legalbank.net/>

36 GÜZEL Ali; İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları A. Can TUNCAY'a ARMAĞAN, s. 57-90

37 GÜZEL (son çare), s.60

38 Yarg. 22. HD. 04.04.2017 t. E. 2017/30594, K. 2017/7664; Yarg. 9. HD. 28.11.2017 t. E. 2016/31276, K. 2017/19166; Yarg. 9. HD. 24.04.2007 t. E. 2007/11602, K. 2007/11500, Yarg. 9. HD. 04.06.2007 t. E. 2007/7857, K. 2007/17683, Yarg. 9. HD. 04.06.2007 t. E. 2007/7926, K. 2007/17965, <https://legalbank.net/>

39 Yarg. 22. HD. 04.04.2017 t. E.2017/30594, K.2017/7664; Yarg. 9. HD. 15.10.2007 t. E. 2007/16150, K. 2007/30227, Yarg. 9. HD. 15.10.2007 t. E. 2007/16151, K. 2007/30228; Yarg. 9.HD. 29.11.2010 t. E. 2009/35546 K. 2010/34856, <https://legalbank.net/>

40 Ultima ratio, Latince bir deyim olup, düşünülmesi veya başvurulması gereken son çare, son önlem anlamına gelmektedir. GÜZEL, (son çare) s.61

41 GÜZEL, (son çare), s.62; Boş kadroların feshin son çare olması ilkesi kapsamında iş güvencesine sahip işçiye önerilmemiş olmasını son çare ilkesine uyulmaması olarak değerlendirmiştir.Yarg.9. HD. 04.02.2014 t. E.2013/15658, K.2014/3208 <https://legalbank.net/>

ilkesinin uygulanmasına hizmet etmeyecektir. Bu tür durumlarda son çare ilkesinin uygulanması farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir.

Buna göre, işletmesel karar ile sağlanması düşünülen tasarruflar, işyerindeki fazla çalışmaların durdurulması, işçinin rızası ile kısa ve esnek çalışma biçimlerinin uygulanması, işçinin rızası ile çalışma sürelerinin kısaltılması, işin zamana yayılması, işçinin meslek içi eğitime tabi tutulması, temsil ve tanıtma giderlerinden tasarruf edilmesi, sabit telefon ve Gsm ücretlerinden tasarruf edilmesi, işçilere yıllık ücretli izinlerinin kullandırılması, sözleşme süresi dolan taşeron şahıs veya firmalarla sözleşme yenilenmemesi, vardiya sayısının azaltılması, yeni işçi alımının durdurulması, işçinin işverenin başka bir işyerinde değerlendirilebilmesi gibi yollarla sağlanabilecek ise, bu yolların işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce denenmiş olması gerekecek, şayet fesih işlemi bu yollar denenmeden yapılırsa, bu durumda işletmesel karar uyarınca yapılan feshin son çare ilkesine uyulmaması sebebi ile geçersizliği söz konusu olabilecektir⁴².

Bu anlamda ancak, işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, alınan tüm bu önlemlere rağmen işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise, son çare ilkesinin uygulandığından ve fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilecektir⁴³.

Bununla birlikte fesihten önce alınacak önlemlerin her zaman beklenen faydaları sağlayamayacağı aksine daha fazla işçinin işini kaybetmesine neden olabileceği de unutulmamalıdır. Örneğin vardiya sayısının azaltılması, bazı durumlarda daha fazla işçinin çıkarılmasını gerektirebile-

cektir⁴⁴. Diğer yandan işletmesel karar gereği yapılması düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olduğunun kabul edilebilmesi için, personel fazlalığının saptanmış olması gerekmektedir. Zira personel fazlalığı saptanmadan fesih yapılması durumunda feshin zorunlu hale geldiği kabul edilmeyecektir⁴⁵. Hatta uygulamada Yargıtay bazı kararlarında, işletmesel karar olsa bile, işverenin norm kadro çalışması yapmadan çelişkili uygulamalarla işçinin iş sözleşmesini fesih edemeyeceğini ifade etmiştir⁴⁶. İşveren, uygulamak için aldığı, geçerli sebep teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı da sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır⁴⁷.

Ancak, işletmesel karar gereği, iş sözleşmesinin feshi düşünülen bir işçinin, yaptığı işle hiçbir alakası olmayan satış ve pazarlama gibi eğitim, bilgi ve deneyim isteyen bir işte çalıştırılması düşünülemeyecektir⁴⁸. Bunun gibi, işverenden işletmesel karar verme özgürlüğünü ortadan kaldıracak işletmeye gereksiz yere masraf yükleyecek veya işletmeye zarar verecek davranışlarda bulunması, işçiye iş yaratması da beklenemeyecektir⁴⁹.

4. Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışının Doğrudan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshinde Geçerli Sebep Olarak Gösterilebilmesi

Genel, bölgesel ya da sektörel ekonomik krizler sonrası, üretimde, fiyatlarda ve satışlarda meydana

42 Yarg. 9. HD. 28.11.2017 t.E.2016/31276, K.2017/19166; Yarg.7. HD. 11.03.2014 t. E.2014/114, K.2014/5654, Yarg. 9. HD. 04.06.2007 t. E. 2007/7857, K. 2007/17683, Yarg. 9. HD. 04.06.2007 t. E. 2007/7926, K. 2007/17965, <https://legalbank.net/>

43 Yarg. 9. HD. 15.01.2018E.2016/33190, K.2018/29, Yarg. 9. HD.28.04.2008 t. E. 2007/33518, K. 2008/10645, Yarg. 9. HD.14.04.2008 t. E. 2007/31229, K. 2008/8687, <https://legalbank.net/>

44 Yarg. 9. HD. 28.11.2017 t.E.2016/31276, K.2017/19166; Yarg. 9. HD. 12.12.2005 t. E. 2005/35067, K. 2005/39316, <https://legalbank.net/>

45 Yarg. 9. HD. 06.11.2006 t. E.. 2006/20417, K. 2006/29134, <https://legalbank.net/>

46 Yarg. 9. HD. 28.11.2017 t.E.2016/31276, K.2017/19166; Yarg. 9. HD. 01.10.2007 t. E. 2007/14080, K. 2007/28544, <https://legalbank.net/>

47 Yarg. 9. HD. 16.06.2008 t. E. 2008/19905 K. 2008/16029, Yarg. 9. HD. 16.06.2008 t. E. 2008/19904 K. 2008/16028, Yarg. 9. HD. 16.06.2008 t. E. 2008/19899 K. 2008/16023, <https://legalbank.net/>

48 Yarg. 9. HD. 28.11.2017 t.E.2016/31276, K.2017/19166; Yarg. 9. HD.24.03.2008 t. E. 2008/7977, K. 2008/6091, <https://legalbank.net/>

49 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.197; ENGİN, Murat; İşletme Gereklileri İle Feshi ve Ücretsiz İzin, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 2 Nisan-Haziran 2004, s.540-541; Bu yönde bkz. EKMEKÇİ, s.168.

na gelen azalmanın; işletmeyi ve işyerini etkileyen objektif sebepler olarak kabul edildiği ve feshin zorunlu hale geldiği durumlarda yani, işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerin işyerinde işgücü fazlalığı oluşmasına neden olduğu hallerde, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise, fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilebilecektir.

Bu anlamda, kriz dönemlerinde üretim azaltılması ve vardiya sayısının düşürülmesi, işverenin yönetim hakkı kapsamında aldığı bir işletmesel karar olarak değerlendirilmekte ve bu işletmesel karar nedeni ile istihdam fazlasının meydana geleceği gerçeğinden hareketle işveren zarar etme- se bile, hatta kar etse bile bu durum sözleşmenin feshinde geçerli bir sebep sayılabilmektedir⁵⁰.

Ancak uygulamada, işverenin, iş sözleşmesini feshinin, üretim maliyetlerinin artması, talep ve sipariş azalması ile ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyerinin dışından kaynaklanan sebeplerle dayanılarak gerçekleştirildiğinin iddia edildiği hallerde bazı sınırlamalardan söz edilebilecektir. Buna göre, bu tür ekonomik nedenlerle fesih yapılırken, öncelikle kısa çalışma gibi yasal imkanların kullanılması, fazla çalışmaların kaldırılması, işçinin nzası ile çalışma sürelerinin kısaltılması, işin zamana yayılması gibi önlemlerin alınarak, feshin en son çare olarak düşünülmesi gerekecektir⁵¹.

50 Yarg. 9. HD. 06.12.2010 t. E. 2009/43956 K. 2010/36337, <https://legalbank.net/>

51 Yarg. 9. HD. 08.07.2003 t. E. 2003/12442 K. 2003/13123, CENTEL Tankut Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2003, Dergisi, S:286, s.32-35; Hatta doktrinde, faaliyetin özellikle iktisadi koşullar nedeniyle sürdürülemediği hallerde, işçilerin işten çıkarılma riskini hafifletmek amacıyla , toplu iş sözleşmeleri ile işverene, öngörülen zamli ücreti ödemek yerine, daha uzun süreli izin uygulamasına gitme olanağını sağlayan yetkiler verilebileceği (SOYER, s. 71) ve işçilerin ücretsiz izne çıkartılması, kısa çalışma uygulaması ve ücretlerin ertelenmesi gibi önlemlere başvurulduğu, sözleşmelerin feshi ve toplu işten çıkarmaların yaşandığı ekonomik kriz dönemlerinde, işverenin ücret indirimi yetkisinin kullanmasına olumsuz bakılmaması gerektiği, işçilerin işlerinin korumasının, işletmeyi ayakta tutarak iş güvencesi sağlamanın, ücrete mutlak bir dokunulmazlık tanımaktan daha önce geldiği ifade edilmiştir (ALP, Mustafa; İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik Ve Denetim Ölçütleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl 2006, Cilt:6, Sayı:21, s.11-37)

Zira, bu sebeple yapılmış bir feshe ilişkin olarak ortaya çıkabilecek bir uyumsuzlukta, işveren tarafından ekonomik kriz sebebi ile “üretimde, fiyatlarda ve satışlarda azalma” gibi durumların varlığından söz edildiğinde, salt bu iddialar yeterli olmayacak, alınacak olan bilirkişi raporu ile söz konusu bu durumların varlığının tespiti gerekecektir. Bilirkişi tarafından yapılan tespitte kriz sonucunda devletçe alınan önlemler varsa, bunların uygulamasının işletmeye olan etkileri, işletme tarafından işçi çıkarma yerine öncelikle ücretsiz izin uygulamasına gidip gidilmediği, toplu işten çıkarma söz konusu ise, toplu işçi çıkarılacağına ilişkin bildirimlerin yapıp yapılmadığı da belirlenecektir⁵².

Bir başka ifade ile, ekonomik kriz ve ücret artışlarına dayandırılan fesihlerin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığının tespiti için, işverenin öncelikle ekonomik krizin varlığını, söz konusu durumun işyerinde sebep olduğu olumsuzlukların işyerinde geçici değil, sürekli bir engel yarattığını kanıtlaması, yani işyerinin ekonomik krizden doğrudan ve olumsuz etkilediğinin ispatı gerekecektir⁵³. Zira, “genel” nitelikli olmayan ve süreklilik arz etmeyen “ekonomik krizler”, “zorlayıcı nedenler” veya “geçici ifayı kabul engellerinde”, geçerli fesih hakkı doğmamaktadır.

Bu gibi hallerde, işverenin öncelikle yukarıda sözü edilen “kısa çalışma” veya işçilerle anlaşarak “ücretsiz izin” veya “esnek çalışma” uygulamalarına gitmesi gerekmektedir. Ancak, ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerin üç aydan fazla sürmesi halinde, işçiye tanınan “haklı sebeple” fesih hakkı gibi, işverene de “geçerli sebeple” fesih hakkının tanınması gerekeceği⁵⁴ ifade edilebilecektir.

Bununla birlikte, kriz genel nitelikli ve sürekli olsa da, işveren iş sözleşmesinin feshinde, ekonomik kriz, asgari ücret artışı gibi genel ve soyut bir

52 Yarg. 9. HD. 15.01.2018 t., E.2016/33190, K.2018/29, Yarg. 9. HD. 28.11.2017 t. E.2016/31276, K. 2017/19166; Yarg. 9. HD. 16.04.2007 t. E. 2007/7965, K. 2007/10625, <https://legalbank.net/>

53 Yarg. 9. HD. 15.01.2018 t., E.2016/33190, K.2018/29, Yarg.22. HD. 22.06.2016 t.E.2016/4582, K.2016/18840; Ayrıca bkz. DEMİR, s.345

54 DEMİR (Geçerli Sebep), s.489

beyanla yetinemeyecek, genel ekonomik krizin veya asgari ücret artışının işletmesini doğrudan etkileyerek satış ve siparişlerde azalmaya yol açtığını, üretimi kısmak zorunda kaldığını, üretim maliyetlerinin katlanılamayacak seviyelere ulaştığını ispatlamak için maddi deliller sunmak, bunun sonucu da işgücü fazlasının ortaya çıktığını ispatlamak zorunda olacaktır⁵⁵.

Bu anlamda, sadece kriz nedeniyle işverenin kârının olmaması veya zarar etmesi, üretim ve sürümde meydana gelen aksaklıklar, finans zorlukları, siparişte azalma gibi olgular doğrudan fesih için geçerli sebep olarak kabul edilemeyecektir. Yani bir başka ifade ile, genel veya sektörel kriz tek başına fesih için geçerli sebep olamayacaktır. Bunun için makroekonomik ve sektörel faktörlerin işletmeyi de olumsuz etkilemiş olması ve buna bağlı olarak istihdam fazlalığının doğmuş olması gerekecektir⁵⁶.

Makroekonomik ve sektörel faktörlerin işletmeyi de olumsuz etkilemiş olduğu ve buna bağlı olarak istihdam fazlalığının doğmuş olduğunun açık ve net olarak görülebildiği hallerde, yani genel ekonomik kriz sebebiyle iş hacminde daralma, satışlarda ve üretim de düşüşler meydana gelmiş olması ve asgari ücret artışlarının gerçekten katlanılamayacak üretim maliyetleri oluşturması durumlarında işverenlerce işçi sayısının düşürülmesine yönelik işletmesel kararlar alınabilecektir.

Alınan bu yöndeki işletmesel kararlar sonucu yapılan fesihler dolayısı ile çıkan uyuşmazlıklarda, mahkemelerce öncelikle genel ekonomik kriz var ise, tüm sektörler baz alınarak; işletmenin faaliyet gösterdiği sektörde kriz var ise, sadece faaliyet alanı için sektörel denetim, daha sonra ise, işletmenin iç denetiminin yapılması gerekecektir⁵⁷.

Yargıtay bu denetimlerin nasıl yapılacağını vermiş olduğu kararlarda ayrıntılı olarak açıklamıştır. Buna göre, "işletmenin faaliyet gösterdiği sektördeki ekonomik göstergeler geçerli sebebin açıklığa kavuşturulması bakımından önem arz etmektedir. Bu göstergelerden biri; ilgili sektörde iktisadi faaliyet kollarına göre Gayri Safi Yurtiçi Hasıla'nın zaman içinde nasıl değiştiğidir. Buna göre işten çıkarmanın gerçekleştiği sektörün Gayri Safi Yurtiçi Hasılaya katkısı diğer faaliyet kollarına oranla son dönemlerde azalmışsa sektörel bir olumsuzluğun varlığı kabul edilebilecektir. İkinci bir gösterge ise, sektörel bazda ekonomik faaliyetler hakkında bilgi veren Sanayi Üretim Endeksi olacaktır. İşten çıkarmanın olduğu sektörün yer aldığı alt endeksin zaman içinde gelişimi incelenerek ilgili sektörün zor durumda olup olmadığı saptanabilecektir. Başka bir gösterge ise; işten çıkarmanın olduğu sektörde son dönemde istihdam edilenlerin sayısında önemli bir değişiklik olup olmadığını gösteren "istihdam edilenlerin iktisadi faaliyet konularına göre dağılımı"dır. İlgili sektörde son dönemde istihdamda bir azalma ya da diğer iş kollarına göre daha az bir artış gerçekleşmişse yine sektörel bir olumsuzluktan söz edilebilecektir⁵⁸.

Ekonomide yaşanan değişimler bölgesel bazda da farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden, işten çıkarmanın gerçekleştiği sektör kadar coğrafi bölgenin de önemi olacaktır. Bu konuda Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan Karşılaştırmalı Bölgesel Gösterge Yayınlarından da yararlanılarak; işten çıkarmanın gerçekleştiği şirketin faaliyet gösterdiği bölgenin ekonomik kalkınmasına ve iş durumuna bakılarak daha sağlıklı bir karara varılabilecektir. Her bir bölgenin Gayri Safi Yurtiçi Hasılaya katkısı, dolayısıyla bölgesel kalkınma ve ekonomik canlılık Türkiye İstatistik Kurumu tarafından hazırlanan raporlardan tespit edilebilecektir⁵⁹.

55 ÇANKAYA O. G. /GÜNAY C. İ. /GÖKTAŞ S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.93

56 Yarg. 9. HD. 15.01.2018 t. E.2016/33190, K.2018/29, Yarg. 22. HD. 22.06.2016 t.E.2016/4582, K.2016/18840; Yarg. 9. HD. 10.12.2010 t. E. 2009/41815 K. 2010/37214, <https://legalbank.net/>

57 Yarg. 9. HD. 10.12.2010 t. E. 2009/41815 K. 2010/37214, Yarg. 9. HD. 01.07.2010 t. E. 2009/24400 K. 2010/21297; Yarg. 9. HD. 02.11.2009 t. E.2009/39824 K.2009/29938, <https://legalbank.net/>

58 Yarg. 9. HD. 10.12.2010 t. E. 2009/41815 K. 2010/37214, Yarg. 9. HD. 01.07.2010 t. E. 2009/24400 K. 2010/21297, Yarg. 9. HD. 02.11.2009 t. E.2009/39824 K.2009/29938, <https://legalbank.net/>

59 Yarg. 9. HD. 10.12.2010 t. E. 2009/41815 K. 2010/37214,

Genel veya sektörel ekonomik krizin işletmeye yansımaları da önem taşıdığından, bu durumun da tespit edilmesi gereklidir⁶⁰. Bu tespit, yani şirketin mali durumundaki değişim, şirketin, bilançosu incelenerek ve mali tablolarının karşılaştırılması suretiyle yapılabilecek ve şirketin ekonomik krizden ne kadar etkilendiği tespit edilebilecektir. Bu anlamda, kriz öncesi döneme ait muhasebe verileriyle kriz dönemi esnasındaki muhasebe verileri karşılaştırılarak, değişimin ne kadar büyüklükte olduğu ve sebebin krizle ilişkili olup olmadığı belirlenebilecektir⁶¹.

Üretim maliyetlerinin artışı ve ekonomik krizin varlığı tespit edildikten sonra, işverenlerce işçi sayısının düşürülmesine yönelik alınan işletmesel karar mahkemelerce denetlenebilecektir. Bu safhada öncelikle; işverence her türlü tasarruf tedbirinin alınıp alınmadığının, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediğinin, fesih yolundan önce başka alternatif çözümlere başvurulup başvurulmadığının, yıllık izin ya da ücretsiz izin yollarına başvurulup vurulmadığının, işverenin işletmesel kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığının, sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde bir kriter tespit edildi ise bu kritere uyulup uyulmadığının, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığının, iş sözleşmesi feshedilen işçinin yerine aynı nitelikte yeni işçi alınıp alınmadığının, işletmesel karar sonucu feshin açınılması olup olmadığının, somut olarak tespit edilmesi gerekecektir⁶².

Mahkemeler söz konusu denetimleri, yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, hesap uzmanı, gelirler kontrolörleri veya üniver-

sitelerde sadece maliye bölümü vergi alanındaki öğretim üyeleri ile işletme bölümü finansman ve muhasebe öğretim üyelerinden en az biri aracılığı ile ilgili kurumlardan kayıtlar getirildikten sonra işyerinde keşif yaparak ve şirket mali ve ticari kayıtlarını, personel giriş ve çıkış kayıtlarını, sermayesi ve öz varlıklarını, borçları-alacaklarını, satış ve üretim değerlerini, kısaca mali bilançosunu ve defterlerini inceleyerek yapabileceklerdir⁶³.

Şayet yapılan tüm değerlendirmelerden sonucu, genel ekonomik krizin veya asgari ücret artışının işverenin işletmesini doğrudan etkileyerek satış ve siparişlerde azalmaya yol açtığı, üretimi kısmak zorunda kaldığı, üretim maliyetlerinin katlanılamayacak seviyelere ulaştığı sonuçlarına ulaşırsa, ekonomik kriz ve asgari ücret artışının işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde işyeri ve işletmeden kaynaklanan geçerli bir olabileceği kabul edilebilecektir⁶⁴. Aksi takdirde sadece genel ekonomik krizin varlığı veya asgari ücret artışı iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep olarak kabul edilmeyecektir.

5. Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışı Sebebi ile Yapılan Norm Kadro Uygulamalarının İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshinde Geçerli Sebep Olarak Gösterilebilmesi

Ekonomik kriz ve asgari ücret artışlarından kaynaklanan yenilen yapılandırma çalışmaları kapsamında gerçekleştirilen norm kadro uygulaması sonucunda ortaya çıkan personel fazlalığını gidermek amacıyla, işverenlerin işçilerinin iş sözleşmelerini işletme işyeri ve işin gereklerine dayanarak feshetmelerine sıkça rastlanmaktadır. Ancak norm kadro uygulamaları sonucunda yapılan fesihlerde de, söz konusu fesihlerin geçerli sebebe dayandırılabilmesi için dikkat edilmesi gereken birçok husus bulunmaktadır.

Buna göre, böyle bir durumda bir uyuşmazlık

Yarg. 9. HD. 01.07.2010 t. E. 2009/24400 K. 2010/21297, Yarg. 9. HD 02.11.2009 t. E.2009/39824 K.2009/29938, <https://legalbank.net/>

60 Yarg.22. HD. 22.06.2016 t.E.2016/4582, K.2016/18840, <https://legalbank.net/>

61 Yarg. 9. HD. 01.07.2010 t. E. 2009/24400 K. 2010/21297, Yarg. 9. HD 02.11.2009 t. E.2009/39824 K.2009/29938, Yarg. 9. HD 02.11.2009 t. E.2009/39765, K. 2009/29964, <https://legalbank.net/>

62 Yarg. 9. HD 02.11.2009 t. E.2009/39824 K.2009/29938, Yarg. 9. HD 02.11.2009 t. E.2009/39765, K. 2009/29964, Yarg. 9. HD 01.12.2009 t. E. 2009/27186, K. 2009/32636, <https://legalbank.net/>

63 Yarg. 9. HD 02.11.2009 t. E.2009/39824 K.2009/29938, Yarg. 9. HD 02.11.2009 t. E.2009/39765, K. 2009/29964, Yarg. 9. HD 01.12.2009 t. E. 2009/27186, K. 2009/32636, <https://legalbank.net/>

64 Yarg.22. HD. 22.06.2016 t.E.2016/4582, K.2016/18840, <https://legalbank.net/>

çıkması halinde, işverenin feshi geçerli sebeple yaptığından söz edilebilmesi için öncelikle, işyerinde norm kadro uygulanmasına ilişkin bir işletmesel karar alındığını, norm kadro uygulaması sonucunda ortaya çıkan norm kadro sayısının, işyerindeki mevcut kadro sayısından az olduğunu ve fesihlerin norm kadro uygulaması sonucunda ortaya çıkan norm kadro sayısına uygun olarak yapıldığını ispatlaması gerekecektir⁶⁵.

İşverenin almış olduğu yeniden yapılandırma kararı kapsamında norm kadro uygulamasına ilişkin işletmesel kararın uygulanması sonucunda, istihdam fazlası olarak ortaya çıkacak olan işçilerin iş sözleşmelerini feshi, belirli yükümlülüklerin işverence yerine getirilmesi durumunda işletme işyeri ve işin gereklerine dayanan fesih olarak mahkemelerce kabul edilebilmektedir⁶⁶.

Söz konusu işletmesel kararlar mahkemelerce amaca uygunluk ve yerindelik yönünden denetlenemeyecek olsalar bile, kararın tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığına ilişkin olarak tutarlılık denetimine, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığına ilişkin olarak keyfilik denetimine ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığına ilişkin olarak ölçülülük-gereklilik denetimine tabi tutulabilecektir⁶⁷.

Buna göre, feshin, işverenin almış olduğu norm kadro uygulamasına ilişkin işletmesel kararın uygulanması sonucu ortaya çıkan işçi fazlalılığı sebebiyle yapıldığı iddiasında, iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığının saptanması açısından, sadece norm kadro uygulaması ve küçülme kararını içeren bir yeniden yapılandırma kararının bulunması yeterli olmayacaktır⁶⁸.

Mahkemeler, söz konusu işletmesel karar ve işyeri organizasyondan anlayan bir bilirkişi veya gerekirse öğretim üyelerinin de aralarında bulunacağı bilirkişi heyeti ile işyerinde keşif yaptırarak, feshi neden gösterilen yeniden yapılanmanın gerçek olup olmadığı, işverenin norm kadro çalışması yapıp yapmadığı ve buna bağlı olarak iş gücü fazlası olup olmadığı, işçinin çalıştığı bölümün ya da pozisyonunun lağvedilip edilmediği, iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı kadronun kaldırılıp kaldırılmadığı, işverenin iş sözleşmesi feshedilen işçi dışında işçi çıkarıp çıkarmadığı, yeniden yapılandırma kararının belirlediği norm kadro sayısı ile yapılan fesihlerin sayısının uyumlu olup olmadığı, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine yeni işçi alınıp alınmadığı ya da iş sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine başka bölümden işçi atanıp atanmadığı, şayet kadro kaldırılmış ise feshin son çare olması ilkesi uyarınca işçinin başka bir bölümde ve özellikle başkalarının atanmış olduğu benzer kadrolarda değerlendirilme olanağının olup olmadığı, yeni işçi alındı ise, sözleşmesi feshedilen işçinin işe yeni alınan işçilerle aynı nitelikte olup olmadığı ya da kısa bir eğitimle değerlendirilebileceği uygun bir pozisyonun olup olmadığı hususlarını denetleyeceklerdir⁶⁹.

Mahkemeler bu denetlemelerin yapılmasında, işletmesel karara ilişkin belgelerin yanında, işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımlarından, işletme, işyeri organizasyon şemasından, işten çıkarılacak işçilerin, işyeri şahsi sicil dosyaları, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlardan, işverenin aynı işkolundaki işçi sayısını, fesih tarihi öncesi ve sonrasını kapsayacak şekilde işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren işyeri SSK bildirgelerinden, işyeri kayıt ve bilançolarından da bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle yararlanacaklardır⁷⁰.

65 Yarg. 9. HD. 14.09.2005 t. E. 2005/21675, K. 2005/29913, <https://legalbank.net/>

66 Yarg. 9. HD. 19.10.2005 t. E. 2005/27076, K. 2005/34062, Yarg. 9. HD. 21.09.2005 t. E. 2005/22121, K. 2005/30718, Yarg. 9. HD. 19.10.2005 t. E. 2005/27643, K. 2005/34064, <https://legalbank.net/>

67 Yarg. 9. HD. 15.01.2018 t. E.2016/33190, K.2018/29, Yarg. 22. HD. 04.04.2017 t. E.2017/30594, K.2017/7664 ;Yarg. 9. HD. 15.10.2007 t. E. 2007/16151, K. 2007/30228, <https://legalbank.net/>

68 Yarg. 9. HD. 22.11.2004 t. E. 2004/10049, K. 2004/25827, Yarg. 9. HD. 14.02.2005 t. E. 2004/28938, K. 2005/4129,

<https://legalbank.net/>

69 Yarg. 9. HD. 15.01.2018 t. E.2016/33190, K.2018/29, Yarg. 9. HD. 09.02.2009 t. E. 2009/1186, K. 2009/1832, Yarg.22. HD. 17.01.2012 t. E.2011/18158, K.2012/104, <https://legalbank.net/>

70 Yarg. 9. HD. 06.10.2008 t. E.2008/30271 K.2008/25206, Yarg. 9. HD. 21.11.2005 t. E. 2005/34453, K. 2005/36793, Yarg. 9. HD. 14.05.2007 t. E. 2007/6412, K. 2007/14896,

Kadro azaltılması sebebiyle iş sözleşmesi feshedilecek işçileri belirlemede işvereni bağlayan bir kural olmadığı takdirde, mahkemeler işverenin iş sözleşmelerinin feshinde objektif kritere dayanıp dayanmadığı konusunda denetim yapamayacaklardır⁷¹.

Bu anlamda Norm Kadro çalışmalarına ilişkin alınan işletmesel kararların ve bu kararlara dair norm kadro cetvelinin işverence mahkemeye sunulması, insan kaynakları planlama toplantılarında kadro sayısına göre tüm birimlerin incelenmiş olması ve eğitim, ilgili birimdeki çalışma süreleri, yapılan iş ve işlerin şirket için katma değer sağlayıp sağlamadığı gibi kriterlerin göz önünde bulundurulmuş olması durumlarında, yapılan norm kadro çalışmaları sonucunda işçinin kaydırılabileceği başka pozisyon bulunmadığı hallerde iş sözleşmesinin işyeri işletme ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeple feshedilmiş olduğu kabul edilmektedir⁷².

Buna karşılık, norm kadro uygulaması sonucunda ortaya çıkacak olan norm kadro sayısı, işyerindeki mevcut kadro sayısından fazla ise ya da mevcut kadro sayısı ile eşit ise, bu uygulamaya dayanılarak kadro fazlalığından söz edilemeyecek ve iş sözleşmeleri işletme işyeri ve işin gereklerine dayanılarak feshedilemeyecektir⁷³.

6. Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarından Kaynaklanan Yeniden Yapılandırma Çalışmaları Kapsamında İşyerindeki Bazı Bölümlerin Kapatılmasının İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshinde Geçerli Sebep Olarak Gösterilebilmesi

Uygulamada özellikle kriz dönemlerinde ve işverenin almış olduğu tüm önlemlere rağmen zarar etmenin önüne geçemediği hallerde sıkça kar-

şılaşılan durumlardan biri de, işyerinin ya da bazı bölümlerin-birimlerin kapatılmasıdır⁷⁴. İşveren bu uygulaması ile işletmesini bir anlamda biraz küçülterek, kar getirmediğini düşündüğü bir bölümün faaliyetine son vermektedir. İşverenler almış oldukları işyerlerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına ilişkin işletmesel kararı yürürlüğe koyduklarında, bu bölümlerde çalışan ancak, istihdam fazlası olarak ortaya çıkan işçilerin iş sözleşmelerini, işyerlerindeki bazı bölümlerin kapatılması sebebiyle ortaya çıkan istihdam fazlalığı sebebinin öne sürerek feshetmektedirler⁷⁵.

Buna benzer bir diğer durum da belirli makinelerde çalışan işçilerin, çalışmalarını sürdürdükleri makinelerin, işveren tarafından satılmasıdır. Gerçekten, istihdamı sadece söz konusu makinenin varlığı durumunda mümkün olan bir işçi için, görev yaptığı makinenin satılması görev yaptığı bölümün kapatılması ile aynı önemde olmaktadır⁷⁶.

İşverenlerin işyerindeki bazı bölümlerin, birimlerin kapatılmasına yönelik işletmesel kararlar mahkemelerce amaca uygunluk ve yerindelik yönünden denetlenemeyecek olsalar bile, kararın tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığına ilişkin olarak tutarlılık denetimine, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığına ilişkin olarak keyfilik denetimine⁷⁷ ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığına ilişkin olarak ölçülülük-gereklilik denetimine tabi tutulabilecektir.

İşyerlerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına ilişkin almış olduğu işletmesel kararı yürürlüğe koyması sebebiyle oluşan istihdam fazlalığı dolayısı ile bazı işçilerin iş sözleşmesini işletme işyeri ve işin gereklerine dayalı geçerli sebep ile feshettiğini iddia eden bir işveren, bu konuda bir uyuşmazlık çıkması durumunda, öncelikle yenden yapılanma çalışmaları içinde bulunduğunu, organizasyon şemasına göre söz konusu birimin

<https://legalbank.net/>

Yarg. 9. HD. 19.09.2005 t. E. 2005/25482, K. 2005, <https://legalbank.net/>

71 Yarg. 9. HD. 09.02.2009 t. E. 2009/1186, K. 2009/1832, Yarg.22. HD. 17.01.2012 t. E.2011/18158,K.2012/104

72 Yarg.7. HD. 28.01.2015 t. E.2014/17005,K.2015/771, <https://legalbank.net/>

73 Yarg. 9. HD. 25.09.2006 t. E. 2006/15202, K. 2006/24606, <https://legalbank.net/>

74 Yarg. 7. HD. 17.02.2016 t. E2015/5128, K.016/3530, <https://legalbank.net/>

75 Yarg. 9. HD. 26.05.2008 t. E. 2007/37468, K. 2008/12494, Yarg. 9. HD. 21.05.2007 t. E. 2007/6419, K. 2007/15596

76 Yarg. 9. HD. 12.09.2005 t. E. 2005/23269, K. 2005/29440, <https://legalbank.net/>

77 Yarg. 9. HD. 15.01.2018 t. E.2016/33190, K.2018/29, <https://legalbank.net/>

veya bölümün fiilen kesin, sürekli ve kalıcı surette kapandığını, birim veya bölümün kapatılması nedeni ile kaç kişilik kadro fazlası oluştuğunu, iş sözleşmesi feshedilen işçinin kapatılan bölümde çalıştığını, toplu iş sözleşmesinde yer alan ya da işverence açıklanan iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde objektif kriterler söz konusu ise bunlara uyulduğunu, görev yaptığı bölüm kapatılan işçiye şayet mümkünse feshin son çare olması kapsamında işyerinde başka bir görev teklif ettiğini ve işçinin alternatif iş teklifini kabul etmeyerek eski pozisyonunda çalışmaya devam etmek istemesinin istihdam fazlalığı meydana getirdiğini⁷⁸ ispatlamakla yükümlü olacaktır⁷⁹.

Diğer yandan mahkemece, şayet varsa fesih-ten önce veya sonra işe alınanların sayısı ve nitelikleri, bunların iş sözleşmesi feshedilen işçilerin çalıştıkları bölüme ya da aynı düzeyde başka bir bölüme alınıp alınmadıkları, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin başka bir pozisyonda veya işverene ait başka bir işyerinde değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığı, fonksiyon veya bölüm birleştirmesi söz konusu ise birleştirmenin yapıldığı fonksiyon ve bölümde değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri hususları da denetlenebilecektir.

Mahkeme bu kapsamda yaptığı denetimde, kapatıldığı iddia edilen birimlerde üretim yapıp yapılmadığı, bu birimlerde üretimin yapılmaması halinde bu birimlerdeki faaliyetlerin işveren tarafından nasıl karşılandığı hususunda da uzman bilirkişiler vasıtasıyla inceleme yaparak istihdamı engelleyen durumu araştırarak ve fesihlerin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığına karar verecektir⁸⁰.

Buna karşılık, işverence bölüm-birim kapatıl-

masına karar verilmesi ve bu işletmesel kararın uygulanması sonucunda, istihdam fazlası meydana geldiğinde toplu iş sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm yoksa ve işverence bu yönde bir taahhüt yapılmadı ise, işvereni gerek çıkarılacak ve gerekse nakledilecek işçilerin belirlenmesinde bağlayan bir kural bulunmamaktadır⁸¹. Diğer yandan, bölüm kapatılması uygulamalarında, esnek veya vardiyalı çalışma türlerinin uygulanmasının istenmesi mümkün olmayacağı gibi, bazı bölümlerde fazla mesai yapılması durumunda fazla mesai süresinin istihdamı sağlayacak bir süre olup olamayacağı ancak keşif sonrası bilirkişi raporu ile tespit edilebilecektir⁸².

7. Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarından Kaynaklanan Yeniden Yapılandırma Çalışmaları Kapsamında İşyerindeki Bazı İşlerin Alt İşverene Verilmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 4857 sayılı İK. işverenlere, işyerlerinde yürüttükleri; mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde alt işveren uygulaması konusunda serbesti getirmiştir. Bu anlamda işverenler, ekonomik kriz ya da asgari ücret artışlarının üretim maliyetlerinde getirmiş olduğu artışa bir tepki olarak, işyerlerinde yürüttükleri; mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde alt işveren uygulaması yapılmasına ilişkin olarak, işletmesel karar alabileceklerdir.

Burada karşımıza çıkabilecek olan sorun, işverenin işyerinde yürüttüğü; mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde, alt işveren uygulaması yapılmasına ilişkin olarak

78 Yarg.22. HD. 22.01.2015 t. E.2014/34085, K.2015/911, <https://legalbank.net/>

79 Yarg. 9. HD. 15.01.2018 t. E.2016/33190, K.2018/29, Yarg. 9. HD.14.04.2008 t. E. 2008/6288, K. 2008/8329, Yarg. 9. HD.14.04.2008 t. E. 2008/9760, K. 2008/ 8359, <https://legalbank.net/>. Ayrıca bkz.SÜZEK, s.590; DEMİR, s.345

80 Yarg.7. HD. 11.03.2014 t.E.2014/113, K.2014/5653, Yarg. 9. HD. 30.06.2008 t. E. 2008/1820 K. 2008/17982, Yarg. 9. HD. 06.02.2006 t. E. 2005/37490, K. 2006/2317, <https://legalbank.net/>

81 Yarg. 9. HD. 30.06.2008 t. E. 2008/1816 K. 2008/17979, <https://legalbank.net/>

82 Yarg. 9. HD. 30.06.2008 t. E. 2008/1816 K. 2008/17979, <https://legalbank.net/>

gerekli gördüğü zaman işletmesel karar alması ve bu karara dayanarak alt işverene verdiği işlerde, önceden çalışan kendi işçilerinin iş sözleşmelerini feshetmesinde, bazı işlerin alt işverene devrine yönelik almış olduğu işletmesel kararın, iş sözleşmelerinin feshinde geçerli sebep olarak sayılıp sayılamayacağına ilişkindir.

Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır ve bazı işlerin işverence alt işverene devrinin işletme gereklerine dayanan geçerli bir fesih sebebi olabilmesi, İK. uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır⁸³. Buna karşılık, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli sebep kabul edilemeyecektir⁸⁴.

Bu anlamda, İş Kanunu'nun alt işveren asıl işveren ilişkisinin, işverenin, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde kurulabilmesini, herhangi bir koşula bağlamaması nedeniyle, bu tür işlerin muvazaa olmaması kaydıyla, alt işverene devri sebebiyle, iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilebilecektir⁸⁵.

Buna karşılık, yardımcı işler dışında bir işin alt işverene verilebilmesi için, yukarıda açıklandığı üzere, İK'nun 6'ncı fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin söz konusu olması gerekecektir. Yani bir başka ifade ile, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" özelliği yoksa o iş İK. uyarınca alt işverene devredilemeyecek, işletmenin ve işin gereğine bağlı geçerli sebep ancak teknolojik nedenlerin varlığının söz konusu olması halinde kabul edilebilecektir. Buna göre, yardımcı bir iş dışında, asıl işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmeyen bir bölümü-

nün bölünerek alt işverene verilmesi durumunda, bu durum muvazaa sayılacağından alt işveren asıl işveren ilişkisi geçersiz sayılacak, bunun sonucu olarak da işverenin bu ilişkiyi kurmak amacıyla yapmış olduğu fesihler geçerli sebep olmadığı gerekçesi ile geçersiz olacaktır⁸⁶.

Alt işveren uygulamasının bir işletmesel karar olması sebebi ile, bazı işlerin işverence alt işverene devrinin işletme gereklerine dayanan geçerli bir fesih sebebi olması durumunda önem taşıyan husus, iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı bölüme ait işlerin gerçekten alt işverene ihale edilip edilmediği ve söz konusu işçinin başka bir bölümde değerlendirilme olanağının olup olmadığıdır⁸⁷.

Görüldüğü üzere, İK. m.2/6 ve 7 uyarınca, İK'nun kendisine tanıdığı imkanı kullanmak suretiyle işveren, işyerinde yürüttüğü; mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde ve/veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde uygun gördüğü zamanlarda alacağı işletmesel karar ile alt işveren- asıl işveren ilişkisinin kurulmasını yani bu işlerin alt işverene devrini gündeme getirebilecektir⁸⁸. Yardımcı işin özel bir alt işverene yaptırılmasına karar verilmesi, işletmesel bir karar olup, işverenin bu işletmesel kararı yargı denetiminin dışında olacaktır⁸⁹. Yani alt işverene verilen işin, mevcut personelle yapılabilecek bir iş olduğu, bu hizmetin özel bir firmadan temin edilmesinin makul ve geçerli bir sebebe dayanmadığı mahkemelerce ileri sürülemeyecektir⁹⁰.

Bunun gibi, işverence; işyerinde yürüttüğü; mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde ve/veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve

83 SÜZEK, s.591; Yarg. 9. HD. 14.02.2011 t. E. 2011/6396, K. 2011/2628; Yarg. 9. HD. 04.10.2010 t. E. 2010/31100 K. 2010/27048; Yarg. 9. HD. 03.06.2008 t. E. 2007/37527 K. 2008/13812, <https://legalbank.net/>

84 Yarg. 9. HD. 14.02.2011 t. E. 2011/6396, K. 2011/2628 Yarg. 9. HD. 03.06.2008 t. E. 2007/37527 K. 2008/13812, Yarg. 9. HD. 26.05.2008 t. E. 2008/15486, K. 2008/12521, <https://legalbank.net/>

85 ÇELİK, s.517-519; SÜZEK, s. 591

86 Yarg. 7. HD. 21.01.2016 t. E.2015/32128, K.2016/626; Yarg. 9. HD. 03.06.2008 t. E. 2007/37527 K. 2008/13812, Yarg. 9. HD. 26.05.2008 t. E. 2008/15486, K. 2008/12521, Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2008/15364, K. 2008/11410, <https://legalbank.net/>

87 Yarg. 9. HD. 21.03.2006 t. E. 2006/5217, K. 2006/7855, <https://legalbank.net/>

88 Yarg. 22. HD. 22.01.2018 t. E.2017/45868, K.2018/959, <https://legalbank.net/>

89 Yarg. 9. HD. 29.01.2007 t. E. 2006/30093, K. 2007/1246, <https://legalbank.net/>

90 Yarg. 9. HD. 29.01.2007 t. E. 2006/30093, K. 2007/1246, <https://legalbank.net/>

işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde alt işveren uygulamasına gidilmesine ilişkin işletmesel karar alındığında ve bunun sonucunda alt işverene devredilecek işlerde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi söz konusu olduğunda, işverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması da, sırf bu yüzden iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmayacaktır. Bir başka ifade ile, iş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması kuralı, hatalı olarak alınan işletmesel kararlar açısından da söz konusu olacaktır. Hakim, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işverenin önceden almış olduğu işletmesel kararın hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar veremeyecektir⁹¹.

Sonuçta, işverenler işyerinde İK'nun izin verdiği bazı işlerin alt işverene devredilmesi sürecinde işyerinin yapısını, organlarını, görevleri, görev tanımlarını gösteren yeni organizasyon şeması düzenlemek suretiyle, bazı kadroları iptal ederek, bazı işleri alt işverenden hizmet alma yoluna giderek, işyerinde söz konusu işlerde çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshetmektedirler⁹².

Kanuna uygun kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi ve yeni organizasyon bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edileceğinden⁹³, feshin alt işveren uygulaması sebebi ile işçi çıkarılmasına ilişkin bir işletmesel karara dayanacağı iddiasında mahkemeler yine birçok hususu

denetleyeceklerdir.

Buna göre, mahkemeler öncelikle; alt işveren-asıl işveren uygulamasına ilişkin bir işletmesel karar alınıp alınmadığını, geçerli feshi kanıtlaya yükümlülüğü olan işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşmenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesine uygun olup olmadığını, iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı bölümünün bu karardan etkilenip etkilenmediğini, o bölümde çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğini, alt işverenlik uygulaması sonucu meydana gelen işgücü fazlalığının giderilmesinde objektif ve genel bir ölçütün uygulanıp uygulanmadığını, tahsil ve beceri durumu göz önünde bulundurulduğunda sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinin aynı veya başka bir biriminde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini, fesihten önce ya da sonra yeni işçi alınıp alınmadığını inceleyeceklerdir⁹⁴.

Bu inceleme sonucunda da işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığına, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığına ve bu karar sonucu feshin kaçınılmaz (son çare) olup olmadığına karar vereceklerdir⁹⁵.

Bu anlamda, alt işverene verilen işlerde daha önce çalışan işçilerden fesih tarihi öncesi ve sonrasında işyeri bünyesinde başka görev/unvanlarda çalıştırılan işçi olup olmadığı, fesih tarihinden sonra işletme bünyesinde alt işverene verilen işte çalıştırılan işçi olup olmadığı, işten çıkarılmayan işçiler var ise yeterliliklerinin sağlanması için onlara ayrıca bir eğitim verilip verilmediği, iş sözleşmesi feshedilen işçinin eğitim durumu, bilgi ve tecrübesi de göz önüne alınarak işyeri bünyesinde başka bir görevde değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı gibi hususlar da değerlendirilecektir⁹⁶.

91 Yarg. 7. HD. 21.01.2016 t. E.2015/32128, K.2016/626 ;Yarg.7. HD. 27.01.2015 t. E.2014/19859,K.2015/607, Yarg.7. HD.27.01.2015 t. E.2014/18482,K.2015/600, Yarg.7.HD. 28.01.2015 t. E.2014/17005,K.2015/771, <https://legalbank.net/>

92 Yarg. 9. HD. 26.05.2008 t. E. 2007/37487, K. 2008/12511, Yarg. 9. HD. 05.12.2006 t. E. 2006/24012, K.2006/31989, <https://legalbank.net/>

93 Yarg. 7. HD. 21.01.2016 t. E.2015/32128, K.2016/626, Yarg. 9. HD. 26.05.2008 t. E. 2007/37487, K. 2008/12511, Yarg. 9. HD. 05.12.2006 t. E. 2006/24012, K.2006/31989, <https://legalbank.net/>

94 Yarg. 9. HD. 15.01.2018 t. E.2016/33190, K.2018/29,Yarg. 9. HD. 03.06.2008 t. E. 2007/37527 K. 2008/13812, Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2008/15364, K. 2008/11410, <https://legalbank.net/>, ÇELİK, s.515 ; SÜZEK, s.593

95 Yarg. 9. HD. 15.01.2018 t. E.2016/33190, K.2018/29,Yarg. 9. HD. 03.06.2008 t. E. 2007/37527 K. 2008/13812, Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2008/15364, K. 2008/11410, <https://legalbank.net/>, ÇELİK, s.515 ; SÜZEK, s.593

96 Yarg.7. HD. 27.01.2015 t. E.2014/19859,K.2015/607, <https://legalbank.net/>

Alt işverene verilen işin, İK.m.2/6 kapsamında alt işverene verilebilecek işlerden olmasına rağmen, işçinin iş sözleşmesinin bu uygulamaya dayanarak hemen değil de, uzun bir süre sonra feshedilmesi durumunda ise, mahkemece ayrıca alt işveren – asıl işveren ilişkisinin uzun bir süre geçmesine rağmen işçinin iş sözleşmesini etkileyip etkilemediğinin, eğer etkileme söz konusu ise, bu etkilemenin ne şekilde olduğunun incelenmesi de gerekecektir⁹⁷.

Mahkemeler tüm bu denetimleri yaparken; işletmenin işletmesel karara ilişkin belgelerini, işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımlarını, işletme, işyeri organizasyon şemasını, işten çıkartılan işçilerin, işyeri şahsi sicil dosyaları, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlarını, fesihden önce ve sonrasını kapsayacak şekilde işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren işyeri SSK bildirimlerini getirterek, özellikle işletmenin faaliyet alanını ve iş organizasyonunu bilen uzman bilirkişi incelemesi yaptırarak, gerekirse işyerinde keşif de yaparak feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığını belirleyeceklerdir⁹⁸.

Bu incelemeler sonucunda ekonomik kriz veya asgari ücret artışı sonucunda gündeme getirilmiş olan yeniden yapılandırma çalışmaları kapsamında işyerindeki bazı işlerin alt işverene verilmesinin, iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar verilecektir.

Sonuç

Herhangi bir mal, hizmet, üretim faktörü ya da döviz piyasasındaki fiyat/miktarlarda kabul edilebilir bir değişme sınırının ötesinde gerçekleşen şiddetli dalgalanmalar olarak tanımlanabilecek olan ekonomik krizler ve özellikle bu kriz dönem-

lerinde iş sözleşmesi tarafları dışında, dışarıdan piyasa müdahalesi ile ortaya çıkan yüksek oranlı asgari ücret artışları, günümüzde işletmeleri ve dolayısı ile bu işletmelerde çalışan işçileri ciddi anlamda etkilemekte, işletmelerde yapısal ve organizasyonel değişimleri gündeme getirmektedirler.

Her ne kadar ekonomik kriz dönemlerinin ve bu dönemlerde yaşanan yüksek oranlı asgari ücret artışlarının istihdamı olumsuz etkilemesinin önüne geçilebilmesi için Devlet tarafından istihdamı arttırmaya yönelik teşvikler yürürlüğe konulsa ve mevzuatımızda kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin düzenlemeler yer alsa da, bu uygulamaların işverene yeterli rahatlamayı sağlamadığı durumlarda, işverenlerce çoğunlukla, doğrudan ekonomik kriz ya da üretim maliyetlerinin artması sebebiyle işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yönünde karar alınmasına ya da yeniden yapılanmaya gitmek suretiyle dolaylı olarak bu sonuca ulaşmalarına rastlanmaktadır. Yeniden yapılanmaya ilişkin olarak en çok karşılaşılan uygulamalar; norm kadro uygulaması sonucunda işyerinde bazı kadroların iptal edilmesi, işyerindeki bazı bölümlerin kapatılması ve işyerindeki bazı işlerin alt işverene verilmesidir.

İş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından düşünüldüğünde ekonomik kriz dönemlerinin ve bu dönemlerde yaşanan yüksek oranlı asgari ücret artışlarının, iş sözleşmelerinin doğrudan ya da yeniden yapılanma sonucunda feshedilmesinde geçerli bir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu büyük önem taşımaktadır.

Sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasadaki genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı ve üretim maliyetlerinin katlanılamayacak seviyelere ulaşması gibi sebeplerin, kural olarak iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli sebep olarak kabul edilebileceğine bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli

[ps://legalbank.net/](https://legalbank.net/)

97 Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2008/15362, K. 2008/11408, Yarg. 9. HD. 02.05.2006 t. E. 2006/10516, K. 2006/12278, <https://legalbank.net/>

98 Yarg. 9. HD. 23.06.2008 t. E. 2007/40979 K. 2008/17103, Yarg. 9. HD. 26.05.2008 t. E. 2008/15486, K. 2008/12521, Yarg. 9. HD. 17.01.2006 t. E. 2005/38734, K. 2006/38, <https://legalbank.net/>

sebeple iş sözleşmesinin feshinde, işyerini, işletmeyi veya işi etkileyen objektif sebeplerin istihdam fazlası yaratması, işçilerin işyerindeki istihdamını, bütünüyle ve sürekli olarak engellemesi, yani bir başka ifade ile işçinin işyerinde çalışma olanağının kesin ve sürekli olarak ortadan kalkmış olması gerekmektedir.

Diğer yandan, ekonomik kriz ve asgari ücret artışlarının yapılacak değerlendirmeler sonucunda işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli sebep olarak kabul edilebilmesi için, yapılan feshin belirli bir prosedüre uygun olarak yapılmış olması gerekmektedir. Buna göre her şeyden önce, işverence, yapılacak olan feshe temel teşkil edecek bir işletmesel karar alınması gerekmektedir. Bunu takiben, işletmesel kararın uygulaması sonucunda yazılı olarak yapılacak feshin, başvurulabilecek son çare olması gerekmektedir.

İşverence doğrudan, ekonomik kriz ve ücret artışlarına dayandırılan fesihlerin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığının tespiti için, işverenin söz konusu hallerin işyerinde sebep olduğu olumsuzlukların işyerinde geçici değil, sürekli bir engel yarattığını kanıtlaması, yani işyerinin doğrudan ve olumsuz etkilediğinin ispatı gerekecektir. Zira, «genel» nitelikli olmayan ve süreklilik arz etmeyen «ekonomik krizler», «zorlayıcı nedenler» veya «geçici ifayı kabul engellerinde», geçerli fesih hakkı doğmayacaktır.

Bununla birlikte, kriz genel nitelikli ve sürekli olsa da, işveren iş sözleşmesinin feshinde, ekonomik kriz, asgari ücret artışı gibi genel ve soyut bir beyanla yetinemeyecek, genel ekonomik krizin veya asgari ücret artışının işletmesini doğrudan etkileyerek satış ve siparişlerde azalmaya yol açtığını, üretimi kısmak zorunda kaldığını, üretim maliyetlerinin katlanılamayacak seviyelere ulaştığını ispatlamak için maddi deliller sunmak, bunun sonucunda da işgücü fazlasının ortaya çıktığını ispatlamak zorunda olacaktır. Bu anlamda, sadece krizin varlığı veya kriz nedeniyle işverenin kârının olmaması veya zarar etmesi, üretim ve sürümde meydana gelen aksaklıklar, finans zorluk-

ları, siparişte azalma gibi olgular doğrudan fesih için geçerli sebep olarak kabul edilemeyecektir.

Yapılan değerlendirmeler sonucu, genel ekonomik krizin veya asgari ücret artışının işverenin işletmesini doğrudan etkileyerek satış ve siparişlerde azalmaya yol açtığı, üretimi kısmak zorunda kaldığı, üretim maliyetlerinin katlanılamayacak seviyelere ulaştığı sonuçlarına ulaşırsa, ekonomik kriz ve asgari ücret artışının işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde işyeri ve işletmeden kaynaklanan geçerli bir sebep olabileceği kabul edilebilecektir.

Ekonomik kriz ve asgari ücret artışları sebebi ile işverenlerce yeniden yapılanmaya gidilmesi ve bu kapsamda norm kadro çalışması yapılması sonucunda işçilerin iş sözleşmelerinin feshi gündeme geldiğinde ise, feshe neden gösterilen yeniden yapılanmanın gerçek olup olmadığı, işçinin çalıştığı bölümün ya da pozisyonunun lağvedilip edilmediği, işverenin norm kadro çalışması yapıp yapmadığı ve buna bağlı olarak iş gücü fazlası olup olmadığı, iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı kadronun kaldırılıp kaldırılmadığı, işverenin iş sözleşmesi feshedilen işçi dışında işçi çıkartıp çıkarmadığı, yeniden yapılandırma kararının belirlediği norm kadro sayısı ile yapılan fesihlerin sayısının uyumlu olup olmadığı, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine yeni işçi alınıp alınmadığı, ya da iş sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine başka bölümden işçi atanıp atanmadığı gibi hususların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Tüm bu değerlendirmeler sonucu, yapılan norm kadro çalışmaları sonucunda işçinin kaydırılabileceği başka pozisyon bulunmadığı hallerde iş sözleşmesinin işyeri işletme ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeple feshedilmiş olduğu kabul edilebilecektir.

Ekonomik kriz veya asgari ücret artışları sebebiyle işyerlerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına ilişkin almış olduğu işletmesel kararı yürürlüğe koyması sebebiyle oluşan istihdam fazlalığı dolayısı ile bazı işçilerin iş sözleşmesini işletme işyeri ve işin gereklerine dayalı geçerli sebep ile feshettiğini iddia eden bir işverenin ise, öncelikli

yeniden yapılanma çalışmaları içinde bulunduğunu, organizasyon şemasına göre söz konusu birimin veya bölümün fiilen kesin, sürekli ve kalıcı surette kapandığını, birim veya bölümün kapatılması nedeni ile kaç kişilik kadro fazlası oluştuğunu, iş sözleşmesi feshedilen işçinin kapatılan bölümde çalıştığını, görev yaptığı bölüm kapatılan işçiye şayet mümkünse feshin son çare olması kapsamında işyerinde başka bir görev teklif edildiğini ve işçinin alternatif iş teklifini kabul etmeyerek eski pozisyonunda çalışmaya devam etmek istemesinin istihdam fazlalığı meydana getirdiğini ispatlaması gerekecektir. Aksi takdirde feshin geçerli bir sebebe dayandığından söz edilemeyecektir.

Aynı gerekçelerle, yeniden yapılanma kapsamında, işyerindeki bazı işleri alt işverene devreden bir işverenin, alt işverene devredilen işlerde çalışan işçilerinin iş sözleşmelerini işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli sebeple feshettiğinin kabul edilebilmesi için, öncelikle; alt işveren-asıl işveren uygulamasına ilişkin bir işletmesel karar alındığının, alt işveren uygulamasına yönelik sözleşmenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesine uygun olduğunun, iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı bölümünün bu karardan etkilediğinin, tahsil ve beceri durumu göz önünde bulundurulduğunda sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinin aynı veya başka bir biriminde değerlendirilemeyeceğinin ispatlanması gerekecektir.

KAYNAKÇA

- ACAR, H.; Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumlarında Yönetici Ve Öğretmenler Bakımından Norm Kadro Uygulaması Ve Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Mezurlarının İstihdam Sorunları. Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, 1-2, s. 53-66.
- BALTA Peltekoğlu, Filiz; Halkla İlişkiler Nedir, İstanbul.2001
- ÇANKAYA O. G. /GÜNAY C. İ. /GÖKTAŞ S.; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005
- Çelik, Nuri/CANİKLİOĞLU/Nurşen/CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri Yenilenmiş 31. Baskı, Eylül 2018
- ÇEVİK, Deniz; Asgari Ücret Uygulaması Nedir? Türkiye'de Nasıl Belirlenir? <http://www.alomaliye.com/> 2018/01/ 08/ asgari-ucet-uygulaması/ ; Erişim Tarihi 01.03.2019
- DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2018,
- DEMİR, Fevzi; Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri, Legal İş Hukuku ve sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Yıl 2009, Cilt:6, Sayı: 22 s.539-553.
- DİNÇER, Ö.; Stratejik Yönetim ve İşletme Politikası, 2. Baskı., İstanbul 1992.
- DURA, Cihan; Ekonomik Kriz Nedir, Özellikleri Nelerdir, Nasıl Gelişir?, <http://www.cihandura.com/tr/makale/EKONOMIK-KRIZ-NEDIR-OZELLIKLERI-NELERDIR-NASIL-GELISIR-498>, Erişim Tarihi 01.03.2019
- ENGİN, Murat; İşletme Gerekleri İle Feshi ve Ücretsiz İzin, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 2 Nisan-Haziran 2004, s.540-541
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 2016
- GEREK, Nüvit; Haftalık Normal Çalışma Sürelerinin Altında Sürelerle Yapılan Çalışmalar İçerisinde "Kısa Çalışma"nın Yeri Ve Önemi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl 2013, Cilt 10, Sayı: 38, s.3-27;
- GÜZEL Ali; İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi Ve Uygulama Esasları A. Can TUNCAY'a ARMAĞAN, s. 57-90
- IŞIK, N., ALAGÖZ, M. ve YILDIRIM, M.; (2006), "1990 Sonrası Türkiye'de Yaşanan Krizler:1994, 2000 ve 2001 Krizleri", Şubat 2006
- KALKANDELEN, H.; Örgütlerde Yeniden Yapılanma Ve Norm Kadro. Ankara 1997
- KESER, Hakan; İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Baskı, Ankara 2016

- KORKMAZ A.; Çağdaş Gelişmeler Açısından Asgari Ücret, Ankara 2003
- KORKMAZ, Adem/ÇOBAN, Orhan; Emek piyasasında Asgari Ücret, İşsizlik ve Enflasyon Arasındaki İlişkilerin Ekonometrik Bir Analizi: Türkiye Örneği (1969-2006, Maliye Dergisi, Sayı: 151, Temmuz-Aralık 2006, s. 16
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhtetin/BAYSAL, Ulaş; İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2018
- OĞUZMAN M. Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul 1955
- ORHANER, A. Baki; Türk İş Hukuku Emsal Kararları, Ankara 1967, s.353.
- ÖZDEMİR, Aylin; Kriz Yönetimi ve Halkla İlişkiler, Ege Yayıncılık, İzmir 1994
- SAYMEN F. Hakkı; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954
- SOYER, Polat; Küresel Kriz Sürecinde İşletme Gereklerine Dayanan Fesihler ve İstihdam Sorunu, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, Yıl: 3, Sayı: 12, s.68-73;
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku)16. Bası, İstanbul Eylül 2018
- TUĞCU, TANKUT Şule; Kriz Yönetiminde Liderlik Kavramının Önemi, Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi Ocak 2004, S.3, S:2, s.16-22.
- TÜZ, VERGİLİEL Melek; Kriz Döneminde İşletme Yönetimi, Ekin Kitabevi, Bursa 1996
- YILMAZ ESER, Burçin/TERZİ, Harun; Türkiye’de Asgari Ücret: Sorunlar Öneriler, İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 22, Ocak 2008 Sayı: 1, s.129-143
- YÜCEL, Fatih/KALYONCU, Hüseyin; Finansal Krizlerin Öncü Göstergeleri ve Ülke Ekonomilerini Etkileme Kanalları: Türkiye Örneği, Maliye Dergisi, Sayı 159, Temmuz-Aralık 2010, s.54-69
- STIGLER, G. J.; The Economics of Minimum Wage Legislation, The American Economic Review, 36(3),1946
- FRIEDMAN, M; Capitalism and Freedom, University of Chicago London 1962,
- ADDISON, J.T/BLACKBURN, M.K.L.; Minimum Wages and Poverty Industrial and Labor Relations Review, Vol. 52 3
- Legalbank Karar Bankası; <https://legalbank.net/>

Makale Gönderim Tarihi: 17 Haziran 2019

Makale Kabul Tarihi: 21 Haziran 2019

Sendikal Nedene Dayanan İşe İade Davalarında Kanun Yolu

Öz

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 12.10.2017 tarihinde kabul edilerek 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni Kanun ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılmış; bunun yanında 4857 sayılı İş Kanununda da değişiklikler öngörülmüştür.

7036 sayılı Kanunla özellikle iş mahkemelerinin artan iş yükü ve iş davalarının görülme süreleri dikkate alınarak iş mahkemesinde dava açılmadan önce dava şartı olarak arabuluculuk hükümlerine başvurulması zorunluluğu getirilmiştir. Yine Yargıtay'ın artan iş yükü ile Bölge Adliye Mahkemelerinin görevle

başlaması dikkate alınarak bazı uyuşmazlıklara ilişkin davaların, Yargıtay yerine bölge adliye mahkemesinde kesinleşmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda İş Kanunu m.20 uyarınca açılan işe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşeceği düzenlenmiş; ancak, sendikal sebeple yapılan fesihlerde işe iade davası açılması halinde kanun yoluna başvuru noktası belirsiz olarak kalmıştır. Bu çalışmada, kanun yoluna başvuru hakkının önemi de gözetilerek sendikal nedene dayanan işe iade davalarında kanun yoluna başvuru konusu üzerinde durulacaktır.

Anahtar Sözcükler:

İşe iade davası, sendikal sebeple fesih, kanun yolu, istinaf, temyiz.

Civil Remedy In Reinstatement Cases Based On Unionism

Abstract

The Labour Courts Law No. 7036 legislated in 12.10.2017 and entered into force in 25.10.2017. With the new Law, the Labour Courts Law No. 5521 has been repealed and were amendments made in the Labour Law no 4857.

Due to the increasing workload of labour courts and extended duration of the trials, in Law No 7036, it becomes obligatory to apply to the mediation before litigation. Also, it regulated that some disputes will conclude in the Regional Court of Appeal instead of the Court of Cassation, taking into

consideration the increasing workload of the Court of Cassation and the foundation Regional Courts of Appeal. In this context, it is regulated that the lawsuits filed under the Labour Law Article 20 will conclude at the stage of appeal; however, the civil remedy in the reinstatement cases where the termination of the contract based on unionism remained unclear. In this study, considering the importance of the right to appeal, the issue of determination of civil remedy in reinstatement cases basing on unionism will be underlined.

Keywords:

Reinstatement cases, termination of contract based on unionism, civil remedy, appeal, cassation.

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-ercumentozkaraca@yahoo.com

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-semadeniz1905@gmail.com

I. Giriş

İş güvencesi sistemi Hukukumuzda 2003 yılında uygulamaya girmiş ve 4857 sayılı İş Kanununda işe iade davalarına ilişkin verilen ilk derece mahkeme kararlarının temyiz aşamasında kesin olarak karara bağlanacağı öngörülmüştür (m. 20/3). İşe iade davalarının sayısının her geçen yıl artması, verilen işe iade kararlarının tespit hükmü niteliği sebebiyle işçinin geçersiz feshin parasal sonuçlarını elde edebilmek için birden çok dava açması, Yargıtay'ın iş yükünün yıllar içinde kaçınılmaz biçimde artması sonucunu beraberinde getirmiştir.

12.10.2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda iş mahkemelerinin ve Yargıtay'ın iş yükünü azaltmak amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin pek çoğu işe iade davalarına ilişkin olup dava şartı olarak arabuluculuğun öngörülmesi, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplanması bu kapsamda yapılan değişikliklerdendir. Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması kapsamında yapılan önemli değişikliklerden biri de işe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşmesine ilişkindir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesine göre, 4857 sayılı Kanunun 20 nci maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamaz. Düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunundan doğan işe iade davalarını açıkça temyiz yoluna başvurulamayacak kararlar arasında saymakta ancak; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanununun 25. maddesi kapsamında açılacak işe iade davalarına ilişkin açık bir düzenleme öngörmemektedir. Bu durum, sendikal sebeple yapılan fesihlerde açılacak işe iade davalarının hangi kanun yolu aşamasında kesinleşeceği sorununu beraberinde getirmektedir. Nitekim bu hususta öğretide farklı görüşler ileri sürüldüğü gibi farklı yönde yargı kararlarına da rastlanmaktadır. Bu çalışmada 7036 sayılı Kanunun 8. maddesinin sendikal nedene dayan fesihlerde uygulanıp uygulanamayacağı gerekçeleriyle değerlendirilecektir.

II. Kanun Yolu Kavramı

1) Kanun Yolunun Amacı

Yargılamanın amacı, ortaya çıkan hukuki uyuşmazlığı, hem uyuşmazlığın taraflarını hem de toplumu, o uyuşmazlık konusu hakkında tam olarak tatmin eder bir şekilde çözümlenektir. Yargı kararlarının telafi edilemez yapısı sebebiyle mahkemenin vereceği kararlardaki olası hataların önüne geçmek amacıyla bazı denetim mekanizmaları öngörülmesi gerekmiştir. Bu amaçla, modern hukuk sistemlerinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın tek bir mahkeme tarafından kesin olarak çözüme bağlanması esası yerine, verilen mahkeme kararlarına karşı taraflara, kanun yoluna başvurma imkânı getirilmek suretiyle kararın uygunluğunun daha üst bir mahkeme tarafından denetlenmesi sağlanmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından verilen ve doğru olmadığı ileri sürülen mahkeme kararlarının kesinleşmesinden önce üst mahkeme tarafından tekrar incelenerek değiştirilmesine veya düzeltilmesine yönelik olarak taraflara tanınmış olan başvuru yoluna kanun yolu denir¹.

¹ Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, 342; Bilge, Necip: Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara 1973, 3; Berki, Ömer: Karar Düzeltme Müessesesi, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, 143; Postacıoğlu, İlhan: Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul 1975, 716; Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, 636; Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979, 293; Berkin, Necmeddin M.: Tatbikatçılara Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, 875; Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, 816; Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 5, 6. Baskı, İstanbul 2001, 580; Durak, İzzet: Hukuk Yargılamasında Bozma Nedenleri, Niğde 2008, 3; Akkaya, Tolga: Medenî Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, 27; Üstündağ, Saim: 1711 Sayılı Kanun'un Kanunyolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, 181; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Tıpkı Baskı, İstanbul 2011, 445; Görgün, L. Şanal/Kodakoglu, Mehmet: Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012, 308; Muşul, Timuçin: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, 514; Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013, 1476; Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, 977; Karslı, Abdurrahim: Medenî Muhakeme Hukuku, İstanbul 2014, 695; Kuru, Baki: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015, 524; Arslan, Ra-

Yargı içinde verilen kararların denetimi, hem kararın hatalı olması riskini ortadan kaldırmayı hem de karar doğru da olsa daha deneyimli hâkimler tarafından incelenerek hukuka uygunluğunun sağlanmasını hedefler². Bu amaçla, mahkeme kararlarının kesinleşmesinden önce bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi kanun yolu kurumuyla sağlanmaktadır. Böylece, uyuşmazlığı karara bağlayan yerel mahkeme ve uyuşmazlığın tarafları kararın hukuka uygunluğunun denetlenebileceğini, varsa eksiklik ve hataların giderileceğini bilerek hareket ederler.

Kanun yolu ile hedeflenen, temelde hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Bunun gerçekleştirilebilmesi, içtihat birliğinin sağlanmasına yönelik çalışmalarla ve verilen mahkeme kararlarında hukukun yeknesak uygulanması ile mümkündür³. Bireyler dava açarken sadece kanunlarda yer alan hukuk kurallarını değil aynı zamanda hukukun bir parçası olan yargı kararlarını da gözetirler. Aynı konuda tutarlı olarak verilen kararlar, kişinin dava açması veya açmaması açısından belirleyici olabilir. Bu sebeple içtihat birliğinin, kişilerin hak arama hürriyetinin sağlanması açısından önemi büyüktür⁴. Kanun yolu kurumu ile

üst mahkemelerin farklı ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlar arasında birliği sağlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve somut olaya doğru uygulanması açısından yol gösterici olması mümkündür. İctihat birliğinin sağlanması, bir taraftan hukukun yeknesak uygulanmasını sağlarken, diğer taraftan hukukun gelişimine de hizmet eder. Kanun yolu, yargının kalitesinin artması bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Özellikle iki dereceli kanun yolu sisteminin kabulü ile denetimin derecesi ve denetimi yapan hâkimlerin bilgi, deneyim ve uzmanlıkları artmakta; bu durum, mahkeme kararlarının hukuk kurallarına ve somut olay adaletine daha uygun; hatasız ve yeknesak olmasını sağlamaktadır.

2) Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Sınırlandırılması

Kanun yoluna başvuru hakkı olumlu yönleri yanında bazı olumsuz sonuçları da içinde barındırabilir. Bunlar, kanun yoluna başvurulması sebebiyle yargılama sürecinin uzaması ve uyuşmazlığın daha uzun sürede sonuçlanması ile yargılama giderlerinin artması sebebiyle yargılamanın pahalılaşmasıdır⁵. Gerçekten de yargılamanın taraflara etkin bir hukuki koruma sağlayabilmesi için yargılamanın hızlı, kolay ve ucuz şekilde sonuçlandırılabilmesi gerekir. Kanun yoluna başvuru hakkı tanınması bu tür olumsuz sonuçlara sebebiyet verse de uyuşmazlıkları kısa sürede ve daha az maliyetle sonuçlandırabilmek adına yargılama sürecindeki hataların göz ardı edilmesi de mümkün değildir. Bu sebeple kanun koyucu, tarafların ve toplumun menfaatini gözeterek kararların parasal değerine ve davanın konusuna göre kanun yoluna başvuru hakkının kullanılması açısından sınırlayıcı düzenlemeler getirmiştir. Gerçekten de kanun yoluna başvuru hakkının saklı tutulmasının önemi açık ol-

mazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, 582; Kurt Konca, Nesibe/Damar, Ceren: İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu, TBB Dergisi, 125, 2016, 189; Özkes, Muhammet: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 3, 15. Bası, İstanbul 2017, 2151; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018, 455.

2 Özkes, Pekcanitez Usul, 2150; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, 447; Akkaya, 27; Pekcanitez/Atalay/Özkes, 869; Yıldırım, M. Kamil: Hukuk Devletin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, 1; Üstündağ, 818.

3 Bilge, 5-6; Sungurtekin, Meral: Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğunun Bulunup Bulunmadığı Meselesi, YD, 1990/4, 474; Yılmaz, Ejder: Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu, TBB, 1988/2, 132.

4 Özkes, kanun yolunun yeknesak içtihatların oluşması açısından önemini vurgularken Yargıtay'ın fazla sayıda dairesi bulunması sebebiyle benzer uyuşmazlık konularından farklı kararlar verdiğini ve içtihadı birleştirme yolunun da etkin biçimde kullanılmamasının sonucu olarak yeknesak kararlar ile hukuk birliği kurma amacına tam olarak hizmet edilemediğini ifade etmektedir (Özkes, Pekcanitez Usul, 2152). Yargıtay'ın daireleri arasında içtihat birliğinin sağlanması bakımından yapılan eleştiri

gözetildiğinde çok sayıda Bölge Adliye Mahkemelerinde farklı kararlar verilme ihtimalinin arttığını dolayısıyla yeknesak uygulamaların oluşma ihtimalinin azaldığını kabul etmek gerekir. Bu durum, konumuz bakımından sendikal nedenlerle yapılan fesihiye karşı açılacak işe iade davalarında içtihat birliğinin sağlanmasının zorlaşacağı anlamına gelmektedir.

5 Özkes, Pekcanitez Usul, 2152.

makla birlikte sınırsız bir denetim mekanizmasından bahsedilmesi de mümkün değildir.

Kanun yoluna başvuru hakkı esas olduğundan hangi kararlar açısından kanun yolunun tamamen kapalı olacağının, hangi kararlar bakımından tek hangileri bakımından iki dereceli bir kanun yolu sistemi benimseneceğinin kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir⁶. Mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun bir üst merci tarafından denetlenmesi Anayasal bir gerekliliktir. Anayasa m. 146 vd. hükümlerinde mahkeme kararlarının denetlenmesi öngörülmüş ancak kaç dereceli bir kanun yolu sistemi benimseneceğinin belirlenmesi kanunlara bırakılmıştır. Ülkemizde yeni uygulanmaya başlanan sistemle iki dereceli kanun yolu sistemi benimsenmiş, kanun yolları istinaf ve temyiz olarak düzenlenmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan hak arama özgürlüğü, Anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden biridir. Anayasanın 36. madde hükmü uyarınca herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Kanun yollarına başvurma hakkını da hak arama özgürlüğünün içinde düşünmek gerekir. O nedenle de hangi kararlar bakımından kanun yoluna başvurulabileceği ile başvurulacak kanun yolunun derecesinin belirlenmesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kurallarına göre ele alınması gereken bir konudur. Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna demokratik toplum düzeninin gereklerine ve "ölçülülük ilkesine" aykırı olamaz (AY m. 13).

Kanun koyucunun kanun yoluna başvuru bakımından sınırlayıcı bir hüküm getirmesi halinde bunun ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir. Ölçülülük ilkesi, bir özgürlüğün kanun koyucu tarafından sınırlandırılması sürecinde öngörülen amaç ile temel hak ve özgürlüğe bu amaçla geti-

rilen sınırlama arasında her yönüyle bir uyumun olması, aralarında makul bir dengenin kurulması biçiminde tanımlanabilir⁷. Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun tarafların kanun yoluna başvuru hakkını sınırlaması ancak kanun yolu ile hedeflenen hak arama hürriyetini ihlal etmediği müddetçe mümkündür. Temelde kanun yoluna başvuru bakımından getirilen ilk sınır hem istinaf hem de temyiz yoluna başvuru bakımından öngörülmüş olan parasal sınırdır. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında⁸, belirli bir miktarın altındaki uyuşmazlıklar bakımından kanun yolunun kapalı olmasının hukuk devleti ilkesi ile çelişmediği sonucuna varmıştır. Ancak bu sınırın çok yüksek belirlenmesi ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacak ve Anayasanın 36. maddesinin ihlali anlamına gelebilecektir.

Kanunlarda parasal değer bakımından öngörülen sınır yanında kanun yollarına başvuru bakımından başkaca sınırlayıcı düzenlemelere de yer verilmiştir. Örneğin; HMK m. 362'de bazı dava ve kararlar bakımından temyize başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Yine konumuz bakımından önem arz eden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesinde belirtilen dava ve işlerde verilen kararlar hakkında temyiz kanun yoluna başvurulamayacağı öngörülmüştür.

3) İstinaf Kanun Yolu

İstinaf kanun yolu, kural olarak ilk derece mahkemesince verilmiş ve kesinleşmemiş nihai kararlara karşı başvurulanan, maddî vakıa ve hukuka uygunluk denetiminin bir arada yapıldığı bir kanun yoludur⁹.

7 Hakyemez, Yusuf Şevki: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi, Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, 1293; Oğurlu, Yücel: AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi", Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, 485-521.

8 AYM, 20.01.1986, E. 1986/23 K. 1986/2 (RG, 16.04.1986, 19080).

9 Aras, Bahattin: Türk Hukukunda İstinaf Sistemi, YD, C. 33, S. 1-2, 2007, 137; Çınar, Ali Rıza: Türk ve Alman Hukukunda İstinaf, Ankara 2010, 55; Yılmaz, Ejder: İstinaf, Ankara 2005, 16; Akkaya, 41.

6 Akkaya, 29; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 455.

İstinaf yargılamasının temel amacı maddi vakıa denetimini yaparak somut olay adaletini sağlamaktır. Zira istinaf mahkemesi gerektiğinde ilk derece mahkemesi gibi inceleme yapma, eksiklikleri tamamlayarak karar verme yetkisine sahiptir. Böylece, ilk derece mahkemesinin karar verirken yaptığı eksik işlem, inceleme vb. bir hata varsa bunlar giderilerek uyuşmazlığın taraflarının hakları korunmuş olacaktır (HMK m. 353).

İstinaf incelemesinin kapsamını ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamanın usulüne uygun olup olmadığı ile uyuşmazlığın çözümüne esas hukuk normlarının doğru uygulanıp uygulanmadığı oluşturur. İstinaf kanun yolunun amacı, yargılama esnasında ortaya çıkabilecek hataları en aza indirmek, somut olay adaletini sağlamak ve bu sayede hukuk devleti ilkesine uygun bir yargı sistemi elde edebilmektir.

İstinaf mahkemesinin yapacağı incelemenin kapsamı istinafın türüne göre belirlenecektir. İstinaf, klasik anlamda ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Klasik anlamda istinafta, ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamadan bağımsız ve neredeyse bu yargılamanın devamı mahiyetindeki bir kanun yolu incelemesi yapılmaktadır. Klasik anlamda istinafta davanın genişletilmesi, yeni taleplerde bulunulması, yeni vakıaların ileri sürülmesi, davaya yeni tarafların katılması, karşı dava açılması, takas ileri sürülebilmesi gibi usûli işlemlerin yapılması mümkündür¹⁰. Dar anlamda istinafta ise ilk derece mahkemesince yapılan yargılama baştan sona aynen tekrarlanmamakta; maddi vakıalar sadece taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yeniden incelenmektedir. Dar anlamda istinafta teksif ilkesi uyarınca yeni dava malzemesi getirilmesi, yeni vakıa ve delil ileri sürülmesi mümkün değildir¹¹. Ülkemizde kabul edilen istinaf sistemi,

klasik anlamda istinaf değil, denetimin asıl olduğu dar anlamda istinaftır. HMK m. 355 hükmü uyarınca istinaf incelemesinin, kamu düzenine aykırılık dışında taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleriyle sınırlı olarak gerçekleştirilmesi; HMK m. 357’de istinaf yargılamasında yapılamayacak işlemler düzenlenirken, diğer işlemlerin yanında, bazı istisnalar haricinde yeni vakıa ve delil getirilmesinin kural olarak yasaklanması, istinaf kanun yolunun dar anlamda istinaf olarak nitelendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Bölge adliye mahkemesi istinaf incelemesini yaparken bir hata veya eksiklik olmadığı sürece, ilk derece mahkemesinin yaptığı vakıa tespitleri ve topladığı dava malzemeleri ile bağlıdır ve taraflarca istinaf sebebi olarak ileri sürülmeyen bir hususu kamu düzenine ilişkin olmadıkça mahkemenin re’sen incelemesi mümkün değildir. Kural olarak, dava malzemesi toplanması için yapılması gereken işlemler istinaf mahkemesinde tekrar edilmez. İstinaf mahkemesi kararını, kural olarak ilk derece mahkemesinin hükmünü verdiği tarihteki duruma ve dava malzemesine göre verir. Bazı hallerde, duruşma yapılmadan dahi esas hakkında karar verilebilir. İstinaf mahkemesi esas hakkında tahkikat yapılmasına karar verirse tüm yargılamayı yeniden tekrar etmez. Sadece eksik ya da hatalı olan kısmın tamamlanması, düzeltilmesi için yargılama yapar.

İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir (HMK m. 341/1). Miktar veya değeri üç bin¹² Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. Ancak manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilir (HMK m. 341/2). Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda üç bin Türk Liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir (HMK m. 341/3). Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda, kararda asıl

10 *Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım*, 508; *Deren Yıldırım*, Nevhis: Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemele-ri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2003, 268; *Namlı, Mert*: İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf, Sicil, S. 36, 2016, 121.

11 *Yılmaz, İstinaf*, 22; *Akkaya*, 100; *Muşul*, 301; *Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım*, 508; *Deren Yıldırım*, 268; *Namlı*, 122.

12 Bu sınır 2019 yılı için 4.400 TL olarak uygulanmaktadır.

talebinin kabul edilmeyen bölümü üç bin Türk Lirasını geçmeyen taraf, istinaf yoluna başvuramaz (HMK m. 341/4). İlk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir (HMK m. 341/5).

Kanun koyucu istinafa başvurulabilecek nihai kararlar arasında kararın genel veya özel mahkeme tarafından verilmiş olması bakımından bir ayırım yapmamış; ancak miktar ve değere tabi malvarlığına ilişkin davalar açısından bir başvuru sınırı öngörmüştür. Malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından ise HMK'da istinafa başvuru açısından bir sınır öngörülmemiştir. Dolayısıyla kural olarak malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından herhangi bir sınırlama olmaksızın istinafa başvurulabilir. Öte yandan, özel kanunlarda istinaf kanun yoluna başvurulabilecek kararlara ilişkin başkaca bir sınır öngörülmesi olabilir. Bu durumda özel hükümler gözetilerek o dava açısından istinafa başvurunun mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Örneğin; İcra ve İflas Kanununa göre istinaf kanun yoluna başvurulabilmesi için alacak, hak veya malın değer veya miktarının yedi bin Türk lirasını¹³ geçmesi gerekir (m. 363/1).

Bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde göreve başlaması ile birlikte HMK dışında kanun yollarına ilişkin düzenlemeler getiren ve ilk derece mahkemesinin kararına karşı doğrudan temyize veya Yargıtay'a başvurulmasını öngören özel kanunlardaki hükümlerin akıbetinin tespiti gereği doğmuştur. Gerçekten de, bu hükümlerin özel hüküm niteliği taşıdığıının kabulü halinde istinaf aşamasından geçilmeksizin bu Kanun hükümleri uyarınca doğrudan temyize başvurulması mümkün olur. Kanun koyucu olası bir belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a baş-

vurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabileceğini öngörmüştür (HMK m. 341/5). Bu durumda, bir kanunda genel olarak kanun yoluna başvurulması yerine temyize veya Yargıtay'a başvuru öngörülmüş ise, bu kararlara karşı şartları varsa önce Bölge Adliye Mahkemesine, ancak daha sonra Yargıtay'a başvurulabilecektir.

4) Temyiz Kanun Yolu

İki dereceli kanun yolu sisteminin ikinci aşamasını temyiz incelemesi oluşturur. Bölge Adliye Mahkemesinin istinaf incelemesi sırasında vermiş olduğu kararlara karşı Yargıtay tarafından temyiz incelemesi yapılması mümkündür. Temyiz, açık bir şekilde hatalı veya kanuna aykırı kararların düzeltilmesini amaçlayan, kararların hukuka uygunluk denetimini yapan olağan bir kanun yoludur¹⁴.

Temyiz incelemesinde mahkemenin verdiği kararın hukuka uygunluğunun denetlenmesi ile hukukun yeknesak uygulanmasını sağlama, içtihat birliği temin etme, hukukun gelişmesine katkıda bulunma gibi amaçlar gerçekleştirilmek istenmektedir¹⁵. İstinaf aşamasından farklı olarak temyiz aşamasında sadece hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı üzerinde durulur; zira bir kuralın olayda yanlış tespit edilmiş, yorumlanmış ve uygulanmış olması benzer nitelikteki diğer olaylara emsal teşkil edebilir ve yanlışlığın sürekli biçimde devam etmesine sebep olabilir. Bu durumda, kural amacından uzaklaşır ki bu da hukuki güven ilkesinin ihlali anlamına gelir. Oysaki hukuki güven ve istikrarın korunması hukuk devletinin gereği olup temyiz mercii bu amaçla sadece hukuki denetim yapmakla görevlendirilmiştir¹⁶.

14 Pekcanitez/Atalay/Özekes, 478; Özekes, Pekcanitez Usul, 2277; Baysal, Ulaş: İş Yargılamasında Kanun Yollarına Başvuru ve Kanun Yollarına Başvuruya İlişkin Sorunlar, Av. Cengiz Özbilgin'e Armağan, Yeni Yasal Düzenlemeler Sonrasında İş Yargılaması Sempozyumu, İstanbul 2018, 75.

15 Özekes, Pekcanitez Usul, 2277.

16 Özekes, Pekcanitez Usul, 2283.

13 Bu sınır 2019 yılı için 10.280 TL olarak uygulanmaktadır.

Temyiz mahkemesinin en önemli görevlerinden biri de açık normların içeriklerinin belirlenmesi, yani onların somutlaştırılmasıdır. Bu bağlamda temyiz mahkemesi belirsiz olarak formüle edilmiş hukuk normlarını ve hukuki işlemleri yorumlamak ve delilleri değerlendirilmekle görevlidir¹⁷.

Temyiz incelemesinde istinaf kanun yolundan farklı olarak kararın sadece hukuka uygunluk denetimi yapılır. Bu aşamada daha önce ileri sürülmemiş vakıa ve delillerin ileri sürülmesi ise mümkün değildir. Hatta hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkan vakıaların dahi temyize konu edilmesi mümkün değildir.

Bir kararın temyiz edilemeyeceği kanun tarafından belirlenir. Temyiz edilebilen kararlar HMK m. 361'de düzenlenmiştir. Hükme göre, kural olarak bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

Temyiz kanun yoluna başvuru bakımında da kanun koyucu başvuru hakkını sınırlayan düzenlemelere yer vermiştir. HMK m. 362 hükmüne göre miktar veya değeri kırk bin Türk Lirasını¹⁸ (bu tutar dâhil) geçmeyen davalara ilişkin kararlar; kira ilişkisinden doğan ve miktar veya değeri itibarıyla temyiz edilebilen alacak davaları hariç olmak üzere 4. maddede gösterilen davalar ile (634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup taşınmazın aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar; yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek için verilen kararlar ile merci tayinine ilişkin kararlar; çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar; soy bağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili kararlar; yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hu-

kuki veya fiilî engellerinin çıkması hâlinde, davanın o yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye nakline ilişkin kararlar; geçici hukuki korumalar¹⁹ hakkında verilen kararlar temyiz edilemez. Miktar ve parasal değer ile sınırlanan davalarda alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda, kırk bin Türk Liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması hâlinde, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü kırk bin Türk Lirasını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Ancak, karşı taraf temyiz yoluna başvurduğu takdirde, diğer taraf da düzenleyeceği cevap dilekçesiyle kararı temyiz edebilir (HMK m. 362/2). Özel kanunlarda da bazı kararların temyize elverişli olmadığı düzenlenmiş olabilir. Konumuz bakımından aşağıda inceleyeceğimiz İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesinde bazı davaların istinaf aşamasında kesinleşeceği, dolayısıyla bu davalara karşı temyize başvurulamayacağı öngörülmüştür.

Temyiz sebepleri Kanunda tek tek gösterilmemiştir. Ancak bozma sebeplerine ilişkin düzenleme getiren HMK m. 371 hükmü dolaylı olarak temyiz sebeplerini ortaya koymaktadır. Buna göre, hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması; dava şartlarına aykırılık

19 Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına göre, "...İlk Derece Mahkemesince "Davacıların davalı sendikadan ... 6 Nolu Şubesinin 25/02/2018 tarihinde yapılacak olan şube genel kuruluna esas olan delege seçim listesine adlarının yazılması ve gerekli tebligatların yapılması konusunda ihtiyati Tedbir kararı verilmesine" dair hüküm tesis edilmiş ve fazlaya dair istemin reddine karar verilmiştir. ...Somut uyuşmazlıkta, davacının sadece ihtiyati tedbir istemine ilişkin talebi kabul edilmiş ve davalı tarafından bu karar temyiz edilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesine göre "İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir." 6100 sayılı Kanun'un "Temyiz edilemeyen kararlar" başlıklı 362. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendine göre ise bölge adliye mahkemeleri tarafından geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlara karşı temyiz kanun yolu kapalıdır.

Açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre, bölge adliye mahkemesince ihtiyati tedbire ilişkin verilen karar kesin nitelikte olduğundan, davalının temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir. ...", Yarg. 22. HD, 25.10.2018, E. 2018/13607 K. 2018/23279; aynı yönde, Yarg. 22. HD, 23.1.2018, E. 2018/1 K. 2018/965.

17 Akil, Cenk: İstinaf Kavramı, Ankara 2010, 191.

18 Bu sınır 2019 yılı için 58.800,00 TL olarak uygulanmaktadır.

bulunması; taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi; karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması halinde karar temyize konu edilebilir. İstinaftan farklı olarak temyiz kanun yolunda Yargıtay temyiz dilekçesinde gösterilen sebepler ile bağlı olmayıp; açık kanun hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir (HMK m. 369). Temyizin amacının hukuki denetim olması, mahkemenin bu aşamada kanun hükmüne aykırılık olarak tespit ettiği tüm durumları inceleyebilmesini gerektirmektedir. Gerçekten de hukuki denetimin yapıldığı bu aşamada Yargıtay hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını belirlerken tarafların hukuki nitelendirilmeleri ile bağlı olmayacağından temyiz sebeplerinin de bir bağlayıcılığı bulunmayacaktır.

III. İşe İade Davalarında Kanun Yolu

1) Genel Olarak

İş hukukunun özel bir uzmanlığı gerektirmesi sebebiyle genel mahkemeler yanında ayrı bir iş yargılaması sisteminin oluşturulmasına ihtiyaç duyulmuştur. İş mahkemelerinin kuruluşu, yargılama usulü, kanun yollarına başvuru prosedürü bakımından düzenlemeler ilk olarak 30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu²⁰ (İşMK) ile yapılmış; 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu²¹ (İMK) 5521 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırarak iş yargılaması bakımından yeni bir dönem başlatmıştır. Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 5521 sayılı Kanuna yapılan atıflar, bu Kanuna yapılmış sayılacaktır (İMK m.10/2).

7036 sayılı Kanun ile önceki dönemde karşılaşılan pek çok sorunun giderilmesi hedeflenmiştir. Özellikle 5521 sayılı Kanun ile HMK hükümleri arasındaki kanun yoluna başvuru hakkının

tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren başlaması, yargılama usulünün seri veya basit usulde gerçekleştirilmesi gibi uyumsuzluklar 7036 sayılı Kanun ile giderilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede İMK'da yargılama usulü daha önce HMK ile yapılan değişiklikle uyumlu olarak basit yargılama usulü şeklinde belirlenmiş; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin, iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür (m. 7).

7036 sayılı Kanunda işe iade davalarında yargılamaya ilişkin çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bu bağlamda zorunlu arabuluculuk müessesesi işe iade davası açabilmek için ön koşul kabul edilmiş; işe iade davalarında kanun yoluna ilişkin yargılamayı hızlandırıcı düzenlemeler öngörülmüştür. İfade etmek gerekir ki iş hukukunun en önemli amaçlarından biri, işçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin devamını sağlamak, diğer bir ifadeyle işçinin işini korumaktır. Bu amaçla iş güvencesi hükümleri getirilmiş; işçi işveren ve toplumun menfaatine olacak biçimde işverenin fesih hakkı sınırlandırılmıştır. İş güvencesi hükümleri ile getirilmek istenen amacın sağlanabilmesi ancak etkin bir yargılama ile mümkündür. Etkin yargılamanın bir parçası olan kanun yollarına başvuru hakkında 7036 sayılı Kanunda önemli değişiklikler içeren yeni bir sistem öngörülmüştür. Bu bağlamda hem 5521 sayılı Kanun hem de 7036 sayılı Kanun döneminde işe iade davalarında kanun yoluna başvuru hakkının değerlendirilmesi gerekir.

2) 5521 Sayılı Kanun Dönemi

5521 sayılı Kanunun ilk halinde, iş mahkemelerince verilen kararlara karşı tefhim tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyize başvurulması öngörülmüştü (İşMK m. 8). Ancak 2004 yılında kabul edilen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunla²², istinaf kanun yolunun kabulü, İş Mahkemeleri Ka-

²⁰ RG. 4.2.1950, 7424.

²¹ RG. 25.10.2017, 30221.

²² RG. 07.10.2004, 25606.

nununda yer alan kanun yollarına ilişkin hükümleri etkilenmişti. Böylece, 2.3.2005 kabul tarihli İş Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5308 sayılı Kanun²³ ile İş Mahkemeleri Kanununda değişiklik yapılarak iş yargılaması, yeni iki dereceli kanun yolu sistemine uyarlanmıştı²⁴.

İstinaf kanun yolunun kabulünden sonra 5521 sayılı Kanunun kanun yollarına ilişkin değişen 8. maddesine göre, iş mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabiliyordu. Para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri üç bin Türk lirasını geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararlar ise kesindi. İstinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündü. Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri kırk bin Türk lirasını geçen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabiliyordu. Kanun yoluna başvurulmuş kararların, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay tarafından iki ay içinde karara bağlanması öngörülmüştü. Maddede ayrıca, istinaf ve temyize başvuru bakımından aranan parasal sınırın her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılacağı ifade edilmişti. Parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktar esas alınmaktaydı.

İstinafın konusu, ilk derece mahkemesinin esasa ve usûle ilişkin nihaî kararlarıdır; ancak, her nihaî karara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Kanun yolu kapalı kararlar istisnâ niteliktedir. İş

yargılamasında, bazı kararlara karşı kanun yolunun kapatılması, iş hukukunun toplumsal ve ekonomik ilişkileri yakından etkilemesiyle ve bu sebeple iş hukukundan doğan davaların kısa, ucuz ve etkin biçimde sonuçlanmasıyla açıklanabilir. İş yargısında bazı anlaşmazlıkların, mahkeme kararıyla bir sonuca bağlanmasından sonra, kanun yolu aşamasının sonuçlanmasının beklenilmesi adil olmayan sonuçlara neden olabilmektedir²⁵. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununa göre malvarlığına ilişkin davalarda verilen kararlara karşı istinafa başvurulabilmesi, Kanunda öngörülen belirli parasal sınırın aşılması şartına bağlanmıştı. İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesi gereğince, bu değer altında kalan iş mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulamıyordu. Malvarlığına ilişkin olmayan mahkeme kararlarına karşı, istinaf yoluna başvurulması konusunda ise sınırlayıcı bir düzenlemeye yer verilmemişti. Buna göre, kural olarak ilk derece mahkemesinin malvarlığıyla ilgili olmayan tüm nihaî kararlarına karşı, istinafa başvurulabiliyordu. Ancak iş hukukunda, kanun koyucu malvarlığına ilişkin olmayan bazı davalar bakımından ilk derece mahkemesince verilecek kararın kesin olduğunu özel kanun hükümleri ile düzenlemişti. Örneğin; 6356 sayılı Kanunda ilk derece mahkemesi tarafından kesin olarak verileceği öngörülmüş kararlar mevcuttur²⁶.

İş yargılamasında istinafa ilişkin İşMK m. 8 hükmünde istinaf kanun yolunun tüm süreçleri

23 RG. 18.03.2005, 25759.

24 Ancak istinaf kanun yolunun kabul edilmesi ile Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamaları arasındaki süreçte uygulanmak üzere Kanuna geçici 1. madde eklenmiş; Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında yapılan temyiz başvurularının, kesinleşinceye kadar Yargıtay tarafından sonuçlandırılması öngörülmüştü. Bu kararlar hakkında İş Mahkemeleri Kanununun bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

25 Kanun yollarına başvuru, hak arama özgürlüğünün bir görüntüsüdür. Herhangi bir yargı kararının kesin olarak verilmesi, yani o karara karşı kanun yollarına başvurma hakkının bulunmaması, hak arama özgürlüğü için çok tehlikeli bir boşluktur. Geniş bilgi için bkz. Yılmaz, Yasayolları, 142.

26 6356 sayılı Kanunda bu kapsamda değerlendirilebilecek hükümlerden bazıları şunlardır:

“Genel kurul dışında yapılan delege seçimlerine seçim sonuçlarının ilanından sonra iki gün içinde yapılacak itirazlar, mahkeme tarafından kesin olarak karara bağlanır” (m. 16/2). “Haklı bir neden gösterilmeden üyelik başvurusu kabul edilmeyenler, bu kararın kendilerine tebliğinden itibaren otuz gün içinde dava açabilir. Mahkemenin kararı kesindir” (m. 17/5). “İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar” (m. 43/3).

hüküm altına alınmamış; maddede genel kanun olan HMK'da yer alan istinaf düzenlemesinden farklılaşan hususlara değinilmekle yetinilmişti. Dolayısıyla İşMK'da hüküm bulunmayan hallerde, HMK'nın istinafa ilişkin genel hükümleri uygulanmaktaydı.

Bölge adliye mahkemelerinin temyizi kabil kararlarına karşı, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde, temyiz yoluna başvurulması mümkündür (HMK m. 361/1). İşMK'da ise HMK'da yer alan genel temyize başvuru kuralından ayrılan bir düzenlemeye yer verilmişti. Buna göre, bölge adliye mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı, tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabiliyordu (İşMK m. 8/3). 5521 sayılı Kanunda 5308 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce temyize başvuru bakımından parasal bir sınır öngörülmemişti. Ancak HUMK m. 427 hükmünde yer alan parasal sınırın bu dönemde yapılan temyiz başvurularında dikkati alınması gerektiği kabul edilmişti²⁷. Bununla birlikte dava konusu para olmayan veya parayla değerlendirilemeyen davalara ilişkin hükümler de miktar ve değer sınırlaması olmaksızın temyiz edilebiliyordu²⁸.

İşe iade davalarında kanun yolu 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinde özel olarak düzenlenmişti. Hükme göre, işe iade davalarının temyizi mümkün olup; mahkeme kararının temyizi halinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verecekti. İstinaf kanun yolunun hukuk sistemimize girmesi ile işe iade davalarında istinaf kanun yoluna gidilmeksizin doğrudan temyize başvurma mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmişti. Bu konuya ilişkin olası bir belirsizliği gidermek amacıyla HMK'da açık

bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hükme göre, ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir (HMK m. 341/5). Bu durumda, açılan işe iade davalarında ilk derece mahkemesinin verdiği karara karşı önce istinafa; ancak Bölge Adliye Mahkemesinin konuya ilişkin karar vermesinden sonra temyize başvurulabilmekteydi²⁹.

3) 7036 Sayılı Kanun Döneminde Durum

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda önceki dönemde yaşanan belirsizlik ve genel kanun olan HMK ile ortaya çıkan çelişkilerin giderilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda istinaf kanun yoluna başvuru bakımından HMK'da yer alan parasal sınırdan farklı bir parasal sınır öngörülmemiş; Hukuk Muhakemeleri Kanununun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanması öngörülmüştür (İMK m. 7/3). Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. HMK'da istinaf kanun yoluna başvuru bakımından getirilen ve her yıl artan parasal sınır iş davaları bakımından da dikkate alınacaktır.

İstinaf yoluna başvuru süresi iki haftadır. Bu süre, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar. İstinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır (HMK m. 345). 7036 sayılı Kanunda da HMK ile uyumlu olarak istinaf kanun yoluna başvurma süresi bakımından ilamın tebliği tarihi esas alınmıştır³⁰ (İMK m.7/4).

27 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.06.1975 gün ve 1975/6-8 sayılı kararında, 5521 sayılı Kanunda açık düzenleme olmamakla birlikte, bu yasanın 15. maddesindeki düzenleme gereği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesindeki kesinlik sınırının iş mahkemelerinde verilen kararlarda uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

28 Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, 455; Bilge/Önen, 646; Görgün/Kodakoğlu, 319; Karslı, 853; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 480; Yılmaz, Şerh, s. 1520-1521.

29 Özekes ise hükmü bölge adliye mahkemesinin işe iade davaları bakımından kesin karar vereceği biçiminde değerlendirmektedir (Özekes, Pekcanitez Usul, 2166).

30 5521 sayılı Kanunda ise kararın tebliğ veya teffim edilmiş olması bakımından farklı başlangıç süreleri benim-

Bölge adliye mahkemesi esastan inceleme sonunda kararın usul ve esas açısından doğru olduğuna hükmederse başvuruyu esastan reddeder, yani ilk derece mahkemesinin kararı onanır. Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında ilk derece mahkemesinin hata ettiği fakat yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise bölge adliye mahkemesi kararı düzelterek esastan karar verir. Yargılamada eksiklik bulunması ancak bu eksikliklerin duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte olması halinde bunların tamamlanmasından sonra bölge adliye mahkemesi yeniden esas hakkında karar verir (HMK, m. 353/1, b).

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Davada haklı çıkmış olan taraf da hukuki yararı bulunmak şartıyla temyiz yoluna başvurulabilir (HMK m. 361/1, 2). 7036 sayılı Kanunda kanun yolunun tespiti bakımından açılmış davaların akıbeti de belirlenmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemeleri tarafından bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen kararlar, karar tarihindeki kanun yoluna ilişkin hükümlere tabidir (Geçici m. 1/4)³¹.

senmişti. Buna göre, istinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliğ tarihinden itibaren sekiz gündü (İMK, m. 8/2). Ancak, tefhim edilen karar hükmüne ilişkin tüm hususları içermiyorsa, temyiz süresi tefhimden değil, tebliğ tarihinden itibaren başlamaktaydı. 7036 sayılı Kanunla sadece tebliğ tarihinin benimsenmiş olması isabetli olmuştur (Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul 2018, 66).

31 Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına göre, "...Dosya içeriğinden davalı vekili tarafından temyiz isteminde bulunulan Bölge Adliye Mahkemesi kararının "işe iade" talebine ilişkin olup, İlk Derece Mahkemesinin kararı 25.10.2017 tarihinden sonra ve bu nedenle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/1-a bendine göre temyiz edilemeyen karar olduğundan davalı vekilinin temyiz isteminin reddine,.... 05/02/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi...", Yarg. 9. HD, 5.2.2019, E. 2019/446 K. 2019/2786; aynı yönde, Yarg. 9. HD, 8.1.2019, E. 2018/11218 K. 2019/198.

7036 sayılı Kanunda temyize başvurulabilecek kararlar bakımından da HMK'da düzenlenmiş olan parasal sınırın gözetilmesi gerekir. Buna göre 2019 yılı itibarıyla parasal değeri 58.800,00 TL'yi aşan davalar bakımından temyize başvurulabilir (HMK m. 362/1, a). Ancak 7036 sayılı Kanunda temyize başvurulabilecek kararlar bakımından dava konusu gözetilerek de bazı sınırlamalar getirilmiştir. Kanuna göre, 4857 sayılı Kanunun 20. maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar; işveren tarafından toplu iş sözleşmesi veya işyeri düzenlemeleri uyarınca işçiye verilen disiplin cezalarının iptali için açılan davalarda verilen kararlar; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 24. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları, 34. maddesinin dördüncü fıkrası, 53. maddesinin birinci fıkrası, 71. maddesinin birinci fıkrası kapsamında açılan davalarda verilen kararlar; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun 10. maddesinin sekizinci fıkrası, 14. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılan davalarda verilen kararlar için temyiz kanun yoluna başvurulamaz (İMK m. 8). Maddeye göre işe iade davaları ile 6356 sayılı Kanunun 24. maddesinin 1. ve 5. fıkrası kapsamında işyeri sendika temsilcileri ve amatör sendika yöneticileri tarafından açılan işe iade istemli davalar istinaf aşamasında kesinleşecek; bu davalar bakımından temyize başvurulamayacaktır.

7036 sayılı Kanun ile maddi hukuka ilişkin kanunlarda da iş yargılaması ile bağlantılı kimi değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda işe iade davalarında kanun yoluna ilişkin özel düzenleme getiren İş Kanununun 20. maddesi değiştirilmiş; ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesinin ivedilikle ve kesin olarak karar vereceği öngörülmüştür (İşK m. 20/3)³².

32 İşe iade gibi yargılamanın hızının yargılamanın etkinliği açısından özel önem arz ettiği dava türlerinde dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi yolunun kapatılması gerektiği yönünde, *Baysal*, 89.

İş yargılamasının en önemli davalarından biri kuşkusuz ki işe iade davalarıdır. 7036 sayılı Kanunla bu davaların istinaf aşamasında kesinleşmesi öngörülmüştür; temyiz yolu kapatılmıştır. Konuya ilişkin düzenleme getiren İMK m. 8 hükmünün gerekçesinde "Madde ile iş mahkemelerince verilip temyiz edilemeyen, bir başka ifadeyle bölge adliye mahkemelerinde kesinleşen kararlar düzenlenmektedir. Bu kapsamda 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinde düzenlenen fesih bildirimine itiraz (işe iade) davaları ve işveren tarafından toplu iş sözleşmesi veya işyeri düzenlemeleri uyarınca işçiye verilen disiplin cezalarının iptali için açılan davalar sayılmaktadır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununda düzenlenen ve maddede belirtilen davaların, işin niteliği de dikkate alınarak istinaf kanun yolunda kesinleşmesi kabul edilmektedir. Düzenleme ile 6100 sayılı Kanundaki genel düzenleme yanında, iş hukukunun temel prensipleri dikkate alınarak daha kısa sürede kesinleşmesinde yarar umulan dava türlerinin de bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi öngörülmekte ve bu şekilde bir yandan da Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır." ifadelerine yer verilmiştir. Bu durum, hükmün amacının salt Yargıtay'ın artan iş yükünü azaltmak ve kısa sürede kesinleşmesinde yarar umulan davalarda uzayan dava süresini kısaltmak olduğunu ortaya koymaktadır. Kanaatimizce işe iade davaları bakımından temyiz yoluna başvuru imkânını ortadan kaldıran söz konusu düzenleme eleştiriye açık olup salt iş yükünün azaltılması, adil yargılanma hakkı, hukuk güvenliği ilkesi ve hak arama özgürlüğü ile yakından bağlantılı olan kanun yoluna başvuru hakkını sınırlamaya sebep oluşturmaz.

Öte yandan, bu düzenleme biçimi bölge adliye mahkemelerinden farklı kararlar çıkma olasılığı nedeniyle içtihat birliğinin sağlanamaması dolayısıyla hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi açısından da isabetli değildir. Özellikle ülke çapında örgütlü işletmelerde örneğin aynı işletmesel karara dayalı fesihlerde somut dosya özelinde farklılıklar bulunmamasına rağmen farklı

yönde kararlar çıkabilecektir. Sistemden kaynaklanan bu durum doğaldır ancak hukuki güvenlik ilkesini zedeleyici nitelikte olup çok sayıda bireysel başvuruya konu olabilecektir.

İş hukukunun temel amacının işçiyi korumak olması; ekonomik ve teknolojik gelişmelerden hızla etkilenmesine, dinamik ve değişken bir hukuk dalı olmasına, dayandığı ilke, kavram ve temellerin kendini yenilemesine sebep olmaktadır³³. Çalışma hayatında ortaya çıkan bu dinamik ve değişkenliğin sağlanabilmesi, ancak durağan hukuk normlarını yorumlayarak değişen koşullara, ortaya çıkan yeni iş ilişkilerine uyarlayan yargı kararları ile mümkündür³⁴. İşte bu noktada işe iade davalarında kanun yolu denetiminin önemi ortaya çıkmaktadır. İMK m. 8 ile işe iade davalarında temyiz yolunun kapatılmış olması Yargıtay içtihatlarıyla elde edilen iş hukukunu geliştirme imkânının önünün kesilmesi anlamına gelecek³⁵; iş güvencesi açısından fesih sebeplerinin sağlıklı bir biçimde incelenebilmesine engel olacak bu da içtihat birliği sağlamayı zorlaştıracaktır³⁶.

33 Güzel, Ali: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!..., Çalışma ve Toplum, 2016/3, 1138; Astarlı, Muhittin: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil, S. 38, 2017, 51.

34 Güzel, 1139.

35 Soyer, Polat: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, C. 15, S. 57, 2018, 38; Alpagut, Gülsevil: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 2016, 204; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 68; Güzel, 1140; Astarlı, 51-52.

36 Bugüne kadarki uygulamamız açısından konunun en üst düzeydeki uygulayıcıları olup doğabilecek sorunlar konusundaengin tecrübe sahibi olan 9. ve 22. Hukuk Dairesi Başkanlarının görüşleri de bu yöndedir. Bu konuda Çamur, Mehmet: "...işe iade davalarının...Yargıtay denetimine tabi kılınması gerektiğini tasarı görüşülürken bildirdik. İşe iadenin sonuçları çok ağırdır; hem işveren açısından, hem işçi açısından verilecek hatalı bir karar işçinin tazminatlarını ödürebileceği gibi işvereni de haksız tazminatlara mahkûm edebilecek bir husustur..." ifadelerine; Göktaş, Seracettin: "...ben Bilim Komisyonunda görev aldım...hem de Adalet Komisyonunda görev aldık ve bunu şöyle önermiştik. Dedik ki, "bazı davalar gerçekten önemlidir, ama aynı zamanda da acildir,

Belirtilen nedenlerle işe iade davalarında temyiz kanun yolu tekrar açık hale getirilmelidir.

Öğretide belirtildiği gibi, feshin geçersizliğinden bağımsız olarak işe iade davasının sonuçları olan boşta geçen süre ücreti ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatına ilişkin davalarda miktara göre temyiz yolu açık olacaktır³⁷. Sendikal nedenle yapılan fesihler sebebiyle açılan sendikal tazminat talepli işe iade davalarının hangi kanun yolunda kesinleşeceği önemi nedeniyle aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

IV. Feshin Sendikal Nedene Dayanması Halinde Açılacak İşe İade Davalarında Kanun Yolunun Tespiti

1) Yasal Durum

Yukarıda belirttiğimiz gibi, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile daha önce temyiz edilebilen bazı kararların istinaf aşamasında kesinleşeceği öngörülmüştür. 7036 sayılı Kanunun "Temyiz edilemeyen kararlar" başlıklı 8. maddesinde sayılan kararlar arasında, "4857 sayılı Kanunun 20 nci maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar" da bulunmaktadır (m.

bir an önce sonuçlandırılması lazım". Bunlar için atlamalı temyiz yönteminin öngörülmesini önermiştik. Yani istinaf atlanarak Yargıtay'a intikal etsin ve hem içtihat birliği anlamında, hem de Yargıtay'ın iş güvencesi bakımından bir deneyimi var sonuçta. Bunların sağlıklı bir şekilde sonuçlanması bakımından Yargıtay tarafından sonuçlanmasını istemiştik, fakat bu kabul görmedi. Şu anda şöyle bir sorun ortaya çıkıyor: Örneğin, bir banka düşünelim, Türkiye'nin her tarafında şubeleri var. Aynı işletmesel kararlar işçi çıkarıyor, şu anda 11 bölge adliye mahkememiz var, her bölge adliye mahkememizde, tabii ki ya ret ya da kabul yönünde kararlar çıkabiliyor ve bunları birleştirmek mümkün değil ya da birleştiresek bile maddi hukuk anlamında sonuç doğurmuyor...bunun kanaatimce bir an önce yasal bir düzenlemeye kavuşturulması lazım. Bir an önce ya atlamalı temyiz yönteminin benimsenmesi ya da en azından bir temyiz yolunun öngörülmesi doğru olur diye düşünüyorum...". Bkz. Türk-İş ve AYBÜ tarafından 14.1.2019'da Ankara'da gerçekleştirilen "Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu", Genel Görüşme, sırasıyla, 61, 166.

37 Kar, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, Ankara 2018, 718.

8/1, a). Söz konusu maddede, 6356 sayılı Kanun m. 25 kapsamında açılan davalara ilişkin kararlar ise özel olarak sayılmamıştır. Bu açıdan yapılabilecek ilk tespit, işe alınma ya da iş ilişkisinin devamı sırasında yapılan sendikal ayırıcılık nedeniyle talep edilen sendikal tazminata ilişkin bölge adliye mahkemesi kararları HMK m. 362/1,a uyarınca belirlenen kesinlik sınırının altında kalmamak kaydıyla temyiz edilebilecektir.

Aynı şekilde sendikal nedenle yapılan fesiHLere karşı işe iade davası açılmayıp doğrudan sendikal tazminat talep edilmesi durumunda da dava değerine göre temyiz yolu açıktır. İşçinin doğrudan sendikal tazminat talep etmek yerine sendikal tazminat talepli işe iade davası açması halinde ise hukuki durum bu kadar net değildir.

Kanun koyucu temyize ilişkin düzenleme yaparken 6356 sayılı Kanunun 24. maddesini gözetmiş ve bu maddeden doğan işe iade davalarının açıkça istinaf aşamasında kesinleşeceğini öngörmüştür. Ne var ki 25. madde bakımından benzer bir düzenlemeye gitmemiştir. Bunun temel sebebinin 25. maddenin istinaf aşamasında kesinleşmesi açıkça öngörülmüş bulunan 4857 sayılı Kanunun 20. maddesine atıf yapması olduğu söylenebilir. Ancak esas olan, verilecek karar bakımından daha güvenceli bir sistem getiren kanun yolunun açık tutulması olmalıdır. Bundan hareketle mevcut düzenlemenin değerlendirilmesi gerekmektedir. Sadece sendikal tazminat talebiyle dava açılması halinde kararın, parasal olarak temyiz kesinlik sınırının üstünde olması kaydıyla, temyiz kanun yolunda kesinleşmesi söz konusuysa; işe iade talebiyle birlikte sendikal tazminat talep edilmesi halinde davanın istinaf kanun yolunda kesinleşeceğinin kabulü hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Bu durumda, işe iade talepli de olsa sendikal tazminat miktarı kesinlik sınırının üzerindeyse temyiz kanun yolunun açık olduğunun kabulü gerekir³⁸. Aksi durum sendikal tazminat talepleri bakımından çelişkili bir durum yaratacaktır.

Sendikal tazminat talepli işe iade davalarının

38 Aynı yönde, Kar, 719.

temyize tabi olmadığı kabul edildiğinde, aynı işyerinde aynı durumdaki işçilerden bazılarının doğrudan sendikal tazminat talep etmeleri, bazılarının ise işe iade davası açmaları durumunda, dosya özelinde birbirinden farklılık taşımayan uyuşmazlıklarda, feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususunda farklı yönde kararlar çıkabilecektir.

2) Yargıtayın Görüşü

Konuya ilişkin olarak bir uyuşmazlıkta İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi temyiz yolu açık olmak üzere karar vermekle birlikte, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi söz konusu kararın sendikal tazminat talepli de olsa işe iade davası üzerine verilen bir karar olduğu gerekçesiyle temyiz edilemeyeceğine karar vermiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi 24.05.2018 tarihinde, sendikal sebeple iş sözleşmesinin feshi iddiasıyla açılan davada temyiz yasa yoluna başvuru hakkı açık olarak karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, "...Dairemiz kararının 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun "Sendika Özgürlüğünün Güvencesi" başlıklı 25. maddesi kapsamında verilmiş bir karar olması yani "temyiz edilemeyen kararları" gösteren 7036 sayılı Kanunun 8/1-c kapsamında açılan bir davaya ilişkin olmayışı gözetildiğinde işbu karara karşı temyiz kanun yolunun açık olduğu da kararda ayrıca belirtilmiştir. Zira aksinin kabulü, anılan Kanunun 25/5. bent, son cümle kapsamında açılacak salt sendikal tazminat davasında verilecek istinaf kararı temyiz yoluna açık iken işe iade davasıyla birlikte aynı 25. madde kapsamında açılan sendikal tazminat davasındaki kararın temyiz yoluna açık olmadığı sonucunu doğuracaktır..." ifadelerine yer verilerek temyiz kanun yolunun açık olması gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, 04.09.2018 tarihli kararında, BAM 27. Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirtilen gerekçesine kararında yer verdikten sonra,

"Uyuşmazlık, 25 Ekim 2017 tarihinden sonra hükme bağlanan ve sendikal tazminatın talep

edildiği fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararların temyize tabi olup olmadığı noktasındadır.

Bölge Adliye Mahkemesi kararında, hüküm altına alınan sendikal tazminatın miktarına göre temyiz yolunun açık olduğu yönünde hüküm kurulmuştur.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesinde, 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı açıkça öngörülmüştür.

Kanun'un madde gerekçesinde, "Madde ile iş mahkemelerince verilip temyiz edilemeyen, bir başka ifadeyle bölge adliye mahkemelerinde kesinleşen kararlar düzenlenmektedir. Bu kapsamda 4857 sayılı İş Kanununun 20 nci maddesinde düzenlenen fesih bildirimine itiraz (işe iade) davaları ve işveren tarafından toplu iş sözleşmesi veya işyeri düzenlemeleri uyarınca işçiye verilen disiplin cezalarının iptali için açılan davalar sayılmaktadır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununda düzenlenen ve maddede belirtilen davaların, işin niteliği de dikkate alınarak istinaf kanun yolunda kesinleşmesi kabul edilmektedir.

Düzenleme ile, 6100 sayılı Kanundaki genel düzenleme yanında, iş hukukunun temel prensipleri dikkate alınarak daha kısa sürede kesinleşmesinde yarar umulan dava türlerinin de bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi öngörülmekte ve bu şekilde bir yandan da Yargıtayın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır « şeklinde açıklamaya yer verilmiştir.

Düzenlemeye göre feshin haklı veya geçerli nedene dayanması, sendikal nedenin bulunması yönlerinden herhangi bir ayrıma gidilmeksizin fesih bildirimine itiraz (işe iade) davaları bakımından temyiz yolu öngörülmemiştir.

Özellikle feshin sendikal nedene dayandığı iddiasına dayalı olarak açılan fesih bildirimine itiraz davasında temyiz yolunun açık olduğunun kabulü, Kanun'un lafzı ve kanun koyucunun

amacı ile bağdaşmamaktadır.

Sendikal tazminat 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "Sendikal özgürlüğün Güvencesi" başlıklı 25. maddesinde düzenlenmiş olup, tazminat miktarı "işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere" şeklinde belirlenmiştir. Fesih bildirimine itiraz edilmeksizin sadece sendikal tazminat talepli olarak açılan bir davada, kabul veya reddedilen miktara göre temyiz yolunun değerlendirileceği açıktır.

Aynı Kanunu'nun 25. maddesinin 5. fıkrasında ise, "Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun ... 20 ve 21 inci maddede hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez" şeklinde düzenleme mevcut olup, sendikal neden iddiasına dayalı olarak fesih bildirimine itiraz davasının açılabilmesi öngörülmüştür. Doğrudan yapılan atıfla davanın türünün, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen "fesih bildirimine itiraz" davası olduğu kabul edilmiştir. Buna göre sendikal neden iddiasına dayanan fesih bildirimine itiraz davalarında da dava açamaya dair usuller sürelerle ispat kuralları aynı 20. madde hükümlerine tabidir. Yine yargılama süresi ile kısıtlamalar ile bölge adliye mahkemelerinde kesin olarak karar verileceği kuralı aynı maddenin son fıkrasında kurala bağlanmıştır.

Sendikal nedene dayanan fesih bildirimine itiraz davaları için İş Kanunu'nun 20. maddesinde, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. Maddesinde ayrı bir kanun yolu öngörülmemiştir. Aksine fesih bildirimine itiraz davasında verilen kararlara karşı sadece istinaf kanun yolu öngörülmüştür.

Sendikal tazminatın işçinin başvurusu, işe başlatılması veya başlatılmaması şartına tabi tutulmaması da davanın türünün fesih bildirimine itiraz

davasından olma vasfını değiştirmemektedir. Yine sendikal tazminata hükmedilmesi halinde ayrıca işe başlatmama tazminatına karar verilemeyeceği yönündeki yasal düzenleme de sendikal tazminat ile işe iade davasındaki bağlantıyı ortaya koymaktadır.

Bölge Adliye Mahkemesi kararının gerekçesinde, kararın 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "Sendikal özgürlüğün Güvencesi" başlıklı 25. maddesi kapsamında verildiği ve 7036 sayılı Kanunun 8/1-c kapsamında açılan bir dava olmadığı belirtilmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere dava tamamen fesih bildirimine itiraz davası olup, 6356 sayılı Kanun'da ayrı bir işe iade davası öngörülmemiştir. Yargılama tamamen 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesi kapsamında yapılmış ve aynı Kanun'un 21. maddesine göre hüküm kurulmuştur.

Yasa koyucu fesih bildirimine itiraz davalarının temyiz edilebilirliğine ilişkin olarak sadece dava türünü belirtmiş, tazminat miktarı ya da tazminat türüne bağlı bir istisnaya yer vermemiştir.

Sendikal neden iddiasına dayalı fesih bildirimine itiraz davalarında temyiz yolunun açık olduğu kabul edildiğinde, usul veya esastan davanın reddi veya davanın kabulüne rağmen sendikal nedenin reddi hallerinde de istinaf kararlarının kesin olmadığı sonucuna varılabilecektir. Yine davanın ve sendikal nedenin kabulü hallerinde miktar itibarıyla kesinlik sınırına göre temyiz yolunun varlığı kabul edilebilecektir. Bu durum yasa koyucunun "kararların daha kısa sürede kesinleşmesi" ile "Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması" yönündeki amacı ile bağlaştırmadığı gibi 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/1-a maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin son fıkrasına açıkça aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle sendikal nedene dayatılmış olsa da, fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararların temyiz yoluna tabi olmadığı sonucuna varılmıştır." ifadelerine yer vermiştir³⁹.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise 15.01.2019 tari-

39 Yarg. 9. HD, 04.09.2018 E. 2018/7335 K. 2018/15060 (www.kazanci.com).

hinde⁴⁰ benzer gerekçelerle aynı yönde bir karar vermiştir. 22. Hukuk Dairesi de 9. Hukuk Dairesi gibi kanun koyucunun amacının işe iade davaları ile Yargıtay'da oluşan iş yükünü azaltmak ve yargılamanın hızlı bir biçimde sonuçlanmasını sağlamak olduğuna vurgu yapmıştır. Her iki Daireye göre, söz konusu İMK m. 8 hükmünde 6356 sayılı Kanunun 25. maddesine açıkça atıf yapılmamasının temel sebebi, söz konusu maddede yer alan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işçiye tanınan işe iade davası açma hakkının İş Kanunun 20. maddesi ile bağlantılanmış olmasıdır. Bu durumda işe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşeceğinin öngörülmüş olması doğrudan sendikal sebeple yapılan fesihler bakımından da işe iade davalarının akıbetini etkileyecektir.

3) Görüşümüz

a) Genel Olarak

7036 sayılı Kanunun temyize başvurulamayacak kararları düzenleyen 8. maddesi İşK m. 20'den doğan işe iade talepli davalar bakımından temyize başvurulmasını engellemektedir. Basın İş Kanunu m.6/son'da yer verilen "İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır" hükmü nedeniyle gazeteciler tarafından açılacak işe iade davaları da istinaf aşamasında kesinleşecektir. Ancak 6356 sayılı Kanunun 25. maddesine göre iş sözleşmesinin işveren tarafından sendikal nedenle feshedilmesi halinde açılacak sendikal tazminat talepli işe iade davaları bakımından İMK m. 8 hükmünün bir temyiz yasağı ifade edip etmediği noktasında kesinlik yoktur. Kanaatimizce söz konusu hükmün 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinden doğan işe iade davalarını kapsayacak biçimde geniş değerlendirilmesi isabetli olmadığı gibi kanun koyucunun amacı da bu yönde değildir. Bu sebeple, Yargıtay'ın 9 ve 22. Hukuk Daireleri'nin konuya ilişkin verdikleri kararlara katılamıyoruz.

Aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinde düzenlenmiş olan işe iade davası, İşK m. 20'de yer alan klasik işe iade davasından daha geniş bir koruma alanı içermektedir. Bu dava, işçinin işini güvence altına almanın ötesinde anayasal bir hak olan sendika hakkını da korumaya yöneliktir. Sendikal sebeple yapılan fesihlere karşı açılan işe iade davası, işçinin bireysel hakkı yanında sendikanın kolektif sendika özgürlüğünü de korumayı hedefler. Tüm bunlar gözetildiğinde, İMK m. 8 hükmünün, işe iade davaları bakımından istinaf aşamasında davanın kesinleşeceğini öngörmüş olması; niteliği, davayı açma hakkı tanınmış kişiler, davanın koruyucu amacı ve davanın sonuçları bakımından İşK m. 20 hükmünden farklı düzenlemeler içeren bu davaların istinaf aşamasında kesinleşmesi sonucunu doğurmaz.

Öte yandan hak arama özgürlüğü çerçevesinde kanun yoluna başvurma hakkı da taraflara tanınmış anayasal bir haktır (AY m. 36). Bu bağlamda kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılabilmesi için bunun açıkça kanunda düzenlenmiş olması gerekir. İMK m. 8/1'de 4857 sayılı Kanunun 18 vd. maddelerinden doğan işe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşeceği açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte; 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinden doğan davalar bakımından sınırlayıcı bir hükme yer verilmiş değildir.

Gerçekten, temyiz edilemeyen kararları düzenleyen İMK m.8/1 bu kararları dört bent halinde saymıştır: Bunlardan (b) bendinde işverence verilen disiplin cezalarının iptali için açılan davalarda verilen kararlar sayılmış, (a), (c) ve (d) bendinde ise çeşitli kanunlar esas alınarak bu kanunlarda öngörülen davalardan hangilerinin istinaf aşamasında kesinleşeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda 4857, 6356 ve 4688 sayılı kanunlar kapsamında açılan davalardan hangilerinde verilen kararların temyiz edilemeyeceği söz konusu bentlerde tek tek sayılmıştır. Buna göre, 6356 sayılı Kanun açısından bakıldığında m. 24/1 ve 5, m. 34/4, m. 53/1 ve m.71/1 kapsamında açılan davalarda verilen kararlar temyiz edilemeyecek-

40 Yarg. 22. HD, 15.01.2019, E. 2018/16305 K. 2019/945 (www.kazanci.com); Aynı yönde, Yarg. 22. HD, 15.1.2019, E. 2018/16354 K. 2019/944; Yarg. 22. HD, 15.1.2019, E. 2018/16912 K. 2019/957.

tir. Bentteki sayım tahdidi olup bu bentte m.25 kapsamında açılacak herhangi bir dava sayılmamıştır. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanun eliyle sınırlandırılabilirliğine ilişkin Anayasa m. 13 hükmü karşısında kanaatimizce sendikal sebeple yapılan fesihlerde açılacak işe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşeceği sonucuna varmaya engel oluşturmaktadır.

Burada çözüme kavuşturulması gereken sorun, 6356 sayılı Kanun m.25/5'te yer verilen "*Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir.*" hükmünün temyiz yasağının kabulü için yeterli olup olmadığıdır.

Yargıtay Daireleri konuya ilişkin verdikleri gerekçeli kararlarında, İMK m. 8/1, a hükmünü hükmün gerekçesini de gözeterek yorumlamakta ve hükmün sendikal sebeple açılan işe iade davalarını da kapsadığı sonucuna ulaşmaktadırlar. Usul hukuku hükümlerinin yorumu Anayasanın temel ilkeleri ve maddi hukukta korunan norm gözetilerek yapılmalıdır. Aşağıda değinileceği üzere, iş yargılamasında istinaf aşamasında kesinleşecek kararlara ilişkin hüküm bir istisna hükmüdür ve istisna hükümlerinin kural olarak dar yorumlanması gerekir.

Yargıtay'ın iş yükünün artarak devam etmesinde ve davaların uzun sürede sonuçlandırılmasında Yargıtay'ın fiilen istinaf mahkemesinin rolünü üstlenmiş olmasının da etkisi vardır⁴¹. Gerçekten de Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemelerinin görev ve başlamasından önce verdiği kararlarda hukuki denetim görevi yanında ilk derece mahkemesinin kararını ortadan kaldırarak karar veren vakia mahkemesi görevini de üstlenmişti. Ancak yeni dönemde Bölge Adliye Mahkemelerinin görev ve başlaması ile birlikte vakia mahkemesi görevini bu mahkemeler yerine getirecek; Yargıtay ise temel görevi olan hukuki denetim yaparak içtihat birliği oluşturma görevini çok da kısa sürede ve etkin biçimde gerçekleştirebilecektir. Bu amaçla,

yargının iş yükünün azaltılması ve yargılamanın hızlandırılması açısından yapılması gereken, iş hukukunun en önemli konularından biri olan işe iade davalarını temyiz kanun yoluna başvurulamayacak kararlar olarak düzenlemek değil; yargılamayı hızlandırıcı tedbirler almak olmalıdır. Burada detayına girilmeyecek olmakla birlikte, yargılamanın şarta bağlı bir hükümle sonuçlanmasına neden olan, işverene tercih hakkı tanırken aradan yıllar da geçse işçiye işe başlamayı istemek zorunda tutan Türk iş güvencesi sisteminin bizatihi kendisi yargının iş yükünün artmasının başlıca sebeplerindendir⁴². İş yükü temel gerekçe gösterilerek iş hukukuna dava şartı olarak arabuluculuk müessesesi entegre edilip kanun yoluna başvurma hakkı sınırlandırılırken bu sisteme müdahale edilmemesi isabetli olmadığı gibi şaşırtıcıdır.

Yargıtay Özel Dairelerinin kararlarında atıfta bulunduğu madde gerekçesinde öngörülen, "daha kısa sürede kesinleşmesinde yarar umulan dava türlerinin de bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi ve bu şekilde bir yandan da Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi" amaçları üzerinde özel olarak durmakta yarar görüyoruz. Öncelikle savunduğumuz görüş uyarınca salt sendikal tazminat talepli işe iade davaları temyize tabi olacağından, ülkemizdeki sendikalaşma oranı da dikkate alındığında bu davaların temyize tabi olduğunun kabulü Yargıtay'ın iş yükünde özel bir artışa neden olmayacaktır kanısındayız. Kaldı ki bu davalar gerek yerel mahkeme gerek Yargıtay aşamasında yine Yüksek Mahkeme tarafından geliştirilmiş sendikal fesih karinesine ilişkin içtihat kapsamında seri dosyalar şeklinde incelenmektedir. Yargıtay'ın iş yükünün azalmasında en büyük etken ve bize göre maddede düzenlenen husus, klasik işe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşecek olmasıdır.

41 Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil, S. 4, Aralık 2006, 29.

42 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaraça, Ercüment: İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi tarafından 3-4 Haziran 2011 tarihlerinde düzenlenen "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları", İstanbul 2012, 104 vd.

Gerekçede vurgulanan diğer amaç olan, "bazı dava türlerinin daha kısa sürede kesinleşmesinde yarar umulması amacı" da kanımızca sendikal tazminat talepli işe iade davaları için klasik işe iade davaları için söz konusu olduğu ölçüde geçerli değildir. Zira, İşK m.20 uyarınca açılan bir işe iade davasını kazanan işçi işe başlamak için işverene başvuramaz veya davet üzerine işe başlamazsa davanın hiçbir parasal sonucundan (boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatından) yararlanamaz ve bu nedenle yargılama sürecinde bir işe girmekte tereddüt yaşarken; STİSK m.25/5'e göre açılan işe iade davasını kazanan işçi örneğin dava sürecinde başka bir işe girdiği için işverene başvurmasa veya davet üzerine işe başlamasa dahi boşta geçen süre ücretini alamamakla birlikte sendikal tazminatını alabilmektedir.

Sendikal sebeplerle yapılacak fesihlerde kanun yolunun belirlenmesi bakımından yapılacak değerlendirmenin bu noktalar ve aşağıda belirtilecek hususların gözetilerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

b) Sendika Hakkı Temelini Anayasadan Alan Bir Haktır

Sendika özgürlüğü; çalışanların ortak ekonomik, sosyal hak ve menfaatlerini korumak için örgütlenme, bireysel yahut kolektif olarak sendikal faaliyette bulunabilme haklarını ifade eder. Sendika özgürlüğü diğer pek çok hak ve özgürlükle de yakından bağlantılıdır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, toplanma, dernek kurma haberleşme ve inanç özgürlüğü de sendika özgürlüğü ile birlikte düşünülmelidir⁴³.

Sendika hakkı, Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenmiş olmakla birlikte temel insan haklarından biridir⁴⁴. Temel insan haklarına ilişkin pek çok

uluslararası belgede de sendika hakkı temel hak ve özgürlükler arasında kabul edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 23. maddesinde, herkesin, çıkarlarının korunması için başkaları ile birlikte sendika kurmaya ve kurulu bir sendikaya katılmaya hakkı bulunduğu düzenlenmiştir; BM Genel Kurulu'nda 1966 yılında kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin "Sendikal Haklar" başlıklı 8. maddesinde sendika kurma, faaliyette bulunma ve üst örgütlere üye olma ilkesi teminat altına alınmış ve sendikal haklara getirilecek sınırlamaların demokratik bir toplumda açısından gerekli olması ve hukuken öngörülmesi gerektiği düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinde ise "Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir." ifadesiyle sendika hakkı teminat altına alınmıştır.

Türk İş Hukukunda sendika hakkı ve özgürlüğü kaynağını 1982 Anayasasından almaktadır. Anayasanın 4709 sayılı Kanunla 2001 yılında değiştirilen 51. maddesine göre "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten çekilmeye zorlanamaz.". Anayasadaki hükme uygun olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile sendika kurma, sendikaya üye olup olmama ve sendikadan çıkmanın serbest olduğu düzenlenmiştir.

Sendika özgürlüğünün sendikalaşma serbestisi ile sendikaya üye olma veya olmama serbes-

43 Esener, Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: Sendika Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 2017, 34.

44 Narmanlıoğlu, Ünal: 6356 sayılı Kanunda Sendikal Tazminat Talep Hakkının Kapsamı Hakkında Düşünceler, Legal İSGHD, C. 11, S. 41, 2014, 29; Öztürk, Mehmet Onat: İşçinin Sendikal Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/3, 219;

Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 34; Sendika hakkının sosyal ve ekonomik haklar arasında mı yoksa klasik haklar arasında mı yer aldığının tespiti konusunda görüşler için bkz. Tanör, Bülent: Sendika Hakkı ve Özgürlüğü, COGITO 98- İnsan Hakları, İstanbul 2000, 230 vd.; Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 35; Aydın, Mesut: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü, TÜHIS, Şubat-Mayıs 2006, 1-34.

tisi yanında sendikaya üyelik teminatını da barındıran üç görünümlü bir özgürlük olduğu kabul edilmelidir⁴⁵. Diğer bir ifadeyle, sadece sendika kurma ve sendikaya üye olma değil, sendikaya üye olma sebebiyle işe alımda, çalışma koşullarının uygulanmasında ve işten çıkarılmada ayrımcılığa maruz kalmama da sendika özgürlüğünün bir parçası olarak görülmelidir.

Gerçekten de işçilerin sendikaya üye olma yönünden sahip oldukları serbesti, ancak sendikal işçinin üyelik sebebiyle işveren tarafından farklı bir işleme tabi tutulmaması halinde bir anlam taşıyacaktır. Aksi halde işçiler işverenin yapabileceği ayrımcı uygulamaların yarattığı baskı sonucu sendikaya üye olmaktan kaçınacak; işçinin hem sendika özgürlüğü hem de çalışma özgürlüğü ihlal edilmiş olacaktır⁴⁶.

6356 sayılı Kanuna göre işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz (m. 25/2). Sendikal ayrımcılık hallerinin en ağır görünümü sendikal nedenle yapılan fesihlerdir⁴⁷. Sendikal nedenle fesih, işverenin salt işçilerin sendikal hak ve özgürlüklerini kullanmaları sebebiyle başvurduğu bir yoldur. Bu durum, sadece pozitif sendika özgürlüğünün kullanılması halinde değil; işçinin işverenin belirlediği sendikaya üye olmayı veya o sendikaya üye kalmayı kabul etmemek suretiyle negatif sendika özgürlüğünü kullanması halinde de söz konusu olabilir.

Sendika özgürlüğünün sağlanabilmesi için ayrımcı uygulamaları ortadan kaldıracak bir iş

güvencesi sistemi getirilmesi gerekmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen iş güvencesi sistemi, ancak belirli şartları taşıyan sınırlı sayıdaki işçi bakımından işverenin fesih hakkını sınırlayan özel bazı kurallar öngörmektedir. Oysaki sendikal nedenle fesih halinde getirilecek iş güvencesi bundan daha geniş kapsamlı olmalıdır. Temelde sendika özgürlüğünü korumayı amaçlayan 6356 sayılı Kanunun 25. maddesi uyarınca sadece iş güvencesinin kapsamındaki işçilerin değil tüm işçiler sendikal sebeple feshe karşı sendikal tazminat talep etmeleri ve işe iade davası açmaları mümkündür⁴⁸.

6356 sayılı Kanun uyarınca, feshin sendikal nedene dayandığı gerekçesiyle geçersizliğinin tespit edilmesi halinde işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartın bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir (m. 25/5). Bu düzenleme, klasik iş güvencesi sistemi ile bağlantının kesildiğini ve 6356 sayılı Kanunda, İş Kanununda yer alan işe iade davasından ayrılan özel bir işe iade davası öngörüldüğünü göstermektedir.

İşçinin sendikal sebeple yapılan feshe karşı korunması sadece bireysel sendika özgürlüğünü değil; aynı zamanda kolektif sendika özgürlüğünü de güvence altına almaktadır. İşçi sendikal olmazsa sendika var olamaz. Bu açıdan değerlendirildiğinde, işverenin iş sözleşmesini sendikal nedenle feshetmesi, sadece sendikal işçinin işyerinden uzaklaştırılması değil; aynı zamanda sendikanın da işyerinde örgütlenmesine engel olma amacını taşır⁴⁹. Bu durum, sendikal sebep-

45 *Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu*, 37; *Yorgun Sayım*: Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi, *Çalışma ve Toplum*, 2016/3, 1183.

46 *Sümer*, Haluk Hadi: İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul 2011, 1623; *Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu*, 218.

47 *Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu*, 218; *Sağlam*, Fazıl/Soyer, Polat: İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu'nun Bu Açıdan Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, *Legal İSGHD*, C. 10, S. 39, 2013, 4.

48 *Ekmekçi*, Ömer: Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, *Çimento İşveren*, C. 30, S.3, Mayıs 2016, 10 vd.; *Sümer*, Haluk Hadi: İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Feshe Karşı Güvencesi, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, *Legal İHSGHD Özel Sayı* 2016, 229 vd.; *Özkaraca*, Ercüment: Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalanların Sendikal Feshe Karşı Korunması, *Emeğin Hukuku Kurultayı 2*, TBB tarafından 27 Mayıs 2016 tarihinde Ankara'da düzenlenen Seminer yayını, Ankara 2017, 233-265; *Ekmekçi*, Ömer: *Toplu İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2018, 103.

49 *Öztürk*, 219; *Sümer*, Haluk Hadi: İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997, 9.

le yapılan fesihlerde açılacak işe iade davasının işçinin bireysel menfaatinden öte sendikanın kolektif sendika özgürlüğünü de ilgilendirdiğini göstermektedir. Söz konusu hüküm yorumlanırken bu hususun ayrıca gözetilmesi gerekir.

Sendikal tazminat 6356 sayılı Kanunda, sendikaya üyelik, sendikal faaliyete katılma gibi sebeplerle işçinin ayırmacılığa uğramasının yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Bu ayırmacılık işe alma sırasında olabileceği gibi iş ilişkisinin devamı sırasında veya iş ilişkisine son verilmesi halinde de söz konusu olabilir. Bu açıdan bakıldığında sendikal tazminata ilişkin davaların işe iade davalarından daha geniş bir kapsama sahip olduğu görülür. Sendikal tazminat ile amaçlanan sadece işçinin bireysel zararının giderilmesi olmayıp işvereni sendikal ayırmacılık yapmaktan alıkoymak da hedeflenmektedir⁵⁰. Bu sebeple kanunda sendikal tazminatın miktarı sadece asgari düzeyde belirlenmiş ve ayırmacılığın ağırlığına göre hâkime takdir yetkisi tanınmıştır.

6356 sayılı Kanunda eleştirilebilecek düzenlemelerden biri sendikal tazminatın miktarının işçinin işe başlatılması veya başlatılmaması halinde değişmemesidir. Bu durum işverene işçiyi işe başlatma veya başlatmama bakımından seçimlik bir hak tanımakta; işverenin tazminat ödemeyi göze aldığı sayıdaki işçiyi işten çıkarabileceği sonucu doğmaktadır. Bu durum, sendikal nedenle feshe karşı işçilerin korunabilmesi açısından yargı kararlarını daha önemli hale getirmektedir. Gerçekten de özellikle sendikal tazminatın miktarının tespiti açısından sendika özgürlüğünü korumaya ve bu yöndeki olası ihlalleri önlemeye yönelik olarak yeknesak kararlar verilmesi, kanun hükmünün somut olaya uygulanması bakımından temel kuralların isabetli biçimde belirlenmesi üst mahkemeler tarafından kararın denetlenmesi ile mümkün olacaktır. Nitekim öğretide de, iş yargılaması gibi temel hak ve özgürlüklerin ihlali ile sıklıkla iştilgal eden bir alanda, davanın

temas ettiği hak ve özgürlüklerin kanun yollarına başvuruda dikkate alınması gerektiği isabetle belirtilmiştir⁵¹.

c) İMK m. 8'de Yer Alan Usul Hükümünün Yorum Kuralları Uyarınca Yorumlanması Gerekir

Bireyler arasında ortaya çıkabilecek ihtilafların çözümlenmesi ve hakların himayesi için uygulanması gerekli olan müeyyidenin nasıl işleteceğini, medeni usul hukuku hükümleri tayin etmektedir. Bu bakımdan usul hukukunun amacının ne olduğunun belirlenmesi, yargılamanın işleyişi, yargılama metodu, taraflara ve yargıca düşen görev ve yetkilerin neler olduğunun saptanması açısından gereklidir⁵².

Usul hukuku hükümleri kural olarak emredici hukuk kurallarıdır. İş Mahkemeleri Kanununda yer alan hükümler de usul hükümlerinin çerçevesine dâhil olup bu hükümler de kural olarak emredici niteliğe sahiptir. Öte yandan, usul hükümlerinde de diğer kanunlarda olduğu gibi bazı boşluklar veya yoruma muhtaç noktalar bulunabilir. Söz konusu hükümlerin yorum teknikleri ile değerlendirilerek kapsam ve uygulama alanı tespit edilmelidir⁵³.

Usul hukukunda hükümlerin yorumlanması bakımından kanunların yorumuna yönelik genel kurallardan farklı yorum kuralları öngörülmemiştir. Bu bağlamda usul hukuku hükümleri yorumlanırken kanunun bütün itibarıyla amacının gözetilmesi gerekir. Hâkim, tarafların yargılamada hangi hukuki yararlarını korumak istediklerini belirleyerek hakkın özünü yasanın sözüne tercih etmelidir⁵⁴.

İş hukukunun temel amacı, işçinin maddi ve ekonomik geleceği ile kişiliğini ve onurunu koru-

50 Süzek, Sarper: İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1979, 163; Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 242; Narmanlıoğlu, 32.

51 Baysal, 84.

52 Usul hukukunun amacının ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, 86 vd.

53 Üstündağ, 3.

54 Yarg. 7. HD. 20.06.2006, 2006/2017E., 2006/2017K. (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, 13).

maktır. İş hukukuna temel teşkil eden bu prensip, iş davalarına uygulanacak yargılama kurallarını da etkilemiştir. Diğer bir ifadeyle iş yargılamasının amacını iş hukukunun amacından ayrı düşünmek mümkün değildir. İş hukuku kurallarının yorumunda esas alınacak ilkeler 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirlenmiştir⁵⁵. Karara göre, kanun hükümlerinin ekonomik açıdan zayıf olan işçinin ekonomik durumunu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak biçimde yorumlanması gerekir. İş hukukuna ait hükümlerin yorumunda tereddüt edilmesi halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi gerekir.

Medenî usul hukukunun öncelikli amacı, sübjektif hakların gerçekleşmesini sağlamaktır. Yargılama bir bütün olarak kabul edildiğinde, kanun yolları da usul hukukunun amacını gerçekleştirmeye hizmet etmelidir. Buna göre, kanun yolu kişilerin sübjektif haklarının gerçekleştirilmesine ve uyuşmazlıkların sona ermesine hizmet eder⁵⁶.

Bir kanun hükmü yorumlanırken öncelikle lafzi yorum yapılır. Lafzi yorum yapılırken kanun koyucunun düzenlemeyi yaparken kullandığı kelimeler esas alınır. Ancak, lafzi yorum tek başına hükmün yorumlanması bakımından yeterli değildir. Hükmün somut olaya sözü kadar özülü ve ruhuyla uygulanması gerekir. Bu durumda, kanun koyucunun söz konusu hükmü getirirken elde etmek istediği amaç gözetilerek yorumun yapılmalıdır⁵⁷.

İMK m. 8 hükmü yorumlanırken iş hukukunun işçiyi koruma ilkesi de dikkate alınmalıdır. Zira hüküm işçi işveren ilişkilerini doğrudan etkileyen, işçileri koruma amacı ağır basan bir dava

olan işe iade davalarına ilişkindir. Kanun yoluna başvuru hakkı, kamu düzeni gözetilerek sınırlandırılabilir de kamu düzeni etkisinin ilke olarak işçi yararına olduğu unutulmamalıdır⁵⁸.

Adil yargılanma hakkının gereği olarak usul hükümleri yorumlanırken Anayasada yer alan eşitlik, sosyal devlet ilkesi gibi temel ilkelerin de gözetilmesi gerekir⁵⁹. Bu ilkelere aykırı yorum yapılması hükmün getiriliş amacıyla bağdaşmayacağı gibi Anayasaya da aykırılık teşkil eder. İMK m. 8 hükmünün sendikal sebeple yapılan fesihlerden doğan işe iade davalarını kapsayıp kapsamadığına ilişkin yorum yapılırken 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinde düzenlenen işe iade davası açma hakkının anayasal bir hak olan sendika hakkının korunmasını amaçladığı gözetilmelidir.

Usul hükümleri yorumlanırken gözetilmesi gereken bir diğer husus, medeni usul hukukunun kendine özgü bağımsız bir amacı olmadığıdır. Dolayısıyla yorum maddi hukukta düzenlenen hakların gerçekleşmesini sağlayacak biçimde ve söz konusu hükümlerin amacına uygun yapılmalıdır⁶⁰. Sendikal sebeple iş sözleşmesi feshedilen işçiler bakımından tanınmış olan işe iade davası açma hakkı, sadece işçilere iş güvencesi getirilmesi amacına hizmet etmemekte; ayrıca bu işçilerin Anayasa ile güvence altına alınmış olan sendikal haklarını ve sendikal sebeple ayrımcılığa uğramamalarını sağlamayı da amaçlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, bu davaların İş Kanunun 20. maddesinde yer alan davadan daha özel bir karaktere sahip olduğu görülür. Bu durumda, istinaf aşamasında kesinleşecek kararlara ilişkin İMK m. 8 hükmü yorumlanırken söz konusu davaların özel niteliği de gözetilmeli ve hüküm bu bağlamda dar yorumlanarak sendikal tazminat talepli işe iade davalarında temyiz yolunun kapalı olmadığına hükmedilmelidir.

55 Yarg. İBK, 27.05.1958, E. 1957/15 K. 1958/5 (Kar, Bektaş: İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, 879).

56 Konuralp, Halûk: Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, 6; Yıldırım, M. Kâmil: Kanun Yolu Olarak İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, (7-8 Mart 2003), Ankara 2003, 288 vd.; Akkaya, 68; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 57.

57 Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 1, 15. Baskı, İstanbul 2017, 73.

58 Çenberci, Mustafa: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969, 7.

59 Pekcanitez, Pekcanitez Usul, 74; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 23.

60 Pekcanitez/Atalay/Özekes, 23; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, 74.

d) İşe İade Davalarının İstinaf Aşamasında Kesinleşmesine Yönelik Hüküm Bir İstisna Hükümüdür

İlk derece mahkemesinin verdiği kararlar bakımından kanun yolunun açık olması esastır. Davanın tarafları ilk derece mahkemesinin verdiği karara karşı bir üst mahkeme olan Bölge Adliye Mahkemesine daha sonra da Bölge Adliye Mahkemesinin verdiği karara karşı Yargıtay'a başvurabilirler. Tarafların her iki kanun yolu aşamasına da başvurabilmeleri kuralı oluşturmaktadır. Ancak kanun koyucu kamu menfaatini gözeterek kanun yoluna başvuru bakımından sınırlayıcı düzenlemeler getirmiş olabilir. Bu düzenlemelerin en temeli, hem istinaf hem de temyiz kanun yoluna başvurma bakımından öngörülmüş olan parasal sınırdır (HMK m. 341, m. 362). İş Mahkemeleri Kanunun 8. maddesinde yer alan temyize başvurulamayacak kararlara ilişkin hüküm de bu bakımdan bir istisna hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır. İstisna kavramı doktrinde, olağanın dışında hüküm getiren, sisteme yabancı unsurlar içeren, ayrıkçı durum olarak tanımlanmaktadır⁶¹. Temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kurallar istisna hükmüdür ve dar yorumlanmalıdır. İMK m. 8 hükmü de hak arama hürriyetinin bir parçası olan kanun yoluna başvuru hakkını sınırlayan bir hükmüdür. Dolayısıyla bir istisna hükmü olan HMK m. 8'in dar yorumlanması; açıkça istinaf aşamasında kesinleşeceği öngörülmemiş olan 6356 sayılı Kanunun m. 25/5 hükmünden doğan işe iade davalarını kapsamadığı sonucuna varılması gerekir.

Önemle vurgulayalım ki, açık olmayan iş mevzuatı kurallarının yorumlanmasında işçi yararına yorum ilkesinin⁶² benimsenmesinde olduğu gibi, burada da açık olmayan bir düzenleme bulunması karşısında istisna hükmünün dar yorumlanması suretiyle ve mahkemeye erişim hakkının, kanun yolunun açık olmasının kural olduğu dik-

kate alınarak sendikal tazminat talepli işe iade davalarında temyiz kanun yolunun açık olduğu kabul edilmelidir.

Düzenlemenin açık olmadığı konusunda da tereddüt edilmemelidir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararına konu olayda BAM Daire başkan ve üyeleri temyiz kanun yolu açık olmak üzere karar verdikleri gibi, 22. Hukuk Dairesi'nin temyiz kanun yolunun kapalı olduğuna hükmettiği tespit edebildiğimiz üç karara konu olaylarda da iki farklı BAM Dairesinin başkan ve üyeleri temyiz yolu açık olmak üzere karar vermişlerdir. Hatta Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de söz konusu kararlarında açıkça belirttiği gibi, bu konuda başlangıçta farklı kararlar vermekte, daha doğru bir ifadeyle sendikal tazminat talepli işe iade davalarını temyizen incelemekte iken, daha sonra içtihat değiştirerek söz konusu davaların istinaf aşamasında kesinleştiğine karar vermeye başlamıştır. Gerçekten, Özel Daire kararlarında şu ifadeler yer vermektedir: "...Her ne kadar Dairemizin önceki uygulamasında işe iade davasının sendikal fesih iddiasına havi olması halinde, sendikal tazminatın 6356 sayılı Kanun'unda ayrıca düzenlenmiş olması hasebi ile temyiz yolu açık olarak verilen kararların temyizen incelenmesi yapılmakta ise de, konunun etrafıca değerlendirilmesi neticesi, 7036 sayılı Kanun'un bu hususa ilişkin olarak ayrık bir düzenleme ve istisna hükmü getirmemesi karşısında temyiz yolunun kapalı olduğu kanaatine varılmıştır..."⁶³. Belirtilim ki, söz konusu içtihat değişikliğinin gerisinde iki Yargıtay Dairesi arasında yeni bir içtihat farklılığının oluşmaması düşüncesinin de etkili olduğu değerlendirilmektedir⁶⁴.

61 Umar, Bilge: Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997, 137; Yongalık, Aynur: 'İstisnalar Dar Yorumlanır' Kuralı ve Değerlendirilmesi, AÜHFD, 60 (1), 2011, 7.

62 Bu konuda bkz. Süzek, İş Hukuku, 20 vd.

63 Yarg. 22. HD, 15.1.2019, E. 2018/16305 K. 2019/945; aynı yönde, Yarg. 22. HD, 15.1.2019, E. 2018/16354 K. 2019/944; Yarg. 22. HD, 15.1.2019, E. 2018/16912 K. 2019/957.

64 Nitekim, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı konuya ilişkin olarak bir sempozyumda, "...Şu anda sendikal nedenlerle açılan işe iade davalarında bizim birkaç tane kararımız var. Dedik ki, 7036 sayılı Kanunla "sadece İş Kanununun 20 ve 21. maddeleri uyarınca açılan işe iade davalarında verilen kararların temyizi mümkün değildir" şeklinde bir düzenleme var. Sendikal nedenle açılan davalarda açıkça temyiz yolunun kapalı olduğu öngörül-

Belirtilen yargı kararlarının, inceleme konusu hükümler kapsamında sendikal tazminat talepli işe iade davalarının temyize tabi olup olmadığının tereddüt uyandıracak biçimde düzenlendiğini ortaya koymaya yeterli olduğu ve bu tereddüt-lü durum karşısında kanun yolunun açık olması yönündeki temel kuralın uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Şüphesiz bu belirsizliğin yasal düzenleme ile giderilmesi daha isabetli olacaktır. Ancak bu yapıncaya kadar da Yargıtay Özel Dairelerinin mevcut düzenleme biçimi karşısında sendikal tazminat talepli işe iade davalarında temyiz kanun yolunun açık olduğunu kabul etmeleri gerektiği kanaatindeyiz.

V. Sonuç

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş yargılamasında özellikle de işe iade davalarında yargılamaya ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan biri de işe iade davalarının istinaf kanun yolunda kesinleşmesini öngören İMK m. 8 hükmüdür. Kanunun gerekçesinde bu değişikliğin sebebi olarak Yargıtay'ın artan iş yükü ve işe iade davalarının çok uzun sürede sonuçlanması gösterilmiştir. Ancak, kanaatimizce hukuk devleti ilkesinin ve hak arama özgürlüğünün bir parçası olan kanun yoluna başvurma hakkı, artan iş yükü sebebiyle sınırlandırılmayacağı gibi içtihat hukukunun önemli bir yere sahip olduğu işe iade davalarının Yargıtay incelemesinden geçmemesi uygulamada pek çok soruna da sebep olacaktır.

memiştir. Biz birkaç davaya baktık doğrusu, temyize baktık, ama en son bizim dairede arkadaşlar dediler ki, "yine ikili bir uygulama oluyor, kanun da çok açık değil, bunu çok zorlamayalım, bunu yasa koyucunun düzenlemesine bırakalım, yasa koyucu bu konuda açık bir düzenleme yapsın." Gerçekten de işe iade davaları için söylediğim bu ağır külfet, sendikal nedenle işten çıkarmalar için haydi haydi geçerli. İşçiler açısından da çok çok önemli. Sendikal nedenle işten çıkarılan bir işçinin, bölge adliye mahkemelerinin vermiş olduğu hatalı bir karar nedeniyle, hem çalışma hakkı, aynı zamanda sendikal hakkı ihlal ediliyor. Dolayısıyla bunun da mutlaka temyiz yolunun açık olması ya da dediğim gibi atlamalı bir temyiz yolunun öngörülmesi gerekir diye düşünüyorum..." şeklinde açıklamada bulunmuştur. Bkz. Göktaş, Seracettin: Türk-İş ve AYBÜ tarafından 14.1.2019'da Ankara'da gerçekleştirilen "Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu", Genel Görüşme, 166-167.

Öte yandan, İMK m. 8 hükmüyle 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararların istinaf kanun yolunda kesinleşeceği öngörülmüş; 6356 sayılı Kanununun 25. maddesinden doğan sendikal nedenle yapılan fesihiye karşı açılacak işe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşeceğine yönelik bir hükme yer verilmemiştir. Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Dairelerinin aksi yöndeki içtihatlarına rağmen, mevcut düzenleme biçimi karşısında kanaatimizce, sendikal nedenle dayanan işe iade davalarının bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi ve istinaf kanun yolunda kesinleşeceğinin kabul edilmesi isabetli değildir. Her şeyden önce, 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinden doğan işe iade davalarının iş güvencesi kapsamındaki işçiler tarafından açılan klasik işe iade davaları şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir. 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinden doğan işe iade davaları anayasal bir hak olan sendika hakkı ve özgürlüğünü korumayı amaçlamakta, daha geniş kapsamlı ve koruyucu düzenlemeler getiren bir davadır. Bu özellikleri gereği İşK m. 20 hükmündeki işe iade davalarından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir.

İMK m. 8 hükmünde istinaf aşamasında kesinleşecek kararlar açısından 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinden doğan işe iade davaları anılmadığından, bu davaların istinaf kanun yolunda kesinleşeceği sonucuna ancak hükmün yorumu ile varılabilir. Bir usul hukuku hükmü olan İMK m. 8 yorumlanırken hükmün getiriliş amacının gözetilmesi gerektiği gibi yorum ile ulaşılan sonucun Anayasanın temel ilkeleriyle çelişmemesi gerekir.

Hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu sistemimizde kanun yoluna başvuru hakkı esastır. Kanun yoluna başvuru hakkını sınırlayan İMK m. 8 hükmü niteliği itibarıyla bir istisna hükmüdür ve bu istisna hükmünün sendikal tazminat talepli işe iade davalarını kapsayıp kapsamadığı ciddi tereddütlere yol açmıştır. Nitekim incelememizde değindiğimiz Yargıtay kararlarına konu olaylarda çok sayıda BAM Dairesi temyiz kanun yolunun açık olduğuna karar verdiği gibi, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de başlangıçta söz konusu uyuş-

mazlıkları temyizden incelemiştir. Öğretide de bu yönde görüşler bulunmaktadır. İstisna hükümlerinin dar yorumlanması gereği ve kanun yoluna başvuru hakkının esas olması kuralı karşısında, bu tereddütlü durumda sendikal nedene dayanan işe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşeceği yönünde bir yorum yapılmamalıdır. Tüm bu sebepler gözetildiğinde sendikal nedene dayanan işe iade davalarının istinaf değil temyiz aşamasında kesinleşmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk: İstinaf Kavramı, Ankara 2010.
- Akkaya, Tolga: Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
- Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlke-ler, İstanbul 1979.
- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/Deren Yıl-dırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Tıpkı Baskı, İstanbul 2011.
- Alpagut, Gülsevil: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının De-ğerlendirilmesi, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının De-ğerlendirilmesi, 2016.
- Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- Aras, Bahattin: Türk Hukukunda İstinaf Sistemi, YD, C. 33, S. 1-2, 2007.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016.
- Aydın, Mesut: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü, TÜHİS, Şubat-Mayıs 2006.
- Baysal, Ulaş: İş Yargılamasında Kanun Yollarına Başvuru ve Kanun Yollarına Başvuruya İlişkin Sorunlar, Av. Cengiz Özbilgin'e Armağan, Yeni Yasal Düzenlemeler Sonrasında İş Yargılaması Sempozyumu, İstanbul 2018.
- Berki, Ömer: Karar Düzeltme Müessesesi, Dr. A. Recaî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974.
- Berkin, Necmeddin M.: Tatbikatçılara Usul Hu-kuku Rehberi, İstanbul 1981.
- Bilge, Necip: Medenî Yargılama Hukukunda Ka-rar Düzeltme, Ankara 1973.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstan-bul 2018.
- Çenberci, Mustafa: İş Mahkemeleri Kanunu Şer-hi, Ankara 1969.
- Çınar, Ali Rıza: Türk ve Alman Hukukunda İsti-naf, Ankara 2010.
- Deren Yıldırım, Nevhis: Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı (7-8 Mart 2003), TBB Yayınları, Ankara 2003.
- Durak, İzzet: Hukuk Yargılamasında Bozma Ne-denleri, Niğde 2008.
- Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Hukuku Dersleri, İstan-bul 2018.
- Ekmekçi, Ömer: Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Ka-zanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Çimento İşveren, C. 30, S.3, Mayıs 2016.
- Esener, Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: Sendika Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 2017.
- Görgün, L. Şanal/Kodakoğlu, Mehmet: Medenî Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012.
- Güzel, Ali: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Tas-lağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!..., Çalış-ma ve Toplum, 2016/3.
- Hakyemez, Yusuf Şevki: Temel Hak ve Özgür-lüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi, Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstan-bul 2001.
- Kar, Bektaş: İş Yargılamasına Hâkim Olan İlke-ler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel Sayı, 2013.
- Kar, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, Ankara 2018.

- *Karslı*, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2014.
- *Konuralp*, Halûk: Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009
- *Kurt Konca*, Nesibe/Damar, Ceren: İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu, TBB Dergisi, S. 125, 2016.
- *Kuru*, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 5, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- *Kuru*, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015. (Medeni Usul)
- *Muşul*, Timuçin: Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012.
- *Namlı*, Mert: İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf, Sicil, S. 36, 2016.
- *Narmanlıoğlu*, Ünal: 6356 sayılı Kanunda Sendikal Tazminat Talep Hakkının Kapsamı Hakkında Düşünceler, Legal İSGHD, C. 11, S. 41, 2014.
- *Oğurlu*, Yücel: AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi", Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001.
- *Önen*, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- *Özekes*, Muhammet: Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 3, 15. Bası, İstanbul 2017.
- *Özkaraca*, Ercüment: İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi tarafından 3-4 Haziran 2011 tarihlerinde düzenlenen "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları", İstanbul 2012.
- *Özkaraca*, Ercüment: Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalanların Sendikal Feshe Karşı Korunması, Emeğin Hukuku Kurultayı 2, TBB tarafından 27 Mayıs 2016 tarihinde Ankara'da düzenlenen Seminer yayını, Ankara 2017.
- *Öztürk*, Mehmet Onat: İşçinin Sendikal Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/3.
- *Pekcanıtez*, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018.
- *Pekcanıtez*, Hakan: Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 1, 15. Bası, İstanbul 2017.
- *Postacıoğlu*, İlhan: Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- *Sağlam*, Fazıl/Soyer, Polat: İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu'nun Bu Açıdan Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, Legal İSGHD, C. 10, S. 39, 2013.
- *Soyer*, Polat: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, C. 15, S. 57, 2018.
- *Sungurtekin*, Meral: Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğunun Bulunup Bulunmadığı Meselesi, YD, 1990/4.
- *Sümer*, Haluk Hadi: İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997. (Feshe Karşı Koruma)
- *Sümer*, Haluk Hadi: İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul 2011.
- *Sümer*, Haluk Hadi: İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Feshe Karşı Güvencesi, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Legal İHSGHD Özel Sayı 2016.
- *Süzek*, Sarper: İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1979.
- *Süzek*, Sarper: İş Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2018.
- *Tanör*, Bülent: Sendika Hakkı ve Özgürlüğü, COGITO 98- İnsan Hakları, İstanbul 2000.
- *Umar*, Bilge: Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997.
- *Umar*, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.
- *Üstündağ*, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.
- *Üstündağ*, Saim: 1711 Sayılı Kanun'un Kanun-

yolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010. (Kanun-yolları)

- *Yıldırım, M. Kâmil*: Kanun Yolu Olarak İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı (7-8 Mart 2003), TBB Yayınları, Ankara 2003.
- *Yıldırım, M. Kamil*: Hukuk Devletin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000. (İstinaf)
- *Yılmaz, Ejder*: Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu, TBBD, 1988/2. (Yasayolları)
- *Yılmaz, Ejder*: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil, S. 4, Aralık 2006. (İşe İade Davaları).
- *Yılmaz, Ejder*: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013.(Şerh)
- *Yılmaz, Ejder*: İstinaf, Ankara 2005.
- *Yongalık, Aynur*: 'İstisnalar Dar Yorumlanır' Kuralı ve Değerlendirilmesi, AÜHFD, 60 (1), 2011.
- *Yorgun Sayım*: Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 2016/3.

5510 sayılı Kanun'un 21/1. Maddesi Uyarınca İş Kazası ve Meslek Hastalığında Kaçınılmazlık İlkesi

Öz

5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesine göre iş kazası ve meslek hastalığı halinde işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınacaktır. İlgili maddede geçen kaçınılmazlık ilkesinin mücbir sebebin bir unsuru olan mutlak kaçınılmazlık olarak mı; yoksa beklenmeyen halin bir unsuru olan nispi kaçınıl-

mazlık olarak mı yorumlanması gerektiği hususu ise öğreti ve uygulamada tartışmalıdır.

Bu doğrultuda makalede sosyal güvenlik hukuku bağlamında kaçınılmazlık ilkesinin çerçevesi çizilmiş, işverenin sorumluluğunun tespitinde mutlak kaçınılmazlığın ve nispi kaçınılmazlığın etkileri ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Sosyal güvenlik, kaçınılmazlık, iş kazası, meslek hastalığı, mücbir sebep, beklenmeyen hal.

Principle of Inevitability in the Occupational Work Accident and Occupational Disease Cases in Accordance With Article 21/1 of Law no. 5510

Abstract

According to the Article 21/1 of the Law No. 5510, the principle of inevitability shall be taken into consideration while determining the responsibility of the employer against the social security institution in the event of occupational work accidents and occupational diseases. The matter of how the principle of inevitability should be interpreted is controversial both in theory and in practice, as

it should whether be interpreted like absolute inevitability as an element of the force majeure, or like relative inevitability which is an element of the unexpected state.

In this context, the scope of the principle of inevitability in the context of social security law has been framed and the effect of absolute inevitability and relative inevitability has been evaluated separately.

Keywords:

Social security, inevitability, occupational accident, occupational disease, force majeure, unexpected state.

*Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi-kby.ozy@hotmail.com

**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hakimi-ozgur_kocakaya@yahoo.com

Giriş

Sosyal güvenlik hakkının bireyleri korumaya çalıştığı sosyal riskler gelecekte gerçekleşme olasılığı bulunan veya muhakkak olan ve riske maruz kalan kişinin malvarlığında azalmaya veya sağlığında bozulmaya sebebiyet veren tehlikelerdir.¹

Mesleki risk olarak kabul edilen iş kazaları ve meslek hastalıkları ise sigortalıların en çok korunmaya muhtaç olduğu risk alanlarını oluşturmaktadır. Özellikle sanayileşme ile birlikte artış gösteren iş kazaları ile meslek hastalıkları ve bunların sonucunda yaşanan kayıplar, sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı sosyal riskine karşı sıkı bir şekilde korunması gerekliliğini ortaya çıkartmaktadır.

Sosyal Güvenlik Hukuku yönünden iş kazası ve meslek hastalığı halinde işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı sorumluluğu ise 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse Kurum tarafından sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan bir kısım yardımlar Kurumca işverene ödettirilecektir.

Hiç şüphesiz maddenin konuluşuyla güdülen görünürdeki amaç sigortalının hukuk alanında oluşan, lakin orada kalmayıp yardım yapma ödevinden dolayı Kuruma da sirayet eden zararın buna neden olanlarca Kuruma tazminini sağlamak ve böylece Kurumun mal varlığında meydana gelen azalmayı gidermektir. Ancak asıl amaç hukusal açıdan işverenlerin karşısında daha güçsüz olan sigortalıyı korumak ve sosyal devlet ilkesini uygulayabilmektir.²

Bununla birlikte 5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesinin son cümlesinde ise işverene bir kurultuş beyyinesi getirme imkânı tanınmıştır. Buna göre 5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesi uyarınca

işverenin sorumluluğu tespit edilirken kaçınılmazlık ilkesi de dikkate alınacaktır.

Kaçınılmazlık alınacak tüm önlemlere rağmen meydana gelen "durum" ve "sonucun" önlenememesi hali olarak tanımlanabilir. Ancak maddede belirtilen kaçınılmazlık ilkesi kapsamı ve işverenin sorumluluğuna etkisi yönünden öğreti ve uygulamada farklı uygulamalara ve yorumlara neden olmakta, içeriği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Bu çalışmamızda 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinde belirtilen kaçınılmazlık ilkesi ana hatları ile incelenerek, öğreti ve içtihatlarla yer alan farklı görüş ve yorumlar irdelenerek, kaçınılmazlık ilkesinin kapsamının aydınlatılması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda öncelikle birer mesleki risk olarak iş kazası ve meslek hastalığı üzerinde durulacak, ardından kaçınılmazlığın tanımı, unsurları ve içtihatlarda yer bulan kapsamı açıklanmaya çalışılacaktır.

I. 5510 Sayılı Kanun Uyarınca Mesleki Riskler

A. İş Kazası Kavramı

1. Genel Olarak

İş kazası sigorta kolu ülkemizde ilk defa 1945 tarihinde 4772 sayılı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanunu ile kurulmuştur. Bu Kanun 1964 tarihinde yürürlüğe giren 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 141. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve 506 sayılı Kanun'un 11. ve devamı maddelerinde daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.³

Daha sonra bireylerin iş kazası riskinden korunmaları amacıyla 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun üçüncü bölümünde 13. ve devamı maddelerinde iş kazası hükümleri düzen-

1 Tuncay/ Ekmekçi: *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 19. Baskı, İstanbul 2017, s.8.

2 Çenberci, Mustafa: *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*, Ankara 1977, s.292.

3 Özdemir, Halil: *Türk Mevzuatında İş Kazasının Tespiti Davaları*, *Yargıtay Dergisi* 150. Yıl Özel Sayı, C. 44, S. 3, Temmuz 2018, s.746.

lenmiş ve kısa vadeli sigorta kolları⁴ arasında sayılmıştır.

2. Tanımı

01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "İş kazasının tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması" başlıklı 13. maddesinde kanun koyucu tarafından iş kazasının açık bir tanımı yapılmamış, yalnızca hangi hal ve koşullarda meydana gelen kazanın iş kazası sayılacağı tek tek sıralanarak, zaman ve mekan yönünden iş kazasının sınırları belirlenmiştir.

İlgili Kanun'un "İş kazasının tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması" başlıklı 13. maddesine göre iş kazası;

"a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren⁵ olaydır".

Öğretide ise iş kazası iki farklı şekilde tanımlanmaktadır. İlk tanıma göre iş kazası, "İşçinin, işverenin otoritesi (hakimiyeti) altında bulunduğu bir sırada, onun için ifa ettiği işten veya iş dolayısıyla dış bir sebeple ve aniden meydana gelen bir olay

sonucu uğramış olduğu kaza" olarak nitelendirilmektedir.⁶ Diğer tanıma göre ise iş kazası, 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde belirtilen zaman ve mekanda ani bir şekilde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olaylardır.⁷ İkinci görüş öğretide baskın olan görüştür.

Hemen belirtmelidir ki 506 sayılı Kanun döneminde yalnızca bağımlı çalışan sigortalı işçiler iş kazası sosyal riskine karşı korunurken, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden itibaren Kanun'un 4/1-b maddesi kapsamı uyarınca kendi adına ve hesabına çalışan sigortalılar da iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanma imkânına sahiptir.

3. İş Kazasının Unsurları

3.1. Sigortalı olma

Sigortalı tanımı 5510 sayılı Kanun'un 3/1-6. maddesinde yapılmıştır. Maddeye göre sigortalı "*Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi*" ifade eder. İş kazasına yalanan sigortalının ise kısa vadeli sigorta kollarına tabi olması gerekmektedir.

5510 sayılı Kanun'un 4/1-a ve 4/1-b maddesi kapsamındaki sigortalılar kısa vadeli sigorta kollarına tabi olacaklarından iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından da faydalanacaklardır. Ayrıca 5510 sayılı Kanun'da 4/1-a ve 4/1-b maddesi kapsamındaki sigortalılar haricinde kimlerin kısa vadeli sigorta hükümlerinden yararlanacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Önemle vurgulanmalıdır ki 5510 sayılı Kanun uyarınca kısa vadeli sigorta kollarının uygulanacağı belirtilenler, Kanun'da yer alan koşulları sağladıkları tarihten itibaren iş kazası ve meslek hastalığı

4 Kısa vadeli sigorta kolları 5510 sayılı Kanun'un "tanımlar" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendine göre iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası kollarını ifade eder. İş kazası ve meslek hastalığının kısa vadeli sigorta kolları arasında sayılmasının nedeni sigortalının herhangi bir süre şartı aranmaksızın işe başladığı an itibarıyla mesleki risklere karşı korunması gerekliliğidir.

5 25.04.2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, bu bentte yer alan "özüre uğratan" ibaresi "engelli hâle getiren" şeklinde değiştirilmiştir.

6 Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşkazası Ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara 1974, s.5.; Tuncay / Ekmekçi: s.380.

7 Çenberci, s. 198.; Güzel/Okur/Caniklioğlu: *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2014, s.339.; Sözer, Ali Nazım: *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2017, s.333-334.; Aslanköylü, Resul: *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi*, Ankara 2015, s.651.

sigortasına tabidirler. Bu nedenle Kuruma bildirilmeseler bile bu kişiler iş kazası meydana geldiği anda iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından yararlanacaklardır. Ayrıca kısa vadeli sigorta kollarından yararlanmak için belirli bir süre sigortalık veya prim ödemiş olma koşulu da aranmamaktadır.⁸ Kaldı ki iş kazasına uğrayan kişinin yaşının küçük olması da olayın iş kazası sayılmasında bir engel teşkil etmemektedir.⁹

3.2. Kazaya uğrama

İş kazasının vuku bulması için sigortalının ani bir şekilde, çok kısa bir süre içerisinde ortaya çıkan bir olay nedeniyle kazaya uğraması gerekmektedir.

Kaza kelime anlamıyla "can veya mal kaybına, zararına neden olan kötü olay" olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ Ancak sosyal güvenlik hukuku açısından iş kazası kavramı ile bireysel iş hukuku ve borçlar hukuku açısından iş kazası veya kaza kavramları birbirinden farklıdır. Bu farklılık iş kazasının tabi olacağı farklı kanun hükümlerinin uygulanması açısından önem arz etmektedir.¹¹

Borçlar hukukunda kaza (fevkalade hal, beklenmeyen hal, umulmayan hal, olağanüstü hal, kötü tesadüf) kişinin kusur ve iradesinden bağımsız olarak, sözleşmeden doğan bir borcun ya da herkese ödev yükleyen bir davranış normunun kaçınılmayacak şekilde ihlaline sebep olmasına neden olan olay olarak tanımlanmaktadır.¹²

Sosyal güvenlik hukuku yönünden iş kazası kavramı ise borçlar hukukundaki kaza kavramından çok daha farklıdır. Öncelikle borçlar hukuku uyarınca kazayı meydana getiren olayın nerede gerçekleştiği önemli değildir. Önemli olan kazayı meydana getiren olay sonucu bir borcun ya da herkese ödev yükleyen bir davranış normunun ihlalinin ortaya çıkmasıdır.

Bununla birlikte sosyal güvenlik hukukunda iş kazası 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde sayılan hallerde meydana gelmelidir. Örneğin hafta sonu tatilinde olan bir işçi kaldırımında yürürken şiddetli kış nedeniyle aşırı buzlanma sonucu kayıp düşer ve bacağını kırarsa bu durumda işçi borçlar hukuku uyarınca meydana gelen bu kaza nedeniyle işverenine karşı olan iş görme borcunu yerine getiremeyecektir. İşçinin bacağını kırması ile sonuçlanan olay borçlar hukuku anlamında bir kaza niteliğindedir. Ancak işçinin geçirdiği bu kaza iş yerinde meydana gelmediğinden 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesi kapsamında bir iş kazası olarak nitelendirilemeyecektir.

Diğer taraftan borçlar hukukunda mevcut önlemlerin alınmasına rağmen kazanın meydana gelmesi hali, diğer bir ifadeyle kaçınılmazlık, kazanın bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Eğer olaydan kaçınılabiliyor ise bu durumda kazadan da bahsedilemeyecektir. Örneğin borçlu teslim etmesi gereken malın korunması için hiçbir önlem almaz ve aniden bastıran şiddetli bir yağmurda mal zarar görürse artık kaçınılmazlık unsurundan, yani mevcut önlemlerin alınmasına rağmen malın zarar gördüğünden bahsedilemeyeceğinden kaza da söz konusu olmayacaktır.

Sosyal güvenlik hukukunda ise kaçınılmazlık iş kazasının bir unsuru değildir. Hatta iş kazası çoğu zaman mevcut önlemler alınmadığı için meydana gelmektedir. İş kazasında kaçınılmazlığın varlığı ancak sosyal güvenlik hukuku yönünden işverenin sorumluluğunu etkileyen bir ilke olarak ortaya çıkarılır.

Öte yandan borçlar hukukunda kaza halinde kişinin tamamen sorumluluktan kurtulması ya da sorumluluğunun daraltılması söz konusu olabile-

8 Tunçomağ, Kenan: *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 1990, s.265.; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.334.; Tuncay/Ekmekçi, s.380.; İstisnası 5510 sayılı Kanun Ek 9 kapsamına giren ev hizmetlerinde çalışanlar.

9 Sözer, s.331.

10 www.tdk.gov.tr

11 Balcı, Mesut: *İş Kazası Veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi Ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması*, Ankara 2018, s.110.

12 Gözübüyük, Abdullah Pulat: *Hukuki Mes'uliyet Bakımından Mücbir Sebepler Ve Beklenmeyen Haller*, 2. Bası, Ankara 1957, s.127.; Tandoğan, Haluk: *Türk Mes'uliyet Hukuku*, İstanbul 2010, s.461.; Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara 2017, s.793.; Oğuzman/Öz: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, İstanbul 2018, s.407.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıpar: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, s.1000.

cektir. Ancak iş kazasında işverenin sorumluluktan kurtulması ya da sorumluluğunun daraltılması ancak sigortalının ortak veya kişisel kusuru, kaçınılmazlık vb. hallerde mümkündür.

Bununla birlikte bireysel iş hukuku yönünden iş kazası ile sosyal güvenlik hukuku açısından iş kazası da tam olarak bir biri ile örtüşen kavramlar değildir. 20.06.2012 tarihli 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu "Tanımlar" başlıklı 3. maddenin 1-g bendine göre iş kazası "İşyerinde ve işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hale getiren olayı" ifade eder.

Ancak 6331 sayılı Kanun'da yapılan iş kazası tanımı 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle sınırları çizilen iş kazası kavramını tam olarak karşılamakta daha dar bir anlam ifade etmektedir.¹³ Bu nedenle 5510 sayılı Kanun'un 13/1-c maddesi uyarınca "Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda" meydana gelen kaza iş kazası sayılacakken, 6331 sayılı Kanuna göre aynı kaza iş yerinde veya işin yürütümü sırasında gerçekleşmediğinden iş kazası olarak kabul edilemeyecektir.¹⁴

6331 sayılı Kanun'daki iş kazası tanımı bireysel tazminat hukuku alanında uygulama alanı bulacaktır. İşyerinde meydana gelen kaza halinde işçinin işverene yönelik açmış olduğu maddi manevi tazminat davasında kazanın iş kazası olup olmadığı ve işverenin sorumluluğu 6331 sayılı Kanun'a göre belirlenecektir.¹⁵ İşçi tarafından işverene yönelik açılan maddi manevi tazminat davalarında sorumluluğun tespitinde 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinin uygulama yeri yoktur.

3.3. Sigortalının Uğradığı Kaza Nedeniyle Bedensel veya Ruhsal Bir Zarara Uğraması

İş kazasından bahsedilebilmesi için sigortalının meydana gelen kaza sonucunda bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması gerekmektedir.

13 Akın, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara, 2001, s.44-45.

14 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.332.

15 Balcı, s.115.

Bedensel veya ruhsal bir zarara uğramadan maksat vuruk, kırık, çıkık, kesik, kopuk, yanık gibi arızalar ile görülmeyen iç veya dış, derin veya yüzeysel mahiyetteki bedeni veya ruhi zararlardır. Örneğin iç kanama, patlamadan doğan heyecanlar, ruh sağlığı hastalıkları, işitme, tat alma, görme gibi duyu organlarını, uyuma gibi vücudun ihtiyacı olan eylemleri kaybetme, hatırlamama gibi haller bu hususu teşkil edeceklerdir.¹⁶

Uğranılan zararın sosyal sigorta yardımlarının Kurum tarafından karşılanmasını sağlayacak mahiyette olması gerekir. Yoksa iş hayatında sıkça meydana gelen ufak kesikler, yanıklar veya yaralar eğer sosyal sigorta yardımlarını gerektirmeyecek nitelikteyse iş kazasından da bahsedilemeyecektir.¹⁷

3.4. Kaza Olayı ile Sigortalının Uğradığı Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması

5510 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca bir olayın iş kazası sayılabilmesi için ayrıca kaza olayı ile sigortalının uğramış olduğu bedensel veya ruhsal zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

İlliyet bağı "somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeğe genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı"¹⁸ ifade eder. Bu durumda sigortalının uğradığı kaza sonucu bedensel veya ruhsal zarara uğradığı söylenebiliyor ise artık illiyet bağının da bulunduğu kabul edilmelidir.¹⁹

Sigortalının uğradığı zarar, olayların doğal akışına göre, faaliyetin beklenilmeyecek bir sonucu ise, o durumda uygun illiyet bağından da söz edi-

16 Saymen/Ekonomi: Sosyal Sigortalar Tatbikatı, İstanbul 1966, s.86.

17 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.346.

18 Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s.52

19 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bir kararında ölüm nedeninin sıcak havada çöp toplama nedeniyle meydana gelen bakteriyel enfeksiyondan kaynaklandığı, bu nedenle olayın iş kazası olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 21. HD 25/06/2012, 2010/14218 E., 2012/12082 K. www.uyap.gov.tr

lemeyecektir.²⁰ Örneğin iş yerinde bacağından yaralanan sigortalı tedavisi sırasında kullandığı uyuşturucu nedeniyle beyin kanamasından ölmüş ise meydana gelen iş kazası ile ölüm olayı arasında illiyet bağının kurulması mümkün değildir.

Bununla birlikte öğretide bazı yazarlarca kaza olayı ile sigortalının uğramış olduğu bedensel veya ruhsal zarar arasında illiyet bağı haricinde ayrıca sigortalının gördüğü iş ile kaza olayı arasında da illiyet bağı bulunması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre meydana gelen kaza, sigortalının gördüğü işin bir sonucu olmalıdır.²¹ Bu durumda sigortalı gördüğü iş ile bir ilgisi bulunmadan iş yerinde kendi işini yaparken ya da çalışılmayan zamanlarda yapılan iş ile bağlantısız bir şekilde kazaya maruz kalırsa bu durumda illiyet bağı kesilecektir.

Yüksek mahkeme bir kararında bu görüşü destekler mahiyette işverene ait inşaat iş yerinde çalışan sigortalının iş yerinde yatıp kalkmadığı, kazanın meydana geldiği gün arkadaşlarıyla iş yerinin önünde içki içtiği ve tuvalet ihtiyacını gidermek amacıyla inşaata girip birinci kata çıktığında dengesini kaybederek düşerek öldüğü olayda meydana gelen kazayı iş kazası kabul etmemiş, sigortalının gördüğü iş ile kaza olayı arasında da illiyet bağının bulunmadığına karar vermiştir.²²

Diğer taraftan kaza olayı ile sigortalının uğramış olduğu bedensel veya ruhsal zarar arasında illiyet bağının yanında sigortalının gördüğü iş ile kaza olayı arasında da illiyet bağı aranacak olursa görülen iş ile ilgisi kurulamayan kalp krizi, beyin kanaması veya intihar gibi olaylar iş yerinde gerçekleşmiş olsa dahi sigortalı işçinin gördüğü iş ile bağlantısı bulunmadığından iş kazası olarak nitelendirilemeyecektir. Yüksek mahkemenin de zaman zaman istisnai kararları mevcut ise de 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde olayın iş kazası olduğunu ka-

bul etmekte ayrıca sigortalının gördüğü iş ile kaza olayı arasında illiyet bağının bulunmasını aramamaktadır.²³

Ancak hemen belirtilmelidir ki 5510 sayılı Kanun'un 4/1-b maddesi kapsamında kalan sigortalılar yönünden iş yerinde gerçekleşen kazalar iş kazası olarak kabul edilebilir ise de 5510 sayılı Kanun'un 13/1-b maddesi uyarınca olayın sigortalının yürütmekte olduğu iş nedeniyle meydana gelmesi gerektiğinden bu durumda olay ile yürütülmekte olan iş arasında illiyet bağının bulunması gerekecektir. Bu nedenle iş yeri dışında kronik kalp rahatsızlığı nedeniyle kalp krizi geçiren 4. maddenin (b) bendi kapsamındaki bir sigortalının, yürütmekte olduğu iş ile geçirdiği kalp krizi arasında illiyet bağı bulunmadığından kalp krizinin iş kazası olduğundan bahsedilemeyecektir.

Nihayet sigortalının gördüğü iş ile kaza olayı arasındaki illiyet bağı işverenin sorumluluğunun tespitinde önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin sigortalının bir yakını kaybetmesi sonrası girdiği bunalım nedeniyle kendisini iş makinesinin altına atarak ölümü halinde olay iş kazası ise de intihar sigortalının gördüğü iş ile kaza olayı arasındaki nedensellik bağı kestikten işverenin sorumluluğunun ortadan kalkması mümkün olabilecektir.

B. Meslek Hastalığı Kavramı

1. Genel Olarak

Meslek hastalığı sigorta kolu, ülkemizde ilk defa 1945 tarihinde 4772 sayılı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanunu ile kurulmuştur. Bu Kanun 1964 tarihinde yürürlüğe giren 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 141. mad-

²⁰ Tunçomağ, s.265.; Güzel/Okur/Canıklıoğlu, s.347.

²¹ Eren: İşverenin Sorumluluğu, s.14.; Tuncay/Ekmekçi, s.383.

²² 10. HD, 22.01.2001, 2001/5874 E., 2001/8059 K.; Özdemir, s.770.; Aslanköylü, s.663.; Tuncay/Ekmekçi, s.387.

²³ Yargıtay 10. HD, 5.7.2004, 2004/4465 E., 2004/6425 K. '...intihar eden sigortalının gördüğü işle ilgili ve işverenin kusurundan kaynaklanmamış olmasına rağmen 506 sayılı yasanın 11. maddesi açıklığı gereği olay yine de iş kazasıdır. Ancak bu durumda olaylarla iş ve işveren arasında nedensellik bağı bulunamayacağı için işveren ve onun halefi olanlar Kuruma karşı sorumlu tutulamaz...' Si-nerji Mevzuat ve İçtihat Programı

desi ile yürürlükten kaldırılmış ve 506 sayılı Kanun'un 11. ve devamı maddelerinde daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Daha sonra bireylerin meslek hastalığı riskinden korunmaları amacıyla 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun üçüncü bölümünde 14. ve devamı maddelerinde meslek hastalığı hükümleri düzenlenmiş ve kısa vadeli sigorta kolları arasında sayılmıştır.

2. Meslek Hastalığının Tanımı

Meslek hastalığı 5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinde tanımlanmıştır. Maddeye göre meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir.

3. Meslek Hastalığının Unsurları

3.1. Sigortalı Olma

Meslek hastalığına yakalanan sigortalının iş kazasında da olduğu gibi kısa vadeli sigorta kollarına tabi olması gerekmektedir. Bu nedenle iş kazasını açıklarken belirttiğimiz kişiler kısa vadeli sigorta kollarından yararlandıklarından meslek hastalığı riskine karşı da korunacaklardır.

3.2. Dış Bir Etkene Maruz Kalma

Meslek hastalığından bahsedebilmemiz için hastalığın dış bir etkene maruz kalma sonucu meydana gelmesi gerekmektedir.²⁴

Dış etkene maruz kalma unsuru meslek hastalığını iş kazasından ayıran unsurlardan biridir. Gerçekten de sigortalının harici olmayan örneğin bünyesel nedenlerle yaşadığı bir kalp krizi iş kazası olarak nitelendirilebilirken, meslek hastalığı içten gelen bir nedene değil, dış bir etkene maruz kalınmasıyla ortaya çıkmaktadır.

3.3. Hastalık, Bedensel veya Ruhsal Engellilik Hali

5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinde yapılan

tanıma göre meslek hastalığının unsurlarından biri de sigortalının geçici veya sürekli olarak hastalığa tutulması, bedensel veya ruhsal engelli hale gelmesidir.

İş kazasında bedenen ya da ruhen engellilik hali bir unsur olarak sayılırken meslek hastalığında kavramın içeriği gereği iş kazasından farklı olarak hastalık hali de sayılmıştır. Buradaki hastalık hali sosyal sigorta yardımlarının Kurum tarafından karşılanmasını sağlayacak mahiyette değilse meslek hastalığı da söz konusu olmayacaktır. Örneğin çok hafif halsizlik çalışmayı engellemiyor, çok kısa bir süre devam ediyor ve tekrarlanmıyorsa bu durumda meslek hastalığından da bahsedilemeyecektir.

3.4. Meslek Hastalığının Sigortalının Çalıştığı veya Yaptığı İşin Sonucu Olması

Meslek hastalığının varlığı için meydana gelen geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halinin işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple ya da işin yürütüm şartları sonucu meydana gelmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik hali ile sigortalının yaptığı iş arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.²⁵

Nitekim meslek hastalığı için Kanunun öngördüğü işin niteliği veya yürütüm şartları sigortalının gördüğü iş ve çalıştığı iş yeri ile ilgilidir.²⁶ Bu durumda hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik hali sigortalının gördüğü iş ve çalıştığı iş yeri ile ilgili değilse meslek hastalığından da söz edilemeyecektir. Örneğin kalacak yeri olmadığından bir yakının çalıştığı pamuk işleme işletmesinde gizlice yatıp kalkan ancak aslında pamuk işletmesi ile bir ilişkisi bulunmayan inşaat işinde çalışan bir sigortalının bissinoz hastalığına tutulması durumunda hastalık meslek hastalığı olarak kabul edilmeyecektir.

Meslek hastalığının sigortalının gördüğü iş ve çalıştığı iş yeri ile ilgili olması, onu iş kazasından ayıran bir özelliktir.²⁷ Öğretide baskın görüş iş kazasının varlığı için 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde belirtilen mekan, zaman ve koşullarının

24 Eren: İşverenin Sorumluluğu, s. 24.; Sözer, s.355.; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.355.

25 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.354.

26 Çenberci, s.203.; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.354.

27 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.355.

varlığı yeterli görülmesi yönündedir. Örneğin bir hizmet sözleşmesine tabi bir sigortalı kendi özel işini yaparken iş yerinde bir kaza geçirirse bu bir iş kazası olarak kabul edilebilecektir. Ancak meslek hastalığından bahsedilebilmesi için hastalığın iş ile ilgili olması gerekmektedir.

Nihayet meslek hastalığının sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin sonucu olması kavramından bahsederken 5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinde yer alan tanım içerisinde belirtilen işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebep ve işin yürütüm şartları kavramlarının açıklanmasında da fayda vardır.

3.4.1. İşin Niteliğinden Dolayı Tekrarlanan Bir Sebep Meydana Gelen Meslek Hastalığı

Sigortalının meslek hastalığına yakalanmasında Kanun'un aradığı şartlardan biri maruz kalınan dış etkenin işin niteliğinden kaynaklanmasıdır. İşin niteliği ile anlatılmak istenilen meslek hastalığının sigortalının ifa etmekte olduğu görev sonucu ortaya çıkmasıdır.²⁸

Örneğin kömür madenlerinde çalışan bir sigortalının yakalandığı "pnömokonyoz" hastalığı, hava gazı fabrikasında çalışan bir sigortalının yaşadığı "cilt kanseri", arsenik minerallerinin elde edildiği bir iş yerinde çalışan sigortalının tutulduğu "kara ciğer kanseri", kot taşılama işinde çalışan bir sigortalıda meydana gelen "tabakoz" hastalığı işin niteliği sonucu meydana gelen meslek hastalıklarıdır. Görüldüğü üzere işin niteliği gereği hastalığın ortaya çıkması beklenebilecek bir durumdur.

Diğer taraftan meslek hastalığının işin niteliği yanında sürekli tekrarlanan bir sebeple meydana gelmesi gerekmektedir. Burada sürekli maruz kalınan dış etken tekrarlana tekrarlana meslek hastalığını ortaya çıkarmaktadır. Bu özelliği onu iş kazasından ayıran bir nedendir.

Gerçekten de iş kazası ani bir olay sonucu meydana gelirken işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple ortaya çıkan meslek hastalığı aniden değil sürekli tekrarlanan bir dış etkenden meydana gelmektedir.²⁹ Örneğin makinede aniden mey-

dana gelen bir patlama sonucu sigortalıda işitme kaybının ortaya çıkması halinde olay işin niteliğinden kaynaklanmadığından meslek hastalığı olarak kabul edilemeyecek iş kazası olarak nitelendirilecektir. Ancak tekstil sanayide kullanılan gürültülü makineler nedeniyle uzun bir süre tekrar tekrar gürültüye maruz kalan sigortalıda işitme kaybı ortaya çıkarsa artık bu engellilik halinin meslek hastalığı olduğunun kabulü gerekecektir.³⁰

3.4.2. İşin Yürütüm Şartları Yüzünden Meydana Gelen Meslek Hastalığı

Sigortalının meslek hastalığına yakalanmasında Kanun'da belirtilen diğer bir olasılık ise maruz kalınan dış etkenin işin yürütüm şartları nedeniyle ortaya çıkmasıdır. İşin yürütüm şartlarından kasıt işin yerine getirilmesi esnasında mevcut çalışma koşullarıdır.³¹ Hemen belirtilmelidir ki Kanun işin niteliğinden dolayı ortaya çıkan meslek hastalığında tekrarlanan bir sebep ararken yürütüm şartları sonucu meydana gelen meslek hastalığında böyle bir koşul aramamıştır.

Çenberci ve Sözer yürütüm şartlarıyla anlatılmak istenilenin iş yerinde işçilerin sağlığının güvence altına alınmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınmaması, işverenin İş Hukukundan doğan koruma (gözetim) borcunu yeteri gibi yerine getirmemesi olduğunu belirtmiştir.³² Örneğin kış ayında fabrikanın yeteri kadar ısıtılmaması nedeniyle sigortalının soğukta çalışmak zorunda kalması ve bu nedenle pnömone (zatürre) yakalanması ya da işverenin çalışma ortamının temizliğine önem vermemesi nedeniyle sigortalının enfeksiyon kapması işin yürütüm şartları sonucu ortaya çıkan hastalıklardır.

Diğer taraftan Tuncay ve Ekmekçi sıtma ile mücadele işlerinde çalışan sigortalıların bataklik kurutma işinde çalışırken sıtma hastalığına tutulması ya da hayvanlarla ilgili işte çalışanların şarbon ya da kuş gribi hastalığına yakalanması halini işin yürütüm

s.262.; Tuncay/Ekmekçi, s.401.; İzveren, Adil: *Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar*, Ankara 1968, s.205.

30 Saymen / Ekonomi, s.89.; Tunçomağ, s.262.; Tuncay/Ekmekçi, s.401.

31 Sözer, s.356.

32 Çenberci, s.204.; Sözer, s.356.

28 Sözer, s.355.

29 Saymen/Ekonomi, s.89.; Çenberci, s.203.; Tunçomağ,

rütümü nedeniyle meydana gelen meslek hastalığı olarak örneklendirmişlerdir.³³ Örneklerden yola çıkacak olursak Tuncay ve Ekmekçi sıtma, şarbon, kuş gribi gibi hastalıkların meslek hastalığı olarak kabul edilebilmesi için yapılan işin yürütüm şartlarını yine hastalığın meydana gelmesine sebep olacak bir işte çalışılmış olması koşuluna bağlamışlardır. Örnekte olduğu gibi sıtma hastalığına yakalanan sigortalı sıtmayı önleme işinde, şarbon hastalığına tutulan kişi hayvanlarla ilgili bir işte çalışıyor olmalıdır.

Kanaatimizce belirtilen her iki durumda da hastalık tekrarlanan bir nedenden meydana gelmekte, işin yürütüm şartları sonucu ortaya çıkmaktadır.

4. Meslek Hastalığının Tespiti

5510 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılanlar ve bunların bakmakla yükümlü oldukları veya hak sahibi çocuklarının çalışma gücü veya meslekte kazanma gücü kayıp oranlarının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek için, Çalışma Gücü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği³⁴ çıkartılmıştır.

Çalışma Gücü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği ekinde liste halinde meslek hastalıkları sayılmıştır. Yönetmelik'in 17. maddesinde hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı ve bu hastalıkların, işten fiilen ayrıldıktan en geç ne kadar zaman sonra meydana çıkması hâlinde sigortalının mesleğinden ileri geldiğinin kabul edileceğinin Meslek Hastalıkları Listesine göre tespit ve tayin edileceği belirtilmiştir.

Meslek hastalığı, işten ayrıldıktan sonra meydana çıkmış ve sigortalı olarak çalıştığı işten kaynaklanmış ise sigortalının 5510 sayılı Kanun ile sağlanan haklardan yararlanabilmesi için, eski işinden fiilen ayrılmasıyla hastalığın meydana çıkması arasında bu hastalık için Yönetmelikte belirtilen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş olması şarttır" (5510, 14/3. madde ilk cümle). Gerçekten de sigortalının eski işinden fiilen ayrılmasıyla has-

talığın meydana çıkması arasında geçen sürenin, söz konusu Yönetmelikte o hastalık için belirtilmiş süreden daha uzun olmaması gerekir. Bu süreye ise "yükümlülük süresi" denir.³⁵

Yönetmelikte yükümlülük süreleri 1 gün ile 25 yıl arasında değişmektedir. Örneğin parfüm yapımı ile iştigal eden ve üretimde benzen kullanılan bir sanayi kuruluşunda çalışan bir sigortalı işten ayrıldıktan sonra 10 yıl içerisinde kan kanserine yakalanırsa hastalık yükümlülük süresinde meydana geldiğinden meslek hastalığı olarak kabul edilecektir. Ancak herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla kesinleştiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin, iş yeri incelenmesiyle kanıtlandığı hâllerde, meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun kararı ile meslek hastalığı sayılabilir (Yön. 17/2).

Bazı hastalıklarda ise hastalığın meslek hastalığı kabul edilebilmesi için aynı işte belirli bir süre çalışmış olmak şartı aranmaktadır. Örneğin "pnömokonyozun meslek hastalığı sayılabilmesi için, sigortalının, havasında pnömokonyoz yapacak yoğunluk ve nitelikte toz bulunan yeraltı veya yerüstü işyerlerinde toplam olarak en az üç yıl çalışmış olması şarttır. Ancak, havasında yüksek yoğunlukta ve pnömokonyoz yapacak nitelikte toz bulunan yeraltı ve yerüstü işyerlerinde meydana gelmiş, klinik veya radyolojik bulgular ve laboratuvar muayeneleriyle süratli seyrettiği ve ağırlığı saptanmış olgularda Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun kararı ile üç yıllık süre indirilebilir" (Yön. 20).

Sigortalının yakalandığı hastalık Yönetmelikte belirtilen listede yer almıyorsa bu durumda hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır (5510, 14/son). Örneğin Yönetmeliğin eki listede yer almayan iş stresi ya da psikolojik taciz (mobbing) vb. nedenlerle meydana gelen psikolojik rahatsızlıklar ve yahut tükenmişlik sendromunun meslek hastalığı olarak kabul edilip edilemeyeceği öğretide tartışmalı bir husustur. Bu hastalıkların meslek hastalığı

33 Tuncay/Ekmekçi, s.401.

34 RG., 11.10.2008, Nr. 27021

35 Tuncay/Ekmekçi, s.403.

olup olmadığına karar verecek makam ise Yönetmelik de yer almadıklarından Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kuruludur.

26.06.1976 tarihli 1976/6 Esas, 1976/4 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca "Kanun koyucunun yargı yetkisi alanına giren bir uyumsuzluğun çözümünün bu niteliğe haiz olmayan bir kurula bırakılamayacağı"³⁶ nazara alındığından Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilmesi halinde sigortalı mahkemeye başvurarak Kurul kararının iptalini, hastalığının meslek hastalığı olduğunun kabulünü talep edebilecektir.

II. 5510 Sayılı Kanun Uyarınca Kaçınılmazlık İlkesi

1. Tanımı

İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından dolayı Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı olan sorumluluğu 5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre iş 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 5510 sayılı 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 ödettilerilecektir.

Sosyal Güvenlik Kurumunun sigortalıya veya hak sahiplerine yaptığı ödemeleri Kanunda belirtilen şartlar çerçevesinde işverene rücu edebilmesi ise belli eylem ve davranışların gerçekleşmesine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için iki koşuldan biri gerçekleşmelidir. Buna göre iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde ya işverenin kastı olmalı veya işverenin sigortalının sağlığını koruma ve iş

güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi bulunmalıdır.

İşverenin kastı bir tür kusur mahiyetinde olup kişinin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilmesi ve bu fiili isteyerek işlemesi biçiminde tanımlanır.³⁷ İş kazası veya meslek hastalığı, işverenin kastı sonucunda meydana gelmişse işveren Kuruma karşı sorumlu hâle gelir. İşverenin eylemi hukuka aykırı olmamakla birlikte, yaptığı hareketin hukuka aykırı sonuç doğurabileceğini bilmesi, ihmali veya ağır ihmali sorumluluğunu kaldırmaz.

Diğer taraftan 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre işverenin sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi hâlinde de sorumluluğu doğacaktır. Burada belirtilen mevzuat yasal olarak yürürlüğe konulmuş ve yürürlüğünü muhafaza eden, sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği alanında, yasa koyucu ile yasa koyucunun yürütme veya idareye verdiği yetki sonucu, bu organlarca kabul edilen genel, objektif kural veya hükümlerin tümüdür (Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliği 45. madde).

Kanun koyucu 5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesi ile işverenin sorumluluğunu belirledikten sonra aynı maddenin son cümlesi ile işverene sorumluluktan kurtulma veyahut daraltma imkânı getirmiş ve işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağını belirtmiştir.

Kaçınılmazlık ilkesi ilk olarak 06.08.2003 tarihli 4958 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile iş kazası ve meslek hastalığı halinde işverenin sorumluluğunu düzenleyen 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26/1. maddesine "işçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır." ifadesi ile eklenmiştir. Kanuna eklenen hükmün gerekçesinde dikkat çekici bir husus bulunmamak olup sadece "kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" denilmekle yetinilmiştir. Hüküm Plan ve Bütçe Komisyonunda da gerekçe belirtilmeden

³⁶ Şener, Esat: *Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, Ankara 1997, s.656.

³⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.390.

metne eklenmiştir.³⁸ Yapılan bu düzenleme 5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesinde de aynen korunmuştur.

Bununla birlikte kaçınılmazlık ilkesi 506 sayılı Kanun'a eklenmeden önce de Yargıtay tarafından uygulanan bir ilke olup kanun koyucu tarafından Yargıtay uygulamalarına paralel bir düzenleme yapılması arzusuyla Kanun'a eklenmiş olmalıdır. Kaçınılmazlık Yargıtay uygulamalarında bilimsel ve teknik anlamda tamamının önlenmesi mümkün olmayan, işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi zararın kısmen ya da tüm olarak meydana gelmesi durumu olarak tanımlanmaktadır.³⁹

Diğer taraftan kaçınılmazlık ilkesi kanuna eklen-dikten sonra ne 506 sayılı Kanun da ne de 5510 sayılı Kanun da tanımı yapılmamıştır. Sosyal güvenlik hukuku yönünden kaçınılmazlık yasal olarak ilk defa 12.05.2010 yürürlük tarihli Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliği ile tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 45/3. maddesine göre kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur. Görüldüğü üzere Yönetmelik'te yer alan tanım Yargıtay'ın süre gelen içtihatları ile uyumludur.

Sonuç itibarıyla genel bir tanım yapılacak olursa sosyal güvenlik hukukunda kaçınılmazlık ilkesi, genel olarak hukuksal ve teknik anlamda olayın meydana geldiği tarihte geçerli olan bilimsel ve teknik tüm önlemlere rağmen zararın meydana geldiği ve önlenemediği durumları anlatan bir kavram olarak tanımlanabilir.⁴⁰

2. Unsur Olarak Kaçınılmazlık

Kaçınılmazlık 5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesi ile bir ilke olarak kabul edilmiş ise de bu ifade

hatalı olup gerçekte kaçınılmazlık mücbir sebep ya da beklenmeyen halin en önemli unsurudur. Bu nedenle öğretide kaçınılmazlıktan ayrı bir ilke olarak bahsedilmesi bazı yazarlarca eleştirilmiştir.⁴¹

Kaçınılmazlık ifadesi aynı zamanda mücbir sebep ve beklenmeyen halin unsuru olarak da görüldüğünden zaman zaman mücbir sebep, beklenmeyen hal ve kaçınılmazlık kavramları aynı anlamda kullanılmakta ve bu da kavramlar arasında karışıklığa sebebiyet vermektedir.

Bu noktada sosyal güvenlik hukuku yönünden kaçınılmazlık ilkesinin niteliğinin aydınlatılabilmesi için kaçınılmazlığın unsur olarak görüldüğü mücbir sebep ve beklenmeyen hal kavramlarının açıklanmasında yarar vardır.

2.1. Mücbir Sebep

Roma hukukunda karşı konulamayan hadiseler için kullanılan ve "Casus Majores" (büyük olay) olarak ifade edilen, günümüze kadar da kullanılmaya devam eden mücbir sebep kavramı kaynağını harici bir sebepten alan, bir davranış kuralının veya borcun ihlal edilmesine mutlak ve kaçınılmaz olarak neden olan, öngörülmesi, karşı gelinmesi mümkün bulunmayan olaylar olarak tanımlanabilir.⁴²

Mücbir sebebin ortaya çıkabilmesi için öncelikle mücbir sebep teşkil edecek bir olayın meydana gelmesi gerekir. Meydana gelen ve mücbir sebep teşkil eden olay doğa olayları olabileceği gibi sosyal, hatta insan kaynaklı da olabilir.⁴³ Deprem, tsunami, kasırga, şiddetli kış, toprak kayması, yıldırım düşmesi gibi olaylar doğa olaylarına örnek olarak verilebilirler. Savaş, ayaklanma, abluka gibi olaylar ise insan kaynaklı olaylardır. Diğer taraftan genel

38 Günay, Serdar: İş Kazalarında Kaçınılmazlık İlkesi, *Yaklaşım Dergisi*, Nisan 2005, Sayı: 148, s.132.

39 10. HD, 06.10.1992, 1992/4228 E., 1992/9100 K.: Tuncay/Ekmekçi, s.427.

40 Tuncay Can: Kurumun işverene Rücuu-Olayda Kaçınılmazlık Durumu, *MESS Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 4, Aralık 2006, s.185.

41 Tuncay, s. 185; Tuncay/Ekmekçi, s.429; Civan, Orhan Er-sun: İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (4), 2015, s.559.

42 Gözübüyük, s.12.; Tandoğan, s.464.; Eren, İşverenin Sorumluluğu, s.96.; Eren, İlliyyet, s.176.; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.579.; Oğuzman/Öz, s.407.; Antalya, O. Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, Cilt II, İstanbul, 2015, s.227.

43 Tandoğan, s.464.; Gözübüyük, s.16.; Eren, İşverenin sorumluluğu, s.98.; Eren, İlliyyet, s.178.

grev sosyal bir olaya, bir malın alım-satımının, ihracat-ithalatının yasaklanması ise hukuki bir olaya örnek teşkil eder.⁴⁴

Öte yandan meydana gelen olayın mutlak olarak mücbir sebep teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir.⁴⁵ Örneğin "deprem bir mücbir sebeptir" dediğimizde mutlak olarak deprem olayının mücbir sebep teşkil ettiğini kabul etmiş oluruz. Ancak şiddeti çok düşük olan bir deprem sırf müteahhitin eksik demir kullanması nedeniyle bir binanın çökmesine ve içinde bulunan insanların ölümüne sebep olmuşsa artık depremin mücbir sebep teşkil ettiğinden bahsedilemeyecektir. Bu nedenle mücbir sebep teşkil eden olayın meydana geliş şekli, hal ve şartları her olayda ayrı ayrı değerlendirilerek olayın mücbir sebep teşkil edip etmediğine karar verilmelidir.

Bununla birlikte mücbir sebep teşkil eden olay kişinin işletmesi ve faaliyet alanı dışında gerçekleşmelidir.⁴⁶ Diğer bir ifadeyle olay kişinin kendi sorumluluk alanı içerisinde meydana gelmemeli, sorumluluk alanı dışarısında meydana gelen harici bir olaydan kaynaklanmalıdır. Eğer olay borçlunun sorumluluk alanı içerisinde meydana gelmişse artık mücbir sebep söz konusu olmayacaktır. Örneğin iş yerinde kullanılan asansörün teknik bir arıza nedeniyle düşmesi ve içerisinde bulunanların ölümü halinde harici bir olay söz konusu olmadığından mücbir sebepten bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte çok şiddetli bir deprem nedeniyle asansör düşmüşse bu durumda deprem harici bir olay olduğundan mücbir sebep var sayılabilir.

Diğer taraftan mücbir sebep teşkil eden olay nedeniyle bir davranış kuralı veya borç ihlal edilmeli, eş söyleyişle ifa edilememesine neden olmuş olmalıdır.⁴⁷ Örneğin aniden ortaya çıkan büyük bir

kasırga yük gemisinin batmasına sebebiyet vermiş ise bu durumda yük teslim edilemeyeceğinden borcun yerine getirilememesi söz konusu olacak ve ihlal ortaya çıkacaktır.

Ayrıca mücbir sebep teşkil eden olay ile ihlal arasında uygun illiyet bağı da bulunmalıdır.⁴⁸ Mesela kiralık hayvanlar otlatılırken aniden çıkan şiddetli bir fırtına sonucu düşen yıldırım hayvanların telef olmasına sebebiyet vermiş ise kiralayan kiralananı teslim borcunu yerine getiremeyecektir. Bu durumda olay ile ihlal arasında uygun illiyet bağının mevcut olduğu söylenebilir.

Öte yandan mücbir sebebin varlığı için mücbir sebep teşkil eden olayın kaçınılmaz bir şekilde davranış kuralının veya borcun ihlaline sebebiyet vermiş olması gerekmektedir. İşte bu noktada kaçınılmazlık kavramı mücbir sebebin bir unsuru olarak karşımıza çıkar.

Mücbir sebebin kaçınılmazlık unsuru öğretideki yaygın görüşe göre mutlak bir kaçınılmazlık olarak kabul edilmektedir. Mutlak kaçınılmazlık tekniğin ve bilimin geldiği noktada var olan her türlü olanak kullanılsa, tedbir alınsa, özen gösterilse bile hiç kimse tarafından davranış kuralının veya borcun ihlaline karşı konulamaması, önlenememesidir.

Mutlak kaçınılmazlık halinde sorumlu kişinin içinde bulunduğu şahsi ve mali durum dikkate alınmayacaktır.⁴⁹ Örneğin yüksek bir binaya düşen yıldırım paratoner bulunmaması nedeniyle yangına sebebiyet vermiş ise bu durumda mutlak bir kaçınılmazlıktan bahsedilemez. Çünkü tekniğin ve bilimin imkânlarından yararlanılmamış paratoner bulundurulmamıştır.

Mücbir sebebin varlığı halinde bir davranış kuralını veya borcu ihlal eden kişinin sorumluluğu ile kaza arasındaki nedensellik bağı kesileceğinden sorumluluk ortadan kalkar. Örneğin çok şiddetli bir deprem nedeniyle meydana gelen tsunami

44 Eren, İşverenin sorumluluğu, s.178.; Eren, İlliyet, s.178.; Eren, *Borçlar*, s.580.

45 Eren, İlliyet, s.178.; Eren, *Borçlar*, s.581.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1004.; Antalya, s.228.

46 Tandoğan, s.465.; Eren, İşverenin Sorumluluğu, s.99.; Eren, İlliyet, s.179.; Eren, *Borçlar*, s.581.; Oğuzman/Öz, s.357.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1004.; Antalya, s.228.

47 Tandoğan, s.465.; Eren, İşverenin Sorumluluğu, s.99.; Eren, İlliyet, s.180.; Eren, *Borçlar*, s.582.

48 Tandoğan, s.465.; Eren, İşverenin Sorumluluğu, s.99.; Eren, İlliyet, s.181.; Eren, *Borçlar*, s.582.

49 Tandoğan, s.465.; Eren, İşverenin Sorumluluğu, s.100.; Eren, İlliyet, s.182.; Eren, *Borçlar*, s.582.; Oğuzman/Öz, s.408.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1003.

sonucu oluşan zararlarda artık kişinin sorumluluğu ortadan kalkacak mücbir sebep borcu veya sorumluluğu sona erdiren bir neden olarak kabul edilecektir.

Mücbir sebebin olduğu yerde kusur, kusurun olduğu yerde ise mücbir sebep bulunamaz.⁵⁰ Bu nedenle ihlale kendi kusuruyla sebebiyet veren kimse mücbir sebebin varlığını iddia edemez.

2.2. Beklenmeyen Hal

Roma hukukunda tesadüfe bağlı hadiseler için kullanılan ve "Casus Manore" (tesadüfi olay) olarak ifade edilen ve günümüze kadar kullanılmaya devam eden beklenmeyen hal kavramı sözleşmeden doğan bir borcun ya da herkese ödev yükleyen bir davranış normunun, borçlu veya sorumlu kişi tarafından objektif ve nispi olarak kaçınılmayacak şekilde ihlaline sebep olan bir olaydır.⁵¹

Beklenmeyen hal yerine Tandoğan, Oğuzman ve Öz "fevkalade hal", Tekinay ve arkadaşları "kaza", Eren "umulmayan hal" tabirini tercih etmekte, bunun yanında öğretide ve Yargıtay kararlarında kötü tesadüf, olağanüstü hal, tesadüfi hal, umulmazlık, kaçınılmazlık⁵² gibi tabirler de kullanılmaktadır.

Beklenmeyen halin ilk unsuru beklenmeyen hal teşkil eden bir olayın meydana gelmesidir. Meydana gelen olay fırtına, şiddetli yağmur, kar, don gibi doğa olayları olabileceği gibi borçlunun veya alacaklının hasta olması gibi fizyo-psikolojik olaylar, müsadere, istimlak gibi hukuki olaylar ya da grev gibi sosyal olaylar da olabilir. Yine makinedeki önlenemeyen sorunlar ya da bir hayvanın içgüdüsel hareketleri de beklenmeyen hal teşkil edebilir.⁵³

Öte yandan bünyevi durum da beklenmeyen hal olarak nitelendirilebilir. Bünyevi durum doğuştan veya sonradan kazanılan bir sakatlık, bir araz,

gizli veya açık bir hastalık yüzünden, vücudun (bünyenin) dış etkilere karşı korunma ve direnç gücündeki noksanlık veya belirli hastalıklara kolayca yakalanma eğilimidir. Meselâ, hemofili, şeker ve kalp hastalığı, vücuttaki açık ve gizli tümörler, organ eksiklik veya bozuklukları, belirli ilaçlara karşı hassas (alerjik) bünyeler bünyevi duruma örnek olarak gösterilebilir.⁵⁴ Kısaca, dış dünyada bir değişiklik meydana getirebilecek maddi, psikolojik, dinamik ve statik her türlü olay veya durum, beklenmeyen halin temelini teşkil eden olaylar arasında sayılabilirler.⁵⁵

Görüldüğü üzere beklenmeyen hal ile mücbir sebep olayın mahiyeti yönünden bir birlerinden ayrılmaktadırlar. Mücbir sebepte olay beklenmeyen halde meydana gelen olaya nazaran çok daha büyük bir yoğunluk ifade eder. Örneğin mücbir sebepte harici olay bir kasırga olarak örneklendirilirken beklenmeyen hal de fırtına yeterli bir olay olarak görülebilmektedir.

Ayrıca olay yönünden mücbir sebep ile beklenmeyen hal arasındaki diğer ve önemli bir farklılık ise olayın meydana geldiği noktadadır. Mücbir sebepte olay harici bir nedene dayalıyken yani kişinin işletmesi ve faaliyeti dışında gerçekleşmesi gerekirken, beklenmeyen hal kişi ve onun işletme faaliyeti alanında da gerçekleşebilir.⁵⁶ Gerçekten de mücbir sebep deprem gibi işletme dışından meydana gelirken, beklenmeyen hal işletme dışından meydana gelebileceği gibi makinedeki önlenemeyen sorunlardan dolayı işletme içinden ya da kalp krizi, beyin kanaması gibi kişiden kaynaklanan bir hal gibi dahili bir nedenden dolayı da ortaya çıkabilir.

Beklenmeyen hal teşkil eden olay nedeniyle bir davranış kuralı veya borç ihlal edilmeli, diğer bir söyleyişle ifa edilememesine neden olmuş olmalıdır.⁵⁷ Mesela bir heykeltıraş eser sözleşmesi ile bir heykel yapma borcu altına girmiş ancak bir anda vuku bulan romatizmal bir hastalık nedeniyle elle-

50 Eren, İşverenin Sorumluluğu, s.102.; Eren, İlliyyet, s.185.; Eren, Borçlar, s.585.,

51 Gözübüyük, s.127.; Tandoğan, s.461.; Eren, İşverenin Sorumluluğu: s.104.; Eren, İlliyyet, s.139.; Oğuzman/Öz, s.407.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1000.

52 Beklenmeyen hal ile kaçınılmazlık ifadesinin aynı anlamda kullanılması hatalıdır. Çünkü kaçınılmazlık beklenmeyen halin unsurudur.

53 Tandoğan, s.461.; Eren, İşverenin Sorumluluğu, s.105.; Eren, İlliyyet, s.141.; İyimaya, Ahmet: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990, s.173.

54 Tandoğan, s.327-328.; Eren, İşverenin Sorumluluğu, s.106.; Eren, İlliyyet, s.156.;

55 Eren, İlliyyet, s.142.

56 Antalya, s.230.

57 Tandoğan, s.461.; Eren, İlliyyet, s.142.

rini kullanamaz hale gelmiş ise bu durumda beklenmeyen hal teşkil eden olay heykeltıraşın heykel yapma edimini yerine getirememesine sebebiyet vermiştir.

Bununla birlikte beklenmeyen hal teşkil eden olay ile herkese ödev yükleyen davranış kuralı veya borcun ihlali arasında uygun illiyet bağı da bulunmalıdır.⁵⁸ Örneğin şiddetli rüzgar nedeniyle devrilen ağaç yük taşıyan bir araca çarparak aracın devrilmesine ve yükün kullanılamayacak şekilde hasar görmesine sebebiyet vermiş ise rüzgar olayı ile borcun ihlali arasında illiyet bağı mevcuttur.

Diğer taraftan beklenmeyen halin en önemli unsuru ise herkese ödev yükleyen davranış normunun veya sözleşmeden doğan borcun ihlalinin kaçınılmaz olmasıdır. Burada ki kaçınılmazlık beklenmeyen hali teşkil eden olay değil olay sonucu ortaya çıkan ihlalidir. Çünkü olay kaçınılmaz olarak ortaya çıkabilir. Örnek olarak bir nehrin taşması durumunda bu hadiseden kaçma imkânı yoktur ancak borçlu inşa ettiği evin nehrin taşmasından korumak için gerekli önlemleri alarak taşmanın etkilerinden kaçınabilir.⁵⁹

Görüldüğü gibi kaçınılmazlık mücbir sebepte olduğu gibi beklenmeyen halin de önemli bir unsuru olarak karşımıza çıkar. Ancak beklenmeyen halin unsuru olarak kaçınılmazlık halinde nispi bir kaçınılmazlık söz konusu olacaktır.

Nispi kaçınılmazlıkta sorumlu şahsın herkeşe ödev yükleyen davranış normunu ve borcun ihlalinin önlemek için alacağı tedbirlerin şahsi ve ekonomik durumuyla orantılı olması gerekir. Sorumlu şahıstan ihlali önlemek için hayat, sıhhat ve şerefini ciddi bir tehlikeye sokması, mali iktidarının üstünde masraf yapması, kısacası aşırı fedakârlıkta bulunması istenilmez.⁶⁰

Gerçekten de mücbir sebep ile beklenmeyen halin unsuru olan kaçınılmazlık mücbir sebepte mutlak bir kaçınılmazlık iken beklenmeyen hal de sadece sorumlu kişi yönünden nispi bir hal almaktadır. Örneğin ek gelir olsun diye evinde pasta

yapıp satan bir kişinin fırtına nedeniyle elektrikleri kesilir ve ertesi gün teslim etmesi gereken buzdolabında tuttuğu pastası bozulur ise burada nispi kaçınılmazlık söz konusu olacaktır. Çünkü kimse kendi evinde ek gelir olsun diye pasta yapıp satan birinden jeneratör bulundurmasını beklemeyecektir. Ancak aynı durumda pasta imalatı yapan büyük bir fabrikanın jeneratör bulundurması beklenemez, fabrika elektriğin kesildiğini ileri süremeyecektir. Bununla birlikte şiddetli bir deprem halinde evinde pasta yapan kişinin de pasta imalatı yapan fabrikanın da yaptığı pasta zarar görebilir. Deprem sonucu pastanın zarar görmesi halinde kim olursa olsun, hangi önlem alınırsa alınsın ortaya çıkan sonuç engellenemeyecek bu nedenle mutlak kaçınılmazlık söz konusu olabilecektir.

Beklenmeyen halin sorumluluğa etkisini ise sözleşme ve sözleşme dışı olarak ikiye ayırmakta yarar vardır.

Sözleşmeden kaynaklanan borcun ihlaline sebep olan beklenmeyen hal durumunda borçlu borcun ifa edilmemesinin beklenmeyen halden kaynaklandığını ispat ettiği takdirde kural olarak borcunu yerine getirme sorumluluğundan kurtulacaktır. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda bunun istisnaları mevcuttur. Örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca bir para borcunun borçlusu beklenmeyen hal nedeniyle borcunu ödemekte gecikse bile temerrüt faizi ödemekle mükelleftir.

Diğer taraftan sözleşme dışı sorumluluk halinde beklenmeyen hal ancak mücbir sebep derecesine ulaşarak nedensellik bağı kestirdiği takdirde tazminat sorumluluğu ortadan kaldıracaktır.⁶¹ Özellikle beklenmeyen hal zararlı sonucun tek sebebi ise bundan ilke olarak kimse sorumlu tutulmamalıdır.⁶²

Bazı hallerde bir sonuç birden ziyade sebeplere dayanıyor ve bunlardan biri olmasaydı diğerinin zararlı sonucu meydana getiremeyeceğini, hiç değilse her birinin meydana gelen sonuca önemli

58 Tandoğan, s.462.; Eren, illiyet, s.143.

59 Tandoğan, s.462, Eren, illiyet, s.143.

60 Eren, illiyet, s.144-145.

61 Tandoğan, s.328.

62 Kılıçoğlu, Mustafa: Tazminat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016, s.82.

katkıda bulunduğu söylenebiliyorsa ortak uygun illiyet bağı söz konusu olacaktır.⁶³ Bu durumda sorumluluk kusura dayanıyorsa kusur ile beklenmeyen hal bir araya gelerek sonucu oluşturduğundan borçlu sorumluluktan kurtulamayacaktır. Mesela bir kişi sadece korkutmak maksadıyla husumeti olan bir kişinin kolunu jilet ile kesmiş, ancak yaralanan kişi hemofili hastası olduğu için ölmüş ise bu durumda ölüm hem jilet kesişinden yani borçlunun kusurundan hem de kişinin bünyevi faktörleri nedeniyle diğer bir ifadeyle beklenmeyen hal sonucu ortaya çıktığından beklenmeyen hal tazminatta tenzilata sebebiyet verebilecektir.

Nihayet sözleşme dışı sorumluluk halinde açıkça beklenmeyen halin indirim nedeni olmayacağının belirtildiği durumlarda artık sorumluluğun daraltılması mümkün değildir. Örneğin Karayolları Trafik Kanunu'nun 86. maddesi uyarınca beklenmeyen hal sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak düzenlenmemiş, özellikle araçtaki her türlü bozukluktan, teknik arızadan, tam sorumlu olma kurulanı öngörmüştür.⁶⁴

Bunun yanında Yargıtay uygulamalarında iş kazaları ve meslek hastalığı nedeniyle işçi tarafından işverene yönelik açılan maddi ve manevi tazminat davalarında da iş kazası veya meslek hastalığı tamamen beklenmeyen halden kaynaklansa dahi işverenin işletmesinde yarattığı tehlike riskinin sonuçlarına katlanması gerektiği kabul edilmektedir.⁶⁵ Bu durumda beklenmeyen halin ortaya çıkardığı zarara taraflardan sadece birisinin katlanmasının adalet duygusunu zedeleyeceği belirtilerek işverenin %60, işçinin ise %40 kusurlu olduğu kabul edilmektedir.⁶⁶

3. Kaçınılmazlık İlkesinin Mutlak Mı, Nispi Mi Olduğu Sorunu

Mücbir sebebin unsuru olan kaçınılmazlık, tekniğin ve bilimin geldiği noktada var olan her türlü olanak kullanılsa, tedbir alınsa, özen gösterilse

bile hiç kimse tarafından davranış kuralının veya borcun ihlaline karşı konulamaması, önlenememesidir. Bu haliyle mücbir sebebin kaçınılmazlık unsuru mutlaktır. Diğer taraftan beklenmeyen halde kaçınılmazlık unsuru nispi bir hal alır. Nispi kaçınılmazlıkta aynı şartlar altında bulunan muhtemel, normal ve makul bir şahsın zihni, fiziki ve mesleki yetenekleri esas alınarak soyut ve genel bir biçimde değerlendirme yapılır.

Kanun koyucunun 5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesinin son fıkrasında belirtilen kaçınılmazlık ilkesi ile tam olarak neyi kastettiği ise kanunun içeriğinden anlaşılamamaktadır. Uygulamada kaçınılmazlık kavramı zaman zaman beklenmeyen hal ile aynı anlamda kullanıldığından kanun koyucunun kaçınılmazlık ilkesi ile beklenmeyen hal kavramına atıf yaptığı düşünülebilir.

Bununla birlikte hem Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında hem de Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliği'nin 45/3. maddesinde kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumu olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere sosyal güvenlik hukuku yönünden kaçınılmazlık tanımı mücbir sebebin unsuru olan mutlak kaçınılmazlık tanımı ile hemen hemen aynı mahiyettedir. Bu durumda kanun koyucunun kaçınılmazlık ilkesi ile arzuladığının beklenmeyen hale atıf yapmak olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Çünkü kaçınılmazlık ilkesi beklenmeyen halin unsuru olan nispi kaçınılmazlık olarak değil mücbir sebebin unsuru olan mutlak kaçınılmazlık olarak tanımlanmıştır. Diğer bir ifadeyle sosyal güvenlik hukukunda kaçınılmazlık ilkesi beklenmeyen hal ile aynı anlama gelmez.

Bunun yanında kaçınılmazlık ilkesinin mücbir sebebe yakınlığıyla yorumlanması da bazen işverenin sorumluluğunun tespitinde hakkaniyete aykırı uygulamalara sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenle kaçınılmazlık ilkesinin mutlak mı yoksa nispi mi uygulanması gerektiğine yönelik iki görüş ortaya çıkmıştır.

Birinci ve baskın görüşe göre kaçınılmazlık ilkesi

⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.569.

⁶⁴ İyimaya, s.178.

⁶⁵ Akın, s.228.

⁶⁶ Yargıtay HGK 07.03.2019, 2015/983 E., 2019/952 K., www.uyap.gov.tr

mücbir sebebin unsuru olan mutlak kaçınılmazlıktır. Bu durumda işveren bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak önlemleri almamış, gerekli dikkat ve özeni göstermemiş ve kaza meydana gelmiş ise artık kaçınılmazlıktan söz edilemez.⁶⁷ Kusurun olduğu yerde kaçınılmazlık ilkesinin uygulanması mümkün değildir. Ancak işverenin işletmesi dışında meydana gelen ve işverenin kusurunu tamamen ortadan kaldıran olaylar halinde kaçınılmazlık söz konusu olabilecektir.

Diğer görüşe göre ise kaçınılmazlık unsurunun her olayın kendi özelliği çerçevesinde değerlendirilmesinin hukuk adaletine uygun düşeceği, bu nedenle kaçınılmazlığın bazen mücbir sebebin bir unsuru olan mutlak kaçınılmazlık olarak bazen de beklenmeyen halin bir unsuru olan nispi kaçınılmazlık olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁶⁸

4. Kaçınılmazlık İlkesinin Unsurları

4.1. Olay

Sosyal güvenlik hukuku anlamında kaçınılmazlıktan bahsedilebilmesi için öncelikle kaçınılmayan bir olayın meydana gelmesi gerekir. Kaçınılmayan olay mücbir sebepte olduğu gibi şiddetli kış, toprak kayması, yıldırım düşmesi, savaş, ihtilal, ayaklanma vb. gibi büyük ve yoğun bir olay olabileceği gibi beklenmeyen halde belirtilen fırtına, şiddetli yağmur, kar, don, hayvanın içgüdüsel hareketleri vb. daha küçük ve yoğunluğu daha az harici olaylar da olabilir.

Görüldüğü üzere olayın şiddeti yönünden kaçınılmazlık ilkesi mücbir sebep ve beklenmeyen halin karma bir niteliğini taşımaktadır. Olayın büyük-

lüğü ve yoğunluğu kaçınılmazlık ilkesinin varlığı için bir önem taşımamaktadır.

Bununla birlikte olayın işverenin işletmesi içinde gerçekleşmesi halinde kaçınılmazlıktan bahsedilip bahsedilemeyeceği hususu bizi yine kaçınılmazlık ilkesinin mutlak mı yoksa nispi mi yorumlanması gerektiği tartışmasına götürmektedir.

Kaçınılmazlık mutlak olarak kabul edilirse bu durumda iş kazasına neden olan olay işverenin sorumlu olduğu alanın dışında gerçekleşmelidir. Eğer iş kazasına neden olan olay kişinin işletmesi ve faaliyeti içinde ortaya çıkmışsa işverenin her türlü önlemi aldığı kabul edilemeyeceğinden kaçınılmazlık da söz konusu olmayacaktır. Çünkü işletme içerisinde işverenin hâkimiyeti olduğu kabul edildiğine göre işverenin iş kazası halinde gerekli olan bilimsel ve teknik önlemleri aldığı kabul edilemez. Ne olursa olsun işverenin iş kazasını önleyebilmesi mümkündür.

Örneğin sigortalı iş yerinde baygınlık geçirmesi nedeniyle eli torna makinesine sıkışır ve iş kazası meydana gelirse işverenin işçisini gözetme borcunu tam olarak yerine getirdiği söylenemez. İşveren sigortalının baygınlık geçirme ihtimalini bile düşünerek tüm önlemleri almalıdır. Misal olarak verdiğimiz örnekte işveren torna makinesinde sigortalının elini algılayarak sistemi kapatan lazer perdeler kullansaydı iş kazası meydana gelmeyebilirdi.

Kaçınılmazlık nispi olarak kabul edilirse bu durumda kaçınılmazlık ile işverenin kusurunun ortak illiyet halinde iş kazasına sebebiyet verebileceği kabul edilecektir. Bu durumda kaçınılmazlığı işletme içinde bir nedenden ortaya çıkması da mümkün olacaktır. Aynı örnekten yola çıkarsak sigortalı iş yerinde baygınlık geçirir ve sırf bu nedenle iş kazası meydana gelirse işçinin bünyevi durumu kaçınılmazlık olarak kabul edilebilecek ve işverenin sorumluluğunun kapsamını azaltabilecektir.

Bununla birlikte 5510 sayılı Kanun'a göre meslek hastalığı sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden meydana geldiğinden işverenin işletmesi ve faaliyeti dışında meydana gelen bir olay sonucu meslek hastalığının orta-

67 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.394; Ergin Berin: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuyla Nasıl Bakıyor?, *MESS Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı: 4, Aralık 2006, s.139.; Keser, Hakan: İşverenin İş Kazası Ve Meslek Hastalığı Dolayısı İle Kurumun Yaptığı Harcamalardan Sorumlu Olmasının Koşulları Ve Kaçınılmazlık, *MESS Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı: 2, Haziran 2006, s.143.; Baycık, Gaye: Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2007/1, s.59.; Civan, s.560.

68 Tuncay, s.188.; Civan, s.560.

ya çıkması pek de mümkün görünmemektedir. Bu nedenle meslek hastalığı halinde kaçınılmazlığın mutlak olduğundan bahisle hastalığın dışarıdan bir etkenden kaynaklanmasını beklemek gerçekçi değildir.

4.2. Sigortalıların Sağlığını Koruma ve İş Güvenliği Mevzuatına Aykırılık

Kaçınılmazlığın varlığı için meydana gelen olayın sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir sonuç ortaya çıkarması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle kaçınılmaz olay işverenin kanundan doğan sigortalının sağlığını koruma ve gözetme borcuna aykırılığa neden olmalıdır.

4.3. İş Kazası veya Meslek Hastalığının Meydana Gelmesi

Kaçınılmaz olay işverenin kanundan doğan sorumluluğuna aykırı davranmasına neden olmuş ise de bu tek başına yeterli olmayıp olay aynı zamanda 5510 sayılı Kanun kapsamında iş kazasına veya meslek hastalığına da sebebiyet vermiş olmalıdır. Aksi halde iş kazası ve meslek hastalığı vuku bulmayacağından kaçınılmazlık ilkesi de uygulama alanı bulmayacaktır.

Daha önce de belirtildiği gibi kaçınılmazlık sonucu uğranılan zararın sosyal sigorta yardımlarının Kurum tarafından karşılanmasını sağlayacak mahiyette olması gerekir. Yoksa iş hayatında sıkça meydana gelen ufak kesikler, yanıklar veya yaralar veya hastalık hali eğer sosyal sigorta yardımlarını gerektirmeyecek nitelikteyse iş kazası ve meslek hastalığından da bahsedilemez.

4.4. Uygun İlliyet Bağı

Kaçınılmaz olarak nitelendirilen olay ile sigortalının iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına tutulması arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle kaçınılmaz olay olmasaydı iş kazası veya meslek hastalığı ortaya çıkmayacaktı denebilmelidir.

Mesela deprem nedeniyle iş yerinde bulunan bir makinenin vidalarından biri yerinden fırlar ve sigortalının kolundan yaralanmasına sebebiyet verirse bu durumda kaçınılmazlıktan bahsedilebi-

lir. Ancak makinenin vidası deprem ile hiçbir bağı olmaksızın sadece bakımları işveren tarafından zamanında yapılmadığından dolayı yerinden çıkmış ise bu durumda deprem ile iş kazası arasında illiyet bağı mevcut olmayacaktır.

4.5. Tüm Önlemlerin Alınmış Olması

Kaçınılmazlık ilkesi işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda mevzuat hükümlerine tam olarak riayet ettiğinin saptandığı noktada hayat bulur. Gerçekten de işveren ancak alınması gereken her türlü önlemi alır, mevzuatın gerektirdiği her kurala riayet eder, sigortalıyı gözetme borcunu tam olarak yerine getirir ise olay tamamen kaçınılmazlıktan kaynaklanacaktır.

Bu durumda olanakların yetersizliği, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin maliyetli oluşu, üretimde kullanılan teçhizat, makine veya alette üretim hatası bulunması, alet veya makinenin orijinal halinde hiçbir koruyucu düzenek bulunmaması, kullanılan teknolojinin eski olması, iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinin üretimde yavaşlamaya yol açması, işçilerin talimatlara uymama alışkanlıklarının bulunması vb. nedenlerle iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelmişse artık kaçınılmazlık oluşmayacaktır.⁶⁹ Çünkü bu halde işverenin sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi söz konusu olduğundan işverenin tamamen sorumluluktan kurtulması da mümkün olmayacaktır.

5. Kaçınılmazlık Halinde İşverenin Sorumluluğunun Kapsamı

İşverenin kaçınılmazlık nedeniyle sorumluluğunu belirlerken yine iki görüş karşımıza çıkar. Buna göre kaçınılmazlık ilkesinin mutlak veya nispi olarak yorumlanması işverenin sorumluluğu yönünden farklı sonuçlara neden olacaktır. Ancak 5510 sayılı Kanun kapsamında iş kazası ve meslek hastalığı kavramları bir birlerinden farklı kavramlar olduğu için kanaatimizce sorumluluk yönünden ayrı ayrı değerlendirilmeleri daha doğru olur.

69 Geçer, Bekir: İşverenlerin Rücu Tazminatından Kurtuluş Beyyinesi Olarak Kaçınılmazlık İlkesi, *Yaklaşım Dergisi*, Kasım 2004, Sayı: 143, s.89.

5.1. İş Kazasında Sorumluluk

5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde belirtilen koşulların oluşması ile iş kazası meydana gelmiş ise işverenin Kanun'un 21/1. maddesindeki son cümlesinde ki kaçınılmazlık ilkesinden yararlanabilmesi yönünden mutlak kaçınılmazlık hali ile nispi kaçınılmazlık halinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Öncelikle mutlak kaçınılmazlık halinde işveren bilimin ve tekniğin getirdiği tüm nimetlerden faydalanmakta, iş sağlığı ve güvenliği konusunda mevzuat hükümlerine tam olarak riayet etmektedir. Buna rağmen iş kazası meydana gelirse artık iş kazasının işletme faaliyeti dışında mücbir sebebe yakın bir olay sonucu meydana geldiğinin kabulü gerekecektir. Bu durumda aynı mücbir sebepte olduğu gibi işverenin sorumluluğu ile iş kazası arasındaki illiyet bağı kesilecek, işverenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.⁷⁰ Ancak iş kazasının meydana gelmesinde işverenin en ufak bir kusuru varsa artık kaçınılmazlık ilkesi uygulanamayacak işveren kusurundan dolayı sorumlu olacaktır.

Örneğin aniden başlayan şiddetli bir fırtınada havalanan bir cisim iş yerinde bulunan sigortalının başına çarpmış ve çarpmanın şiddetiyle sigortalı ölmüş ise bu durumda işveren bilimin ve tekniğin tüm nimetlerinden yararlandığı, iş sağlığı ve güvenliği konusunda mevzuat hükümlerine uygun davrandığı takdirde sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak işveren sigortalının baret takmasını sağlamamış ise bu durumda alınmasını gereken tüm önlemleri aldığından bahsedilemez. Çünkü çarpmanın şiddeti ne olursa olsun işçinin kafasında baret olsaydı yaşama olasılığı vardı denilebilir.

Diğer taraftan nispi kaçınılmazlık halinde artık kaçınılmazlık ilkesi beklenmeyen hale yakınlaşmaktadır. Bu nedenle işverenin kusuru ile kaçınılmazlık iş kazasının ortaya çıkmasına birlikte sebebiyet verebileceklerdir. Ayrıca kaçınılmaz olan olay işletme dışında ya da işletme içerisinde de meydana gelebilecektir.

Nispi kaçınılmazlık halinde eğer iş kazası işletme dışındaki bir etkiden meydana gelmiş ve işveren bilimin ve tekniğin tüm nimetlerinden yararlanmış, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun davranmış ise diğer bir ifadeyle olay tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana gelmiş ise illiyet bağı kesileceğinden işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu durumda kaçınılmazlık ilkesinin mutlak veya nispi olarak değerlendirilmesinin pratikte bir önemi kalmaz.

Ancak iş kazasının oluşumunda kaçınılmazlık ile birlikte işverenin de kusuru varsa bu durumda kaçınılmazlığın etkisi işverenin sorumluluğunda indirim nedeni olarak karşımıza çıkar.⁷¹

Sosyal güvenlik hukukunda kaçınılmazlık ilkesinin nispi olarak uygulanması halinde subjektif bir niteleme olarak işverenin ekonomik durumu ile işçinin ekonomik durumu arasında bir dengeyin sağlanması görüşünden hareketle güçlü ile güçsüz olan arasında denge sağlanması ve hakkaniyete dayandırılarak sorumluluğun saptanması yoluna gidilecektir.⁷²

Biraz önce verdiğimiz şiddetli fırtınada uçan bir cismin iş yerinde bulunan sigortalının başına çarpması ve ölümüne sebebiyet vermesi örneğinde olduğu gibi işveren sigortalıya baret vermemiş ise bu durumda iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı davranmış olacaktır. Ancak diğer taraftan iş kazasının meydana gelmesinde şiddetli fırtınanın etkisi de yadsınamaz. Çünkü işveren sigortalıya baret kullandırsa, gerekli olan tüm önlemleri alsa dahi ölümün yine de gerçekleşme olasılığı vardır. Bu durumda kaçınılmazlığı nispi olarak yorumlarsak meydana gelen iş kazasında tüm sorumluluk işverene yüklenmeyecek ve kaçınılmazlık toplam kusurdan indirilecektir.

Yine nispi kaçınılmazlık halinde işletme içinde meydana gelen bir olayda da kaçınılmazlık söz konusu olabilir. Örneğin yükün depoya indirilmesine yardım eden sigortalıyı arı sokar ve sigortalı anlık duyduğu acıyla yükün altına kaçar ve yaralanırsa bu durumda da tamamen işverenin sorumluluğu-

70 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.395; Ergin, s.139.; Keser, s.143.; Baycık, s.59.; Civan, s.560.

71 Tuncay, s.188; Tunçomağ, s.296.

72 Berin, s.139.

na gidilemeyecektir. İşveren iş kazasına uğrayan sigortalının indirilen yükün altında durmasını engelleyememiştir. Ancak olayda arı sokmasının varlığı da tartışmasıdır. İş kazasının meydana gelmesinin tek nedeni işveren değildir. Bu haliyle yine kaçınılmazlık bir indirim nedeni olacaktır.

5.2. Meslek Hastalığında Sorumluluk

5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinde meslek hastalığı sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleri olarak tanımlanmıştır. Bu iki halde sorumluluğun kapsamı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

5.2.1. İşin Niteliğinden Dolayı Tekrarlanan Bir Sebeple Meydana Gelen Meslek Hastalığında Sorumluluk

Meslek hastalığının meydana gelmesindeki ilk hal işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple maruz kalınan dış etkenin işin niteliğinden kaynaklanmasıdır. Burada işin niteliği ile anlatılmak istenilen meslek hastalığının sigortalının ifa etmekte olduğu görev sonucu ortaya çıkmasıdır.⁷³ Bununla birlikte meslek hastalığı sürekli tekrarlanan bir sebeple meydana gelmelidir. Burada sürekli maruz kalınan dış etken tekrarlana tekrarlanan meslek hastalığını ortaya çıkarmaktadır.

Bu durumda iş kazasında olduğu gibi mutlak kaçınılmazlık halinde işverenin bilimin ve teknolojinin getirdiği tüm nimetlerden faydalanıp faydalanmadığına, iş sağlığı ve güvenliği konusunda mevzuat hükümlerine tam olarak riayet edip etmediğine bakılacak, eğer riayet etmiş ise sorumluluktan kurtulacaktır.

Ancak bu halde meslek hastalığının işverenin riziko alanı dışındaki bir etmeden kaynaklanması son derece güçtür. Genellikle kaçınılmazlığa neden olan olay ani bir olaydır ve etkileri sürekli tekrarlanmaz. Ayrıca meslek hastalığına sebep olan etken işletme faaliyeti içerisinde meydana geldiğinden mutlak kaçınılmazlığa sebep olan olayın işletme dışından ortaya çıkması koşulu da sağlanamamak-

tadır. Örneğin arsenik minerallerinin elde edildiği bir iş yerinde çalışan sigortalının tutulduğu karaciğer kanseri sigortalının yaptığı işin niteliği gereği sürekli tekrarlanan işletmenin faaliyetinden kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte istisnai de olsa mücbir sebep teşkil eden bir olay sonucu işletme içinde sürekli tekrarlanan bir durum ortaya çıkmış olabilir. Örneğin şiddetli bir deprem sonucu içerisinde radyoaktif madde bulunan makinenin koruyucu dış katmanı gözle görülemeyecek şekilde çatlamış ve o makinede görevli olan sigortalının her gün radyasyona maruz kalmasına neden olmuş, birkaç ay sonrada kansere yakalanmasına sebebiyet vermiş ise bu durumda deprem nedeniyle tekrarlanan bir durumun ortaya çıktığı kabul edilebilir. Ancak yine de bu durumda işverenin bilimin ve teknolojinin nimetlerinden yararlandığı söylenemez. Çünkü deprem sonrası makinenin gerekli kontrolleri sağlansaydı radyoaktif sızıntı tespit edilebilecekti denilebilir.

Sonuç itibarıyla kanaatimizce sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple meslek hastalığı meydana gelmiş ise işverenin mutlak kaçınılmazlık sonucu sorumluluktan kurtulması pratikte pek de mümkün değildir.

Diğer taraftan nispi kaçınılmazlık halinde kusur ile kaçınılmazlık aynı anda ortaya çıkabilecektir. Biraz önceki radyoaktif sızıntı örneğinde olduğu gibi bu durumda depremin etkisi kaçınılmaz bir durum teşkil edecek gerekli kontrolleri sağlamayan kusurlu işveren yönünden kaçınılmazlık tazminatın belirlenmesinde bir indirim nedeni olacaktır.

Ayrıca bazı mesleklerde işveren bilimin ve teknolojinin getirdiği tüm nimetlerden faydalansa, iş sağlığı ve güvenliği konusunda mevzuat hükümlerine tam olarak uygun davransa dahi meslek hastalığının yine de ortaya çıkabilme olasılığı mevcuttur. Örneğin maden işyerlerinde yakalanılan pnömokonyoz hastalığında işveren tüm sorumluluğunu yerine getirse bile yıllar içinde hastalık ortaya çıkabilir. Bu halde de nispi kaçınılmazlık işverenin sorumluluğunda bir indirim nedeni olarak karşı-

73 Sözer, s.355.

mıza çıkacaktır. Çünkü işverenin kusuru olsa dahi meslek hastalığının meydana gelmesi ihtimali kaçınılmaz olarak mümkündür.

5.2.2. İşin Yürütüm Şartları Yüzünden Meydana Gelen Meslek Hastalığında Sorumluluk

5510 sayılı Kanun'un 14. maddesine göre meslek hastalığının varlığı için meydana gelebilecek ikinci hal meslek hastalığının işin yürütüm şartları sonucu ortaya çıkmasıdır. Daha önce de belirtildiği gibi işin yürütüm şartları ile neyi kastedildiğine yönelik iki farklı açıklama vardır.

Çenberci ve Sözer yürütüm şartlarıyla anlatılmak istenilenin iş yerinde işçilerin sağlığının güvence altına alınmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınmaması, işverenin iş hukukundan doğan koruma (gözetim) borcunu yeteri gibi yerine getirmemesi olduğunu belirtmiştir.⁷⁴ Bu durumda mutlak kaçınılmazlık söz konusu olmayacaktır. Çünkü zaten meslek hastalığı işverenin bilimin ve teknolojinin getirdiği tüm nimetlerden faydalanmaması, iş sağlığı ve güvenliği konusunda mevzuat hükümlerine uygun davranmaması sonucu oluşmuştur.

Diğer taraftan Tuncay ve Ekmekçi sıtma ile mücadele işlerinde çalışan sigortalıların bataklik kurutma işinde çalışırken sıtma hastalığına tutulması ya da hayvanlarla ilgili işte çalışanların şarbon ya da kuş gripi hastalığına yakalanması halini işin yürütümü nedeniyle meydana gelen meslek hastalığı olarak örneklendirmişlerdir.⁷⁵ Bu durumda da kanaatimizce pratikte mutlak kaçınılmazlık mümkün değildir. Çünkü işin doğası gereği hastalığa yakalanma olasılığı çok yüksektir. Eğer hastalığa yakalanıldıysa bunun mümkün olabileceğini bilen işverenin bilimin ve teknolojinin tüm nimetlerinden yararlandığından bahsedilemeyecektir.

Bununla birlikte nispi kaçınılmazlığın uygulanabileceği kabul edilirse kaçınılmazlık ile işverenin kusuru aynı anda ortaya çıkabilir. Örneğin kış ayında fabrikanın yeteri kadar ısıtılmaması nedeniyle sigortalı soğukta çalışmak zorunda kalmış ve eskiden beridir akciğerlerinin zayıf olmasının

da etkisiyle zatürreye yakalanmış ise bu durumda sigortalının bünyevi faktörleri de hastalığa neden olduğundan tüm sorumluluk işverene yüklenemeyecek, sigortalının bünyevi durumu kaçınılmaz bir etki yarattığından indirim nedeni olabilecektir.

III. Yargıtay'ın Kaçınılmazlık İlkesine Bakışı

Kaçınılmazlık ilkesi Kurum tarafından açılan rücu tazminat davalarında Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı sorumluluktan kurtulmak amacıyla işveren tarafından ileri sürülen bir kurtuluş beyyinesi mahiyetindedir.⁷⁶

Bu noktada belirtilmelidir ki 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca iş kazası ve meslek hastalıkları halinde Kurum tarafından işverene yönelik açılan rücu tazminat davalarına bakmakla görevli özel daire Yargıtay 10. Hukuk Dairesidir. Bu nedenle çalışmamızın konusu olan kaçınılmazlık ilkesi yönünden değerlendirilmesi gereken kararlar 10. Hukuk Dairesinin kararlarıdır.

Diğer taraftan iş kazaları ve meslek hastalıkları nedeniyle işçi tarafından işverene yönelik açılan maddi ve manevi tazminat davalarında işverenin sorumluluğu 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre değil genel hükümlere göre tespit edilecektir. Diğer bir ifadeyle Kurum tarafından açılan rücu tazminat davaları ile işçi tarafından açılan maddi manevi tazminat davaları tabi oldukları kanun ve uygulama yönünden birbirinden farklıdır. Bu nedenle 5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesinin son cümlesinde yer alan kaçınılmazlık ilkesi bahse konu maddi manevi tazminat davalarında uygulama alanı bulmaz. İşçi tarafından işverene yönelik açılan maddi manevi tazminat davasında sosyal güvenlik hukukunda yer alan kaçınılmazlık ilkesi değil genel hükümlere göre mücbir sebep veya beklenmeyen hal tartışılabilir.

Bununla birlikte iş kazaları ve meslek hastalıkları halinde işçi tarafından işverene yönelik açılan maddi ve manevi tazminat davalarına bakmakla

⁷⁴ Çenberci, s.204.; Sözer, s.356.

⁷⁵ Tuncay/Ekmekçi, s.401.

⁷⁶ Tuncay, s.186

görevli Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kaçınılmazlık kavramını beklenmeyen hal ile aynı anlamda kullanmakta ancak sosyal güvenlik hukukundaki kaçınılmazlık ilkesi ile aynı mahiyette yorumlamaktadır. Bu nedenle kararlarda mücbir sebebin unsuru olan mutlak kaçınılmazlığa vurgu yapılırken diğer taraftan kaçınılmazlığın beklenmeyen hal olduğu belirtilmektedir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kaçınılmazlık ilkesini sosyal güvenlik hukuku ile aynı mahiyette yorumlandığından Yargıtay uygulamasından örnekler verilirken Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin içtihatlarından da yararlanılmıştır.

Nihayet Yargıtay kararlarından bahsedilirken kararlar iş kazaları ve meslek hastalıkları olarak ayrı ayrı incelenecektir.

1. İş Kazalarında Kaçınılmazlık İlkesinin Uygulanması

İş kazasını meydana getiren olayın şiddeti yönünden kaçınılmazlık ilkesi mücbir sebep ve beklenmeyen halin karma bir niteliğini taşır. Daha önce de belirttiğimiz gibi olayın büyüklüğü ve yoğunluğu kaçınılmazlık ilkesinin varlığı için bir önem taşımamaktadır. Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bir kararında 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen depremin büyüklüğü, zeminin durumu gibi unsurlar nedeniyle binanın yıkılmasında kaçınılmazlığın tartışılmamasını isabetsiz bulmuştur.⁷⁷ Yine başka bir kararında ani fırtına etkisi ile gelişen olayda uzman bilirkişilerden oluşacak kuruldan kusur raporu alınarak, sigortalı ve işveren kusur oran ve aidiyetleri ile varsa kaçınılmazlık oranının değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararı bozulmuştur.⁷⁸ Yargıtay 21. Hukuk Dairesince de kazanın yola çıkan köpeğe çarpmamak için davacının direksiyonu kırması neticesinde yoldan çıkması sonucu gerçekleştiğinin sabit olduğu, davacının taşıt kullandığı

yola köpeğin çıkmasında kaçınılmazlığın varlığının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁹

Bununla birlikte Yargıtay uygulamasında iş kazasına sebebiyet veren olayın dahili bir olay olarak işletme içinde, işletmeyle ilgili bir nedenden meydana gelmesi halinde genel olarak kaçınılmazlığın söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir.

Örneğin Yargıtay 21. Hukuk Dairesi TNT atölyesinde meydana gelen ve nedeni tam olarak ortaya konulamayan patlama olayında alınan rapora göre patlamanın 2. Dünya Savaşından kalan mühimmatlarda dönemin zor şartlarına göre standart dışı malzeme kullanılmış olmasından kaynaklanmış olabileceğine dair raporu nazara alarak kaçınılmazlık ilkesinin fennen önlenmesi olanaksız durumlar için ifade edilen bir kavram olduğunu, kaçınılmazlığın unsuru olan önlenemezliğin olaya ilişkin değil neticeye ilişkin bir durum olup iş yerinde gerçekleşen dahili olaylarda işverenin işçilerin zarar görmesini önleyebileceği, patlamanın önlenemez bir olay olarak kabul edilse bile bu patlama neticesinde çalışanların zarar görmesinin önlenebilir bir olay olduğu gerekçesiyle kaçınılmazlığın bulunmadığını belirtmiştir.⁸⁰

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de bir başka kararında madende çalışan işçinin postayı kaldıracakken ayağının kayması ve kazalının üzerine düşen posta nedeniyle ayağından yaralanması şeklinde meydana gelen olayın kaçınılmaz bir sebepten ileri geldiğinin söylenmesinin mümkün olmadığını kabul etmiştir.⁸¹

Diğer taraftan bünyevi faktörler nedeniyle meydana gelen iş kazasının kaçınılamayan bir olay olup olmadığı hususu Özel Daireler arasında tartışma konusudur. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kalp krizi, beyin kanaması gibi kişideki bünyevi faktörlerin kaçınılmazlık olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Örneğin kalp krizinde kişinin yaşının, beslenme şekli ve kültürünün, genetik

⁷⁷ Yargıtay 10. HD, 21.05.2012, 2011/1833 E., 2012/9296 K. www.uyap.gov.tr

⁷⁸ Yargıtay 10. HD, 04.03.2013, 2012/5758 E., 2013/3779 K. www.uyap.gov.tr

⁷⁹ Yargıtay 21. HD, 09.10.2017, 2016/5056 E. 2017/7484 K. www.uyap.gov.tr

⁸⁰ Yargıtay 21. HD, 18/06/2015, 2014/25441 E., 2015/14161 K. www.uyap.gov.tr

⁸¹ Yargıtay 10. HD, 20/02/2018, 2018/258 E., 2018/1257 K. www.uyap.gov.tr

özelliklerinin ve bünyevi yapısının, tütün bağımlılığı, alkol kullanımı, egzersiz durumunun, cinsiyetinin de faktör olduğu, sağlığının çeşitli faktörlerin bir araya gelmesiyle bozulabileceği, sigortalının bünyevi yatkınlığı ve genel sağlık durumunun bir araya gelerek miyokart infarktüsünün ortaya çıkabileceği ve bu durumun olayın uygun illi kısmi sebebi olabileceği gözetilerek kusurun ağırlığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekirken doğrudan sigortalıdan neşet eden bu durumu kaçınılmazlık olarak değerlendiren bilirkişi raporu esas alınarak karar verilmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir.⁸²

Bununla birlikte Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise iş kazasının kalp krizi sonucu meydana gelmesi halinde kalp krizinin oluşumunda iş kazası ile işverenin eylemi arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı hususunda araştırmaya yönelik bozma kararları vermektedir.⁸³ İş kazası ile işverenin eylemi arasında illiyet bağının bulunmadığının usulüne uygun olarak tespiti halinde ise kaçınılmazlık ilkesi uygulama alanı bulacaktır.

Nihayet Yargıtay içtihatlarında kaçınılmazlık olgusunun bazen mücbir sebebin bir unsuru olan mutlak kaçınılmazlık olarak, bazen de beklenmeyen halin bir unsuru olan nispi kaçınılmazlık olarak uygulandığı belirtilmiş ve bu durum öğretide bazı yazarlarca eleştirilmiştir.⁸⁴

Yargıtay içtihatlarında iş kazası halinde kaçınılmazlık genel olarak mutlak kaçınılmazlık olarak yorumlanmakta ve Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararlarında "...vuku bulan olaya karşı koyulmazlık hali ve her türlü tedbirin alınmasına rağmen gerçekleşmesi önlenemeyen ve objektif bir kaçınılmazlık durumunun söz konusu olmasıdır. Umulmadık bir hal kaçınılmazlık olarak nitelenemeyecektir. Umumamak, ummayı düşünmemek ve zarar verici olay ile karşılaşmak, kaçınılmazlık olarak değerlendirilemez."⁸⁵ ifadesine yer verilmektedir.

Yine Yargıtay içtihatlarında kaçınılmazlık kavramı olayın meydana geldiği tarihte ve iş kazaları bakımından bilimsel ve teknik kurallar ve olanaklar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen zararın kısmen veya tamamen meydana gelmesi durumu olarak tanımlamakta olup mutlak kaçınılmazlığın tanımı yapılmaktadır.

Bununla birlikte Yargıtay 10. Hukuk Dairesi iş kazasına yönelik istisnai bazı içtihatlarında kusur ile kaçınılmazlığı birlikte uygulamakta ve kaçınılmazlığı bir indirim nedeni olarak kabul etmektedir. Örneğin Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bir kararında binanın depremde yıkılmasının sebebinin yapılan binanın üzerine kaçak olarak yapılan kat sonucu meydana gelen yük artışı ve binanın mesken olan kısımlarının yurda çevrilmesi nedeniyle ayrıca oluşan yük artışı olduğu, ruhsatsız olarak çatı katı yaptıran fenni mesulün kusurlu olduğu belirtildikten sonra, 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen depremin büyüklüğü, zeminin durumu gibi unsurlar nedeniyle binanın yıkılmasında kaçınılmazlığın tartışılması gerektiği gerekçesiyle karar bozulmuştur.⁸⁶

Görüldüğü üzere Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararı ile kusur ve kaçınılmazlığın bir arada bulunabileceği, işverenin kusuru olsa bile kaçınılmazlığın da var olabileceği kabul edilmiştir. Bu durumda işveren tam olarak sorumluluktan kurtulmaması bile sorumluluğunu daraltma imkanı mümkün hale geldiğinden kaçınılmazlığın nispi olarak yorum-

82 Yargıtay 21. HD, 21/05/2013, 2013/4263 E., 2013/10457 K. www.uyap.gov.tr

83 "...işverenin sigortalının periyodik sağlık muayenelerini yaptırıp yaptırmadığı, bu muayenelerde kalp rahatsızlığı ile ilgili bir bulguya rastlanıp rastlanmadığı, şahsi dosyada "kalp rahatsızlığı" nedeniyle alınmış bir istirahat raporunun bulunup bulunmadığı, ölüm olayından önceki tarihlerde sigortalının bünyesini zorlayacak bir çalışma yaptırılıp yaptırılmadığı, olay günü sigortalıyı işyerinde rutin dışında bir gerginlik ve stres içine sokacak bir olayın cereyan edip etmediği araştırılarak, işyeri hekimliği, işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan bir kardiyologun da yer alacağı bilirkişi heyetinden iş kazası ile işverenin eylemi arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı, illiyet bulunuyorsa kalp krizinin oluşumunda işverenin kusurunun bulunup bulunmadığının saptandığı, kusuru mevcut ise kusurunun ağırlığının değerlendirildiği kusur raporu alınmalıdır..." Yargıtay 10. HD, 16/02/2017, 2015/10479 E., 2017/1119 K. www.uyap.gov.tr

84 Berin, s.139.; Baycık, s.58; Aksi görüş, Tuncay, s.188.

85 Engin, s.139

86 Yargıtay 10. HD, 21.05.2012, 2011/1833 E., 2012/9296 K., www.uyap.gov.tr

landığı ve ortak illiyet halinin mevcut olduğunun kabul edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

2. Meslek Hastalığında Kaçınılmazlık İlkesinin Uygulanması

İş kazalarında işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlığın etkisinin bulunup bulunmadığını irdelemek daha belirgin iken meslek hastalığı için durum daha farklıdır. Çünkü meslek hastalığı iş kazasında olduğu gibi aniden veya çok kısa bir zaman içerisinde ortaya çıkmamakta, işin niteliğinden dolayı sürekli tekrarlanan bir sebeple veya yürütüm şartları yüzünden yavaş yavaş meydana gelmektedir.

Meslek hastalığında sigortalı uzun süre aynı işi yapmakta, aynı şekilde çalışmakta, işin yürütümü ve niteliği nedeniyle belirli bir zaman sonra yaptığı işten etkilenmekte ve meslek hastalığına tutulmaktadır. Bazen aynı iş yerinde çalışan ve aynı işi yapan sigortalıların birinde veya bir kısmında meslek hastalığı görülürken diğer kısmında hastalık belirtileri ortaya çıkmamakta işin niteliği ve yürütümü herkesi farklı etkilemektedir.⁸⁷

Meslek hastalığının bu özelliği nedeniyle Özel Dairelerce kaçınılmazlık ilkesi iş kazasından daha farklı yorumlanmakta ve değerlendirilmektedir. Bu noktada hem Yargıtay 10. Hukuk Dairesi hem de Yargıtay 21. Hukuk Dairesi özellikle maden işletmelerinde meydana gelen pnömokonyoz meslek hastalığının ortaya çıkmasında kaçınılmazlığın etkili olduğunu kabul etmekte, kaçınılmazlığı nispi olarak yorumlayarak 32 yıl formülünü uygulamaktadırlar. Buna göre sigortalının işyerlerinde 32 yıldan daha kısa bir süre çalışması halinde, kaçınılmaz maluliyet oranı; çalışılan yıl sayısı: 32 yıl ortalaması ile çarpılarak kaçınılmaz maluliyet oranı belirlenmekte, sigortalının 18 yaşından sonra çalışmaya başlaması halinde ise; her yıl için 32 yıldan 3 yıl indirilerek kaçınılmaz maluliyet belirlenmekte, artık yaşlar için orantılama yoluyla indirime gidilmektedir.

Bununla birlikte maden işyerlerinde meydana

na gelen pnömokonyoz hastalığı haricinde diğer meslek hastalıkları yönünden ise kaçınılmazlığın uygulanmasına yönelik olarak Özel Daireler arasında görüş farklılıkları mevcuttur.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi özellikle son içtihatlarında meslek hastalığı halinde kaçınılmazlığın uygulanmasına yönelik daha katı bir tutum sergilemekte ve mutlak kaçınılmazlık halini ön plana çıkartmaktadır. Örneğin porselen fabrikasında hammadde ve üretim bölümünde kepçe ve forklift operatörü olarak çalışan sigortalının maruz kaldığı tozlar nedeniyle meslek hastalığına tutulması olayında kaçınılmazlığı kabul eden mahkeme kararının "...Aksine yaklaşım, her tür meslek hastalığının oluşumunda belirli oranda kaçınılmazlığın etkili olacağı kabulüne yol açacaktır. Böylesi bir yaklaşım ise, gelişen bilimsel ve teknolojik imkanlar ile sosyal güvenliğin yöneldiği amaçla bağdaştırılamaz." gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiştir.⁸⁸

Diğer taraftan 10. Hukuk Dairesi meslek hastalığının varlığı halinde kaçınılmazlık ilkesinin uygulanmasına yönelik olarak farklı içtihatları bulunmaktadır. Örneğin Dairece verilen bir kararda "...sigortalının yaptığı işin özellikleri, yakalandığı meslek hastalığına yol açan etkenler, hastalığın önlenmesi için alınması gereken önlemler ile bunların gerçekleştirilme ve önlemlere uyum durumları ile kaçınılmazlık faktörü de değerlendirilmek suretiyle, bir miktar kaçınılmazlık faktörünün de etkisi olduğu göz önünde bulundurularak..." sonuca gidilmesi gerektiğinden bahisle mahkeme kararı bozulmuştur.⁸⁹

Ancak başka bir kararında ise "...Aksine yaklaşım, her tür meslek hastalığının oluşumunda belirli oranda kaçınılmazlığın etkili olacağı kabulüne yol açacaktır. Böylesi bir yaklaşım ise, gelişen bilimsel ve teknolojik imkânlar ile sosyal güvenliğin yöneldiği amaçla bağdaştırılamaz..." denilerek meslek hastalığında bir miktar kaçınılmazlığın etkili olduğunun kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.⁹⁰

87 Yargıtay HGK, 13/06/2018, 2018/106 E., 2018/2026 K. www.uyap.gov.tr

88 Yargıtay 21. HD 26.06.2018, 2016/13176 E., 2018/5695 K. www.uyap.gov.tr

89 Yargıtay 10. HD 15.10.2018, 2016/9210 E., 2018/7981 K. www.uyap.gov.tr

90 Yargıtay 10. HD 08.10.2018, 2016/2597 E., 2018/7659 K.

Ayrıca Hukuk Genel Kurulunun 13.06.2018 tarihli kararında "...meslek hastalığının meydana gelmesinde tüm kusurun işverene ait olduğunu kabul etmek çoğu zaman hakkaniyete uygun düşmeyecek bir kısım etkenin kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin kabulü gerekecektir. Sonuç itibarıyla sigortalıda meslek hastalığının ortaya çıkması hâlinde işverenin mevzuatta belirtilen yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin, gerekli özeni gösterip göstermediğinin ve kaçınılmazlığın etkisinin titizlikle araştırılarak ortaya konulması gerekmektedir..." gerekçesi ile 10. Hukuk Dairesince zaman zaman kabul gören içtihatları doğrultusunda karar verilmiştir.⁹¹

Hukuk Genel Kurulunun yeni tarihli içtihadı ile Özel Dairelerin bazı içtihatları birlikte değerlendirildiğinde meslek hastalığı halinde kaçınılmazlığın iş kazalarına nazaran daha fazla nispi kaçınılmazlık olarak yorumlandığı görülmektedir.

Sonuç

İşverenin sigortalıya karşı temel sorumluluğu iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesini önlemek, sigortalıyı mesleki risklere karşı korumaktır. Bu nedenle işveren bilimin ve teknolojinin tüm nimetlerinden yararlanmalı, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun davranmalıdır. Ancak işveren yükümlülüklerini yerine getirmez ve bu nedenle iş kazası ve meslek hastalığı meydana gelirse artık sorumluluğunun kapsamı da geniş tutulmalıdır. Özellikle işverenin sorumluluğunu etkileyecek kaçınılmazlık ilkesi dar olarak yorumlanmalı, diğer bir ifadeyle kaçınılmazlık mücbir sebebin bir unsuru olan mutlak kaçınılmazlık olarak değerlendirilmelidir.

İşveren bilimin ve teknolojinin getirdiği tüm nimetlerden faydalanmış, iş sağlığı ve güvenliği konusunda mevzuat hükümlerine uygun davranmış buna rağmen iş kazası gerçekleşmiş ise işverenin artık Kurumun açtığı rücu tazminat davasından sorumlu tutulamayacağı da kuşkusuzdur.

Diğer taraftan iş kazaları halinde özellikle kusurun varlığı nedeniyle tamamen işvereni sorumlu tutmak işverene ağır bir sorumluluk yükleyecek, hukuk adaletine uygun düşmeyecek, hakkaniyet ile bağdaşmayacak ise çok istisnai hallerde kaçınılmazlık ilkesi beklenmeyen halin bir unsuru olan nispi kaçınılmazlık olarak değerlendirilmeli, kusur ile kaçınılmazlığın bir arada bulunabileceği kabul edilmeli ve işverenin sorumluluğunda indirime gidilmelidir. Ancak bunun haricinde iş kazalarında kaçınılmazlık mutlak olarak yorumlanmalıdır.

Öte yandan meslek hastalığında ise durum daha farklı değerlendirilmelidir. Meslek hastalığında kaçınılmazlığa konu olay dahili bir olay olduğundan, diğer bir ifadeyle işletme içinde ve işletme faaliyetinden kaynaklandığından iş kazasından ayrılmaktadır.

Meslek hastalığı işin doğası ve niteliği gereği meydana gelir. İşveren tarafından alınacak tüm önlemler ve tedbirlere rağmen önüne geçilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin yer altında çalışanlar yönünden işveren tüm önlemleri alsa dahi işverenin sigortalının yer altındaki tozlara maruz kalmasını önlemesi tam olarak mümkün olamamakta ve sigortalı pnömokonyoz hastalığına tutulabilmektedir. Yine sürekli oturarak çalışan bir sigortalının bundan dolayı kronik bel rahatsızlığı olması beklenebilecek bir durumdur. İşin doğası sürekli oturarak çalışmayı gerektirmektedir. İşveren molarları arttırsa ya da zaman zaman sigortalının bel bölgesini güçlendirecek koruyucu önlemler alsa dahi bel rahatsızlığı oluşması engellenemeyebilir.

Ayrıca meslek hastalığında bünyesel faktörlerinde etkisi tartışmasıdır. Sigortalıda doğuştan veya sonradan kazanılan bir sakatlık, bir araz, gizli veya açık bir hastalık yüzünden, vücudun (bünyenin) dış etkilere karşı korunma ve direnç gücündeki noksanlık veya belirli hastalıklara kolayca yakalanma eğilimi nedeniyle meslek hastalığı bazı sigortalılarda daha kolay ortaya çıkmakta, hatta aynı işi yapan sigortalıların bir kısmı meslek hastalığına tutulurken bir kısmında hastalık görülmemektedir.

Sonuç itibarıyla işletme içinde ve işletme faa-

www.uyap.gov.tr

91 Yargıtay HGK 13.06.2018, 2015/10-1100 E., 2018/1185 K. www.uyap.gov.tr

liyeti nedeniyle ortaya çıkan meslek hastalığında işin doğası, niteliği ve sigortalıdaki bünyevi faktörler etkili olduğundan işverenin kusuru bulunsa da bulunmasa da meslek hastalığının meydana gelmesi engellenemeyebilecektir.

Kanaatimizce meslek hastalığı halinde işin doğası, niteliği ve bünyesel faktörler bir arada değerlendirildiğinde işverenin kusuru bulunmasa dahi meslek hastalığı meydana gelebilirdi denilebiliyorsa kaçınılmazlık ilkesinin uygulanmaması işverene ağır bir sorumluluk yükleyecek, hukuk adaletine uygun düşmeyecek, hakkaniyet ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle bu hallerde olayın özelliğine göre kaçınılmazlığın nispi kaçınılmazlık olarak yorumlanması uygun düşer. Hal böyle olunca işverenin kusuru ile kaçınılmazlığın bir arada var olabileceği, diğer bir ifadeyle ortak illiyet hali kabul edilmeli işverenin sorumluluğunda kaçınılmazlık tazminat hesabında indirim nedeni olarak görülmemelidir.

Son olarak denilmelidir ki kaçınılmazlık borçlar hukuku teorisinde mücbir sebebin veya beklenmeyen halin birer unsuru ise de sosyal güvenlik hukuku yönünden ne bir mücbir sebep ne de beklenmeyen hal niteliğinde olup kendine has özelliklere sahip bir ilke olarak kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara, 2001
- Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Cilt II, İstanbul, 2015
- Aslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara 2015
- Balcı, Mesut: İş Kazası Veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi Ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması, Ankara 2018
- Baycık, Gaye: Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2007/1
- Civan, Orhan Ersun: İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Ni-

teliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (4), 2015

- Çenberci, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşkazası Ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974
- Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975
- Ergin Berin: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuya Nasıl Bakıyor?, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 4, Aralık 2006
- Geçer, Bekir: İşverenlerin Rücu Tazminatından Kurtuluş Beyyinesi Olarak Kaçınılmazlık İlkesi, Yaklaşım Dergisi, Kasım 2004, Sayı: 143
- Gözübüyük, Abdullah Pulat: Hukuki Mes'uliyet Bakımından Mücbir Sebepler Ve Beklenmeyen Haller, 2. Bası, Ankara 1957
- Günay, Serdar: İş Kazalarında Kaçınılmazlık İlkesi, Yaklaşım Dergisi, Nisan 2005, Sayı: 148
- Güzel, Ali / Okur, Ali Rıza / Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2014
- İyimaya, Ahmet: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990
- İzveren, Adil: Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1968
- Keser, Hakan: İşverenin İş Kazası Ve Meslek Hastalığı Dolayısı İle Kurumun Yaptığı Harcamalardan Sorumlu Olmasının Koşulları Ve Kaçınılmazlık, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 2, Haziran 2006
- Kılıçoğlu, Mustafa: Tazminat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2018
- Özdemir, Halil: Türk Mevzuatında İş Kazasının Tespiti Davaları, Yargıtay Dergisi 150. Yıl Özel Sayı, C. 44, S. 3, Temmuz 2018

- Saymen, Ferit H. / Ekonomi, Münir: Sosyal Sigortalar Tatbikatı, İstanbul 1966
- Şener, Esat: Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara 1997
- Tandoğan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993
- Tunçomağ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 1990
- Tuncay Can: Kurumun işverene Rücuu-Olayda Kaçınılmazlık Durumu, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 4, Aralık 2006
- Tuncay, A. Can / Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2017
- Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2017
- www.uyap.gov.tr
- Sinerji mevzuat programı

Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, Borçlanılan Sürenin Hangi Döneme Mal Edileceği Sorunu

Öz

Sigortalılar yurt dışında geçirdikleri bazı süreleri, borçlanarak hizmetlerine ekletebilirler. Hangi sürelerin borçlanılabileceği kanunda sınırlı sayıda sayılmışken, sigortalı bu süreleri tamamen borçlanılabileceği gibi belli bir dönemini borçlanmayı seçebilir. Kademeli geçiş hükümleri dolayısıyla, yurt dışı hizmet borçlanmasına ilişkin mevcut durumda, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ve Yargıtay'ın yeknesak olmayan uygulamaları, sigortalıları hak

kaybına uğratar niteliktedir. Sigortalının borçlanma dönemlerinin, tarih seçilmiş olduğu durumlarda, ait olduğu devreye mal edilmesi gerekir. Hizmetler bu şekilde mal edildiğinde, yaşlılık aylığına hak kazanmak bakımından prim ödeme gün sayısını düşürdüğü gibi aylık miktarına da olumlu etki edebilmektedir. Ayrıca bu şekilde sigortalılar arasında farklı ve diğer borçlanma halleriyle çelişik uygulamalara da son verilmiş olacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Borçlanma, yurtdışı hizmet borçlanması, mal etme.

The Problem Of Which Period Should Be Attributed In Foreign Service Indebtedness

Abstract

The insured can have some of the periods they spent abroad to be added on their own service days by becoming indebted. While the law mentions a limited number of cases about the periods that may be indebted, the insured may opt to indent the entire period or just a specific part of it. Due to the provisions of gradual transition, current non-uniform practices of the Social Security Institution and the Court of Cassation as regards foreign

service indebtedness lead to forfeitures for the insured. Indebtedness periods of the insured needs to be attributed to the related periods. If attributed in this way, it reduces the number of premium days in terms of qualifying for retirement pension and has a positive impact on the amount of pension as well. Therefore, it will put an end to some practices contradicting with other forms of indebtedness among the insured.

Keywords:

Indebtedness, foreign service indebtedness, attribution.

*Dr. Öğr. Üyesi Çağlar Çopuroğlu, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
caglacopuroglu@gmail.com

I. Giriş

Anayasamızın 60. maddesine göre, herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir ve 62. Madde-si uyarınca “Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocukları-nın eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağları-nın korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır.”

Anayasal hükümlerin gereği olarak, yurt dışın-da çalışan kişilerin bu çalışmalarının Türkiye’de hizmet borçlanması yoluyla değerlendirilebil-mesini düzenlemek üzere çıkarılan kanunlar, ilk olarak 30.5.1978 tarih ve 2147 sayılı “Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşlarının, Yurt Dışında Çalış-ma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”¹ daha son-ra ise 22.5.1985 tarih ve 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Ge-çen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanundur”². Daha sonra çeşitli kanun değişiklikleri söz konusu ol-muştur.³ Konuyla ilgili ayrıca bir Yönetmelik⁴ ve Genelgeler⁵ bulunmaktadır.

Hizmet borçlanması, sigortalılıkta geçirilme-yen bazı sürelerin, daha sonradan uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin primlerin toplu olarak ödenmesi suretiyle, sigortalılık süresinden sa-yılması işlemidir⁶. Sigortalı, böylelikle geçmiş süreleri borçlanarak ödeme yapabilir, gerekli sigortalılık süresine ve prim ödeme gün sayı-sına ulaşarak aylığa hak kazanabilir. Sigortalının Türkiye’de de hizmeti varsa, bu süreler birlikte değerlendirilir.⁷

3201 sayılı Kanun’a göre: “Türk vatandaşları

ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenle-rin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk va-tandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendi-rilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal gü-venlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri halinde...” anılan süreleri borçlanabilir-ler. Başvuru, Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılır (m. 3/1).

Borçlanma hakkını kimlerin kullanabileceği, borçlanması mümkün süreler ve borçlanma bedelinin ödenme süresi 3201 sayılı Kanun ile açıkça düzenlenmiş iken; borçlanma bedeli öde-nen sürelerin hangi döneme mal edileceğine (sigortalının hizmetine hangi dönemde geçmiş hizmet olarak eklenileceğine), bunun sonucun-da sigortalının aylık koşullarına ulaşmasında ve aylık miktarının belirlenmesindeki etkisine dair tüm soruları yanıtlayan açık bir düzenleme bulunmadığı gibi, mevcut Kurum uygulamaları yeknesak ve Yargıtay kararları istikrarlı değildir.

Yurt dışı borçlanmasına konu sürelerin hiz-mete hangi biçimde mal edileceğine yönelik uygulama, sigortalılar bakımından iki açıdan önemlidir;

Kademeli geçiş hükümlerini düzenleyen 506 sayılı Kanun’un Geçici 81. maddesi ve 1479 sayılı Kanun’un Geçici 10. maddesine göre sigortalılar, hizmetlerinin 23.05.2002 veya 01.06.2002 tari-hinden önce gerçekleşmesi veya mal edilmesi halinde, aylık bağlama koşulları belirlenirken lehe olan hükümlerden yararlanmaktadır. Bu farklılık tüm sigortalılar açısından haksız uygu-lamalara yol açmakla birlikte, 4/1-a bendi kap-samında sigortalı olanların yanı sıra, özellikle 4/1-b bendi kapsamında sigortalı olanlar baki-mından emeklilik yaşının belirlenmesinde çok daha fazla önem arz etmektedir.

Yaşlılık sigortasından bağlanan aylık mik-tarı belirlenirken, 8.9.1999’a kadar, 8.9.1999-30.4.2008 arası ve 30.4.2008 sonrası olmak üzere

1 RG. 7.6.1978/16309.

2 RG. 22.5.1985/18761.

3 4958, 5754, 5997, 6552 sayılı Kanunlar. Tarihi gelişimle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, 40-54.

4 “Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik”, RG. 6.11.2008/27046.

5 2008/115, 2009/140, 2010/91, 2011/48, 2013/18, 2013/39, 2014/7, 2014/22, 2014/27, 2015/9 sayılı Genel-geler.

6 ŞAKAR, 325; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, 527.

7 SÖZER, 485.

3 ayrı dönem söz konusu olduğundan, çalışmaların hangi tarih aralığına mal edildiğine göre bağlanacak aylık miktarında farklılıklar söz konusu olmaktadır.

Hizmetlerin mevcut şekliyle mal edilmesi, aşağıda ele alınacağı üzere başka hukuki çelişkilere de sebebiyet vermektedir.

II. Yurt Dışı Çalışma Sürelerinin Borçlanma Kapsamında Değerlendirilmesi

1. Tam veya Kısmi Borçlanma İmkânı

Sigortalı, yurt dışındaki tüm çalışma süresini borçlanarak tamamını ödeyebileceği gibi, çalışma sürelerinin bir bölümünü kısmi olarak borçlanabilir veya tüm süreyi borçlanmakla birlikte kısmi ödeme de yapabilir⁸.

Yurt dışında geçen süreyi kısmen borçlanmak isteyenler, borçlanmak istedikleri gün sayısını Yurtdışı Borçlanma Talep Dilekçesinde gün, ay ve yıl olarak belirtmek zorundadır.⁹

Başvuru sahibi yurt dışında geçen ve borçlanmak istediği süreyi, tarih aralığıyla belirtebileceği gibi gün sayısı ile ifade edebilir. Başvuru sahibince borçlanmak istenilen süre "tarih aralığı" ile ifade edilmiş olsa dahi Kurum bu süreyi 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün hesabıyla güne çevirmek suretiyle borçlanma tutarını gün esasından hesaplamaktadır¹⁰.

3201 sayılı Kanun'un 17.4.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile değişik, "Süre Tespiti ve Sigortalılığın Başlangıcı" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde, bunu belirten ve istek sahibinin ibraz edeceği ispatlayıcı bel-

gelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınır, bu tespit, 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün hesaplanır." Aynı esaslar Yönetmelikte ve Genelge'de de benzer ifadelerle yer almaktadır.

Hükümde, borçlanma bedelinin belirlenmesinde temel kıstas "gün" olarak belirlenmekte, borçlanılabilecek en kısa süre de "bir gün" olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹

Borçlanması mümkün süreler, 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesinde "sigortalılık süreleri, işsizlik süreleri ve yurt dışında ev kadını olarak geçen süreler" olarak belirlenmiş olup¹², bu nitelikte süreler olması koşuluyla borçlanması mümkün sürelerin bir üst sınırı bulunmamaktadır.

3201 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrası, yurt dışı borçlanmasına konu sürenin sigortalının hizmetine ne biçimde mal edileceğinin açıklandığı bir yasal düzenleme değildir. Kanunun sistematigi ve sosyal sigortaları düzenleyen diğer yasal düzenlemeler ile birlikte değerlendirildiğinde, anılan hüküm yalnızca başvuru sahibinin borçlanabileceği sürenin tespitine yöneliktir ve mal edilen sürenin hizmete eklenmesine dair bir açıklama barındırmamaktadır. Bu hüküm ile borçlanma talebinde bulunan kişinin yurt dışında geçen hizmetinin kaç gün olduğu belirlenmekte ve başvuru sahibine de bu sürenin dilediği kadarını borçlanma imkânı tanınmaktadır.

2. Borçlanılmak İstenilen Sürenin Sigortalı Tarafından Belirtilmesi

Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik'in 12. maddesinin 1. fıkrasına göre, başvuru sahibince borçlanmak istenilen süre belirtilmişse belirtilen süre, belirtilmemiş ise ispatlayıcı belgelerde¹³ kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere borçlanmak istediği gün sayısı esas alınır. Bu tespit, bir yıl 360 gün,

8 CANBOLAT; 2256; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, 548; ÖZTÜRK, 239.

9 ÖZTÜRK, 239.

10 UŞAN, 260; ŞAKAR, 344-345.

11 ÖZTÜRK, 239.

12 GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, 546; ÖZTÜRK, 155 vd. ORHAN, 21-22.

13 Belgelendirme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, 169 vd.; ERGİN, 168 vd.; ŞAKAR, 340 vd.

bir ay 30 gün olarak hesaplanır.¹⁴

Yönetmelik, açıkça başvuru sahibine borçlanmak istediği süreyi belirleme imkanı tanımış olup, yeknesak olmayan Kurum uygulamasında, bazı ünitelerin bu düzenleme doğrultusunda başvuru sahibince belirlenen gün sayısı ve dönemi hizmete ekleyerek aylığa hak kazanıp kazanılmadığını ve aylık miktarını buna göre belirledikleri görülmektedir.

Yönetmelikte, başvuru sahibince borçlanmak istenilen süre belirtilmemiş ise ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere (gün sayısı kadar) bu sürenin belirleneceği açıklanarak; başvuru sahibinin borçlanmak istediği süreye dair iradesini açıkça ortaya koymayarak bu sürenin belirlenmesini Kuruma bıraktığı hallerde, Kurumun borçlanma süresini, ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere belirlemesi gerektiği kabul edilmiştir. Borçlanılmak istenilen süreyi bu biçimde sigortalı aleyhine belirleyen Yönetmelik'in 12. maddesinin, 3201 sayılı Kanun'un içeriği ve amacıyla ve hatta yukarıda verilen Anayasal hükümlerle uyumlu olduğu söylenemez. Bu konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır.¹⁵

2011/48 sayılı Genelgeye göre: "Borçlanma miktarının hesabına esas gün sayısı olarak, başvuru sahibince Yurtdışı Borçlanma Talep Dilekçesinde borçlanmak istenilen süre belirtilmişse belirtilen süre; belirtilmemiş ise ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere borçlanmak istediği gün sayısı esas alınacaktır. Bu tespit 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün hesaplanacaktır."

Sigortalı, Yurtdışı Borçlanma Talep Dilekçesinde¹⁶ borçlanmak istediği süreyi serbestçe belirlerken, borçlanma talebinde bir tarih aralığı vermiş olabileceği gibi, süreleri gün üzerinden de ifade etmiş olabilir.

Örnek - Yurt dışı borçlanma talebinde bulu-

nan (Y)'nin Almanya'da 01.01.1990-31.12.1997 tarihleri arasında borçlanmaya esas 8 yıl (2880 gün) sigortalılık süresi bulunmaktadır. Başvuru sahibi (Y) borçlanmak istediği süreyi 01.01.1992 - 31.12.1997 tarihleri arasındaki dönem olarak açıklamış ise 2160 günlük (6 yıl) borçlanma talebinde bulunmuştur. Başvuru sahibi (Y) herhangi bir tarih aralığı belirtmeksizin 2160 günlük borçlanma talebinde bulunmuş ise borçlanılmak istenen süre; yurt dışındaki çalışmasını ispatlayan belgelere göre sigortalılığının sona erdiği 31.12.1997 tarihinden geriye doğru olmak üzere borçlanmak istediği 2160 gün kadar geriye gidilerek 01.01.1992-31.12.1997 tarihleri arasındaki dönem olarak belirlenir.

Kurum, her ne kadar borçlanılacak süreleri yukarıda örneklerle açıklanan şekilde belirliyor olsa da, bu her zaman bu sürelerin aynı dönemlere mal edileceği (ve edildiği) anlamına gelmemektedir. Kurum bu konuda farklı uygulamalar yapmakta ve yargının da bu konuda birbirinden farklı kararları söz konusu olmaktadır.

Örnek- Yurt dışı borçlanma talebinde bulunan (Y)'nin Almanya'da çalışmasının sürdüğü ve 01.01.2013 tarihli borçlanma başvurusunda 3600 gün (6 yıl) borçlanma talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır. (Y)'nin borçlanma talep dilekçesinde borçlanmak istediği süreyi açıkça göstermemesi halinde, 3600 günlük süre 01.01.2003-01.01.2013 tarihleri arasındaki süre olarak kabul edilir.

Borçlanılmak istenen sürenin, borçlanmaya esas süreye dahil bir tarihten itibaren gün sayısı olarak açıklanması da mümkündür ve uygulamada sıkça görülmektedir.

Örnek- Yurt dışı borçlanma talebinde bulunan (Y), Kuruma yaptığı başvurusunda 01.01.1990 tarihinden itibaren 2160 günlük süreyi borçlanmak istediğini ifade etmiş ise borçlanılmak istenen süre 01.01.1990-31.12.1995 tarihleri arasındaki süre olarak kabul edilir.

Borçlanılmak istenilen sürenin talep dilekçesinde belirtilmesinin pratikteki önemi şudur; borçlanma başvurusunda bulunan kişi yurt di-

¹⁴ SÖZER, 485.

¹⁵ Bkz. aşa. § IV.6.

¹⁶ Başvuru için bkz. GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, 548 vd.

şında geçen sürenin 01.06.2002 tarihinden önceki dönemini borçlanmayı tercih eder ise, bu süre kademeli geçişte gözetilir ve böylece kademeli geçişte daha avantajlı olan aylık koşulları uygulanır.

Borçlanma; sigortalılık koşulları ve prim ödeme olmadığından hizmete dahil edilmeyen bir sürenin borçlanma yoluyla hizmete ilave edilmesini sağlayan bir yöntem olduğundan, borçlanma yoluyla kazanılan hizmet süresi aylığa hak kazanmada ait olduğu devrede değerlendirilir.

Örnek- Almanya'da 01.01.1980-31.12.2010 tarihleri arasında çalışması bulunan 4/1-(b) bendi kapsamındaki sigortalı (Y), 01.01.1980-31.12.1990 tarihleri arasındaki süreyi borçlandığı takdirde borçlanılan süre 1479 sayılı Kanun'un Geçici 10.maddesine göre 01.06.2002 tarihi öncesinde geçen hizmet olarak kabul edilir ve yaşlılık aylığı koşulları buna göre belirlenir. Sigortalı (Y) borçlanmak istediği süreyi 01.01.2003-31.12.2009 olarak açıklamış ise bu süre 01.06.2002 tarihindeki sigortalılık süresinin tespitinde dikkate alınmaz ve başvuru sahibi sigortalı, kademeli geçişte daha ağır olan yaşlılık aylığı koşullarına tabi olur.

Sigortalı, tüm süreyi borçlanarak tamamını ödeyebileceği gibi, yine tamamını borçlandığı halde kısmi ödeme de yapabilir.

Örnek- Sigortalının İsviçre'de 1.1.1990-31.12.2005 tarihleri arasında borçlanmaya esas çalışma süresi bulunmaktadır. Sigortalı, bu sürenin tamamını borçlanarak ödeyebilir. Sigortalının bu sürelerin yine tamamını (16 yıl) borçlanarak bu sürenin 10 yıllık (3600 gün) kısmını ödemesi de mümkündür.

III. Borçlanılan Sürelerin Mal Edilmesi

1. Kurum Uygulamaları

Kurumun alt mevzuatında, borçlanma süresinin hangi döneme mal edilmesi gerektiği, buna göre aylık bağlama koşulları ve aylık miktarı be-

lirlenirken nasıl hareket edilmesi gerektiğine dair ayrıntılı ve açıklayıcı, her türlü tereddütü gideren kapsamlı bir düzenleme bulunmadığı gibi Kurum üniteleri arasında da uygulama birliği olduğunu söylemek güçtür.

Yargı kararlarına konu olan Kurum uygulamalarında, sorunun üç temel noktada toplandığını söyleyebiliriz;

a. Kurum, sigortalının borçlanmak istediği süreyi borçlanma dilekçesinde açıkça belirtmesine karşın sigortalı aleyhine olacak biçimde belirlemede; kimi zaman da borçlanmak istenilen sürenin açıkça belirtilmemesi nedeniyle bu süreyi kendi tasarrufu ile sigortalı aleyhine belirlemektedir.

Örneğin, sigortalı borçlanma talep dilekçesinde Almanya'da 01.01.1990 – 31.12.1994 tarihleri arasındaki 5 yıllık süreyi borçlanmak istemesine karşın; Kurum, düzenleyerek tebliğ ettiği borçlanma tahakkuk cetvelinde bu süreyi Almanya'daki çalışmanın sona erdiği 31.12.2014 tarihinden geriye 5 yıl giderek 01.01.2010 – 31.12.2014 tarihleri arasındaki dönem olarak belirlemektedir.

Örneğin, sigortalının 3600 gün borçlanmak isteği ile dönem belirtmeksizin Kuruma başvurusu halinde, Kurum bu süreyi İsviçre'deki 01.01.1980 – 31.12.1989 tarihleri arasındaki süre olarak belirlemek yerine İsviçre'deki hizmetin sona erdiği 31.12.2018 tarihinden geriye doğru 10 yıl giderek 01.01.2009 – 31.12.2018 tarihleri arasındaki dönem olarak belirlemektedir.

b. Kurum, borçlanma dilekçesindeki süreyi gözeterek borçlanma imkanı tanımamasına veya sigortalı bir süre belirtmemesine karşın bu süreyi sigortalı lehine belirleyerek düzenlediği borçlanma tahakkuk cetvelini tebliğ etmesine ve buna göre borçlanma bedeli ödenmesine rağmen, aylık bağlama aşamasında mal ettiği dönemi sigortalı aleyhine olacak biçimde farklı belirlemektedir.

Örneğin, 01.01.1986 – 31.12.2015 arası yurtdışı çalışması bulunan sigortalı 2016'da yurda dönerek borçlanmak istediği süreyi 01.01.1986

– 31.12.1995 tarihleri arasındaki dönem olarak açıklamasına ve Kurumun da bu dönem bakımından borçlanma imkanı tanımasına rağmen, Kurum sigortalıya 1479 sayılı Kanun’un Geçici 10. maddesi gereğince aylık bağlarken, hizmeti ispatlayıcı belgelerdeki tarihten geriye doğru 01.01.2006 – 31.12.2015 tarihleri arasındaki süreye mal ederek aylık koşullarını buna göre belirlemektedir. Bu durumda, mal etme işlemi 01.06.2002 tarihinden öncesine yapılmadığı için, sigortalı aleyhine olan yaşlılık aylığı koşullarına (yaş koşulu) tabi olmaktadır.

c. Kurum, borçlanma tahakkuk cetvelini sigortalının isteğine uygun veya kendi tasarrufu ile hazırlamış olsa dahi, kısmen yapılan ödemelerin karşıladığı gün sayısı kadar süreyi, ilgilinin Türkiye’de hizmeti bulunup bulunmadığına göre, Türkiye’deki sigorta başlangıcından veya borçlanma bedelinin ödendiği tarihten geriye gitmek suretiyle belirlemekte, tahakkuk cetvelinde yer alan sürenin başından itibaren ileriye doğru hizmete mal etmemektedir.

Kurum, yurt dışı borçlanması yapanların kademeli geçiş hükümlerinden yararlanabileceğini “ilke olarak” kabul etmekle birlikte, 3201 sayılı Kanun’un 5. maddesine göre ülkemizde sigortalılığı bulunmayanlar bakımından sigortalılığın başlangıç tarihini hem 4/1-(a) hem de 4/1-(b) bendi kapsamındaki sigortalılar yönünden, borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürmek suretiyle bulmaktadır. Kurum, bulduğu bu sigorta başlangıç tarihine göre sigortalının 23.05.2002 veya 01.06.2002 tarihindeki sigortalılık süresini veya prim ödeme gün sayısını ve buna göre de kademeli geçiş hükümlerine göre yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını belirlemektedir.

Örnek - Türkiye’de sigortalı hizmeti bulunmayan erkek sigortalı (S) 01.01.1980-31.12.1999 tarihleri arasında Almanya’da geçen 20 yıllık çalışma süresini (7200 gün) 4/1-(b) bendi kapsamında borçlanarak bedelini 31.12.2012 tarihinde Kuruma ödemiştir. Kurum, (S)’nin sigortalılık başlangıç tarihini yurt dışı borçlanma bedelinin

tamamen ödendiği 31.12.2012 tarihinden geriye 20 yıl giderek 31.12.1992 olarak bulmuş ve kademeli geçiş hükümlerine göre (S)’nin 01.06.2002 tarihi itibarıyla (01.06.2002-31.12.1992) 9 yıl 6 ay hizmeti bulunduğu (25 yıldan eksiği 15 yıl 6 ay) gerekçesiyle 1479 sayılı Kanun’un Geçici 10. maddesinin 2. fıkrasının (j) bendine göre 25 yıl prim ve 53 yaş koşullarını ikmal ettiğinde aylığa hak kazanacağını kabul etmiştir.

Oysa ki sigortalı (S)’nin yurt dışı borçlanma süresinin tamamı (20 yıl - 7200 gün) 01.06.2002 tarihinden önce olup bu sürenin kademeli geçişte gözetilmesi halinde 1479 sayılı Kanun’un Geçici 10. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendine göre 25 yıl prim ve 46 yaş koşullarını sağladığında aylığa hak kazanacağını kabul etmek gerekir. Borçlanılan yurt dışı çalışma süresi, bedelinin ödenmesi karşısında, ait olduğu devrede dikkate alınarak, tahsis istemi yönünden bir değerlendirme yapılmalıdır.

Kurum uygulamasında, borçlanma süresinin mal edilmesindeki bu tercih, aynı zamanda aylık miktarının sigortalı aleyhine olacak biçimde azalması sonucunu da doğurmaktadır. Çünkü, borçlanma süresinin kısmen dahi olsa 01.01.2000 tarihinden öncesine mal edilmesi, aylık miktarının artmasını sağlamaktadır.¹⁷

Kurum, yukarıda açıklandığı üzere sigortalıların başlangıç tarihini borçlanılan gün sayısı kadar geriye giderek bulmakta ve buna göre aylık koşullarını belirlemekte, buna karşın ödenen primleri ise yıllık kazançların tespitinde ait olduğu yılın kazancına dahil ederek çelişkiye düşmektedir. Zira 2011/48 sayılı Genelgenin 8.2. “Yıllık kazançların tespitinde” başlıklı bölümünde ifade edildiği üzere “ Borçlanılan süre geriye götürülmeden borçlanılan prime esas gün sayısı ortalama yıllık kazanç hesabına giren borçlanılan takvim yıllarının ilgili aylarına mal edilecektir.”

Görüldüğü üzere Genelge, “...borçlanılan takvim yıllarının ilgili aylarına mal edilecektir.”

¹⁷ Bkz. a.ş. § IV.1.

düzenlemesini içermekte ise de Kurumun hangi takvim yıllarının borçlandırılacağına dair yerleşik bir uygulaması ve Yargıtay kararlarında istikrar bulunmadığından, sigortalılar tarafından borçlanma süresinin hatalı döneme mal edilmesi nedeniyle aylık miktarının eksik hesaplandığına yönelik davalar açılmaktadır.

2. Yargıtay Uygulaması¹⁸

Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin 03.03.2016 gün ve 2015/16499 Esas, 2016/3477 Karar sayılı kararında; Kurumca düzenlenen borçlanma cetvelindeki süreye ait borçlanma bedelinin herhangi bir ihtirazi kayıt konulmadan ödenmesi karşısında davanın reddi gerektiği açıklanmıştır. Bu davaya konu somut olayda, davacının borçlanma talebi 1973-1983 tarihleri arasındaki dönemde 3600 günlük çalışılan süreye ilişkindir. Davacının 17.03.2011 tarihli talebi üzerine Kurumca davacının isteğine aykırı bir biçimde 09.12.2000-08.12.2010 tarihleri arasındaki 3600 günü 4/1-(a) bendi kapsamında borçlanmaya yönelik borçlanma cetveli düzenlemiş ve 05.05.2011 tarihinde borçlanma bedeli davacı tarafından ödenmiştir. Yargıtay'ın bu kararına göre, borçlanma tahakkuk cetveli davacının Kuruma sunduğu borçlanma dilekçesinde belirtilen süreye aykırı olarak düzenlense dahi, Kurumca düzenlenen borçlanma cetvelindeki süreye ait borçlanma bedelinin herhangi bir ihtirazi kayıt konulmadan ödenmesi halinde, borçlanma talep dilekçesindeki süreye mal edilmesi mümkün görülmemiştir.

Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin 30.10.2017 gün ve 2017/4014 Esas, 2017/8527 Karar sayılı kararına konu somut olayda; "...Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının, 10/03/2008 tarihli, Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesinde 20/08/1984 – 31/12/2007 tarihleri arasındaki süreyi borçlanmak istediğini belirttiği, Kurumca davacı adına hazırlanan borç tahakkuk cetve-

linde, 05/11/1984 – 24/03/1998 ve 28/01/1999 – 09/03/2008 tarihleri arasındaki 8100 gün karşılığı 28.350 Dolar borç çıkarıldığı, davacının borçlanma bedelinden, 18.287,50 Dolar karşılığı 42.192,92 TL'yi 26/12/2014 tarihinde ödediği, davacıya, 29/12/2014 tarihli tahsis talep dilekçesine istinaden 01/01/2015 tarihi itibarı ile 5225 gün üzerinden yaşlılık aylığı bağlandığı, aylık bağlama sırasında davacının borçlanarak ödediği 5225 günün 1990-2007 tarihleri arasına mal edildiği anlaşılmaktadır...". Davacının ödediği borçlanma bedeli 18.287,50 USD / 28.350 USD oranlamasına göre 5225 güne tekabül etmektedir. Bölge Adliye Mahkemesince, davacının 3201 sayılı Yasa'ya göre borçlandığı 5225 günlük sürenin sigortalılık başlangıcı olan 05/11/1984 tarihinden itibaren, vatandaşlıktan çıktığı 29/09/1998 - 28/01/1999 tarihleri arasındaki süre dışlanmak suretiyle ileriye doğru 5225 gün olarak değerlendirilmesi ve borçlanılan sürenin 05/11/1984 – 30/09/1986 ve 01/10/1986 – 28/09/1998 ve 28/01/1999 – 11/09/1999 tarihleri arasına mal edilmesine, borçlanmanın mal edildiği tarihe göre aylık başlangıç tarihi gözetilerek, aylığın yeniden hesaplanması gerektiğinin tespitine karar verilmiştir. Daire, "...3201 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin 1. fıkrasına göre; Kurum'ca yapılan borçlanma tahakkuk işlemi yerinde olduğu gibi Kurum'ca düzenlenen borçlanma cetvelindeki süreye ait borçlanma bedelinin davacı tarafından, herhangi bir ihtirazi kayıt konulmadan ödenmesi..." gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vererek; kısmen ödeme halinde hizmetin borçlanma tahakkuk cetvelindeki son tarihten geriye doğru mal edilmesini yerinde görmüştür.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 27.11.2017 gün ve 2017/3765 Esas, 2017/9752 Karar sayılı kararında; Bölge Adliye Mahkemesinin "... borçlanma talep dilekçesinde hangi dönemi borçlanmak istediğini belirterek bu konuda iradesini açıkladığı anlaşıldığından sigortalının talebine ve davacının yurt dışında geçen fiili çalışma, işsizlik ve ev kadınlığı sürelerine göre ilgili aylara mal edilmesine gerektiği..." görüşüne karşın; "...3201 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin 1. fıkrasına

¹⁸ Bu çalışmada yer verilen yargı kararlarının, Uypay Yargıtay Bilgi İşlem Veri Tabanı içeriğinden temin edilmesinde bana yardımcı olan, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 34. Hukuk Dairesi Üyesi Hakim Sezai ÖZTÜRK'e teşekkür ederim.

göre, Kurumca yapılan borçlanma tahakkuk işlemi yerinde olduğu gibi Kurumca düzenlenen borçlanma cetvelindeki süreye ait borçlanma bedelinin ihtirazi kayıt konulmadan ödenmesi karşısında davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” gerekçesi ile borçlanma cetvelindeki süre sigortalının isteğine aykırı düzenlenmiş olsa bile sigortalının borçlanma bedelini ihtirazi kayıt koymadan ödemesi halinde davanın reddi gerektiğine karar verilmiştir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin de benzer kararları bulunmaktadır. “... Dava konusu olayda; davacının, 24.12.2013 tarihli, Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesinde 25.01.1985 – 25.01.2005 tarihleri arasındaki süreyi borçlanmak istediğini belirttiği, Kurumca davacı adına hazırlanan borç tahakkuk cetvelinde, 25.01.1985 – 25.01.2005 tarihleri arasındaki 7202 gün karşılığı 78.472,00 TL borç çıkarıldığı, davacının borçlanma bedelinden, 5047 gün karşılığı 55.000,00 TL’yi 05.05.2014 tarihinde ödediği, davacıya, 01.10.2014 tarihli tahsis talep dilekçesine istinaden 01.11.2014 tarihi itibarı ile 3222 günü 2000 öncesi, 1825 günü 2000 – 10/2008 arası olmak üzere 5062 gün üzerinden yaşlılık aylığı bağlandığı, aylık bağlama sırasında davacının borçlanarak ödediği 5047 günün 25.01.2005 tarihinden geriye gidilmek suretiyle mal edildiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, 3201 sayılı Yasa’nın 5. maddesinin 1. fıkrasına göre; Kurumca yapılan borçlanma tahakkuk işlemi yerinde olduğu gibi Kurum’ca düzenlenen borçlanma cetvelindeki süreye ait borçlanma bedelinin davacı tarafından, herhangi bir ihtirazi kayıt konulmadan ödenmesi karşısında Kurumca yapılan işlemin mevzuata uygun ve doğru olduğu anlaşıldığından mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.”¹⁹

Diğer bir kararında ise: “...Somut olayda, Davacı “tarih aralığı belirtmeksizin” 5401 günlük yurtdışında çalışılan, boşta ve ev kadınlığında

geçen süreyi borçlanma talebiyle 23/06/2011 tarihinde Kuruma dilekçeyle başvurmuş, Kurum tarafından 01/03/1996 ile 01/03/2011 tarihleri arasında yurtdışında geçen sürenin 5401 günlük kısmı borçlandırılarak prim borcu tahakkuk ettirilmiş, davacı bu işleme yönelik olarak herhangi bir itirazda bulunmamış ve her hangi bir ihtirazi kayıt koymadan tahakkuk ettirilen borcun tamamını 09/12/2011 tarihinde ödemiştir. Daha sonra 12/12/2011 tarihli tahsis talebiyle davacıya yaşlılık aylığı bağlanmış ve yine davacı bu tarihten eldeki davanın açıldığı 06/11/2013 tarihine kadar uzun bir süre, hiçbir uyuşmazlık çıkartmadan yaşlılık aylığını almaya devam etmiştir. Bu haliyle, davacının, tahsis tarihinden dava açılana kadar geçen yaklaşık iki yıl boyunca, aylık almak suretiyle, Kurumun bütün işlemlerini zımnen kabul ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim, aksine bir düşünce, bir hakkın kazanılmasına veya bir hukukî sonucun doğmasına engel olan durumları bilmeme veya bilebilecek durumda olmama anlamını taşıyan, evrensel hukuk kurallarından iyiniyet ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Sonuç olarak, Mahkemece, Kurum işlemlerini zımnen kabul eden ve uzun süre yaşlılık aylığı almaya devam eden davacının, yurtdışında çalışmaya başladığı tarihin sigorta başlangıcı olarak tespitini talep edemeyeceği nazara alınarak, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, hatalı değerlendirme sonucu davanın kısmen kabulüne karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”²⁰ anlatımına yer vermiştir. Karardaki bu ifadelerden, zımni kabul durumu oluşmamış olsa idi, ihtirazi kayıt konulmuş olmasının, sigortalı lehine hüküm kurulabilmesine etkili olabileceği sonucu çıkmaktadır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin, sigortalı lehine olarak, Kurumun sigortalıyı bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi gerekçesiyle de aynı sonuca vardığı kararları bulunmaktadır. Örneğin bir kararında Daire: “Anılan düzenlemelerden hareketle, borçlanılan sürelerin ilgili aylara mal edilmesi gerekmekte ve kısmi borçlanma

19 Y10.HD., 4.12.2018, 5593/10191.

20 Y10.HD., 2.7.2015, 11765/13551.

halinde, yaşlılık aylığı tutarının sigortalının borçlandığı döneme göre farklılık arz etmesi nedeni ile Kurumun sigortalıyı bu yönde bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeni ile, aksi yönde sigortalı lehine uygulama yapılmasını engelleyen yasal bir düzenleme de bulunmadığı gözetilerek, borçlanılan dönemin sigortalı lehine belirlenmesi ve sigortalının talebine göre ilgili aylara mal edilmesi gerekmektedir.²¹ ifadesine yer vermektedir.

Ne var ki Yargıtay uygulaması daha sonra yön değiştirmiş ve sigortalının ihtirazi kayıt koymuş olması durumunda dahi, hizmetin Kurumca belirlenen bedelin ödendiği tarihten veya sigortalının Türkiye’de hizmeti varsa hizmet başlangıcından geriye doğru mal edilmesi gerektiği yönünde olmuştur.

Örneğin Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin daha yakın tarihli bir kararında “...Somut olayda, davanın yasal dayanağını oluşturan 3201 sayılı Yasa’nın 5. maddesi ve 06/10/2008 tarih ve 27046 sayılı Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 12. maddesi hükümlerine göre borçlanılan sürelerin sigortalının iradesine bırakılamayacağına belirgin olması, borçlanma bedelinin ihtirazi kayıt konularak ödenmiş olmasının dahi sonuca etkili olmaması karşısında Kurum tarafından gerçekleştirilen borçlanma tahakkuk işlemi yasal ve yerinde olup Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...” anlatımına yer vererek, ihtirazi kayıt konulmuş olmasına bir önem atfetmemiştir.²²

IV. Mevcut Uygulamanın Değerlendirilmesi

Mevcut uygulamanın, birçok problemi de

beraberinde getirdiği söylenebilir. Yurtdışı hizmet borçlanması yapan sigortalının, sigortalılık statüsü, aylık bağlama koşulları ve miktarında, mevcut uygulamalar çerçevesinde kendisiyle aynı durumda olan diğer sigortalılarla farklılık oluşabildiği gibi, diğer borçlanma türleri ile sonuçları ve mantığı itibarı ile örtüşmemekte ve hatta Türk vatandaşlığından çıkmak, Türk Sosyal Sigortalar sistemine göre avantajlı hale gelmektedir. Bize göre bunların kabulüne olanak yoktur. Aşağıda bu sayılanlar ayrı ayrı inceleme konusu yapılmıştır.

1. Aylık Miktarında Farklılık Oluşması

Yaşlılık aylığının miktarı, 506 sayılı Kanun’un Geçici 82. maddesi, 1479 sayılı Kanun’un 36 ve 5510 sayılı Kanun’un Geçici 2. maddesinde açıklanan yöntem ile belirlenir. Aylık bağlama oranları, çeşitli dönemler bakımından farklılık arz ettiğinden, borçlanan sigortalının hizmetinin hangi döneme mal edileceği, aylık miktarına doğrudan etki etmektedir.²³

Borçlanmalarda, sigortalının süre seçebildiği hallerde, önceliğin 2000 yılından öncesine verilmesinin, daha sonrası için ise örneğin 4 tam yıl borçlanabilecek sigortalının sırasıyla 2000, 2004, 2003 ve 2001 yıllarını borçlanmasının daha yüksek tutarda aylık bağlanmasını sağlaması söz konusudur.²⁴ Sigortalının bu teknik hesaplamaları bilmesi ve hesaplayabilmesi mümkün değildir.

2011/48 sayılı Genelge gereğince, yurt dışı borçlanmalarında borçlanma tutarının ödendiği tarihteki asgari ücrete oranı esas alınarak mal edildiği dönem kazançları tespit edilmektedir. Bu kapsamda ödeme tutarı aynı olmakla birlikte mal edildikleri döneme göre farklı aylık tutarı ortaya çıkmaktadır. Çünkü aylık hesaplama sisteminde 2000 yılı öncesinde katsayı esasına dayalı gösterge ve üst gösterge sistemi uygulanırken, 2000 yılı sonrasında TÜFE ve gelişme hızına endeksli kazançların güncellenmesi sistemi uygu-

21 Y10.HD., E.2016/18136 K.2017/7526.

22 Y21.HD., 27.12.2018, 1675/9799; aynı yönde Y21.HD., 22.1.2019, E.2018/2704 K.2019/346, Y21.HD., 19.02.2019, E.2018/3332 K.2019/1141.

23 ÇAVUŞ, 64; ŞAKAR, 258-259.

24 Bkz. ÇAVUŞ, 65.

lanmaktadır. Bu farklılık nedeniyle 5000 günlük asgari ücret üzerinden yapılan bir borçlanmanın mal edildiği dönemlere göre 01.10.2008 tarihi itibarıyla tahakkuk ettirilebilecek aylık tutarları aşağıda karşılaştırmalı olarak verilmiştir.

2000 öncesi	2000 sonrası	Ekim 2008 Aylık	Ocak 2014 Aylık
5.000	-	577,61	1.017,32
3.150	1.850	502,59	924,00
1.850	3.150	443,39	787,20
	5.000		532,23

Görüldüğü üzere borçlanılan sürenin 2000 yılı öncesine veya sonrasına mal edilmesi durumunda yarı yarıya aylık farkı olmaktadır. Borçlanılan sürelerin 2000 yılı öncesine mal edilen kısmı ne kadar fazla olur ise aylık da o kadar artmaktadır.

2011/48 sayılı Genelgeye göre, 5510 sayılı Kanunun 4 maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olup, hem 8/5/2008 tarihinden önceki, hem de bu tarihten sonraki süreleri borçlanılanlar ile (b) bendi kapsamında olup 8/5/2008 tarihinden sonraki süreleri borçlanılanlar hakkında Kanunun 41. maddenin beşinci fıkrasına göre işlem yapılacaktır.

Borçlanılan süre geriye götürülmeden borçlanılan prime esas gün sayısı ortalama yıllık kazanç hesabına giren borçlanılan takvim yıllarının ilgili aylarına mal edilecektir.

Örnek - Sigortalı 16/6/2008 tarihli dilekçesi ile Almanya'da 1/1/1990 – 31/12/1990 tarihleri arasında geçen sigortalılık süresini günlük prime esas kazancın alt sınırı üzerinden borçlanmış ve borçlanma bedeli $20,28 \times \% 32 \times 3600 = 23.364,00$ Türk Lirasını 18/7/2008 tarihinde ödemiştir. 1990 yılına ait prime esas kazancın tespitine esas oran, borcun ödendiği tarihteki bir günlük prime esas kazancın alt sınırı 21,29 Türk Lirası olduğu dikkate alınarak $(20,28 / 21,29) = 0,9526$ olur. Ancak, aylıkların hesabında esas alı-

nacak prime esas kazançlar yürürlükteki prime esas kazancın altında olamayacağından bu oran "1" olarak alınacaktır. 1990 yılının ilk yarısında ki prime esas kazancın günlük alt sınırı 5.950,00 Türk Lirası, ikinci yarısında 7.467,00 Türk Lirası olduğuna göre bu yılın prime esas kazancı $(5.950 \times 1 \times 180) + (7.467 \times 1 \times 180) = 2.415.060$ Türk Lirası olarak tespit edilecektir.²⁵

Bu açıklamalar ışığında, aylık miktarını doğrudan etkilemesi nedeniyle, borçlanılan sürelerin ilgili aylara mal edilmesi gereklidir. Bu uygulama sigortalı yararına ve borçlanma kurumunun amacına uygun olacaktır.

2. Prim Ödeme Gün Sayısının Artması

Ülkemizde erken yaşta emekli olanların sayısının hızla artması üzerine sosyal güvenlik kuruluşlarının aktüeryal (mali) dengesinin bozulması ve bu dengenin sağlanması için yapılan harcamaların (hazine yardımlarının) bütçeye getirdiği yükün beklenmedik derecede artması sonrasında; 08.09.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4447 sayılı Kanun ile başta 506 sayılı ve 1479 sayılı Kanun'lar olmak üzere aylık bağlama koşulları ağırlaştırılmış, Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanların aylık bağlama koşulları ise sigortalılık veya prim ödeme sürelerine göre kademeli olarak artırılmıştır.²⁶

506 sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesinin (B) ve (C) bentlerinin Anayasa Mahkemesinin 23.02.2001 gün ve 1999/42 E. 2001/41 K. sayılı kararı ile iptalinden sonra, 01.06.2002 tarihinde yürürlüğe giren 23.05.2002 tarihli 4759 sayılı Kanunla yeniden düzenleme yapılarak bazı farklılıklarla kademeli geçiş sistemi korunmuştur. Anılan madde uyarınca, yaşlılık aylığı bağlama koşulları, 4447 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 ve 4759 Sayılı Kanun'un kabul edildiği 23.05.2002 tarihindeki 'sigortalılık süresi'nin 'kaç yıl' olduğu dikkate alınarak belirlenmektedir.

²⁵ 2011/48 sayılı Genelge, 24.

²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER, 380 vd.

Kişinin sigortalılık başlangıç tarihinin 08.09.1999 veya 23.05.2002 tarihinden önce olması halinde, "sigortalılık süresini" esas alan 506 sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesine göre sigortalının kademeli geçiş hükümlerinden yararlanması gerekir.

506 sayılı Kanun'un 60.maddesinde (5510 SK m. 28 ve devamı) yaşlılık aylığından yararlanma koşulları düzenlenmiştir. Sigortalıya, yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için kural olarak maddede belirtilen yaşa ulaşmış olmak, belirli bir süre prim ödemek, işten ayrılmak ve talepte bulunmak gerekir. 506 sayılı Kanun kapsamında (5510 sayılı Kanun m. 4/1-a bendi) sigortalı olan kişinin, kademeli geçiş hükümlerine göre aylığa hak kazanmada aranacak yaş ve prim gün sayısı, 23.05.2002 tarihindeki 'sigortalılık süresi'nin 'kaç yıl' olduğu dikkate alınarak belirlenmektedir.

Örneğin, 23.5.2002 tarihinde sigortalılık süresi 18 (dahil) yıldan fazla olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 40 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 23 yıldan (dahil) fazla olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 44 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunmaları şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabilirler.

506 sayılı Kanun'un 108. maddesine göre, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında göz önünde bulundurulacak sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının, yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı kanunlara veya bu kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihtir. Tahsis işlerinde dikkate alınan sigortalılık süreleri, bu sürenin başlangıç tarihi ile, sigortalının tahsis yapılması için yazılı istekte bulunduğu tarih, tahsis için istekte bulunmuş olmayan sigortalılar için de ölüm tarihi arasında geçen süredir.

Sigortalılık süresinin başlangıcı; sigortalının ülkemizde çalışması olup olmadığı veya sigortalının çalışmasının bulunduğu ülke ile ülkemiz arasında sigorta başlangıç tarihine dair düzenleme ihtiva eden uluslararası sözleşme olup olmadığı gibi farklı ihtimaller gözetilerek belirlenmektedir.

Yurt dışında ilk kez sigortaya girilen tarihin sözleşme hükümleri doğrultusunda sigortalılık başlangıç tarihi kabul edilmesi halinde, bu tarihten tahsis talep veya ölüm tarihine kadar geçen süre 506 sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesi anlamında sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.

Örneğin, ülkemiz ile Almanya arasında sigorta başlangıç tarihine dair düzenleme ihtiva eden uluslararası sözleşme bulunduğundan, yaşlılık aylığı talebinde bulunan bir kişinin sigorta başlangıç tarihi Almanya'da ilk defa sigortaya girdiği tarih olarak belirleneceğinden, sigortalının bu tarihten sonra yurt dışında geçen bir dönemi borçlanmasının ve bu döneme mal edilmesinin sigorta başlangıcına bir etkisi olmayacağından, 4/1-(a) bendi kapsamındaki sigortalılar bakımından mal edilme sorunu daha çok aylık miktarının belirlenmesinde önem arz eder.

Buna karşın, 1479 sayılı Kanun kapsamında (5510 sayılı Kanun m. 4/1-b) sigortalı olan kişinin, kademeli geçiş hükümlerine göre aylığa hak kazanmada aranacak yaş koşulu, 01.06.2002 tarihindeki prim gün sayısına göre belirlenmektedir.

Örneğin, 1479 sayılı Kanun'un Geçici 10. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendine göre, 01.06.2002 tarihi itibarıyla, kadın ise 20 tam yıl (7200 gün), erkek ise 25 tam yıl (9000 gün) prim ödemiş olanlar ile prim ödeme sürelerinin dolmasına 2 tam yıl veya daha az kalan kadınlara 40 yaşını, erkekler 44 yaşını doldurmaları, kadın ise 20, erkek ise 25 tam yıl prim ödemeleri şartıyla ve talepte bulunmaları halinde, yaşlılık aylığı bağlanır.

Bu nedenledir ki 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanların aylık koşulları belirlenirken "sigortalılık süresi" değil "01.06.2002 tarihindeki prim gün sayısı" önem arz ettiğinden, 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar bakımından mal edilmenin aylığa hak kazanmaya doğrudan bir etkisi bulunduğunu söyleyebiliriz.

1479 sayılı Kanun'da yaşlılık aylığından yararlanma koşulları 35. maddede düzenlenmiştir. 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun'un 39. maddesi ile 1479 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. madde ile 08.09.1999 yürürlük tarihi itiba-

riyle yaşlılık aylığında kademeli geçiş düzenlemesi yapılmış ise de Anayasa Mahkemesi'nin 23.02.2001 gün ve 1999/42 E. 2001/41 K. sayılı iptal kararından sonra 4759 sayılı Yasa ile madde- nin 2. fıkrası yeniden düzenlenmiş ve 01.06.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 01.06.2002 tarihi itibarıyla sigortalıların mevcut prim ödeme gün sayısına göre kademeli geçiş hükümleri bazı farklılıklarla korunmuştur. Anılan madde uyarınca, yaşlılık aylığı bağlama koşulları, 4447 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 ve 4759 Sayılı Kanun'un kabul edildiği 23.05.2002 tarihini takip eden aybaşı olan 01.06.2002 tarihindeki prim ödeme gün sayısı dikkate alınarak belirlenmektedir.

4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinden önce borçlanan ve bu borçlanma süresi ile yaşlılık aylığına hak kazananlar yönünden herhangi bir sorun bulunmadığı gibi 08.09.1999-23.05.2002 tarihleri arasındaki dönemde borçlanma primini ödeyenlerin de kademeli geçiş hükümlerinden yararlanma hakları bulunmaktadır.²⁷

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.09.2010 gün ve 2010/21-302 E. 2010/438 K. sayılı kararından önce; yurt dışı borçlanması yoluyla değerlendirilen sürelerin aylık tahsisinde gözetilebilmesi için tahakkuk ettirilen borçlanma bedelinin m. 81/A için 08.09.1999 veya m. 81/B için 23.05.2002 tarihinden önce Kuruma ödenmiş olması aranmaktaydı²⁸. Başka bir deyişle Yargıtay, borçlanma yapacak olan sigortalının belirttiği tarihler üzerinden hizmetini o döneme mal etse dahi, aylık bağlama koşullarını hizmetlerin mal edildiği dönemi değil, borçlanma bedelinin yatırıldığı tarihi esas alarak belirlemekteydi. Kuşkusuz bu durumda geçmişe yapılan bu mal etme, aylık bağlanması noktasında sigortalı açısından tam olarak istenen sonuçları vermemekteydi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.09.2010

gün ve 2010/21-302 E. 2010/438 K. sayılı kararı ile yukarıda yer alan görüş değişikliğe uğrayarak, borçlanılan sürenin ait olduğu devrede dikkate alınarak, tahsis istemi yönünde bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu karar sonrasında 10. ve 21. Hukuk Dairelerinin içtihatları da bu yönde oluşmuş ve zamanla istikrar kazanmıştır²⁹.

Anılan bu içtihatlarla göre, 3201 sayılı Kanun uyarınca yurtdışı hizmet borçlanması; yurtdışında geçmiş belirli sürelerin Türkiye'de geçmiş gibi değerlendirilmesi olduğundan, borçlanılan yurtdışı çalışma süresi, tıpkı ihya edilen sigortalılık süreleri gibi ele alınmalı, bedelinin ödenmesi karşısında, ait olduğu devrede dikkate alınarak, tahsis istemi yönünde bir değerlendirme yapılmalıdır³⁰.

Borçlanma işlemi ve borçlanma bedelinin ödenmesi 4759 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.06.2002 tarihinden sonra yapılmış olsa dahi 4/1-(a) bendi için 23.05.2002 ve 4/1-(b) bendi için 01.06.2002 tarihinden önceki sürelerin borçlanma yoluyla kazanılması halinde bu sürelerin kademeli geçiş hükümlerinin uygulanmasında ait olduğu devrede dikkate alınması gerekir. Bu ilke sonrasında mal edilmenin aylığa veya aylık koşullarına etkisi olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre farklılık gösterebilecektir.

Sigortalılık süresini esas alarak aylığa hak kazanma koşullarını kademeli olarak belirleyen 506 sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesinin veya prim ödeme süresini esas alarak aylığa hak kazanma koşullarını kademeli olarak belirleyen 1479 sayılı Kanun'un Geçici 10. maddesinin uygulanmasında, yurt dışı borçlanması veya sözleşme hükümlerine göre belirlenen sigortalılık süresinin veya yurt dışı borçlanması ile kazanılan hizmet süresinin aylığa hak kazanma

27 CANBOLAT, 2264.

28 YHGK., 30.03.2005 10-138/221; YHGK., 15.03.2006 E. 21-36/80; YHGK., 08.07.2009, 21-309/322.

29 Y10.HD'nin bu yöndeki ilk kararı 27.12.2010 gün ve 2010/7189-17542 E.K., Y21.HD'nin ise 11.10.2010 gün ve 2010/7296 E. 2010/9693 K. sayılıdır.

30 YHGK., 29.09.2010 21-302/438, Y10.HD., 18.01.2011, E.2010/16879 K.2011/202, Y10.HD., 27.12.2010 E. 7189/17542, Y21.HD., 11.10.2010, 7296/9693.

koşullarının belirlenmesinde dikkate alınmaması, yurt dışı borçlanmasını ve sözleşmeye göre belirlenen sigortalılık başlangıç tarihini faydasız bir hale getireceği gibi tescili olan ve olmayan sigortalılar arasında eşitsizlik yaratacaktır.

3201 Sayılı Kanun'a göre sonradan borçlanılanların, 506 sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesinin ve 1479 sayılı Kanun'un Geçici 10. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihte hiç hizmetinin bulunmadığı gerekçesiyle Geçici 81. ve Geçici 10. maddenin uygulanmaması, 3201 sayılı Kanun ile sigortalılara tanınmış olan hakların ortadan kaldırılmasına yol açmaktadır.

Kurumun 2011/48 sayılı Genelgesinde, sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise sigortalılığın başlangıç tarihinin borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürüleceği, Türkiye'de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan istek sahiplerinin sigortalılıklarının başlangıç tarihinin ise borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülmek suretiyle tespit edileceği, belirlenen bu sigorta başlangıç tarihine göre aylık koşullarının saptanacağı açıklanmıştır.

Örnek- Sigortalının 1479 sayılı Kanun kapsamında (4/1-b) 01.06.2009 – 01.06.2017 tarihleri arasında 8 yıl (2880 gün) hizmeti bulunmakta olup Almanya'da 01.01.1990 – 31.12.1995 tarihleri arasında 6 yıl çalışması bulunmaktadır. Sigortalının bu süreyi borçlanması halinde, ait olduğu devreye mal edilmesi halinde 01.06.2002 tarihinden önceki bir süre olduğundan kademeli geçişte dikkate alınacak, 01.06.2003 – 01.06.2009 dönemine mal edilmesi halinde ise dikkate alınmayacaktır.

Bu örnekte, sigortalının 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı kabul edildiğini varsayarsak, aylık bağlamada dikkate alınan sigortalılık süresinin başlangıcı uluslararası sözleşme hükümlerine göre belirleneceğinden, borçlanılan sürenin mal edildiği dönemin aylık koşullarına değil aylık miktarına bir etkisi olacaktır.

Örnek- Türkiye'de sigortalılığı bulunmayan 18/6/1963 doğum tarihli bir erkek sigortalı,

yurtdışında geçen 1/1/1985 - 1/1/2010 tarihleri arasındaki 25 yıllık (9000 gün) sigortalılık süresini borçlanarak adına tahakkuk eden borç tutarını 3/6/2011 tarihinde ödemiş ve bu süreler 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilmiştir. Bu sigortalının sigortalılık süresinin başlangıç tarihi, borçlandığı süre borcun ödendiği tarihten geriye götürülerek 3/6/1986 olarak tespit edilecektir. 3/6/1986 ile 1/6/2002 tarihleri arasında 15 yıl, 11 ay, 28 gün sigortalılık süresi bulunan, diğer bir deyimle emekliliğine 9 yıl, 2 günü kalan bu sigortalı, 1479 sayılı Kanunun geçici 10. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendine göre 49 yaşını dolduracağı 18/6/2012 tarihinde emekliliğe hak kazanacaktır.³¹

Oysa ki, yurt dışı borçlanmasına konu sürenin tamamı 1/1/1985 - 1/1/2010 tarihleri arasında olup, ait olduğu devreye mal edilmesi halinde, 01/01/1985 – 01/06/2002 tarihleri arasında 17 yıl 5 ay sigortalılık süresi bulunan, diğer bir deyimle emekliliğine 7 yıl, 7 ayı kalan bu sigortalı, 1479 sayılı Kanunun geçici 10. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendine göre 48 yaşını dolduracağı 18/6/2011 tarihinde emekliliğe hak kazanacaktır.

Bu açıklamalar ışığında; başvuru sahibinin borçlanmak istediği süreyi 23.05.2002 (4/1-(a) bendi yönünden) veya 01.06.2002 (4/1-(b) bendi yönünden) tarihlerini gözeterek açıklaması halinde, başvuru sahibine talebi gibi borçlanma imkanı verilerek hizmetin ait olduğu devre dikkate alınarak hizmetine mal edilmesi, aylık bağlama koşullarını sigortalı lehine kolaylaştıracak ve aylık miktarını da artıracığından, mutlak surette sigortalı yararına ve borçlanma kurumunun amacına uygun olacaktır.

3. Aylık Bağlanacak Kurumun (Kanunun) Belirlenmesine Etkisi

5510 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesinin son fıkrasına göre: "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı veya iştirakçi olup, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra aylık

31 2011/48 Sayılı Genelge, 24.

talebinde bulunanlardan, farklı sosyal güvenlik kurumlarına ya da bu Kanunda belirtilen sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara aylık bağlanmasına esas alınacak kanun, bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit olunur ve bunlar hakkında, bu Kanunun geçici maddelerindeki hükümler uygulanır.”

2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun’un 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir³².

Farklı sigorta kurumlarına prim ödemiş olan kişilerin sigorta sürelerinin birleştirilmesinde, son 7 yılın hangi kuruma bağlı olarak geçirildiği, hangi kanun kapsamında emekli olacağı bakımından etkilidir. Dolayısıyla sigortalının borçlandığı dönemin ilgili döneme mal edilmemesi, sigortalının emekli aylığı alacağın Kurumun farklı olması sonucunu doğurabilir. Yurtdışı hizmet borçlanmasında sıklıkla olmasa da, anılan durumla karşılaşılabılır.

Örnek- Kadın sigortalı (S), Almanya’da 01.01.1990 – 31.12.2003 tarihleri arasında ev kadını olarak yaşadıkten sonra Türkiye’ye gelerek 01.01.2004 - 31.12.2009 tarihleri arasında 4/1-(a) bendi kapsamında ve 01.01.2010 – 0.06.2010 tarihleri arasında 4/1-(b) bendi kapsamında çalıştıktan sonra tekrar Almanya’ya dönerek 01.01.2011 – 31.12.2016 tarihleri arasında çalışmıştır. Sigortalının, yurt dışında 01.01.1990 – 31.12.1999 tarihleri arasında geçen 10 yıllık süreyi borçlanma talebinde bulunması üzerine, Kurumca ispatlayıcı belgelerdeki tarihlerden geriye gidilerek 01.01.2000 – 31.12.2003 ve 01.01.2011 – 31.12.2016 tarihleri arasındaki süreyi 4/1-(b) bendi kapsamında borçlanma imkanı tanınmıştır. Sigortalının borçlandığı sü-

renin 6 yıllık bölümü 01.01.2011 – 31.12.2016 tarihleri arasındaki döneme mal edilirse, 2829 sayılı Kanun’un 8’inci maddesine göre son 7 yıllık hizmet süresine göre 4/1-(b) kapsamında aylık bağlanacak, davacının talebine uygun biçimde 01.01.1990 – 31.12.1999 tarihleri arasına mal edilirse son 7 yıllık sürede en fazla 4/1-(a) bendi kapsamında hizmeti bulunacağından bu bent kapsamında aylığa hak kazanacaktır.

Görüldüğü gibi anılan sigortalılar bakımından son 7 yıllık dönem, hangi statüden emekli olunacağını belirler ve bunun yol açacağı emeklilik statüsü farkı, birçok farklı sonucu da beraberinde getirecektir.

4. Sigorta Başlangıç Tarihine Etkisi

3201 sayılı Kanun’un 5. maddesine göre, sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür. Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan istek sahiplerinin sigortalılıklarının başlangıç tarihi, borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülen tarihtir.

Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlanılanların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz. Ancak, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir.

Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, 3201 sayılı Kanun’a göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, sözleşmede özel hüküm bulunması halinde ilk işe giriş tarihi olarak kabul edildiğinden, bu ülkelerdeki hizmetlerini borçlanan kişilerin borçlandıkları sürelerin

32 Bkz. SÖZER, 490-491.

belirlenmesi ve mal edilmesindeki tercihlerin sigorta başlangıcına genellikle etkisi yoktur. Bununla birlikte, sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmamış ülkelerdeki hizmetlerini borçlananların, borçlandıkları sürenin hangi döneme mal edileceği, sigorta başlangıç tarihinin belirlenmesinde önem arz eder.

Örneğin, ülkemiz ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan Rusya'da 01.01.2000 – 31.12.2018 tarihleri arasında çalışması bulunan sigortalı bu sürenin 10 yılını borçlanmıştır. Sigortalının 01.01.2010 – 31.01.2010 tarihleri arasında ülkemizde çalışması bulunduğundan, sigorta başlangıç tarihi, borçlanma dikkate alınmadığında 01.01.2010'dur. Sigortalının borçlandığı ve hizmetine mal edilecek süre, ispatlayıcı belgelerdeki tarihten geriye doğru gidilerek 01.01.2009 – 31.12.2018 tarihleri arasındaki süre olarak belirlenir ise, sigorta başlangıcı da 01.01.2010 tarihinden önceki süre kadar (01.01.2009 – 31.12.2009) geriye gidilerek 01.01.2009 olarak belirlenir. Ne var ki bu süre 01.01.2000 – 31.12.2009 tarihleri arasındaki süre olarak belirlenmiş olsaydı, sigorta başlangıç tarihi de 01.01.2000 olacak ve buna göre aylık bağlama koşulları sigortalı yararına kolaylaşacaktı.

5. Diğer Borçlanmalarla Çelişmesi

Hizmet borçlanmasına, bilindiği gibi 5510 sayılı Kanunun 41. maddesi çerçevesinde askerlik, analık gibi birçok başka durum için de olanak sağlanmıştır.³³ Bu gibi borçlanma durumlarında, borçlanılan süreler, sigortalının sayılan şekillerde geçirdiği tarih aralığına sayılmaktadır. Örneğin sigortalı hangi tarih aralığında askerlik görevini ifa ettiyse veya hangi tarihlerde analık ve ücretsiz doğum izinlerini kullandıysa, borçlanılan ve çalışılmış gibi değerlendirilen süreler tam olarak bu tarih aralıklarında olmaktadır. Başka bir deyişle bu diğer hizmet borçlanmalarında, talepte bulunan sigortalının borçlanmaya esas süresinin, talep tarihinden geriye doğru giderek

değerlendirilmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.

Sigortalının askerlik veya doğum borçlanması yapması halinde, borçlanma talebi hangi tarihte olursa olsun askerlik süresinin veya doğum nedeniyle çalışılmayan sürenin ait olduğu döneme mal edilmesine karşın, yine borçlanmanın bir türü olan yurt dışı borçlanmasında sigortalının borçlanmak istediği süreyi açıkça belirtmesine karşın borçlanma süresinin ispatlayıcı belgelerdeki son tarihten geriye doğru hizmete eklenmesi borçlanma yöntemleri arasında amaca uygun olmayan çelişkili bir uygulamayı da beraberinde getirmektedir. Bu çelişkinin ortadan kaldırılması gerekir.

6. Türk Vatandaşlığından Çıkmanın Avantaj Halini Alması

Borçlanılacak sürelerin, yukarıda belirtildiği üzere, Türk vatandaşı olarak geçirilmesi gerektiğinden³⁴, yurt dışında belli bir süre çalıştıktan sonra vatandaşlıktan çıkan ve daha sonra tekrar vatandaşlığa geçerek borçlanma talebinde bulunan sigortalı, uzun vadeli sigorta kollarından bağlanacak aylığa hak kazanmak için gerekli şartları sağlamak bakımından, yurt dışındaki yaşamı hep Türk vatandaşlığında geçmiş sigortalıya göre avantajlı hale gelmektedir.

3201 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, Türk vatandaşlığında geçmeyen süreler borçlanılamayacağından, Kurum mal etme işleminde talep tarihinden itibaren geriye gidememekte, dolayısıyla sigortalının yurt dışı çalışması eski (kişinin Türk vatandaşı olduğu) dönemlere mal edilerek değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, Türk vatandaşlığını hep muhafaza etmiş sigortalıda ise talep tarihinden geriye gidilebilmekte, dolayısıyla hizmetleri son dönemden geriye gitmek suretiyle değerlendirilmektedir. Bu da vatandaşlıktan çıkmış sigortalının kademeli geçiş hükümlerinden yararlanması, çıkmamış olanın ise yararlanamaması sonucunu beraberinde getirmektedir.

Örneğin iki arkadaş, (A) ve (B), 1.1.1998'da

³³ Bkz. ŞAKAR, 326 vd.; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, 529 vd.; SÖZER, 493 vd.

³⁴ ŞAKAR, 336-337; ayrıca bkz. ÖZTÜRK, 136 vd.

Almanya'ya yerleşmişler ve 20 yıl işçi statüsünde çalıştıktan sonra Türkiye'ye dönmüş ve 1.1.2018 tarihinde, tarih aralığı belirtmeden 3 yıl için borçlanma başvurusunda bulunmuştur. Almanya'ya taşındıktan 3 sene sonra Türk vatandaşlığından çıkan (A)'nın hizmetleri, 1.1.1998 - 31.12.2000 tarihleri arasına mal edilecek, ancak Türk vatandaşlığını muhafaza etmiş olan (B)'nin hizmetleri, talep tarihinden geriye doğru, 1.1.2015 - 1.1.2018 tarihleri arasına mal edilecek, böylelikle kademeli geçiş hükümlerinden yararlanan (A), yaşlılık aylığının koşulları ve miktarı bakımından daha avantajlı hale gelecek, daha az prim ödeme gün sayısı ile daha yüksek aylıkla emekli olabilecektir.

Çalışmamızın başında yer verdiğimiz Anayasa m. 62 hükmü, devleti "vatandaşlarımızın anavatanla bağının korunması" konusunda gereken tedbirleri almakla yükümlü kılmaktadır. Vatandaşlık bağı sürekli bulundurmuş sigortalı karşısında, vatandaşlıktan çıkarak borçlanma zamanı yeniden vatandaş olan sigortalı arasında, ilki aleyhine sonuç veren mevcut yorumların ve uygulamaların, Anayasanın anılan maddesiyle bağdaştığını söylemeye imkan yoktur.

V. Genel Değerlendirme ve Sonuç

5510 sayılı Kanun'un 41. maddesinin son fıkrasında, kanunun yürürlük tarihinden sonraki sürelerle ait borçlanmalarda; borçlanılan prime esas gün sayısının borçlanılan ilgili aylara mal edileceği belirtilmiş ancak bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki sürelerle ait borçlanmalarda ne şekilde uygulama yapılacağı hükme bağlanmamıştır.

3201 sayılı Kanun'un, başlığı "Süre tespiti ve sigortalılığın başlangıcı" olan 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde, bunu belirten ve istek sahibinin ibraz edeceği ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınır, bu tespit 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün hesaplanır."

düzenlemesi, yurt dışında geçen ve borçlanılabilecek sigortalılık süresinin kaç gün olduğunun tespitine yöneliktir. Böylece, farklı ülkelerdeki hizmet süresi veya prim ödeme gün sayısı belirleme yöntemleri arasındaki farklılıkların doğuracağı hak kayıpları önlenmek istenmiş ve yeknesaklık amaçlanmıştır. Bu yasal düzenleme, mal etme sorununun çözümüne yönelik içeriğe sahip değildir.

Türk sosyal güvenlik sisteminde, yılın 360 gün ve ayın 30 gün olduğuna dair herhangi uyumsuzluk yoktur. Dolayısıyla kanunun yukarıda açıklanan yeknesaklığı sağlamak amacı dışında bu noktayı ayrıca düzenlemesinin gereği ve makul bir açıklaması bulunmamaktadır. Kanun koyucunun malumu ilan etmek gibi bir amacı olamayacağına göre, böyle bir düzenleme yapılmasının pratikte amacının farklı ülkelerdeki hizmet süresi veya prim ödeme gün sayısı belirleme yöntemleri arasındaki farklılıkların doğuracağı hak kayıplarını önlemek olduğu açıktır. Özetle denilebilir ki bu hüküm, mal edilmenin "nereye" yapılacağı ile ilgili değil, "ne kadarlık" yapılacağı ile ilgili bir hükümdür.

3201 sayılı Kanun'un anılan maddesinde yer alan "Sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olanların, borçlandıkları gün sayısı, prim ödeme gün sayıları ile ilgili hizmetlerine katılır. Sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür." ve "Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan istek sahiplerinin sigortalılıklarının başlangıç tarihi, borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülen tarihtir." hükümleri de sigortalılık başlangıç tarihinin tespitine ilişkindir.³⁵ Bu hükümler de borçlanmaya konu sürenin kademeli geçiş hükümlerinin uygulanmasında ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğine dair doğrudan bir düzenleme içermemektedir.

Düzenlemede yer alan "...Yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde..." ve "... ispatlayıcı

³⁵ Bu konuda bkz. MANAV, 115-119.

belgelerde kayıtlı bulunan tarihler...” ifadeleri de bu yöndedir. Madde başlığı “Süre tespiti ve sigortalılığın başlangıcı” olup maddenin 1. fıkrası süre tespitine, diğer maddeleri ise sigortalılığın başlangıcına, borçlanılacak sürenin geçmiş sayılacağı sigortalılık süresine ilişkin olup anılan maddede borçlanmanın mal edileceği dönemin belirlenmesine yönelik tek hüküm 2. fıkranın ilk cümlesinde yer alan «...Sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olanların, borçlandıkları gün sayısı, prim ödeme gün sayıları ile ilgili hizmetlerine katılır.” düzenlemesi olup, kanun metninde yer alan “ilgili hizmetlerine katılır” ibaresinin yurtdışı borçlanmasının dahil olduğu borçlanma kurumunun genel ilkelerine uygun olarak belirlenmesi gerekir.

5510 sayılı Kanun’un 41. maddesinde yer alan “Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonraki sürelerle ait borçlanmalarda; borçlanılan prime esas gün sayısı borçlanılan ilgili aylara mal edilir. Seçilen prime esas kazanç, borcun ödendiği tarihteki prime esas asgari kazanca oranlanarak, söz konusu oran ilgili ayın prime esas asgari kazancı ile çarpılır. Bulunan tutar, ilgili ayın prime esas kazancı kabul edilir. Ancak hesaplanan prime esas kazanç hiçbir suretle o ayın prime esas azamî kazancını geçemez.” düzenlemesi de bu fikri desteklemektedir.

Bu açıklamalar yanında, Kurumun aylığı mal etme işlemlerine dair işlem ve tabloları sigortalılara tebliğ etmemesi nedeniyle, özel bilgi gerektiren aylık hesabının hatalı yapıldığını sigortalının bilmesi çoğu zaman mümkün değildir. Sigortalılar yaşlılık aylığının kendilerine, emsal durumdakilere göre daha düşük ödendiğini, genellikle bu emsal kişilerin aylık miktarlarını öğrenmelerinden sonra yaptıkları araştırma sonucunda fark etmektedirler. Bu davaların aylık bağlanmasından sonra açılıyor olmasının sebebi budur. Dolayısıyla sigortalının bir süre aylık aldıktan sonra dava açmış olması, ret gerekçesi olmamalıdır.

Kişilere tanınan herhangi bir seçim hakkı, ancak kişinin yapabileceği seçimlerin sonuçlarına

ilişkin bir fikir sahibi olmasına bağlıdır. Bilgiye dayanmayan bir seçim hakkının, anlamlı bir seçim hakkı olduğu söylenemez. Ne var ki Kurumun, kademeli geçiş hükümleri dolayısıyla yılları kaydırarak sigortalıya her dönem için ayrı ayrı ayrıntılı bir hesap cetveli hazırlaması da beklenemez; ancak en azından mevzuattan kaynaklanan, borçlanmanın sonuçlarında dönemlere göre çeşitli farklılıkların söz konusu olabileceğine ilişkin basit bir uyarı yapılabilir ve yapılmalıdır.

Bununla birlikte, Kurum tarafından kendisine bilgilendirme yapıldığı halde süre tespitini Kuruma bırakmış sigortalı, daha önce açıklanan ilgili yönetmelik hükmü çerçevesinde kendisine aylık bağlandıktan sonra itiraz edemeyecektir.

Yukarıda yer alan açıklamalar ışığında, borçlanmaya konu süre, borçlanılan süreler hangi döneme ait ise o dönemde geçmiş hizmet gibi değerlendirilmelidir. Aksi uygulama sigortalı aleyhine birçok sonuç doğuracağı gibi, aynı durumdaki sigortalılar arasında farkı uygulamalara ve borçlanmaya konu sürenin ait olduğu döneme mal edilmesini gerektiren “askerlik borçlanması”, “doğum borçlanması”, “tutuklukta veya gözaltında geçen süre” gibi borçlanma türleri ile uyuşmayan uygulamalara yol açacaktır.

Öte yandan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 29.09.2010 gün ve 2010/21-302 E. 2010/438 K. sayılı kararında yer alan, borçlanılan sürenin ait olduğu devrede dikkate alınarak, tahsis istemi yönünde bir değerlendirme yapılması gerektiği yönündeki görüş de bu yöndedir. Anılan bu içtihadı göre, 3201 sayılı Kanun uyarınca yurtdışı hizmet borçlanması; yurtdışında geçmiş belirli sürelerin Türkiye’de geçmiş gibi değerlendirilmesi olduğundan, borçlanılan yurtdışı çalışma süresi, tıpkı ihya edilen sigortalılık süreleri gibi ele alınmalı, bedelinin ödenmesi karşısında, ait olduğu devrede dikkate alınarak, tahsis istemi yönünde bir değerlendirme yapılmalıdır³⁶.

Sigortalının borçlanma yoluyla kazandığı hizmetin, aylık bağlama koşullarının değerlendirilmesi

36 Bkz. yuk. dp. 30’da verilen HGK. kararı.

dirilmesinde sigortalının lehine olacak biçimde 01.06.2002 tarihinden önce geçmiş süre kabul edilmesine karşın, aylık miktarının belirlenmesi aşamasında borçlanılan sürenin hizmete, borçlanma bedelinin ödendiği tarihten geriye doğru gidilerek mal edilmesi çelişkili bir uygulamadır.

Sigortalılar kanunda sayılmış olan hallerde, yurt dışında geçirdikleri bazı süreleri, borçlanarak hizmetlerine ekletebilirler. Bu süreler tamamen borçlanabileceği gibi belli bir dönemi de sigortalı tarafından seçilerek borçlanılabilir.

Hizmet borçlanması, bildirilmediği ve primi ödenmediği için hizmet süresinden sayılmayan sürelerin, ilgili tarafından daha sonra primleri ödenmek suretiyle ait olduğu dönemde hizmet süresine dahil edilmesini sağlayan bir yöntemdir. Bu sebeple sigortalının belli bir dönem seçmiş olması halinde, borçlanma dönemlerinin ilgili dönemlere mal edilmesi gerekir. Bu şekilde mal edildiğinde, yaşlılık aylığına hak kazanmak bakımından prim ödeme gün sayısını düşürdüğü gibi aylık miktarına da olumlu etki edebilmektedir. Bu şekilde sigortalılar arasında farklı uygulamalara da son verilmiş olacaktır. Bu çalışmada ele almaya çalıştığımız konularda, tereddütleri giderecek açık bir düzenlemenin yapılması gereklidir.

KAYNAKÇA

- CANBOLAT, Talat: Yurtdışı Hizmet Borçlanması Yapanlar Da Kademeli Geçişten Yararlanır ve Sigortanın Başlangıç Tarihi İkili Sosyal Güvenlik Anlaşmalarına Göre Belirlenir (Karar İncelemesi), Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2011, 2243-2265.
- ÇAVUŞ, Hakan Ö.: Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması, Çalışma ve Toplum, 2015/4, 35-75.
- ERGİN, Hediye: Yurtdışı Hizmet Borçlanmasında Son Gelişmeler, SİCİL, Yıl 4, Sayı 16, Aralık 2009 163-180.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. Bası, Beta, İstanbul 2018.
- MANAV, Eda: Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Çalışma Hayatına İlişkin Önemli Sorunları, SİCİL, 2013 s. 30, 109-131.
- ORHAN, Cihan: Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanması ve Türkiye'deki Emeklilik Hakları, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- ÖZTÜRK, Sezai: Yargıtay Kararları Işığında Yurt Dışı Borçlanması ve Aylık Hakları, Yetkin, Ankara 2014.
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 3. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- ŞAKAR, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, Beta, 12. Baskı, İstanbul 2017.
- UŞAN, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Seçkin, 2. Bası, Ankara 2009.

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis KARAMAN*

Makale Gönderim Tarihi: 27 Mayıs 2019

Makale Kabul Tarihi: 3 Haziran 2019

Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve İşletme Devrinde İşçiyi Koruyan Hükümler ve İş Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Öz

Ticaret şirketleri, işletme ve işyerlerinin birleşme, bölünme, tür değiştirme ve devri işlemlerinin iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi inceleme konusu yapıldığında, konunun, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve İş Kanunu yönünden incelenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten de her üç kanundaki konuya ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, söz konusu mevzu-

atın birbiriyle uyumlu olmadığı gibi boşluk doldurma düşüncesi ile de hazırlanmadıkları anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, aşağıda, bahse konu hukuki işlemlerin iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi ve buna bağlı olarak da her üç Kanundaki konuya ilişkin düzenlemelerin hangi hallerde uygulanacağı inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Sözcükler:

İşyeri devri, işletme devri, birleşme, bölünme, tür değiştirme.

Provisions Protecting Workers in Merger Divisions, Type Change and Operation Transfer and Evaluation of Provisions of Labor Law

Abstract

When the effects of merger, division, type change and transfer operations of trading companies, business enterprises and workplaces are examined, it is essential that this topic should be examined in terms of Turkish Code of Obligations, Turkish Commercial Code and Labour Law.

Indeed, when the regulations in all these three laws related to these issues are examined, it is understood

that these regulations are not compatible with each other and they are not prepared with the idea of filling the gap.

For this reason, the impact of the legal transactions mentioned above on the employment contracts and under which conditions the regulations of these three laws shall be applicable related to these issues will be the subject of the evaluations.

Keywords:

Workplace transfer, business enterprises transfer, merger, division, acquisition.

* Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilimdalı-mehmethaliskaraman@gmail.com

I. Giriş

Bir işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devredilmesi TBK m. 202'de, başka bir işletme ile birleşmesi ya da işletmenin kolektif ya da komandit şirkete dönüştürülmesi ise TBK m. 203'de düzenlenmiştir. TTK m. 11/3'de ise ticari işletmenin hukuki işlemlere konu olması, bu kapsamda da devri düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde alacaklıların korunması bakımından tedbirler alınmaktadır. İşletmede çalışan işçiler de alacaklı konumunda olabileceklerinden, bu hükümlerin onlar için de uygulanması mümkündür. Ancak iş ilişkisinin devamlılığı bakımından TBK m. 202, 203 ve TTK m. 11/3 herhangi bir düzenleme getirmemekte, işçilerin korunması gibi özel bir amaç da gözetmemektedirler.

TTK m. 136 vd hükümlerinde ticaret şirketlerinin birleşmesi düzenlenmiştir. Birden fazla ticaret şirketinin içlerinden birinin veya yeni kurulacak bir şirketin bünyesinde bir araya gelmeleri birleşme hükümlerine tabidir. Birleşme neticesinde devrolunan şirketler tüzel kişiliklerini kaybederken, sadece bünyesinde birleşilen şirketin tüzel kişiliği devam eder. Birleşme, ticaret şirketlerine ait malvarlıklarının aynı tüzel kişilik çatısı altında toplanması amacıyla yapılır. Birleşme neticesinde tüm hak ve borçlar bünyesinde birleşilen şirkete geçerken, devrolunan şirketin tarafı olduğu sözleşmeler ve ilişkilerin de tarafı artık bünyesinde birleşilen şirkettir. Bu durum, şirket çalışanları ile şirket arasındaki hukuki ilişki bakımından da geçerlidir. Ancak diğer hukuki ilişkilerden farklı olarak, kanun koyucu işçileri ve diğer çalışanları korumak amacıyla, iş ilişkilerinin geçmesi bakımından bir diğer yapı değişikliği olan bölünme hükümlerine gönderme yaparak özel bir düzenleme de getirmiştir.

Ticaret şirketlerinde bir diğer yapı değişikliği hali bölünmedir. Bölünme TTK m. 159 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Tam veya kısmi bölünme olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleşebilir. Bir şirketin tüm malvarlığının bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devrolunması ve bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerin

paylarını ve haklarını iktisap etmesi neticesinde bölünen şirketin sona ermesi tam bölünmedir. Kısmi bölünmede ise tam bölünmeden farklı olarak, şirketin malvarlığının tamamı değil, bir kısmı başka şirket/şirketlere devrolunmakta ve bölünen şirket de bölünme neticesinde varlığını devam ettirmektedir (TTK m. 159). Bölünmede de iş ilişkilerinin geçişi özel olarak düzenlenmiştir.

Ticaret şirketlerinin yapı değişikliklerinden sonuncusu, tür değiştirmedir. Tür değiştirme TTK m. 180 vd.'nda düzenlenmiştir. Buna göre şirketin hukuki şeklini değiştirmesi tür değiştirme olup, türü değişen şirket eskisinin devamı niteliğindedir. Ticaret şirketinin türünün değişmesi, yeni türe ilişkin düzenlemelere tabi olması yani şirket işleyişinin, hukuki statüsünün değişmesi anlamına gelmekte olup, şirketin taraf olduğu hukuki ilişkiler üzerinde önemli etkileri olacaktır. Pek tabiidir ki bu etki, şirketin çalışanları için de geçerlidir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, tür değiştirmede de, bölünmede iş sözleşmelerinin geçişi ile ilgili TTK m. 178 düzenlemesine atıf yaparak bu konuyu düzenlemiştir.

Her bir yapı değişikliği birbirinden farklı özelliklere sahip olup, farklı ihtiyaçlar ortaya çıkarır. Buna karşın kanun koyucu, iş sözleşmelerine önem vererek özel düzenleme getirme yönündeki tercihini, her bir yapı değişikliğinin özelliklerini dikkate alarak iş sözleşmelerinin geçişi bakımından ayrı ayrı hüküm getirmek yönünde kullanmamıştır. Bölünme hükümleri arasında yer alan TTK m. 178 düzenlemesine birleşme ve tür değiştirme de atıf yapmakla yetinmiştir.

Ticari işletmenin devri ve ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin bu hükümlerin yanı sıra, İş Kanunu'nda da işyerinin devri ihtimalinde iş sözleşmelerinin geçişine ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Her bir düzenleme kaleme alınış şekli bakımından değerlendirildiğinde, birbirine uyum sağlama kaygısı güdümediği gibi, boşluk doldurma düşüncesi ile de kaleme alınmadıkları anlaşılmaktadır. Bu açıdan, konu ile ilgili tüm hükümler ele alınarak, hangi hükmün ne zaman uygulanacağını, birbirinden

farklarının, çelişip çelişmediklerinin ve çelişmeleri durumunda hangi hükmün uygulanacağını doğru tespiti önem arz etmektedir¹. Aşağıda ticari işletmenin devri ve ticaret şirketlerinde yapı değişikliği özelinde TBK, TTK ve İş Kanunu düzenlemeleri birlikte ele alınarak değerlendirilecektir. Ancak öncelikle, kanun koyucunun ticaret şirketlerinin yapı değişikliklerinde işçilerin konumuna verdiği önemi göstermesi bakımından, birleşme, bölünme ve tür değiştirme raporlarına ilişkin hükümlerin iş sözleşmelerine yaklaşımı ele alınacaktır.

II. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Raporu Bakımından

1. Birleşme Raporu

Birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları ayrı ayrı veya birlikte bir rapor hazırlamak zorundadırlar (TTK m. 147). Bu raporun içeriği Kanunda emredici şekilde düzenlenmiştir. Raporunda yer alacak açıklamalar ortakların, çalışanların, alacaklıların ve üçüncü kişilerin birleşme hakkında bilgi sahibi olmasını sağladığı gibi, ileride açılacak sorumluluk davaları bakımından da önemli veri sağlayacaktır. Daha da önemlisi başta işçiler olmak üzere yapı değişikliği sebebiyle tanınan hakların kullanılmasında da geleceğe yönelik önemli veri sağlayacaktır (TTK m. 147/2-i).

Birleşme raporunda yazılması, açıklanması gereken konular arasında, "birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği" de yer almaktadır. Birleşme, şirketlerin kapasitelerinde, faaliyet alanlarında vb daralmaya sebep olabileceği gibi genişlemeye de sebep olabilir. Bu husus, birleşmenin amacı ile de bağlantılıdır. İster

genişleme ister daralma yönünde olsun, birleşmenin işçiler üzerinde önemli etkileri olacaktır. İşçilerin bir kısmı bakımından işveren tüzel kişi değişirken, değişiklik yaşamayanlar bakımından da işverenlerinin yapısında önemli bir farklılık meydana gelmektedir. Aktif ve pasiflerden oluşan bir malvarlığı parçası bir bütün olarak bünyeye katılmaktadır. İşte bu durum işçilerin ücretleri, ücret politikası, kıdem tazminatlarının ödenip ödenmeyeceği gibi birçok konuda olumsuz yönde etkilerde bulunabilir. Düzenleme, bu etkinin olumsuz ya da olumlu yönde olmasını aramaksızın her halükârda işçiler üzerindeki etkilerin hukuki ve ekonomik yönden açıklanmasını istemiştir.

Sadece birleşmenin işçilerle ilgili öngörülen etkilerinin açıklanması değil, aynı zamanda bir sosyal planın da bu raporda yer alması öngörülmüştür. Bu plan, birleşmenin işçiler üzerindeki olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak ya da en aza indirmek için yapılacaklara ilişkindir². Bir sosyal planın da raporda açıklanmasının istenmesi, şirketlerin toplum hayatı içinde yaşayan bir organizma olmaları ve toplum hayatı ile sürekli etkileşim içinde olmaları sebebiyledir. Nitekim devletin şirketlerle ilgilenme sebeplerinden birisi de budur. Şirketlerin büyüüp gelişmesi de ekonomik sıkıntı içine düşmeleri de toplum ha-

1 Ayrıca bkz. Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Baskı, İstanbul 2018, s. 143, 144 ; Şakar, Müjdat, Gerekeçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2015, s. 159 vd.

2 Sosyal plan ile işçilerin kitle halinde işten çıkarılmalarını önleyici tedbirlerin birleşen şirketlerin yöneticileri tarafından düşünülmesinin istendiği, ayrıca işçilerin doğmuş haklarının zamanında ve tam olarak ödenebilmesini sağladığı, işçilerin yer değiştirmesi söz konusu olacaksa eşlerinin ve çocuklarının çalışma ve öğrenim durumlarının da şirket yöneticileri tarafından planlanmasının amaçlandığı hususlarında bkz. Tekinalp, Ünal, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, Tartışmalar, s. 50. Fesihlerin en aza indirilmesi, sadece işçilerin isteğine bağlı ayrılmalara inhisar ettirilmesi, sosyal nitelikli diğer noktaların da göz önünde tutulması gerektiği, iş, iş unvanı, ücret ve konumda olabildiğince değişikliğe gidilmemesi, işçiler arasında eski-yeni gibi olumsuz ayrımlara yer verilmemesi, muaccel alacaklarının teminat altına alınması, işçinin itiraz hakkı, süresi, keyfi yer değişikliği yaşanmaması gibi ortaya çıkabilecek tüm sorunların özenle planlanması gerektiği hususunda bkz. Tekinalp, Ünal, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sosyal Plan, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 1088.

yatına, bireylere, ekonomik yaşantıya önemli etkiler yapacaktır. Bir şirkette en alt kademedan üst kademeye kadar birçok kişinin hatta şirket yöneticilerinin dahi tarafı oldukları hizmet sözleşmeleri çerçevesinde şirket bünyesinde çalışmakta olmaları gerçeği bu etkiyi daha net ortaya koymaktadır³. Bu çerçevede şirketin önemli bir yapı değişikliği işlemi olan birleşmenin de aynı hususlarda etkili olması kaçınılmazdır. Ancak unutulmamalıdır ki, birleşme ekonomik bir karardır ve şirketler sosyal düşüncelerle değil, ekonomik gereklilikler sebebiyle birleşmeye karar verirler. Kanun koyucu da sosyal planın birleşme raporunda yer almasını zorunlu tutmamış, mümkün olması durumunda bir sosyal plana yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu düzenleme tarzı ile birleşmenin ekonomik bir karar olduğunu ancak şirketlerin bu kararı verirken toplumsal ve sosyal boyutu tamamen göz ardı etmemeleri gerektiği düşüncesini vurgulamıştır. Ayrıca işçiler bakımından da geleceğe yönelik bilgi edinme ve iş sözleşmesinin devamlılığı konusunda sağlıklı değerlendirme yapma imkanının kapısı açılmıştır.

Birleşme raporunun işçiler bakımından önem taşıyan bir diğer yönü, raporda birleşmenin birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları üzerindeki etkilerinin de açıklanacak olmasıdır. Şirketten alacaklı olanlar şirketle iş yapan diğer tacirler olabileceği gibi, işçiler de olabilir. Hizmet edimleri sebebiyle işçiler başta ücret olmak üzere bir takım alacak haklarına sahip olurlar. İşte çalıştıkları süre içerisinde şirketten alacaklı konumuna geçecek olmaları sebebiyle, birleşmenin bu alacaklar üzerindeki etkilerinin hukuki ve ekonomik yönden birleşme raporunda açıklanacak olması da işçiler bakımından önem taşır.

2. Bölünme Raporu

Birleşmede olduğu gibi, bölünmede de bölün-

meye katılan şirketlerin yönetim organları, ayrı ayrı veya birlikte bir rapor hazırlayarak, bölünme ile ilgili açıklamalar yaparlar. Yapılan bu açıklamalar, tıpkı birleşmede olduğu gibi bölünme ile ilgili bilgi sahibi olunması bakımından önem taşımasının yanı sıra, ileride yaşanacak hukuki sorunlarda da önemli veriler sağlayacaktır.

Bu raporda asgari olarak nelerin açıklanması gerektiği sayılmıştır (TTK m. 169). Bu sayımda işçiler bakımından önem taşıyan içerik, (g) bendinde yer alan "Bölünmenin işçiler üzerindeki etkileri ile içeriğini; varsa sosyal planın içeriğini," ve (h) bendinde yer alan "Bölünmenin, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları üzerindeki etkilerini" düzenlemeleridir. Tıpkı birleşmede olduğu gibi, bölünmede de bu hususların hukuki ve ekonomik yönleri ile açıklanması, bölünmenin gerekçelerinin bölünme raporunda belirtilmesi istenmiştir.

Birleşme raporu bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar bölünme raporunun içeriği ile ilgili olarak da geçerlidir. Ancak birleşmeden farklı olarak dikkat çeken husus, bölünme raporunda bölünmeye katılan tüm şirketler açıklaması yapılmaksızın, genel bir ifade ile işçiler üzerindeki etkilerinin açıklanacağını belirtilmesidir. Birleşmede ise birleşmeye katılan tüm şirketlerin işçileri bakımından birleşmenin etkilerinin raporda açıklanması aranmıştır. Bu sebeple bölünmede, bölünmeye katılan tüm şirketlerin işçileri bakımından konunun ele alınmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Sadece bölünen şirket işçileri bakımından bölünmenin etkilerinin raporda açıklanması yeterli görülebilir. Ancak hükmün ifadesi, bu sınırlamanın kabul edildiğini göstermek için yeterli değildir. Bölünmenin etkileri, yeni kurulacak şirketlere devir halinde sadece bölünen şirket işçilerini etkileyecektir. Ancak, halen faal olan şirketler bölünmeye devralan olarak katılmışlarsa, durum farklıdır. Bu durumda sadece bölünen şirket işçileri değil, bölünmeye katılan bölünen şirket dışındaki diğer şirketlerin işçileri de bölünmeden etkilenebilir. Örneğin, bölünen şirketten diğer şirkete devrolunan borçlar, devralan şirketin ödemeler

3 Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında hizmet sözleşmesi ile kurulan ilişki ve özellikleri hususunda bkz. Yenisey, Kübra Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi, İstanbul Üniv. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2016, C. 74, s. 313vd.

dengeinde, mali gücünde aksaklıklara yol açabilir. İşçiler bu sebeple alacaklarını alamama tehlikesi ile karşı karşıya kalabilirler. Hatta devralan şirketin mali gücü zayıflayarak, şirketin sona ermesine giden bir süreci de başlatabilir. Bölünmeye katılan devralan şirket/şirketler, bölünmenin kendi şirket çalışanları üzerindeki etkilerini kendi hazırlayacakları bölünme raporunda açıklayacaklardır. Ortak rapor hazırlanması durumunda ise, bölünmeye katılan tüm şirketler bakımından bu raporda açıklama yapılmalıdır. Sadece bölünen şirket ile ilgili açıklama yapılması yeterli değildir.

3. Tür Değiştirme Raporu

Tür değiştirme raporu TTK m. 186'da düzenlenmiş, raporda açıklanacak hususlar sayılmıştır. Ancak birleşme ve bölünme raporundan farklı olarak, tür değiştiren şirketin işçileri ve alacaklıları ile ilgili bir açıklamanın bu raporda yer alması aranmamıştır. Bu farklılığın sebebi, TTK m. 180'de açıklanan, tür değiştirmenin şirketin hukuki şeklini değiştirmesi ve yeni türe dönüşen şirketin eskisinin devamı olmasıdır. Bu özelliği sebebiyledir ki, tür değiştirmede birleşme ve bölünmeden farklı olarak bir malvarlığı devri ya da devralınması söz konusu değildir. Eski şirket mevcut malvarlığı, alacakları ve borçları ile varlığını devam ettirmekte, dışardan bir malvarlığı parçası şirket bünyesine katılmamakta, sadece şirketin hukuki şekli değişmektedir. Bu sebeple tür değiştirme raporunda alacaklılar ve işçilerle ilgili açıklama yapılması zorunlu değilse de, şirketin raporda bu hususlara ilişkin açıklama yapmasına da engel değildir. Zira, birleşme ve bölünmedeki kadar olmasa da tür değiştirmede de işçiler ve şirketten alacaklı olanlar bu değişiklikten etkilenebilir. Şirketin hukuki yapısı ile birlikte tabi olduğu hükümler ve sorumluluk sistemi de tür değiştirme ile birlikte değişmektedir. Bu hususta kanun koyucu, sorumluluk ve iş sözleşmelerine ilişkin TTK m. 158 ve 178'e atıf yapmakla yetinmiştir (TTK m. 190).

III- İşletmenin Devri İle Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirmede İş İlişkilerinin Geçmesi ve İşçi Alacaklarından Sorumluluk

1. İşletmenin Devrinde

TBK m. 202 işletmenin devrini, TTK m. 11/3 ise ticari işletmenin devrini düzenlemektedir. Ancak bu hükümlerde iş sözleşmelerini ve işçi alacaklarını düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. TBK m. 428 ve İş K. m. 6 ise işyerinin veya bir bölümünün devrini özel olarak düzenlemektedir. Buna göre, işyerinin tamamı veya bir kısmı hukuki bir işleme dayalı olarak bir başkasına devredilirse, devredilen kısımda mevcut iş sözleşmeleri devralana geçecektir. Bu açıdan devre sebep olan hukuki işlemin niteliği önemli olmayıp, söz konusu işlem sonucunda kısmen veya tamamen bir devrin gerçekleşmesi yeterlidir⁴. İş sözleşmelerinin devralana geçişi, söz konusu iş sözleşmelerinden kaynaklanan bütün hak ve borçlar ile birlikte, bir bütün olarak gerçekleşir. Dolayısıyla, devir ile birlikte işveren değişikliği sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdiğinden bahsedilemeyeceği gibi, devirden öncesine ilişkin doğan hak ve borçların devirden sonrakilerden ayrılması da söz konusu değildir. İşçinin hizmet süresinin esas alındığı işçi haklarında devralan işveren, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihi esas alarak işlem yapmak zorundadır (İş K. m. 6). Dolayısıyla iş sözleşmesi herhangi bir kesintiye uğramadan devam etmiş, işçi de haklarını bu çerçevede almış olacaktır.

4 İşyeri devrinin şartları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Alpagut, Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul 2010, s. 28 vd.; Ayrıca bkz. Çelik / Çanıklıoğlu / Canbolat, s.138 vd.; Şakar, İş Kanunu Yorumu, s.160; Özkaraca, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 7 vd.; Kayık Aydınalp, Aslıhan, İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, İstanbul 2017, s. 59 vd.

Aynı yönde olmak üzere İş K. m. 6/5'de de işyerinin devrinde iş sözleşmelerinin devamlılığı ile ilgili bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, sırf işyerinin tamamının ya da bir kısmının devri, devreden veya devralan işveren için de işçi için de iş sözleşmesinin feshine gerekçe olmaz. Ancak işletmenin tamamen veya kısmen devrinden ayrı olarak, devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebepler yahut iş organizasyonu değişikliği sebebiyle fesih hakkı veya işçi ve işverenin haklı sebeplerle derhal fesih hakkı varlığını devam ettirir.

İş K. m. 6 ile getirilen düzenlemeler, iflas sebebiyle malvarlığının tasfiyesi sonucunda işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmayacaktır (İş K. m. 6/6). Zira bu durumda rızai bir devir söz konusu değildir.

İş K. m. 6 ile getirilen düzenlemenin işçi lehine olup olmadığı, başka birtakım imkanların tanınıp tanınmayacağı tartışılabilir. Ancak, İş K. m. 6 ile getirilen düzenlemenin, TBK ve TTK'da işletmenin devrinde, iş ilişkilerinin geçişi bakımından farklı bir hüküm olmaması sebebiyle herhangi bir tereddüde yol açmadan uygulanacağı söylenebilir. İş ilişkisinin, hakların ve borçların geçişinden farklı olarak, devirden önce doğmuş borçlar ile devirden sonra doğmuş borçlar arasında sorumluluk bakımından ise düzenlemeler arasında yeknesaklık yoktur. Şöyle ki;

İş Kanunu m. 6/3'e göre;

"... devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır."

Düzenleme, ticari işletmenin devrine de uygulanacak olan TBK m. 202 hükmüne benzer şekilde kaleme alınmıştır. Bu düzenlemeye göre de;

"Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlana-

cak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.

Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.

...

Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz."

Düzenlemeler benzer gibi gözükmeyle birlikte, aralarında önemli farklılıklar vardır. İş Kanunu m. 6/3'e göre devreden ve devralanın birlikte sorumlu olduğu borçlar, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardır. Hükmün lafzından, birlikte sorumluluk için devirden önce borcun doğmuş olmasının yeterli olmadığı, muaccel olmasının da arandığı neticesine ulaşılır. Halbuki TBK m. 202'ye göre, devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu için devirden önce doğmuş olması yeterli olup, muaccel olsun olmasın devirden önce doğan tüm borçlardan müteselsil sorumluluk söz konusudur. Bu noktada, İş Kanunu m. 6 / 3'ün, lafza göre değil amca göre yorumlanması düşünülebilir. Nitekim, işçinin haklarını koruma amacı ile hareket eden kanun koyucunun, işyerinin devri durumunda işçi alacaklarını güvence altına alma amacını taşıyan bir hükümde, işçiyi işletmenin diğer alacaklılarından daha kötü bir durumda bırakması beklenemez. Ancak, Kanun metninin açıklığı karşısında bu sonuca ulaşmanın güçlüğü de ortadadır⁵. Bu nedenle, İş Kanunu m. 6 / 3 değiştirilerek, konunun TBK m. 202'ye paralel şekilde yeniden düzenlenmesi veya bu konuda TBK

5 Hükmü lafzına göre yorumlayarak, borcun devirden önce doğmamış olması ya da devirden önce doğmakla birlikte devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan olmaması durumunda devreden sorumluluğunun bulunmayacağı hususunda bkz. Kayık Aydınalp, s. 75,76.

m. 202'ye gönderme yapılması yerinde olacaktır.

Düzenlemeler arasındaki bir diğer farklılık, devredenin müteselsilen sorumlu olduğu 2 yıllık sürenin İş K. m. 6'nın lafzına göre devirden itibaren başlayacak olmasıdır. Halbuki TBK m. 202'ye göre bu süre, muaccel borçlar için devrin bildirildiği veya duyurulduğu tarihten, daha sonra muaccel olacak borçlar için ise muacceliyet tarihinden işlemeye başlayacaktır. Devralan bildirim veya ilanla duyuru yükümlülüğünü yerine getirmedikçe 2 yıllık süre işlemeye başlamayacaktır⁶. Her iki hüküm karşılaştırıldığında, İş K. m. 6 hükmünden ziyade TBK m. 202 hükmü daha çok işçi lehinedir. Yukarıda da açıklanan gerekçelerle, bu farklılığın İş K. m. 6 ile amaçlanan, kanun koyucunun amacına uygun bir netice olmadığı da ortadadır. Yine, sürenin başlangıcını diğer alacaklara göre daha önceki bir tarih olarak belirlemekte haklı bir gerekçe de yoktur. Bu noktada, yukarıda da ifade edildiği gibi, İş K. m. 6'nın bu açıdan da hükmün amacı doğrultusunda TBK m. 202'ye uygun olarak yorumlanmasıyla, 2 yıllık müteselsil sorumluluk süresinin muaccel borçlarda devrin bildirildiği veya duyurulduğu tarihten, bu tarihte henüz müaccel olan borçlarda ise muacceliyet tarihinden itibaren başlayacağı düşünülebilir. Ancak, yukarıda olduğu gibi burada da, Kanun metninin açıklığı karşısında bu sonuca ulaşmak pek mümkün değildir. Bu nedenle, bu konuda da bir kanun değişikliği yapılarak, TBK m. 202'deki çözümün benimsenmesi yerinde olacaktır.

2. İşletmelerin Birleşmelerinde

İşletmelerin birleşmesi, devirden farklıdır. Farklılık iki temel konuda ortaya çıkmaktadır. İşletmenin devrinde devredilen işletmeden ayrı başka bir işletmenin varlığı aranmaz. Birleşmede ise en az iki

işletmenin varlığı şarttır. Diğer temel farklılık ise, devredilen işletmenin sahibinin devirden ve birleşmeden sonra üstleneceği rolde kendisini gösterir. İşletmenin devrinde işletmenin sahibi değişmekte, eski işletenin devirden sonra devredilen kısımda söz hakkı kalmamaktadır. İşletme devreden mal varlığından çıkmaktadır. Birleşmede ise en az iki işletmenin birleştirilmesi ile oluşan yeni yapıda eski işletmelerin sahipleri ortak sıfatıyla rol almaya devam etmektedirler. Devirden farklı olarak, birleşen işletmelerin sahipleri, birleşme ile oluşan yapı üzerinde ortak sıfatıyla hak sahibi olmaktadır. Hak ve borçların geçişi, birleşmeden sonra sorumluluk ve iş ilişkilerinin geçişi ile ilgili yapılacak değerlendirmelerde, devirden farklılık taşıyan bu özelliklerin göz önünde bulundurulması gerekir.

İşletmelerin birleşmesi ile işletmenin devri arasındaki bu farklılık, uygulanacak hükümlerde de kendisini göstermektedir. İşletmenin birleşmesi TBK m. 203/1'de düzenlenmiştir. Buna karşın İş K. m. 6, açık bir şekilde işletmenin devrinden bahsetmiş, hakların ve borçların geçişi, sorumluluk ile ilgili düzenlemelerinde de açıkça devreden ve devralandan bahsetmiştir. Birleşme ifadesinin geçtiği tek düzenleme İş K. m. 6/4 hükmü olup, burada da tüzel kişiliğin birleşme sebebiyle sona ermesi karşısında birlikte sorumluluğun uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. İşletmelerin birleşmesinde işletmenin ayrı bir tüzel kişiliği bulunmadığından, tüzel kişiliğin birleşme sebebiyle sona ermesi de söz konusu değildir. Tüm bu sebeplerle, işletmelerin birleşmesi İş K. m. 6 hükmünün kapsamı dışında kalmaktadır⁷. Bu se-

6 İş K. m. 3 hükmüne göre işletmeyi devralan da devreden de (devir sebebiyle faaliyetine son verdiği için) bir ay içinde Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne bildirmek zorundadır. Bir şirketin ticaret siciline tescille kurulması ya da sicilden silinerek tüzel kişiliğini kaybetmesi durumunda ise, bildirim ticaret sicili memurlukları tarafından gerekli belgelerin gönderilmesi suretiyle yapılır. Ancak bu bildirimin devir sebebiyle müteselsil sorumluluğun söz konusu olacağı 2 yıllık sürenin başlangıcına bir etkisi yoktur.

7 Özkara, İş K. m. 6 hükmünün birleşme, bölünme veya tür değiştirme suretiyle gerçekleştirilecek işyeri devirlerine de uygulanabilecek bir hüküm olduğunu, bu konuda hükmün 4. fıkrasının yeterli açıklığa sahip olduğunu belirtmektedir. Bkz. Özkara, Ercüment 6 1 0 2 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Tür Değiştirmesinin İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 25 Mayıs 2012, s. 106. Aynı yönde bkz. Kayık Aydınalp, s. 81. TTK'daki hükümlerin kaldırılarak, İş K. ve TBK'nın işyeri devrine ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmasının daha doğru olacağı eleştirisi için bkz. Akkaşoğlu, Şeyma, Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2017, s. 110. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme bakımından

bepile aşağıda yapılacak olan açıklamalarda TBK m. 203 hükmü dikkate alınacaktır.

TBK m. 203 işletmelerin birleşmesinde sorumluluğu düzenlemektedir. Buna göre: bir işletmenin başka bir işletme ile birleşmesi durumunda, her iki işletmenin de alacaklıları bir malvarlığının devralınmasına ilişkin haklara sahip olacak, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabileceklerdir. Bu hükümle öncelikle bünyesinde birleşilen işletmenin birleşmeye katılan diğer işletmelerin borçlarından da sorumlu olduğuna işaret edilmektedir. İkinci olarak ise, malvarlığının devralınmasına ilişkin TBK m. 202 hükmünün bu durumda da uygulanacağı vurgulanmaktadır.

Yukarıda da açıklandığı üzere TBK m. 202 hükmü bir işletme veya malvarlığının devrini düzenlemektedir. Asıl sorumlu devralan iken, devreden de devralanla birlikte 2 yıllık müteselsil sorumluluğu söz konusudur. Bu hükmün işletmenin birleşmesine uygulanması durumunda, birleşmeden önce işletmenin sahibi olan kişilerin 2 yıllık müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, işletmelerin birleşmesini devirden ayıran husus, birleşen işletmenin sahibinin devirden farklı olarak bünyesinde birleşilen işletmede ortak sıfatını kazanmasıdır. Örneğin iki gerçek kişi kendilerine ait işletmeleri tek başına işletirken işletmelerini birleştirmeye karar verdiklerinde, bir ticaret şirketi çatısı altında birleşmeyeceklerse, aralarında bir

adi şirket ilişkisi kurulacaktır. Birleşme neticesinde oluşan işletmeyi birlikte ve her ikisinin adına işletmeye başlayacaklardır. Bu durumda birleşmeye katılan işletme sahibi de birleşme neticesinde ortaya çıkan işletmenin ortakları arasında yer alacağından, sorumluluğunun 2 yıllık süre ile sınırlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Birleşme ile ortaya çıkan adi şirketin ortağı sıfatıyla, birleşmeden önceki borçlardan da sonraki borçlardan da her bir borcun tabi olduğu zamanı süresi boyunca, diğer ortak/ortaklarla birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. 2 yıllık sürenin dolmasından önce ortaklığın bozulması durumunda da bu neticede bir değişiklik meydana gelmez. Zira, ortaklardan birinin adi şirketten çıkması durumunda TBK m. 634 vd., adi ortaklık ilişkisinin sona ermesi durumunda ise TBK m. 645, çıkan ortak ile sona eren şirketin ortaklarının sorumluluğunu özel olarak düzenlemiştir.

3. Ticaret Şirketlerinin Birleşmelerinde

Ticaret şirketlerinin birleşmesi TTK m. 136 vd maddelerinde düzenlenmiştir. İşletmelerin birleşmesinden farklı olarak, ticaret şirketlerinin birleşmesinde bünyesinde birleşilen şirket dışındaki şirketler, sürecin tamamlanması ve birleşmenin ticaret siciline tescili ile tüzel kişiliklerini kaybederler. Tüzel kişiliğin ortadan kalkması sebebiyle de, birleşmede devrolunan şirketlerin müteselsil sorumluluğundan bahsedilemez. İş K. m. 6/4 bu hususa işaret etmiştir; "...Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz." Hüküm birleşme bakımından doğru bir açıklamaya yer vermekle birlikte, tür değişikliği için hatalı şekilde kaleme alınmıştır. Tür değişikliğinde yeni türe dönüştürülen şirket eskisinin devamıdır (TTK m. 180). Bu sebeple bir sona ermenin varlığından bahsedilemez. Müteselsil sorumluluğun tür değişikliğinde uygulanmamasının nedeni ise, birleşmeden farklı olarak tür değişikliğinin sahip olduğu bu özelliğidir⁸.

özel düzenlemenin olmadığı hallerde İş K. m. 6 hükmünün kıyasen uygulanması düşünülebilirse de, TTK'da yer alan özel düzenlemeler karşısında artık ilgili özel düzenlemelerin uygulanması gerekir. Zira İş K. m. 6 özel olarak birleşme, bölünme ve tür değişikliği durumunda iş ilişkilerinin geçmesini düzenlemektedir. Birleşme ve tür değişikliği ile ilgili tek hükmü 4. fıkra da yer almakta olup, bu düzenleme de birleşme, bölünme ve tür değişikliğinin yapısına uygun sıhhatli bir düzenleme değildir. Öncelikle hükümde 'katılma'dan bahsedilmiş olup, katılma ile neyin ifade edilmek istendiği belli değildir. Sadece tüzel kişiliğin sona ermesine dayanarak düzenleme yapmış olup, bu hüküm olağan olan hususun açıklanmasından ibarettir. Kaldı ki türünün değişmesi suretiyle tüzel kişiliğin sona ermesinden bahsetmiş olup, bu açıdan tür değişikliğine ilişkin hükümlere tamamen aykırıdır. Tür değişikliğinde tüzel kişiliğin sona ermesi söz konusu değildir.

8 Ayrıca bkz. Şakar, İş Kanunu Yorumu, s. 158-160.

Yukarıda ticari işletmelerin birleşmesi bahsinde de değinildiği üzere, İş K. m. 6 hükmü işyerinin devri durumunda iş sözleşmelerine ilişkin özel düzenlemeler getirmektedir. Birleşme ise hükmün sadece 4. fıkrasında geçmektedir. Bu fıkra birleşme durumunda tüzel kişiliği sona erecek şirketin bünyesinde birleşilen şirketle birlikte sorumluluğundan bahsedilemeyeceğine ilişkin aşikar olan durumu açıklamaktan ibarettir. Bu düzenleme dışında maddenin diğer tüm fıkraları işyerinin devri ile ilgili özel düzenlemeler getirmekte, devreden ve devralan özelinde düzenlemeler yapmaktadır. Yine işletmelerin birleşmesi bahsinde değindiğimiz üzere, işletmenin devri müessesesi ile ticaret şirketlerinin birleşmesi farklı kurumlar olup, birbirinden farklı ihtiyaçlar karşısında birbirinden farklı düzenlemelere tabidirler. Bu sebeple, İş K. m. 6 hükmünün işyerinin devrine ilişkin düzenlemeleri ticaret şirketlerinin birleşmesine uygulanamayacaktır. Uygulanabilecek tek hüküm olan İş K m. 6/4 ise, yukarıda da belirtildiği üzere aşikar bir durumu açıklamaktan ibaret olduğu için, hükmün ticaret şirketlerinin birleşmesi bakımından özel bir düzenleme getirdiğinden bahsedilemez.

Birleşmenin hukuki sonuçlarını düzenleyen TTK m. 153'e göre, birleşmenin ticaret siciline tescili anında devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifleri kendiliğinden devralan şirkete geçecektir. Bu neticenin doğması için aktif ve pasiflerden devralan şirketin haberdar olmasına ya da devrolunan şirketten alacaklı olanların birleşmeyi bilmelerine ya da onay vermelerine gerek yoktur. Aktif ve pasifler konusunda ihtilafın varlığı da bu neticeye etkili değildir. Devralan şirket, tescilden önce doğmuş olan borçlardan bilgisi dahilinde olmasa dahi birleşmenin tescilinden itibaren sorumludur, aktiflerin ise sahibidir.

Birleşmede müteselsil sorumluluğun mümkün olmadığını dikkate alan kanun koyucu, TTK m. 158'de birleşmede devrolunarak tüzel kişiliğini kaybeden şirketin ortaklarının sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Devrolunan şirketin ortakları birleşmeden önce şirket borçlarından şahsen sorumlu değillerse, birleşmeden

sonra da bir değişiklik meydana gelmemekte, şirket borçlarından dolayı sorumlulukları doğmamaktadır. Ancak şirket borçlarından sorumlulukları bulunan ortakların birleşme neticesinde bu sorumluluklarının ortadan kalkmasına izin verilmemektedir. Birleşme kararının ilanından önce doğmuş veya borcu doğuran sebep bu tarihten önce gerçekleşmişse, şirket borçlarından sorumluluğu bulunan ortaklar, sorumluluğun olmadığı bir şirket çatısı altında birleşmiş olsalar da sorumlu olmaya devam ederler. Bu borçlar için ortakların sorumluluklarında bir değişiklik meydana gelmez⁹. Ortakların kişisel sorumluluğunda zamanaşımı süresi üç yıldır¹⁰. Bu süre muaccel olan alacaklar için birleşme kararının ilanı tarihinde, müaccel olan alacaklar bakımından ise muacceliyet tarihinde işlemeye başlar.

Devrolunan şirketin taraf olduğu hukuki ilişkilerin geçişi ve bu hukuki ilişkilerden sorumluluk bakımından durum yukarıda açıklandığı şekildedir. İş ilişkileri bakımından ise kanun koyucu bir ayrıma gitmiş, konuyu diğer hukuki ilişkilerden farklı düzenlemek istemiştir. TTK m. 158/4 hükmü, iş ilişkileri hakkında 178. maddenin uygulanacağı hükmünü getirmiştir. Hükmün diğer fıkraları her ne kadar devrolunan şirket ortaklarının sorumluluğunu düzenlese de, 4. fıkra bununla sınırlı olmaksızın iş ilişkileri ile ilgili genel bir atıfta

9 Sorumluluğu devam eden ortaklar arasında TTK m. 141 uyarınca ayrılma akçesini alarak ayrılan ortakların da bulunduğu hususunda bkz. Çoştan, Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara 2009, s. 223. TTK m. 158'in, "Devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları..." ifadesine yer vermesi sebebiyle, hükmün bu şekilde uygulanması gerekir. Ancak hüküm bu şekilde kaleme alınmamış olsaydı da, ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılan ortakların kolektif, komandit ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ortağın şirketten ayrılması durumunda şirket borçlarından sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde yine de sorumlulukları doğacaktı.

10 Birleşmede ortakların sorumluluğu, işletmenin devrinde devreden müteselsilen sorumlu olacağı 2 yıllık süreden daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Bunun sebebi, kolektif şirkette ayrılan ortağın şirket borçlarından sorumluluğuna ilişkin TTK m. 264'de düzenlenen üç yıllık süredir.

bulunarak m. 178'e gönderme yapmıştır¹¹. Bu sebeple, TTK m. 178'de düzenlenen hususlar birleşmede iş ilişkileri bakımından da uygulanacak, m. 178'de özel olarak düzenlenmeyen hususlarda ise diğer hukuki ilişkiler ile aynı hukuki neticeler iş ilişkileri bakımından da geçerli olacaktır.

TTK m. 178 şirket bölünmelerine ilişkin düzenlemeler arasında yer almaktadır. Bu sebeple hükmün birleşme için uygulanmasında, birleşmenin özellikleri, farklılıkları dikkatten kaçırılmamalıdır.

TTK m. 178'e göre, birleşme suretiyle tüzel kişiliğini kaybeden şirketin, birleşmeden önce işçilerle yapmış olduğu hizmet sözleşmeleri, devir günü itibarıyla doğmuş hak ve borçlarla birlikte devralan şirkete geçer. Hükmün amacı, yapı değişikliği gerekçe gösterilerek hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesini engellemek, bu şekilde işçinin mağdur edilmesinin önüne geçmektir. Bu sebeple hüküm, hizmet sözleşmesinin hak ve borçlarla birlikte devralana geçişini, bu duruma işçinin itiraz etmemiş olması şartına bağlamıştır. İşçi yeni işveren ile hizmet sözleşmesinin devam etmesini menfaatlerine uygun bulmuyorsa, bu duruma itiraz ederek hizmet sözleşmesinin sona ermesini sağlayabilecektir¹². Ancak aynı imkan yeni işveren bakımından söz konusu değildir. İşçinin itiraz etmesi durumunda hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonuna kadar yürürlükte kalacak, bu sürenin tamamlanması ile sona erecektir (TTK m. 178/2).

Kanuni işten çıkarma süresinin bu düzenlemede esas alınması, İş K.'nda bu sürenin düzenlenmemiş olması sebebiyle çeviri hatası yapıldığı belirtilerek eleştirilmiştir¹³. Özkaraca bu hususta

İş K. m. 17'de düzenlenen yasal asgari fesih bildirim sürelerinin uygulanacağı görüşündedir^{14,15}. Bizce de bu görüş isabetlidir. Bu özel düzenleme sebebiyle işçi, diğer sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafının sahip olmadığı bir hakka sahiptir. Diğer sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafı birleşme neticesinde sözleşmenin hak ve borçları ile devralan şirkete geçmesine, bu şirketin sözleşmenin tarafı olmasına engel olamadığı gibi, birleşmeye gerekçe göstererek sözleşmeyi sona erdirmeye imkanına da sahip değildir. İşçinin yapacağı itiraz da, birleşmenin gerçekleşmesine de hizmet sözleşmesinin birleşme neticesinde devralana geçişine de engel değildir.¹⁶ Birleşme

lum 2012/I, S. 32, s. 63; Gündoğdu, Gökmen/Kaplan, Hasan Ali, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Bölünmenin İş İlişkilerine Etkisi, Prof.Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s.1018. Tekinalp ise, kanuni çıkarma usulünün İş Kanunu ile sözleşme hükümlerine tabi olduğunu belirtmiştir. Bkz. Tekinalp, Sosyal Plan, s. 1090.

14 Özkaraca, s. 133. Ayrıca bkz. Gündoğdu /Kaplan, Bölünmenin Etkisi, s. 10198, 1019; Alp, TTK 178;158;190, s. 64. Pulaşlı'ya göre, "iş ilişkisi yasal fesih ihbar süresinin, yani üç aylık sürenin geçmesiyle sona erer." Pulaşlı, Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 130.; Astarlı, Muhittin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı, Çalışma ve Toplum, 2013 / 1, S. 36, s. 94.

15 Alp, devreden veya devralan işverenin itiraz eden işçiye bildirim süresine karşılık gelen ücreti peşin olarak ödeyerek hizmet sözleşmesini sona erdirebileceği görüşündedir. Alp, TTK 178;158;190, s. 65. Özkaraca, peşin ödeme suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesinin mümkün olmadığı kanaatinde. Bkz. Özkaraca, s. 134.

16 İsviçre Hukukunda da işçinin itirazının iş sözleşmesinin sona ermesine yol açtığı, ancak feshi bildirimi olarak kabul edilmediği, yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunun, bu sebeple de şarta bağlanamayacağının ve hakkın kullanımından sonra geri alınamayacağının, işçinin bu hakkını kullanırken gerekçe göstermek zorunda olmadığı kabul edildiği hususunda bkz. Özkaraca, s. 128, dn. 64-66'da anılan Kradolfer, Dean Andreas, Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, Genève-Zürich-Bâle 2008, 96,99, 100, Streiff, Ulin/von Kaenel, Adrain, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2006, OR 333, N. 11; Alp, TTK 178;158;190, s. 61. TTK m 178 düzenlemesine göre işçinin itiraz etmesi durumunda iş sözleşmesinin geçişinin söz konusu olmayacağı, hükümde tarafların iş sözleşmesinden değil iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerin devralan tarafından yerine getirilmesinin kastedildiği, m. 178/II'deki yükümlülüğün kaynağının "fiili iş ilişkisi" olarak anlaşılmalı gerektiği, hükmün bu şekilde değiştirilmesi gerektiği hususunda bkz. Gündoğdu, Gökmen/Kaplan, Hasan Ali,

11 TTK'da İş K.'nın ötesinde düzenlemeler getirilmesine karşın, İş K. ve Türk İş Hukuku ile bağlantısı kurulmadığından ciddi sorunların ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğu hususunda bkz. Alpagut, İşyerinin Devri, s. 83, 84.

12 İtiraz hakkı düzenlemesinin yerinde olmasına karşın, sonuçları bakımından İş hukuku hükümlerinin dikkate alınmamasının ciddi soru işaretlerine sebep olduğu hususunda bkz. Alpagut, İşyerinin Devri, s. 195, 196.

13 Bkz. Özkaraca, s. 132; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, 213; Alp, Mustafa, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178;158;190), Çalışma Top-

ile birlikte hizmet sözleşmesinin tarafı devralan olur. Yapılacak itiraz, hizmet sözleşmesinin devralan ile devamını engellemekte, işten çıkarma süresinin sonunda hizmet sözleşmesi sona ermektedir. Nitekim TTK m. 178/2'de açıkça, devralan ve işçinin sona erme tarihine kadar hizmet sözleşmesini yerine getirmekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla işçiye diğer sözleşenlerden farklı olarak tanınan imkan, iş sözleşmesinin devralan ile devamına itiraz etme hakkıdır.

İşçinin bu hakkını kullanması herhangi bir şekil koşuluna bağlanmadığı gibi, işçi bir gerekçe göstermek zorunda da değildir. Ancak, ispat bakımından itirazın yazılı¹⁷ ya da noter kanalı ile gönderilmesi faydalı olacaktır. İşçinin bu itirazı işverene yöneltilecek olmakla birlikte, etkilerini doğurması işverenin kabulüne de bağlı değildir. İşçi tarafından tek taraflı olarak kullanılabilecek bir haktır.

İtiraz birleşme neticesinde devrin gerçekleştiği ana¹⁸ kadar yapılmalıdır. Bu an, birleşmenin

hukuki sonuçlarını düzenleyen TTK m. 153 hükmüne göre birleşmenin ticaret siciline tescil edildiği andır. Zira bu an itibarıyla aktif ve pasifler kendiliğinden devralan şirkete geçecek, hizmet sözleşmelerinin tarafı da kendiliğinden devralan şirket olacaktır. TTK m. 178 hükmüne göre de işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, itiraz edilmemesi durumunda, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçecektir. Bu sebeple itirazın sicile tescil anına kadar devreden işverene¹⁹ yapılması gerekmekte olup, bu ana kadar itiraz yapılmaması durumunda hizmet sözleşmesinin tarafı kendiliğinden devralan olacaktır. Bu kapsamda işçinin birleşmeden haberdar olmama ihtimali²⁰ akla gelmekte ise de, yukarıda da açıklandığı üzere birleşme raporunun içeriği ve inceleme hakkı bu konudaki tereddütleri bertaraf etmektedir²¹.

payı da bırakılacak şekilde bir süre tanınabileceği, bu sürenin devrolunan şirket yöneticileri tarafından işçiye bildirilebileceği, sürenin işçi temsilcileri ve sendika ile görüşülerek belirlenmesinin, ilan ve ayrı ayrı bildirimin amaca uygun olacağı, bildirimde itirazın anlamı ve hukuki sonuçlarının da açıklanması gerektiği hususunda bkz. Tekinalp, Sosyal Plan, s. 1090.

- Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Bölünmenin İş İlişkilerine Etkisi, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 1016. Aksi yönde itiraz eden işçinin hizmet sözleşmesinin de birleşmede tam, bölünmede kısmî küllî halefiyet gereği geçeceği, itiraz eden işçinin hizmet sözleşmesinin süresinin sonunda sona ereceği hususunda bkz. Tekinalp, Sosyal Plan, s. 1089, 1090. Benzer yönde bkz. Alp, TTK 178;158;190, s. 65; İşçinin yapacağı itirazın iş sözleşmesinin geçişini engelleyeceği yönünde görüş için bkz. Şakar, İş Kanunu Yorumu, 162.
- 17 Aynı yönde bkz. Tekinalp, Sosyal Plan, s. 1090; Alp, TTK 178;158;190, s. 63; Gündoğdu/Kaplan, TTK Tasarısı, s. 1018; Ayrıca bkz. Astarlı, s. 89.
- 18 İtiraz hakkının kullanılması gereken süre bakımından İş K. m. 22'de öngörülen 6 iş günlük sürenin kıyasen uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Alp, TTK 178;158;190, s. 62, 63. Yapı değişikliğinin gerçekleştiği ana kadar itiraz edilebileceği hususunda bkz. Gündoğdu/Kaplan, TTK Tasarısı, s. 1018. Dürüstlük kuralına göre makul bir süre içinde hakkında kullanılabileceği hususunda bkz. Süzek, s.212.; Şakar, İş Kanunu Yorumu, 162. Makul sürenin bir ay olarak kabulünün uygun olacağı görüşü için bkz. Özkaraca, s. 130; Kayık Aydınalp, s. 150. Tekinalp'e göre, işçi itirazını yapı değişikliğinin geçerli olmasından yani intikalden sonra da şartlara göre makul süre içinde ileri sürebilecek, şartlara göre makul süre ifadesi ile sosyal planın uygulanmasının görülmesi için gerekli süre ifade edilmektedir. Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası. İstanbul 2014, s. 165. İşçinin itirazı yapması için kendisine düşünme

- 19 İtirazın devreden veya devralana yapılmasının yeterli sayılması görüşü için bkz. Süzek, s. 212. Özkaraca İsviçre doktrinde itirazın yöneltileceği kişi ile ilgili değişik görüşler bulunduğunu, itiraz anında işveren sıfatını taşıyan kişi olan devirden önce devreden devirden sonra devralana, her zaman devredene, her zaman devralana, her zaman hem devreden hem devralana, iş sözleşmesi kimin döneminde sona erecekse ona, devreden veya devralan işverene yöneltilebileceğinin savunulduğunu belirtmektedir. Bkz. Özkaraca, s. 129, dn. 68, 69'da anılan yazarlar; Ayrıca bkz. Astarlı, s. 90.
- 20 İşçinin itiraz hakkını kullanabilmesi için önceden bilgilendirilmesi yükümlülüğünün kaçınılmaz olduğu hususunda bkz. Alpagut, Gülsevil, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun İş Hukukuna Etkileri, 25. Mayıs, 2012, II. Oturum Türk Ticaret Kanununun İş Hukukuna Etkileri, Tartışma, s. 176; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 180 vd. İsviçre, Almanya ve AB Hukukları kapsamımda bilgilendirme yükümlülüğü için bkz. Kayık Aydınalp, s.112 vd. Bölünmede itiraz hakkının TTK m. 174 hükmü gereği alacaklılara yapılacak çağrıya kıyasen belirlenmesi gerektiği ve işçilerin itiraz haklarının üçüncü ilan tarihinden itibaren başlayacağı ve bölünme anına kadar yapılabileceği hususunda bkz. Gündoğdu /Kaplan, Bölünmenin Etkisi, s. 1017, 1018.
- 21 Ancak, Türk Hukukunda, işçilerin, danışılma ve yönetime katılma usulleri ile ilgili olarak açık yasal düzenleme bulunmamaktadır. Sendikal örgütlenmenin de oldukça

Yukarıda da açıklandığı üzere, birleşme raporunda yapı değişikliğinin birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ve mümkünse bir sosyal planın içeriğinin de yer alması gerekmektedir (TTK m. 147/2-i). TTK m. 149'a göre ise, genel kurul kararından önceki otuz gün içinde birleşme raporunun da diğer belgelerle birlikte menfaat sahiplerinin ve diğer ilgililerin incelemesine şube ve merkezlerde sunulması ve internet sitesine konulması gerekmektedir. Aynı hükme göre, inceleme hakkının kullanılabilmesi ve belgelerin nerelerde incelemeye hazır tutuldukları birleşmeye katılan şirketlerden her biri tarafından Ticaret Sicil Gazetesi'nde ve internet sitesinde ilan edilecektir. Belgelerin tevdi edildiği yer ayrıca şirket sözleşmesinde öngörülen gazete-lerde de ilan edilir. Tüm bu ilanlar, işçinin birleşmeden haberdar olmasını sağlayacak, birleşme raporunun içeriği de birleşmenin etkileri konusunda işçiye bilgi verecek, hizmet sözleşmesinin devamı konusunda sağlıklı karar vermesini sağlayacaktır²². Ancak burada yaşanabilecek sıkıntı, küçük ve orta ölçekli şirketlerde tüm ortakların onaylaması ile birleşme raporunun düzenlenmesinden ve inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçilebilmesidir (TTK m. 147/4, 149/5). Söz konusu hükümde birleşme raporunun içeriği ve inceleme hakkının sahibi sadece şirket ortaklarıymış varsayımı üzerinden hareketle, ortakların oy birliği ile birleşme raporunun düzenlenmesi ve inceleme hakkından vazgeçilebileceği hükme bağlanmıştır. Halbuki yukarıda da açıklandığı üzere, ortaklardan çok işçiler ve şirketten alacaklı olan diğer kişiler bakımından bu raporun düzenlenmesi ve inceleme hakkı önem taşımaktadır.

Zira bu kişilerin tek bilgi alma kaynağı bu rapor ve inceleme hakkıdır.

Ortakların bu yönde bir karar alarak, inceleme hakkını ortadan kaldırmaları durumunda, artık işçiye itiraz hakkını kullanması için makul bir süre tanınmalıdır. Bu sürenin ne kadar olduğu her somut olayın şartlarına göre değişebilir. Makul sürenin başlangıcı ise, işçinin birleşmeyi öğrendiği tarih olmalı, işçinin iddia ettiği tarihten daha önce birleşmeye vakıf olduğunu ispat yükü, makul süre içinde itiraz edilmediğini iddia eden tarafa ait olmalıdır. Şüphesiz bu durumda işveren birleşmenin gerçekleşmesinden önce işçilere bildirimde bulunabilir ve itiraz haklarını hatırlatarak bildirimde belirteceği süre içinde bu haklarını kullanmalarını isteyebilir. Bu ihtimalde işçiye tanınan sürenin de soyut olayın şartlarına göre makul bir süre olması şarttır²³.

İşçinin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan alacakları da şirketin diğer borçları gibi TTK m. 158'de alacaklılar için sağlanan korumadan yararlanabilirler. TTK m. 178/3, işçiyi koruma amacıyla işçi alacakları bakımından özel bir düzenleme getirmiştir. Bu sebeple işçi alacakları bakımından öncelikle özel hükmün uygulanması gerekir. Ancak m. 178/3 eski işveren ile devralanın müteselsil sorumluluğunu düzenlediğinden, birleşmede uygulanması imkanı bulunmamaktadır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, birleşmede devralan şirket dışındaki diğer şirketler birleşmenin tamamlanması ile tüzel kişiliklerini kaybetmektedirler. Birleşme ile birlikte hak ve borçlar da birleşmede devralan şirkete geçeceğinden, birleşmeden önce ya da sonra doğması veya birleşmeden önce ya da sonra muaccel olması arasında bir farklılık olmaksızın, hizmet sözleşmesinden doğan tüm borçlardan bünyesinde birleşilen şirket işçiye karşı sorumlu olacaktır.

Birleşmede işçiye hizmet sözleşmesinin devamı bakımından itiraz imkanının tanınması, işçinin kıdem tazminatı bakımından tereddütlere yol açmıştır. Öncelikle belirtilmelidir ki, TTK m. 178 ile işçiye tanınan imkan, hizmet sözleşme-

yetersiz olduğu dikkate alındığında, bu konuların yasal düzenlemeyle sağlam esaslara bağlanması, uygulama yönünden ortaya çıkabilecek aksaklıkları ve tereddütleri ortadan kaldıracaktır. Ayrıca bkz. Astarlı, 88,89.

22 İsviçre hukukunda bilgi verme ve danışma yükümlülüğü ile ilgili açıklama ve bu kapsamda TTK'ya getirilen eleştiriler için bkz. Özkara, s. 131, 132 dn 84. Bu hususta AB Yönergelerindeki durum ile ilgili olarak bkz. Alpagut, İşyerinin Devri, s. 184-186; Özkara, İşyeri Devri, s. 243 vd. Sosyal plan teriminin geniş yorumlanmaya müsait olduğu ve işçi temsilcileriyle birleşme ve bölünme sorunlarının birlikte ele alınması gerekliliğini de ifade ettiği hususunda bkz. Tekinalp, Sosyal Plan, s. 1087.

23 Bu konudaki değişik öneriler için bkz. Astarlı s. 91, 92.

sini sona erdirmek değil, devralan ile devamına itiraz etmektir. Bu itiraza her ne kadar Kanun'da hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesi neticesi bağlanmış olsa da, bu netice Kanun'dan doğmaktadır²⁴. İşçiye tanınan imkan birleşme neticesinde hizmet sözleşmesinin de devralana geçmesine itiraz etmektir. Bu sebeple, itiraz imkanı kullanıldığında, işçinin hizmet sözleşmesini feshettiğinden bahsedilemeyeceğinden, kıdem tazminatı talep edemeyeceği de söylenemez. Zira dikkat edilmelidir ki TTK m. 178, itiraz üzerine hizmet sözleşmesinin kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona ereceğini hükme bağlamıştır. Bu düzenlemedeki 'çıkarma' ifadesi kıdem tazminatı bakımından da yol göstericidir. İtiraz hakkının kullanılmasına, dolayısıyla da itiraza kanunen bağlanan sona erme neticesinin ortaya çıkmasına bizzat işveren, yapı değişikliği kararı almakla sebep olmuştur. Tüm bu sebeplerle işçinin itiraz hakkını kullanması neticesinde hizmet sözleşmesinin sona ermesi durumunda da kıdem tazminatına hak kazanılacaktır²⁵. Hizmet sözleş-

mesinin kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona ereceği açıkça hükme bağlandığından, peşin ödeme ile sözleşmenin daha erken sonlandırılması da mümkün olmayacaktır²⁶. Kıdem tazminatının kim tarafından ödenmesi gerektiğine ise yine TTK m. 178/2 cevap vermektedir; "devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür". Bu çerçevede hizmet sözleşmesinin sona ermesi ile gündeme gelecek kıdem tazminatı da devralan tarafından ödenecektir. Bu netice aynı zamanda birleşmenin doğası gereğidir. Zira birleşme neticesinde devrolan şirket tüzel kişiliğini kaybedecektir. Kıdem tazminatı ile ilgili olarak ulaşılan bu netice, hizmet sözleşmesinin sona ermesi durumunda işçinin sahip olacağı tüm imkanlar bakımından yol gösterici olacak, işçinin sözleşmeyi fesh iradesi bulunmadığından, işçinin sözleşmeyi feshi durumunda uğrayacağı hak kaybı şirketlerin birleşmesinde söz konusu olmayacaktır.

İşçi alacakları ile ilgili bir diğer özel hüküm, TTK m. 178/5 düzenlemesidir. Buna göre işçiler, muaccel olan ve m. 178/1'de öngörüldüğü şekilde muaccel olacak olan alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler²⁷. TTK m. 178/1

24 İsviçre Hukukunda işçinin itirazının bir fesih olmadığı, kanun gereği kendiliğinden hizmet sözleşmesinin sona erdiğinin kabul edildiği hususunda bkz. Özkaraca, s. 136, dn 99'da anılan Rehbinden, Manfred: in Berner Kommentar, Band VI, Das Obligationenrecht, 2/2/2, Bern 1992, OR 333, N. 10.

25 İşçinin itiraz etmesinin istifa etmesi anlamına gelmediği, bu sebeple işçinin kıdem tazminatı dahil haklarını kaybetmeyeceği, yapı değişikliğinin işçinin isteği dışında ve kontrolü dışında cereyan ettiği, işçinin kıdem tazminatı dahil bütün alacaklarının ödenmesinin gerektiği hususunda bkz. Tekinalp, Seminer Tartışma, s. 51. Benzer yönde bkz. Özkaraca, s. 137; Şakar, İş Kanunu Yorumu, 163; Süzek, Sarper, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun İş Hukukuna Etkileri, 25. Mayıs, 2012, II. Oturum Türk Ticaret Kanununun İş Hukukuna Etkileri, Tartışma, s. 175; Kar, Bektaş, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun İş Hukukuna Etkileri, 25 Mayıs, 2012, II. Oturum Türk Ticaret Kanununun İş Hukukuna Etkileri, Tartışma, s. 176; Alp, Mustafa, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun İş Hukukuna Etkileri, 25. Mayıs, 2012, II. Oturum Türk Ticaret Kanununun İş Hukukuna Etkileri, Tartışma, s.178.; Astarlı, s. 95, 96. İş sözleşmesinin işçi tarafından fesh edildiği, ancak hükmün mevcut sistemi değiştirerek yeni bir haklı neden yarattığı, bu sebeple de işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı yönünde bkz. Gündoğdu / Kaplan, TTK Tasarısı, s. 1020. Devralma yolu ile birleşmeye işçinin itiraz etmesi sebebiyle iş akdinin sona erdiği

bir somut olayda, işyeri devrinin işçi bakımından haklı fesih oluşturmayacağı gerekçesi ile kıdem tazminatı talebinin reddi yönünde bkz. Yrg. 9. HD, E. 2015/28060, K. 2018/22719, 10.12.2018 tarihli kararı www.kazanci.com.tr (erişim tarihi 05.04.2019).

26 Astarlı, s. 96.

27 Hüküm kapsamındaki işçi alacaklarının sadece birleşme ya da bölünme sebebiyle iş sözleşmelerinin geçişi söz konusu olan işçilerin alacaklarını değil, birleşme ya da bölünmeye katılan tüm şirketlerin işçilerini kapsadığı yönünde bkz. Özkaraca, s. 165, 166. TTK m. 157'nin uygulanma şartlarından birisinin yeniden yapılandırılmaya ilişkin hükümlerde söz konusu olacak için ayrı bir korumanın öngörülmemiş olması olduğu, işçi-işveren ilişkisinden doğan talepler için TTK m. 178 hükmünün uygulanması gerektiği hususunda bkz. Çoştan, s. 129,130. Aksi yönde Tekinalp, Sosyal Plan, s. 1090. Kanaatimce TTK m. 178/5'de düzenlenen teminat talep etme hakkı, maddenin başlığına uygun olarak ve maddenin diğer fıkralarında da kabul edildiği üzere, yapı değişikliği sebebiyle iş ilişkilerinin geçişinin söz konusu olduğu hizmet sözleşmelerinden doğan işçi alacaklarına uygulanmalıdır. Yapı değişikliği sebebiyle geçiş söz konusu olmayan, (örneğin birleşmede bünyesinde birleşilen şirket ile işçileri arasındaki ilişkiden kaynaklanan alacaklar) hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan işçi alacakları ise

hükmü işçi alacaklarının muacceliyet tarihini gösteren bir düzenleme olmayıp, yapı değişikliğinde hizmet sözleşmesinin devamı konusunda işçiye itiraz hakkı tanındığını, itiraz hakkının kullanılmaması durumunda devir gününe kadar doğan bütün hak ve borçlarla birlikte devralana geçeceğini hükme bağlamaktadır. Bu durumda, 1. fıkra yapılan atıfla işçinin itirazı üzerine hizmet sözleşmesinin sona ereceği tarihe kadar muaccel olacak alacakların kastedildiği ileri sürülebilir²⁸. Doktrinde, m. 178/5'de birinci fıkra yapılan atfın aslında üçüncü fıkra yapılması gerektiği ileri sürülmüştür²⁹. 5. Fıkra ile teminat isteme hakkı tanınan işçi alacakları, birleşmenin gerçekleştiği anda muaccel olan alacaklar ile işçinin itiraz etmesi üzerine hizmet sözleşmesinin birleşme sebebiyle sona ereceği ana kadar muaccel olacak alacaklardır.

Kanun, işçiye ne tür bir teminat verileceği ile ilgili bir sınırlama yapmadığı gibi, teminat talebinde bulunmak bakımından bir süre sınırlaması da getirmemiştir. Halbuki işçiler dışında kalan diğer alacaklılar bakımından TTK m. 157, birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren 3 ay içinde talep edilmesi halinde teminat verilmesi zorunluluğunu getirmiştir. TTK m. 157/2, bu hakkın alacaklılara duyurulması bakımından da ilan yapılması yükümlülüğünü şirkete yüklemiştir. İşçi alacakları bakımından süre sınırlaması olmadığı gibi, şirketin işçilere ilan ya da bildirim yapma yükümlülüğü de düzenlenmemiştir. TTK m. 178/5'in m. 157'ye atıf yapmamasına karşın, gerek süre gerek ilan yükümlülüğünün kıyasen işçi alacaklarına da uygulanması doktrinde ileri

sürülmüştür.³⁰

İşçi alacaklarından devreden şirketin ortaklarının sorumlulukları da TTK m. 178/6'da özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, birleşmede devrolan şirketin birleşmeden önce şirket borçlarından sorumluluğu bulunan ortaklar, hizmet sözleşmesinden doğan bazı işçi alacaklarından birleşmeden sonra da müteselsilen sorumlu olmaya devam ederler. Söz konusu ortakların sorumlu oldukları işçi alacakları için hükümde şu kriterler getirilmiştir;

- Hizmet sözleşmesinden doğan bir borç bulunmalıdır,
- Birleşmenin ticaret siciline tescili anına kadar muaccel olmalıdır (TTK m. 178/6, 153/1),
- Hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hale gelecek olmalıdır,
- İşçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olacaktır.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, devrolunan şirketin ortaklarının şirket borçlarından birleşmeden önceki sorumluluklarının birleşmeden sonra da devam edeceği TTK m. 158'de düzenlenmişti. Kanun koyucu bununla yetinmeyerek, aynı hükmün son fıkrasında iş ilişkileri bakımından m. 178'e atıf yapmış, m. 178/6'da da işçi alacaklarından devrolunan şirketin ortaklarının sorumlulukları yukarıda belirtildiği gibi düzenlenmiştir. Birleşmede her iki hükmün birden uygulanacak olması sebebiyle, işçi alacakları ile diğer alacaklar arasında ortakların sorumluluğu bakımından ne gibi bir farklılık getirildiğinin açıklanması gerekmektedir.

Her iki hüküm arasında sorumluluğu devam edecek kişiler bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Birleşmede devrolunan şirketin ortaklarının şirket borçlarından ortak olmaları dolayısıyla bir sorumlulukları varsa, bu sorumluluk birleşmeden sonra da devam edecektir.

birleşmede TTK m. 157, bölünmede ise TTK m. 174 çerçevesinde teminat talep edebilmelidirler.

28 Tekinalp, işçilerin hem muaccel olan hem TTK m. 178/1'de kendilerine tanınan itiraz hakkının kullanılması neticesinde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebileceklerini belirtmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 165.

29 Kaya, Arslan, Gerekçeli, Karşılaştırmalı, Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2006, s. 274, dn 108; Ekmekçi, Ömer, Şirketlerin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu / Türk Borçlar Kanunu- Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi, Sicil, S. 24, Aralık 2011, s. 157; Özkaraca, s. 163.

30 Bu hususta bkz. Özkaraca, s. 167.

Birleşmeden önce bu yönde bir sorumlulukları bulunmayan ortaklar bakımından ise birleşmeden sonra da sorumluluk doğmayacaktır. Sorumluluğun müteselsil olması bakımından da her iki hüküm arasında bir fark yoktur. Zira TTK m. 158/1'e göre "... birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam eder." TTK m. 178/6'ya göre ise "Devreden şirketin ... şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları ... müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler." Şirket borçlarından ortak olması sebebiyle sorumluluğu bulunanlar; kolektif şirket ortağı ve komandit şirkette komandite ortak³¹ ile kamu borçları bakımından limited şirket ortağı ve Koop.K.'nda öngörülen durumlarda kooperatif ortaklarıdır. Bu kişilerden kolektif şirket ortağı ile komandite ortağın sorumluluğu müteselsildir. Ancak limited şirket ortağının şirketin vergi borçlarından dolayı sorumluluğu, sermaye hisseleri oranındadır³².

Her iki hüküm arasındaki farklılıklardan ilki, sorumlu olunan şirket borçları hususunda ortaya çıkar. TTK m. 158 bu konuda iki kriter getirmektedir; ya borcun doğumu ya da borcu doğuran sebebin gerçekleşmesi, birleşme kararının ilanından önce olmalıdır. Bu iki kriterden birisine girmeyen bir borçtan birleşmede devrolunan şirketin ortaklarının sorumluluğu yoktur. Bu borçtan sadece bünyesinde birleşilen şirket sorumludur. Kanun koyucunun bu kriteri getirmesindeki sebep, alacaklının borcun doğumu ya da borcu doğuran sebebin gerçekleşmesi sırasında ortakların da şahsi sorumluluklarının bulunacağına duyacağı güvendir. İşçi alacakları bakımından ise

TTK m. 178 kaleme alınış şekli itibarıyla açık bir hüküm olmasa da, alacağın doğumu ve muacceliyet anı bakımından ikili bir ayırım yapıldığının, devreden şirket ortaklarının sorumlu olacağı iki grup işçi alacağının düzenlendiğinin kabulü daha doğru olacaktır. Şöyle ki;

Ortakların sorumlu olduğu 1. Grup işçi alacağı: Birleşmede TTK m. 153/1 uyarınca aktif ve pasiflerin devralan şirkete geçiş anı olan, birleşmenin ticaret siciline tescili anına kadar hizmet sözleşmesinden doğmuş olan işçi alacaklarıdır. Muacceliyete ilişkin şartları da taşımak kaydı ile devrolunan şirket ortaklarının sorumluluğu birleşmeden sonra da devam eder. Ancak bu alacakların, intikal günü olan ticaret siciline tescil anına kadar muaccel olması veya hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hale gelecek olması şarttır. Dolayısıyla birleşmenin ticaret siciline tescilinden sonra doğacak işçi alacakları bu kriter kapsamına girmeyecektir.

Ortakların sorumlu olduğu 2. Grup işçi alacağı: birleşmede işçinin hizmet sözleşmesinin devralan şirket ile devamına itiraz etmesi durumunda, bu itiraz sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona ereceği ana kadar doğacak işçi alacaklarıdır. Bu durumda itiraz üzerine hizmet sözleşmesinin sona ereceği an, kanuni işten çıkarma süresinin sonu olacaktır. Bu durumda hizmet sözleşmesi devam etmeyip sona ereceğinden, şirketin sona ermesi ihtimalinde alacaklının sahip olacağı imkanlardan farklı bir durum ortaya çıkmamaktadır (TTK m. 237, 317)³³.

Her iki hüküm arasındaki ikinci farklılık, zamanaşımı süresidir. TTK m. 158/2'ye göre, devrolunan şirketin borçlarından ortakların sorumluluğu 3 yıl sonra zamanaşımına uğrar. 3 yıllık süre muaccel alacaklar için birleşme kararının ilanından veya müeccel alacaklar için ise muacceliyet tarihinden itibaren başlar. TTK m. 178/6 ise işçi alacaklarından sorumluluk bakımından herhangi bir süre sınırı getirmemiştir. Kanaatimce bu durumda TTK m. 158/2'de diğer alacaklılar bakımından getirilen sınırlama, işçi alacaklarına kıyasen

31 TTK'da sayılan istisnai hallerde komanditer ortağın da şirket borçlarından sorumluluğu bulunmaktadır. Bkz. TTK m. 319 vd.

32 VUK m. 10: Limited şirket ortakları, tasfiye öncesi dönemlerle ilgili bu kapsamda doğacak amme alacaklarından şirkete koydukları sermaye hisseleri oranında sorumlu olurlar.

AATUHK m. 35: Limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar.

33 Ayrıca bkz. Astarlı, s. 100, 101.

uygulanamaz. İşçi alacakları dışında kalan alacaklar bakımından kanun koyucu hukuki ilişkinin sonlandırılması imkanını ne alacaklıya ne şirkete tanımamış, bununla paralel olarak da ortaklar bakımından eski statünün uzun süre devam etmesine izin vermemiştir. Bir an önce bünyesinde birleşilen şirketin tabi olduğu hükümlerin tam olarak uygulanmasını, ortakların ve şirketin bu hükümler çerçevesinde yolarına devam etmelerini arzu etmiştir. Bu sebeple de sorumluluk bakımından devrolunan şirket ortaklarına ilişkin hükümlerin sadece 3 yıllık sınırlı bir süre ile uygulanmasına izin vermiştir. 3. yılın sonunda artık alacaklılar bakımından da sorumluluk sisteminin devamında korunmaya değer bir menfaat kalmayacaktır. Halbuki işçi alacaklarında durum daha farklıdır. Kanun koyucu birleşme halinde işçiye hizmet sözleşmesinin devralan şirket ile devamına itiraz etme imkanı tanımıştır. Hizmet sözleşmesinin birleşme durumunda sona erebileceği dikkate alınarak, sorumlu olunan süre bakımından şirketin sona ermesi durumunda işçinin sahip olacağı imkan işçinin elinden alınmamıştır. Kollektif ya da komandit şirketin sona ermesi durumunda, hizmet sözleşmesinden doğan alacaklar için alacaklılar, alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresi doluncaya kadar kollektif şirket ortaklarına ve komandite ortaklara alacağın ödenmesi talebi ile müracaat edebilirler (TTK m. 237, 317). Birleşmede TTK m. 178/6 ise süre sınırlaması getirilmemiş olması, işçi alacakları bakımından kollektif ve komandit şirketin sona ermesi durumunda söz konusu olacak durumun, yani genel kuralın kabulüdür. İstisna niteliğinde olan diğer alacaklar için getirilmiş 3 yıllık süre sınırının değil, genel kuralın işçi alacakları bakımından uygulanmasıdır. Bu sebeple 3 yıllık süre sınırlaması kıyasen işçi alacaklarına uygulanamayacaktır.

4. Ticaret Şirketlerinin Bölünmesinde

Ticaret şirketlerinin bölünmesi iki farklı şekilde gerçekleşebilir: tam bölünme ve kısmi bölünme. Hangi türe uygun olarak bölünmenin gerçekleştirildiği, bölünmeden sonraki sorumluk ve

ortaklık yapısı bakımından önem taşır. Zira tam bölünmede bölünen şirket tüzel kişiliğini kaybetmekte iken, kısmi bölünmede bölünen şirket bölünmeden sonra da varlığını devam ettirmektedir. Tam bölünmede bölünen şirketin ortakları devralan şirketlerin paylarını ve haklarını kazanırken, kısmi bölünmede tam bölünmede olduğu gibi ortaklar tarafından paylar ve haklar kazanılabileceği gibi, bizzat bölünen şirketin kendisi de devralan şirketlerdeki payları ve hakları iktisap edebilir. Bu husus, şirketlerin bölünmesinin işletmenin devrinden farkını da ortaya koymaktadır. Bölünmede her ne kadar ticaret şirketinin malvarlığının bir kısmı ya da tamamı bölümlere ayrılarak başka bir ticaret şirketinin malvarlığına dahil edilmekte ise de, bu malvarlığı karşılığında bölünen şirketin ortakları ya da doğrudan bölünen şirket devralan şirketin ortağı konumuna geçmektedir. Bu sebeple, ticaret şirketlerinin birleşmesinde değinildiği gibi, bölünmede de işletmenin devrinde iş sözleşmelerinin geçişine ilişkin özel düzenlemeler getiren İş K. m. 6 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı neticesine ulaşılmıştır.

Bölünmenin türleri ve tam bölünen şirketin tüzel kişiliğinin sona ermesi dikkate alınarak, mülkiyet hakkı ve borçlardan sorumluluk bakımından bölünmede özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; bölünme sözleşmesinde/planında bölünme neticesinde aktif ve pasif malvarlığının tahsisine ilişkin detaylı liste ve bölünme sonucunda devralan şirketlere geçen iş ilişkilerinin listesinin yer alması zorunludur (TTK m. 167). Bölünme sözleşmesi/planında tahsisi yapılmayan malvarlığı unsurları ise tam bölünmede devralan şirketlerin tamamına ve kendilerine geçen net aktif malvarlığı oranına göre paylı mülkiyet şeklinde, kısmi bölünmede ise devreden şirkete ait kabul edilecektir. Bölünme sözleşmesi/planında yer verilmeyen borçlardan ise, bölünmeye katılan şirketlerin tamamı müteselsilen sorumludurlar. (TTK m. 168) Bölünme sözleşmesi/planında yer verilerek hangi şirketin sorumlu olacağı açıklanan borçlar bakımından da, bölünmeye katılan diğer şirketlerin sorumluluğu sona

ermemektedir. Borcun kendisine tahsis edildiği şirket birinci derecede borçtan sorumlu olmakla birlikte, bu şirketin borcunu ifa etmemesi ve TTK m. 176/2'de sayılan diğer şartların gerçekleşmesi durumunda bölünmeye katılan diğer şirketler bu borçtan ikinci derecede ve müteselsilen sorumlu olacaklardır (TTK m. 176).

Bölünmede alacaklılara çağrı yapılarak alacağın teminata bağlanması özel olarak düzenlenmişken (TTK m. 174, 175), ortakların kişisel sorumlulukları ile ilgili birleşmeye ilişkin TTK m. 158'e atıf yapılmıştır³⁴ (TTK m. 177). İş ilişkilerinin geçmesi ve hizmet sözleşmesinden doğan alacaklardan bölünen şirketin ortaklarının bölünmeden sonraki sorumlulukları ise, birleşmede de atıf yapılan TTK m. 178'de düzenlenmiştir. İş ilişkilerinin geçişi ile ilgili TTK m. 178 yukarıda ticaret şirketlerinin birleşmesi bahsi altında incelenmişti. Burada tekrardan kaçınmak bakımından, ticaret şirketlerinin bölünmesinin birleşmeden farklılık taşıdığı noktaların iş ilişkilerinin geçişine etkisi üzerinde durulacaktır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, birleşmeden farklı olarak bölünmede hizmet sözleşmesinin devamı konusunda işçiye tanınan itiraz hakkı, bölünme neticesinde devralan şirkete geçecek hizmet sözleşmeleri bakımındadır. Bölünen şirketin tarafı olduğu ancak bölünme ile bir başka şirkete geçmeyen, bölünen şirketin taraf olmaya devam edeceği hizmet sözleşmelerinde işçinin

itiraz hakkı bulunmamaktadır. Bu husus TTK m. 178'in kaleme alınışından kaynaklanmakta olup, bölünmenin söz konusu hizmet sözleşmelerine etkili olmayacağı anlamına gelmez. Yukarıda bölünme raporu ile ilgili açıklamalarımız arasında da belirttiğimiz üzere, bölünmenin bölünen şirket bünyesinde kalacak borçlara ve bölünen şirketin taraf olmaya devam edeceği sözleşmelere de etkisi bulunmaktadır. Zira bölünen şirket bünyesindeki bir grup malvarlığı ayrılarak şirket bünyesinden çıkarılmaktadır. Ancak Kanun'un açık ifadesi karşısında, bölünmeden etkilenen de olsalar, bölünen şirketin taraf olmaya devam edeceği hizmet sözleşmeleri TTK m. 178 kapsamında işçinin itirazı ile sona erdirilemeyecektir.

TTK m. 178'e göre işçinin itirazı neticesinde kanuni işten çıkarma süresinin sonunda hizmet sözleşmesi sona eriyordu. Bu husus, birleşme neticesinde devrolunan şirket tüzel kişiliğini kaybedeceğinden, birleşme bakımından kurumun özelliği gereğidir. Kısmi bölünmede itiraz üzerine hizmet sözleşmesinin bölünen şirket ile devamı önerilebilirse de, Kanun hükmü çok açık olduğu için, bu durumda da kanuni işten çıkarma süresi sonunda hizmet sözleşmesi sona erecektir. Ancak kısmi bölünen şirket tarafından itiraz eden işçinin bölünmeden sonra da şirket bünyesinde istihdamı düşünülebilir, bu durumda tarafların mutabakatı ile hizmet sözleşmesinin devamına karar verilmesine engel olunmamalıdır.

Bölünmede birleşmeden farklı olarak karşılaşılabilecek husus, TTK m. 178/3'de düzenlenen işçi alacaklarından müteselsil sorumluluk halidir. Bu düzenleme birleşmede olduğu gibi tam bölünmede de uygulama alanı bulamayacaktır. Zira birleşmede devrolan şirket gibi tam bölünmede bölünen şirket de yapı değişikliğinin sonunda tüzel kişiliğini kaybeder (TTK m. 159/1-a). Buna karşın kısmi bölünmede bu netice gerçekleşmez. Bölünmenin tamamlanmasından sonra da bölünen şirket varlığını sürdürmeye devam eder. Bu sebeple hizmet sözleşmesinin devamına işçi tarafından ister itiraz edilmiş olsun ister itiraz edilmesin, bu sözleşmelerden kaynaklanan işçi alacaklarından TTK m. 178/3 gereğince mütesel-

34 TTK m. 160 geçerli bölünmelerin hangileri olduğunu sınırlı bir şekilde saymaktadır. Buna göre sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler. Sermaye şirketleri anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkettir. Anonim şirkette ortakların şirket borçlarından sorumlulukları yoktur. Bu sebeple anonim şirketler bölündüğünde, TTK m. 158 hükmü uygulama olanağı bulamayacaktır. Limited şirket ortaklarının ise kamu borçları dışında şirket borçlarından sorumlulukları bulunmamaktadır. Bu sebeple limited şirketler bölündüğünde kamu borçları dışında kalan şirket borçları için de TTK m. 158 uygulanamayacaktır. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket bakımından ise komandite ortaklar şirket borçlarından sorumlu olduklarından, bu tür şirketin bölünmesinden komandite ortaklar TTK m. 158 çerçevesinde bölünmeden sonra da sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Kooperatifler bakımından ise bkz. Koop. K. m. 29,30.

silen sorumluluk söz konusu olur.

TTK m. 178/3'e göre, kısmi bölünen şirket ile bölünme neticesinde devralan şirketin müteselsilen sorumlu oldukları borçlar;

- işçinin bölünmeden önce muaccel olmuş alacakları,
- hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklar,
- hizmet sözleşmesinin işçinin itirazı üzerine sona ereceği kanuni işten çıkarma süresinin sonuna kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklar.

Bu hüküm alacaklıların korunmasına ilişkin TTK m. 176 ile karşılaştırıldığında bazı noktalarda işçi alacakları bakımından daha avantajlı olduğu görülmekle birlikte, bazı hususlarda dezavantajlı bir durum yaratılmıştır. Şöyle ki;

- İşçi alacakları bakımından TTK m. 176'dan farklı olarak birinci ve ikinci derecede sorumluluk ayrımı yapılmadığı gibi, ikinci derece sorumlu şirketlerin takip edilmesi için TTK m. 176'da aranan şartlara benzer şartlar da öngörülmemiştir. Bu açıdan işçi alacakları diğer alacaklara oranla avantajlı konumdadır.
- İşçi alacakları bakımından müteselsil sorumluluk eski işveren ve devralan arasında iken, diğer alacaklara ilişkin TTK m. 176 hükmünde müteselsil sorumluluk bölünmeye katılan şirketler arasında öngörülmemiştir. Bölünen dolayısıyla da devreden şirket ve borcu devralan şirket dışında kalan bölünmeye katılan diğer şirketler de TTK m. 176'daki şartlar çerçevesinde müteselsilen sorumlu olacaklardır. Halbuki TTK m. 178/3'de sadece devreden ve devralanın sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce bu durum işçinin TTK m. 176'ya dayanmasına engel değildir. Alacağının bölünen ve devralan şirketten tahsil edilememesi ve TTK m. 176'daki şartların da gerçekleşmesi durumunda işçi, bu maddeye dayanarak bölünmeye

katılan diğer şirketlerden alacağının müteselsilen tahsilini talep edebilecektir.

- Son olarak, müteselsilen sorumlu olan işçi alacaklarının tespitinde TTK m. 178/3'ün esas aldığı tarih, TTK m. 176'ya oranla farklı kapsamlıdır. TTK m. 176, borcun muaccel olup olmadığı ile ilgilenmez, bölünmede bölünen şirketlerden birisine tahsis edilmiş borçtan sorumluluğu düzenlemektedir. Dolayısıyla bölünme anında borcun doğmuş olması yeterli olup, muaccel olup olmaması TTK m. 176'nın uygulanmasını engellemez. TTK m. 178/3 ise yukarıda da belirtildiği üzere belirli özellikler sıralayarak, bu özellikleri taşıyan işçi alacaklarından eski işveren ve devralanın müteselsilen sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Bu alacaklar; bölünmeden önce muaccel olanlar, hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacaklardır. Bu tarihlere kadar geçen sürede doğmuş ancak muaccel olmamış alacaklardan ise TTK m. 178/3'e göre müteselsil sorumluluk söz konusu değildir³⁵. Kanun koyucunun amacı³⁶ dikkate alındığında müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu işçi alacakları söz konusu tarihlere kadar muaccel olanlar değil, doğan alacaklar olmalıdır. Ancak kanunun lafzı açık olduğundan, değişiklik yapılmadığı sürece, sadece söz konusu tarihlere kadar muaccel olan alacaklar bakımından müteselsil sorumluluk doğacaktır.

Yine bu kapsamda, TTK m. 178/3'de öngörülen tarihlere de aksaklık vardır. Şöyle ki, alacağın muaccel olması gereken tarihlere birisi, hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği tarihe kadar geçen sürede muaccel olan alacaklardır. Bu

35 Tekinalp, muaccel olmayan alacakların varlıklarını yeni yapıda sürdüreceğini ve doğal hükümlerine tabi olacağını belirtmiştir. Bkz. Tekinalp, Sosyal Plan, s. 1090.

36 TTK m. 178'in gerekçesine göre hüküm, İş K. m. 6'ya göre daha işçi lehinedir. Bkz. Gerekçe m. 178.

tarih, bölünmeden kısa süre sonra dolacak bir süre olabileceği gibi, yıllar sonra gelecek bir tarih de olabilir. Ayrıca hizmet sözleşmesi belirsiz süreli olarak da yapılmış olabilir. Bu durumda, bölünen şirket bölünmeden çok uzun süre sonra doğacak borçlardan da sorumlu kalmaya devam etmektedir. Bunun hakkaniyetle bağdaşmayacağı, söz konusu tarihin tüm hizmet sözleşmeleri bakımından bildirim süresinin sonu olarak kabul edilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür³⁷. Kanaatimce burada olması gereken düzenleme, ister işçinin itirazı olsun ister olmasın, bölünmede intikal eden tüm iş sözleşmeleri bakımından bildirim süresinin sonuna kadar doğan³⁸ borçlardan muacceliyet tarihine bakılmaksızın kısmi bölünen ve bölünme neticesinde devralan şirketler müteselsilen sorumlu olmalıdırlar.

TTK m. 178'in uygulanması bakımından birleşmeden farklı olarak ortaya çıkan bir diğer farklılık, işçi alacakları için teminat talep edilmesi konusudur. TTK m. 174, 175 hükümlerine göre, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları bölünmenin gerçekleşmesinden önce talep etmeleri durumunda, alacakları teminat altına alınacaktır. Birleşmede ise teminat, birleşmenin tamamlanmasından sonra verilmektedir. TTK m. 178/5 ise işçi alacakları bakımından teminat talep edilmesini ayrıca hükme bağlamıştır. Bu çerçevede hizmet sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar için TTK m. 174 ve 175

çerçevesinde bölünmeden önce teminat talep edilebileceği gibi, TTK m. 178/5 çerçevesinde bölünmeden sonra da teminat talep edilebilir³⁹.

5. Tür Değiştirmede

Tür değiştirmede birleşme ve bölünmeden farklı olarak türü değişen şirket eskisinin devamıdır (TTK m. 180). Buna karşın tür değiştirmeden önceki şirket borçlarından ortakların bu sıfatla sorumluluklarının bulunduğu durumlarda, tür değiştirmeden sonra da bu sorumluluk TTK m. 158 çerçevesinde 3 yıllık zamanaşımı süresince devam edecektir⁴⁰ (TTK m. 190).

Tür değiştirmede "iş sözleşmelerinden doğan borçlar hakkında 178 inci madde uygulanır" hükmü kabul edilmiştir (TTK m. 190). Hükmün lafzı dikkate alındığında, iş sözleşmelerinin geçişi değil sadece bu sözleşmelerden doğan borçlar bakımından bölünmeye ilişkin m. 178 hükmüne gönderme yapıldığı düşünülebilir⁴¹. Ancak hükmün gerekçesinde bu yönde bir amaçtan bahsedilmediği gibi, aksi yönde olmak üzere "... çalışanların korunmasını düzenleyen bu maddenin gerekçesi için birleşme ve bölünmeye ilişkin ilgili hükümlerde yapılan açıklamaya bakılmalıdır"

37 Özkaraca, s. 149. TTK m. 178/3'de kullanılan "hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği" ifadesinin İsvT-BK m. 333/3'deki gibi "sözleşmenin normal olarak sona erdirilebileceği zaman" şeklinde anlaşılması gerektiği, aksi halde lafza bağlı kalınırsa birtakım sorunların ve hukuken kabul edilemeyecek sonuçların ortaya çıkacağı hususunda bkz. Gündoğdu/Kaplan, TTK Tasarısı, s.1021. İsviçre Hukuku'ndaki durum için bkz. Özkaraca, s. 149.

38 Alp, açıkça yasa ile düzenlenmedikçe, devreden devirden sonra doğan borçlardan sorumlu tutulamayacağı, m. 178/3 hükmünün devirden öne doğmuş olup, devirden sonra iş sözleşmesinin sona ermesine kadar muaccel olan alacaklardan müteselsilen sorumluluğu düzenlediği, uygulamanın bu yönde olması gerektiği görüşündedir. Alp, TTK 178;158;190, s. 69-70. Özkaraca bu hususta benzer görüş açıklamakla birlikte, hükmün lafzının işçinin daha lehine olduğunu, bu sebeple işçi aleyhine yorum yapılarak borcun devirden önce doğmuş olması şartının aranmasının zor olduğunu belirtmiştir. Özkaraca, s. 150.

39 Tekinalp, TTK m. 175 hükmü varken TTK m. 178/5 hükmüne neden ihtiyaç duyulduğu sorusuna şu cevabı vermektedir; TTK m. 175 uyarınca alacakların tamamını kapsayan tek teminat verildiği hallerde, işçilerin TTK m. 178/4'e dayanarak ayrı ve özel bir teminat istemeleri mümkün olup, işçilerin bu talebine karşı TTK m. 175/2 uygulanabilir. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 165.

40 Kollektif şirketin komandit şirkete dönüşmesi durumunda, TTK m. 182/4 uyarınca TTK m. 180-190 hükümleri uygulanmayacaktır. Bu ihtimalde kollektif şirket ortağı tür değiştirmeden sonra komanditer ortak sıfatını kazanıyorsa, TTK m. 190 uygulama alanı bulamayacağına göre, bu ortağın sorumluluğu nasıl belirlenir? Bir alacağın doğumundan sonra alacaklıya karşı sorumlu olan kişiler, alacaklının rızası olmadan sorumluluklarında tek taraflı bir değişiklik yapamazlar. Bu sebeple her ne kadar TTK m. 190 hükmü uygulanamasa da, kanaatimce, kollektif şirketin komandit şirkete tür değiştirme yoluyla dönüşmesi durumunda da kollektif şirket ortaklarından komanditer ortak sıfatını kazanan ortak/ortaklar, şirketin tür değiştirmesinden önce doğan borçlardan sorumlu olmaya devam ederler. Aksi yönde bkz. Özkaraca, s. 162.

41 Hükümde genel bir yollama yapılmadığı ancak, TTK m. 190'ın yeterli açıklığa da sahip olmadığı hususunda bkz. Özkaraca, s. 122, 123.

açıklaması yapılmıştır. Bu sebeple kanaatimizce, hükmün sadece borçlar bakımından değil, birleşmede olduğu gibi hizmet sözleşmesi ile ilgili olarak genel anlamda TTK m. 178'e atıf yaptığı kabul edilmeli, tür değiştirmenin bünyesine uygun düştüğü ölçüde m. 178'in bir bütün olarak burada da uygulanmalıdır.

Aşağıda yapılacak olan değerlendirmelerde TTK m. 178 hükmü çerçevesinde açıklama yapılacaktır. Ancak birleşme ve bölünmede olduğu gibi burada da öncelikli olarak belirtilmesi gereken husus, İş K m. 6 hükmünün tür değiştirmede iş sözleşmelerinin geçişi bakımından uygulama imkanının olmadığıdır. Zira İş K. m. 6 işletmenin devrinde iş sözleşmelerinin geçişine, devreden ve devralanın sorumluluğuna ilişkin hükümler getirirken, tür değiştirmede tüzel kişiliğin devamı prensibi benimsenmiştir. Bu sebeple tür değiştirmede bir malvarlığı devrinden ve tüzel kişiliğin sona erdiğinden bahsedilemeyecektir. İş K. m. 6/4 her ne kadar tüzel kişiliğin tür değiştirme nedeniyle sona ermesinden bahsetmişse de, bu ifade doğrudan TTK m. 180 hükmüne aykırıdır. Bu sebeple İş K. m. 6 hükmünün ticaret şirketlerinin tür değiştirmesinde de uygulama kabiliyeti yoktur.

TTK m. 178 düzenlemesinin tür değiştirmede ne ölçüde uygulanacağı hususunda unutulmaması gereken en önemli husus, türü değişen şirketin eskisinin devamı niteliğinde olmasıdır (TTK m. 180). Dolayısıyla her ne kadar tabi olunan hükümler değişse de, bir tüzel kişiliğin son bulduğundan, başka bir tüzel kişilik bünyesinde devam edildiğinden bahsedilemez. Eski tüzel kişilik sona ermeden, sadece tabi olduğu hükümler değişerek faaliyetlerine devam etmektedir. Bu sebeple TTK m. 178'in tür değişikliğine uygulanamayacak olan ilk hükmü, hizmet sözleşmelerinin devralana geçeceğine ilişkin düzenlemedir. Yeni şirket eskisinin devamı ise, hizmet sözleşmesi de kesintisiz olarak tür değiştirmeden sonra da devam etmektedir. Yine bu sebeple TTK m. 178/3'de düzenlenen eski işveren ile devralanın müteselsil sorumluluğu da tür değiştirmede söz konusu olmayacaktır (TTK m. 180).

Tür değiştirmede TTK m. 178 hükmüne atıf yapılmasının en önemli sonucu, her ne kadar türü değişen şirket eskisinin devamı da olsa, işçinin türü değişen şirket ile hizmet sözleşmesinin devamına itiraz etme hakkına sahip olmasıdır⁴². Tüzel kişilik sona ermeden devam ediyor da olsa, tabi olduğu hükümlerde önemli değişiklikler meydana gelmektedir. Bu da hizmet sözleşmesinin tür değiştirmeden sonra uygulanmasında ve işçinin bu sözleşmeden doğan haklarında, başvurabileceği hukuki imkanlarda önemli değişikliklere yol açabilir. Bunu dikkate alan kanun koyucu, bir yapı değişikliği türü olan tür değiştirmede de işçiye hizmet sözleşmesini sona erdirmek için itiraz etme hakkını tanımıştır.

Tür değiştirmede işçinin hizmet sözleşmesinin devamına itiraz etme hakkını kullanma süresi birleşmeden farklıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, birleşmeden ve bölünmeden farklı olarak tür değiştirmede, bu işlemin işçiler üzerindeki etkisine ilişkin bir açıklama tür değiştirme raporunun zorunlu içeriği arasında yer almamaktadır. Yine tür değiştirmede inceleme hakkı sadece ortaklar için getirilmiş olup, alacaklıların ve diğer menfaat sahiplerinin birleşme ve bölünmede olduğu gibi bu haktan yararlanması mümkün değildir. Bu sebeple, tür değiştirmede işçinin itiraz hakkını, birleşme ve bölünmede inceleme hakkının kaldırıldığı durumlarda olduğu gibi, somut olayın şartlarına göre makul bir sürede kullanması gerektiği söylenebilir. Sürenin başlangıcı ise, işçinin tür değiştirmeyi öğrendiği tarih olup, makul süre içinde itiraz edilmediğini iddia eden iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.

Hizmet sözleşmesinin devamına itiraz hakkı bakımından açıklanan sebepler, işçinin TTK m. 178/5 uyarınca alacaklarının teminat altına alınmasını talep edebilmesi bakımından da geçerlidir⁴³. Yine aynı sebeplerle, tür değiştirmeden

⁴² Aksi yönde bkz. Özkaraca, s. 122, 123.

⁴³ İşçiler dışındaki alacaklılara teminat talep etme hakkının tanınmamış olması sebebiyle, tutarlı olması bakımından işçilerin de tür değiştirmede teminat talep edemeyeceği sonucuna varılmasının uygun olduğu hususunda bkz., Özkaraca, s. 164.

önce şirket borçlarından ortak olmaları sebebiyle sorumlu olanlar, tür değiştirmeden sonra da TTK m. 178/6'da belirtilen işçi alacaklarından bu hüküm kapsamında müteselsilen sorumlu olmaya devam ederler.

6. Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketi ile Birleşmesi ve Ticari İşletme ile Ticaret Şirketinin Birbirine Dönüşmesi

Ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile devralınmak suretiyle birleşmesi, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi ve bir ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüştürülmesi özel olarak düzenlenmiştir (TTK m. 194). Bir işletmenin bir başka işletmeye devri durumunda TBK m. 203 uygulanacakken, ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesi, ticaret şirketi türüne dönüşmesi⁴⁴ ve ticaret şirketinin işletmeye dönüşmesi durumlarında artık TTK'daki özel hükümler uygulanmalıdır. Yukarıda birleşme, bölünme ve tür değiştirmede açıklandığı gibi, işyerinin devri ile arasındaki farklılıklar sebebiyle İş K. m. 6 hükmünün burada da uygulama kabiliyeti bulunmaktadır.

Bir ticari işletmenin ticaret şirketine devrolunmak suretiyle birleşmesi ve bir ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi durumunda, yukarıda detaylı olarak irdelenmiş olan TTK m. 158 ve 178 hükümleri uygulama alanı bulacaktır (TTK m. 194/1,2). Ancak bir ticaret şirketi ticari işletmeye dönüşüyorsa, TTK m. 194/3 bu ihtimali özel olarak düzenlemiştir. TTK m. 158 ve 178'e atıf yapmak yerine, kolektif ve komandit şirket ortaklarının ticari işletmeyi işletecek kişi/kişilerle birlikte ve sıfatlarına göre müteselsil sorumlu

olacaklarını düzenlemiştir. Zamanaşımına ilişkin ise TTK m. 264 ila 266 hükümlerine atıf yapmıştır. Bu sebeple, ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesi durumunda, hizmet sözleşmesinin devamı ile ve işçi alacakları ile ilgili özel düzenlemeler değil, genel hükümler uygulanacaktır.

Bir ticari işletmenin devrolunmak suretiyle ticaret şirketi ile birleşmesinde, TTK m. 158 ve TTK m. 178 hükümlerinin uygulanması açısından dikate edilmesi gereken husus, müteselsil sorumluluğu doğacak kişinin ticari işletmesini bir ticaret şirketi ile birleştiren işletme sahibi/sahipleri olduğudur. Bu husus dışında, TK m. 158 ve 178'in uygulanmasında herhangi bir farklılık ortaya çıkmaz. Bir ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi durumunda da aynı durum söz konusudur.

TBK m. 203/2 tek bir kişiye ait ticari işletmenin kolektif veya komandit şirkete dönüştürülmesi durumunu özel olarak düzenlemiştir. Bu ihtimalde m. 203/1'de olduğu gibi işletmenin alacaklılarının bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olacakları ve bütün alacaklarını şirketten alabilecekleri düzenlenmiştir. Kanaatimce TTK m. 194 hem özel kanun olması hem sonraki tarihli olması sebebiyle, TBK m. 203'den önce uygulanacaktır. Dolayısıyla, ticari işletmenin kolektif ya da komandit şirkete dönüştürülmesi durumunda da TTK m. 158 ve 178 hükümleri öncelikle uygulama alanı bulacaktır.

Sonuç

Birleşme, bölünme, tür değiştirme, işyeri ve işletme devrine ilişkin olarak Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve İş Kanunundaki konuya ilişkin düzenlemeler birbiri ile uyumlu değildir. Yine, sözkonusu düzenlemeler boşluk doldurma düşüncesi ile de kaleme alınmamıştır. Bu nedenle, konu ile ilgili tüm hükümlerin ele alınarak hangi hükmün hangi durumda uygulanacağını, birbirinden farklarının, çakışma durumunda hangisinin uygulanacağını açıklığa kavuşturulması gerekecektir.

İşletmenin veya işyerinin kısmen veya tamamen devrinde, iş sözleşmesi sona ermez. Sözleş-

44 Aksi yönde olmak üzere gerçek kişi/kişiler tarafından işletilen işletmenin şirketleşmeye gitmesinin de bir tür işyeri devri sayılacağı, önceki işveren gerçek kişilerin devralan tüzel kişinin ortakları olmalarının devir ilişkisini ortadan kaldırmayacağı, hatta işgücünün önem taşıdığı sektörlerde, işyerinin maddi ve maddi olmayan unsurları devredilmeksizin ekonomik birliğin önemli unsuru olan işçilerin devrinin de işyeri devri olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Yrg. 9. HD, 2015/28060 E., 2018/22719 K., 10.12.2018 tarihli karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi 05.04.2019)

me yeni işverenle devam eder. Kural olarak, işveren, işçinin kıdeminin esas alındığı haklarının sağlanmasında, işçinin ilk işe giriş tarihini esas alarak işlem yapmalıdır.

Devreden ve devralan işverenin müteselsilen sorumlu olacakları borçların belirlenmesi konusunda ise, İş K. m. 6 ile TBK m. 202 aynı gibi görünmekle birlikte, her iki düzenleme birbirinden farklı hükümler içermektedirler. Bu noktada amaca göre yorum ilkesi benimsenmelidir. İş K. m. 6 / 3, TBK m. 202'ye paralel şekilde yorumlanarak, devirden önce doğmuş işçi alacaklarından ister muaccel olsunlar ister müeccel olsunlar, devreden ve devralan işverenlerin müteselsilen sorumlu olacakları kabul edilmelidir. Aynı durum, müteselsilen sorumlu olunacak 2 yıllık sürenin başlangıcı açısından da kabul edilmelidir. Dolayısıyla, bu konuda da TBK m. 202 deki düzenleme esas alınmalıdır.

İşletmelerin birleşmesi, daha önce açıklandığı üzere, İş Kanunu m. 6'nın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu konu, TBK m. 203 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu tür bir birleşmede, devirden farklı olarak, birleşen işletmelerin sahipleri, birleşmeden sonra ortaya çıkacak olan işletmede ortaklar arasında yer alacaklardır. Bu nedenle, eski borçlardan sorumluluklarının 2 yıl ile sınırlı olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Birleşen işletmelerin sahipleri, eski borçlardan da yeni borçlardan da borcun tabi olacağı zamanasını süresi boyunca diğer ortaklarla birlikte sorumlu olacaklardır. Birleşme, bir ticaret şirketi çatısı altında olmayacaksa, aralarında adi ortaklık ilişkisi kurulacaktır. Bu durumda da, ileride ortaklardan birinin ayrılması veya adi ortaklığın sona ermesi durumunda TBK 634 vd. veya TBK 645 uygulama alanı bulacaktır.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi halinde de, İş K. m. 6'nın uygulanması sözkonusu olmaz. Nitekim bu husus, İş K. m. 6 / 4'de de belirtilmiştir. Ticaret şirketlerinin birleşmesi durumunda, birleşmenin ticaret siciline tescili ile birlikte, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifleri devralan şirkete geçmektedir (TK m. 153). Bu durumda,

tüzel kişiliğini kaybeden şirketin ortakları, birleşmeden önce şirket borçlarından şahsen sorumlu değillerse birleşmeden sonra da şahsi sorumlulukları olmayacaktır. Ancak, birleşmeden önce şirket borçlarından şahsi sorumlulukları varsa, birleşmeyle birlikte bu sorumluluklarından kurtulamazlar, şahsi sorumlulukları devam eder. Ortakların bu şekildeki şahsi sorumluluklarında zamanasını süresi 3 yıldır (TK 158).

Ticari şirketlerin birleşmesi halinde, kanun koyucu, diğer hukuki ilişkilerden farklı olarak iş ilişkileri konusunda TK m. 178'in uygulanacağını kararlaştırmıştır (TTK m. 158 / 4). Buna göre, ticaret şirketlerinin birleşmesi durumunda, devrolan şirketle yapılmış iş sözleşmeleri, kural olarak, devir tarihinde doğmuş tüm hak ve borçlarla birlikte devralan şirkete geçecektir. Ancak, işçinin bu noktada itiraz hakkı vardır. İşçinin itirazı, iş sözleşmesinin, devralan şirketle devamına engel olacak ve iş sözleşmesi genel bildirim süresinin sonunda sona erecektir. İşçinin kıdem tazminatı da devralan işveren tarafından ödenecektir.

İşçiler, birleşmenin gerçekleştiği tarihte muaccel olan alacakları ile işçinin itiraz etmesi üzerine iş sözleşmesinin sona ereceği tarihe kadar muaccel olacak olan alacakları için teminat da talep edebileceklerdir (TK m. 178 / 5). Teminat talep edilmesi konusunda diğer alacaklılar için öngörülen düzenlemeler kıyasen işçiler yönünden de uygulanacaktır.

Devrolan şirketin devirden önce şirket borçlarından sorumlu olan ortakları, iş sözleşmesinden doğan bazı işçi alacakları yönünden birleşmeden sonra da müteselsilen sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Bu işçi alacaklarının kapsamı TTK m. 178 / 6 kapsamında belirlenecektir.

Ticaret şirketlerinin bölünmesi ise iki farklı şekilde gerçekleşebilir. Bunlar tam bölünme ve kısmi bölünmedir. Bölünmenin türü, bölünmeden sonraki sorumluluk ve ortaklık yapısı bakımından önem taşımaktadır. Tam bölünmede, bölünen şirketin tüzel kişiliği sona ermektedir. Kısmi bölünmede ise, bölünen şirketin tüzel kişiliği devam etmektedir. Nitekim, birleşmeden farklı

olarak bölünmede, iş sözleşmesinin devamı konusunda işçiye tanınan itiraz hakkı, bölünme neticesinde devralan şirkete geçecek iş sözleşmeleri bakımından tanınmıştır. Bölünme neticesinde bölünen Şirketin taraf olmaya devam edeceği iş sözleşmeleri yönünden böyle bir itiraz hakkı bulunmamaktadır.

Gerek kısmi bölünmede gerekse tam bölünmede, bölünmeyle birlikte devrolunan iş sözleşmeleri, işçinin itirazı ile yasal sürenin sonunda sona erecektir. Ancak, kısmi bölünmede, tarafların anlaşması neticesinde işçinin tüzel kişiliği sona ermeyen bölünen şirkette çalışmasına devam etmesi söz konusu olabilecektir.

Tam bölünmede, bölünmeden sonra, bölünen şirketin tüzel kişiliği sona erecektir. Bu nedenle, TTK m. 178 / 3'deki müteselsil sorumluluk burada söz konusu olamayacaktır. Kısmi bölünmede ise, bölünen şirket tüzel kişiliğini devam ettireceğinden, TTK m. 178 / 3 kapsamında müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır.

Bölünmede, işçi alacakları yönünden teminat talep edilmesi de söz konusu olabilecektir. Bu çerçevede, TTK m. 174 ve 175 uyarınca bölünmeden önce teminat talep edilebileceği gibi TTK m. 178 / 5 uyarınca bölünmeden sonra da teminat talep edilebilecektir.

Tür değiştirmede, türü değişen şirket eskisinin devamıdır (TTK m. 180). Bu nedenle, İş Kanunu m. 6'nın tür değiştirmede iş sözleşmelerinin geçişi bakımından uygulama imkanı bulunmamaktadır. Buna karşın, tür değiştirmede, iş sözleşmesinden doğan borçlar bakımından 178. madde hükmünün uygulanacağı kararlaştırılmıştır (TTK m. 190). Kanundaki bu düzenlemenin, bu konuda genel bir gönderme olarak kabul edilmesi ve sadece borçlar yönünden değil, tür değiştirmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde, birleşmede olduğu gibi bir bütün olarak m. 178'in bu konuda da uygulanması gerekecektir.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesi veya ticari işletme ile ticaret şirketinin birbirlerine dönüşmesi durumunda da, birleşme ve bölünme hallerinde yapılan açıklamalar nede-

niyle İş K. m. 6 hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu durumda da TTK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

KAYNAKÇA

- Akkaşoğlu, Şeyma, Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2017.
- Alp, Mustafa, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178;158;190), Çalışma Toplum 2012/I, S. 32. (TTK 178;158;190)
- Alpagut, Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul 2010. (İşyerinin Devri)
- Astarlı, Muhittin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı, Çalışma ve Toplum, 2013 / 1, S. 36, s. 69-105.
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul 2018.
- Çoştan, Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009. (Alacaklının Korunması)
- Ekmekçi, Ömer, Şirketlerin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu / Türk Borçlar Kanunu- Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi, Sicil, S. 24, Aralık 2011.
- Gündoğdu, Gökmen/Kaplan, Hasan Ali Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Bölünmenin İş İlişkilerine Etkisi, Prof.Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011. (TTK Tasarısı)
- Kaya, Arslan, Gerekçeli, Karşılaştırmalı, Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2006
- Özkaraca, Ercüment, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketlerin Birleşmesi, Bö-

lünmesi ve Tür Değişirmesinin İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 25 Mayıs 2012, s. 103-185.

- Özkaraca, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008 (İşyeri Devri).
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası. İstanbul 2014.
- Pulaşlı, Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012 (Genel Esaslar)
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2018.
- Şakar, Müjdat, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2015.
- Tekinalp, Ünal, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sosyal Plan, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 1082-1092. (Sosyal Plan)
- Yenisey, Kübra Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi, İstanbul Üniv. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2016, C. 74, s. 313, 336
- Kayık Aydınalp, Aslıhan, İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, İstanbul 2017.

Kıdem Tazminatına Hak Kazanmak İçin Aranan 15 Yıl Sigortalılık Süresini Tamamlama 3600 Gün Prim Bildirme Şartlarının Dayanağı ve Farklı Şartların Dikkate Alınma Zorunluluğu

Öz

Yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için aranan şartlar her ne kadar sigortalının ilk kez sigortalı olduğu tarihe ve aylık talep edilen tarihteki hukuki statüsüne göre değişmekteyse de, kıdem tazminatının hak kazanılmasına olanak tanıyan 1475 sayılı Kanun m.14/1,(5) hükmü uygulamada adeta "15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme" olarak formüle edilmekte ve bu şartların yanında çalışma süresine ilişkin şartı da sağlayan işçinin, anılan nedenle sözleşmeyi feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak ka-

zanacağı kabul edilmektedir.

Çalışmamızda yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarını düzenleyen yürürlükteki hükümler karşısında 1475 sayılı Kanun m.14/1,(5) düzenlemesinin "15 yıl sigortalılık süresi tamamlama ve 3600 gün prim bildirme" şartı olarak ele alınmasının isabetli olup olmadığı ve hizmetlerin birleştirilmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanma şartlarının, farklı hukuki statüye göre öngörülen yaşlılık aylığına hak kazanma şartları doğrultusunda şekillenip şekillenmeyeceği konuları üzerinde durulmuştur.

Anahtar Sözcükler:

Kıdem tazminatı, fesih, sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı.

Legal Basis of the Conditions of the Notification of 3600 Days Premium, Completion of 15 Years of Retirement Pension Coverage Regarding to be Entitled to Severance Pay and the Obligation of Taking Into Consideration of Other Conditions

Abstract

Although the conditions regarding to be entitled to retirement pension differentiate according to the date of the insured first

admission to the retirement pension insurance and his legal status at the date of his demand of first retirement pension payment; article 14/1,

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi-barismutlay@gmail.com

(5) of the Code numbered 1475 enabling the entitlement to severance pay is formulating in the application as "15 years of retirement pension coverage and 3600 days of paid premium" and it is accepted that in case of the termination of the contract of by the employee fulfilling these conditions along with the condition on the time of working, the employee would be entitled to severance pay.

In our paper, the subjects that whether it is appropriate to understand the article 14/I,

(5) of the Code numbered 1475 enabling the entitlement to severance pay as a condition of "15 years of retirement pension coverage and 3600 days of paid premium" in the light of the provisions in vigor and whether the conditions on the entitlement of severance pay in case of the unification of the services could be assessed in the light of the conditions entitling retirement pension according to the legal status would be discussed.

Keywords:

Severance pay, termination, retirement insurance coverage time, number of the days of the paid premium.

Giriş

1475 sayılı Kanunun¹ halen yürürlükte olan 14. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendinde² "506 sayılı Kanunu 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmalari nedeniyle feshedilmesi" halinde işyerinde en az 1 yıl çalışmış olan işçilerin kıdem tazminatına hak kazanacağı hükme bağlanmıştır³.

Böylece işçiler yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli yaş haddine ulaşamadıkları ve dolay-

sıyla 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4)'te öngörüldüğü şekilde "bağlı bulundukları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla" sözleşmeyi feshetmek suretiyle kıdem tazminatına hak kazanamayacakları durumlarda, 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) ile atıf yapılan hükümlerde öngörülen sigortalılık süresini ve prim bildirme gün sayılarını tamamlamaları ve bu gerekçeyle iş sözleşmelerini feshetmeleri halinde -işyerinde en az 1 yıl çalışmış olmaları şartıyla- kıdem tazminatına hak kazanacaklardır⁴.

4 İşçinin 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) veya (5) uyarınca sözleşmeyi feshettikten hemen sonra çalışıp çalışmayacağı öğretide tartışmalı olmakla birlikte çalışma konumuzun sınırlarını aştığından bu tartışma üzerinde durulmamıştır. 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim bildirme sayısını tamamlayarak sözleşmeyi bu nedenle feshedenlerin kıdem tazminatına hak kazanmaları için çalışma yaşamından çekilmelerine gerek olmadığı öğretilde belirtilmiştir, bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 635; Süzek, 745; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 316; Özkaraca, Ercüment: Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebeple Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, 175 vd. Aynı yöndeki Yargıtay kararı ve kararı isabetli bulan inceleme için bkz. Y.9.HD., 13.01.2014 t., E.2011/51535, K.2014/52, Şahlanan, Fevzi: "Üçbin altıyüz gün ve onbeş yıl sigortalılık süresini doldurarak kıdem tazminatı alan işçinin başka bir işyerinde çalışmaya başlaması", Tekstil İşveren Dergisi, 405-Ekim 2014, 2 vd. Aynı yöndeki bir

1 RG., 01.09.1971, 13943

2 Düzenleme 1475 sayılı Kanuna 4447 sayılı Kanunla eklenmiştir, RG., 08.09.1999, 23810.

3 Konuya ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. Süzek, Sarp: İş Hukuku, Beta, 16. Baskı, 2018, 745; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta, 31. Baskı, 2018, 634 vd.; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta, 9. Baskı, 2018, 242; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt: 1, Lykeion, 2018, 316; Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Beta, 2014, 580 vd.; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta, 9. Baskı, 2019, 265-266; Şakar, Müjdat: Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yaklaşım, 5. Baskı, 2010, 875 vd.; Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap: İş Hukuku, Beta, 5. Baskı, 2018, 231.

İşçinin, 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) ile sağlanan olanaktan yararlanabilmesi adına öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi için tamamlaması gereken yaş haddi, prim bildirme gün sayısı ve sigortalılık süresi belirlenmelidir. Tespiti gereken bu şartlar ise, kişinin ilk kez sigortalı olduğu tarihe ve yaşlılık aylığı talep ettiği tarihteki hukuki statüsüne göre değişkenlik göstermektedir.

Yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için aranan şartlar her ne kadar sigortalının ilk kez sigortalı olduğu tarihe ve aylık talep edilen tarihteki hukuki statüsüne göre değişmekteyse de, kıdem tazminatının hak kazanılmasına olanak tanıyan 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmü uygulamada adeta "15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme" olarak formüle edilmekte ve bu şartların yanında çalışma süresine ilişkin şartı da sağlayan işçinin, anılan nedenle sözleşmeyi feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı kabul edilmektedir.

Çalışmamızda yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarını düzenleyen yürürlükteki hükümler karşısında 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) düzenlemesinin "15 yıl sigortalılık süresi tamamlama ve 3600 gün prim bildirme" şartı olarak ele alınmasının isabetli olup olmadığı ve hizmetlerin birleştirilmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanma şartlarının, farklı hukuki statüye göre öngörülen yaşlılık aylığına hak kazanma şartları doğrultusunda şekillenip şekillenmeyeceği konuları üzerinde durulmuştur.

başka Yargıtay kararı ve incelemesi için bkz. Y.22.HD., 25.01.2013 t., E.2012/10954, K.2013/909, Özkaraca, Ercüment: Yaş Dışı Emeklilik Koşullarını Tamamlayarak İş Sözleşmesini Feshedenlerin Yeniden Çalışma Hakkı, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, Haziran 2013, 145-151. Aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Y.22.HD., 08.11.2013 t., E.2012/27761, K.2013/23841; Y. 22.HD., 14.05.2014 t., E.2013/11079, K.2014/12903; Aksi yöndeki öğreti görüşü ve Yargıtay kararları için bkz. Subaşı, İbrahim/Kabakçı, Mahmut: 15 Yıl+3600 Gün= Kıdem Tazminatı?, İş ve Hayat Dergisi, Yıl:4, Sayı: 8, 118 vd.; Y.9.HD., 02.03.2015 t., E.2013/14450, K.2015/8678; Y.9.HD., 04.03.2015 t., E.2013/11223, K.2015/9012; kararlar için bkz. www.legalbank.net (erişim tarihi: 02.04.2019).

I. Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartlarının Belirlenmesinde Esas Alınacak İlke ve Dönemler

1475 sayılı Kanunun 1. fıkrasının 5. bendi ile atıfta bulunulan 506 sayılı Kanunun⁵ 60. ve geçici 81. maddelerinin içeriğinin kuşkuyla yer kalmayacak şekilde anlaşılabilmesi ve dolayısıyla 15 yıl sigortalılık süresi ile 3600 gün prim ödeme sayısının dayanağının tespit edilebilmesi, ayrıca kıdem tazminatına hak kazanılmasında sigortalılık süresine ve prim ödeme gün sayısına ilişkin başka şartların uygulanıp uygulanamayacağının ortaya konması açısından aylığa hak kazanma koşullarının nasıl belirlenmesi gerektiği açıklanmalıdır.

Kısaca ifade etmek gerekirse bu başlık altında yapılacak açıklamalarla 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanmak için tamamlanması gereken yaş şartı dışındaki şartların nasıl belirleneceği ve böylece hükmün "sigortalılık süresi" ve/veya "prim ödeme gün sayısı" açısından uygulama alanı açıklığa kavuşturulacaktır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁶ yürürlüğe girdikten sonra ilk kez sigortalı olan bir kimse için anılan Kanunda yer alan yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının (m.28) dikkate alınması gerektiği konusunda şüphe duyulmamalıdır⁷. Bu açıdan öncelikli ola-

5 RG., 29, 30, 31.07.1964-01.08.1964, 11766-11779.

6 RG., 16.06.2006, 26200.

7 Yaşlılık sigortasına ilişkin açıklamalar için bkz. Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, 17. Bası, 2018, 491 vd.; Güzel, Ali: 4447 Sayılı Kanun ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda Yapılan Son Değişiklikler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, 2001, 1848; Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, Beta, 10. Baskı, 2011, 259 vd.; Tuncay, Aziz Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta, 19. Bası, 2017, 481; Sözer, Ali Nazım: İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta, 3. Bası, 2017, 373 vd.; Uşan, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2009, 209; Korkusuz, Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Ekin, 2015, 356 vd.; Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, Dora, 2015, 280 vd.

rak 5510 sayılı Kanunun yaşlılık aylığına ilişkin hükümlerinin ne zaman yürürlüğe girdiği belirlenmelidir. 5510 sayılı Kanunun olağan ve kolaylaştırılmış emeklilik hallerine ilişkin 28. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının 01.10.2008 tarihinde değil, 30.04.2008 tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir. Gerçekten her ne kadar Kanunun “yürürlük” başlıklı 108. maddesinde 28. maddenin 2. ve 3. fıkralarının 30.04.2008’de yürürlüğe gireceğine ilişkin açık bir düzenleme yoksa da, m.108/b hükmünden ve geçici m.7/IX hükmünde yer alan “30/4/2008 tarihinden sonra 506, 1479, 5434, 2925 ve 2926 sayılı kanunlara göre ilk defa sigortalı veya iştirakçi olanlar hakkında bu Kanunun 28 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır.” şeklindeki düzenlemeden 5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının yürürlük tarihinin 01.10.2008 değil, 30.04.2008 olduğu sonuca ulaşılmaktadır.

Böylece 5510 sayılı Kanunla birlikte, 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanlar bakımından yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları⁸ ve dolayısıyla 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanma şartları 5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin 2. ve 3. fıkraları esas alınmak suretiyle açıklığa kavuşturulmalıdır.

30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanların yaşlılık aylığına hak kazanma şartları 5510 sayılı Kanun m.28/II ve III doğrultusunda tespit edilecekse de, 30.04.2008 tarihinden önce ilk kez sigortalı olan ve 5510 sayılı Kanun döneminde yaşlılık aylığı talebinde bulunanların aylığa hak kazanma şartlarının da nasıl belirleneceği konumuz açısından ele alınmalıdır.

5510 sayılı Kanun öncesi 506 Sosyal Sigortalar Kanununa ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa⁹ tabi olan işçiler m.4/I,(a), 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununa¹⁰

ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu¹¹ kapsamında olan bağımsız çalışanlar m.4/I,(b), 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu¹² gereği iştirakçi olan devlet memurları ve kamu görevlileri ise, m.4/I,(c) gereği sigortalı sayılmaya devam edeceklerse de (5510 s. K. geç. m.1/I), bunların aylığa hak kazanma koşulları 5510 sayılı Kanun m.28/II ve III düzenlemeleri doğrultusunda değil, 5510 sayılı Kanunun geçici m.2/VII hükmü esas alınmak suretiyle belirlenecektir.

Anılan hükmün konumuzu ilgilendiren kısmı, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı veya iştirakçi olup, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra aylık talebinde bulunanlardan, farklı sosyal güvenlik kurumlarına ya da bu Kanunda belirtilen sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara aylık bağlanmasına esas alınacak kanun, bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerime göre tespit olunur ve bunlar hakkında, bu Kanunun geçici maddelerindeki hükümler uygulanır.” şeklindedir.

Öğretide Sözer, söz konusu bu düzenleme uyarınca, “...beklenen hak sahibi sigortalıların uzun vadeli sigorta kolları edimlerine hak kazanma koşullarının belirlenmesinde 5510 SK’a değil, önceki dönemde kapsamına girdikleri kanuna tabi...” olacaklarını belirtmiştir¹³.

Kanaatimizce ise 5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca, 30.04.2008’den önce ilk kez sigortalı olanlar (beklenen hak sahipleri¹⁴), kural olarak yukarıda bahsi geçen mülga kanunların ilgili hükümlerine göre değil, 5510 sayılı Kanundaki geçiş hükümleri uyarınca aylığa hak kazanırlar¹⁵. Gerçekten hükmün

8 5510 sayılı Kanun döneminde ilk kez sigortalı olanlara ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Canikli-oğlu, 496 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 499 vd.; Sözer, 398 vd.; Uşan, 210 vd.; Korkusuz/Uğur, 357-364; Alper, 282-283.

9 RG., 20.10.1983, 18197.

10 RG., 14.09.1971, 1395.

11 RG., 20.10.1983, 18197.

12 RG., 17.06.1949, 7235.

13 Sözer, 375.

14 Beklenen hak sahipleri bakımından yapılan açıklamalar için bkz. Sözer, 375 vd. Ayrıca bkz. Güzel/Okur/Canikli-oğlu, 500 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 493 vd.; Korkusuz/Uğur, 285, 286; Alper, 361-365

15 Konuya ilişkin yapılan detaylı açıklamalar için bkz. Ergin, Hediye: Geçiş Hükümleri, 21.02.2009 Tarihinde İstanbul Barosu ve Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen “Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi Değerlendirmeler” Semineri, İstanbul Barosu Yayınları,

ilk cümlesinde yer alan "...bunlar hakkında, bu Kanunun geçici maddelerindeki hükümler uygulanır" ifadesi, ulaştığımız sonucu desteklemektedir. Bu durumda mülga Kanunlar döneminde ilk defa sigortalı olan işçilerin 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanma şartları *kural olarak* 5510 sayılı Kanunun geçici maddelerindeki düzenlemeler dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir.

Misal olarak, Ekim 2006'da yani 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olan ve anılan Kanun yürürlüğe girdikten sonra yaşlılık aylığı talebinde bulunan sigortalı adına, geçici madde 2 hükmüyle atıfta bulunulan 2829 sayılı "Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun"¹⁶ m.8 düzenlemesi gereğince esas alınması gereken son 7 yılın çoğunluğunda 5510 sayılı Kanun m.4/I,(a) kapsamında prim bildirilmişse, kendisinin yaşlılık aylığına hak kazanma şartları 506 sayılı Kanun m.60 hükmü veya anılan Kanunun diğer ilgili hükümleri uyarınca belirlenmez. Bu durumda örneğimizdeki kişi talep tarihinde 2829 sayılı Kanun gereğince 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacağından *ilk kez sigortalı olduğu tarih de esas alınarak* 5510 sayılı Kanunun geçici maddelerindeki düzenlemeler, aylığa hak kazanma şartları açısından dikkate alınır. Dolayısıyla, 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmüne göre kıdem tazminatına hak kazanma koşulları da 506 sayılı Kanuna göre değil, 5510 sayılı Kanunun ilgili maddelerinde yer alan yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları doğrultusunda şekillenir.

Bununla birlikte öğretideki görüşün aksine, ifade ettiğimiz üzere her ne kadar 5510 sayılı Kanunun geçici m.2/VII düzenlemesi 30.04.2008'den önce sigortalı olanlar için mülga Kanunların değil 5510 sayılı Kanunun geçici maddelerinin uygulanması gerektiğini işaret etse de, geçmiş dönemde sigortalı olanların yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarının tamamen 5510 sayılı Kanu-

nun geçici maddeleri doğrultusunda şekilleneceği yönündeki bir anlayış da yanıltıcı olur. Zira 5510 sayılı Kanundan önceki kanunların halen yürürlükte olan hükümleri varsa, bunlar yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarının belirlenmesi açısından dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla önceki kanun hükümlerinin açıkça yürürlükte bırakılması halinde, geçici m.2/VII düzenlemesine rağmen 5510 sayılı Kanunun geçici maddeleri değil, 5510 sayılı Kanunla atıfta bulunulan veya yürürlükte bırakılan hükümler uygulama alanı bulur. Bu durumda 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanma şartları 5510 sayılı Kanunun geçici maddeleri doğrultusunda değil, 5510 sayılı Kanun m.106 ile yürürlükte bırakılan düzenlemeler doğrultusunda tespit edilir.

Örneğin Ekim 1997'de ilk kez sigortalı olan ve 5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesiyle atıfta bulunulan 2829 sayılı Kanun gereğince dikkate alınması gereken son 7 yılın çoğunda işçi olarak çalışan kişi için yaşlılık aylığına ve dolayısıyla 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanma şartlarının tespitinde 5510 sayılı Kanunun geçici maddeleri değil, 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesi esas alınmalıdır.

Sonuç olarak kanaatimizce her ne kadar 5510 sayılı Kanunun geçici m.2/VII düzenlemesi kural olarak, yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarının belirlenmesinde 5510 sayılı Kanunun geçici maddelerinin dikkate alınması gerektiğini hükme bağlamışsa da, mülga Kanunların yürürlükte bulunan hükümleri de şüphesiz göz önünde bulundurulmalıdır. Aşağıda hangi durumlarda mülga kanunların yürürlükte bırakılan hükümlerinin veya 5510 sayılı Kanunun geçici maddelerinin dikkate alınacağı açıklanmıştır.

Yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarını düzenleyen hükümlerden hangilerinin uygulanacağı belirlenmesinde temel alınması gereken ilke, kişinin ilk kez ne zaman uzun vadeli sigorta kolları kapsamında sigortalı olduğudur. Gerçekten 5510 sayılı Kanunun özellikle geçici m.6/VII,(b), geçici m.7/IX, geçici m.9 hükümleri ve mülga Kanunların yürürlükte olan düzenlemeleri dikkate alındı-

Mart 2010, 96, 97 (Geçiş Hükümleri).

16 RG., 27.05.1983, 1805.

ğında yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarının ve dolayısıyla 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) düzenlemesine göre kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının belirlenmesi bakımından öncelikli olarak kişinin ilk kez sigortalı olduğu tarihin önemli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bağlamda kişinin ilk kez sigortalı olduğu tarih esas alınmak suretiyle 08.09.1999 tarihine kadar; 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasındaki ve 30.04.2008 tarihinden sonraki dönem olmak üzere üç dönemin yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarını şekillendirdiği görülmektedir¹⁷.

İlk kez sigortalı olunan tarihe göre belirlenen bu üç dönemde yaşlılık aylığı bağlanması için uygulanacak kanunlar aynı olmadığı gibi ilgili kanunlarla öngörülen şartlar da aynı değildir¹⁸. Dönemlere göre uygulanması gereken kanunların ve bu kanunlarda aylığa hak kazanmaya ilişkin hükümlerin ortaya konmasıyla birlikte 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanılmasını sağlayan prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresi tespit edilecektir.

İfade edelim ki, yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının belirlenmesinde temel alınacak ilke sadece ilk kez sigortalı olunan tarih değildir; yaşlılık aylığı talep edilen tarihteki hukuki statü de dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Zira hizmetlerin birleştirilmesi sonucunda kişinin yaşlılık aylığı talep ettiği tarihte 5510 sayılı Kanun m.4/I,(a) ya da m.4/I,(b) veya m.4/I,(c) uyarınca sigortalı kabul edilmesine göre aylığa hak kazanma şartları değişkenlik gösterecektir.

Konuya ilişkin olarak aşağıda "Hizmetlerin Birleştirilmesi Halinde Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Koşulları" başlığı altında açıklama yapıl-

dığından, tekrara sebebiyet vermemek için konu bu başlık altında ele alınmamıştır.

II. 08.09.1999 Tarihine Kadar İlk Defa Sigortalı Olanların Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Şartlarının Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Koşulları Açısından Değerlendirilmesi

1) 506 sayılı Kanunun Geçici 81. Maddesinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Açısından Önemi

5510 sayılı Kanunun "Yürürlükten Kaldırılan Hükümler" başlıklı 106. maddesinde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 81. maddesinin yürürlükte kalacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca 5510 sayılı Kanunun "Emeklilik Yaşına İlişkin Bazı Geçiş Hükümleri" başlıklı geçici 9. maddesindeki şartların 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olanlara uygulanacağı madde hükmünde açıkça ifade edilmiş olup 08.09.1999 tarihinden önce ilk kez sigortalı olanların yaşlılık aylığına hak kazanmasına ilişkin şartlar 5510 sayılı Kanunda yer almamıştır. Böylece, 08.09.1999'dan önce ilk kez sigortalı olanların ve yaşlılık aylığı talep ettiği tarihte hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(a) kabul edilenlerin yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları, 5510 sayılı Kanun döneminde de, 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesindeki esaslara göre belirlenecektir.

Sonuç olarak halen yürürlükte olan 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesi, 08.09.1999'dan önce ilk defa sigortalı olanların yaşlılık aylığına hak kazanıp kazanmadıklarının belirlenmesi açısından önemini koruduğundan, bu düzenleme 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendindeki esasların tespitinde de dikkate alınmalıdır. Hüküm bu bakış açısıyla aşağıda incelenmiştir.

¹⁷ Tuncay/Ekmekçi, 484; Sözer, 376; Korkusuz/Uğur, 358.

¹⁸ 5510 sayılı Kanun ile sağlanmak istenen norm ve standart birliğinin sağlanmadığı, bilakis birçok konuda üçlü uygulamaların başladığı belirtilmiştir, bkz. Okur, Ali Rıza: Eski Yasa'da Olmayıp Yeni Yasa'da Olan Hükümler ve Yeni Tanımlar, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesinin 18-19.06.2010 Tarihinde Düzenledikleri "İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri" Semineri, 14. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, Aralık 2011, 164-165 (Yeni Tanımlar). Şartlara ilişkin bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 493 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 493 vd.; Korkusuz/Uğur, 358-359; Alper, 282-287.

2) 506 sayılı Kanunun Geçici 81. Maddesinin (A) Bendinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Açısından Değerlendirilmesi

4447 sayılı "İşsizlik Sigortası Kanunu"¹⁹, işsizlik sigortasını düzenlemesinin yanında sosyal güvenlik hukukuna ilişkin kanunlarda uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin önemli ve esaslı değişiklikler getirmiştir²⁰. Yaşlılık sigortasında yapılan esaslı değişiklikler nedeniyle de Kanunun yürürlük tarihi olan 08.09.1999 aylığa hak kazanma şartlarının ortaya konmasında önemli bir yere sahiptir²¹.

4447 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 81. madde 08.09.1999 tarihinden önce ilk kez sigortalı olanları, Kanunun yürürlüğünden önce aylığa hak kazanıp kazanmadıklarına ve 08.09.1999 tarihindeki sigortalılık süresine göre üç gruba ayırmıştır²². Geçici 81. madde hükmüyle yapılan bu ayırım doğrultusunda 4447 sayılı Kanundan önce aylığa hak kazananların hakları korunduğu gibi Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla aylığa henüz hak kazanamamış olanların hakları da gözetilmiştir.

Açıklanan yaklaşım uyarınca maddenin (A) bendi ile 08.09.1999'dan önce aylığa hak kazananların durumu korunmuş ve bunların haklarında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu noktada 08.09.1999'dan önce hangi şartlarla aylığa hak kazanılmış olabileceği cevaplanması gereken bir sorudur.

4447 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki düzenlemelerin hem çok fazla olması hem de bir çoğunun artık uygulama kabiliyetini yitirmesi karşısında, çalışmamızda sadece 4447 sayılı

Kanunla 506 sayılı Kanunda değişiklik yapılmadan önceki son durum, dolayısıyla 3774 sayılı Kanunla²³ yapılan değişiklik sonrası oluşan şartların kısaca ele alınması ve bunun kıdem tazminatıyla ilişkisinin ortaya konması ile yetinilecektir

3774 sayılı Kanunla sadece "sigortalılık süresi" ve "prim ödeme gün sayısı" yönünde şart öngörülmek suretiyle emeklilik seçeneği kabul edilmiştir²⁴. Buna göre kadınların 20, erkeklerin 25 yıllık sigortalılık süresini ve 5000 gün prim bildirme şartını tamamlayarak yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün hale getirilmiştir. Ayrıca yaşlılık aylığına hak kazanılması için öngörülen diğer seçenekte kadın için 50, erkek için 55 yaş şartı ve her ikisi için de 5000 gün prim bildirme şartı öngörülmüş; başka bir seçenekte ise kadın için 50, erkek için 55 yaş şartı ve her ikisi için de 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim bildirme şartı aranmıştır. Sonuç olarak bu seçeneklerden birini tamamlayan sigortalıların hakları geçici 81. maddenin (A) bendi ile korunmuş ve bunlar yaşlılık aylığına hak kazandıkları gerekçesiyle, en az 1 yıl çalıştıkları işyerlerinde 1475 sayılı Kanun m.14/1,(4) hükmüne göre sözleşmeyi feshederek kıdem tazminatına hak kazanma olanağına sahip olmuşlardır.

Maddenin (A) bendinde sadece 08.09.1999'dan önce aylığa hak kazananların durumu değil, 08.09.1999 tarihinde 18 yıllık sigortalılık süresini dolduran kadınlarla, 23 yıllık sigortalılık süresini dolduran erkeklerin yaşlılık aylığına hak kazanma şartları da düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu bu sigortalılar, 4447 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki hükümlere göre yani 3774 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanuna eklenen düzenlemeler doğrultusunda yaşlılık aylığına hak kazanabileceklerdir. Yukarıda kısaca belirttiğimiz 3 seçenek arasından özellikle 20 yıl ve 25 yıl sigortalılık süresinin yer aldığı seçenek ve geçici 81. maddenin (A) bendinde belirtilen 18 yıl ve 23 yıl sigortalılık süresi dikkate alındığında, 4447 sayılı Kanundan

19 RG., 08.09.1999, 23810.

20 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 494; 495; Güzel, 1850.

21 Tuncay/Ekmekçi, 494; Güzel, 1833 vd.; Sözer, 379, 380. 4447 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin eleştirisi için, bkz. Oral, İlhan: Emeklilerin Yeniden Çalışmaya Başlaması ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Üzerine Düşünceler, Çalışma ve Toplum, 2008/4, 137.

22 Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 501 vd.; Güzel, 1849, 1850 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 495 vd.; Sözer, 376 vd.; Alper, 283; Korkusuz/Uğur, 358.

23 RG., 27.02.1992, 21155.

24 Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, 11. Baskı, 2012, 433 (11. Baskı); Güzel, 1849; Tuncay/Ekmekçi, 494; Sözer, 379.

önce aylığa hak kazanılmasını sağlayan sigortalılık sürelerine iki yıl ve daha az kalanların durumunun geçici m.81/(A) hükmü ile korunduğu anlaşılmaktadır.

Önemle tekrar ifade etmek gerekir ki, sigortalının yukarıdaki 3 seçenekten birine ve dolayısıyla geçici 81. maddenin (A) hükmüne tabi olabilmesi için 08.09.1999 tarihinde erkek ise 23 yıl ve daha fazla, kadın ise 18 yıl ve daha fazla sigortalılık süresine sahip olmalıdır. Böylece, erkekse 08.09.1976 tarihinde ya da öncesinde, kadın ise 08.09.1981 tarihinde veya öncesinde ilk kez sigortalı olduğu takdirde 3774 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanuna eklenen 3 seçenekten biri doğrultusunda yaşlılık aylığına hak kazanabilir.

08.09.1999 tarihinde 18 yıl ya da 23 yıl sigortalılık süresine sahip olan kadın ya da erkek 50/55 yaşını tamamlayamadıkları durumda, prim bildirme gün sayısını ve sigortalılık süresini tamamlamış olmaları ve bu nedenle sözleşmeyi feshetmeleri halinde işyerinde de en az bir yıl çalışmış olmaları koşuluyla 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I,(5) düzenlemesi gereğince kıdem tazminatına hak kazanırlar.

3776 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanuna eklenen yukarıda belirttiğimiz seçeneklerden biri de 15 yıl sigortalılık süresini tamamlama ve 3600 gün prim bildirme şartına ilişkin olduğundan, 08.09.1999 tarihinde 18 yıl ya da 23 yıl sigortalılık süresini tamamlayan sigortalı, 15 yıllık sigortalılık süresini zaten tamamlamış olacağından sigortalılık süresine ilişkin şart sağlanmış olacak, bu kişi aynı zamanda 3600 gün prim ödeme gün sayısını tamamladığında 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmüne göre iş sözleşmesini sona erdirebilecek ve işyerinde en az 1 yıl çalışmışsa kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Dolayısıyla 08.09.1999 tarihinde sigortalılık süresi 18 yıl ya da 23 yıl olanlar için 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmünün, "15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme gün sayısı" olarak değerlendirilmesi yanlış olmaz.

Aşağıda 08.09.1999 tarihinde 18 yıl ve 23 yıl sigortalılık süresine sahip olmayanların ve dolayısıyla geçici 81. maddenin (A) bendi dışındaki

diğer bentlerine tabi olanların durumu dikkate alınarak 1475 sayılı Kanunun m.14/I,(5) düzenlemesi değerlendirilmiştir.

3) 506 sayılı Kanunun Geçici 81. Maddesinin (B) Bendinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Açısından Değerlendirilmesi

Geçici 81. maddenin (B) ve (C) bentlerinin AYM (Anayasa Mahkemesi) tarafından iptalinden²⁵ sonra 23.05.2002 tarihli ve 4759 sayılı Kanunun 3. maddesi ile yeniden düzenleme yapıl-

25 AYM., 23.02.2001 t., E.1999/42, K.2001/41 (RG. 23.11.2001 t., 24592). Düzenlemenin iptal edilmeden önceki hali şu şekildeydi: "B) a) Sigortalılık süresi 17 (dahil) yıldan fazla 18 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 41 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 22 (dahil) yıldan fazla 23 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 45 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün, b) Sigortalılık süresi 16 (dahil) yıldan fazla 17 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 43 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 21 (dahil) yıldan fazla 22 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 46 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün, c) Sigortalılık süresi 15 (dahil) yıldan fazla 16 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 45 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 20 (dahil) yıldan fazla 21 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 48 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün, d) Sigortalılık süresi 14 (dahil) yıldan fazla 15 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 47 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 19 (dahil) yıldan fazla 20 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 50 yaşını doldurmaları ve en az 5150 gün, e) Sigortalılık süresi 13 (dahil) yıldan fazla 14 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 48 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 18 (dahil) yıldan fazla 19 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 51 yaşını doldurmaları ve en az 5300 gün, f) Sigortalılık süresi 12 (dahil) yıldan fazla 13 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 49 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 17 (dahil) yıldan fazla 18 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 52 yaşını doldurmaları ve en az 5450 gün, g) Sigortalılık süresi 11 (dahil) yıldan fazla 12 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 50 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 16 (dahil) yıldan fazla 17 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 53 yaşını doldurmaları ve en az 5600 gün, h) Sigortalılık süresi 10 (dahil) yıldan fazla 11 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 51 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 15 (dahil) yıldan fazla 16 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 54 yaşını doldurmaları ve en az 5750 gün, ı) Sigortalılık süresi 10 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 52 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 15 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 56 yaşını doldurmaları ve en az 6000 gün, Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalı primi ödemiş bulunmaları şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabilirler."

miştir. Yürürlükte bulunan geçici 81. maddenin (B) bendi 17 tane alt bentten oluşmaktadır. Bu bentte sigortalıların (A) bendinden farklı olarak 08.09.1999 tarihinde değil, 23.05.2002 tarihinde sahip oldukları sigortalılık süresi esas alınmak suretiyle yaşlılık aylığına hak kazanmak için tamamlaması gereken yaş haddi, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayıları belirlenmiştir.

Buna göre örneğin, 23.05.1990 tarihinde ilk kez sigortalı olan bir kimsenin geçici 81. maddenin (A) bendi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira 08.09.1999 tarihindeki sigortalılık süresi 18 yıl ya da 23 yıl değildir.

Maddenin (A) bendi kapsamında değerlendiremeyen örnekte yer alan sigortalının, (B) bendi kapsamında hangi şartlar altında yaşlılık aylığına hak kazanabileceği ve dolayısıyla yaş dışındaki şartlar doğrultusunda nasıl kıdem tazminatına hak kazanabileceği dikkate alınmalıdır.

(B) bendindeki düzenleme gereğince 23.05.2002 tarihi esas alındığında, örnekteki kişinin bu tarihteki sigortalılık süresi 12 yıldır. Bu kişinin kadın olması durumunda geçici m.81/(B) düzenlemesinin (g) alt bendi uygulama kabiliyetini haiz olur. Anılan düzenleme, *"Sigortalılık süresi 12 (dahil) yıldan fazla, 13 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 46 yaşını doldurmaları...ve en az 5375 gün..."* şeklindedir. Kişinin erkek olması durumunda ise geçici m.81/(B) düzenlemesinin (ı) alt bendi uygulanır. Anılan bent *"...sigortalılık süresi 11 (dahil) yıldan fazla, 12 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 52 yaşını doldurmaları ve en az 5525 gün..."* şeklindedir.

Örneğimizdeki kişi, yaş hadlerini tamamlamamış durumda 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) uyarınca yaşlılık aylığı almak amacıyla sözleşmeyi feshedemeyeceğinden ve dolayısıyla anılan düzenleme doğrultusunda kıdem tazminatı alamayacağından, yaş dışındaki diğer şartları sağladığı ve bu nedenle sözleşmeyi feshettiği durumda m.14/I,(5)'e göre kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Buna göre işyerinde en az 1 yıldır çalışan kadın ise 20 yıllık sigortalılık süresini ve 5375 gün prim ödeme gün sayısını, erkek ise 25 yıllık sigor-

talılık süresini ve 5525 prim ödeme gün sayısını tamamlaması halinde ve bu nedenle sözleşmeyi feshetmesi durumunda kendisinin kıdem tazminatına hak kazanacağı haklı olarak düşünülecektir. Şüphesiz bu düşünce yukarıda metnini aktardığımız (g) ve (ı) bentleri karşısında yanlış değildir ancak bu kişinin açıkladığımız şekilde belirtilen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlamadan, 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim ödeme gün sayısını tamamlayarak da kıdem tazminatına hak kazanması mümkündür.

Ulaştığımız sonucun gerekçesini açıklamadan önce önemle belirtelim ki, esasen 17 tane alt bentten oluşan maddenin (B) bendinde hiçbir şekilde tamamlanması gereken prim ödeme gün sayısı 3600 gün ve sigortalılık süresi 15 yıl olarak öngörülmemiştir. Buna rağmen (B) bendi kapsamında yaşlılık aylığına hak kazanma şartları şekillenen işyerinden en az 1 yıl çalışmış olan herkes, öyle ki 08.09.1999 tarihinden önce ve hatta bir gün önce sigortalı olan kişi bile 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim ödeme şartını sağladığında ve bu gerekçeyle sözleşmeyi feshettiğinde kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Ancak ne var ki bunun nedeni kısaca açıkladığımız maddenin (B) bendi değil, aynı maddenin (C) bendindeki düzenlemedir.

4) 506 sayılı Kanunun Geçici 81. Maddesinin (C) Bendinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Açısından Değerlendirilmesi

Geçici 81. maddenin (C) bendi, *"a) 23.5.2002 tarihinde 15 yıllık sigortalılık süresini kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş ve 3600 gün malûl-lük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunanlara istekleri halinde yaşlılık aylığı bağlanır. b) 23.5.2002 tarihinde (a) bendinde öngörülen şartları yerine getiremeyenlerden bu şartları; ba) 24.5.2002 ile 23.5.2005 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 52, erkek ise 56 yaşını doldurmuş olmaları, bb) 24.5.2005 ile 23.5.2008 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 54, erkek ise 57 yaşını doldurmuş olmaları, bc) 24.5.2008 ile 23.5.2011 tarihleri*

arasında yerine getirenler kadın ise 56, erkek ise 58 yaşını doldurmuş olmaları, bd) 24.5.2011 tarihinden sonra yerine getiren kadınlar 58, 24.5.2011 ile 23.5.2014 tarihleri arasında yerine getiren erkekler 59 yaşını doldurmuş olmaları, be) 24.5.2014 tarihinden sonra yerine getiren erkekler 60 yaşını doldurmuş olmaları, şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabilirler.” şeklindedir.

Metnini aktardığımız düzenlemenin (a) alt bendi dikkate alındığında, sigortalılık süresi açısından 15 yıl ve prim ödeme gün sayısı bakımından da 3600 gün şartının varlığı görülmektedir. Ancak söz konusu (a) alt bendi 23.05.2002 tarihinde sigortalılık süresinin 15 yıl ve prim ödeme gün sayısının 3600 gün olması gerektiğini esas aldığından, işçi, anılan düzenleme gereğince öngörülen yaş haddini (50-55) tamamlamadan diğer şartları sağlayarak kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için en geç 23.05.1987 tarihinde sigortalı olmuş olmalıdır. İşçinin anılan tarihten sonra sigortalı olması halinde ise, bahsi geçen (a) alt bendindeki bu düzenleme yaşlılık aylığına hak kazanma açısından kendisine uygulanmaz. Dolayısıyla, 15 yıl sigortalılık süresinin ve 3600 gün prim ödeme sayısının anılan bent kapsamında kıdem tazminatına hak kazanılmasını sağlaması sadece 23.05.2002 tarihinde bu süreyi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayanlar, başka bir ifadeyle sadece 23.05.1987'den önce ilk kez sigortalı olanlar için mümkündür.

5) 08.09.1999 Tarihine Kadar İlk Defa Sigortalı Olanlar Açısından 15 Yıl Sigortalılık Süresini Tamamlama ve 3600 Gün Prim Bildirme Şartının Temel Dayanağını Oluşturan Düzenleme

Yukarıda açıkladığımız üzere, geçici 81. madenin (C) bendinin (a) alt bendinde yer alan düzenlemeden 23.05.1987 tarihinde ve öncesinde sigortalı olmuş olanların 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim ödeme gün sayısını tamamlamaları ve bu şekilde sözleşmeyi sona erdirmeleri halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Bununla birlikte 23.05.1987 tarihinden önce ilk kez sigortalı olanlar gibi, bu tarihten sonra ancak 08.09.1999 tarihinden önce ve öyle ki yukarıda da belirttiğimiz üzere 08.09.1999 tarihinden bir gün önce bile ilk kez sigortalı olan bir kimse de 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim ödeme gün sayısını tamamladığında ve bu gerekçeyle en az 1 yıl çalıştığı işyerinde sözleşmeyi feshettiğinde kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Bu durumun nedeni ise, (C) bendinin (b) alt bendinin alt bentlerinde yer alan düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerden özellikle (bd) ve (be) alt bentleri konumuz açısından önem arz etmektedir.

Anılan düzenlemeler, (C) bendinin (a) alt bendinden farklı olarak, mutlaka 23.05.2002 tarihindeki sigortalılık süresinin 15 yıl ve prim ödeme gün sayısının da 3600 gün olmasını aramamaktadır; gerçekten de bahsi geçen düzenlemeler kadın için 24.05.2011 tarihinden ve erkek için de 24.05.2014 tarihinden sonra da 15 yıl sigortalılık süresinin ve 3600 gün prim ödeme şartının tamamlanabilmesine ve 52 ila 60 yaş arasında değişen yaş haddine ulaşarak yaşlılık aylığına hak kazanılmasına olanak tanımaktadır. Dolayısıyla, 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olan her kadın ve erkek bu bentlerde öngörüldüğü gibi 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim ödeme şartını sağladığında 52 ila 60 yaş arasında değişen yaş hadlerine de ulaştıklarında yaşlılık aylığına hak kazanabilecektir.

Konumuz açısından bu durum ele alındığında ise, 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olan kadının 24.05.2011, erkeğin ise 24.05.2014 tarihinden sonra 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim ödeme gün sayısını sağlayabilmelerine olanak tanındığından, bu kişiler 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim ödeme sayısını tamamladıkları gerekçesiyle en az 1 yıl süreyle çalışmış oldukları işyerinde sözleşmeyi feshettiklerinde bunların 1475 sayılı Kanun m.14/1,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanabilecekleri sonucuna ulaşılabilecektir²⁶.

²⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 636; Tunçomağ/Centel, 242; Süzek, 745; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 316; Özkaraca, 164, 166; Başbuğ/Yücel Bodur, 231. Sigortalılık süresi ile prim ödeme gün sayısının tamamlanıp

III. 08.09.1999-30.04.2008 Tarihleri Arasında İlk Defa Sigortalı Olanlar Açısından 15 Yıl Sigortalılık Süresini Tamamlama ve 3600 Gün Prim Bildirme Şartının Önemini Yitirmiş Olması

1) 506 sayılı Kanunun 60. Maddesinin Birinci Fıkrasının (A) Bendinin Yerine 5510 Sayılı Kanunun Geçici 9. Maddesinin Dikkate Alınma Zorunluluğu

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 506 sayılı Kanunun 60. maddesi, 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinden farklı olarak 5510 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış (5510 s. Kanun m.106/1) ve 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olanların durumu 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinde düzenlenmiştir²⁷. Her ne kadar 506 sayılı Kanunun 60. maddesinde yer alan şartlar aynı şekilde 5510

tamamlanmadığının belirlenmesi ve iş sözleşmesinin 1475 sayılı Kanun m.14/1,(5) uyarınca feshedilip edilmediğinin ispatı açısından işçinin öncelikle SGK'dan sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını gösterir belge alması ve sözleşmenin feshinde buna dayanması isabetli olacaktır. İşçinin iradesini açıklarken 1475 sayılı Kanun m.14/1,(5) hükmüne dayanmaması, buna ilişkin SGK'dan da belge ibraz etmemesi ancak fesih iradesini açıkladıktan sonra Kuruma başvurarak ilgili şartları tamamladığını gösterir belge alması ve bunu işverene ibraz etmesi halinde kendisinin kıdem tazminatına hak kazanamaması gündeme gelebilecektir. Öğretide de anılan düzenlemeye göre iş sözleşmesini fesheden işçinin Kanunun aradığı koşulları tamamladığını belgelenmesi gerektiği, böyle bir belge ibraz etmeksizin işten ayrılan işçinin kıdem tazminatından yararlanmasının söz konusu olmayacağı belirtilmiştir, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 316. Ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, 582; nitekim Yargıtay bir kararında işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı sonucuna ulaşmıştır, bkz. Y. 9. HD., 18.05.2015 t., E.2014/5070, K.2015/17913 www.legalbank.net (erişim tarihi: 05.04.2019); konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Özkaraca, 168 vd.

27 Tuncay/Ekmekçi, 493 vd.; Sözer, 379 vd.; Güzel, 1849; Arıcı, 942; Ergin, Geçiş Hükümleri, 82, 83.

sayılı Kanunun geçici 9. maddesinde yinelenmişse de, 60. maddenin yürürlükten kaldırılması karşısında 1475 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanunun 60. maddesine yapılan atfın, 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinin 1. fıkrasına yapıldığının kabulü gerekir²⁸. Nitekim 5510 sayılı Kanunun 104. maddesinde 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Kanuna yapılan atıfların 5510 sayılı Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılacağı açıkça düzenlenmiştir.

2) 5510 sayılı Kanunun Geçici 9. Maddesinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Açısından Değerlendirilmesi

08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olan ve 5510 sayılı Kanun m.4/1,(a) hükmü kapsamında değerlendirilirken yaşlılık aylığı talebinde bulunanlar için 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinin birinci fıkrasında aylığa hak kazanmak için iki seçenek öngörülmüştür.

Olağan emeklilik seçeneği olarak kabul edilen seçenek "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olup da 8/9/1999 tarihinden 30/4/2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı sayılanlar; kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 7000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak" şeklindedir. Görüldüğü üzere, söz konusu bu birinci seçenekte yaşlılık aylığı için sigortalıların tamamlaması gereken asgari sigortalılık süresi getirilmemiştir.

5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen diğer seçenek ise, "...kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığından yararlanırlar." şeklindedir²⁹.

28 Özkaraca, 158. 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanlar açısından ise ilgili atfın 5510 sayılı Kanunun 28. maddesine yapıldığının kabulü gerekir, bkz. Özkaraca, 158.

29 Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Güzel, 1849; Tuncay/Ekmekçi, 495; Ergin, Geçiş Hükümleri, 83; Sözer, 382; Korkusuz/Uğur, 358.

Kolaylaştırılmış emeklilik seçeneği olarak da nitelenebilecek bu ikinci seçenekte, yukarıda belirtilen olağan emeklilikten farklı olarak prim ödeme gün sayısı azaltılmışsa da, ek olarak sigortalılık süresi öngörülmüştür.

Yaşlılık aylığına hak kazanmaya ilişkin bu şartlar konumuz açısından değerlendirildiğinde, 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olan 58-60 yaş şartını sağlayamayan işçinin 7000 gün prim ödeme şartını sağlamış olması veya 25 yıl sigortalılık süresi/4500 gün prim ödeme şartını tamamlamış olması ve en az 1 yıldır çalıştığı işyerinde iş sözleşmesini bu gerekçeyle feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı sonucuna ulaşılır³⁰.

Birinci seçenekte öngörülen prim ödeme gün sayısının fazla olduğu gerekçesiyle bu seçeneğin her durumda işçinin aleyhine olduğu ve bu nedenle 08.09.1999 tarihinden sonra ve 30.04.2008'den önce ilk kez sigortalı olanlar bakımından kıdem tazminatına hak kazanmak için 25 yıl sigortalılık süresinin ve 4500 gün prim ödeme gün sayısının dikkate alınması gerektiğini savunmak makul bir yaklaşım değildir.

İki seçenekten hangisinin işçinin lehine olduğu işçinin çalışma yaşamının kesintisiz olup olmasına göre değişecektir. Zira prim ödeme gün sayısı fiilen çalışmayla ilgili bir şartken, sigortalılık süresi ise 18 yaşının doldurulmuş olması şartıyla ilk kez uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalı olunan tarihte işlemeye başlar ve fiilen çalışmadan bağımsızdır (SSK m.108; 5510 sayılı Kanun m.38). Buna göre, 7000 günün 19 yıl, 5 ay, 10 güne tekabül ettiği dikkate alındığında, ilk kez sigortalı olduğu tarihten itibaren yaklaşık 19 yıl, 5 ay, 10 gün aralıksız çalışan bir kimse 7000 gün prim ödeme şartını sağlamış olur ancak ikinci seçenekte öngörülen şartı sağlayamaz. Dolayısıyla,

7000 gün prim ödeme şartını sağladığı gerekçeyle iş sözleşmesini sona erdiren ve işyerinde en az 1 yıldır çalışan bu kişi kıdem tazminatına hak kazanır.

Örneğin Haziran 2000'de ilk kez sigortalı olan bir kimsenin aralıksız çalıştığı varsayımında, 7000 gün prim ödeme şartı yaklaşık olarak Aralık 2019 sonuna doğru tamamlanmış olacaktır. Bu kişi en az 1 yıldır çalıştığı işyerindeki iş sözleşmesini anılan tarih itibarıyla veya sonrasında 7000 gün prim ödeme şartını sağladığı gerekçesiyle feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Ancak ne var ki örneğimizdeki kişi için ikinci seçenek, Aralık 2019 itibarıyla kıdem tazminatına hak kazandıramayacak olup 25 yıllık sigortalılık süresinin doldurulmasıyla buna imkan tanıyacaktır.

Bazı hallerde ise yukarıdaki durumun aksine ikinci seçeneğin kıdem tazminatına hak kazandırması mümkünken, birinci seçenek buna imkan tanımaz. Gerçekten, ilk kez sigortalı olduğu tarihten itibaren 19 yıl/5 ay/10 günden (7000 günden) daha az ve 12,5 (4500 günden) yıldan daha fazla çalışmış ve 25 yıllık sigortalılık süresine sahip olan kimse, ikinci seçeneği tamamladığı gerekçeyle sözleşmeyi feshedip kıdem tazminatına hak kazanabilecektir.

Sonuç olarak 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olup işyerinde en az 1 yıl çalışanlar için 15 yıl sigortalılık süresinin ve 3600 gün prim ödeme gün sayısının tamamlandığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, kıdem tazminatına hak kazandıracaksa da; anılan tarihten sonra ve 30.04.2008'den önce ilk kez sigortalı olanlar bakımından anılan sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısının tamamlanması kıdem tazminatına hak kazandırmayacağı gibi, 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olanlar bakımından kıdem tazminatına hak kazanmayı sağlayan olasılığı tek seçeneğe indirgemek de mümkün değildir. Bu kişiler 7000 gün prim ödeme sayısını veya 25 yıl sigortalılık süresini ve 4500 gün prim ödeme gün sayısını tamamlayarak ve sözleşmeyi bu gerekçeyle sona erdirerek –işyerinde en az 1 yıl çalışmış olmak şart-

30 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 636, Özkaraca, 159. Öğretide 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk defa sigortalı sayılan işçilerin kolaylaştırılmış seçenekteki yaş dışındaki 25 yıl sigortalılık süresi ve 4500 gün prim ödemiş olma koşullarını yerine getirerek kıdem tazminatına hak kazanabileceği belirtilmişse de (bkz. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 316) açıkladığımız üzere diğer seçeneği de dikkate almak yerinde olacaktır.

tıyla- kıdem tazminatına hak kazanabilirler.

IV. 30.04.2008 Tarihinden Sonra İlk Defa Sigortalı Olanlar Açısından 15 Yıl Sigortalılık Süresini Tamamlama ve 3600 Gün Prim Bildirme Şartının Önemini Yitirmiş Olması ve Kıdem Tazminatına Hak Kazanılmasını Sağlayan Şartlar

1) Olağan Emeklilik Seçeneğinde Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartları

Yukarıda da ifade edildiği üzere 506 sayılı Kanunun 60. maddesi, 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinden farklı olarak 5510 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır (5510 s. Kanun m.106/1). Nitekim 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanların durumu, 506 sayılı Kanunda değil, 5510 sayılı Kanunun 28. maddesinde düzenlenmiştir³¹.

506 sayılı Kanunun 60. maddesinin yürürlükten kaldırılması karşısında 1475 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanunun 60. maddesine yapılan atfın, 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinin 1. fıkrasına yapıldığının kabulü gerektiği gibi, aynı şekilde atfın 5510 sayılı Kanunun 28. maddesine yapıldığı da kabul edilmelidir³². Zira 5510 sayılı Kanunun 104. maddesinde herhangi bir ayırım gözetmeksizin 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Kanuna yapılan atıfların 5510 sayılı Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu ba-

kımdan 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanların yaşlılık aylığına ve dolayısıyla 1475 sayılı Kanun m.14/1,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanma koşulları 5510 sayılı Kanun m.28/II, III uyarınca şekillenecektir.

Düzenleme gereğince 30.04.2008 tarihinden sonra ilk defa mülga Kanunlara göre ya da 01.10.2008 tarihinden sonra ilk defa 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar ve yaşlılık aylığına hak kazanmak için talepte bulundukları tarihte hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/1,(a) olanlar açısından aranan yaş şartı kadın için 58 ve erkek içinse 60'tır.

Tamamlanması gereken yaş hadleri 2036 yılına kadar herhangi bir değişiklik olmadan bu şekilde devam edecekse de, 2036 yılından itibaren 2048 yılına kadar, kademeli olarak artacaktır (SSGSSK m. 28/1,b)³³. Yaş koşulunda 2036'dan 2048 yılına kadar gerçekleşecek artış şu şekilde olacaktır: 1/1/2036 ilâ 31/12/2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61; 1/1/2038 ilâ 31/12/2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62; 1/1/2040 ilâ 31/12/2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63; 1/1/2042 ilâ 31/12/2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64; 1/1/2044 ilâ 31/12/2045 tarihleri arasında kadın için 63, erkek için 65; 1/1/2046 ilâ 31/12/2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65; 1/1/2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65.³⁴

Yaşlılık aylığına hak kazanmak için yaş dışında aranan diğer şart, 5510 sayılı Kanun m.4/1,(a) kapsamındakiler için öngörülmüş olan 7200 gün prim ödeme şartıdır. Böylece, 30.04.2008 tarihin-

31 Güzel/Okur/Ekmekçi, 496; Tuncay/Ekmekçi, 494-495; Sözer, 398; Ergin, Geçiş Hükümleri, 82, 83, Alper, 282; Korkusuz/Uğur, 359.

32 Özkaraca, 158.

33 Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 497-498; Tuncay/Ekmekçi, 500; Okur, Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dalları, Çalışma ve Toplum, 1/2006, 110 (Sosyal Güvenlik Reformu). Tuncay, Aziz Can: 5510 Sayılı Kanun Açısından Uzun Vadeli Sigorta Kolları, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi, Değerlendirmeler, Kadir Has Üniversitesi İle İstanbul Barosunun Birlikte Düzenledikleri Seminer Yayını, İstanbul 2010, 55; Ergin, Hediye: Yeni Sistemde Yaşlılık Aylığı, SİCİL, Haziran 2008, 179 (Yaşlılık Aylığı); Sözer, 400-401; Korkusuz/Uğur, 359.

34 Yaş şartlarının tespit yönteminin eleştirisi için bkz. Okur, Ali Rıza: Sorunları İle Gelen Reform, Mercek, Temmuz 2006, 22 (Reform).

den sonra ilk kez sigortalı olan ve kıdem tazminatı hak kazanmak isteyen bir işçi hükümde öngörülen yaş şartlarını sağlamasa bile adına 7200 gün prim bildirilmiş olması halinde ve bu gerekçeyle de sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda –en az 1 yıl çalışmış olması şartıyla– kıdem tazminatına hak kazanabilecektir (1475 sayılı Kanun m.14/I,(5)).

1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kişinin yaş şartını tamamlayıp tamamlamadığının belirlenmesinde, öncelikli olarak ulaşılmaması gereken yaş sınırının ne olduğu tespit edilmelidir. 5510 sayılı Kanunun 28. maddenin 2. fıkrasında olağan emeklilik için yaş sınırlarının uygulanmasında, prim gün sayısının doldurulduğu tarihteki yaş haddinin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Düzenleme gereğince prim ödeme gün sayısının tamamlandığı tarihteki yaş şartı esas alınması gerektiğinden, yaş haddinin tespitinde 30.04.2008’den sonra sigortalı olunan veya emekli olunmak istenen tarih esas alınmaz³⁵.

Sonuç olarak 7200 gün prim ödeme sayısının tamamlandığı tarihte kanun koyucu tarafından hangi şartın uygulanması öngörülmüşse, sigortalı söz konusu şarta tabi olacak ve henüz ilgili yaş şartının tamamlanmaması halinde işçi 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) uyarınca sözleşmeyi feshedip kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Bununla birlikte 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca 7200 gün prim bildirilmiş olması ve bu nedenle de sözleşmeyi feshetmesine bağlı olarak işçi kıdem tazminatına hak kazanabilecektir³⁶.

İfade edelim ki, 7200 prim bildirme gün sayısının 20 yıla tekabül ettiği ve bu sürenin 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanlar için uygulanabileceği dikkate alındığında, anılan prim ödeme gün sayısının tamamlandığı gerekçesiyle sözleşmenin feshi ve buna

ilişkin olarak kıdem tazminatına hak kazanılması, en erken 2028 yılı itibarıyla mümkün olabilecektir³⁷.

2) Kolaylaştırılmış Emeklilik Seçeneğinde Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartları

5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin üçüncü fıkrası “*Sigortalılar, ikinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yer alan yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek üzere üç yıl eklemek ve adlarına en az 5400 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla da yaşlılık aylığından yararlanabilirler.*” şeklindedir³⁸. Görüldüğü üzere bu seçenekte her ne kadar yaş sınırı 65 yaşını geçmemek kaydıyla üç yıl artırılmışsa da, sigortalılar daha az prim ödeyerek yaşlılık aylığına hak kazanabilirler³⁹. Bu seçenek, öğretide ileri yaştakiler için kolaylaştırılmış emeklilik olarak da adlandırılmıştır⁴⁰. Buna göre m.4/I,(a) kapsamındaki sigortalıların adına 7200 gün prim bildirmesi, m. 4/I,(b) ve (c) kapsamındaki sigortalıların ise, adına 9000 gün prim ödenmesi/bildirilmesi gerekli olmayıp 5400 gün prim ödenmesi/bildirilmesi yeterli olmakla birlikte, tamamlanması gereken yaş hadleri artırılmıştır.

Hatırlanacağı üzere, 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olanlar için yaşlılık aylığına hak kazanılmasına sebebiyet veren ikinci seçenekte prim ödeme gün sayısı 4500 gündü. Prim ödeme gün sayısının 30.04.2008’den sonra ilk kez sigortalı olanlar için 4500 gün-

35 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 498; Tuncay/Ekmekçi, 501; Uşan, 211; Ertürk, Şükran: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda Değişiklik Öngören 5754 Sayılı Kanun’dan Sonra Uzun Vadeli Sigorta Kollarına Genel Bir Bakış, Legal İHSGHD, 19/2008, 1051.
36 Özkaraca, 159.

37 Konuya ilişkin olarak öğretide de, 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanların yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları farklı belirlendiği için 5510 sayılı Kanunda 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin yerini alan hükümlere göre belirleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 636.

38 Hükmün 506 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeyle benzer nitelik taşıdığı belirtilmiştir, bkz. Ergin, Geçiş Hükümleri, 86.

39 1475 sayılı Kanunda yapılan atfın 5510 sayılı Kanun m.28/ III hükmüne de yapıldığı haklı olarak belirtilmiştir, konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Özkaraca, 161.

40 Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye: 5510 Sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, 16/2007, 1452; Tuncay, 54; Ergin, Geçiş Hükümleri, 86.

den 5400 güne yükseltilmesi dikkate alınarak, 30.04.2008'den sonra ilk kez sigortalı olanlar ve aylık talep tarihinde m.4/I,(a) kapsamında sigortalı olanlar için 5510 sayılı Kanunun geçici 6. maddesinin yedinci fıkrasında kademeli geçiş öngörülmüştür.

Kademeli geçiş uyarınca 5400 günlük süre ilk defa 30.04.2008 tarihi ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4600 gün olarak, 01.01.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar içinse her takvim yılı başında 4600 güne 100 gün eklenmek suretiyle ve 5400 günü geçmemek üzere uygulanacaktır.

Kolaylaştırılmış emekliliğe ilişkin düzenleme konumuz açısından değerlendirilecek olursa, 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olan bir kimse, yaş şartını tamamlamasa bile, sigortalı olduğu tarihe göre belirlenen 4600-5400 gün aralığında öngörülen prim sayısını tamamladığında ve bu gerekçeyle en az 1 yıldır devam eden iş sözleşmesini feshettiğinde 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanacaktır⁴¹.

30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olan ve m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanmak isteyen bir kişinin 4600-5400 gün aralığına tekabül eden prim ödeme şartını sağlayarak bu alacağa hak kazanma yolunu tercih etmesi, olağan emeklilik açısından geçerli olan 7200 gün prim ödeme sayısı ile arasındaki fark nedeniyle şüphesiz daha makuldür.

İfade edelim ki, 4600 prim ödeme gün sayısının yaklaşık 13 yıla tekabül ettiği ve bu sürenin en erken 30.04.2008 tarihinden sonra ve 31.12.2008'den önce sigortalı olabilen kişiler için uygulanabileceği dikkate alındığında, anılan prim ödeme gün sayısının tamamlandığı gerekçeyle sözleşmenin feshi ve buna ilişkin olarak kıdem tazminatına hak kazanılması, 2021 yılının sonu itibarıyla mümkün olacaktır.

41 Özkaraca, 160-161.

V. Hizmetlerin Birleştirilmesi Halinde 1475 Sayılı Kanun m.14/I (5) Uyarınca Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartları

1) Hizmetlerin Birleştirilmesi Halinde 1475 Sayılı Kanun m.14/I (5) Hükümünün Anlamı

Bilindiği üzere, 5510 sayılı Kanundan önce yaşlılık sigortası ve diğer sosyal güvenlik hakları farklı kanunlarda düzenlenmişti. Yaşlılık sigortası, iş sözleşmesiyle çalışanlar için 506 sayılı, devlet memurları ve kamu görevlileri için 5434 sayılı, bağımsız çalışanlar için 1479 sayılı, tarımda bağımsız çalışanlar bakımından 2926 sayılı, tarım işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz biçimde çalışanlar açısından 2925 sayılı Kanunda yer almaktaydı.

Anılan Kanunlar döneminde sigortalılığı başlayanların hukuki statüsünün ne olacağı 5510 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bahsi geçen hüküm "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olanlar, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ve bu Kanunla mülga 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olanlar, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa tabi olanlar, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında kabul edilir." düzenlemesine yer verilmiştir.

5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce sigortalının çalışmasının farklı sosyal güvenlik kanunları ve dolayısıyla farklı sosyal güvenlik kurumları (SSK, Bağ-Kur, Emekli Sandığı), 5510 sayılı Kanun döneminde de çalışmasının farklı hukuki statüler (m.4/I,(a),(b),(c)) kapsamında geçmesi

imkan dahilindedir. Diğer bir ifadeyle, sigortalının yaşlılık aylığı talep ettiği ana kadar farklı zamanlarda iş sözleşmesiyle çalışması, bağımsız şekilde çalışması, devlet memuru olarak çalışması olmasıdır. Farklı sosyal güvenlik kurumları nezdinde veya farklı hukuki statüler kapsamında çalışan işçinin yaşlılık aylığı talep ettiği tarihte, kendisinin hangi hukuki statüde değerlendirilmesi gerektiği konumuz açısından önemlidir. Zira sigortalının, işçi veya bağımsız çalışan ya da devlet memuru statüsünde değerlendirilmesine bağlı olarak yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları ve dolayısıyla 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanma şartları farklılaşacaktır. Şüphesiz açıklamalarımız, son çalıştığı işyerinde en az 1 yıl çalışmış bulunan ve kıdem tazminatı almak amacıyla 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) doğrultusunda sözleşmeyi feshetmek isteyen işçi bakımından geçerlidir.

Farklı hukuki statüler kapsamında çalışan kişinin yaşlılık aylığına hak kazanma şartları açısından tabi olduğu hukuki statüsünün tespitinde, öncelikle kişinin uzun vadeli sigorta kolları kapsamında ilk kez sigortalı olduğu tarih belirlenmelidir.

Kişi 01.10.2008 tarihinden önce ilk kez sigortalı olmuşsa, yaşlılık aylığına hak kazanmaya ilişkin esas alınması gereken hukuki statüsünün belirlenmesinde 2829 Sayılı Kanun dikkate alınmalıdır⁴².

Bahsi geçen 2829 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrası, *"Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir."* şeklindedir. Düzenleme uyarınca yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarının belirlenmesinde sigortalının yaşlılık aylığı talep ettiği tarihteki çalışma şekli veya yaşlılık aylığı talep etmeden önceki son çalışma biçimi esas alınmaz. Örneğin bir işyerinde iki yıldır işçi olarak çalışan ancak çalışma yaşamı

boyunca farklı hukuki statüler (bağımsız çalışma, devlet memuru, işçi) kapsamında bulunmuş olan ve yaşlılık aylığı talep ettiği tarihten önceki son 7 yılın çoğunda adına 5510 sayılı Kanunun m.4/I,(b) kapsamında prim ödenen bir kimsenin yaşlılık aylığına hak kazanma şartları bağımsız çalışanların tabi olduğu hukuki rejime göre belirlenir.

Kişi ilk kez 01.10.2008 tarihinden sonra sigortalı olmuşsa, hizmetlerin birleştirilmesi 5510 sayılı Kanun m.53/VI hükmü doğrultusunda yapılacaktır. Bahsi geçen düzenlenmeye göre, *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilk defa sigortalı sayılanlardan 4 üncü maddenin birinci fıkrasının a, b ve c bentlerinden birden fazlasına tabi olarak çalışmış olanların yaşlılık aylığı bağlanma taleplerinde, en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali, hizmet süresinin eşit olması...durumunda ise son sigortalılık hali esas alınır."* Görüldüğü üzere, 2829 sayılı Kanunda olduğu gibi 5510 sayılı Kanunla da sigortalının yaşlılık aylığı talep ettiği tarihteki çalışma şekli veya yaşlılık aylığı talep etmeden önceki son çalışma biçimi esas alınmamıştır. Bununla birlikte 2829 sayılı Kanundan farklı olarak sigortalının yaşlılık aylığı talep etmeden önceki son 7 yıllık dönem değil, bütün çalışma yaşamı dikkate alınmıştır. Gerçekten her ne kadar hükümde en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali ifadesine yer verilmişse de, bunu prim ödenerek geçirilen süre olarak algılamak isabetli olacaktır⁴³.

Yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının belirlenmesi konusunda 2829 sayılı Kanun m.8 veya 5510 sayılı Kanun m.53/VI uyarınca yapılan hizmetlerin birleştirilmesi neticesinde ortaya çıkan hukuki statünün esas alınması gerektiği konusunda şüphe yoksa da; 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmü doğrultusunda kıdem tazminatına hak kazanma şartlarının belirlenmesinde bu maddenin atıfta bulunduğu 506 sayılı Kanunun 60. (yukarıda açıklandığı üzere 5510 sayılı Kanun m.28/II,III, geçici m.9) veya 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinin mi, yoksa hizmetlerin birleştirilmesi sonucu ortaya çıkan hukuki statüye

42 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 176; Sözer, 375; Alper, 147.

43 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 179.

göre belirlenmiş şartların mı dikkate alınacağı açıklanmalıdır.

Konu önce 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) düzenlemesi doğrultusunda ele alınmalıdır. Bu şekilde hizmetlerin birleştirilmesi karşısında anılan düzenlemenin ifade etmesi gereken anlam ortaya konduktan sonra, 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmünün anlamı daha net bir şekilde açıklanabilir. Zira 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmü ile yaş koşulunu sağlayamamaları nedeniyle yaşlılık aylığına ve dolayısıyla 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) hükmüne göre sözleşmeyi feshederek kıdem tazminatına hak kazanamayan işçiler için yaş dışındaki diğer şartları sağlamaları halinde kıdem tazminatına hak kazanma olanağı tanınmıştır.

1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) hükmü ile *"Bağlı bulundukları ... kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla"* iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatına hak kazanılacağı öngörülmüştür. Hükümde atıf yapılan kurumlar, Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur ve Emekli Sandığıdır ancak bilindiği üzere kurumsal yapıda da teklik sağlamak amacıyla 5502 sayılı Kanunla bu kurumların tüzel kişilikleri sona erdirilmiş olup bunların yerini Sosyal Güvenlik Kurumu almıştır.

Kurumsal yapıda teklik esasının belirlenmiş olması karşısında 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) düzenlemesinde yer alan *bağlı bulundukları kurum* ifadesi, SSK, Bağ-Kur, Emekli Sandığı olarak değil; 5510 sayılı Kanun m.4/I,(a),(b),(c) şeklinde olmak üzere *farklı hukuki statü* olarak algılanmalıdır. Daha net bir ifadeyle, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yapılan değişiklikler sonucu kabul edilen esaslar doğrultusunda 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) hükmünün, tabi olunan hukuki statüye (m.4/I,(a),(b),(c)) göre yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesinin feshini düzenlediğinin kabulü gerekir.

Dolayısıyla 2829 sayılı Kanunun veya 5510 sayılı Kanunun ilgili düzenlemeleri uyarınca yapılan hizmetlerin birleştirilmesi nedeniyle hukuki statüsü m.4/I,(b) ya da m.4/I,(c) (5510 sayılı Kanun)

olarak belirlenen işçi, 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) hükmünden yararlanmak suretiyle yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini feshetmek isterse, kendisinin bağımsız çalışanların veya devlet memurlarının tabi olduğu hukuki rejime tabi olması gerekecek ve buna göre yaşlılık aylığına hak kazanıp kazanmadığı tespit edilecektir. Buna göre işçinin belirlenen hukuki rejim doğrultusunda yaşlılık aylığına hak kazandığı tespit edilirse ve iş sözleşmesini feshederse, işyerinde de en az 1 yıl çalışmış olması koşuluyla, kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

Bununla birlikte işçinin belirlenen hukuki statüye ilişkin olmak üzere yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarından yaşa ilişkin şartı sağlayamaması ancak diğer şartları sağlaması da şüphesiz imkan dahilindedir. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kanun koyucu 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) doğrultusunda sözleşmeyi feshedip kıdem tazminatına hak kazanamayanların, m.14/I,(5) uyarınca tazminata hak kazanabileceğini benimsemiştir. Öğretide de 4447 sayılı Kanunla emeklilik yaşı kadınlarda 58, erkeklerde 60 yaş olarak belirlenince emeklilik sebebiyle kıdem tazminatı olanağının zorlaştığı, bunun üzerine 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin ilk fıkrasına bir bent eklenerek emekli olmamakla birlikte yaş dışındaki diğer şartları sağlamanın kıdem tazminatına hak kazandıran bir neden olarak düzenlendiği belirtilmiştir⁴⁴. Dolayısıyla, 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmünün uygulanması noktasında lafzi bir yorumla atıf yapılan hükümler (5510 sayılı Kanun m.28/II,III, geçici m.9 ile 506 sayılı Kanun geçici 81. madde) değil, kişinin hizmetlerin birleştirilmesi suretiyle tespit edilen hukuki statüsüne ilişkin şartlar esas alınmalıdır. Bu şekilde kişinin yaş şartını sağlayıp sağlayamadığı ve yaş dışındaki diğer şartların neler olduğu belirlenerek, işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı tespit edilmelidir.

⁴⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 635. Ayrıca bkz. Süzek, 745; Şahlanan, 4; Narmanlioğlu, 580-581; Eyrenci/Taşkent/Ülucan, 265-266.

2) Hukuki Statüsü 5510 Sayılı Kanun m.4/I (b) veya m.4/I (c) Olan İşçiler Bakımından Hizmetlerin Birleştirilmesi Sonucu Ortaya Çıkan Şartlar

a. Hizmetlerin Birleştirilmesi Sonucu Hukuki Statüsü 5510 Sayılı Kanun m.4/I (b) Olan İşçiler Açısından 1475 Sayılı Kanun m.14/I (5) Uyarınca Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartları

aa. 08.09.1999 Tarihinden Önce İlk Kez Sigortalı Olanlar Açısından Oluşan Şartlar

1479 sayılı Kanunun 35. maddesinde yaşlılık aylığına hak kazanılması için öngörülen şartların 4447 sayılı Kanunla ağırlaştırılması karşısında anılan Kanunla 1479 sayılı Kanuna eklenen geçici 10. madde hükmü ile bağımsız çalışan sigortalılar için de geçiş hükümleri öngörülmüş ve bunların da hakları gözetilmiştir.

1479 sayılı Bağ-Kur Kanununun geçici 10. maddesinin hala yürürlükte olduğu dikkate alındığında (5510 sayılı Kanun m.106) 08.09.1999'dan önce ilk kez sigortalı olanların ve yaşlılık aylığı talep ettiği tarihte hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(b) kapsamında olanların yaşlılık aylığına hak kazanma şartları geçici 10. maddeye göre belirlenecektir. Geçici 10. maddenin konumuz bakımından yarattığı sonuç kısaca ortaya konacaktır.

Geçici 10. madde dikkate alındığında, 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinde olduğu gibi, farklı prim ödeme şartlarının ve buna ilişkin farklı yaş hadlerinin yer aldığı görülmektedir. Bununla birlikte konumuz açısından önem arz eden ise, en düşük prim ödeme gün sayısına ilişkin seçenektir. Zira yaş dışındaki diğer şartların sağlanması nedeniyle sözleşmenin feshine bağlı olarak kıdem tazminatına hak kazanılabileceği esas alındığında, yaş şartını sağlayamayan kişi için asgari prim ödeme şartının yer aldığı seçenek önem arz eder. Geçici 10. maddedeki seçenekler arasında tamamlanması gereken asgari prim ödeme gün sayısı ise, 15 tam yıldır.

Sonuç olarak son 7 yılın çoğunluğunu bağımsız

çalışan olarak geçiren, yaş şartını sağlayamayan ve işyerinde en az 1 yıl süreyle çalışmış olan işçi, işyerinden 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmü doğrultusunda ayrılmak istediğinde kendisinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığının tespiti noktasında 15 tam yıl prim ödeyip ödemediği esas alınmalıdır. Şüphesiz bu durum işçinin aleyhine olacaktır zira 08.09.1999 tarihinden önce ilk kez sigortalı olan ve yaşlılık aylığı talep ettiği tarihte hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(a) kapsamında olan bir kişi için 15 yıl sigortalılık süresinin ve 3600 gün prim bildirme şartının gerçekleşmesi, 15 tam yıl prim ödeme şartına göre daha kolaydır. Gerçekten 15 tam yıl prim ödeme gün sayısı 5400 güne (15yıl*360gün) tekabül etmekte olup bu şartı sağlayan herkes evleviyetle 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim bildirme şartını sağlamış olacağına da, 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim bildirme gün sayısını tamamlayan herkesin 15 tam yıl prim ödeme şartını farklı bir ifadeyle 5400 gün prim ödeme şartını sağladığından bahsedilemez.

bb. 08.09.1999-30.04.2008 Tarihleri Arasında İlk Kez Sigortalı Olanlar Açısından Oluşan Şartlar

1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatı talep eden kişi 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olmuşsa ve yaşlılık aylığı talep ettiği tarihte hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(b) ise, yaşlılık aylığına hak kazanılmasına ilişkin şartlar 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda belirlenecektir.

Anılan düzenleme "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında olup da 08/09/1999 tarihinden 30/04/2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı sayılanlar 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 yararlanır." şeklindedir.

Düzenleme uyarınca hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(b) olan işçinin 1475 sayılı Kanun

m.14/I,(5) hükmünden yararlanabilmesi için tamamlaması gereken prim ödeme gün sayısı en az 5400 gün (15 yıl*360 gün) olacaktır. Hatırlanacağı üzere, 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olan ve yaşlılık aylığına hak kazanması açısından hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(a) kapsamında değerlendirilen işçinin yaş dışında tamamlaması gereken ve dolayısıyla 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kendisine kıdem tazminatına hak kazandıracak şartlar ise ya adına 7000 gün prim bildirilmesine ya da 25 yıl sigortalılık süresinin tamamlanmasına ve adına 4500 gün prim bildirilmesine ilişkindir.

cc. 30.04.2008 Tarihinden Sonra İlk Kez Sigortalı Olanlar Açısından Oluşan Şartlar

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 30.04.2008 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olanlar açısından 5510 sayılı Kanun m.28/II, III hükmü uygulama kabiliyetini haizdir. Bu bakımdan, 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatı talep eden kişi 30.04.2008'den sonra ilk kez sigortalı olmuşsa ve yaşlılık aylığı talep ettiği tarihte hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(b) ise, yaşlılık aylığına hak kazanılmasına ilişkin şartlar 5510 sayılı Kanun m.28/II, III doğrultusunda belirlenecektir.

Söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak çalışmamızda "30.04.2008 Tarihinden Sonra İlk Defa Sigortalı Olanlar Açısından Yaş Dışındaki Diğer Şartları Sağlayarak Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Durumu" başlığı altında yaş şartları açıklandığından, tekrara sebebiyet vermemek için yukarıdaki açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Burada kısaca ifade edelim ki, 5510 sayılı Kanun m.28/II uyarınca olağan emeklilikte öngörülen prim ödeme şartı bağımsız çalışanlar için 9000 gün, m.28/III gereğince kolaylaştırılmış emeklilikte öngörülen ise, 5400 gündür.

9000 prim ödeme gün sayısının 25 yıla tekabül ettiği ve bu sürenin 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olabilen kişiler için uygulanabileceği dikkate alındığında, anılan prim ödeme gün sayısının tamamlandığı gerekçesiyle sözleşmenin feshi ve buna ilişkin olarak kıdem tazminatına hak

kazanılması, en erken 2033 yılı itibarıyla mümkün olabilecek; 5400 gün prim ödeme sayısının 15 yıla denk geldiği göz önünde bulundurulduğunda ise prim ödeme gün sayısının tamamlandığı gerekçesiyle sözleşmenin feshi ve buna ilişkin olarak kıdem tazminatına hak kazanılması, en erken 2023 yılı itibarıyla mümkün olacaktır.

b. Hizmetlerin Birleştirilmesi Sonucu Hukuki Statüsü 5510 Sayılı Kanun m.4/I (c) Olan İşçiler Açısından 1475 Sayılı Kanun m.14/I (5) Uyarınca Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartları

Kıdem tazminatı talep eden işçinin son 7 yılının çoğunda 5510 sayılı Kanun m.4/I,(c) kapsamında adına prim bildirilmesi halinde yaşlılık aylığına hak kazanma noktasında hukuki statüsü m.4/I,(c) olarak esas alınmalı ve anılan hukuki statüye ilişkin şartlar doğrultusunda yaşlılık aylığına hak kazanıp kazanmadığı ve dolayısıyla aynı şartlar uyarınca 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) ve m.14/I,(5) hükümlerine göre kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı belirlenmelidir.

Ulaştığımız bu sonuç nedeniyle devlet memurlarının ve kamu görevlilerinin de durumuna kısaca değinmek gerekmektedir. Devlet memurları ve kamu görevlilerinin 5434 sayılı Kanuna göre tamamlaması gereken yaş ve prim ödeme gün sayısı farklı tarihlerde çıkarılan kanunlarla muhtelif kez değiştirilmiştir⁴⁵. 5510 sayılı kanunun geçici 4. maddesinin 4. fıkrasında, "Bu Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde; iştirakçi iken, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmış olup bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanlar [...] hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanuna göre işlem yapılır." düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla 08.09.1999 tarihinden önce 5434 sayılı Kanuna tabiyken 5510

⁴⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 495; Tuncay/Ekmekçi, 494 vd.

sayılı Kanun döneminde aylık talep edilen tarihte hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(c) olanlar Emekli Sandığı Kanununa göre aylığa hak kazanacaklardır⁴⁶. Bu bakımdan söz konusu şartlar doğrultusunda işçinin 1475 sayılı Kanun m.14/I,(4) ya da (5) hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı ortaya çıkacaktır.

1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatı talep eden kişi 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olmuşsa ve yaşlılık aylığı talep ettiği tarihte hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(c) ise, yaşlılık aylığına hak kazanılmasına ilişkin şartlar, Emekli Sandığı Kanununa göre değil, 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinin 3. fıkrası doğrultusunda belirlenecektir. Buna göre, "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olup da 08.09.1999 tarihinden 30.04.2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı sayılanlar 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 yararlanırlar".

Sonuç olarak hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(c) olan işçinin 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmünden yararlanabilmesi için tamamlaması gereken prim ödeme gün sayısı 5400 gün (15 yıl*360 gün) olacaktır. Hatırlanacağı üzere, 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olan ve yaşlılık aylığına hak kazanması açısından hukuki statüsü 5510 sayılı Kanun m.4/I,(a) kapsamında değerlendirilen işçinin yaş dışında tamamlaması gereken ve dolayısıyla 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) uyarınca kendisine kıdem tazminatına hak kazandıracak şartlar ise ya adına 7000 gün prim bildirilmesine ya da 25 yıl sigortalılık süresinin tamamlanmasına ve adına 4500 gün prim bildirilmesine ilişkindir.

Sonuç

Kıdem tazminatının hak kazanılmasına ola-

nak tanıyan 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmü "15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim bildirme" olarak formüle edilmekte ve bu şartların yanında işyerinde çalışma süresine ilişkin şartı sağlayan işçinin, anılan nedenle sözleşmeyi feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı kabul edilmektedir.

08.09.1999 tarihinden önce ve hatta bir gün önce sigortalı olan kişi 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim bildirme şartını sağladığında ve bu gerekçeyle sözleşmeyi feshettiğinde –işyerinde en az 1 yıl çalışmış olması şartıyla- kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Ne var ki 08.09.1999 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanlar bakımından 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmünün "15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim bildirme" olarak dikkate alınması isabetli değildir.

Gerçekten 08.09.1999 tarihinden sonra ve 30.04.2008'den önce ilk kez sigortalı olanlar bakımından anılan sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısının tamamlanması kıdem tazminatına hak kazandırmayacağı gibi, 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olanlar bakımından kıdem tazminatına hak kazanmayı sağlayan olasılığı tek seçeneğe indirgemek de mümkün değildir. Bu kişiler 7000 gün prim ödeme sayısını veya 25 yıl sigortalılık süresini ve 4500 gün prim ödeme gün sayısını tamamlayarak ve sözleşmeyi bu gerekçeyle sona erdirerek –işyerinde en az 1 yıl çalışmış olmak şartıyla- kıdem tazminatına hak kazanabilirler. Söz konusu iki seçenekten hangisinin işçi lehine olduğu ise işçinin çalışma yaşamının aralıksız geçip geçmemesine göre değişecektir.

30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanlar içinse, 7200 ya da 4600-5400 gün aralığına denk gelen prim bildirme sayıları esas alınmalıdır. Belirtelim ki, 7200 gün prim bildirme sayısının 20 yıla tekabül ettiği ve bu sürenin 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanlar için uygulanabileceği dikkate alındığında, anılan prim ödeme gün sayısının tamamlandığı gerekçesiyle sözleşmenin feshi ve buna ilişkin olarak kıdem tazminatına hak kazanılması en erken 2028 yılı

46 Sözer, 391-392. 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioglu, 11. Bası, 596 vd.

itibariyle mümkün olabilecektir. 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olan ve m.14/I,(5) uyarınca kıdem tazminatına hak kazanmak isteyen bir kişinin 4600-5400 gün aralığına tekabül eden prim ödeme şartını sağlayarak bu alacağa hak kazanma yolunu tercih etmesi, olağan emeklilik açısından geçerli olan 7200 gün prim ödeme sayısı ile arasındaki fark nedeniyle şüphesiz daha makuldür.

5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce sigortalının çalışmasının farklı sosyal güvenlik kurumları ve dolayısıyla farklı sosyal güvenlik kurumları (SSK, Bağ-Kur, Emekli Sandığı), 5510 sayılı Kanun döneminde de çalışmasının farklı hukuki statüler (m.4/I,(a),(b),(c)) kapsamında geçmesi imkan dahilindedir. Yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının belirlenmesi konusunda 2829 sayılı Kanun m.8 veya 5510 sayılı Kanun m.53/VI uyarınca yapılan hizmetlerin birleştirilmesi neticesinde ortaya çıkan hukuki statünün esas alınması gerektiği gibi, 1475 sayılı Kanun m.14/I,(5) hükmü doğrultusunda kıdem tazminatına hak kazanma şartlarının belirlenmesinde de mutlak bir şekilde bu maddenin atıfta bulunduğu 506 sayılı Kanunun 60. (yukarıda açıklandığı üzere 5510 sayılı Kanun m.28/II,III, geçici m.9) veya 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinin değil, hizmetlerin birleştirilmesi sonucu ortaya çıkan hukuki statüye ilişkin düzenlemeler esas alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, Dora, 2015.
- Arıcı, Kadir: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Yeni Bir Sorun: Yaşlı İşçiler, Can Tuncay'a Armağan, Legal, Mayıs 2005.
- Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap: İş Hukuku, Beta, 5. Baskı, 2018.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta, 31. Bası, 2018.
- Ergin, Hediye: Yeni Sistemde Yaşlılık Aylığı, Sicil, Haziran 2008 (Yaşlılık Aylığı).
- Ergin, Hediye: Geçiş Hükümleri, 21.02.2009

Tarihinde İstanbul Barosu ve Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen "Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi Değerlendirmeler" Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, Mart 2010 (Geçiş Hükümleri).

- Ertürk, Şükran: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Değişiklik Öngören 5754 Sayılı Kanun'dan Sonra Uzun Vadeli Sigorta Kollarına Genel Bir Bakış, Legal İHSGHD, 19/2008.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta, 9. Baskı, 2019.
- Güzel, Ali: 4447 Sayılı Kanun İle 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda Yapılan Son Değişiklikler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, 2001.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, 11. Bası, 2012 (11. Bası).
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, 17. Bası, 2018.
- Korkusuz, Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Ekin, 2015.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt: 1, Lykeion, 2018.
- Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Beta, 2014.
- Okur, Ali Rıza: Sorunları İle Gelen Reform, Mercek, Temmuz 2006 (Reform).
- Okur, Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Reformu, Uzun Dönemli Sigorta Dalları, Çalışma ve Toplum, 1/2006 (Sosyal Güvenlik Reformu).
- Okur, Ali Rıza: Eski Yasa'da Olmayıp Yeni Yasa'da Olan Hükümler ve Yeni Tanımlar, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesinin 18-19.06.2010 Tarihinde Düzenledikleri "İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri" Semineri, 14. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, Aralık 2011 (Yeni Tanımlar).
- Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye: 5510 Sayılı Kanun'da Değişiklik Öngören 25/10/2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, 16/2007.

- Oral, İlhan: Emeklilerin Yeniden Çalışmaya Başlaması ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Üzerine Düşünceler, Çalışma ve Toplum, 2008/4.
- Özkaraca, Ercüment: Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebepçe Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi, Çalışma ve Toplum, 2013/1,
- Sözer, Ali Nazım: İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta, 2017.
- Subaşı, İbrahim/Kabakcı, Mahmut: 15 Yıl+3600 Gün= Kıdem Tazminatı?, İş ve Hayat, Yıl:4, Sayı: 8.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta, 16. Baskı, 2018.
- Şahlanan, Fevzi: “Üçbin altıyüz gün ve onbeş yıl sigortalılık süresini doldurarak kıdem tazminatı alan işçinin başka bir işyerinde çalışmaya başlaması”, Tekstil İşveren, 405-Ekim 2014.
- Şakar, Müjdat: Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yaklaşım, 5. Baskı, 2010.
- Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, Beta, 10. Baskı, 2011.
- Tuncay, Aziz Can: 5510 Sayılı Kanun Açısından Uzun Vadeli Sigorta Kolları, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi, Değerlendirmeler, Kadir Has Üniversitesi İle İstanbul Barosunun Birlikte Düzenledikleri Seminer, İstanbul 2010.
- Tuncay, Aziz Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta, 17. Bası, 2017.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta, 9. Baskı, 2018.
- Uşan, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2009.

Vekâlet Sözleşmesine Genel Bir Bakış ve İş Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Öz

Vekâlet sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilen işgörmeye sözleşmelerindendir. Bu sözleşme hükümlerinin, aynı zamanda, Kanun'da düzenlenmeyen işgörmeye sözleşmelerine de uygulanacağı öngörülmüştür. Vekâlet sözleşmesinin bu denli kapsayıcı bir şekilde düzenlenmiş olması, onun diğer işgörmeye sözleşmelerinden ayırt edilebilmesini güçleştirmektedir. Oysa taraflar arasındaki

hukuki ilişkinin doğru bir biçimde nitelendirilmesi, özellikle de sözleşmenin sona ermesine bağlanan sonuçlar bakımından büyük önem taşımaktadır. Çalışmamızda vekâlet sözleşmesinin genel özelliklerine değinilmiş ve iş sözleşmesinin unsurlarının yol göstericiliğinde yargı kararlarından da yararlanılarak her iki sözleşme arasındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konulmasına gayret edilmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Vekâlet sözleşmesi, iş görme sözleşmeleri, iş sözleşmesi.

An Overview of The Mandate Contract and a Comparative Study on The Mandate and Employment Contracts

Abstract

The mandate contracts are among the service contracts regulated in the Turkish Code of Obligations No. 6098. It is prescribed that the provisions of such contracts shall also apply to the service contracts that are not regulated in the Code No. 6098. Such wide inclusivity of the mandate contracts makes it difficult to differentiate them from other service contracts. However, defining the legal relationship between the parties correct-

ly is very important particularly in terms of the consequences that are linked to the termination of the contract. In our study, we have noted the general attributes of the mandate contracts and aimed to set forth the similarities and differences between the mandate and employment contracts in the guidance of the elements of employment contracts by also benefiting from the judicial decisions.

Keywords:

Mandate contract, service contracts, employment contract.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi-alakdeniz@istanbul.edu.tr

1. Vekâlet Sözleşmesinin Tanımı ve Genel Özellikleri

1.1. Genel Olarak Vekâlet Sözleşmesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ vekâlet sözleşmesini; *vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme* olarak tanımlamaktadır (m. 502/II)². Şüphesiz, *bir işin görülmesinin* veya *bir işlemin yapılmasının* üstlenilmesi sadece vekâlet sözleşmesinde gündeme gelmez. Nitekim öğretide de, vekâlet sözleşmesi tanımının çok genel bir ifade içerdiği belirtilmekte ve bu sözleşme kendisini diğer sözleşmelerden ayıran özellikleri ile yeniden tanımlanmaktadır³. Vekâlet sözleşmesi tanımının daha ayrıntılı

bir biçimde kaleme alınması mümkün olmakla birlikte, söz konusu tanımın genişletilmesinin vekâlet sözleşmesinin Borçlar Kanunu⁴ sistematığında üstlendiği göreve hizmet etmeyeceği ifade edilmelidir. Gerçekten, vekâlet sözleşmesi tanımının sade ve basit bir biçimde kaleme alınması, esasında tam da bu sözleşme tipinin genel bir sözleşme özelliği taşımasıyla örtüşen bir durumdur⁵.

1.2. Vekâlet Sözleşmesinin Genel Özellikleri

1.2.1. İşgörme Sözleşmesi Olması

Vekâlet sözleşmesinin tanımında da yer verildiği üzere, bu sözleşme bir işin görülmesi veya işlemin yapılması amacıyla kurulmaktadır (BK m. 502/I). Bu noktadan hareketle öğretide, bir işin görülmemesine ilişkin sözleşmelerin vekâ-

1 RG.: T. 04.02.2011, S. 27836.

2 Vekâlet sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun "Vekâlet İlişkileri" Bölümü'nün Birinci Ayrımı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu bölüm başlığı, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda "Alelittlak Vekâlet" adını taşımakta iken, 6098 sayılı Kanun'da ise, bölüm başlığına ilişkin dikkat çekilen çeviri hatası giderilmiş ve üst başlık olarak "Vekâlet İlişkileri" terimi tercih edilmiştir. Nitekim mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda "alelittlak vekâlet" bölüm başlığı olarak değil, bölümün birinci alt başlığı olarak (Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR) düzenlenmiştir. 6098 sayılı Kanun ile, bölümün birinci ayrımının adı da "Vekâlet Sözleşmesi" olarak değişikliğe uğramıştır. 818 sayılı Kanun'da "Alelittlak Vekâlet" terimine bir bölüm başlığı olarak yer verilmesinin bir çeviri hatası olduğu yönünde, bkz. Suat Sarı, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004, s. 4, dn. 1; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15. Baskı, İstanbul, Beta, 2018, s. 624; Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, Vedat, 2010, s. 237.

3 Öğretide yapılmış olan bazı vekâlet sözleşmesi tanımları şu şekildedir: "Vekâlet, öyle bir akitir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu onun üzerinde olmamak üzere yükler.", Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Dördüncü Tıpkıbasımından Beşinci Tıpkıbasım, Vedat, İstanbul, 2010, s. 356; "Vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile belirlenen işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teâmül olan durumlarda vekilin ücrete hak kazandığı bir sözleşmedir.", Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 624; "Vekalet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, vekil, vekalet veren ile arasındaki özel

güven ilişkisine dayalı şekilde, vekalet verenin menfaatine ve hesabına olarak ve nispeten yersel, zamansal veya maddi bağımsızlık içerisinde bir iş veya hizmeti, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi borçlanır.", Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul, Filiz, 2017, s. 409-410.

4 6098 sayılı ve mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri karşılaştırıldığında, yeni Kanun'un ilgili hükümlerinde bazı ifadesel değişiklikler dışında önemli bir farklılık bulunmadığı gözlemlenmektedir. Bu nedenle vekâlet sözleşmesine ilişkin olarak önceki Kanun'un yürürlüğünde ifade edilmiş görüşlerin geçerliliklerini günümüzde de önemli ölçüde koruduklarını söylemek mümkündür.

5 Borçlar Kanunu'nda vekâlete ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde Kanun'da düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmeleri için de uygulama alanı bulacağına öngörülmüş olmasının (bkz. BK m. 502/II), vekâlet sözleşmesine Kanun'da yer almayan işgörme sözleşmeleri bakımından genel bir sözleşme niteliği kazandırdığı söylenebilir. Mehz Kanun'da yer alan ilgili düzenlemeler bakımından da benzer şekilde, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin (Art. 394-406 OR), vekâletin genel hükümleri gibi kabul edilebileceği ifade olunmaktadır, bkz. Claire Huguenin, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess, 2008, s. 114, Kn. 740. Ekleyelim ki öğretide, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin Kanun'da düzenlenen işgörme sözleşmelerinin kanunda düzenlenmeyen hususları bakımından uygulama alanı bulacağı ve dolayısıyla diğer işgörme borcu doğuran sözleşmelere göre nitelik taşıdığı görüşü de ileri sürülmektedir, bu yönde bkz. Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 625, 635.

let sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağı⁶; vekâlet sözleşmesine yalnızca maddi fiillerin, hukukî işlemlerin veya hukukî işlem benzeri fiillerin konu olabileceği ifade edilmektedir⁸. Maddi fiillere ilişkin vekâlette (örn. bir hastanın tedavi edilmesi) vekil ile vekâlet veren arasında bir temsil ilişkisi kurulabileceği kabul görmez iken⁹, hukuki fiil vekâletinde (örn. bir gayrimenkulün satışına yönelik vekâlet sözleşmesi) vekâlet verenin vekile doğrudan veya dolaylı temsil yetkisi tanıyabilmesi mümkün görülmektedir¹⁰.

Ekleme gerekir ki, bir maddi fiilin yapılmasına ilişkin sözleşmenin vekâlet sözleşmesi niteliği taşıması için, bu sözleşme konusunun Kanun'da özel olarak düzenlenmiş bir işgörmeye sözleşmesi kapsamında olmaması gerekir¹¹. Diğer bir ifadeyle, işgörmeye sözleşmesinin kanunda ayrıca düzenlenmiş olması, bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini engellemektedir¹². Bu noktada, Kanun'da düzenlenmeyen işgörmeye sözleşmeleri bakımından, özellikle mülga 818 sayılı Kanun'un yürürlüğü döneminde, bir tartışma bulunduğu da ifade edilmesi gerekir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin ikinci fıkrasında "*diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri uygulanacağı*" öngörülmüş olması, işgörmeye

sözleşmeleri alanında sınırlı sayı ilkesinin benimsendiği gibi bir izlenim vermiş ise de, 6098 sayılı Kanun'un ilgili maddesinde yapılan değişiklik artık bu yönde bir yoruma elverişli gözükmemektedir¹³. 6098 sayılı BK m. 502/II'de açıkça "*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörmeye sözleşmelerine de uygulanır*" ifadesine yer verildiğinden, Kanunda düzenlenmemiş işgörmeye sözleşmelerinin varlığının kanun koyucu tarafından dolaylı olarak tanındığı anlaşılmaktadır.

1.2.2. İşin Başkası Menfaatine Görülmesi

Bir kimsenin başkasına ait bir işi görmesi halinde, işini gördüğü kimsenin menfaatini gözetmesi gerektiği açıktır¹⁴. Bu bakımdan vekâlet sözleşmesi ile beklenen, vekilin vekâlet verenin menfaatine uygun olarak iş görmesidir. Yine, vekâlet sözleşmesi ile işin üçüncü bir kişi yararına görülmesi de¹⁵ mümkündür¹⁶. Ekleme gerekir ki, işin görülmesinden vekâlet verenin yanı sıra, vekilin de menfaat sağlaması mümkündür¹⁷. Ancak böyle bir durumda, sonuçta vekâlet verenin işi görülüyor olduğundan, vekilin menfaatinin ikinci planda kaldığının ve vekâlet verenin

6 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 356; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 626; Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 15; Eraslan Özkaya, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016, s. 36; Uygur, Borçlar Kanunu, s. 8585; Gümüş, Borçlar Özel, s. 412. Katlanma veya kaçınma edimlerinin vekâlet sözleşmesinde yalnızca bir yan yüküm olarak kararlaştırılabilmesinin mümkün olduğu görüşünde, bkz. Weber, Basler Komm., Art. 394, Kn. 6; Gümüş, Borçlar Özel, s. 412.

7 Yine, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması vekâlet sözleşmesine konu olamayacağı kabul edilmektedir, Tandoğan, Borçlar Özel, s. 359.

8 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 356; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 625; Özkaya, Vekâlet Sözleşmesi, s. 36; Uygur, Borçlar Kanunu, s. 8585; Gümüş, Borçlar Özel, s. 412.

9 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 359; Gümüş, Borçlar Özel, s. 413.

10 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 356-357; Hatemi, Borçlar Özel, s. 106; Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 16; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 626; Yalçınduran, Vekâlet Sözleşmesi, s. 27.

11 Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 625; Uygur, Borçlar Kanunu, s. 8588; Yalçınduran, Vekâlet Sözleşmesi, s. 38.

12 Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 626.

13 Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 627. Nitekim mülga 818 sayılı Kanun'un yürürlüğünde de öğretiler ağırlıklı savunulmuş görüşe göre, vekâlet sözleşmesinin konusunu her zaman için kanunda ayrıca düzenlenmeyen bir işi görmenin oluşturabilmesi, işgörmeye sözleşmelerinin Kanun'da sınırlı sayıda düzenlenmiş olduğu sonucunu doğurmamakta idi. 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 386/II'nin isimsiz işgörmeye sözleşmelerinin yapılmasına engel teşkil eden bir ifade içermediği yönünde, bkz. Hatemi, Borçlar Özel, s. 105; Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 319. 6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 502/II'de yapılan ifadesel değişikliğe rağmen bu konunun halen tartışmaya açık olduğu görüşünde, bkz. Emre Gökyayla, *Genel Görüşme*, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 342-343.

14 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 361; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 627; Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 16-17 dn. 33; Özkaya, Vekâlet Sözleşmesi, s. 45.

15 Bu durumun tipik örneği olarak vekâlet verenin bir yakınının tedavi ettirilmesi gösterilmektedir, bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s. 362-363; Gümüş, Borçlar Özel, s. 415.

16 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 19; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 628; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 362; Özkaya, Vekâlet Sözleşmesi, s. 36; Yalçınduran, Vekâlet Sözleşmesi, s. 40.

17 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 17; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 627-628; Gümüş, Borçlar Özel, s. 414-415.

menfaatine üstünlük tanınması gerektiğinin kabulü gerekir¹⁸.

1.2.3. Vekilin (Nispi) Bağımsızlığı

Bir vekâlet sözleşmesi kurulduğunda vekil, vekâlet verenin işletmesine ne mekânsal ne de organizasyonel olarak dâhildir ve vekalet verenin yeterli bilgi sahibi olmadığı konularda arzu edilen sonuca ulaşmak için gereken faaliyetleri çoğunlukla kendi kararları çerçevesinde yürüten bir kimse konumundadır¹⁹. Bu bakımdan, özellikle uzmanlığı gerektiren işgörmeye faaliyetlerini ne şekilde gerçekleştirebileceğini vekil kendisi belirleyebilmektedir²⁰. Diğer bir ifadeyle, vekâlet sözleşmesinde özellikle işgörmenin özel bir uzmanlığı gerektirmesi halinde, müvekkilin açık talimat verme ihtimali azalmakta ve vekilin bağımsızlık alanı da bu oranda genişlemektedir²¹. Ancak bu durumun, vekâlet sözleşmesinde vekilin işini tam bir bağımsızlık içinde görebileceği anlamına gelmediği de ifade edilmelidir. Nitekim Borçlar Kanunu m. 505/1'de açıkça öngörüldüğü üzere, vekil vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Bu mülâhazalarla öğretide, vekilin müvekkile karşı bağımsızlığı, nispi bağımsızlık olarak nitelendirilmektedir²².

1.2.4. İşgörmenin Ücretli veya Ücretsiz Olabilmesi

Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin son fıkrasında, vekilin, ücrete sözleşme veya teamül varsa hak kazanacağı öngörülmüştür. Dikkat edileceği üzere, Kanun'da kural olarak benimsenen esas, vekilin iş görme nedeniyle ücrete hak kazanmamasıdır²³. Genel esasın bu şekilde belir-

lenmesi vekâlet kurumunun tarihsel gelişimine dayandırılmaktadır; Roma hukukunda vekilin müvekkiline ait hak ve menfaatleri korumasının onurlu bir hizmet olarak kabul edilmesi, vekâlet konusu işgörmenin ücret karşılığında yapılan bir faaliyet olarak algılanmamasına yol açmıştır²⁴. Ancak günümüzde, vekâlet sözleşmelerinin genellikle ücret karşılığında yapıldığı bilinmektedir. Ekleme gerekir ki, her ne kadar Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde vekilin ücrete hak kazanabilmesi yalnızca sözleşmede kararlaştırılması veya teamülün mevcut olması şartına bağlanmışsa da, yine kanundan doğan bir yükümlülük neticesinde de vekilin ücrete hak kazanacağı kabul edilmektedir²⁵.

1.2.5. Vekâlet Sözleşmeleri Bakımından Özellik Arz Eden Bir Durum: Sözleşmenin Her Zaman Tek Taraflı Sona Erdirebilmesi

Borçlar Kanunu'nun 512. maddesinde, vekâlet verene ve vekile, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilme hakkı tanınmış, ancak uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren tarafın diğer tarafın bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Öğretide vekâlet sözleşmesinde taraflara sözleşmeyi bu şekilde sona erdirebilme imkânının tanınmış olması, vekil ve vekâlet veren arasındaki özel güven ilişkisinin somut bir sonucu olarak

18 Yalçınduran, Vekalet Sözleşmesi, s. 39; Özkaya, Vekâlet Sözleşmesi, s. 46.

19 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 19-21.

20 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 20; Özkaya, Vekâlet Sözleşmesi, s. 48.

21 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 375; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 633-634; Yalçınduran, Vekalet Sözleşmesi, s. 46; Gümüş, Borçlar Özel, s. 414.

22 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 374; Uygur, Borçlar Kanunu, s. 8591.

23 Vekâlet sözleşmesinde ücret alınmaksızın bir iş veya hizmetin görülmesinin borçlanılması, bu sözleşmenin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmesine yol açacak ise de (bkz. Hüseyin Hatemi, Borçlar

Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s. 105; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 635; Türker Yalçınduran, Vekalet Sözleşmesinde Ücret, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2007, s. 53; Gümüş, Borçlar Özel, s. 411; Huguenin, OR BT, s. 114, Kn. 743; Weber, Basler Komm., Art. 394, Kn. 4); uygulamada daha sık karşılaşıldığı üzere, vekil sözleşme veya teamül gereği ücrete hak kazanmaktadır. Bu durumda vekâlet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline gelmektedir, bkz. Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 634-635; Gümüş, Borçlar Özel, s. 410-411; Huguenin, OR BT, s. 114, Kn. 743; Weber, Basler Komm., Art. 394, Kn. 4.

24 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 365; Uygur, Borçlar Kanunu, s. 8588. Roma Hukuku klasik döneminde vekâlet sözleşmesinin özellikleri hakkında bkz. Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 22-23, dn. 57.

25 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 25-26; Uygur, Borçlar Kanunu, s. 8589. Vekilin yerine getirdiği işgörmeler için ücrete hak kazanacağının öngörüldüğü düzenlemelere örnek olarak Avukatlık Kanunu m. 164 gösterilmektedir.

değerlendirilmiştir²⁶. Ancak öğretilerde, vekâlet sözleşmesinde taraflar arasında olağan ölçüleri aşan bir güven ilişkisinden söz etmenin pek de isabetli olmadığı şeklinde de görüş bildirilmektedir²⁷. Ekleyelim ki, Borçlar Kanunu'nun 512. maddesindeki sözleşmeyi her zaman tek taraflı sona erdirmeye imkânına ilişkin düzenlemenin vekâlet sözleşmeleri bakımından özel önem arz ettiği ifade edilmekteyse de, güven ilişkisinin o kadar yoğun olmadığı vekâlet ilişkileri bakımından hükmün emredici olup olmadığı tartışmasının giderilmemesi öğretide eleştirilmektedir²⁸.

2. İş Sözleşmesinin Unsurları Açısından Karşılaştırma

İş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde tanımlanmaktadır. Buna göre; *"İş sözleşmesi bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir"*. Yine, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde hizmet sözleşmesi, *"işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zaman veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlardan da yararlanılarak iş sözleşmesinin; işgörmeye, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluştuğu kabul edilmektedir²⁹. Bu tanımlar ile vekâlet sözleşme-

sinin tanımı karşılaştırıldığında, işgörmeye unsuru her iki sözleşmenin de konusunu oluşturduğu anlaşılmaktadır³⁰. Gerçekten, Borçlar Kanunu m. 502/I'de vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı *üstlenmesinden söz edilmektedir*. Yine ilgili maddeler baz alınarak kıyasa devam edildiğinde, bağımlılık ve ücret unsurlarına ise vekâlet sözleşmesinde yer verilmediği göze çarpmaktadır.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, her ne kadar ücret vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olarak öngörülmemiş ise de, uygulamada bu ilişkinin sıklıkla ücret karşılığında kurulduğu bilinmektedir. Buna karşılık iş sözleşmesinde ücret bu sözleşmenin zorunlu unsurlarından biri olarak kabul edildiğinden, ücretin söz konusu olmadığı durumlarda bu sözleşmenin varlığından söz edilememektedir³¹. Ekleyelim ki, ücretin sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış ve uzun bir süre ödenmemiş olması, bu sözleşmenin ücret karşılığında kurulmadığı anlamına gelmez³². Bu şekilde ücretin kararlaştırılmadığı yahut uzun bir süre ödenmediği bir durum olsa dahi, yapılan iş bakımından bir değerlendirme yapılmakta ve bu işin iş sözleşmesi kapsamında görülmesi halinde iş gören kişinin işçi

26 Gümüş, Borçlar Özel, s. 416; Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 69. Güven unsuru, söz gelimi eser sözleşmesinde de bulunmakla birlikte, vekâlet sözleşmesinde daha yoğun bir güven ilişkisinden söz edildiğinden, somut sözleşme bakımından her iki tarafın da sözleşmeyi serbestçe sona erdirebilme imkânının bulunduğu hallerde, bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi niteliğinin daha ağır bastığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Zekeriya Kürşat, "Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu Ve Nitelendirmenin Hükmü", İÜHF, C. LXVII, S.1-2, 2009, s. 164.

27 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 34-35. Sarı'ya göre, günümüzde vekâlet sözleşmesinin kapsamına çok değişik iş ve işlemlerin yerine getirilmesi girebildiğinden, bir takım örnekler bakımından taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin olduğunu kabul etmenin yerindeliği tartışılabilir, bkz. Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 70-71.

28 Emre Gökyayla, "Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 294-295.

29 Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul,

Beta, 2018, s. 231; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Baskı, İstanbul, Beta, 2018, s. 164-172. Ayrıca bu yönde bkz. 9. HD., T. 22.02.2010, E. 2008/10530, K. 2010/4617, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018; 22. HD. T. 23.02.2015, E. 2015/3949, K. 2015/6874, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 30.03.2019; 22. HD. T. 22.10.2015, E. 2014/16302, K. 2015/29569, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 30.03.2019.

30 Günümüzde sözleşmelerde birden fazla nitelendirmeye yol açabilecek edimlere yer verilmesi nedeniyle sözleşme tiplerinin nitelendirilmesinin zorlaştığı yönünde, bkz. Kürşat, Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri, s. 162.

31 Bu bağlamda öğretilerde, bir ücretin söz konusu olmadığı hatır için yapılan sözleşmelerin iş sözleşmesi niteliği taşımadığı hususuna da dikkat çekilmektedir, bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 232. Buna karşılık, vekâlet sözleşmesinde bir karşı edim olarak ücretin kararlaştırılmadığı hallerde, vekâlet sözleşmesi ile hatır ilişkisinin birbirinden ayrılması pek kolay olmayacaktır. Böyle bir durumda taraf iradelerinin hangi yönde olduğunun dikkate alınması gerekmektedir. Zira, bir hatır için iş görme ilişkisinde taraflar, iradelerinin hukuki anlamda bağlayıcı karakter taşımasını amaçlamamaktadırlar, bkz. Huguenin, OR BT, s. 116, Kn. 753; Weber, Basler Komm., Art. 394, Kn. 16.

32 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s. 165.

sıfatı taşıdığı kabul edilmektedir³³.

Diğer yandan, bir sözleşmenin iş sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi olarak mı nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin uyuşmazlıklarda, ücret yerine bağımlılık unsuruna³⁴ ilişkin bir değerlendirme üzerinde durulduğu da belirtilmelidir. Günümüzde vekâlet sözleşmesinin genellikle ücret karşılığında kuruluyor olması nedeniyle³⁵, iki işgörme sözleşmesi arasındaki farklılığın ortaya konulmasında bağımlılık unsurunun araştırılmasına gidilmektedir ki, öğretide de bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini diğer işgörme sözleşmelerinden ayıran en önemli unsur olarak değerlendirilmektedir³⁶. Nitekim yargı kararlarında da taraflar arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olup olmadığının tespitinde özellikle bu unsurdan yararlanıldığı görülmektedir³⁷. Bu bağlamda, bir sözleşme ilişkisinde bağımlılık unsurunun bulunup bulunmadığı araştırılırken; işin yönetimi ve denetiminin kime ait olduğu, ücretin ne şekilde ödendiği, malzemenin kimin tarafından sağlandığı gibi yerleşmiş ölçütlere başvurulmaktadır³⁸.

Yine Yüksek Mahkeme kararlarında yer verildiği üzere, bağımlılık unsuru için kabul edilen ölçütlerin hiçbirisi tek başına belirleyici değildir³⁹. Nitekim öğretide de ifade edildiği üzere, işçinin istisnai de olsa araç ve gereçleri kendisinin ge-

talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbirisi tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir...Yukarıda sayılan ölçütlerin yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk önemli kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur, işçi işverenin yönetim ve sorumluluğu altında işleyen bir organizasyon içinde yer alır, çalışma saatleri kesin veya esnek biçimde, keza işin yapılacağı yer işverence belirlenir, iş araçları ve dokümantasyonu genelde işverence sağlanır. Bu kriter içinde değerlendirilebilecek alt kriter ise çalışanın, kendisine mi yoksa başkasına mı ait iş yada hizmet organizasyonu kapsamında iş yaptığıdır, işçinin işveren tarafından önceden belirlenen amaca uyma yükümlülüğü var iken, bağımsız çalışanın böyle bir yükümlülüğü yoktur, işçinin önceden iş koşullarını belirleme yetkisi, isim yapılması sırasında kullanılacak araçları seçmesi, işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir. Vekilin bağımsızlığı mutlak değilse de, iş sahibinin ısrarlı talimatı karşısında uyarması dışında, dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, vekilin bir ölçüde işveren karşısında bağımsızlığını bir ölçüde korumaktadır. Oysa işçi, işin gerçekleştirilmesi yönünden amaca uygun olmadığını düşündüğü bir talimatı, işverenin ısrarı karşısında yerine getirmek zorundadır.” 9. HD., T. 13.07.2009, E. 2008/876, K. 2009/20602, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018; 9. HD. T. 22.02.2010, E. 2008/10530, K. 2010/4617, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018.

- 33 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s. 165.
- 34 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde de, 4857 sayılı İş Kanunu m. 8'de olduğu gibi, bu unsura açıkça yer verilmiştir (karş. mülga 818 sayılı BK m. 313).
- 35 Bilindiği üzere eser sözleşmesinden söz edilebilmesi için eserin bir bedel karşılığında meydana getirilmesini zorunlu olduğu öngörülmüştür (BK m. 470). Vekâlet sözleşmelerinde de genellikle ücret kararlaştırıldığından, her iki sözleşme arasındaki ayırımın bedel unsuru bakımından belirsizleştiği ifade edilmektedir, bkz. Kürşat, Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri, s. 154.
- 36 Ali Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı Ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1997, s. 84; Süleyman Başterzi, “Avukatla Bağlıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, Sicil, S. 17, 2010, 178; Haluk Hadi Sümer, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, Sicil, 2010, s. 68-69. Yine bu yönde bkz. 9. HD., T. 13.07.2009, E. 2008/876, K. 2009/20602, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018; 22. HD. T. 23.02.2015, E. 2015/3949, K. 2015/6874, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 30.03.2019; 22. HD. T. 22.10.2015, E. 2014/16302, K. 2015/29569, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 30.03.2019.
- 37 HGK, T. 24.6.2009, E. 2009/21-249, K. 2009/291, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018; 9. HD., T. 26.05.2008, E. 2008/17096, K. 2008/12749, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018.
- 38 “İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin

tirmesi⁴⁰ veya işçinin ücretinin kâra katılma biçiminde belirlenmesi⁴¹ mümkün olabilmektedir. Bağımlılık unsurunu belirleyen özelliklerin bir kısmının zayıf bir biçimde ortaya çıkması iş ilişkisinin varlığını dışlamayacaktır⁴². Tüm bu örnekler, bağımlı bir çalışma olgusunun somut olayın bütününe değerlendirilerek tespit edilmesi gerektiğini göstermektedir. Bu bağlamda örneğin vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerde, iş sözleşmesinin aksine sosyal nitelikli edimlere ve korumaya yükümlülüklerine de rastlanılmamasına⁴³ ilişkin ölçüt de göz önünde tutulabilir.

Yine öğretide, iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğinin istihdam modellerine bağlı olarak değişim gösterdiğine de dikkat çekilmektedir; nitekim iş hukuku dalının oluşumundan itibaren yaklaşık bir yüzyıl kadar etkinliğini koruyan fabrikada işverenin talimatı altında çalışan işçi modeli, günümüzde yeni teknolojiler ve istihdam modelleri karşısında geleneksel tanımından uzaklaşmıştır⁴⁴. Bu bakımdan bağımlılık unsuru değerlendirilirken, geleneksel işyeri kavramı yerine, işverenin iş veya hizmet organizasyonunda faaliyet gösterme olgusunun esas alınması gerekliliğine işaret edilmektedir^{45,46}. Böylelikle, işçinin işini görmeyi işyeri

dışında gerçekleştirmesinin bağımlılık unsurunu dışlayıcı bir etkisi bulunmadığı da anlaşılabacaktır⁴⁷.

bkz. 9. HD., T. 22.02.2010, E. 2008/10530, K. 2010/4617, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018. 9. Hukuk Dairesi yine kozmetik ürünleri tali satıcılık sözleşmesi çerçevesinde yürütülen faaliyet bakımından da bağımlılık unsurunun varlığını tespit etmiş ve burada pazarlamacılık sözleşmesi ile iş ilişkisi kurulduğu sonucuna varmıştır. "...Pazarlamacının iş edimi, işverenin işletmesi dışında, onun hesabına her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmektir. Aracılığın konusu işletmede üretilen veya verilen hizmetin merkez dışındaki uzak yerlerdeki müşteriler nezdinde tanıtımı ve satılmasıdır. Uygulamada özellikle ilaç, kozmetik, gıda gibi işkollarında pazarlamacı ya da ticari gezgin olarak pek çok çalışan bulunmaktadır. Bunlar genelde firmaya bir iş sözleşmesi ile bağlı olarak fakat merkez dışında ürünlerin müşterilere tanıtımı ve satışı ile uğraşan kişilerdir. Prensipde satış şartları, ürün fiyatları konusunda kendilerine verilen talimatlara uymak zorundadırlar. Bunlar dışına çıkılmak gerektiği durumlarda firmadan onay almalıdırlar. Bu bağımlılık unsurunu gösterir. Bu kişiler genelde ücret+prim esasına göre çalışırlar. Kendilerine verilen satış hedeflerine ulaştıkları ölçüde primleri artar...", 9. HD., T. 19.10.2015, E. 2015/22587, K. 2015/28954, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 30.03.2019.

Bununla birlikte eklemek gerekir ki, Hukuk Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında, estetik partner ile şirket arasındaki ilişki iş sözleşmesi olarak görülmemiş, satıcılık sözleşmesine dayandığı yönünde bir değerlendirme yapılmıştır: "...Tüm bu açıklamalar kapsamında somut olaya bakıldığında davacı, davalı şirket le akdetmiş olduğu "Tanıtım ve Satış Temsilciliği Sözleşmesi" uyarınca temsil yetkisine dayanarak cilt bakım ürünlerinin satışına aracılık etmektedir. Bu pazarlama faaliyeti bakımından estetik partnerler tek yetkili olup şirketin böyle bir yetkisinin bulunmadığı, aksine şirketin bu ürünleri bizzat/ doğrudan satışının yasaklandığı ve toptancı, perakendeciye dahi ürünleri, pazarlamak üzere veremeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu tür bir sınırlama işçinin işverene kişisel açıdan bağımlılığının söz konusu olduğu iş ilişkisine yabancı olup işverenin işçiye karşı böyle bir taahhütte bulunması söz konusu olmaz..." HGK, Tç 16.11.206, E. 2014/1173, K. 2016/1070, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 30.03.2019. Öğretide de bu yönde, somut olayın özelliklerinin taraflar arasındaki ilişkinin belirlenmesinde önemli bir rol oynayacağına da dikkat çekilerek; kişinin çalışıp çalışmayacağını ya da çalışacak zamanı kendisinin belirlediği, müşteri çevresini kendisinin belirlediği, çalışmadığı durumlarda dahi pazarlama ağına kazandırdığı kişilerin kazançlarından gelir elde ettiği ve şirketin bu alanda kendi faaliyet yetkisini kısıtladığı bir şekilde ilişki kurulmuş ise bağımlılıktan söz edilemeyeceği görüşü savunulmuştur, bkz. Alpagut, Değerlendirme, s. 8. Benzer yönde, Gaye Burcu Yıldız, "İş İlişisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın 2015 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 35-37; Ayşe Köme Akpulat, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 132-133.

47 Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 126; Başterzi, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması,

40 Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 98.

41 Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 125.

42 Gülsevil Alpagut, "İş İlişisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın 2010 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 2012, s. 10.

43 Bu yönde bkz. HGK, T. 01.06.2011, E. 2011/9-354, K. 2011/375, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018; 9. HD., T. 04.03.2010, E. 2008/20640, K. 2010/5868, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018.

44 Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 85.

45 Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 120; Şahlanan, Karar İncelemesi, s. 5.

46 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, estetik partner sıfatıyla ürün satan ve satış yapılan ürün ölçüsünde prim alan davacının şirketle ilişkisinin bir iş sözleşmesi niteliği taşıdığı sonucuna varmıştır. Öğretide bu karar çeşitli yönlerden değerlendirilmiş ve kararın isabeti konusunda farklı görüşlere ulaşılmıştır. Kararın isabetli olduğu görüşünde, bkz., Sümer, Karar İncelemesi, s. 72. Somut olaydaki tanıtım ve satış için sipariş alan kişi ile kurulan ilişkide bağımlılık unsurunun gerçekleşmediği yönünde, bkz. Fevzi Şahlanan, "İş Sözleşmesinin Ayrılma Edisi Unsuru – Bağımlılık İlişkisi Karar İncelemesi", Tekstil İşveren, S. 380, Hukuk 65, Aralık 2011, s. 6; Alpagut, Değerlendirme, s. 8. Söz konusu karar için

Buna karşılık vekâlet sözleşmesinde, bağımlılık unsuru bağımsızlığa yaklaşan bir açıdan ele alınmakta⁴⁸ ve vekilin vekâlet verene karşı nispi bağımsızlık içinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Yukarıda da yer verildiği üzere vekâlet sözleşmesinde vekil, kural olarak, ne organizasyonel ne de mekânsal olarak vekâlet verenin işletmesine dâhil durumdadır⁵⁰. Öte yandan, Borçlar Kanunu m. 505/1 uyarınca vekil vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür ki bu durum, vekâlet sözleşmesinde vekilin işini tam bir bağımsızlık içinde göremeyeceğini ortaya koymaktadır. İşte bu mülâhazalarla öğretide, vekilin müvekkile karşı bağımsızlığı, nispi bağımsızlık olarak nitelendirilmektedir⁵¹. Bu doğrultuda öğretide dikkat çekilen bir husus, vekâlet verenin vekile çok ayrıntılı talimatlar verdiği bir ilişkide, vekâlet sözleşmesi ve iş sözleşmesi arasındaki ayrımın belirsizleştiğidir⁵². Ekleyelim ki, Yargıtay'a göre, bir sözleşmenin iş sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi mi olduğu noktasında tereddüt bulunduğu, taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir⁵³.

Öte yandan, bir sözleşmenin vekâlet mi yoksa iş sözleşmesi mi olduğu hususunda bir nitelen-dirilme yapılması gerektiğinde, zaman kaydına bağlı bir değerlendirme yapıldığı da belirtilmelidir. Öğretide, iş sözleşmesinde işçinin işverene karşı bağımlılığının bir yönünün de hukuki bağımlılık olduğu ve işçinin işverence belirlenen bir zaman dilimi içinde işverenin emrinde kalmasının bu bağımlılığı belirginleştirdiği ifade olun-

maktadır⁵⁴. Bu bakımdan iş sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasında bir farka dikkat çekilmektedir: iş sözleşmesinde işçinin belirli veya belirsiz süreli olarak bir işgücünü başkasına tahsis etmesi söz konusu iken; vekâlet sözleşmesinde vekil, belirli bir zaman kaydına bağlı olmaksızın⁵⁵ bir sonuca yönelerek iş görmektedir⁵⁶. Ancak öğre-tide, zaman kaydı olarak nitelendirilen bu ayırt edici özelliğin, bazı örnekler bakımından silikleş-tiğine dikkat çekildiği gibi⁵⁷, bir iş sözleşmesinde ücret ödemenin zamana bağlı olmak yerine par-ça başına ücret olarak kararlaştırıldığı hallerde de zamana ilişkin unsurun ayırt edici nitelik taşı-madığı da ifade edilmektedir⁵⁸. İş sözleşmesinde işçinin emeğini bir zaman kaydına bağlı olarak işverene tahsis etmesine ilişkin başvuru olan bu ölçüt, esasında bağımlı çalışma olgusu ile yakı-nan ilgilidir⁵⁹. Bu bakımdan, Borçlar Kanunu'nda yer alan iş sözleşmesi tanımındaki zaman kavra-mının, bağımlılık unsurunun tespitinde yardımcı bir ölçüt niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁶⁰.

3. İş ve Vekâlet Sözleşmelerine Yönelik Değerlendirmeler

Yukarıda iş sözleşmesinin unsurlarına kısaca değinilmiş ve bu unsurlar vekâlet sözleşmesin-

s. 183.

48 Esasen, vekâlet sözleşmesinde vekilin bağıllığı/bağımsızlığı ölçüsünün; hizmet sözleşmesindeki işçinin bağımlılığı ile eser sözleşmesindeki yüklenicinin bağımsızlığı arasında bir miktarda olduğu söylenebilir. Aksi yönde bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s. 378. Yazara göre, yüklenicinin iş sahibine karşı bağımsızlığı ile vekilin vekâlet verene karşı bağımsızlığı arasında büyük bir fark bulunmamaktadır.

49 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 374.

50 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 19-21; Gümüş, Borçlar Özel, s. 413-414; Weber, Basler Komm., Art. 394, Kn. 27.

51 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 374; Uygur, Borçlar Kanunu, s. 8591.

52 Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 99.

53 9. HD., T. 28.05.2009, E. 2008/496, K. 2009/14827, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018.

54 Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 121.

55 "...Bağımsız olarak iş gören, bu sebeple faaliyetini sürdüreceği zamanı belirlemede kısmen de olsa serbestliğe sahip olan, bütün zamanını tek bir müvekkile hasretmek zorunda olmayan vekil, farklı kişilerle ayrı vekalet sözleşmeleri yapabilmekte ve bu şekilde ekonomik olarak tek bir işveren bağlı olmaktan kurtulmaktadır..." , bu yönde bkz. HGK, T. 01.06.2011, E. 2011/9-354, K. 2011/375, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018; 9. HD., T. 04.03.2010, E. 2008/20640, K. 2010/5868, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018.

56 HGK, T. 01.06.2011, E. 2011/9-354, K. 2011/375, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018; 9. HD., T. 12.10.2010, E. 2008/35169, K. 2010/28779, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018.

57 Huguenin, OR BT, s. 117, Kn 759.

58 Gökhan Antalya, Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği (III), Yargıtay Dergisi, Cilt 13, Ekim 1987, S. 4, s. 467.

59 Antalya, Hizmet Akdi, s. 475.

60 Süzek, İş Hukuku, s. 231.

de farklılaşan yönleri ile ele alınmıştır. Bununla birlikte, bir sözleşmenin nitelendirilmesi ihtiyacı ortaya çıktığında onun yalnızca ayırt edici özelliklerinin değil; karşılaştırılan sözleşme ile benzerliklerinin de göz önünde tutulması isabetli olacaktır. Böylelikle hangi noktalarda bir karışıklığın ortaya çıkma ihtimali olduğunu öngörülebilecek ve ona göre bir değerlendirme yapılabilecektir. Gerçekten, iş sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesinin pek çok noktada benzerlik gösterdiği belirtilmelidir⁶¹.

Bu bakımdan örneğin, her iki sözleşme türünde de kural olarak bir şekil şartı bulunmamaktadır⁶². Öğretide, vekâlet sözleşmesinin belirli hallerde hemen reddedilmedikçe kurulmuş sayılacağına ilişkin hüküm (BK m. 503), vekâlet sözleşmesi için zorunlu bir şekil kuralının bulunmadığı yönünde yorumlanmakta ve bu hükmün vekâlet sözleşmesinin zımni kabul ile⁶³ dahi kurulabilmesine imkân tanıdığından hareketle vekâlet sözleşmesinin şekil şartına bağlı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁴. Benzer yönde, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça iş

sözleşmesinin de bir şekle bağlı olmadığı öngörülmüştür⁶⁵ (bkz. İş K. m. 8/I, BK m. 394/I). Buna istinaden iş hukuku öğretisinde de iş sözleşmesinin sözlü ya da örtülü biçimde kurulabileceği ifade edilmektedir⁶⁶. Bu anlamda yazılılığın, her iki sözleşme bakımından da⁶⁷ bir geçerlilik koşulu olmadığı söylenebilecektir.

Yine benzer bir şekilde, her iki sözleşmede de borçlu (vekil ve işçi) sonucun gerçekleşmesi riskini taşımamaktadır. Bu durum aynı zamanda, vekâlet ve iş sözleşmeleri ile eser sözleşmeleri arasındaki en önemli farklardan birini de teşkil etmektedir. Bilindiği üzere eser sözleşmesinde yüklenici bir eser meydana getirmeyi üstlendiğinden (bkz. BK m. 470), borcun ifa edilmiş sayılması için, sonucun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bununla bağlantılı olarak eser sözleşmesinde, yüklenici tarafından sonucun gerçekleşeceğinin garanti edilmesi, sonucun gerçekleşmemesi riskinin de yüklenicinin üzerinde doğmasına yol açmaktadır. Vekâlet sözleşmesinde ise eser sözleşmesinden farklı olarak, vekil belirli bir sonuca yönelerek iş görmek, ancak sonucun gerçekleşmesini garanti etmemektedir⁶⁸. Dolayısıyla sonucun gerçekleşmemesi halinde buna katlanacak olan vekâlet verendir. Diğer bir ifadeyle, vekâlet sözleşmesinde işin görülmesi süreci belirleyici olmakta, işin görülmesi sonucu ise borcun ifası bakımından önem taşımamaktadır⁶⁹. İş sözleşmesinde

61 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 8

62 Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerinde bu sözleşme için zorunlu bir şekil şartı öngörülmemiş ise de, diğer vekâlet ilişkilerinden olan kredi mektubu, kredi emri için özel şekil şartları bulunmaktadır (BK m. 515, 516). Yine, taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesi için de şekil şartı bulunmaktadır (BK m. 520/III).

63 Öğretide Borçlar Kanunu'nun 503. maddesinin, Kanun'un genel hükümlerinde yer verilen örtüle kabule ilişkin hükmün (BK m. 6) özel bir düzenlemesini oluşturduğu ifade edilmektedir, bkz. Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 636; Yalçınduran, Vekâlet Sözleşmesi, s. 44, 54. İsviçre hukukunda da, İsviçre Borçlar Kanunu m. 395'in (karş. BK m. 503) m. 6'dan (karş. BK m. 6) zamansal olarak çok kısa bir süre içinde reddin gerçekleşmesinin öngörülmesi bakımından ayrıldığı ifade edilmektedir, Huguenin, OR BT, s. 114, Kn. 749.

64 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 390; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 635; Turgut Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 7, 3. Baskı, Seçkin, 2010, s. 8589. Yine bir adım daha ileri giderek, vekâlet sözleşmesi kapsamında yapılması kararlaştırılan bir hukuki işlemin şekle bağlı olması halinde dahi, vekâlet sözleşmesinin bu hukuki işlem için öngörülen şekil şartına bürünmesinin gerekmediği de ifade edilmektedir, bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s. 364; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 635; Yalçınduran, Vekâlet Sözleşmesi, s. 55.

65 Buna karşılık İş Kanunu'nda, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu da öngörülmüştür (İş K m. 8/II).

66 Süzek, İş Hukuku, s. 309.

67 Gümüş, Borçlar Özel, s. 425.

68 Özkaya, Vekâlet Sözleşmesi, s. 48; Yalçınduran, Vekâlet Sözleşmesi, s. 58; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 364. Öğretide, eser sözleşmesinin bir sonuç taahhüdü içermesi ile ilgili olarak, ortaya çıkan sonuç bakımından ayıp hükümlerinin uygulanabilir olmasının da eser ve vekâlet sözleşmeleri arasındaki sınırlardan birini oluşturduğu ifade edilmektedir, bkz. Kürşat, Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri, s. 155 vd.

69 Kürşat, Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri, s. 147. Yargıtay'a göre bir dış tedavisi için hasta ile doktoru arasında kurulan hukuki ilişki vekâlet sözleşmesi iken; dış protezinde kurulan ilişki eser sözleşmesidir, bkz. bu yönde "...Dış tedavisinde, doktorun yükümlülüğü, tıp dünyasında kabul edilen yöntemi uygulayarak, hastasını tedavi etmektir.

de benzer bir durum söz konusu olup, işçinin işin tamamlanıp tamamlanamamasından, diğer bir ifadeyle işin sonucundan sorumlu tutulmadığı kabul edilmektedir⁷⁰. Esasında işçinin işin sonucundan sorumlu tutulamamasının, iş sözleşmesinde işçinin bağımlı olarak iş görmesi ile de yakından ilgili olduğu da gözden kaçırılmamalıdır^{71,72}. Sonuç olarak, vekâlet sözleşmesi ile iş sözleşmesi, borçlunun kural olarak bir sonuç borcunu üstlenmemesi bakımından da benzerlik göstermektedirler.

Her iki sözleşme türü bakımından dikkat çeken bir diğer özellik ise, her ikisinde de borçlunun borcunu bizzat ifa etmekle yükümlü olduğunun öngörülmesidir. Ekleyelim ki, yine her iki sözleşme bakımından da belirli şartların gerçekleşmesi halinde işin başkasına yaptırılabilmesine cevaz verilmiştir. Vekâlet sözleşmesinde vekil kendisine yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün gerektirdiği hallerde işi başkasına yaptırabilecek iken (bkz. BK m. 506/1); iş sözleşmesinde, sözleşmenin ya da durumun gerektirmesi halinde işin bizzat yapılmamasına (bkz. BK m. 395) imkân tanınmıştır. Diğer yandan, Kanun'da, vekilin ve işçinin borçları bakımından da önemli benzerlikler içeren düzenlemelere (örnek olarak bkz. özen ve sadakat borcu, sır

saklama borcu ve hesap verme borcuna ilişkin hükümler) yer verildiği dikkat çekmektedir.

Kanaatimizce vekâlet ve iş sözleşmelerinde bu yönde benzer düzenlemeler bulunmasının temelinde, her iki sözleşmede de taraflar arasında kişisel bir ilişki kurulması yatmaktadır. Borçlar hukuku öğretisinde de belirtildiği gibi, tipik vekâlet ilişkisi kapsamında görülecek iş için, taraflar arasında uyum ve tam bir işbirliği gerekir; zira vekilin borcunun ifasını teşkil eden işgörmeye, vekâlet verenin kişisel ve ticari hayat alanında doğar⁷³. Vekâlet sözleşmesi kapsamındaki iş görmenin, sağlık, vücut bütünlüğü, kişisel özgürlük gibi unsurlar üzerinde gerçekleşmesi, bu sözleşmenin kişilik hakları ile ne kadar yakın ilişkide olduğunu da ortaya koymaktadır⁷⁴. Bu sözleşme kurulurken, vekâlet veren vekilin kişiliğine güven duymaktadır⁷⁵. Benzer şekilde iş sözleşmesinin de, işçinin kişiliğini ön plana çıkaran ve taraflar arasında kişisel ilişki kuran bir sözleşme olduğu kabul edilmekte ve hatta sözleşmeden doğan asli borçlar dışındaki birtakım borçların, taraflar arasında korunması gereken güven ilişkisi ile bağlantılı olduğu ifade olunmaktadır⁷⁶.

Bu noktada vekâlet sözleşmesine özgü olduğu ifade edilen ve vekil ile vekâlet veren arasında özel bir güven ilişkisinin ürünü olduğu ifade edilen bir kurala da değinmek yerinde olacaktır. Borçlar Kanunu m. 512 uyarınca, vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilmektedir. Vekâlet sözleşmesi bakımından, tarafların sözleşmeyi diledikleri zaman sona erdirebilmelerine ilişkin bu hüküm öğretide, vekâlet sözleşmesindeki özel güven ilişkisinin bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir⁷⁷. Ancak ekleyelim ki, tarafların vekâlet

Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesinde, sonucun taahhüdü yoktur. Başka bir anlatımla tüm tedaviye rağmen hasta iyileşmese dahi, doktor yükümlülüğünü yerine getirmiş olur ve ücrete hak kazanır...Oysa, eser sözleşmesinde, doktor (yüklenici) belli bir sonucu (eser) taahhüt etmektedir. Sonuç gerçekleşirse, yani hastanın kullanabileceği amaca uygun bir protez gerçekleşirse yüklenici sayılan doktor, borcunu ifa etmiş sayılır ve ücrete hak kazanır...”, 15. HD., T. 03.10.2007, E. 2006/4800, K. 2007/5945, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018.

70 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s. 169.

71 Buna uygun olarak yargı kararlarında, bağımlılık ilişkisi bulunmaksızın bir edim sonucunun amaçlandığı durumlarda bir eser sözleşmesinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir, bu yönde bkz. 10. HD., T. 12.03.2009, E. 2007/24085, K. 2009/3263, Legal İHSGHD, S. 23, s. 1255-1257.

72 Bununla birlikte öğretide, salt bir sonucun meydana getirilmesinin taahhüt edilmiş olmasının, bu sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesine -iş sözleşmesinin unsurları bulunduğu sürece- engel olmayacağı ifade edilmektedir, bu yönde bkz. Alpagut, Değerlendirme, s. 11.

73 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 33.

74 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 72.

75 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 32. Eklemek gerekir ki, öğretide de isabetle ifade edildiği üzere, belirli bir ölçüde güven ilişkisi esasında her sözleşmenin kurulması ile tesis edilmektedir, bkz. bu yönde bkz. Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 27.

76 Süzek, İş Hukuku, s. 240.

77 Gümüş, Borçlar Özel, s. 416; Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, 34-35, 69.

sözleşmesi ile bağlı kalmaya zorlanmasının kişisel özgürlüğün hukuka ve ahlaka sınırlandırılması anlamına geldiği ifade edilmekte ise de; kişilik haklarının korunması gerekliliğinin bütün vekâlet ilişkileri açısından gerekli olmadığına da dikkat çekilmektedir⁷⁸.

İş sözleşmesinin taraflarca sona erdirilmesi hakkı konusunda ise, öncelikle ifade edilmesi gereken husus, bu konuda iş hukukunun çok ayrıntılı düzenlemeler içeriyor olduğudur⁷⁹. İş hukuku mevzuatı; sözleşmenin kurulmasına ve devamına ilişkin olduğu gibi, sona ermesine ilişkin de ayrıntılı düzenlemeler ile donatılmıştır. Nitekim iş sözleşmesi, bağımlılık unsurunun kural olarak yoğun bir biçimde hissedildiği bir sözleşme türüdür⁸⁰. İşte bu mülahazalarla, iş sözleşmesinin fesih hakkına dayanılarak taraflarca tek taraflı sona erdirilmesi de ancak belirli hallere özgülenmiştir.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, sistemimizde benimsenen genel esas, tarafların iş sözleşmesinin sona erdirmeye hakkına sahip olduklarıdır. Öğretide de isabetle ifade edildiği üzere, taraflara bir süreli fesih hakkının tanınmış olması, temelde tarafların kişilik haklarının korunması ilkesi ile bağlantılı bir durumdur⁸¹. Bu aşamada, vekâlet sözleşmesi ile iş sözleşmesinde fesih hakkı bakımından, kişilik haklarının korunması kaynaklı benzer bir eğilim gözlemlenebilmektedir. Yine de dikkat çekmek gerekir ki, vekâlet sözleşmesinde tek taraflı sona

erdirmeye taraflarca *her zaman* başvurulabileceği öngörülmüş ve taraflar ancak sözleşmenin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesinden kaynaklanan zararı tazmin ile yükümlü tutulmuştur (BK m. 512). İş sözleşmesinde ise *her zaman* sona erdirmeye yalnızca haklı sebepler mevcut ise söz konusu olabilmektedir ve bunun dışında belirsiz süreli iş sözleşmelerinde fesih hakkının, belirli bir süre (ihbar süresi) önceden bildirim yapılmak suretiyle sona erdirilmesi beklenmektedir. Bununla birlikte yukarıda kısaca açıklandığı üzere kural olarak taraflar belirsiz süreli iş sözleşmesini (bildirim sürelerine uyarak) feshedebileceklerse de, iş sözleşmesinde işverenin fesih serbestisi belirli bazı durumlar bakımından (bkz. işçinin iş güvencesinin kapsamına dâhil olması) kaldırılmıştır. Fesih serbestisine getirilen bu sınırlama çalışma konumuz bakımından da ilgi çekici bir yan taşımaktadır.

Mevzuatımız gereğince bir grup işçi -ki bunlar işveren vekili sıfatını da haizdir-, esasında iş güvencesine girmenin genel koşullarını taşımakta iseler de, bu güvencenin kapsamının dışına çıkarılmıştır. Bu şekilde, her işveren vekili değil⁸², belirli konumdaki işveren vekilleri⁸³ iş güvencesinin kapsamı dışında tutularak,

78 Sarı, Vekâlet Sözleşmesi, s. 73-72.

79 Esasında, ücretin genellikle işçi bakımından tek geçim kaynağı olması ve bununla bağlantılı olarak ücreti korumaya yönelik özel önlemler (bu yönde bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 362; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s. 325 vd.) gibi özellikler bu ilişkinin özel bir biçimde ele alındığını göstermektedir.

80 Bağımlılık unsurunun hukuki ve kişisel yönü bulunduğu, gerek iş hukuku öğretisinde (bkz. Süzek, İş Hukuku, 233; Başterzi, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması, s. 181) gerek yargı kararlarında (bkz. HGK, T. 01.06.2011, E. 2011/9-354, K. 2011/375, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018; 9. HD., T. 13.07.2009, E. 2008/876, K. 2009/20602, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.12.2018; 22. HD. T. 22.10.2015, E. 2014/16302, K. 2015/29569, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 30.03.2019) ifade edilmektedir.

81 Süzek, İş Hukuku, s. 519.

82 Esasen, işveren vekili ve işveren arasındaki ilişki bakımından, bu konunun vekâlet sözleşmesi ile bağlı olduğuna öğretide de öteden beri dikkat çekilmiştir. *Saymen'in* mülga 3008 sayılı Kanun bakımından yapmış olduğu değerlendirmeye göre, işveren vekilleri işverene genellikle bir iş sözleşmesi ile bağlı olsalar da, yaptıkları işin icabı ve bünyesi bu durumlar bakımından bir vekâlet sözleşmesinin varlığını da zorunlu kılmaktadır, bkz. Ferit Hakkı Saymen, *Türk İş Hukuku*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 456. Buna karşılık öğretideki diğer görüş, işveren ile işveren vekili arasındaki ilişkinin mutlaka bir vekâlet sözleşmesine dayanmasının gerekmediği, işverene tanınmış olan temsil yetkisinin bir iş sözleşmesine de dayanabileceği yönündedir. Bu görüşe göre işveren vekili işverenle kural olarak vekâlet sözleşmesi ile değil, iş sözleşmesi ile bağlıdır, bu yönde bkz. Turhan Esener, *İş Hukuku*, 3. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s. 76; A. Can Tuncay, "İş Hukukunda İşveren Vekili Kavramı", *Temsil ve Vekâlet'e İlişkin Sorunlar Sempozyumu*, 14-16 Haziran 1976, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1977, s. 60; Süzek, *İş Hukuku*, s. 187-188; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, *İş Hukuku*, s. 95-96.

83 İş Kanunu m. 18/son uyarınca; işletmenin bütününü

onlar bakımından fesih serbestisi kuralına bir geri dönüş sağlanmıştır. Görüşümüze göre, Kanun'da öngörülmüş olan bu istisna hükmü, çalışma konumuz bakımından ilgi çekici bir özellik taşımaktadır. Zira işverene, belirli konumdaki işveren *vekilleri* bakımından tanınmış olan *geçerli bir sebep göstermeksizin* sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, bir anlamda vekâlet sözleşmesindeki düzenlemeye yaklaşan bir biçime bürünmüştür. Bu yaklaşım sonucunda; *"işveren ile belirli konumdaki işveren vekili"* ve *"vekâlet veren ile vekil"* arasındaki güçlü benzerlik, tabiri caiz ise, her iki sözleşmedeki *"vekili"* benzer bir yola çıkarmış ve onlara sözleşmelerinin feshedilmelerinin görece kolay olduğu bir rota sunmuştur. Vekâlet sözleşmesinin yukarıda sayılan bu özellikleri, bu sözleşme tipi ile iş sözleşmesi arasındaki belki de en önemli benzerliği işaret etmektedir: Her iki sözleşmede de taraflar arasında kişisel ilişki kurulmaktadır.

4. Sonuç

Çalışmamızda ortaya koymaya çalıştığımız üzere, iş sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesinin benzerlik gösterdiği pek çok nokta bulunmaktadır ve bu durum bir sözleşmenin doğru bir biçimde nitelendirilebilmesi bakımından güçlük arz edebilecektir. Bu yönde bir araştırmada, bir sözleşmenin iş sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi mi olarak nitelendirilmesi gerektiği tespiti edilirken, öncelikle vekâlet ilişkisinin söz konusu olup olmadığını değerlendirmek yerine, iş sözleşmesinin özelliklerinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı kanaatini taşımaktayız. Zira vekâlet sözleşmesinden söz edebilmek için, bu sözleşme konusunun Kanun'da özel olarak düzenlenmiş bir işgörmeye sözleşmesi kapsamında olmaması gerektiği

kabul edilmektedir ki⁸⁴, iş sözleşmesinin bu anlamda Kanun'da düzenlenen bir işgörmeye sözleşmesi olduğu açıktır.

Bir sözleşmenin iş sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi mi olduğu belirlenirken genel olarak bu sözleşmelerin unsurları bakımından bir değerlendirme yapılmaktadır. Günümüzde vekâlet sözleşmesinde de sıklıkla ücrete bir karşı edim olarak yer veriliyor olması nedeniyle, işgörmeye karşılığında ücretin kararlaştırılmış olup olmadığına yönelik bir araştırmanın, mevcut sözleşmenin nitelendirilmesi bakımından önemli rol oynayan bir ölçüt olmak özelliğini yitirdiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, yapılan değerlendirmelerde, bağımlılık unsuru üzerinde yoğunlaşıldığı gözlemlenmektedir.

Vekâlet sözleşmesinin unsurları dikkate alındığında, bu sözleşmenin ne hizmet sözleşmesindeki "bağımlılık" unsuru gibi ne de eser sözleşmesindeki "sonuç borcunun üstlenilmesi" gibi baskın bir karakter barındırdığı görülmektedir. Aksine vekâlet sözleşmesi pek çok işgörmeye sözleşmesi ile örtüşen bir yapıya sahip olacak şekilde kurgulanmıştır. Bu özelliği nedeniyle de, anılan iki sözleşme arasında hangisinin söz konusu olduğuna yönelik bir değerlendirme yapmak gerektiğinde, öncelikle iş sözleşmesinin ayırt edici özellikleri bakımından bir değerlendirme yapmanın daha isabetli olacağı söylenebilecektir. Ancak kanaatimizce, bu yönde bir değerlendirme yapılırken, bu iki sözleşmenin benzerliklerinin de göz önünde tutulması da yerinde olur. Bu bakış açısı, iki sözleşme arasındaki ayrımın ne açılardan belirsizleşebileceğine yönelik bir uyarı işlevi de taşıyacaktır. Sonuç olarak; bir sözleşmenin niteliğinin değerlendirilmesi meselesi, teorik bir tartışma olmanın ötesinde, uygulanacak hükümleri ve sözleşmenin sona ermesine bağlı hakları belirleyecek bir tespit olduğundan, somut olayın tüm özelliklerini irdeleyen bir uğraş verilmesine de değer olduğu düşünülmektedir.

sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütünü sevk ve idare eden ve işiye işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri iş güvenliğinin kapsamı dışında tutulmuştur.

84 Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Özel, s. 625; Uygur, Borçlar Kanunu, s. 8588; Yalçınduran, Vekâlet Sözleşmesi, s. 38.

KAYNAKÇA

- Akpulat, Ayşe Köme: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul, On İki Levha, 2018,
- Alpagut, Gülsevil: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın 2010 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 2012, s. 3-81 (Değerlendirme).
- Antalya, Gökhan: "Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği (III)", Yargıtay Dergisi, Cilt 13, Ekim 1987, S. 4, s. 456-479 (Hizmet Akdi).
- Başterzi, Süleyman: "Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", Sicil, S. 17, 2010, s. 175-198 (İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması).
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul, Beta, 2018.
- Esener, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978.
- Gökyayla, Emre: "Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Derleyen Doç. Dr. Murat İnceoğlu, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 287-295.
- Gümüş, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, Vedat, 2010.
- Gümüş, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul, Filiz, 2017 (Borçlar Özel).
- Güzel, Ali: "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı Ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1997, s. 83-126 (Bağımlılık Unsuru).
- Hatemi, Hüseyin: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999 (Borçlar Özel).
- Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007 (Yazar Adı, Basler Komm., Art., Kn.).
- Huguenin, Claire: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess, 2008 (OR BT).
- Kürşat, Zekeriya: "Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu Ve Nitelendirmenin Hükmü", İÜHFM, C. LXVII, S.1-2, 2009 (Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri).
- Özkaya, Eraslan: Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016 (Vekâlet Sözleşmesi).
- Sarı, Suat: Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004 (Vekâlet Sözleşmesi).
- Saymen, Ferit Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 456.
- Sümer, Haluk Hadi: "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", Sicil, 2010, s. 63-73 (Karar İncelemesi).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, Beta, 2018.
- Şahlanan, Fevzi: "İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru – Bağımlılık İlişkisi Karar İncelemesi", Tekstil İşveren, S. 380, Hukuk 65, Aralık 2011, s. 2-6 (Karar İncelemesi).
- Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Dördüncü Tıpkıbasım-dan Beşinci Tıpkıbasım, Vedat, İstanbul, 2010 (Borçlar Özel).
- Tuncay, A. Can: "İş Hukukunda İşveren Vekili Kavramı", Temsil ve Vekâlet'e İlişkin Sorunlar Sempozyumu, 14-16 Haziran 1976, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1977, 49-72.
- Uygur, Turgut: Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku,

- C. 7, 3. Baskı, Seçkin, 2010 (Borçlar Kanunu).
- Yalçınduran, Türker: Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2007 (Vekalet Sözleşmesi).
 - Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15. Baskı, İstanbul, Beta, 2018 (Borçlar Özel).
 - Yıldız, Gaye Burcu : "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın 2015 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 19-187.

Bağımsız Çalışanların İşsizlik Sigortası: Esnaf Ahilik Sandığı Sigortası

Öz

Türkiye’de İşsizlik Sigortası ilk defa 4447 sayılı Kanunla ile birlikte 1999 yılında yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte, bu kanun bağımsız çalışanların işsizlik sigortasına ilişkin sorunlarını çözmekten uzaktır. Oysa, bağımsız çalışanların da ücretli çalışanlar gibi çeşitli işsizlik riskleri ile karşılaştıkları açıktır. Birçok ülkede de bağımsız çalışanlar genellikle, işsizlik yardımlarından yararlanamamakta ya da anılan yardımlardan ücretle çalışanlara göre

daha düşük miktarda veya daha düşük süreyle yararlanmaktadır. Bu nedenle, bağımsız çalışanların işsizlik riskine karşı korunması ülkemiz adına önemli bir adımdır. Bu çerçevede, bu çalışma Esnaf Ahilik Sandığı sigortasının özelliklerini İşsizlik Sigortası Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde incelemeyi amaçlamaktadır. Bu amaçla çalışmada; çeşitli sorunlar ele alınmış, eleştiriler ve çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Sözcükler:

İşsizlik sigortası, bağımsız çalışan, sosyal güvenlik hukuku.

Unemployment Insurance For Self-Employed: “Insurance Of Esnaf Ahilik Sandigi”

Abstract

Unemployment insurance was established based on the Law No. 4447 in 1999. However, the Law No. 4447 had not responded to the needs of solving the problems of the self-employed. But it is clear that the self-employed face various unemployment risks like salaried workers do. In many countries, self-employed are generally excluded from unemployment benefits, or they receive lower unemployment benefits for shorter periods

than salaried workers. Therefore, the protection of self-employed against the unemployment risk is an important step for our country. In this frame, this work aims to analyse the features of insurance of “Esnaf Ahilik Sandigi” in terms of Unemployment Insurance Law and the further related legislation. For this aim in this study, some problems are analysed, some critiques and suggestions are presented.

Keywords:

Unemployment insurance, self-employed, social security law.

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı- aysekome@yahoo.com.tr

Giriş

Sosyal güvenlik hukukunun öncü isimlerinden olan William H. Beveridge, işsizlikten doğan iki büyük kötülüğün olduğunu; işsizliğin ilk olarak işsiz kalan kişide faydasız bir insan olduğu hissini yarattığını; ikinci olarak insanların hayatına korku ve nefret getirdiğini belirttikten sonra, moral çöküntüsü içinde olan bireyin toplumun kendisine ihtiyacı olmadığı hissine kapılarak, toplumsal düzenin yerleşik değerlerine karşı gelebileceğini ifade etmiştir¹. İşsizlik deyince daha çok ücret karşılığında bağımlı çalışanların işsizliği akla gelse de, kuşkusuz işsizliğin bu etkileri yalnızca bağımlı çalışanlar için değil bağımsız çalışanlar bakımından da doğar. Üstelik bağımsız çalışanların yeniden istihdama katılabilmeleri bir çok noktada bağımlı çalışanlara göre daha zordur.

Genel olarak, ülke uygulamalarına bakıldığında da işsizlik sigortasının bağımlı çalışanları kapsamına aldığı, bağımsız çalışanları tamamen veya kısmen kapsam içine alan ülke sayısının az olduğu görülmektedir. Bu noktada, bağımsız çalışanlar bakımından bir işsizlik sigortasının kabul edilmesi; sosyal bir hukuk devleti olan ve Anayasa'yla Devletin işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek için gerekli önlemleri almakla yükümlü kıldığı ülkemiz açısından önemli ve olumlu bir gelişmedir. Ancak getirilen bu sigorta kolundan yararlanmak önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Çalışmada, genel olarak bağımsız çalışanlar açısından dünyada ve Türkiye'deki işsizlik sigortası uygulamalarına yer verildikten sonra Esnaf Ahilik Sandığı sigortasının esasları üzerinde durulmuştur.

I. Bağımsız Çalışanların İşsizliği ve Bağımsız Çalışanlar Açısından İşsizlik Sigortası Uygulamaları

A. Sosyo Ekonomik Bir Risk Olarak İşsizlik

Sosyal güvenlik sistemlerinin, sosyal risk ola-

rak adlandırılan kimi durumların olumsuz sonuçlarını kısmen ya da tamamen düzeltmeyi amaçladıkları kabul edilir². Buna göre sosyal riskler, insan hayatıyla doğrudan ilgili olan ve ortaya çıkması halinde kişiyi kazanç kaybına uğratan tehlikelerdir³. Sosyal riskler, etkileme sürelerine göre (kısa süreli-uzun süreli), ortaya çıkış sebeplerine veya sonuçlarına göre (gelir kaybına yol açan – giderlerin artmasına sebep olan) çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Bu ayrımlardan biri de sosyal riskleri, mesleki, fizyolojik ve sosyo ekonomik risk olarak sınıflandırır. Buna göre, mesleki riskler, iş kazası ve meslek hastalıkları; fizyolojik riskler, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm; sosyo ekonomik riskler ise işsizlik ile evlenme ve çocuk sahibi olmaya bağlı aile yükleridir.

Sosyo ekonomik bir risk olan işsizlik riski; sağlık, yaşlılık gibi diğer risklere göre sosyal güvenlik sistemleri içinde sonradan kendisine yer bulmuştur⁴. İşsizlik, diğer mesleki ve fizyolojik risklerden farklıdır. İşsiz kalan kimse, kendi iradesi dışında ve çalışma isteğinde olmasına rağmen sosyal veya ekonomik bir nedenle işsiz olarak gelirinden mahrum kalmaktadır. Öte yandan bu kimsenin, yeniden iş bulup çalışma ihtimali, işsiz kaldığı süre uzadıkça zayıflamaktadır. Kuşkusuz, mesleki ve fizyolojik risklerin gerçekleşmesi de kişiyi işinden ve gelirinden mahrum bırakmakta ancak bu kimselerin tekrar aynı işine dönme hakkı çoğunlukla saklı tutulmaktadır⁵. Sanayileşmiş toplumlarda bu riske karşı sosyal güvenliğin sağlanması, hem kişinin kendisi hem de toplum açısından son derece önemlidir. İşsizlik riskinin bireysel açıdan ilk etkisi ekonomik yönden ortaya çıkar ve kişinin gelir elde etmesini engeller⁶. Ayrıca bu riskin, kişinin toplumdan

¹ William H. Beveridge, Full Employment in A Free Society, 2nd. ed., London, 1960, s.19.

² Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 17.bs., İstanbul, Beta, 2018, s.3; Ali Nazım Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 3. bs. İstanbul, Beta, 2017, s.519.

³ A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19. bs., İstanbul, Beta, 2017, s.8.

⁴ Nusret Ekin, İşsizlik Sigortası, Ankara, Kamu İş Yayınları, 1994, s.21.

⁵ Faruk Andaç, İşsizlik Sigortası, 2. bs. Ankara, TÜHİS, 2010, s.58.

⁶ Ali Güzel, "4447 Sayılı Kanuna Göre İşsizlik Sigortası",

dışlanması, yeniden çalışma uyumunu, özgüvenini ve özgürlüğünü kaybetmesi gibi sonuçları da göz ardı edilemez⁷. İşsizlik riskinin toplumsal açıdan etkileri de en az bireysel etkileri kadar sakinçilidir. İşsizliğin yüksek oranlara tırmanması; üretimin azalmasına, suç oranlarının yükselmesine, göç sorunlarına, toplumsal parçalanmaya ve toplumsal barışın zedelenmesine yol açar⁸.

İşsizlik riskinin bu etkileri, sosyal güvenlik sistemleri içinde bu riske karşı da bir koruma sağlamayı gerekli kılar. Nitekim, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne göre "herkesin işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkanlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır." (m.25). Bunun gibi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 1952 tarihli ve 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Sözleşmesi'nde, sosyal güvenlik kapsamına alınacak risklerden biri de işsizliktir⁹.

Bu noktada, sosyal güvenlik koruması altına alınacak "işsizliğin" ne olduğunun da ortaya konulması gerekir. Öğretide bu konuda yapılan tanımlara bakıldığında, işsizliğin, «çalışma istek ve yeteneğine sahip olup, emeğini arz ettiği halde iş bulamayan kişilerin durumu» olarak tanım-

landığı görülür¹⁰. Yukarıda anılan 102 sayılı ILO Sözleşmesi'nde de benzer bir tanımla, işsizlik sigortası kapsamında yardım yapılacak halin, "çalışmaya elverişli ve iş almaya hazır bir kimsenin, uygun bir iş bulma imkansızlığı sebebiyle ve milli mevzuatta tarif edildiği şekilde, kazancının geçici olarak durmasıdır" (m.20). ILO'nun 1982 tarihli Çalışma İstatistikçileri Konferansında da işsizliğin dar anlamda tanımlandığı bu ifadede yer alan üç temel unsur olan, "işsiz olmak", "çalışmaya elverişli bulunmak" ve "bir iş aramak" unsurları üzerinde durulmuştur¹¹.

B. Bağımsız Çalışanların İşsizliği

Yukarıda yer verilen işsizlik sosyo ekonomik riskinin ve buna bağlı olumsuz sonuçların, yalnızca bir iş sözleşmesiyle çalışanlar hakkında değil, bağımsız olarak kendi adına ve hesabına çalışanlar için de doğması mümkündür. Bir başka ifadeyle, "çağın vebası" olarak da isimlendirilen bu "sosyal tehlike" yalnızca bir iş sözleşmesiyle çalışanların işsiz kalması durumunda değil, bağımsız çalışanların işini kaybetmesi durumunda da ortaya çıkmaktadır¹². Her ne kadar, ücretli çalışanların, kendi hesabına çalışanlara göre işsizlik tehlikesiyle daha çok karşı karşıya kalabilecekleri ifade edilmişse de¹³, özellikle esnaf ve küçük işletme sahibi bu kimselerin de işsizlik tehlikesi altında oldukları göz ardı edilmemelidir. Geçmişte bağımsız çalışanların daha çok, gizli işsizliğin yani istihdamda var olarak görülmesine karşın marjinal verimi olmayan işgücü kitlesinin kap-

Nusret Ekin'e Armağan, Ankara, TÜHİS, 2000, s.817; Müdat Şakar, "Dünyada ve Türkiye'de İşsizlik Sigortası", Çimento İşveren Dergisi, S.2, 1992, s.8.

7 Beveridge, Full Employment in A Free Society, s.97; OECD/European Union, "Is self-Employment Quality Work?", in The Missing Entrepreneurs 2017: Policies for Inclusive Entrepreneurship, OECD Publishing, Paris, 2017, s.109.

8 Ekin, İşsizlik Sigortası, s.3; Güzel, İşsizlik Sigortası, s.818; Turan Yazgan, "Türkiye'de İşsizlik Sigortasının Kurulması ile İlgili Meseleler", Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S.20, 1969, s.159; Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.642.

9 102 sayılı Sözleşmenin onaylanması konusunda işsizlik, yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı, sakatlık ve ölüm risklerine ilişkin bölüm hükümlerinden asgari birisi dahil olmak üzere, dokuz riske ilişkin bölüm hükümlerinden asgari üçünün kabulünü zorunlu kılması karşısında, işsizlik sigortasının kurulmasının 100 sayılı Sözleşme için "çekirdek hüküm" niteliğinde olduğu yönünde Tankut Centel, "İşsizlik Sigortası Kanunu'na Eleştirel Yaklaşım", TÜHİS, Mayıs 2000, s.4.

10 Ekin, İşsizlik Sigortası, s.3; Güzel, Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.693; benzer tanımlar için bkz. Yazgan, İşsizlik Sigortasının Kurulması, s.155; Süleyman Başterzi, İşsizlik Sigortası, Ankara, AÜHF Yayınları, 1996, s.7.

11 ILO, 13th International Conference of Labour Statisticians, 1982, s.51. (Çevrimiçi) www.ilo.org/global/statistics-and-databases/meetings-and-events, 15.03.2019.

12 TÜİK'in 2018 Aralık ayı istatistiklerine göre, Türkiye genelinde 15 ve daha yukarı yaştakilerde işsiz sayısı 2018 yılı Aralık döneminde geçen yılın aynı dönemine göre 1 milyon 11 bin kişi artarak 4 milyon 302 bin kişi olmuş ve işsizlik oranı 3,1 puanlık artış ile %13,5 seviyesinde gerçekleşmiştir. TÜİK Haber Bülteni, 15.03.2019, S.30681, (Çevrimiçi) www.tuik.gov.tr, 17.03.2019.

13 Yazgan, İşsizlik Sigortasının Kuruluşu, s.155.

samına girdiği de savunulmuştur¹⁴. Ancak gizli işsizlik yalnızca bu kimselerle özdeşleştirilemeyeceği gibi bağımsız çalışanların da çalışmaya elverişli ve bağımlı veya bağımsız olarak çalışabilecekleri bir işi arar durumda olması mümkündür. Öte yandan serbest mesleğin, birçok iş türünden daha az güvenli olduğu ve çok sayıda serbest meslek sahibinin ilk beş yılda işsizlikle karşılaştığı ifade edilmiştir¹⁵. Buna karşılık, tarihsel süreç içerisinde işsizlik sigortası genellikle bağımlı çalışanlar için kabul edilmiş ve yukarıda yer verilen 102 Sayılı Sözleşme’de işsizliğe karşı güvencenin, işçiler açısından getirilmesi kabul edilmiştir. 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı ile 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı incelendiğinde de, işsizlik riskine karşı sosyal sigortanın işçiler açısından kabul edildiği görülmektedir.

Özellikle, geçimlerini kendi kişisel emekleriyle sağlayan serbest meslek sahipleri, bu yönleriyle işçilere benzemektedir. Üstelik bu şekilde iş görenlerin sayısı, birçok ekonomide toplam istihdamın önemli bir bölümünü temsil etmektedir¹⁶. Klasik iş ilişkisinin giderek çözülmesi ve atipik istihdam biçimleriyle birlikte, bir işverene bağımlı olmaksızın kendi adına çalışanların sayısı da tüm dünyada giderek artmaktadır¹⁷. Bu kimselerin, meslek hastalığı gibi mesleki bir riskle ya da malullük gibi fizyolojik bir riskle karşılaşmaları ne kadar olasıysa, işsizlik sosyo ekonomik riskiyle karşılaşmaları da o kadar mümkündür¹⁸. Nitekim sosyal güvenlik hukukumuzda, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanlar da (5510 s. K. m.4/1,b)

tıpkı işçiler gibi diğer sosyal risklere karşı koruma altına alınmıştır. Ancak işsizlik sigortası yönünden bu kimseler kapsam dışı bırakılmıştır.

Herhangi bir işverenin otoritesi ve talimatı olmaksızın ve hukuki ve ekonomik yönden herhangi bir işverene bağlı bulunmaksızın ekonomik bir faaliyet yürüten bağımsız çalışanların “işsizliğinin” tespit edilmesinde en önemli sorun, bu işsizliğin iradi olup olmadığıdır. Gerçekten, sosyal güvenliğin koruma sağlayacağı işsizliğin en önemli unsurlarından biri, işsiz kalmanın irade dışında gerçekleşmiş olmasıdır. Oysa kendi adına ve hesabına çalışan bir kişinin işsizliğinin iradi olup olmadığının tespitinin neye göre yapılacağı belirsizdir. Örneğin, ekonomik zorluklar nedeniyle esnaf işletmesini kapatmak zorunda kalan yahut iflasına karar verilmesi için mahkemeye başvuran bir kimsenin, iradesini, tüm zorluklara rağmen işletmesinin varlığını sürdürmek yönünde değil ancak aksi yönde göstermesi iradi bir işsizlik mi sayılacaktır? Kuşkusuz, “kendi isteği dışında işsiz kalma” unsurunun bağımsız çalışanlar açısından katı yorumlanmaması gerekir. Bunun gibi, özellikle serbest meslek sahiplerinin çoğu zaman yalnızca bir veya birkaç kişiye karşı iş gördüğü, esasen çalışma koşullarının da bu kişilerce belirlendiği ifade edilmiş ve bu ilişkinin çözülmesi durumunda işsizliğin de kaçınılmaz olduğu açıklanmıştır¹⁹.

Bir bağımsız çalışanın, “işsizliğinin” belirlenmesindeki bir diğer sorun ise bağımsız çalışanın işini kaybetmesinden sonraki dönemde de gerçekten işsiz olup olmadığının tespitidir. İş sözleşmesine dayanarak çalışanlara göre bağımsız çalışanların, gelir getirici bir faaliyette bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, özellikle ülkemizde, daha güçtür. Bu nedenle, “işsizliğin” sosyal güvenlik korumasının devam ettiği süre boyunca var olup olmadığının belirlenmesi, bu belirlemenin kim tarafından ve hangi ölçütlere göre yapılacağı bağımsız çalışmalarda zorlaşmaktadır.

14 Bu görüşler hakkında bkz. Başterzi, İşsizlik Sigortası, s.51.

15 OECD/European Union, Is self-Employment Quality Work?, s.108.

16 Richard Audoly, Self-employment and Unemployment Insurance, 2018, s.2, (Çevrimiçi) www.econ.au.dk. 15.03.2019. Avrupa’da, toplam istihdam içinde kendi adına çalışanların yüzdesi incelendiğinde, bu oran Yunanistan’da %30’un, İtalya ve Türkiye’de ise %20’nin üzerindedir. Bu oranları %10’nun üzerinde İngiltere, Almanya ve Fransa takip etmektedir. Norveç’de ise oran %8 civarındadır. Colin C Williams, Frédéric Lapeyre, Dependent Self-employment: Trends, challenges and policy responses in the EU, Geneva, ILO, 2017, s.11.

17 Williams, Lapeyre, Dependent Self-employment, s.8

18 Andaç, İşsizlik Sigortası, s.77; Audoly, Self-employment and Unemployment Insurance, s.1.

19 OECD/European Union, Is Self-Employment Quality Work, s.110.

Bağımsız çalışanların işsizlik sigortasından yararlandırılmalarının önündeki bir diğer engel de, bağımsız çalışanın gelirinin tam olarak tespit edilmesindeki zorluklar olabilir. İşsizlik sigortasının, işsiz kalanın dönemde işçinin uğradığı gelir kaybını kısmen de olsa gidermek amacını taşıdığı düşünülürse, bağımsız çalışanın gerçek gelirinin tespiti bu noktada da önem taşır. Ancak uygulamada kimi zaman görüldüğü üzere, kendi nam ve hesabına çalışanların gerçek gelirini beyan etmemesi, gerçek gelirin Kurum tarafından ayrıca incelenmek zorunda olması karşısında “uğrılan gelir kaybının” tespiti de güçleşmektedir.

Nihayet, bağımsız çalışanların işsizlik sigortasından yararlanabilmelerinin zorluklarından birisi de bu sigorta kolunun kim tarafından finanse edileceğinde kendisini gösterir. Gerçekten, işçiler açısından işçi, işveren ve Devlet tarafından ödenen primler; bağımsız çalışanlar açısından bağımsız çalışanın kendisi üzerinde kalabilmekte ve bu sigorta kolunun finansmanı açısından güçlükler yaratabilmektedir. Bu da sigortanın işlerliği konusunda çeşitli sorunları beraberinde getirir.

C. Genel Olarak İşsizlik Sigortası Kanunu ve Kapsamı

İşsizlik sigortası genel bir tanımla, işsiz sayılan kimselerin bu dönemde uğradıkları gelir kaybını gidermeyi veya azaltmayı amaçlayan, yeniden çalışma hayatına katılmasına yardımcı olan bir sigorta koludur²⁰. Anayasa’da Devletin, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir (m.49). Hukukumuzda işsizlik sigortasının ilk defa düzenlenmesi²¹ ise 1999

yılında 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’yla olmuştur²². Bu kanunda işsizlik sigortası, “bir iş yerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigorta” olarak tanımlanmıştır (m.47/1,c). Kanunun yürürlük tarihi ise 01.06.2000 olarak belirlenmiştir (m.63). Böylece bu Kanuna göre kurulan fon, ilk prim tahsilatını Haziran 2000 tarihinde yapmıştır. Bu sigorta kolundan ilk ödeme ise, 2003 yılında sağlanmıştır.

4447 sayılı Kanun’a göre işsizlik sigortası, kapsamına aldığı kimseler bakımından “zorunluluk esasına” dayanır. Bir başka ifadeyle, kanunun kapsamına girenler, işe başladıkları tarihten itibaren sigortalı olurlar (m.48). Kanunun amacı, işsizliğin önüne geçilmesi değil, kişilerin işsiz kaldığı dönemde uğradıkları gelir kaybını kısmen de olsa giderip, yeniden iş bulmasına yardımcı olmaktır²³. Bu Kanuna göre işsizlik sigortası primli bir sigortadır ve bu primler “üçlü finansman yöntemiyle” sağlanır. Buna göre primler, sigortalı, işveren ve Devlet tarafından ödenir²⁴. İşsizlik sigortasının finansmanı “fon biriktirme yöntemi-ne” dayanır. Bu kanunla birlikte, primlerin ve bu primlerin değerlendirilmesinden doğan gelirlerin toplandığı ve Devlet güvencesinde olan bir

gelmiştir. Bu süreçte otuza yakın kanun teklif ve tasarısı hazırlanmış ancak bunların hiç biri kanunlaşmamıştır. İşsizlik sigortasının Türkiye’deki tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. Yazgan, İşsizlik Sigortasının Kurulması, s.159 vd; Şakar, İşsizlik Sigortası, s.13; Faruk Taşçı, Yasin Yılmaz, “İşsizlik Sigortasının Türkiye’deki Durumu: Eleştiriler ve Çözüm Önerileri”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S.56, 2009, s.613 vd.

22 RG. 08.09.1999, S.23810.

23 Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.649; Güzel, Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.696.

24 4447 sayılı Kanuna göre, işsizlik sigortası primi, sigortalının 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 80 ve 82 nci maddelerinde belirtilen prime esas aylık brüt kazançlarından % 1 sigortalı, % 2 işveren ve %1 Devlet payı olarak alınır. İsteğe bağlı sigortalılardan işsizlik sigortası primini ödeyenlerden ise % 1 sigortalı ve % 2 işveren payı alınır. Korumalı işyerlerinde çalışan ve iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engellilerin işsizlik sigortası işveren payı ise Hazine tarafından karşılanır (m.49/1).

20 Çeşitli tanımlar için bkz. Ekin, İşsizlik Sigortası, s.22; Andaç, İşsizlik Sigortası, s.57; Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.644.

21 Esasen işsizlik sigortasının oluşturulması için ilk adımlar, 1959 tarihinde atılmaya başlanmış ve Türkiye İş Kurumu öncülüğünde çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bunun gibi kalkınma planlarında, siyasi parti ve hükümet programlarında işsizlik sigortasının oluşturulması sıkça gündeme

İşsizlik Sigortası Fonu kurulmuştur (m.53). İşsizlik sigortasından doğan her türlü işlem ve hizmetlerin yapılması konusunda ise (Sosyal Güvenlik Kurumunca yapılacak prim tahsili dışında) Türkiye İş Kurumu görevli ve yetkili kılınmıştır (m.46/4)²⁵. Kanunun anılan bu özellikleri dikkate alındığında, Türkiye’de işsizlik sigortasının; zorunlu ve prime dayanan, işçi, işveren ve devlet tarafından finanse edilip işsizliğin sonuçlarını hafifletmeyi amaçlayan ve Türkiye İş Kurumu tarafından yönetilen bir sigorta kolu olduğunu söylemek mümkündür.

4447 sayılı Kanun’da, işsizlik sigortasının kapsamına girecek kimseler özel olarak düzenlenmiştir (m.46/2). Kanunun kişiler açısından kapsamı belirlenirken, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.4/1, a’da düzenlenen ve hizmet akdine tabi olarak bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan sigortalılar esas alınmıştır. Buna göre, İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’na tabi olarak iş/hizmet sözleşmesi ile çalışanlar işsizlik sigortasının kapsamı içindedir. 5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinin 2. fıkrasının kapsamına girip iş sözleşmesi ile çalışanlar da (bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan sanatçılar ile güzel sanatlar kollarında çalışanlar, düşünürler ve yazarlar; yabancı uyruklu olup hizmet sözleşmesine tabi olarak çalışanlar, MEB tarafından düzenlenen kurslarda çalışan usta öğreticiler gibi) Kanunun kapsamına dahildir. Öte yandan her ne kadar sigortalılıkları açısından özel sandıklara tabi olsalar bile (506 s. K. geçici m.20) bankalar, sigorta şirketleri, ticaret ve sanayi odaları ile borsalarda iş sözleşmesine göre çalışanlar da işsizlik sigortasından yararlanabilecektir.

İşsizlik sigortasının kapsamının genişletilmesine yönelik bir hüküm niteliğinde olan ve 2011 tarihli ve 6111 sayılı torba Kanunun²⁶ 68. mad-

desiyle yapılan bir düzenlemeye göre, 4857 sayılı İş Kanunu’na göre kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışıp, isteğe bağlı sigortalılık kapsamında diğer primlerin yanında işsizlik sigortası primi ödeyenler (SSGSSK. m.52/1) de işsizlik sigortasının kapsamına dahil edilmişlerdir²⁷. Yine aynı hükme göre, SSGSSK’nun ek 6. maddesi kapsamında ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerleri ile Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından belirlenen güzel sanat kollarında kısmi süreli iş sözleşmesiyle ay içerisinde on günden az çalıştırılan kişiler de istekleri halinde sigortalı ve işveren hissesi dahil olmak üzere işsizlik sigortası primi ödeyerek, bu sigorta kolunun kapsamı içerisinde yer alabilecektir.

Görüldüğü gibi, işsizlik sigortasının kapsamı “hizmet sözleşmesine göre çalışanlar” esas alınarak belirlenmiştir. Nitekim Kanun, kimlerin kapsam içinde olduğuna yer verdikten sonra kapsam dışında olanları da ayrıca sıralamıştır (m.46/3). Buna göre, 5510 sayılı Kanun m.4/1, b ve c bentlerine tabi olanlar yani kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar ile kamu idarelerinde hizmet sözleşmesine tabi olanlar dışında çalışanlar bu Kanun kapsamına dahil değildir.

D. Özellikle Bağımsız Çalışanlar Açısından Çeşitli Ülke Uygulamalarında İşsizlik Sigortası

Sosyal yardımlar bir tarafa bırakıldığında, işsizlik sigortası, yönetimi ve finansmanındaki zorluklar, devletin ekonomi ve istihdam politikalarının etkisiyle birlikte diğer sigorta kollarına göre dünyada sosyal güvenlik sistemlerine sonradan girmiş bulunan bir sigorta koludur²⁸. İşsizlik sigortasının ilk olarak uygulandığı ülkelerden biri İngiltere olmuştur. Esasen bu ülke çoğu zaman, sosyal güvenlik anlayışında diğer ülkelerin önü-

²⁵ İşsizlik sigortasının teşkilat yapısı hakkında bkz. Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s.519. Bu sigorta koluna ilişkin örgütsel işleyişin ve oluşturulan fonun yapısına ilişkin bazı eleştirilen hakkında bkz. Centel, İşsizlik Sigortası Kanununa Eleştirel Yaklaşım, s.2 vd.

²⁶ RG. 13.02.2011, S.27857 (Mükerrer).

²⁷ Maddenin yalnızca 4857 sayılı Kanuna tabi olan kısmi süreli sözleşmeleri esas almasının yerinde olmadığı ve tabi olduğu kanuna göre bir ayırım yapılmaksızın tüm kısmi süreli iş sözleşmelerinin kapsam içine alınması gerektiği yönündeki isabetli değerlendirme için bkz. Güzel, Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.699.

²⁸ Güzel, İşsizlik Sigortası, s.819; Şakar, İşsizlik Sigortası, s.10.

ne geçmiş ve onlara örnek olmuştur. 1800'lü yıllarda sendikalar ya da meslek örgütleri tarafından oluşturulan fonlar hariç olmak üzere, bu ülkede 1911 tarihli Milli Sigorta Kanunu (National Insurance Act), hastalık ve işsizlik olmak üzere iki temel riski güvence altına almıştır. Çalışma hayatını ve sosyal sigorta kollarını düzenleyen prensiplerin daha çok sektörel bazda geliştiği bu ülkede, başlangıçta inşaat, sanayi ve denizcilik işkollarında kabul edilen 1911 tarihli Kanun, zaman içinde genişletilmiş ve yaklaşık on yılda birçok işkolunu kapsar hale gelmiştir. Tüm dünyadaki sosyal güvenlik anlayışını da köklü bir biçimde değiştiren 1942 tarihli Beveridge Raporu'yla birlikte yeni bir sosyal güvenlik sistemine adım atan ülkede, geniş kapsamlı bir sosyal sigorta, yardım ve hizmet sistemi oluşturulmuştur. Son olarak 2014'te değişikliğe uğrayan 1995 tarihli İş Arayanlar Kanunu (Jobseekers Act) ile işsizlik yardımları konusunda önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bununla birlikte, ülkede serbest çalışanlar için tam anlamıyla oluşturulmuş bir işsizlik sigortası bulunmamaktadır. Sanatçılar gibi belirli meslek gruplarına özgü düzenlemeler hariç tutulmak üzere, serbest çalışanların işsizlik sigortasından yararlanması, bu kimselerin isteği-ne bağlıdır²⁹.

Almanya'da ise işsizlik sigortası, işçi, işveren primleri ve devlet katkısıyla finanse edilen ve iş sözleşmesiyle çalışanlar, çıraklar, stajyerler, ev hizmetlerinde çalışanları kapsamı içine alan bir sigorta kolu niteliğindedir³⁰. Öte yandan bu ülkede, işsizlik bakımından ikili bir ayrıma gidilmesi mümkündür. Bunlardan ilki, kısa bir süre-

den beri işsiz olup işsizlik sigortası kapsamında işsizlik parası alanlardır. Bu sigortadan yapılan ödemeler daha çok işçi ve işverenler tarafından ödenen primlerle sağlanır. İkinci olarak ele alınan grup, uzun süreli işsiz kalanlardır. Bu gruba ödenen işsizlik parası ise daha çok sosyal yardım niteliğindedir ve genel vergilerle finanse edilmektedir³¹. Ancak bağımsız çalışanlar işsizlik sigortasının kapsamı dışında tutulmaktadır.

İşsizlik sigortasının bir merkezden daha çok işverenlere bağlı olarak işlediği, bir başka ifadeyle işverenlerin işçi çıkarma sayılarına oranla bir vergi ödemek zorunda olduğu Amerika Birleşik Devletlerinde, işten çıkarılmanın toplumsal ağırlığı işverenlere yükletilmektedir³². Bunun yanında işçilerden de işsizlik sigortası primi kesilmektedir. Öte yandan, tarımda belirli işlerde çalışanlar, aile arasında yapılan işlerde çalışanlar gibi kendi hesabına çalışanlar da bu sigorta kolunun kapsamı dışında tutulmuştur. Her ne kadar geçmişte «iş-gören» kavramının geniş tutulması gerektiği yönünde Yüksek Mahkeme kararları verilmişse de³³ sonradan, kendi hesabına çalışanların işsizlik sigortasının kapsamı dışında tutulduğu, yasal bir düzenleme niteliğinde sayılan Kongre Ortak Kararı (House Joint Resolution) ile belirtilmiştir³⁴. Anılan bu karardan günümüze kadar geçen süre içinde de, bağımsız çalışanlar işsizlik sigortasının kapsamı dışında tutulmaktadır.

Genel olarak, Avrupa ülkelerindeki uygulama incelendiğinde, bu ülkelerin çoğunluğunda yaşlılık, hastalık gibi risklere karşı sosyal sigorta kapsamında olan bağımsız çalışanların, işsizlik sigortasının kapsamı dışında tutulduğu görülmektedir. Örneğin, İtalya, Belçika, Fransa gibi ülkelerde kendi adına çalışan bu kimseler işsizlik sigortası yardımlarından yararlanamamaktadır. Bununla birlikte, Yunanistan, İrlanda, Finlandiya,

29 Slavina Spasova, Denis Bouget, Dalila Ghailani, Bart Vanhercke, Access to Social Protection for People Working on Non-standard Contracts and as Self-employed in Europe, A Study of National Policies, Brussels, European Social Policy Network (ESPN), 2017, s.37; OECD/European Union, Is Self-Employment Quality Work?, s.120; Andaç, İşsizlik Sigortası, s.189.

30 Thomas Paster, German Employers and the Origins of Unemployment Insurance, MPIfG Discussion Paper 11/5, Max Planck Institute for the Study of Societies, 2011, s.17 vd. (Çevrimiçi) www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp11-5.pdf; OECD/European Union, Is self-Employment Quality Work?, s.120;

31 Alpay Hekimler, "Almanya'da İşsizlik Sigortası Alanındaki Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye İçin Gözlemler", Legal İHSGHD. S.18, 2008, s.538.

32 Ekin, İşsizlik Sigortası, s.40.

33 United States v. Silk, 331 U.S. 704 (1947), (Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases>

34 H.J.Res.296, 1948, (Çevrimiçi) www.loc.gov/law

Danimarka ve İsveç'te, bağımsız çalışanlar kısmi olarak işsizlik sigortasından yararlanabilmektedir. Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Hırvatistan, Macaristan ve Portekiz'de ise bağımsız çalışanların işsizlik sigortasından bağımlı çalışanlar gibi tam olarak yararlanabilmesi mümkündür³⁵.

II. Esnaf Ahilik Sandığı Sigortası

A. Kavram

İşsizlik sigortasının Türkiye'de izlediği seyir, 6824 sayılı Kanun'la³⁶ İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen ek 6. maddeyle birlikte bağımsız çalışanlar açısından yeni bir aşamaya geçmiştir. Anılan ek 6. madde, hizmet sözleşmesine tabi olmayan bağımsız çalışanlar için zorunlu bir sigorta sistemi oluşturmuştur. Bu sigorta kapsamında kurulan sandığın adı Esnaf Ahilik Sandığı, sigortanın adı ise Esnaf Ahilik Sandığı sigortası olmuştur.

Kelime olarak cömertlik, yiğitlik, kardeşlik anlamına gelen Ahilik, "kökleri eski Türk törelerine dayanan ve Anadolu'da yüksek bir gelişim gösteren esnaf, zanaatçı, çiftçi vb. bütün çalışma kolalarını içine alan ocak" olarak tanımlanmaktadır³⁷. Ahilik teşkilatı ise, esnaf ve sanatkarlar arasındaki dayanışma ve yardımlaşmayı oluşturarak; üretimi esas alan, sosyal katmanlara dayanmış, bunun yanında toplumsal ahlakın yükselmesine de hizmet eden bir teşkilat olarak tanımlanabilir³⁸. Anadolu Selçuklularında ve Osmanlı Devleti'nde 12 ila 16. yüzyıllarda faaliyet gösteren esnaf loncalarının da içinde yer aldığı ahilik; din, ahlak ve gelenek kuralları üzerine kurulmuştur³⁹. Bu loncalar tarafından, orta sandıkları kurularak, çe-

şitli sosyal güvenlik korumaları oluşturulmuş ve iş kurmak, malzeme sağlamak, çıraqlara harçlık vermek ve barınma imkanı sunmak gibi faydaların yanında; maluliyet, ölüm, doğal afet gibi riskler bakımından da bazı yardımlar sağlanmıştır⁴⁰. Loncaların finansmanı ise, yüksek gelire sahip kimselerin yaptıkları bağışlar, fitre ve zekat, sadaka, kurban adı altındaki yardımlarla gerçekleştirilmiştir⁴¹.

Yüzyıllar önce, o dönemin koşullarına göre önemli görevler üstlenip, toplumsal kalkınmaya hizmet eden ahilik teşkilatı, gelişen ve değişen ekonomik ve sosyal koşullar karşısında tarihteki yerini almıştır⁴². Günümüzde, bağımsız çalışanların çalışma şartları, bu çalışmaya özgü bazı sorunların varlığı, bu kişilerin tabi olduğu sosyal sigortaların finansmanındaki değişiklikler dikkate alındığında, geçmişte sosyal bir güce sahip olan bu teşkilatla günümüz bağımsız çalışma sisteminin birbirinden ayrıldığı açıktır. Ek madde 6 ile kurulan sandığın ve fonun tabi olduğu ilkeler de, ahilik sisteminden oldukça farklı prensiplere dayanmaktadır. Bu nedenle öğretilde, kullanılan terminolojinin yerinde olmadığı, günümüz çalışma ilişkileriyle ilgisi bulunmayan bir döneme ait terimi kullanmak yerine, güncel bir terimin tercih edilmesinin daha doğru olacağı ifade edilmiştir⁴³.

Öte yandan, bu sigortanın ismi karşısında, düzenlemenin doğrudan esnafları esas aldığı düşünülebilir. Ancak aşağıda görüleceği üzere düzenleme, şirket ortaklarından, ticari kazancı nedeniyle gelir vergisi mükellefi olan kimselere kadar, kendi nam ve hesabına çalışanları kapsamı içine almıştır. Bu yönüyle de, esnafları işaret eden ve sınırlayıcı bir anlama sahip bu ismin isabetli olmadığı ifade edilmelidir.

Esnaf Ahilik Sandığı, bu isimle anılan sigortanın gerektirdiği görev ve hizmetler için mali

35 OECD/European Union, *Is Self-Employment Quality Work?*, s.120.

36 Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG.08.03.2017, S.30001.

37 (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr, 18.03.2019.

38 Anzavur Demirpolat, Gürsoy Akça, "Ahilik ve Türk Sosyo-Kültürel Hayatına Katkıları", Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı 15, 2004, s.366.

39 A. Can Tuncay, "İslam'da Sosyal Güvenlik", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 2014, s.856.

40 Tuncay, *İslam'da Sosyal Güvenlik*, s.856; Demirpolat, Akça, *Ahilik*, 367.

41 Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, *İslam'da Sosyal Güvenlik*, s.853 vd.

42 Güzel, Okur, Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.725.

43 Güzel, Okur, Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.726.

kaynak sağlamak, bu kaynakları değerlendirmek ve maddede öngörülen gerekli ödemelerde bulunmak üzere kurulmuştur. Yönetim kurulunun kararları çerçevesinde yönetilen sandık, Sayıştay tarafından denetlenir. Sandığın gelir ve giderlerinin neler olduğu da Kanunda açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, sigortalıların ödediği Esnaf Ahilik Sandığı primleri ve bu primlerin değerlendirilmesinden elde edilen kazançlar, sandığın açık vermesi durumunda Devlet tarafından sağlanacak katkılar, sigortalılardan alınacak cezalar, gecikme zamları ve faizler ile diğer gelir ve başlıklar, sandığın gelirlerini oluşturur. Sandığın giderleri ise, başta Esnaf Ahilik Sandığı ödenekleri olmak üzere, 5510 sayılı Kanun gereğince ödenecek sigorta primleri; istihdam edilebilirliği artırmak, işsizlik riskini azaltmak konusunda gerekli tedbirleri almak, işe yerleştirme ve danışmanlık hizmetleri temin etmek gibi (4447 s. K. m.48/7) hizmetlere ilişkin giderler ile bu hizmetlerin yerine getirilebilmesi için yapılan bina kiralama, hizmet satın alınması gibi yan giderlerdir.

B. Kapsam

1) Sigortalı Sayılanlar

Esnaf Ahilik Sandığı sigortasından yararlancak olanlar, 4447 sayılı Kanun ek m.6/4'te sayılmıştır. Hükme göre, «5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar Esnaf Ahilik Sandığı kapsamında Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı sayılır.» Maddede işaret edilen 5510 sayılı Kanun'un 4/1,b bendinde kendi nam ve hesabına çalışanlar; 1) Ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar, 2) Gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar, 3) Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortaklarıdır⁴⁴.

44 5510 s. K. m.4/1,b'de ayrıca tarımsal faaliyette bulunanlar da düzenlenmiştir ancak aşağıda "Kapsam Dışı Olan-

Kapsama ilişkin bu hükmün doğrultusunda (1.7 milyonunun esnaf, 216 bininin ise şirket ortağı olarak) yaklaşık 1.9 milyon kişinin Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı olacağına, düzenlemeye ilişkin komisyon raporlarında yer verilmiştir⁴⁵.

İlk olarak, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na⁴⁶ göre, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı sayılacaktır. GVK'na göre, ticari kazanç, her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlardır (m.37). Serbest meslek faaliyeti ise yine aynı Kanun'da m.65/2'de « sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması » şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, ticari kazanç elde edenler, mutad meslek olarak serbest meslek faaliyetini yürütenler de Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı sayılırlar.

Zorunlu olarak Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı olması gereken ikinci grup, gelir vergisinden muaf olup esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlardır. Gelir vergisinden kimlerin muaf olduğu, GVK'nun 9. maddesinde sayılmıştır. Böylece, maddede belirtilen çeşitli ticaret ve sanat işlerini yapıp esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar, Esnaf Ahilik Sandığı sigortasından yararlanabilmektedir. Esnaf ve sanatkârlar ise 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu⁴⁷ m.3'te tanımlanmıştır. Buna göre, «ister gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktar-

lar" başlığında açıklanacağı üzere, tarımsal faaliyette bulunanlar, 4447 s. K. ek madde 6'da açıkça istisna olarak sayılmıştır.

45 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss456.pdf>.

46 RG. 06.01.1961, S.10700.

47 RG. 21.06.2005, S.25852.

da olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimse-ler” esnaf ve sanatkar sayılır. Gerçek veya basit usûlde gelir vergisine tabi olanlar 5510 sayılı Kanun m.4/1,b’de ilk alt bent olarak sayıldığından; bu ikinci gruba giren bağımsız çalışanlar, esnaf ve sanatkar sayılıp vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahipleri olacaktır. Bununla beraber, 5510 sayılı Kanun’un “Sigortalı sayılmayanlar” kenar başlıklı 6.maddesinde, gelir vergisinden muaf olanlardan esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olup aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler (yani aylık geliri asgari ücretin altında olanlar) 4. maddeye göre sigortalı sayılmayacaktır (m.6/1,k). 4447 sayılı Kanunun ek 6. maddesinde, düşük gelirli bu kimselerden bir istisna olarak bahsedilmemesi karşısında iki ayrı sonuca varılabilir. Varılan sonuçlardan ilki, Kanunun bu istisnayı açıkça düzenlememesi karşısında, düşük gelirli bu kimselerin sandık kapsamında olacağıdır ki zorunlu 4/1,b sigortalılığından bile gelirlerindeki azlık nedeniyle hariç tutulan bu kişilerin, Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı olduğunu söylemek bir çelişki doğuracaktır. Bu nedenle varılması gereken sonuç, ek m.6 düzenlemesinin 5510 sayılı Kanun m.4/1,b bendini ve bu bende göre sigortalı sayılanları esas aldığı, bu bende göre sigortalı sayılmayacağı açıklanan kişilerin Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı da sayılmaması yönünde olmalıdır. Kanunun oldukça kısa olan madde gerekçesinden konu hakkında bir açıklamaya ulaşmak ise mümkün değildir. Eklemek gerekir ki, aynı durum 5510 sayılı Kanun m.6/1,n’deki düzenleme yönünden de söz konusudur. Buna göre, «30 uncu maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendi kapsamında olanlar hariç olmak üzere, yaşlılık aylığı almaktayken bu aylıkları kesilmeksizin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışanlar” 4/1,b sigortalısı sayılmayacaktır. Esasen, yaşlılık aylığı almak işsizlik ve Esnaf Ahilik Sandığı ödeneği ödenmesi bakımından da hak düşürücü bir nedendir (4447

s.K. m.52 ve ek m.6/14). Bu nedenle, madde 4/1,b kapsamında çalışmasına rağmen yaşlılık aylığı alanların Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı olmayacağı, bir başka ifadeyle bu kimselerden sigorta primi kesilmeyeceği açıktır.

Nihayet son olarak, Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları da Esnaf Ahilik Sandığı sigortasından yararlanacaktır. Kısaca şirket ortakları olarak tanımlanacak bu grupta, şirket ortaklarının hangilerinin 4/1,b sigortalısı ve dolayısıyla Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı olduğu şirketin türüne göre belirlenecektir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olmayan ortaklar bu kapsamda değerlendirilmez. Bunun gibi, yönetim kurulu üyesi olup ortak sıfatına sahip olmayanlar da bağımsız çalışan sayılmaz. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ise yalnızca komandite ortaklar sigorta kapsamındadır. Sayılan bu iki şirket türü dışındaki diğer şirketlerde ise tüm ortaklar kapsam içinde değerlendirilir. Son olarak da donatma iştiraki söz konusuysa, iştirakin tüm ortakları zorunlu olarak Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı olacaktır.

Yukarıda sayılan bu kişilerin hangi tarihten itibaren Ahilik Sandığı’ndan yararlanacağı da ek m.6/5’te düzenlenmiştir. Buna göre, maddenin yürürlüğe girdiği tarihte halen faaliyette olanlar yürürlük tarihinden, faaliyetine daha sonra başlayanlar ise işe başladıkları tarihten itibaren zorunlu olarak sandık sigortalısı olacaktır. Maddenin yürürlük tarihi öncelikle 1.1.2018 olarak belirlenmiş ancak, 2017 yılı sonunda yürürlüğe giren 7061 sayılı Kanun⁴⁸la (m.122) 6824 sayılı Kanun’un yürürlük maddesinde (m.25/1,b) yapılan değişiklik sonucu 1.1.2020’ye ertelenmiştir.

2) Kapsam Dışı Olanlar

Kural olarak 5510 sayılı Kanun m.4/1,b kapsamında sigortalı olanlar aynı zamanda Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı sayılmasına karşın, konuyu

48 RG. 05.12.2017, S.30261.

düzenleyen ek 6. maddede, kimi bağımsız çalışanlar açıkça kapsam dışında tutulmuştur (f.4). Kapsam dışında tutulan bu kimseler, 1) 5510 sayılı Kanunun 50 nci maddesi kapsamındaki isteğe bağı sigortalılar, 2) 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörler, 3) köy ve mahalle muhtarları, 4) tarımsal faaliyetlerde bulunanlardır. Aşağıda açıklanacağı üzere, bu sandıktan yararlanmak için sigortalılığın iflas istemiyle mahkemeye başvurmak suretiyle ya da (iflasa tabi olmayanlar açısından) işyerini kapatmak suretiyle sona ermesi gerekir. Bu nedenle sayılan bu kimselerin, sigortalılığın sona eriş biçimi dikkate alınarak kapsam dışı bırakıldıkları düşünülmektedir. Ayrıca yukarıda sigortanın kapsamı içinde olanlar incelenirken yer verildiği gibi, 5510 sayılı Kanun'un 6. maddesinde açıkça sigortalı sayılmayacağı düzenlenen kimselerden olup bağımsız çalışması bulunanların sandık kapsamında sayılıp sayılmayacağı ise açık değildir. Kanımızca, 4/1,b sigortalısı olmayan bu kimselerin Ahilik Sandığı sigortalısı da olmaması gerekir.

C. Sağlanan Yardımlar

1) Esnaf Ahilik Sandığı Ödeneği

a) Ödeneğin Miktarı ve Yararlanma Süresi

Esnaf Ahilik Sandığı sigortalılarına, yararlanma koşullarını yerine getirmeleri şartıyla, Türkiye İş Kurumu tarafından belirli ödemeler yapılır ve hizmetler sağlanır. Bu ödemelerden ilki Esnaf Ahilik Sandığı ödeneğidir. Bu ödenek, sigortalının işini kaybettiği dönemde uğradığı gelir kaybını kısmen de olsa gidermeyi hedefleyen bir ödenek niteliğindedir. Esnaf Ahilik Sandığı ödeneği, 4447 sayılı Kanun'da yapılan işsizlik ödeneği tanımından hareketle, Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı işsizlere, bu Kanunda belirtilen süre ve miktarda yapılan ödeme olarak tanımlanabilir. Ödeneğin miktarı, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama kazancının yüzde kırkıdır. Ancak ödenek, aylık asgari ücretin brüt tutarının yüzde seksenini geçemeyecektir. Görüldüğü gibi

bu ödenek, işsizlik ödeneğine (m.50) benzer şekilde hesaplanmaktadır ve sigortalının yeni bir iş bulması/kurması konusunda caydırıcı olabilecek bir miktar da değildir. Ancak, bağımsız çalışanların aylık gelirinin tespitindeki kimi güçlükler bu ödeneğin hesaplanması konusunda bazı soru işaretlerini akla getirmektedir. Yine, bu sigorta kolundan yararlanmak için bağımsız çalışanın iflas istemiyle mahkemeye başvurması ya da işyerini kapatması şartı arandığından, ekonomik olarak böyle bir güçlüğe düşmüş bağımsız çalışanın son aylardaki kazancının da yüksek olması beklenemez.

Şartları sağlayıp ödeneye hak kazananlara ödemeleri, başvurularını izleyen ayın sonuna kadar sonuçlandırılıp; her ay, aylık olarak sigortalının kendisine ödenecektir. Kanun, ödenekten herhangi bir vergi ve kesinti (damga vergisi hariç) yapılamayacağını, bu ödeneğin nafaka borçları dışında haczedilemeyeceği gibi, başkasına devir ve temlik edilemeyeceğini de açıkça düzenlemiştir (m.12).

Sigortalıların bu ödenekten yararlanma süreleri de faaliyetlerini sürdürüp Esnaf Ahilik Sandığı primi ödedikleri süreyle orantılı olarak sınırlandırılmıştır. Buna göre, sigortalılığın sona ermesinden önceki son 120 gün sürekli çalışmış olanlardan; son 3 yıl içinde 600 gün faaliyetini sürdürüp prim ödeyenler 180 gün, 900 gün faaliyetini sürdürüp prim ödeyenler 240 gün ve 1080 gün faaliyetini sürdürerek prim ödemiş olanlar da 300 gün süre ile ödenekten yararlandırılacaktır. Bu süreler, işsizlik sigortasından yararlanma süreleriyle aynıdır.

b) Yararlanma Koşulları

4447 sayılı Kanun'un ek 6. maddesinde, ödenekten yararlanmak için gereken şartlar çeşitli fıkralarda açıklanmıştır. Bu düzenlemeler bir bütün olarak incelendiğinde aranan şartların; sigortalının faaliyetinin belirli hallerle sona ermesi, belirli süre ile prim ödemesi, prim ve prime ilişkin herhangi bir borcu olmaması ve Kuruma başvurması olarak sıralanması mümkündür.

Yararlanma koşullarından ilk olarak, sandık

sigortalılığının belirli hallerle sona ermesi ve böylece sigortalının işsiz olması üzerinde durmak gerekir. Bu işsizliğin ne şekilde gerçekleşeceği, bir başka ifadeyle faaliyetin ne şekilde sona ereceği de maddede özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre sigortalılardan, *"iflas istemiyle mahkemeye başvurulmuş olması suretiyle veya iflasa tabi olmamakla birlikte işyerini kapatmak suretiyle sigortalılığı sona erenler"* ödenekten yararlanabilir. Görüldüğü gibi, sigortalının her durumda işsiz kalması değil, iflas istemiyle mahkemeye başvurusu ya da işyerini kapatmak suretiyle işsiz kalması gerekir. Genel olarak, iflasa tabi olanlar; tacirler, donatma iştiraki ortakları ve özel kanunlarda iflasa tabi olduğu belirtilen kimselerdir. İflas, iflasa tabi olan borçlu bakımından iflas takip yollarından herhangi biri ile takip yapılması halinde (İİK. m.155, 173) ya da aciz hainde bulunduğu belirten borçlunun kendisinin mahkemeye başvurusu (İİK. m.178) yoluyla gerçekleşebilir. Ek 6. maddede iflas istemiyle mahkemeye başvurusu gerekenin sigortalının kendisi ya da alacaklılar olması bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Gerekçede de bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle, anılan bu kimse-lerden olup da kişinin kendisi ya da alacaklıları tarafından iflas istemiyle mahkemeye başvurusu suretiyle sigortalılığı sona erenlerin, Esnaf Ahilik Sandığı ödeneğinden yararlanabileceği kabul edilmelidir.

İflasa tabi olmayanlar açısından işsizlik sigortasından yararlanmak ise işyerinin kapatılması şartına bağlanmıştır. Ancak işyerinin kapatılması kavramından ne anlaşılması gerektiği madde metninde yeterince açık değildir. Her şeyden önce işyeri, İş K. m.2'de *"işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim"* olarak tanımlanmıştır. Bu halde bir fiziki mekandan işyeri olarak bahsedebilmek için o işyerinde çalışan işçinin varlığı gerekir. Hükümde geçen işyeri kavramı, iş hukuku anlamında işyeri olarak kabul edilirse; ödenekten yararlanmak isteyenlerin de mutlaka işçi çalıştıran bir kimse yani işveren sıfatında olması gerekir. Ancak Es-

naf Ahilik Sandığı sigortasının kapsamı düşünüldüğünde; serbest meslek faaliyetini yürütenler, esnaf ve sanatkarlar da sigortalı olarak sayıldığından, hükümde geçen işyeri kavramını bağımsız çalışanın faaliyetini yürüttüğü yer olarak anlamak isabetlidir. Bir başka ifadeyle, ödenekten yararlanacak bağımsız çalışanın işveren sıfatına sahip olması beklenmemelidir. Öte yandan işyerini kapatmanın sicilden sildirmek ve faaliyeti kesin olarak sonlandırmak mı, yoksa bir başkasına devretmek ya da sicilden sildirmeksizin faaliyetine son vermek mi olduğu da madde metninden anlaşılmamaktadır. Bu konudaki uygulamaya ilişkin usul ve esasların Kurum tarafından zaman içerisinde belirlenmesi beklenmektedir.

İşsiz kalan dönemde ödenekten yararlanmak için, yalnızca faaliyetin sona ermesi değil belirli bir süre sigortalı olma ve prim ödeme şartının da gerçekleşmesi gerekir. Esnaf Ahilik Sandığı, katımlı bir sosyal güvenlik sistemi olduğundan sigortalının bu sigortadan yararlanması prim ödemesi halinde mümkündür. Primler, sigortalının prime esas günlük kazançlarından, yüzde 2 sigortalı ve yüzde 1 Devlet payı olarak ödenir. Ancak alınacak günlük prim tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının iki katı üzerinden hesaplanacak tutardan fazla olamaz. İşsizlik sigortasında olduğu gibi bu sigortada da Devlet katılımı sağlanmıştır. Sigortalılığın herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, sona erme anına kadar sigortalından kesilen primlerin ve Devlet katkısının geri ödenmesi ise söz konusu değildir. Kural olarak, Sandık kapsamında her türlü hizmet ve işlemlerin yapılmasından Türkiye İş Kurumu görevli iken, primlerin toplanmasından Sosyal Güvenlik Kurumu görevlidir.

Sigortalının ne kadar süre prim ödeyeceği de yine işsizlik sigortasına benzer olarak düzenlenmiştir. Buna göre, son üç yıl içinden ez az altı yüz gün faaliyetin sürdürülerek prim ödenmiş olması ve sigortalılığın sona ermesinden önceki son yüz yirmi gün sürekli çalışılmış olması gerekir (f.12). Ancak, işsizlik sigortası bakımından "son 120 gün prim ödeyerek sürekli çalışmak" ibaresi

2019 yılında 7161 sayılı Kanunla⁴⁹ değiştirilmiş ve bunun yerine “son 120 gün hizmet akdine tabi olmak” şartı getirilmiştir (m.50/2). Böylece, kimi kesintiler dışında hizmet akdinin devamında meydana gelen bir günlük kesintinin dahi ödenekten yararlanma imkanını engellemesi durumu ortadan kaldırılmıştır. Oysa Esnaf Ahilik Sandığı bakımından son 120 günün sürekli çalışarak geçirilmesi gerekmektedir. Kuşkusuz buradaki sürekli çalışma ibaresi, bağımsız çalışanın bu faaliyetinin sürekliliğidir.

Ek 6. maddede sigortalının prim ödeme koşullarını sağlaması yanında, sigortalının sandık primi ve bu prime ilişkin herhangi bir borcunun bulunmaması da açıkça aranmıştır (f.13). Kuşkusuz bu koşul da ödeneye hak kazanmayı önemli ölçüde kısıtlar niteliktedir. Özellikle, ödeneye hak kazanmak için sigortalının iflası talebiyle mahkemeye başvurulması ya da işyerini kapatması şartı karşısında, ekonomik olarak bu denli güçlüğe düşmüş sigortalının prim borçlarını eksiksiz ödemesi oldukça güçtür. Nitekim hükümde de bu koşul düzenlendikten sonra istisna hükmüne yer verilmiş ve sigortalılığın sona ermesinden önceki doksan günlük süreye ilişkin sandık prim borcu olanların, diğer şartları sağlaması ve bu prim borçlarının alacakları ödenekten tahsil edilmesi kaydıyla ödenekten yararlanabilecekleri düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle, doksan günden az prim borcu olanlar bakımından, öncelikle hak edilen ödenekten bu prim borcu tahsil edildikten sonra sigortalı ödenekten faydalanacaktır. Bunun gibi, 6183 sayılı Kanuna göre, tecil veya taksitlendirilmiş veya yeniden yapılandırılmış prim borcu olanlar da, ödeme planını bozmadıkları sürece sandık kapsamındaki ödenekten faydalandırılır.

Gerekli prim ödeme koşullarını sağlayıp sigortalılığı sona erenlerin, ödenekten yararlanması için Kuruma başvurusu gerekir. Hükme göre bu başvurunun doğrudan veya elektronik ortamda yapılması mümkündür (f.3). Başvuru, sigortalılığın sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren

otuz gün içinde yapılmalıdır. Ancak, bu süreye uyulmaması ödenekten yararlanma hakkını tamamen ortadan kaldırmaz. Başvuruda gecikilen bu süre, mücbir bir sebep olmadıkça, ödeneye hak kazanılan toplam süreden düşülür. Öte yandan, bu başvuru sırasında sigortalının “yeni bir iş almaya hazır olduğunu” da kaydettirmesi gerekir. Böylece işsizlik sigortasında olduğu gibi, Esnaf Ahilik Sandığı sigortasında da güvenceden yararlanmak için, sigortalının çalışmaya istekli ve elverişli olması beklenir. Sigortalının, kendisine uygun bir iş elde etmesinin mümkün olduğunu ve böyle bir iş bulduğu zaman bu işi almak konusunda gerekli istek, güç ve yeterliliğe sahip olduğunu kanıtlaması, yeni bir iş almaya hazır olduğunu gösterir⁵⁰. Kuşkusuz bu yeni işin, sigortalının bağımlı ya da bağımsız çalışabileceği, geçimini sağlayabileceği bir iş olarak algılanması gerekir. Şu halde, gerekli şartları sağlamasına rağmen bir iş almaya hazır olmayan sigortalının ödenekten yararlanması mümkün değildir.

c) Ödenenin geri alınması ve kesilmesi

Kanun, ödenenin hangi hallerde kesileceğini veya geri alınacağını da özel olarak düzenlemiştir (f.14). Ek 6. madde hükmüne göre, sigortalılardan «*hileli iflas eden veya işyerini usul ve furuuna ya da muvazaalı olarak üçüncü şahıslara devredenenlere yapılan ödemeler ile sigortalının kusurundan kaynaklandığı belirlenen fazla ödemeler yasal faizi ile geri alınır.*» Buna göre, iflasından önce ya da sonra alacaklılarını zarara sokmak kastıyla, İİK’nun 311. maddesinde sıralanan davranışları⁵¹ gerçekleştiren kimse hileli müflis sayılacaktır ve işsizliği sebebiyle kendisine yapılan ödemeler de yasal faizi ile geri alınacaktır. Ödenenin geri alınmasını gerektiren sebeplerden biri de işyerinin alt soy ve üst soya veya muvazaalı olarak üçüncü şahıslara devredilmesi halidir. Düzenlemeden,

⁵⁰ Başterzi, İşsizlik Sigortası, s.105.

⁵¹ Bu maddede hileli iflas teşkil eden davranışlar sekiz bent halinde sıralanmıştır. Bu davranışlara örnek olarak, alacaklıların müşterek rehinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya tahrip edilmesi; muvazaalı satışlar, muameleler veya bağışlamalar yapılması; gerçeğe aykırı muhasebe ve sahte bilançolarla aktifin fazla veya eksik gösterilmesi verilebilir.

⁴⁹ RG. 18.01.2019, S.30659.

işyerinin alt soy ve üst soya devredilmesi halinde üçüncü şahıslara devirde arandığı gibi bir muvazaa durumu aranmaksızın ödeneğin geri alınacağı anlamı çıkmaktadır. Ancak, sigortalının gerçekten ekonomik olarak güçlüğü düşmesi ve işyerini devretmek zorunda kalması karşısında, üst soy ve alt soya yapılan tüm devirlerin, -muvazaalı bir devir olduğu yönünde güçlü bir kanı uyandırır da- başka bir şart aranmaksızın ödeneğin geri alınmasına yol açması isabetli değildir. Düzenleme gereği son olarak, sigortalının kusurundan kaynaklanan fazla ödemeler de geri alınacaktır. Sigortalının son dört aylık kazancını gerçeğe aykırı olarak yüksek göstermesi ve bu nedenle hak kazanması gereken miktardan fazla bir ödenekten yararlanması sigortalının kusurundan kaynaklanan bir sebep olarak gösterilebilir. Öte yandan, işsizlik ödeneğinde olduğu gibi, Esnaf Ahilik Sandığı ödeneğinde de ölen sigortalıya yapılmış yersiz veya fazla bir ödeme varsa bunun geri alınmayacağı hüküm altına alınmıştır (f.14, son cümle).

Ödeneğin kesilmesi konusunda ise ek 6. maddede açık bir düzenleme yapılmamış, konu hakkında 52. madde hükümlerinin, Esnaf Ahilik Sandığı sigortalıları için de uygulanacağını belirlenmiştir. İşsizlik Sigortası Kanunu'nun "İşsizlik ödeneği ödenmesinde hak düşürücü nedenler" başlıklı 52. maddesinde, sigortalının bazı davranışlarının işsizlik ödeneğinin kesilmesine sebep olacağı düzenlenmiştir. Bu davranışlar; Kurumca teklif edilen bir işi haklı bir nedene dayanmaksızın reddetmek, ödeneği aldığı sürede gelir getirici bir işte çalışmak veya herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almak, Kurum tarafından önerilen meslek geliştirme ve edindirme eğitimini haklı bir neden göstermeden reddetmek veya eğitime devam etmemek, haklı bir nedene dayanmaksızın Kurum tarafından istenilen bilgi ve belgeleri öngörülen süre içinde vermemek olarak sıralanabilir. Ekleme gerekir ki, sigortalının Kurum tarafından önerilen eğitimleri reddetmesi veya istenilen bilgi ve belgeleri vermemesi halinde kesilen ödenek, kesilme sebebinin ortadan kalkması halinde, toplam hak

sahipliği süresinin sonunu geçmeksizin, yeniden işlemeye başlayacaktır.

Ödeneğin kesilmesine yol açan bu davranışlar karşısında hüküm incelendiğinde, sigortalının işsizliğini sona erdirmek, hakkını kötüye kullanmasını engellemek ve işsizlik ödeneğini cazip hale getirmemek amaçlarının var olduğu tespit edilebilir. Ancak, sigortalının bu tip bir davranış sergilediği sonucuna varmak kimi hallerde kolay değildir. Örneğin, gelir getirici bir işte çalışmanın ne şekilde yorumlanacağı belirsizdir. İşsizlik ödeneği bakımından konu hakkında yapılan açıklamalarda; basit ve kısa süreli kimi işlerin bu kapsamda sayılmaması gerektiği ifade edilmiş ve işsiz hayatını normal ölçülerde kazanmaya yönelik her türlü bağımlı ya da bağımsız çalışmasının esas alınması gerektiği açıklanmıştır⁵². Gerçekten, bağımsız çalışan sigortalı için de aynı sonuca varılabilir. Sigortalının kısa süreli ve oldukça düşük bir gelire yaptığı faaliyetlerin bu kapsamda sayılmaması gerekir. Ancak sigortalı, zamanının büyük bir bölümünü bu işte geçiriyorsa ve bundan belirli seviyede bir kazanç elde ediyorsa ödeneğin kesilmesi gerekir. 52. madde hükmü gereğince bu inceleme, Kurum müfettişleri ile sigorta müfettişleri tarafından yapılacak, sosyal güvenlik denetmenleri de konu hakkında görevlendirilebilecektir.

Sigortalının, Esnaf Ahilik Sandığı ödeneğinden yararlanırken, faaliyetine yeniden başlaması durumunda ödeneğin kesileceği tartışmasızdır. Yeniden başlanılan bu ikinci faaliyetin, ödenekten yararlanmak için aranan şartlar yerine getirilmeksizin sona ermesi durumunda (prim ödeme gün sayılarının tamamlanamaması, sona ermenin Kanunda aranan şekilde olmaması) daha önce hak edilen ödeneğin, süresi doluncaya kadar sigortalıya ödeneceği ek 6. maddede düzenlenmiştir. Öte yandan, yeniden başlanılan bu faaliyet, Kanundaki şartların yerine getiril-

52 Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.670. Konu hakkında yapılan açıklamalarda, sigortalının işsizlik döneminde işportacılık yapması, köyünde tarlada çalışması, sokakta ayakkabı boyacılığı veya pazarda limon satması gibi örnekler verilmiştir.

mesi suretiyle sona ererse, bu durumda ödenek yeni hak sahipliğinden doğacak ve sadece yeni hak sahipliğinden doğan süre kadar ödenecektir (f.12). Görüldüğü gibi bu hükümle, ödenekten yaralanma hakkını kaybetmek istemeyen sigortalının faaliyetine yeniden dönmesi konusunda çekimser davranmasının önüne geçilmek istenilmiştir. Nitekim benzer bir kural, işsizlik sigortasında da kabul edilmiştir. Bu noktada, hüküm her ne kadar Esnaf Ahilik Sandığı ödeneği alırken, tekrar faaliyete başlanılmasından söz etse de, bağımsız bir faaliyet yerine iş sözleşmesiyle çalışmaya başlanması ancak bu sözleşmenin işsizlik ödeneğine hak kazandırmayacak şekilde sona ermesi durumunda da, sigortalının önceki sandık ödeneğinden yararlandırılması gerekir. Buna karşılık, iş sözleşmesinin işsizlik ödeneğine hak kazandıracak şekilde sona ermesi durumunda, sigortalı yalnızca işsizlik ödeneğinden yararlandırılacaktır.

2) Diğer Yardımlar

Sandık kapsamında yapılacak ödemelerden biri de 5510 sayılı Kanun gereğince ödenecek sigorta primlerinin Kurum tarafından ödenmesidir (f.9/b). Maddede, ödenecek sigorta primlerinin hangi sigorta kollarına ilişkin olduğu belirtilmemiştir. Ancak, burada bahsedilen primlerin genel sağlık sigortası primi olarak anlaşılması gerekir. Zira, 5510 sayılı Kanun'un "Genel sağlık sigortalısı" sayılanlar başlıklı 60. maddesinde, kimlerin genel sağlık sigortalısı olacağı sıralanırken, 4447 sayılı Kanun gereğince işsizlik ödeneği ve Esnaf Ahilik Sandığı ödeneğinden yararlandırılan kişiler de sayılmıştır (f.1,e). Böylece, bu kimseler ödenekten yararlanmaya başladıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılacak ve İşKur tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilecektir (m.61/1,d). Öte yandan, İşKur tarafından sağlanan meslek edindirme kurslarına katılanların m.4/1,a kapsamında sigortalı sayılacağı ve bunlar hakkında iş kazası meslek hastalığı ve genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanacağı ve İşKur'un prim ödeme yükümlüsü olacağı 5510 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir (m.5/1,e).

Son olarak sigortalılara yapılacak yardımlardan (hizmetlerden) biri de yeni bir iş bulma ve aktif işgücü hizmetleri kapsamında kurs ve programlar düzenlemektir. Bu yardım, işsizlik sigortası bakımından da geçerlidir. Her ne kadar işsizlik sigortasının temel amacının işsizliği önlemek değil bu dönemde yaşanan gelir kaybını gidermek olduğu ifade edilse de, işsizliğin önlenmesi, sigortalıların yeniden işe yerleştirilmesi veya istihdam edilebilmesinin kolaylaştırılması işsizlik sigortasının bir parçasıdır. Her şeyden önce bu tür hizmetler, işsizlik sigortasının yükünü hafifletecektir⁵³. Esnaf Ahilik Sandığı sigortalıları için düzenlenecek kurs ve programların neler olduğu konusunda henüz bir belirleme yapılmış değildir. Ek 6. maddede, bu kurs ve programlara ilişkin olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığının görüşünün alınacağı da özel olarak düzenlenmiştir (f.15).

Sonuç

Geçmişte Anadolu'daki toplumsal yapıyı olumlu anlamda etkileyen ve esnaf loncalarının önemli bir aktörü olduğu ahilik sistemi, bugünün değişen ve gelişen toplumsal ve ekonomik düzeni karşısında uygulanabilirliğini yitirmiştir. Bağımsız çalışanlar bakımından getirilen işsizlik sigortası hizmetlerinin görülmesi için kurulan sandık ve bu amaçla oluşturulan fonun, lonca ve ahilik sisteminden oldukça farklı olduğu görülmektedir.

Öte yandan, Esnaf Ahilik Sandığı sigortası ile yeni bir sosyal sigorta kolu oluşturulmuştur. Bu sigorta kolundan kimlerin yararlanacağı, sandığın gelirleri ve giderleri, fonun işleyişi, ödeme ve yardımlara hak kazanma şartları gibi birçok konu

53 Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.685. İşsizlik sigortasında, işsizlere gelir desteği sağlama programlarının pasif işgücü politikası; mesleki eğitim, istihdam sübvansiyonları, kendi işini kuranlara yardım programlarının ise aktif işgücü politikası olarak değerlendirilmesi ve Türkiye'nin pasif politikadan aktif politikaya doğru ilerlediği konusunda bkz. Servet Gün, "Aktif İstihdam Siyasetinin Gelişimi Açısından İşsizlik Sigortasının Dönüşümü", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.50, 2016, s.1306 vd.

tek bir madde ile (4447 sayılı Kanun ek m.6) uzun fıkralar boyunca düzenlenmiştir. Yine, getirilen kanuni düzenleme 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun içinde yer almış ve madde içinde birçok konuda, Kanunun önceki maddelerine atıf yapılmıştır. Ancak, İşsizlik Sigortası Kanunu, genel olarak hizmet sözleşmesiyle çalışanlar için kabul edilmiş ve hükümleri bu kimseler dikkate alınarak düzenlenmiş bir kanundur. Üstelik Kanun, bir hizmet sözleşmesine tabi olarak çalışmayıp bağımsız çalışanların kapsam dışında tutulduğunu da açıkça düzenlemiştir (m.46). Bu nedenle, anılan ek 6. maddenin düzenleniş biçiminin yerinde bulunmadığı söylenebilir.

Maddenin, sigortalılığın kapsamına ve ödenekten yararlanmak için özellikle faaliyetin sona ermesine ilişkin aradığı şartlar bakımından bazı belirsizlikler söz konusudur. Örneğin hükümde, sigortalılığın kapsamı açısından, 5510 sayılı Kanun m.4/1,b esas alınmıştır. Bu noktada, 5510 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düşük gelirli olduğu için kapsam dışında tutulan bağımsız çalışanların, sandık kapsamında olup olmadığı belirsizdir. Kanımızca 4/1,b sigortalısı olmayıp prim ödemekle yükümlü bulunmayan bu kimselerin Esnaf Ahilik Sandığı primi ödemesi de beklenmemelidir. Bunun gibi, sigortalılığın sona ermesi bakımından iflas istemiyle mahkemeye başvurulması suretiyle sigortalılığın sona ermesi şartının ne şekilde gerçekleşeceği, mahkemeye başvuranların alacaklılar ya da bağımsız çalışanın kendisi olup olmadığı, iflas kararına kadar geçen yargılama süresinde bir güvencenin sağlanıp sağlanmayacağı açık değildir. İşyerini kapatma şartı bakımından da, "işyeri" ve "kapatma" kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekir.

Esnaf Ahilik Sandığı sigortasının, işsiz kalan bağımsız çalışanların, bu dönemde uğradığı gelir kaybını gidermek yanında aktif işgücü hizmetleri sunması oldukça isabetlidir. Her ne kadar işsizlik sigortasının ilk amacının uğranılan gelir kaybını gidermek olduğu bilinse de, işsizlikle mücadele ve işsizliğin bir an önce sona erdirilmesi amaçları da göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, sigortalıların ödediği primlerle finanse edilen bu sigorta

kolunun ve oluşturulan fonun, bu amaçlara hizmet eder şekilde işletilmesi oldukça önemlidir.

KAYNAKÇA

- ANDAÇ, Faruk: İşsizlik Sigortası, 2. bs. Ankara, TÜHİS, 2010.
- AUDOLY, Richard: Self-employment and Unemployment Insurance, 2018, www.econ.au.dk. 15.03.2019.
- BAŞTERZİ, Süleyman: İşsizlik Sigortası, Ankara, AÜHF Yayınları, 1996.
- BEVERIDGE, H. William: Full Employment in A Free Society, 2nd. ed., London, 1960.
- CENTEL, Tankut: "İşsizlik Sigortası Kanunu'na Eleştirel Yaklaşım", TÜHİS, Mayıs 2000,
- DEMİRPOLAT, Anzavur, AKÇA Gürsoy, "Ahilik ve Türk Sosyo-Kültürel Hayatına Katkıları", Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı 15, 2004.
- EKİN, Nusret: İşsizlik Sigortası, Ankara, Kamu İş Yayınları, 1994.
- GÜN, Servet: "Aktif İstihdam Siyasetinin Gelişimi Açısından İşsizlik Sigortasının Dönüşümü", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.50, 2016.
- GÜZEL, Ali, OKUR, Ali Rıza, CANIKLIOĞU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. bs., İstanbul, Beta, 2018.
- GÜZEL, Ali: "4447 Sayılı Kanuna Göre İşsizlik Sigortası", Nusret Ekin'e Armağan, Ankara, TÜHİS, 2000.
- HEKİMLER, Alpay: "Almanya'da İşsizlik Sigortası Alanındaki Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye İçin Gözlemler", Legal İHSGHD. S.18, 2008.
- ILO, 13th International Conference of Labour Statisticians, 1982, s.51. (Çevrimiçi) www.ilo.org/global/statistics-and-databases/meetings-and-events, 15.03.2019.
- OECD/European Union: "Is Self-Employment Quality Work?", in The Missing Entrepreneurs 2017: Policies for Inclusive Entrepreneurship, OECD Publishing, Paris, 2017.
- PASTER, Thomas: "German Employers and the

- Origins of Unemployment Insurance", MPIfG Discussion Paper 11/5, Max Planck Institute for the Study of Societies, 2011.
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 3. bs. İstanbul, Beta, 2017,
 - SPASOVA Slavina, BOUGET, Denis, GHAILANI Dalila, VANHERCKE, Bart: Access to Social Protection for People Working on Non-standard Contracts and as Self-employed in Europe, A Study of National Policies, Brussels, European Social Policy Network (ESPN), 2017.
 - ŞAKAR, Müjdat: «Dünyada ve Türkiye'de İşsizlik Sigortası», Çimento İşveren Dergisi, S.2, 1992.
 - TAŞCI, Faruk, YILMAZ, Yasin: "İşsizlik Sigortasının Türkiye'deki Durumu: Eleştiriler ve Çözüm Önerileri", Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S.56, 2009.
 - TUNCAY, A. Can, EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19.bs., İstanbul, Beta, 2017.
 - TUNCAY, A. Can: "İslam'da Sosyal Güvenlik", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 2014.
 - WILLIAMS, C. Colin, LAPEYRE Frédéric: Dependent Self-Employment: Trends, Challenges and Policy Responses in the EU, Geneva, ILO, 2017
 - YAZGAN, Turan: "Türkiye'de İşsizlik Sigortasının Kurulması ile İlgili Meseleler", Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S.20, 1969.

Çevrimiçi Kaynaklar:

- www.loc.gov
- <https://supreme.justia.com>
- www.tbmm.gov.tr
- www.tdk.gov.tr
- www.tuik.gov.tr

Özel İstihdam Bürolarının Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Kurma İzni

Öz

Ülkemizde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 90 ıncı maddesinde getirilen düzenlemeye kadar iş gücü piyasasında aracılık faaliyetinin özel sektörde yasak olduğu görülmektedir. 6715 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 90 ıncı maddesine göre, iş arayanlara elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık görevi, bu hususta izin verilen özel istihdam bürolarınca yerine getirilmekteydi. 6715 sayılı Kanun

ile İş Kanunu'nun 7nci maddesinde yapılan değişiklikle özel istihdam bürolarının, aracılık faaliyetinin yanında, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurmalarına da izin verilmiştir. Ancak bunun için özel istihdam bürolarının birtakım şartları yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu çalışmamızda özel istihdam bürolarının meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurabilmeleri için sağlaması gereken şartlar, karşılaştırmalı hukuk (özellikle Alman hukuku) ile birlikte incelenecektir.

Anahtar Sözcükler:

Özel istihdam bürosu, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi.

Permission of Private Employment Agencies to Establish Temporary Agency Work

Abstract

It is observed that the intermediary activity in the labor market has been prohibited until the regulation introduced in Article 90 of the Labor Law no. 4857 in our country. Before the amendment made by the Law no. 6715, according to Article 90 of Labour Law no. 4857, the task of acting as an intermediary in providing employees with jobs suitable to their qualifications and finding employees qualified for different kinds of work for employers should be performed by the private employment agencies permitted to func-

tion in this capacity. With the amendment made in the Article 7 of the Labor Law no. 6715, private employment agencies are allowed to establish temporary agency work besides their intermediary activities. But in order to do this, private employment agencies must comply a number of conditions. In this study, the conditions to be provided by the private employment agencies in order to establish temporary agency work will be examined together with comparative (especially German) law.

Keywords:

Private employment agency, temporary agency work.

*Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi/Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü/ İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-dcelebi@pau.edu.tr

Giriş

Türk hukukunda meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kanunda düzenlenmediği dönemde, her ne kadar kanuni bir düzenlemesi bulunmasa da uygulamada bazı kişi ve kurumlar tarafından fiilen ve denetimsiz bir biçimde geçici iş ilişkisi faaliyetinde bulunulmaktaydı. İşe aracılık hizmetleri bu dönemde farklı isimler altında yasal bir zemini olmaksızın gerçekleştirilmekteydi. Ülkemizde özel istihdam büroları tarafından yürütülen geçici iş ilişkisinin yasal zemininin bulunmaması, bu şekilde çalışan işçilerde hak kayıplarının söz konusu olması ve kayıt dışı istihdamın teşvikine sebep olması nedenleri göz önünde bulundurulduğunda, özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulmasının mevzuatta düzenlenmesi gerektiği doktrinde sık sık ifade edilmekteydi. Belirtilen sebeplerle Türk hukukunda meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi ilk defa İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanununda değişiklik yapan 6715 sayılı Kanun ile düzenleme bulmuştur.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin hükümler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7 nci maddesinde, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 6715 sayılı Kanun ile değiştirilen hükümlerinde düzenlenmiştir. 6715 sayılı Kanunun akabinde 11.10.2016 tarihinde yayınlanan Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nde de meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Belirtilen yasal düzenlemeler neticesinde Türk hukukunda meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin yalnızca özel istidam bürosu aracılığıyla kurulması mümkün hale gelmiştir.

I. Özel İstihdam Bürolarının Gelişimi

Son 25 yılda dünya ekonomisi, küreselleşmenin, hızlı teknolojik gelişmelerin ve bilgi ekonomisinin damgasını vurduğu hızlı bir değişim süreci yaşamaktadır. Bu süreç, iş gücü piyasaları üzerinde de etki yaratmaktadır. Artan küresel rekabetin iş gücü maliyetlerine etkisi, esnek ça-

alışma türlerinin artması, teknolojinin bazı iş ve meslek gruplarını ortaya çıkarması ve söz konusu süreçte nitelikli iş gücüne duyulan ihtiyaç, işlerin yapılış biçimlerinin değişimi, firma ve organizasyon yapılarındaki değişim ve farklılaşma neticesinde, iş gücü piyasalarının değişime uygun yapılanma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu sürecin önemli bir ayağını ise özel istihdam büroları oluşturmuştur. Özel istihdam büroları, 1970'lerde ortaya çıkan ekonomik krizle birlikte işsizliğin artması, küreselleşme, teknolojik gelişmeler, devletin ekonomik hayattan çekilme sürecinin başlaması ve hızla çoğalan insan nüfusu karşısında ortaya çıkan işsizlik sorununun piyasalar üzerinde yaratmış olduğu etki karşısında bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmıştır. Sayıları gittikçe artan birçok ülkede başlarda kamu hizmeti olarak kabul edilen iş gücü piyasasındaki aracılık hizmetleri, zamanla özel sektöre açılarak, özel istihdam bürolarına bu alanda faaliyet gösterme izni verilmiştir¹. Nitekim söz konusu eğilim Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmelerinde de kendini göstermiştir.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında savaşın getirdiği ekonomik çöküş, işsizlik sorununu beraberinde getirmiştir. Bu durum, çalışmak isteyenlere iş alanları yaratma ihtiyacı nedeniyle aracılık hizmetleri verilmesi gereksiniminin meydana gelmesine sebep olmuştur. Savaş sonrasında ortaya çıkan işsizlik sorununa çözüm bulmak ve savaşın neden olduğu çöküntüyü ortadan kaldırmak amacıyla Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı'nda 2 sayılı İşsizlik Hakkında Sözleşme hazırlanmıştır². 2 sayılı Sözleşme, sözleşmeye katılan ülkeleri işsizliğe karşı savaş çağırmış ve merkezi bir makamın kontrolüne tabi resmi bir parasız iş bulma sistemi kurmaya

1 KENAR, Necdet: "Özel İstihdam Büroları", Mercek Dergisi, Yıl. 9, Sayı. 34, Nisan 2004, s. 81.

2 İşsizlik Hakkında 2 sayılı Sözleşme, 29 Ekim 1919 tarihinde Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı'nın Washington'da yapılan ilk toplantısında kabul edilmiştir. SAYIN, Ali Kemal: "Emek Piyasalarını Düzenleyen Uluslararası Normlar", s. 56, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/9107>, E.T: 24.01.2018); NAZLI, Seçkin: Özel İş Aracılığı, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 106.

davet etmiştir³.

1929 yılında başlayan dünya ekonomik bunalımı sonucunda yaygınlaşan işsizlikle birlikte iş arayanların özel istihdam bürosu tarafından sömürülmesini önlemek amacıyla Uluslararası Çalışma Örgütü, 8 Ekim 1933 tarihli Ücretli İş Bulma Büroları Hakkında 34 sayılı Sözleşmeyi kabul etmiştir⁴. 34 sayılı Sözleşme ile özel kesimin işe aracılık etmesi önlenerek, işe aracılıkta kamu tekelinin getirilmesi amaçlanmıştır⁵. İkinci Dünya Savaşı sonrası yaşanan ekonomik ve sosyal değişikliklerin getirdiği ihtiyaçlar 34 sayılı Sözleşme hükümlerinin biraz daha esnekleştirilerek yeniden gözden geçirilmesine sebep olmuş, bu kapsamda 8 Haziran 1949 tarihinde Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı'nda Ücretli İstihdam Büroları Hakkında 96 Sayılı Sözleşme kabul edilmiştir⁶. Ancak emek piyasalarında meydana gelen değişimler, yeni özel istihdam büroları türlerinin ortaya çıkması ve yaygınlık kazanması, 96 sayılı Sözleşmeye dayanan ulusal mevzuat ve yasal düzenlemelerin mevcut ihtiyaçlara cevap verememesi, Uluslararası Çalışma Örgütünü 1988-1990 yılları arasında 25 ülkeyi kapsayan detaylı bir araştırmaya itmiştir⁷. Uluslararası Çalışma Örgütü, ya-

pılan bu araştırma neticesinde elde edilen sonuçlara dayanarak 1997 yılında 181 sayılı Özel İş Aracılığı Sözleşmesi ile özel istihdam bürolarının kurulmasına serbesti tanıyan yeni bir sözleşme kabul etmiştir⁸. 181 sayılı Sözleşme ile Uluslararası Çalışma Örgütü, iyi işleyen bir iş gücü piyasasında özel istihdam bürolarının oynayacakları rolü tanımlamış ve 181 sayılı Sözleşmede kamu-özel istihdam kuruluşları arasında iş birliği savunulmuştur⁹. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 18 Haziran 1997 tarihli 181 sayılı Sözleşmesi'nde, özel istihdam büroları, kamu otoritelerinden bağımsız olarak sözleşmede sayılan emek piyasasına yönelik hizmetlerden bir veya daha fazlasını sağlayan gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır¹⁰.

Doktrinde, özel istihdam bürolarının sağladığı pek çok avantajın söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Eleman boşluğunun ortaya çıkmasından sonra söz konusu boşluğun giderilmesi için gereken süreyi kısaltmak; iş gücü piyasasını açık pazara dönüştürmek ve iş olanaklarının yaygın kitlelere ulaşmasını sağlamak; işletmelerin ihtiyaç duyduğu, çoğunlukla kıt olan ve kamu istihdam kurumları tarafından gerektiğinde kapsama alınamayan nitelikli iş gücü temininde kolaylık sağlamak ve uzman-

3 TUNCAY, A. Can: "Özel Faaliyet Olarak İş ve İşçi Bulma Hakkında Düşünceler", İş Hukuku Dergisi, Cilt. I, Sayı. 3, İstanbul, 1991, s. 327; ALPAGUT, Gülsevil: "İstihdam Büroları Konusunda Uluslararası Alandaki Gelişmeler", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs 1998, s. 9; TUNCAY, A. Can: "Özel İstihdam Büroları", Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1995, s. 7; TUNCAY, A. Can/SAVAŞ, F. Burcu: "Özel İstihdam Büroları Gerçek ve Çağdaş Fonksiyonlarına Artık Kavuşmalıdır", Mercet Dergisi, Sayı. 48, Ekim 2007, s. 69.

4 ERDUT, Zeki: "İstihdam Politikaları Açısından İşkur: İstihdam Hizmetlerinin Yeniden Örgütlenmesi", Cumhuriyetin 75. Yılında Endüstri İlişkilerinde ve Emek Piyasalarının Düzenlenmesinde Devletin Rolü ve İşlevi, Türk Endüstri İlişkileri Derneği, III. Uluslararası Endüstri İlişkileri Kongresi, Ekim 1998, s. 156; SAYIN, s. 57-58; SELEK, Cihan: Türkiye'de İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Faaliyetleri ve Özel İstihdam Büroları, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 60.

5 SAYIN, s. 58.

6 SAYIN, s. 68; NAZLI, Özel İş Aracılığı, s. 114.

7 ALPAGUT, Uluslararası Alandaki Gelişmeler, s. 13 vd.; SAYIN, s. 79 vd.; UŞEN, Şelale: Avrupa Birliği'nde Ödünç İş İlişkisi ve Ödünç Emek Büroları: İtalya Uygulaması ve

Türkiye, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2006, s. 72; SELEK, s. 62-63; HEPER, Hande: Esnek İstihdam Uygulamaları ve Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 34 vd.

8 Özel İstihdam Büroları Hakkındaki 181 sayılı Sözleşme 3 Haziran 1997 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşme metni için bkz. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312326.

9 UŞEN, Ödünç İş İlişkisi, s. 73.

10 Tanımda sözü edilen emek piyasasına yönelik hizmetler, çalışma ilişkilerinde taraf olmaksızın, istihdamda arz ve talep dengesini sağlamaya yönelik hizmetler; işçileri, görevlerini belirleyecek ve icrasını denetleyecek olan bir üçüncü gerçek veya tüzel kişinin hizmetine sunmak amacıyla istihdam etmekten ibaret olan hizmetler; yetkili makam tarafından en fazla temsil yetkisine sahip işçi ve işveren örgütlerinin görüşü alınarak belirlenen, özel bir iş arz ve talebi dengesi sağlamaya yönelik olmayan, bilgi sağlama hizmetleri gibi iş arama ile ilgili diğer hizmetler olarak belirtilmiştir. Bkz. SAYIN, s. 82-83.

laşma sayesinde nitelikli iş gücüne de piyasanın durumu hakkında etkin danışmanlık hizmeti vermek; maliyetleri azaltmak amacıyla belirli faaliyetlerini dışsallaştıran işletmelere düzenli hizmet veren birimler oluşturmak; iş gücünün seçimi ve istihdamı hususlarında uzmanlaştıkları için işe yerleştirme maliyetlerini azaltmak; iş arayanların iş gücü piyasasına özellikle istihdam yolu ile kademeli olarak geçişlerini kolaylaştırarak işsizlik ile sürekli istihdam arasında köprü görevi görmek; iş olanaklarına ait bilgi kaynaklarının artmasını sağlayarak ilgililerin kolaylıkla yararlanacakları geniş bir iş gücü piyasası bilgi havuzu oluşturmak başlıca avantajlar olarak belirtilmektedir¹¹. Özel istihdam büroları ayrıca dolaylı da olsa işsizliğin azalmasında, yeni çalışma türlerinin ortaya çıkmasında, engellilerin iş piyasasına girmesinde, ekonomik büyüme ve vergi gelirlerinin artmasında, kayıt dışı istihdamın önlenmesinde önemli katkılar sağlamaktadır¹². Belirtilen sebepler neticesinde özel istihdam büroları pek çok ülkede yapısal değişimi kolaylaştıran bir rol üstlenirken ve iş piyasasında yaşanan çalkantılara karşı denge unsuru olma niteliği taşıırken, günümüzde aynı zamanda işletmelerin iş gücüne yönelik taleplerinin karşılanmasında giderek artan bir dış kaynak haline gelmiştir¹³.

Özel istihdam bürolarının tarihi gelişimini Türk hukuku açısından incelediğimizde, özel istihdam bürolarına ilişkin bizim hukukumuzdaki yasal düzenlemenin ilk olarak 4857 sayılı Kanun'un¹⁴ 90 ıncı maddesi ile gerçekleştirildiği görülmektedir. Ancak bu düzenleme ile özel istihdam büroları, yalnızca iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık görevini yerine getirmek-

teydi. Bu dönemde Yargıtay, özel istihdam bürosu olarak kurulan bir büronun, bu çerçevenin dışına çıkarak işçi kiralamasının geçersiz olduğu sonucuna varmış; işçiyi, kiralayan işveren işçisi olarak kabul etmiş ve aradaki ilişkiyi de fiili iş sözleşmesi olarak nitelendirmiştir¹⁵. 19.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği¹⁶ ise özel istihdam bürolarının mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisinde bulunamayacağını açıkça belirtmişti. Bu dönemde özel istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi kurma faaliyetinde bulunup bulunamayacağı doktrinde tartışmalıydı. Bir görüş geçici iş ilişkisi kurabileceğinin savunurken¹⁷;

15 "...Davacının davalı ADECCO ile imzaladığı iş sözleşmesine rağmen diğer davalı IBM işyerinde çalışmıştır. İş sözleşmesi IBM Türk Limited Şirketinin davalı ADECCO Hizmet ve Danışmanlık AŞ.ne yazdığı 18.3.2004 tarihli yazıda mekanizasyon projesinin tamamlanma tarihi olan 31.3.2004 tarihinden sonraki dönemde ayrı bir eleman çalışmasına ihtiyaçları kalmadığı gerekçesiyle davacının 31.3.2004 tarihinde tahsisine son verilmesinin istenilmesi üzerine 1.3.2003 tarihinde adecco davacıya tahsis ettiği anılan işyerindeki iş sözleşmesine son verilmiştir.

Adeco AŞ.ile IBM Türk Ltd.Şirketi arasında yapılan IBM Teknik olmayan Hizmetler Sözleşmesinin "Diğer Uygulanabilir Koşullar" başlıklı bölümünün beşinci paragrafında "yüklenici hizmetleri yerine getirmek" üzere görevlendirilecek elemanların gelir vergisi ve sosyal güvenlik kesintileri de dahil olmak üzere ücretlerinin ödenmesinden, tazminat, maluliyet, sakatlık ve benzeri ödemelerinden kısaca, istihdam ettiği elemanların İş Kanunu ve Hizmet Sözleşmesinden doğan tüm haklarından münferiden sorumludur." yolundaki düzenleme yapılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 90. maddesi uyarınca Türkiye İş Kurumu'ndan 16.8.2004-16.8.2007 tarihleri arasında çalışmak üzere özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunmak üzere izin alan dava dışı Adecco istihdam Hizmetleri Ltd. Şti.nden ve yasanın yürürlük başlangıç tarihinden önce davalı Adecco Hizmet ve Danışmanlık AŞ.nin davacıyı istihdam edecek bir işyeri olmaksızın yaptığı sözleşme iş bulmaya aracılık sözleşmesinde olup, davacı ile aralarında iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlı olarak iş görme söz konusu değildir.

Böyle olunca belirli süreli olarak düzenlenen iş sözleşmesine itibar edilemez. Öte yandan diğer davalı IBM Türk Ltd. Şirketi ile davacının arasında fiili iş sözleşmesi...". Yarg. 9. H.D., 04.04.2005, E. 2005/774, K. 2005/1138, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı. 6, s. 293.

16 RG, 19.03.2013, S. 28592.

17 EKONOMİ, Münir: "Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, 2008, s. 261; CİVAN, Orhan Ersun/ AKSOY ÇAĞLAYAN, Pınar: "Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi İle İlgili Yargıtay Kararının İncelemesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı. 45, s. 191.

11 ÖZKAN, Ahmet Emin: "Özel İstihdam Büroları", Mercek Dergisi, Yıl. 2, Sayı. 6, Nisan 1997, s. 123-124; TUNCAY/ SAVAŞ, s. 68.

12 TUNCAY/SAVAŞ, s. 68.

13 ÖZKAN, s. 117; CİVAN, Orhan Ersun: Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2008, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 256.

14 RG, 10.06.2003, S. 25134.

başka bir görüş ise yasa koyucunun buna izin vermediği kanaatindeydi¹⁸.

Türk hukukunda özel istihdam bürolarının meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi izni, ilk defa İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanununda değişiklik yapan 6715 sayılı Kanun¹⁹ ile düzenlenmiştir. 6715 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler büyük ölçüde Avrupa Birliğinin 2008/104/EC sayılı Yönergesi ile paralellik göstermektedir²⁰.

18 GÜZEL, ALİ: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Türk-İş, Ankara, 2007, s. 14-15; EKMEKÇİ, Ömer: "Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi", Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 104; ALPAGUT, Gülsevil: "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlandırmadan Teşvike", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, s. 268; ALPAGUT, Gülsevil: "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt. 3, Sayı. 10, Yıl. 2006, s. 570-572; HEKİMLER, Alpay: "Profesyonel Ödünç İş İlişkisine Geçilmesinin Zamanı Hala Gelmedi mi?", Mercek Dergisi, Yıl. 14, Sayı. 53, Ocak 2009, s. 130; NAZLI, Özel İş Aracılığı, s. 263; DOĞAN YENİSEY, Kübra: "İş Hukukunun Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, 1. Baskı, Kamu-İş Yayını, İstanbul, 2015, s. 54.

19 RG, 20.05.2016, S. 29717

20 Nitekim 6715 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesine uygun bir düzenleme getirildiği belirtilmiştir. Buna göre, "...Avrupa Komisyonu, 1995 yılında geçici iş ilişkisi konusunda farklı uygulamalara standartlar getirmek ve çalışanların haklarını güvence altına almak için çalışmalara başlamıştır. Uzun yıllar süren çalışmalar 2008 yılında tamamlanarak geçici iş ilişkisi için bir çerçeve çizen 19/11/2008 tarihli ve 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi onaylanmıştır. Direktifin temel amacı, geçici iş ilişkisi ile çalışanlara yönelik koruyucu bir çerçeve çizmektedir. 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinde, geçici çalışmanın sadece işletmelerin esnekliği açısından değil aynı zamanda çalışanların iş ve özel yaşamlarını uyumlaştırılması, iş yaratılması ve iş gücü piyasasına entegrasyon sağlanması açısından yararlı olduğu belirtilmektedir.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici olarak çalışanların haklarını güvence altına almak amacıyla hazırlanan 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinin temel ilkesi, güvenceli esnekliğin bir gereği olarak, geçici olarak çalışanlara eşit muamele edilmesidir. Eşit muamele ilkesine göre, özel istihdam bürosu çalışanların haklarının; çalışma süreleri, fazla çalışma, ara dinlenmeleri, gece çalışması ve tatilleri de dahil olmak üzere, çalışma koşullarının geçici işçi sağlama sözleşmesi

6715 sayılı Kanun konuya ilişkin önemli ve ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Yine özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulması, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun²¹ 6715 sayılı Kanun ile değiştirilen hükümlerinde de öngörülmüştür. 6715 sayılı Kanunun akabinde 11.10.2016 tarihinde Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği²² yayınlanmıştır.

II. Özel İstihdam Bürosu Kavramı

Uluslararası Çalışma Örgütü, özel istihdam bürosunu, bir sözleşme ve bedel karşılığında özel ya da tüzel kişiler adına bir istihdam boşluğunun doldurulması veya mesleki ilerlemeyi ya da istihdama girişi kolaylaştırmak ya da hızlandırmak amacıyla faaliyet göstermeyi üstlenen, özel hukuk hükümlerine tabi hizmet kurumu olarak tanımlamaktadır²³. Türk hukukunda ise özel istihdam bürosu, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 6715 sayılı Kanun ile değişik 2 nci maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre özel istihdam bürosu, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmesine ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık yapmak ve/veya geçici iş ilişkisi kurma faaliyeti yürütmek üzere Kurum tarafından izin verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan bürolardır²⁴. Özel

kapsamında işçinin çalışacağı işyerindeki emsal çalışan dikkate alınarak düzenlenmesi esastır. 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinde istihdam, toplu taşıma hizmetleri ve mesleki eğitimden faydalanma hakları gibi hususlar da düzenlenmektedir...

Yapılan düzenleme, geçici iş ilişkisini düzenleyen 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine uygun olarak geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırılanların sürekli istihdamın yerini almaması için, ülkemizin iş gücü piyasasının ve ekonomisinin özellikleri dikkate alınarak uygulanma sebepleri, işçi sayısı ve sözleşme süresi ile ilgili sınırlamalar getirmektedir.

Düzenleme, hem geçici olarak çalışanların korunması ve sistemin etkin işlenmesi açısından hem de 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine uyum sağlanması açısından önem arz etmektedir...

21 RG, 05.07.2003, S. 25159.

22 RG, 11.10.2016, S. 29854.

23 ÖZKAN, s. 119; CİVAN, Ödünç İş İlişkisi, s. 256.

24 İlk defa 14 Haziran 2004 tarihinde çalışma izni verilen

İstihdam Büroları Yönetmeliği'nde de aynı tanım tekrar edilmiştir.

Özel istihdam bürosu, doktrinde, en genel anlamıyla, iş sözleşmesi ile çalışanlarını geçici olarak kullanıcı işletmelerde, kullanıcı işletmenin yönetim ve gözetimi altında çalışmak üzere görevlendiren gerçek veya tüzel kişiler olarak ifade edilmektedir²⁵. Hükümetlerden ve her türlü kamu kuruluşlarından bağımsız, dolaylı ya da doğrudan istihdam hizmeti sağlamak amacı güden hukuki kişilik olarak da tanımlanmaktadır²⁶.

Özel istihdam büroları, özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve kar elde etme amacı taşıyan kurumlardır. Özel istihdam bürosunun eleman istihdam etmesindeki amaç, işçilerini kullanıcı işletmelerde geçici iş görmek üzere görevlendirmektir²⁷. Bir büronun özel istihdam bürosu olarak nitelendirilebilmesi için başlıca konusunun istihdam olması veya ikincil işlevlerinin bir bölümünün istihdam teşkil etmesi gerekmektedir²⁸.

Özel istihdam bürosu, gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, bağımsız kişiliği olmayan bir kamu kurum veya kuruluşu da olabilmektedir²⁹. Özel istihdam bürolarının özel olma unsuru hukuki statülerinin bir sonucudur. Özel istihdam

bürolarının faaliyetleri kamu hukuku değil, özel hukuku ilgilendirmekte olup; devlet tarafından ya da gerçek veya tüzel kişi olan özel kişilerce finanse edilmiş olmasının önemi bulunmamaktadır³⁰.

Türk hukukunda özel istihdam büroları, aracılık yapabilmekte ve geçici iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilmektedir. Bu çalışmamız kapsamında özel istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilmeleri için gereken izin kurumunu incelendiğinden bundan sonraki açıklamalarımız bu faaliyete ilişkin olacaktır.

III. Özel İstihdam Bürosunun Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Kurma Faaliyeti

Özel istihdam büroları, Türk hukukunda 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 17 nci maddesine gereği, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti yapabilmekte, işgücü piyasası ile istihdam ve insan kaynaklarına yönelik hizmetleri yürütmekte, mesleki eğitim düzenleyebilmekte ve yetki verilmesi hâlinde geçici iş ilişkisi kurabilmektedir. Ancak özel istihdam bürolarının kamu kurum ve kuruluşlarının kadro ve pozisyonları için aracılık faaliyeti yapması ve geçici iş ilişkisi kurması yasaktır.

Türk hukukunda meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, yalnızca Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak işçisini geçici olarak bu işverene devretmesi ile kurulabilmektedir³¹. Burada tarafları özel istihdam bürosu, geçici işveren ve geçici işçi olan üçlü bir hukuki ilişki söz konusudur³². Meslek edinilmiş

özel istihdam büroları, İŞKUR tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: "Özel istihdam büroları, özel hukukun kurumu altında ve belirli bir sözleşme çerçevesinde işe yerleştirme faaliyeti karşılığı sadece işverenden ücret alarak, iş arayandan herhangi bir ücret ya da komisyon almaksızın, Türkiye İş Kurumundan yetki almak şartıyla, işgücü piyasasında iş arayanlarla eleman arayanlar arasında, bir işyerinde veya 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununda yazılı araçlarla ya da radyo, televizyon, video, internet, kablolu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ve benzer yayın araçlarından biri ile en etkin şekilde aracılık hizmeti sağlayan gerçek ya da tüzel kişilerdir". KAYA, Mehmet: "Türkiye'de İşsizlik sorunu ve Özel İstihdam Büroları", Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl. 4, Sayı. 35, Aralık, 2016, s. 417

25 SÜRAL, Nurhan: "AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi", Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri Tebliğler ve Görüşler, Matsa Basımevi, Ankara, 2013, s. 35.

26 ÖZKAN, s. 117.

27 SÜRAL, AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi, s. 35.

28 ÖZKAN, s. 119; CİVAN, Ödünç İş İlişkisi, s. 257.

29 CİVAN, Ödünç İş İlişkisi, s. 261.

30 ÖZKAN, s. 119; CİVAN, Ödünç İş İlişkisi, s. 256.

31 AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 12. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 164; ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2018, s. 227.

32 KÄMMERER, Jörn Axel/ Thüsing, Gregor: Leiharbeit und Verfassungsrecht, Duncker&Humbolt Verlag, Berlin, 2005, s. 14; MICHALSKI, Lutz: Arbeitsrecht, 7. Neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Tübingen,

2008, Rn. 197; DEHMEL, Florian: Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2009, s. 256; PALLASCH, Ulrich: Arbeitsrecht, Franz Vahlen Verlag, München, 2010, s. 100; ELGHAHWAGI, Sonja: Arbeitnehmerüberlassung Grundlagen, Entwicklung, Ziele, Dr. Müller Verlag, Saarbrücken 2006, s. 21; SPERMANN, Alexander: The New Role of Temporary Agency Work in Germany, Discussion Paper Series, Kasım 2011, s. 4; HOWES, Victoria: "Who Is Responsible For Health And Safety Of Temporary Workers? EU And Perspectives", European Labour Law Journal, Volume 2 (2011), No. 4, s. 379-380; MODEREGGER, Christian: 19. Arbeitnehmerüberlassung, (in Stichwort-Kommentar Arbeitsrecht: Hrsg. GROBY, Marcel/ PANZER, Andrea:), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2012, Rn. 1; SCHÖMANN, Isabelle/ GUEDES, Coralie: Temporary agency work in the European Union Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States, European Trade Union Institute Printshop, Brussels, 2012, s. 27; FELDHAUS, Heiner M.: Leiharbeit in Deutschland und Großbritannien, Logos Verlag, Berlin, 2013, s. 33; GERLACH, Anna Ricarda: Die Flexibilisierung des Arbeitsmarktes-Arbeitnehmerüberlassung in Italien und Deutschland im Rechtsvergleich, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2014, s. 61; MITLACHER, Lars W./ BURGESS, John/ CORNELL, Julia/ WÄRING, Peter: "Temporary Agency Work In Australia, Germany and Singapore", Temporary Agency Work and Globalisation, Gower Publishing Limited, Surrey, 2015, s. 72; SANDMANN, Dieter/ MARSCHALL, Georg/ SCHNEIDER, Tobias: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Handbuch Zeitarbeit, Luchterhand Verlag, München, 2018, 1. Kapitel s. 3; ENGIN, Atipik İstihdam Biçimleri, s. 118; EKONOMİ, Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, s. 232; CİVAN, Orhan Ersun: "Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Güncel Gelişmeler", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta Basım, İstanbul, 2017, s. 104; BİSSELS, Alexander: Teil 6 D Arbeitnehmerüberlassungsrecht, (in Arbeitsrecht Handbuch, Hrsg. Ulrich TSCHÖPE), 10. Neu bearbeitete Auflage, Otto Schmidt Verlag, Köln, 2017, Rn. 1; HIRSCH-HOTTES, Antje: Arbeitnehmerüberlassung aus vertragsrechtlicher Perspektive, Internationaler Verlag, Frankfurt, 2017, s. 24; BOECKEN, Winfried/ DÜWELL, Franz Josef/ DILLER, Martin/ HANAU, Hans/ HOLTHAUS, Michael/ ULRICI, Bernhard: Gesamtes Arbeitsrecht, Band 1, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2016, AÜG, § 1, Rn. 5; LI, Xianbei: Der Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entliher, Ducker&Humblot Verlag, Berlin, 2016, s. 38; HANTEL, Peter: Europäisches Arbeitsrecht mit zahlreichen Beispielfällen aus der Rechtsprechung des EuGH, Springer Verlag, Heidelberg, 2016, s. 174; KOCHER, Eva: Europäisches Arbeitsrecht, 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2016, § 5 Rn. 113; DİGBY, Ben: "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Değişim Modeli: İngiltere'de Geçici İş İlişkisiyle Çalışma Konusundaki Yeni Düzenlemelerin Uygulanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl. 6, Sayı. 21, Mart 2011, s. 284; ÖZTÜRK, Berna: "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Meslek Edinilmiş Geçici

geçici iş ilişkisinde, işçi özel istihdam bürosu tarafından işe alınmakta ve onun işçisi olmaktadır³³. İş Kanunu'nun 7 nci maddesinde belirtilen hallerin ortaya çıktığı durumlarda, özel istihdam bürosu, kanunda belirtilen süreler ve işçi sayısı gibi diğer koşullara da riayet ederek, işçisini geçici olarak geçici işverenin işyerinde istihdam etmektedir. Özel istihdam bürosu bunu profesyonel bir amaçla ve gelir getirici bir faaliyet olarak yapmaktadır. Özel istihdam bürosu bu faaliyeti karşılığında, geçici işverenden hizmet bedeli almaktadır³⁴.

Türk hukukunda özel istihdam bürolarına sınırsız bir geçici iş ilişkisi kurma hakkı tanınmamıştır³⁵. Çeşitli hukuk sistemlerini incelediğimizde, geçici iş ilişkisinin sürekli istihdamın yerini almadan kullanılabilmesi için farklı yaklaşımların benimsendiği dikkat çekmektedir. İlk yaklaşım, işverenin girişim özgürlüğünü esas alarak meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurma serbestisini hakkın kötüye kullanımı ile sınırlandırırken; diğer yaklaşım ise geçici iş ilişkisi kurulabilecek iş ve halleri yasada açıkça belirlemeyi esas almaktadır³⁶. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemeleri incelediğimizde, Türk hukukunda ikinci yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir. İş Kanunu'nun 6715 sayılı Kanun ile değişik 7 nci maddesinde ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nin 5 inci maddesinde, meslek edinilmiş

İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta Basım, İstanbul, 2017, s. 207, 210; AKTEKİN, Şeyda: "Geçici İşçilerin Çalıştırılma Koşullarına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi Taslağı'nda Son Gelişmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl. 7, Sayı. 8, Aralık 2007, s. 210

33 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2018, s. 296.

34 SÜZEK, s. 289.

35 ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, s. 229.

36 KABAKCI, Mahmut: "5920 sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/4, s. 78; DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", Prof. Dr. Turhan Esener İ. İş Hukuku Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2016, s. 151; GÜZEL, Ali/ HEPER, Hande: "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdamla...: Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/1, s. 30.

ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği durumlar teker teker sayılmıştır. Kanunda sayılan sınırlı haller dışında özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulması imkânı bulunmamaktadır³⁷. Alman hukukunda, işverenin girişim özgürlüğü esas alınarak meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurma serbestisi hakkın kötüye kullanılması ile sınırlandırılırken³⁸; bizim hukukumuzda 6715 sayılı Kanun değişikliğiyle kanun ile sınırlama yoluna yolu tercih edilmiştir.

6715 sayılı Kanun ile değişik 4857 sayılı Kanun'un 7 nci maddesine göre, özel istihdam büroları,

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13/5 ile 74 üncü maddesinde belirtilen hallerde, işçinin askerlik hizmeti halinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hallerde,
- Mevsimlik tarım işlerinde,
- Ev hizmetlerinde,
- İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde,
- İş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde,
- İşletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması halinde,
- Mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları halinde

geçici iş ilişkisi kurabilmektedir. Özel istihdam bürosu, geçici işçi devrettiği işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi imzalarken, diğer taraftan geçici süreyle devrettiği işçi ile arasında iş sözleşmesi bulunmaktadır. Bu üçlü ilişkide işçinin asıl işvereni özel istihdam bürosudur³⁹. Özel

istihdam bürosu, bir hizmet bedeli karşılığında, işçi ihtiyacı duyan işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapmaktadır. Özel istihdam bürosu, bu sözleşmeye istinaden kendi bünyesinde çalıştırdığı işçilerin iş görme edimini geçici süreyle devretmekte, işçi de belirli ve geçici bir süre için geçici işverenin emir ve talimatı altında çalışmaktadır.

İş Kanunu'nun 7 nci maddesi, özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurabileceği halleri saymakla yetinmemiştir. 6715 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede, geçici iş ilişkisi kurulması için bazı hallerde azami süreler öngörülmüştür. Buna göre,

- İş Kanunu'nun 13/5 ve 74 üncü hükümlerinde belirtilen hallerde, işçinin askerlik hizmeti halinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hallerde bu hallerin devamı süresince,
- Mevsimlik tarım işlerinde ve ev hizmetlerinde süre sınırı olmaksızın,
- İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde, iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde, işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması halinde, mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hallerinde en fazla dört ay süre ile kurulabilmektedir. Ayrıca mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları dışında geçici iş ilişkisi kurulabilen diğer hallerde, toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki defa geçici işçi sağlama sözleşmesinin yenilenebileceği de düzenlemede belirtilmiştir.

37 DOĞAN YENİSEY, Meslek Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi, s. 153; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, s. 229; BASKAN, Ş. Esra: "Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. XXI, Yıl. 2017, Sayı. 2, s. 17.

38 GÜZEL/HEPER, s. 31.

39 SÜRAL, AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi, s. 35; BİLGİN, Zehra Esra: Özel İstihdam Büroları ve Türkiye'deki Görünümü, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Ensti-

tüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Çalışma Psikolojisi ve İnsan Kaynakları Bilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bursa, 2007, s. 20; ŞEN, Murat: "Esnek Çalışma Bağlamında Geçici İş İlişkisi ve Özel İstihdam Büroları, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 427.

Özel istihdam bürosu, aracılık ve geçici işçi sağlama faaliyeti karşılığı olarak işverenden hizmet bedeli alma hakkına sahiptir. Ancak özel istihdam bürosu yönetmelikte istisna tutulan meslekler ve pozisyonlar dışında iş arayanlardan⁴⁰ ve geçici iş ilişkisi ile çalışanlardan her ne ad altında olursa olsun menfaat sağlayamaz ve hizmet bedeli alamaz.

IV. Özel İstihdam Bürosunun Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Kurma İzni

A. Mukayeseli Hukukta Durum

Konuyu mukayeseli hukuk açısından incelediğimizde Fransız hukukunda, bir kişinin özel istihdam bürosu olarak faaliyet gösterebilmesi için yetkili idari makamdan izin alması ve yasal olarak belirlenen maddi teminatları yatırması gerekmektedir. Fransa'da da özel istihdam büroları faaliyete başlamadan önce geçici işçiler için mali teminat sağlamak zorundadır. Söz konusu teminat, geçici işçilerin ücret ve eklerini, sosyal sigorta primleri gibi zorunlu ödemeleri, tazminatları, kanunda belirtilen bazı durumlarda işverenlere geri ödeme yapılabilecek sosyal sigorta ödemelerini kapsamaktadır⁴¹. Özel istihdam bürosu, geçici iş ilişkisi dışında başka bir alanda faaliyet gösterememektedir. Özel istihdam büroları için genellikle teşmil edilen toplu iş sözleşmeleri geçerli olmaktadır; ancak ücret konusu doğrudan kanun koyucu tarafından tayin edildiğinden, ücret toplu sözleşmelerde belirtilmemektedir⁴².

İsviçre'de geçici iş ilişkisine ilişkin hükümler

İş Aracılığı Kanunu'nda (Arbeitsvermittlungsgesetz) düzenlenmiştir. Kanun'un 2 nci maddesine göre İsviçre Hukukunda da düzenli ve ücret karşılığı ülke sınırları içinde, iş arayanlar ile işverenleri bir araya getirenlerin izin almaları gerekmektedir⁴³.

Özel istihdam büroları Hollanda'da elli yıldan fazla bir süredir aktif olarak iş piyasasında faaliyet göstermektedir⁴⁴. Özel istihdam büroları bakımından Hollanda hukukunda durum farklılık arz etmekte; özel istihdam bürosu olarak faaliyet göstermek için ticaret siciline kayıtlı olmak yeterli olmakta ve bu alanda faaliyet gösterebilmek için özel bir izne gerek bulunmamaktadır. Buna karşın özel istihdam bürolarının çalışanlar karşısında yükümlülüklerinin yerine getirilmesi açısından bir sertifikasyon sistemi öngörülmüştür. Bir işletmenin, sertifikasyona sahip olmayan bir özel istihdam bürosu ile geçici iş ilişkisi kurduğu durumda, işçinin ücretini ödenmez ise işletme, o işçinin en azından asgari ücretini ödemekle yükümlü tutulmuştur⁴⁵.

Alman hukukunda da ekonomik bir faaliyet çerçevesinde gerçekleştirilen meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi için ödünç veren işverenin Federal İş Ajansından izin alması gerekmektedir⁴⁶. Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) 17 nci maddesi gereği, Federal İş Ajansı, İş ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının mesleki talimatlarına uygun olarak, söz konusu yasayı uygulamakla yükümlendirilmiştir⁴⁷. Ödünç veren işverenin izin

40 Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 22 nci maddesinde özel istihdam bürolarının ücret alabileceği meslekler belirtilmiştir. Buna göre, özel istihdam büroları, aracılık faaliyetleri kapsamında sadece, profesyonel sporcu, teknik direktör, antrenör, manken, fotomodel ve sanatçı meslek gruplarında yer alanlar ile genel müdür veya bu göreve eş ya da daha üst düzey yönetici pozisyonlarında işe yerleştirilecek kişilerden ücret alabilecektir.

41 GÜZEL/HEPER, s. 29.

42 HEKİMLER, Alpay: "Avrupa Birliği'nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi ve Türkiye İçin Değerlendirmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl. 8, Sayı. 29, Mart 2013, s. 258.

43 <https://www.gesetze.li/konso/pdf/2000103000?version=5>.

44 LIEMT, Gijsbert van: "Private Employment Agencies in the Netherlands, Spain and Sweden", s. 9, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_231420.pdf.

45 HEKİMLER, Avrupa Birliği'nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi, s. 260.

46 ULBER, Jürgen: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar für die Praxis, 5. Auflage, Bund-Verlag, Frankfurt, 2017, § 1 Rn. 217; RÖLLER, Jürgen: Personalbuch 2018 Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, C. H. Beck Ohg Verlag, München, 2018, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 17.

47 https://www.gesetze-im-internet.de/a_g/A%C3%9CGC.pdf.

almadan ekonomik faaliyet anlamında geçici iş ilişkisi kurması, Alman hukukunda yasaklanmıştır⁴⁸. Nitekim Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 1 inci maddesinde ödünç veren işverenin izne sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak izin yükümlülüğü, geçici iş ilişkisi için mesleki olup olmamasından bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Ekonomik bir faaliyet çerçevesinde gerçekleştirilen işçi devrinin her türü için izin yükümlülüğü söz konusu olmaktadır⁴⁹. Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un getirdiği bu izin yükümlülüğü ile sosyal hukuk devleti olmanın gereklerinin sağlanması ve işçinin sömürülmesinin engellenmesi amaçlanmıştır⁵⁰. İzin yükümlülüğünün, ödünç işçinin iş sözleşmesindeki haklarına riayet edilmesini garanti altına alma ve yasal olmayan istihdamın önleme fonksiyonu bulunmaktadır⁵¹. Mesleğin uygulanması için izin gerekliliği, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin uygulanması için bir sınırlama getirmektedir⁵².

Alman hukukunda, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 1 inci maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı, işverenin, işçisinin iş görme edimini, üçüncü bir kişiye eylemli bir şekilde devredip devretmediğine göre değerlendirilir⁵³. Sonradan tamamlanan iznin geçmişe etkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple sonradan alınan izne rağmen, sözleşme baştan itibaren geçersiz olmaktadır⁵⁴. Ancak Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'da bazı durumlar için izin alma yükümlülüğüne istis-

na getirilmiştir. Özellikle kamu yararına hizmet eden ve ekonomik faaliyet çerçevesinde gerçekleştirilmeyen geçici iş ilişkisi izin yükümlülüğünden muaf tutulmuştur⁵⁵.

Alman hukukunda izin için, başvuru sahibinin, izin yükümlülüğüne ilişkin yasada sayılan tüm şartları yerine getirmesi gerekmektedir. İzin veren resmi makam, Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 3 üncü maddesinde belirtilen başarısızlık koşullarından birinin bulunması durumunda, izin talebini reddetmelidir⁵⁶. Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 1/1 hükmünün 1 inci cümlesindeki izin yükümlülüğü, mesleki veya mesleki olmayan tüm geçici iş ilişkilerini kapsamaktadır⁵⁷.

Alman hukukunda, Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 2 nci maddesinde iznin verilmesi ve sona ermesi düzenlenmiştir. Buna göre izin, gerekli şartların sağlandığı ve Kanun'un 3 üncü maddesinde belirtilen iznin başarısızlıkla sonuçlanma nedenlerinin bulunmaması durumunda verilmektedir. Eğer başvurunun nihai değerlendirmesi yapmak mümkün değilse; izin, geri alma ihtirazi kaydı konularak da verilebilmektedir. Verilen izin bir yıl ile sınırlı olarak geçerlidir. İznin uzatılması başvurusunun en geç yılın bitiminden üç ay öncesinde yapılması gerekmektedir. İzni vermeye yetkili merci, yılın bitiminden önce reddetmezse, izin bir yıl daha uzamaktadır. Ödünç veren işverene, Kanun'un 1 nci maddesi uyarınca arka arkaya üç yıl faaliyet göstermesi durumunda, ödünç veren işverene süresiz izin verilebilmektedir. Ödünç veren işverenin izni üç yıl süreyle kullanmadığı durumda ise izin sona ermektedir.

Alman hukukunda, bazı durumlarda izin almaksızın on iki aya kadar kurulan geçici iş ilişkileri geçerli kabul edilmiştir. Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 1a maddesinde, izin almaksızın on iki aya kadar kurulan

48 ULBER, § 1 Rn. 1; Fahliche Weisungen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Bundesagentur für Arbeit, s.7, https://dahmen-personal.de/wp-content/uploads/2017/03/Fahliche_Weisung_BA_zum_AUEG2-003.pdf.

49 RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 17.

50 MOLL, Wilhelm: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG Verlag, München, 2017, § 66 Rn. 110; BİSSELS, Teil 6 D, Rn. 43; ULBER, § 1 Rn. 218; BAG 23.11.1988 – 7 AZR 535/13.

51 MOLL, § 66 Rn. 110.

52 ULBER, § 1 Rn. 218.

53 ULBER, § 1 Rn. 19.

54 LAG Hmb Urt. v. 29. 10. 2011 – 6 Sa 27/10, BeckRS 2011, 70968; LAG Köln v. 20. 8. 1985, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 43.

55 ULBER, § 1 Rn. 1.

56 ULBER, § 1 Rn. 222.

57 BAG 20.01.2016 – 7 AZR 535/13.

geçici iş ilişkisinin hangi şartlarda geçerli olacağına ilişkin hüküm getirilmiştir. Söz konusu düzenlemede, işverenin 50'den az işçi istihdam ettiği durumda işveren, kısa çalışmadan veya işçi çıkarmadan kaçınmak için geçici iş ilişkisi kurma yoluna gidiyorsa ve daha önce yazılı şekilde Federal İş Ajansına bildirdiyse on iki aya kadar kurulan geçici iş ilişkisinin geçerli olacağı belirtilmiştir. Burada kısa çalışmanın ve işçi çıkarma tehlikesinin ciddi olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁸. Söz konusu hükümden yararlanmak için ödünç veren işverenin önceden bu durumu yazılı olarak Federal İş Ajansına yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir⁵⁹.

B. Türk Hukukunda Durum

4904 sayılı Kanundaki ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğindeki özel istihdam bürolarına ilişkin tanım incelendiğinde, özel istihdam bürolarının iş aracılığı yapmak ve geçici iş ilişkisi kurmak üzere iki farklı alanda faaliyet gösterebildikleri görülmektedir. Özel istihdam bürolarının bu faaliyetleri yürütebilmesi için 4904 sayılı Kanun'un 6715 sayılı Kanun ile değişik 17 nci maddesinde belirtilen şartları taşıması gerekmektedir. Söz konusu maddede özel istihdam bürolarının aracılık faaliyetleri yapabilmesi ve geçici iş ilişkisi kurabilmesi için gerekli şartlar ayrı ayrı belirtilmiştir. Çalışmamızın kapsamı nedeniyle, özel istihdam bürosunun yalnızca geçici iş ilişkisi kurabilmesi için gerekli şartları belirtmekle yetineceğiz.

Özel istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilmeleri için gerekli şartlar 4904 sayılı Kanun'un 17 nci maddesinde belirtilmiştir. Bunun için her şeyden önce, Kuruma kayıtlı özel istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi kurabilmesi için başvuru tarihinden önceki iki yıl süresince kesintisiz faaliyet göstermesini gerekmektedir. Bunun yanında geçici iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilmek için aşağıdaki şartların da gerçekleş-

mesi aranmaktadır. Bunlar:

- Kurumca yapılacak inceleme sonucunda olumlu rapor düzenlenmiş olması,
- Geçici iş ilişkisi kurma yetkisi almak üzere Kuruma başvuru tarihinde brüt asgari ücret tutarının iki yüz katına denk gelen miktarda teminat verilmiş olması⁶⁰,
- Kurum alacağının bulunmaması,
- Özel istihdam bürosunun; vadesi geçmiş vergi borcunun bulunmaması, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun bulunmaması veya vergi dairesine ve Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borcunun 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre tecil edilmiş, taksitlendirilmiş veya ilgili diğer kanunlar uyarınca yeniden yapılandırılmış olması ve bu tecil, taksitlendirme ve yapılandırmaların devam etmesi,
- Uygun bir işyerine sahip olması.

Özel istihdam bürosunun mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilmek için başvuru sırasında gösterdiği teminat, işçinin ücreti ve devletin vergi ve sosyal güvenlik primlerine ilişkin olarak tek teminat olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹. 4904 sayılı Kanun'un 17 nci mad-

⁶⁰ Kanunda, özel istihdam bürosunun; işçi sayısı, iş hacmi, faaliyet alanı ve şube açıp açmaması gibi hususlar değerlendirilerek (b) bendinde öngörülen teminat miktarının yirmi katına kadar artırılmasına Bakanın yetkili olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Bakanlıkça uygun görülmesi hâlinde, başvuru tarihinden önce altı ay süresince kesintisiz faaliyet gösteren Kuruma kayıtlı özel istihdam bürolarına üçüncü fıkranın (b) bendinde öngörülen teminat miktarının iki katı tutarında teminat verilmesi ve aynı fıkra da sayılan diğer koşulları taşıması şartıyla, Kurum tarafından geçici iş ilişkisi kurma yetkisi verilebileceği de belirtilmiştir. (m. 17)

⁶¹ Madde gerekçesinde bu konuda şu ifadeler yer verilmiştir: "Söz konusu düzenlemelerin esas amacı, geçici iş ilişkisinin suiistimalinin önlenmesi ve geçici olarak çalışanların haklarının güvence altına alınmasıdır. Geçici iş ilişkisi yetkisi kapsamında pek çok ülkede yetkinin verilme ve iptal koşullarının yanı sıra finansal güvence konusu da düzenlenmiştir. Örneğin, Fransa, İtalya, Lüksemburg, Portekiz, Belçika, Yunanistan ve İspanya geçici iş ilişkisi yetkisi vermek için asgari ücret, çalıştırılan işçi sayısı ve ciro gibi

⁵⁸ BİSSELS, Teil 6 D Rn. 68.

⁵⁹ https://www.gesetze-im-internet.de/a_g/A%C3%9CG.pdf.

desine göre, özel istihdam bürosunun işçi sayısı, iş hacmi, faaliyet alanı ve şube açıp açmaması gibi hususlar değerlendirilerek söz konusu teminat miktarının yirmi katına kadar artırılmasında Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanı yetkili kılınmıştır. Yine Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca uygun görülmesi halinde, başvuru tarihinden önceki altı ay süresince kesintisiz faaliyet gösteren Kuruma kayıtlı özel istihdam bürolarına maddede belirtilen teminat miktarının iki katı tutarında teminat verilmesi ve diğer şartları sağlaması şartıyla geçici iş ilişkisi kurma yetkisi verilebilmektedir. Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 17 nci maddesinin 6 ncı fıkrası gereği teminat miktarları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere brüt asgari ücrete göre yeniden hesaplanarak artırılması gerekmektedir. Bunun yanında özel istihdam bürolarının, şubat ayı sonuna kadar teminat miktarını tamamlama ya da ek teminat vermek zorunluluğu bulunmaktadır.

Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nin 15 inci maddesi gereği, özel istihdam bürosunun faaliyet izni ile geçici iş ilişkisi kurma yetkisi almak için yaptığı başvurunun, gerektiğinde yerinde tespit ve inceleme yapılmak suretiyle en geç bir ay içinde sonuçlandırılması gerekmektedir. Aynı maddenin 2 fıkrasında ise, özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunması uygun görülen ve/veya geçici iş ilişkisi kurma yetkisi verilen gerçek ve tüzel kişilerin, il müdürlüğü tarafından yazılı olarak bilgilendirileceği, özel istihdam bürosu izni ve/veya geçici iş ilişkisi kurma yetkisi sisteme

kaydedileceği ve Kurum internet sayfasında ilan edileceği belirtilmiştir⁶². Özel istihdam bürosuna geçici iş ilişkisi yetkisi verilmemesi durumunda, kararın tebliğinden itibaren otuz iş günü içinde, karara karşı yetkili iş mahkemesinde dava açılabilir.

Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nin 15 nci maddesinin son fıkrasına göre, Kurumca özel istihdam bürosuna verilen geçici iş ilişkisi kurma yetkisi üç yıl süreyle geçerli olacaktır. Ancak izin süresi, izin sona erme tarihinden en az on beş gün önce talepte bulunulması ve izin verilmesinde aranan şartların mevcut olması halinde üçer yıllık süreyle yenilenmesinin mümkün olduğu da aynı maddede belirtilmiştir. Türk hukukunda, Alman hukukun aksine, izin üç yıl süreyle geçerli olması kanaatimizce eleştirilebilecek bir düzenlemedir. Kanunda izin geçerli olması için öngörülen üç yıl uzun bir süredir. Alman hukukunda olduğu gibi izin bir yıl süre ile geçerli olduğu durumunda, izin şartlarının sağlanıp sağlanmadığının her yıl denetlenmesi mümkün olabilecektir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemelerdeki aksaklıklar ve kanuni düzenlemede işçinin korunmasına ilişkin eksik bırakılan taraflar bulunmaktadır. İşçinin ücretinden yalnızca özel istihdam bürosunun sorumlu olması ve geçici işveren ile aralarında müteselsil sorumluluğun öngörülmemesi bunlardan bazılarıdır. Açıklanan sebeplerle işçinin tek güvencesi olan özel istihdam bürolarının denetiminin daha sık aralıklarla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

4904 sayılı Kanunda, özel istihdam bürolarının, kamu kurum ve kuruluşlarının kadro ve pozisyonları için aracılık faaliyeti yapamayacakları ve geçici iş ilişkisi kuramayacakları düzenlenmiştir. Ayrıca özel istihdam bürolarının faaliyetlerine ve geçici iş ilişkisine yönelik inceleme, denetim ve teftişin Bakanlık iş müfettişleri tarafından ya-

değişkenleri dikkate alarak geçici iş ilişkisi yetkisi vermek için finansal güvence miktarı belirlenmektedir. Euroceitt verilerine göre, örneğin, Portekiz'de asgari ücretin iki yüz katı, Belçika'da 75.000 Avro teminat olarak alınmaktadır. Bu düzenlemeler de göz önünde bulundurularak ülkemizde geçici iş ilişkisi kurma yetkisi için alınacak teminat miktarı düzenlenmiştir. Aracılık faaliyetinin kurumsallaşmasını tamamlamış profesyonel firmalarca yapılması ve özel istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi faaliyetinden kaynaklanan ücret, vergi ve sosyal güvenlik prim borçlarının güvence altına alınması amacıyla brüt asgari ücretin iki yüz katı tutarında teminat belirlenmiştir. Asgari ücretin baz alınmasının nedeni ise asgari ücretin ekonomik şartlara göre her yıl yeniden belirlenmesidir."

62 01.02.2019 tarihi itibarıyla geçici iş ilişkisi kurulmasına izin verilen özel istihdam büroları listesi için bkz. <https://www.iskur.gov.tr/ozel-istihdam-burolari/acik-kapali-buro-listesi/>.

pılacağı da kanunda belirtilmiştir.

V. Özel İstihdam Bürosunun Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Kurma İzninin İptali

A. Genel Olarak

Özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi faaliyetine başlamasının ardından, bu faaliyeti sürdürebilmesi için de kanunun aradığı şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Söz konusu şartların sağlanmadığı durumda geçici iş ilişkisi faaliyetinde bulunma izninin iptali söz konusu olacaktır. Türk hukukunda 4904 sayılı Kanun'un 18 inci maddesinde ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nin 28 inci maddesinde özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma izninin iptaline ilişkin hüküm getirilmiştir. Düzenlemeye göre, Kurumca verilen geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin;

- *Özel istihdam bürosu izninin iptal edilmesi*⁶³,
- *Geçici iş ilişkisi kurulan işçi sayısının yüzde onunun ücretinin, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi*,
- *Bir yıl içinde en az bir işçinin ücretinin, en az üç defa sözleşme ile belirlenen ücretin altında ödenmesi veya süresinde ödenmemesi*,
- *Yazılı sözleşme yapma şartına uyulmaması*,
- *Geçici iş ilişkisine yönelik 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde belirtilen sürelerle uyulmaması*,
- *İş ilişkisinde 4857 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesine aykırı davranılması*,
- *Kayıt dışı işçi çalıştırıldığının tespit edilmesi*, durumlarında iptali söz konusu olacaktır. Özel

istihdam bürosu izninin iptal edildiği ve geçici iş ilişkisi kurulan işçi sayısının yüzde onunun ücretinin, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmediği durumlarda derhâl; diğer hâllerde ise son fiilin tespit tarihinden geriye yönelik iki yıllık süre içinde aynı bentlere üç kez veya ayrı bentlere altı kez aykırı davranıldığının tespit edilmesi hâlinde iptal edilmekte ve üç yıl süre ile izin verilmemektedir. Geçici iş ilişkisi kurmak için Türkiye İş Kurumu'ndan yetki almayan özel istihdam bürosu kanuna aykırı ve geçersiz olacaktır⁶⁴. 4904 sayılı Kanun'un 18 inci maddesinin son fıkrasına göre, kurum tarafından geçici iş ilişkisi yetkisi kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren otuz iş günü içinde yetkili iş mahkemesinde dava açılabilmektedir.

4904 sayılı Kanun'un 18 inci maddesinin 3 üncü fıkrası gereği, özel istihdam büroları, şubelerinin faaliyetlerinden ve Kuruma karşı olan yükümlülüklerinden birlikte sorumlu olduğundan, şubeler için uygulanan yaptırımlar, özel istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptalinde dikkate alınmaktadır.

4904 sayılı Kanun'un 17 nci maddesinin 11 nci fıkrası gereği, özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edilmesi halinde, teminat, sırasıyla işçi alacakları, vergi dairesi ve Sosyal Güvenlik Kurumunun özel istihdam bürosundan olan alacakları ödendikten sonra kuruma gelir kaydedilmektedir. Ücreti ödenmeyen işçi, hukuki yolları takip ederek alacağını kendi işvereni olan özel istihdam bürosundan tahsil edebileceği gibi; özel istihdam bürosunun faaliyet iznini iptal edildiği durumda özel istihdam bürosunun gösterdiği teminattan alacağının karşılanmasını da isteyebilecektir⁶⁵.

Konuyu Alman hukukunda incelediğimizde, Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkın-

63 Özel istihdam bürosu kurma izninin iptali, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 18 inci maddesinin 1 inci fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkra da belirtilen hallerin gerçekleşmesi durumunda özel istihdam bürosu kurma izni iptal edilir ve üç yıl süre ile izin verilmez.

64 ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, s. 227.

65 NAZLI, Seçkin: "İş Kanununda Düzenlenen Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (1), Bahar 2016, s. 158.

daki Kanun'un 3 üncü maddesine konuya ilişkin düzenleme getirildiği görülmektedir. Başvuru sahibinin, faaliyetin icrası için Kanun'un 1 inci maddesi uyarınca gerekli güvene sahip olmadığı durumda izin veya iznin uzatılması başvurusu reddedilmektedir. Sosyal güvenlik hukuku hükümlerinin yerine getirilmemesi, kazanç vergisinin alıkonulması ve sevki, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 1 inci maddesinin 1b fıkrasında belirtilen geçici iş ilişkisinin kurulması için öngörülen on sekiz aylık azami devir süresine riayet edilmemesi, işçiyi koruyucu veya iş hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanmaması izin başvurusunda ret sebeplerinden bazıları olarak belirtilmektedir. Yine başvuru sahibinin iş organizasyonunun düzenlemesini, kanunun öngördüğü olağan işveren yükümlülüklerine uygun yerine getiremediği durum, iznin reddi için belirtilen diğer bir sebebi teşkil etmektedir. Bunların yanında Kanun'un 8 inci maddesi uyarınca, geçici işçiye ücret dâhil olmak üzere çalışma koşullarının uygulanmadığı durumda, başvuru sahibinin izin talebi reddedilmektedir⁶⁶.

B. İznin İptalinin Geçici İş İlişkisine Etkisi

Geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptali hâlinde, bu durumun kurulan geçici iş ilişkisine etkisinin ne olacağının tespiti konu açısından değerlendirilmesi gereken başka bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. 4904 sayılı Kanun'un 18 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında konuya ilişkin bir hüküm getirilmiştir. Söz konusu hükme göre, 4904 sayılı Kanun kapsamında yapılmış ve devam eden sözleşmelerin uygulanmasına, sözleşmede belirtilen süreler tamamlanıncaya kadar devam edilecektir. Ancak, geçici iş ilişkisi kurma izninin iptal edildiği bu dönemde, özel istihdam bürosu geçici iş ilişkisi kurma veya geçici işçi sağlama sözleşmesini uzatma yetkisini kullanamayacaktır. Kanunda getirilen düzenle-

me uyarınca iptalden önce yapılan ve devam eden geçici iş ilişkileri sürelerinin sonuna kadar devam ederken, geçici iş ilişkisi faaliyet izninin iptalinden sonra özel istihdam bürosunun yeni bir geçici iş ilişkisi kurması mümkün olmayacaktır.

Özel istihdam bürosunun herhangi bir nedenle kapandığı durumun da geçici iş ilişkisine etkisinin tespiti gerekmektedir. 4904 sayılı Kanun'un 18 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre, herhangi bir nedenle özel istihdam bürosunun kapanması hâlinde geçici işçi çalıştıran işverene bu durumun tebliğ edilmesi ile geçici iş ilişkisi sona ermektedir. Özel istihdam bürosunun kapandığının geçici işverene tebliğine rağmen, geçici işçi ile geçici işveren arasındaki iş ilişkisinin devam etmesi durumunda, Kanun, geçici işçi çalıştıran işverenle işçi arasında iş sözleşmesi kurulduğunu kabul etmektedir. Özel istihdam bürosunun işçisi olan geçici işçinin iş ilişkisinden kaynaklanan alacağı bulunması durumunda bu alacak, 4904 sayılı Kanun'un 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendine göre alınan teminattan Kurumca öncelikli olarak ödenmektedir.

VI. Özel İstihdam Bürosunun Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Kurma İznine Sahip Olmamasının Sonuçları

A. Mukayeseli Hukukta Durum

Kanunda, özel istihdam bürolarına, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin verilmesi ve bu yetkinin devam etmesi için birtakım koşullar öngörülmüştür. Söz konusu koşulların yerine getirilmemesi durumunda buna bağlanan sonuçların neler olacağının tespiti gerekmektedir. Konuyu Alman hukukunda incelediğimizde, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 9 uncu maddesinde, ödünç veren işverenin gerekli izne sahip olmadığı durumda, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki

⁶⁶ https://www.gesetze-im-internet.de/a_g/_3_.html.

sözleşmesinin geçersiz olduğu belirtilmiştir. Söz konusu geçersizlik, iznin baştan beri eksik olup olmadığından veya sonradan düşüp düşmediğinden bağımsız olarak meydana gelmektedir. Ancak iznin düştüğü durumda, geçersizlik, geçmişi etkili olmamaktadır⁶⁷.

Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 9 uncu maddesinin 1 inci fıkrasına göre, ödünç veren işverenin kanunun birinci maddesinde belirtilen izne sahip olmadığı durumda, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren ve ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki sözleşmeler; ödünç işçi, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki devir işleminin başlangıcı için öngörülen tarihten itibaren bir aylık sürenin sonuna kadar ödünç alan işverene veya ödünç veren işverene yazılı şekilde ödünç veren işveren ile iş sözleşmesi bulunduğunu beyan etmezse geçersiz olmaktadır. Yasa düzenlemesinde ödünç alan işveren ile işçi arasında farazi bir iş ilişkisi kurulduğu görülmektedir. Söz konusu iş ilişkisi Kanun sayesinde ortaya çıkmaktadır. Ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasında bir anlaşma olmasına gerek bulunmamaktadır. Bu farazi ilişkinin etkisi tarafların isteğinden ve bilgilerinden bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁸. Ödünç alan işveren ile geçici işçi arasında kurulduğu varsayılan iş sözleşmesinin, normal bir iş ilişkisi olduğu ifade edilmektedir⁶⁹. Ödünç alan işveren ve ödünç işçi çalışma şartlarını tek tek değiştirebilir. Söz konusu sözleşme ilişkisinin etkisinin geleceğe yönelik olarak sona erdirilebileceği de Alman doktrininde belirtilmektedir⁷⁰.

Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında kurulan bu farazi iş ilişkisinde, ödünç

işçiye itiraz hakkı tanımıştır. İşçi, Kanun'un 9 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının 1a ve 1b bentleri uyarınca, ödünç veren işveren ile aralarında bir iş sözleşmesi bulunduğu ilişkin açıklama yapma hakkına sahiptir. İşçinin söz konusu açıklaması, Kanun'un 9 uncu maddesinin 2 nci fıkrasına gereği, yazılı olduğu ve geçersizlikten itibaren bir ay içinde yapılması şartıyla geçerlidir. Söz konusu yazınlık şartında Alman Medeni Kanun'un 126/1 hükmünün geçerli olduğu ifade edilmektedir⁷¹. İşçi, söz konusu açıklamayı ödünç veren işverene veya ödünç alan işverene yapabilir. İşçinin söz konusu açıklamasına itiraz yasal olarak öngörülmemiştir. Özellikle hile ile aldatma veya hukuka aykırı bir tehdidin söz konusu olduğu durumda bu açıklamanın iptalinin mümkün olduğu da ifade edilmektedir⁷². İşçi, tevdiden önce, ibrazın gün olarak tarihinin yer aldığı ve işçinin kimliğini belirleyen kanıtların bulunduğu açıklamayı, Federal İş Ajansına şahsen ibraz etmelidir. Açıklama en geç üç günde Federal İş Ajansındaki ibraza göre, ödünç alan işveren veya ödünç veren işverene geçer. Maddenin 3 üncü fıkrası gereği, maddenin 1 inci fıkrasının 1inci bendinden 1b bendine kadar olan düzenlemeye göre, sürenin başlangıcından önce verilen açıklama geçersizdir. Söz konusu sürenin hesabında, Alman Medeni Kanun'un 187/1 ve 188/2 hükümlerinin geçerli olacağı ifade edilmektedir⁷³. Yasa, süre uzatımına izin vermemiştir. Süreye uyulmadığı durumda, işçi, Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 9 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının 1 ve 1 b bentlerine göre, aylık süreye riayet ettiği sürece, yeniden açıklama verebilmektedir⁷⁴. İşçinin açıklamasının, Kanun'un 9 uncu maddesi gereği ortaya çıkan geçersizliğe engel olması-

67 RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 47.

68 RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 50.

69 MODEREGGER, 19. Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 62; RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 54.

70 RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 54.

71 HENSSLER, Martin/ GRAU, Timon: Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge Gesetzliche Neuregelung und Auswirkungen für die Praxis, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2017, s. 285.

72 HENSSLER/GRAU, s. 286.

73 RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 52.

74 RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 52.

nın şekillendiren etkisi bulunmaktadır. Açıklama geçmişe değil, geleceğe etkilidir. Geçici işçi devri, maddenin 1 inci fıkrasının 1 numaralı bendinden 1b numaralı bendine kadarki düzenlemeye göre geçerli ise, açıklamaya göre devam edecektir. Yeni bir geçersizlik durumu ortaya çıkması durumunda, işçi, yeniden açıklama verememektedir⁷⁵. Açıklamanın kabul edilmediği durumda ise, işçi ile ödünç alan işveren arasında otomatik olarak bir iş ilişkisi kurulmaktadır⁷⁶.

Ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki sözleşmenin, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 9 uncu maddesine göre geçersiz olduğu durumda, ödünç alan işveren ile geçici işçi arasındaki iş ilişkisinin ne zaman kurulduğunun tespiti önemlidir. Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 10 uncu maddesinde, ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki sözleşmenin, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında işin öngörülen zamanının başlangıcı için yapılmış sayıldığı belirtilmiştir. Yine aynı hükümde geçersizliğin ilk olarak ödünç alan işverenin işi kabulünden sonra meydana gelmesi durumunda, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki iş ilişkisinin, geçersizliğin başlangıcı ile kurulmuş sayılacağı ifade edilmiştir. Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 10 uncu maddesi gereği geçici iş sözleşmesinin sonunda iznin zaten eksik olduğu durumda, ödünç alan işveren ile işçi arasında var olduğu düşünülen istihdam ilişkisi, işçinin ödünç alan işverende çalışmasının başladığı andan itibaren sonuç doğurur. Başka bir ifadeyle iş ilişkisi, başlangıçta ödünç veren işveren ile yapılan iş sözleşmesinin son bulmasıyla kurulmamaktadır⁷⁷. Ödünç alan işverenin, iş edimi kabul zamanı ile sözleşmede belirtilen ödünç alan işverendeki iş görme edimine başlama za-

manı farklıysa, sözleşmede belirtilen hüküm esas alınmaktadır⁷⁸.

Ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında kurulan iş ilişkisinin türünün ne olacağı da tespiti gereken başka bir husustur. Ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında kurulan iş ilişkisinin süresi öncelikle, ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki anlaşmaya göre belirlenecektir. Belirli süreli bir sözleşmenin kendiliğinden söz konusu olması söz konusu değildir. Geçici işçi sağlama sözleşmesinde, ödünç alma süresi belirli süreli öngörüldüyse, iş ilişkisinin belirli süreli olabilmesi için, Alman Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kurulmasına Yönelik Kanun'un 14 üncü maddesi uyarında hukuki bir objektif nedenin bulunması gerekmektedir⁷⁹. Böyle bir objektif nedenin bulunmadığı durumda, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi belirsiz süreli olacaktır⁸⁰. Bu noktada şu husus ortaya çıkacaktır. Bilindiği üzere Alman hukukunda objektif bir sebep olmaksızın iki yıla kadar belirli süreli iş sözleşmesi kurulması ve bu iki yıl içinde iş ilişkisinin azami üç kez uzatılması mümkündür. Ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında objektif bir sebep olmaksızın belirli süreli iş ilişkisi, ödünç işçinin, objektif bir sebep olmaksızın 18 ay için ödünç verildiği durumda mümkündür. Ancak ödünç alan işverenin işletmesindeki işçinin edim süresi, üç kereden daha fazla uzatıldıysa, bu durumda tekrar objektif sebep olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesine izin verilmemektedir. Yine ödünç işçinin, daha önce ödünç veren işveren işletmesinde istihdam edilip edilmediğinin de kontrol edilmesi gerekmektedir⁸¹.

Konuya ilişkin tespiti gereken başka bir husus

75 RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 53.

76 SCHERIAU, Karl Michael: Leiharbeit und Wervertrag, 2. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Autorenverlag K. M Scheriau, Berlin, 2017, s. 94.

77 MOLL, § 66 Rn. 123.

78 ULBER, § 10 Rn. 22; BOEMKE, Burkhard/ LEMBKE, Mark: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage 2013, § 10 Rn. 25 ff; SCHÜREN, Peter: § 10 AÜG, (in Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG Kommentar: Hrsg. SCHÜREN, Peter/HAMANN, Wolfgang), 4. Neue Bearbeitete Auflage, München, 2010, Rn. 123; MOLL, § 123.

79 MODEREGGER, 19. Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 63; RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 55; SCHERIAU, s. 95.

80 SCHERIAU, s. 95.

81 SCHERIAU, s. 96.

ise ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki sözleşmedeki çalışma süresinin ne olacağıdır. Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'a göre, ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında kurulduğu varsayılan iş sözleşmesindeki çalışma süresi, ödünç veren işveren ve ödünç alan işveren arasında öngörülen çalışma süresi olmaktadır. Ayrıca ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasındaki iş ilişkisinin içeriği ve süresi, ödünç alan işverenin işletmesinde geçerli yönetmelik ve diğer düzenlemelere göre belirlenecek; bu mevcut değilse benzer işletmelerinki geçerli olacaktır. Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun, ödünç işçinin, ödünç alan işverene karşı, en az ödünç veren işveren ile anlaşmasında kararlaştırılan ücreti talep hakkına sahip olduğunu da belirtmiştir. Buradaki ücretin; maaş, çocuk parası, aile yardımı, ayrılık zammı, tatil parası, komisyon ve aynı yardım ödemelerini kapsadığı ifade edilmektedir⁸².

Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki işçinin devrine ilişkin sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle, sözleşme tarafları arasında edim yükümlülüğü söz konusu olmamaktadır. Geçersiz sözleşmeye rağmen edimlerin yerine getirildiği durumda, doktrinde ve yargı kararlarında, Alman Medeni Kanun'un 8 inci ile 12 ve devamı hükümlerinde öngörülen zenginleşme esasına dayanılarak iadesinin talep edilebileceği ifade edilmektedir⁸³. Ancak kasıtlı olarak yapılan yasal olmayan geçersizlik durumunda, Alman Medeni Kanun'un 817 nci maddesine dikkat edilmesi gerekmektedir. Ödünç alan işveren, ödünç veren işverene önceden ödenen ücretin iadesini, ancak devrin geçersizliği hakkında bilgisinin olmaması halinde talep edebilmektedir⁸⁴. Alman Gelir Vergisi Kanunu'nun 42d/6 hükmüne göre ise, ödünç veren işverenin Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un

1/1 hükmünde belirtilen gerekli izne sahip olmaksızın geçici iş ilişkisi kurduğu durumda, ödünç veren işverenin gelir vergisinden, ödünç alan işverende ikincil olarak sorumlu tutulmuştur⁸⁵.

Alman hukukunda özel istihdam bürosunun gerekli izne sahip olmadığı durumda, geçersizlik yalnızca ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren arasındaki sözleşme için öngörülmemiştir. Söz konusu durumda, ödünç veren işveren ile işçi arasındaki sözleşmenin de geçersiz olacağı kanunda düzenlenmiştir. Ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi, geçersizliğe rağmen icra edildiğinde, sonuçların neler olacağı yasal olarak düzenlenmemiştir. Söz konusu durumda koruma amacıyla, kusurlu iş ilişkisinin icra edildiği süre için geçerli bir ilişki gibi hüküm ve sonuç doğuracağının kabulü gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶.

Alman literatüründe meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurma izninin düştüğü süre zarfında, ödünç veren işverenin, söz konusu sürede ödünç işçi için hiçbir istihdam imkânına sahip olmadığı kabul edilmektedir. Bu durum iznin süresinin dolması veya iznin iptal edildiği durumda da geçerlidir. İş ilişkisinin bu hallerde sona erdirilmesi geçerli kabul edilmektedir⁸⁷. Alman Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Hakkındaki Kanun'un 2/4 hükmünün 4 üncü cümlesinde, iznin uzatılmasının reddi durumunda, Kanun'un 1 inci maddesinin verdiği izin gereğince kurulan iş sözleşmelerinin tasfiyesi için, iznin on iki ayı aşmamak kaydıyla geçerli olduğu düzenlenmiştir⁸⁸. Bu nedenle söz konusu hükmün uygulandığı durumda, iş ilişkisinin sona erme süresinin belirtilen on iki aylık süre içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁸⁹.

82 RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 54.

83 BGH 18.07.2000 – X ZR 62/98, NJW 2000, 3492; RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 47.

84 BGH 29.04.1968 – VII ZR 9/66, NJW 1968, 1329.

85 LUICKHARDT, Vera: Arbeit auf Abruf im Leiharbeitsverhältnis, International Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2016, s. 8.

86 RÖLLER, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit, Rn. 48.

87 ULBER, § 1 Rn. 112.

88 https://www.gesetze-im-internet.de/a_g/_2.html.

89 ULBER, § 1 Rn. 112.

B. Türk Hukukunda Durum

Konuyu Türk hukukunda incelediğimizde, 4904 sayılı Kanun'un 20 nci maddesinde, izne sahip olmaksızın faaliyette bulunma durumu için idari para cezası öngörülmüştür. Belirtilen düzenlemeye göre, Kurumdan izin almamasına veya yetkisi iptal edilmesine rağmen geçici iş ilişkisi düzenleyen gerçek veya tüzel kişilere elli bin Türk lirası, fiilin tekrarı halinde ise yüz bin Türk lirası, bu kapsamda hizmet alan geçici işverenlere ise yirmi bin Türk lirası idari para cezası verilmektedir. Söz konusu idari para cezaları, Kurum ile çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerince yerine getirilmektedir. Konu açısından hukuki sonuçların da tespiti ayrıca önem arz etmektedir.

4904 sayılı İş Kurumu Kanunu'nun 1 inci maddesinde, geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edilmesi durumunda, söz konusu Kanun kapsamında yapılmış ve devam eden sözleşmelerin uygulanmasına, sözleşmede belirtilen süreler tamamlanıncaya dek devam edileceği belirtilmiştir. Ancak özel istihdam bürosunun bu dönem içerisinde geçici iş ilişkisi kurması veya geçici işçi sağlama sözleşmesini uzatma yetkisi bulunmamaktadır. Herhangi bir sebeple özel istihdam bürosunun kapandığı durumda ise geçici işverene durumun tebliğ edilmesi ile birlikte geçici iş ilişkisi sona ermektedir. Buna karşın iş ilişkisinin devam etmesi durumunda, geçici işveren ile geçici işçi arasında iş sözleşmesi kurulmaktadır⁹⁰.

90 6715 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önce azami süre aşılmasına rağmen işçinin asıl işyerine çağırılmadığı ve geçici işverenin işyerinde çalışmasını sürdürdüğü durumda ne olacağı doktrinde tartışılmaktaydı. Bir görüş, geçici iş ilişkisi son bulduğu ve burada sözleşmenin devri olduğu yönündeyken, doktrindeki diğer görüşe göre ödünç alan ve ödünç veren işveren birlikte işveren haline gelmekteydi. Bu noktada ödünç işverenin durumu ve sorumluluğu tartışma yaratmaktaydı. Geçici iş ilişkisi süresinin aşıldığı durumda tarafların gerçek iradelerinin saptanması gerektiği ifade edilmekteydi. Devreden işverenin işçiyi işyerine geri çağırmasının ve devralan işverenin işçiyi iş vermeye devam etmesinin devreden ve devralan işverenler arasında iş sözleşmesinin devrine dair bir anlaşma olduğunun kabul edildiği durumda işverenlerin aralarındaki bu anlaşmayı işçiyi bildirme-

Bu noktada ev hizmetlerinde çalışanlar gibi kanunun süresiz olarak geçici iş ilişkisi kurulmasına izin verdiği durumlarda durumun ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Doktrinde söz konusu durumda işçinin kedisine iş bulabileceği bir süre kadar sözleşmenin devam etmesi, söz konusu sürenin sonunda geçici işverenin işçiyi çalıştırmaya devam etmesi halinde ise geçici işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulmuş sayılacağı yönünde bir hükmün kanunda yer alması gerektiği ifade edilmektedir⁹¹. Yine Kanun'un özel istihdam bürosunun herhangi bir sebeple kapanması durumu için belirttiği geçici işveren ile geçici işçi arasında iş sözleşmesi kurulması sonucunun iznin iptal edildiği durum için de geçerli olacağı kanaatindeyiz. Nitekim Kanun'da geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edilmesi durumunda, söz konusu Kanun kapsamında yapılmış ve devam eden sözleşmelerin uygulanmasına, sözleşmede belirtilen süreler tamamlanıncaya dek devam edileceği belirtilmiştir. Söz konusu süreler tamamlanmasına rağmen işçinin, geçici işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesi durumunda aralarında sürenin sona ermesi itibarıyla bir iş sözleşmesi kurulduğunun kabulü gerekmektedir. Özel istihdam bürosunun başından itibaren izne sahip olmadığı durumda ise, Alman hukukunda olduğu gibi, işçinin, geçici işverende işe başladığı tarih itibarıyla, işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesinin kurulduğunun savunulabileceği kanaatindeyiz⁹².

Geçici işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulduğunun kabul edildiği durumda söz konusu iş sözleşmesinin türü, çalışma şartlarının ne olacağı, ödenecek ücretin tespiti

dikleri sürece işçinin sırf ses çıkartmadan devralan işverenin işyerinde çalışmasını sürdürmesinin, sözleşme devrine örtülü rıza olarak kabul etmenin doğru olmadığı ifade edilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALP, Mustafa: "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir, 2007, s. 195 vd.

91 ÇELİK/CANİKLIÖĞLU/CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, s. 241.

92 Aynı görüşte bkz. BASKAN, s. 11.

önem arz etmektedir. Belirtilen konulara ilişkin hukukumuzda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle konuyu genel hükümler çerçevesinde değerlendirmek uygun olacaktır. Her şeyden önce geçici işçi ile geçici işveren arasında kurulan iş sözleşmesinin türünün tespitinde genel kurallar geçerli olacaktır. İş sözleşmesinin belirli olabilmesi için İş Kanunu'nun 11 inci maddesinde belirtilen objektif esaslı bir sebebin bulunmaması durumunda, geçici işçi ve geçici işveren arasındaki iş akdi belirsiz süreli kabul edilecektir. Geçici işçi ile geçici işveren arasında kurulan iş sözleşmesindeki çalışma şartlarının ve ödenecek ücretin neler olacağı hususlarında da hukukumuzda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu konuda, Alman hukukunda olduğu gibi, yasada bir hüküm bulunması yerinde olacaktır.

Sonuç

Özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilmesi için yasanın aradığı şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Bu şartlar 4904 sayılı Kanun'da tek tek belirtilmiştir. Yasa, özel istihdam bürosunun mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyetinde bulunabilmesi için başvuru sırasında teminat gösterilmesini aramıştır. Teminat, işçinin ücreti ve devletin vergi ve sosyal güvenlik primlerine ilişkin olarak tek güvence olarak karşımıza çıkmaktadır.

4904 sayılı Kanun, geçici iş ilişkisi faaliyetinde bulunmak için alınan iznin üç yıl süreyle geçerli olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce, Alman hukukunda olduğu gibi, iznin bir yıl süre ile geçerli olduğu durumunda, izin şartlarının sağlanıp sağlanmadığının her yıl denetlenmesi mümkün olabilecektir. İşçinin ücretinden yalnızca özel istihdam bürosunun sorumlu tutulduğu ve özel istihdam bürosu ile geçici işveren için müteselsil sorumluluğun öngörülmediği bir sistemde işçinin tek güvencesi özel istihdam bürosu olmaktadır. Bu nedenle özel istihdam bürolarının denetiminin daha sık aralıklarla gerçekleştirilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

Özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma izninin iptal edildiği durumda, 4904 sayılı Kanun kapsamında yapılmış ve devam eden sözleşmelerin uygulanmasına, sözleşmede belirtilen süreler tamamlanıncaya kadar devam edilecektir. Kanunda getirilen düzenleme uyarınca iptalden önce yapılan ve devam eden geçici iş ilişkileri sürelerinin sonuna kadar devam ederken, geçici iş ilişkisi faaliyet izninin iptalinden sonra özel istihdam bürosunun yeni bir geçici iş ilişkisi kurması mümkün olmayacaktır. Söz konusu süreler tamamlanmasına rağmen işçinin, geçici işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesi durumunda, her ne kadar Alman hukukunda olduğu gibi açık bir yasa düzenleme bulunmasa da, aralarında sürenin sona ermesi itibarıyla bir iş sözleşmesi kurulduğunun kabulü gerekecektir. Kanaatimizce bu hususta açık bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır. Bunun yanında getirilen yasal düzenlemede geçici işçi ile geçici işveren arasında kurulduğu varsayılan bu iş sözleşmesinin türünün, çalışma şartlarının, işçiye ödenecek ücretin tespitine ilişkin hüküm getirilmesi de uygulamada bu konuda sorun yaşanmasının önüne geçilmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKTEKİN, Şeyda: "Geçici İşçilerin Çalıştırılma Koşullarına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi Taslağı'nda Son Gelişmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl. 7, Sayı. 8, Aralık 2007, 209-215.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 12. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ALP, Mustafa: "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir, 2007.
- ALPAGUT, Gülsevil: "İstihdam Büroları Konusunda Uluslararası Alandaki Gelişmeler", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs 1998, (Uluslararası Alandaki Gelişmeler).
- ALPAGUT, Gülsevil: "Mesleki Anlamda Geçici

- İş İlişkisi: Sınırlandırmadan Teşvike", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, 263-278
- ALPAGUT, Gülsevil: "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt. 3, Sayı. 10, Yıl. 2006, 569-584.
 - BASKAN, Ş. Esra: "Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. XXI, Yıl. 2017, Sayı. 2.
 - BİLGİN, Zehra Esra: Özel İstihdam Büroları ve Türkiye'deki Görünümü, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Çalışma Psikolojisi ve İnsan Kaynakları Bilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bursa, 2007.
 - BİSSELS, Alexander: Teil 6 D Arbeitnehmerüberlassungsrecht, (in Arbeitsrecht Handbuch, Hrsg. Ulrich TSCHÖPE), 10. Neu bearbeitete Auflage, Otto Schmidt Verlag, Köln, 2017.
 - BOECKEN, Winfried/ DÜWELL, Franz Josef/ DILLER, Martin/ HANAU, Hans/ HOLTHAUS, Michael/ ULRİCİ, Bernhard: Gesamtes Arbeitsrecht, Band 1, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2016.
 - BOEMKE, Burkhard/ LEMBKE, Mark: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage 2013.
 - CİVAN, Orhan Ersun: Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2008, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
 - CİVAN, Orhan Ersun: "Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Güncel Gelişmeler", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta Basım, İstanbul, 2017, 103-122
 - CİVAN, Orhan Ersun/ AKSOY ÇAĞLAYAN, Pınar: "Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi İle İlgili Yargıtay Kararının İncelemesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı. 45, 185-215.
 - ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2018.
 - DEHMEL, Florian: Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2009.
 - DOĞAN YENİSEY, Kübra: "İş Hukukunun Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, 1. Baskı, Kamu-İş Yayını, İstanbul, 2015, 9-145.
 - DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2016, 133-171, (Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi).
 - EKMEKÇİ, Ömer: "Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi", Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, 100-119.
 - EKONOMİ, Münir: "Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, 2008, 231-266.
 - ELGHAHWAGİ, Sonja: Arbeitnehmerüberlassung Grundlagen, Entwicklung, Ziele, Dr. Müller Verlag, Saarbrücken 2006.
 - ENGİN, Murat: "Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)", Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı, İstanbul, 2002, 117-147.

- ERDUT, Zeki: "İstihdam Politikaları Açısından İşkur: İstihdam Hizmetlerinin Yeniden Örgütlenmesi", Cumhuriyetin 75. Yılında Endüstri İlişkilerinde ve Emek Piyasalarının Düzenlenmesinde Devletin Rolü ve İşlevi, Türk Endüstri İlişkileri Derneği, III. Uluslararası Endüstri İlişkileri Kongresi, Ekim 1998.
- FELDHAUS, Heiner M.: Leiharbeit in Deutschland und Großbritannien, Logos Verlag, Berlin, 2013.
- GERLACH, Anna Ricarda: Die Flexibilisierung des Arbeitsmarktes-Arbeitnehmerüberlassung in Italien und Deutschland im Rechtsvergleich, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2014.
- GÜZEL, ALİ: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Türk-İş, Ankara, 2007, 11-74.
- GÜZEL, Ali/ HEPER, Hande: "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!...:Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/1.
- HANTEL, Peter: Europäisches Arbeitsrecht mit zahlreichen Beispielfällen aus der Rechtsprechung des EuGH, Springer Verlag, Heidelberg, 2016.
- HEPER, Hande: Esnek İstihdam Uygulamaları ve Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- HEKİMLER, Alpay: "Profesyonel Ödünç İş İlişkisine Geçilmesinin Zamanı Hala Gelmedi mi?", Mercek Dergisi, Yıl. 14, Sayı. 53, Ocak 2009, 124-131.
- HEKİMLER, Alpay: "Avrupa Birliği'nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi ve Türkiye İçin Değerlendirmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl. 8, Sayı. 29, Mart 2013, (Avrupa Birliği'nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi).
- HENSSLER, Martin/ GRAU, Timon: Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge Gesetzliche Neuregelung und Auswirkungen für die Praxis, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2017.
- HIRSCH-HOTTES, Antje: Arbeitnehmerüberlassung aus vertragsrechtlicher Perspektive, Internationaler Verlag, Frankfurt, 2017.
- KABAKCI, Mahmut: "5920 sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükümün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/4, 73-111.
- KÄMMERER, Jörn Axel/ Thüsing, Gregor: Leiharbeit und Verfassungsrecht, Duncker&Humbolt Verlag, Berlin, 2005.
- KAYA, Mehmet: "Türkiye'de İşsizlik sorunu ve Özel İstihdam Büroları", Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl. 4, Sayı. 35, Aralık, 2016, 401-437.
- KENAR, Necdet: "Özel İstihdam Büroları", Mercek Dergisi, Yıl. 9, Sayı. 34, Nisan 2004.
- KOCHER, Eva: Europäisches Arbeitsrecht, 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2016.
- Lİ, Xianbei: Der Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entliher, Ducker&Humblot Verlag, Berlin, 2016.
- LIEMT, Gijsbert van: "Private Employment Agencies in the Netherlands, Spain and Sweden", https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_231420.pdf.
- LUICKHARDT, Vera: Arbeit auf Abruf im Leiharbeitsverhältnis, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2016.
- MIŁCHALSKI, Lutz: Arbeitsrecht, 7. Neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Tübingen, 2008.
- MIŁLACHER, Lars W./ BURGESS, John/ CORNELL, Julia/ WARING, Peter: "Temporary Agency Work in Australia, Germany and Singapore", Temporary Agency Work and

- Globalisation, Gower Publishing Limited, Surrey, 2015.
- MODEREGGER, Christian: 19. Arbeitnehmerüberlassung, (in StichwortKommentar Arbeitsrecht: Hrsg. GROBY, Marcel/ PANZER, Andrea:), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2012.
 - MOLL, Wilhelm: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG Verlag, München, 2017.
 - NAZLI, Seçkin: Özel İş Aracılığı, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, (Özel İş Aracılığı).
 - NAZLI, Seçkin: "İş Kanununda Düzenlenen Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (1), Bahar 2016.
 - ÖZKAN, Ahmet Emin: "Özel İstihdam Büroları", Mercek Dergisi, Yıl. 2, Sayı. 6, Nisan 1997.
 - ÖZTÜRK, Berna: "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta Basım, İstanbul, 2017, 207-256.
 - PALLASCH, Ulrich: Arbeitsrecht, Franz Vahlen Verlag, München, 2010.
 - RÖLLER, Jürgen: Personalbuch 2018 Arbeitsrecht, Lohnsteuerecht, Sozialversicherungsrecht, C. H. Beck Ohg Verlag, München, 2018, 34 Arbeitnehmerüberlassung/ Zeitarbeit.
 - SANDMANN, Dieter/ MARSCHALL, Georg/ SCHNEIDER, Tobias: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Handbuch Zeitarbeit, Luchterhand Verlag, München, 2018.
 - SAYIN, Ali Kemal: "Emek Piyasalarını Düzenleyen Uluslararası Normlar", (<http://dergi-park.gov.tr/download/article-file/9107>, E.T: 24.01.2018).
 - SCHERIAU, Karl Michael: Leiharbeit und Wervertrag, 2. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Autorenverlag K. M Scheriau, Berlin, 2017.
 - SCHÖMANN, Isabelle/ GUEDES, Coralie: Temporary agency work in the European Union Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States, European Trade Union Institute Printshop, Brussels, 2012.
 - SCHÜREN, Peter: § 10 AÜG, (in Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG Kommentar: Hrsg. SCHÜREN, Peter/HAMANN, Wolfgang), 4. Neue Bearbeitete Auflage, München, 2010.
 - SELEK, Cihan: Türkiye'de İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Faaliyetleri ve Özel İstihdam Büroları, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
 - SPERMANN, Alexander: The New Role of Temporary Agency Work in Germany, Discussion Paper Series, Kasım 2011.
 - SÜRAL, Nurhan: "AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi", Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri Tebliğler ve Görüşler, Matsa Basımevi, Ankara, 2013.
 - SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2018.
 - ŞEN, Murat: "Esnek Çalışma Bağlamında Geçici İş İlişkisi ve Özel İstihdam Büroları, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
 - TUNCAY, A. Can: "Özel Faaliyet Olarak İş ve İşçi Bulma Hakkında Düşünceler", İş Hukuku Dergisi, Cilt. I, Sayı. 3, İstanbul, 1991.
 - TUNCAY, A. Can: "Özel İstihdam Büroları", Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1995
 - TUNCAY, A. Can/ SAVAŞ, F. Burcu: "Özel İstihdam Büroları Gerçek ve Çağdaş Fonksiyonlarına Artık Kavuşmalıdır", Mercek Dergisi, Sayı. 48, Ekim 2007.
 - ULBER, Jürgen: Arbeitnehmerüberlassungs-

gesetz Kommentar für die Praxis, 5. Auflage, Bund-Verlag, Frankfurt, 2017.

- UŞEN, Şelale: Avrupa Birliği'nde Ödünç İş İlişkisi ve Ödünç Emek Büroları: İtalya Uygulaması ve Türkiye, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2006.

Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Paylaştırılması ve Asıl İşverenin Sorumluluğu

Öz

Birden fazla işverenin bulunduğu ilişkilerde, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin kim tarafından yerine getirileceği ve bunlara ilişkin sonuçların değerlendirilmesi önem taşır. Çalışmamızın konusunu da, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin ve işverenin sorumluluğu bahsinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olduğunda nasıl yorumlanacağı oluşturmaktadır. Çalışma

kapsamında mevzuatta öngörülen kurul oluşturma, eğitim verme, bilgilendirme ve risk değerlendirmesi yapma yükümlülüklerinin asıl işveren alt işveren ilişkisinde nasıl yerine getirileceği incelenmiş, ardından da söz konusu yükümlülüklerin ihlal edilmesinin asıl işverenin sorumluluğuna nasıl etki edeceği doktrinde öne çıkan görüşler ışığında anlatılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Asıl işveren, alt işveren, iş sağlığı ve güvenliği, sorumluluk.

Sharing of Occupational Health and Safety Obligations in Subcontracting Relationship and The Responsibility of Main Employer

Abstract

It is important to assess who will fulfill the occupational health and safety obligations and to evaluate the results related to them in relationships which contains more than one employer. The subject of our study is the interpretation of the obligations related to occupational health and safety and the responsibilities of the employers in subcontracting relationship. Within the scope of

the study, how to fulfill the obligations of establishing the board mentioned in law, training of workers, informing the workers and making risk assessments in subcontracting relationship are examined. Afterwards, how the violation of these obligations will affect the responsibility of the main employer is explained in the light of the prominent opinions in the doctrine.

Keywords:

Subcontracting relationship, occupational health and safety, responsibility.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-yigit@tau.edu.tr

Giriş

İş Kanunu m. 2'de yer bulan alt işverenlik ilişkisi, "bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki" olarak tanımlanmaktadır. Bu ilişkiye Kanunun bağladığı sonuç ise, alt işveren işçilerinin Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan hakları bakımından her iki işverenin müteselsil sorumlu olmasıdır. İlişkinin muvazaalı olması halleri ve bu durumda alt işveren işçilerinin başından itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağı da Kanunda açıkça yer almıştır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarından biri, alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işyerinde çalışmasıdır. Bu durumun özellik gösterdiği alanlardan biri ise, iş sağlığı ve güvenliğidir. Nitekim aynı işyerinde farklı işler yürüten iki farklı işverenin bulunması, bu alandaki bazı yükümlülüklerin iki işveren arasında nasıl dağıtılacağı ve iki işveren arasında nasıl bir koordinasyon kurulacağı incelenmesini gerektirir. Bu doğrultuda bazı yükümlülükler bakımından mevzuatımızda özel hükümler mevcut olup aşağıda bu hükümler incelenecektir.

I. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri

6331 sayılı Kanun¹ ve ilgili yönetmelikler, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almanın dışında işverenlere pek çok yükümlülük getirmektedir. Bunların asıl işveren alt işveren ilişkisi bakımından özellik arz edenleri, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmak, iş sağlığı ve güvenliği konularında koordinasyon sağlamak, işçilerin eğitilmesi, bilgilendirilmesi, risk değerlendirmesi yap-

ma yükümlülükleridir. İlgili yükümlülüklerin iki işveren arasında nasıl paylaştırılacağı konusunda da mevzuatımızda birçok hüküm bulunmaktadır.

A. Kurul Oluşturma ve Koordinasyon Yükümlülüğü

1. Kurul Oluşturma Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

6331 sayılı Kanunun 22. maddesi uyarınca işveren, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere iş sağlığı ve güvenliği kurulu² kurmakla yükümlüdür³. Bu kurulun mevzuata uygun kararları işverence uygulanmak zorundadır.

Maddede yer alan elli çalışan ölçütünün⁴ tespitinde, düzenlemede "çalışan" ifadesi yer aldığından, işyerinde çalışan çırak ve stajyerler ile iş

- 2 İş sağlığı ve güvenliği kurullarının çalışma hayatındaki yeri ve önemi hakkında bkz.: Ayhan, Abdurrahman: "Çalışma Hayatımız Bakımından İşyerlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurullarının Oluşturulması ve Önemi", Çalışma ve Toplum, Cilt 7, Sayı 2/2003, s. 2 vd.
- 3 Bu yükümlülüğün ayrıntıları için bkz.: Ekmekçi, Ömer: "4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi" (Örgütlenme), Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 64 vd.; Demircioğlu, Murat / Kaplan, Hasan Ali: "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi" (İSG Örgütlenmesi), Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 30, Yıl 2013, s. 10 vd.; Centel, Tankut: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi (Kurullar)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 29, Yıl 2013, s. 13 vd.; Yılmaz, Fatih: "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri (Yükümlülükler)", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 24, Sayı 6, Yıl 2013, s. 63 vd.; Akın, Levent: İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik (Alt İşverenlik), Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 127 vd.; Özdemir, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (İş Sağlığı ve Güvenliği), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 312 vd.; Alpagut, Gülsevil: "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları" (Genel Esaslar), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 72, Sayı 2, Yıl 2014, s. 39; Çelik, Nuri / Canbolat, Talat / Caniklioğlu, Nurşen: İş Hukuku Dersleri, 31. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2018, s. 378.
- 4 Ülkemizde küçük işletmelerin oranının daha yüksek olduğu ve bu işletmelerde iş kazalarının daha sık meydana geldiği gerekçesiyle elli çalışan ölçütünü eleştiren görüş için bkz.: Demircioğlu / Kaplan, İSG Örgütlenmesi, s. 6; Sözek, Sarper: İş Hukuku (İş Hukuku), 17. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2019, s. 889.

1 RG 30.06.2012, 28339.

sözleşmesinin türüne bakılmaksızın çalışan tüm işçiler sayıya dahildir⁵. Ancak geçici işçiler, şüphesiz ki kendi işverenlerinin işçi sayısında hesaba katılacak, geçici işverenin işçi sayısına dahil edilmeyeceklerdir. Belirtelim ki elli çalışan ölçütü işyerinde devamlı olarak elli ve üzeri çalışan bulunması anlamına gelmeyip, genel olarak ve işin niteliği bakımından elli ve daha fazla çalışanın bulunması gerekliliğini ifade eder⁶. Ayrıca elli sayısı belirlenirken, aynı işverene ait her bir işyeri ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁷.

Kurul oluşturma yükümlülüğünün doğması için, elli çalışan şartının yanı sıra, işyerinde yapılan işin sürekli olması ve altı aydan fazla sürmesi gerekmektedir. Buradaki sürekli iş kavramının, 4857 sayılı İş Kanununda⁸ yer alan sürekli iş kavramıyla aynı anlama geldiği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle otuz günden fazla süren işler, 6331 sayılı Kanun anlamında da sürekli iş sayılacaktır⁹.

İş sağlığı ve güvenliği kurullarının kuruluşu, oluşumu, görev ve yetkileri ile çalışma esaslarını belirlemek üzere çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik¹⁰ uyarınca bu kurul, işveren veya işveren vekili, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari mali işleri yürütmekle görevli bir kişi, bulunması halinde sivil savunma uzmanı, bulunması halinde formen, ustabaşı veya usta ile çalışan temsilcisinden oluşur (m. 6).

Kurulun görev ve yetkileri Yönetmeliğin 8. maddesinde sayılmış olup, en önemlileri; işyerinin niteliğine uygun bir iş sağlığı ve güvenliği

iç yönerge taslağı hazırlamak ve yönergenin uygulanmasını izlemek, izleme sonuçlarını rapor haline getirip alınması gereken tedbirleri belirlemek ve kurul gündemine almak, iş sağlığı ve güvenliği konularında o işyerinde çalışanlara yol göstermek, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikeleri ve önlemleri değerlendirmek, tedbirleri belirlemek, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği eğitim ve öğretimini planlamak ve programları hazırlayarak işveren veya işveren vekilinin onayına sunmak ve bu programların uygulanmasını izlemek, iş sağlığı ve güvenliği durumuyla ilgili yıllık rapor hazırlamak, o yılki çalışmalarını değerlendirmek, elde edilen tecrübeye göre ertesi yılın çalışma programında yer alacak hususları değerlendirerek belirlemek ve işverene teklifte bulunmak, çalışmaktan kaçınma hakkı talepleri ile ilgili acilen toplanarak karar vermek, işyerinde teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmeye yönelik çalışmalar yapmaktır.

Kurul, Yönetmelik uyarınca ayda en az bir kere toplanır ve toplantılar günlük çalışma saatleri içinde yapılır. Toplantıda geçen süreler günlük çalışma süresinden sayılır. Kurul, işyerinin tehlike sınıfını dikkate alarak, toplantı aralıklarını tehlikeli işyerlerinde iki ay, az tehlikeli işyerlerinde ise üç ay olarak belirleyebilir (m. 9).

b. Alt İşveren İlişkisinde Kurul Oluşturma Yükümlülüğü

Hem 6331 sayılı Kanun (m. 22), hem de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik (m. 4), alt işveren ilişkisinin mevcut olması halinde kurulun hangi esaslara göre kurulacağını belirtmektedir. Bu düzenlemelerin içerdiği yükümlülükler, şayet altı aydan fazla süreli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcutsa söz konusu olur. Buna göre, faaliyetin altı aydan kısa sürmesi halinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun varlığı aranmayacaktır¹¹.

¹¹ Centel, Kurullar, s. 14.

- ⁵ Demircioğlu / Kaplan, İSG Örgütlenmesi, s. 9; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 314-315; Sümer, Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (İş Sağlığı ve Güvenliği), 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 153.
- ⁶ Akin, Levent: "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi", AÜHFD, cilt 54, Sayı 1, Yıl 2005, s. 6; Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 1238; Akin, Alt İşverenlik, s. 133-134; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 315.
- ⁷ Ekmekçi, Örgütlenme, s. 67; Akin, Alt İşverenlik, s. 134-135; Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 151.
- ⁸ RG 10.06.2003, 25134.
- ⁹ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 316; Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 153.
- ¹⁰ RG 18.01.2013, 28532.

Düzenlemelerde yer alan ilk ihtimal uyarınca, asıl işveren ve alt işverenin çalışan sayıları ayrı ayrı elli ve daha fazlaysa her iki işveren de ayrı kurul kurmakla yükümlüdür. Bu durumda kurullar arasındaki koordinasyon ve işbirliğini sağlamak asıl işverenin görevidir. Düzenlemenin amacı, aynı coğrafi alan içindeki iki kurulun birbirinden habersiz şekilde faaliyet göstermesini ve karar almasını önleyerek kurulların etkinliğinin artırılmasıdır¹². İlgili düzenlemeden anlaşıldığı üzere alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu işyerlerinde asıl işveren, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmanın yanı sıra, kurullar arasındaki iletişimi sağlamakla da yükümlüdür¹³.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığında bir diğer ihtimal olarak, asıl işverenin elli ve daha fazla çalışanı varken, alt işverenin bu sayıda çalışanı yoksa, alt işveren, asıl işverenin oluşturduğu kurul kararlarının uygulanması ve ilgili koordinasyonun sağlanması için, yetkili bir temsilci atamakla yükümlüdür. Durumun tam tersi olması halinde ise, çalışan sayısı elli ve daha fazla olan alt işveren kurul kurmakla yükümlü olacak, asıl işveren ise işbirliği ve koordinasyonun sağlanması için yetkili bir temsilci atayacaktır. İlgili düzenleme doktrinde iki farklı fikir doğurmuştur. Bir görüşe göre, işyerinde bir kurul varken, kurul oluşturması gerekmeyen diğer işverenin temsilci atamasına gerek kalmamakla birlikte, bu temsilcinin neyin eşgüdümünü sağlayacağı da belli değildir¹⁴. Düzenlemeyi yerinde bulan karşı görüş ise¹⁵ her iki işverenin çalışanları da aynı alanı

paylaştıklarından, özellikle asıl işverenin çalışanlarının korunmasında asıl işverenin alacağı kararların etkili olacağını belirtmektedir. Bu nedenle kurul oluşturmayan işverenin mevcut kurula temsilci göndererek alınacak kararlarda söz sahibi olması gereklidir. Gerçekten de iki işverenin aynı işyerini paylaştıkları durumda tek bir kurul oluşturuluyor ise, koordinasyonun ve kurul kararlarında ortaklığın sağlanması bakımından, diğer işverenin temsilci göndermesi yerindedir.

Son bir ihtimal olarak, asıl işveren ve alt işverenin çalışan sayılarının her ikisi de ellinin altında ancak iki işverenin çalışan sayısı toplamı elli ve daha fazla ise, her iki işveren birlikte bir kurul oluşturacaklardır. Bu durumda kurulda yer alacak üyeler, her iki işverenin ortak kararı ile atanacaktır. Bu hüküm, özellikle çalışan sayılarını ellinin altında tutarak kurul oluşturma mecburiyetinden kaçınmayı engelleme amacı güden isabetli bir düzenlemedir¹⁶.

6331 sayılı Kanun m. 22 alt işverenlik ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulmasına ilişkin bu ihtimalleri sıraladıktan sonra, bir işyerinin birden fazla işveren tarafından kullanılması ve birden fazla kurul oluşturulması halinde, işverenlerin birbirlerini etkileyen kurul kararları hakkında birbirlerini bilgilendirmelerini zorunlu kılmıştır. Bu doğrultuda asıl işveren ve alt işveren ayrı ayrı kurul oluşturmuşlarsa, kurullar arası iletişimi asıl işveren sağlamakla yükümlü olup, alt işverenin de asıl işverenin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında asıl işvereni bilgilendirmesi gereklidir.

2. İş Sağlığı ve Güvenliğinde Koordinasyon Sağlama Yükümlülüğü

6331 sayılı Kanun m. 23/1, aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda iş sağlığı ve güvenliği bakımından koordinasyonun nasıl sağlanacağını düzenlemektedir. İlgili hükme göre bu durumda işverenler; iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında iş birliği yapar, yapılan işin yapısı göz önüne

12 Centel, Kurullar, s. 15; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 367. Bir işyerinde iki ayrı kurul oluşturulmasının birbiriyle çelişen iç yönetmelikler ve kararlar doğuracağı gerekçesiyle bu düzenlemeyi eleştiren ve asıl işverence tek bir kurul oluşturulmasını daha isabetli bulan görüş için bkz.: Başbuğ, Aydın: İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Şeker-İş Yayınları, Ankara 2013, s. 88.

13 Ekmekçi, Ömer: "Anahatlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağı (Tasarı Taslağı)", Çimento İşveren, Mayıs 2008, Cilt 22, Sayı 3, s. 15; Aydın, İbrahim: "6331 Sayılı Kanunda Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk (Özellikler ve Hukuki Sorumluluk)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 30, Yıl 2013, s. 39.

14 Centel, Kurullar, s. 15.

15 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 368-369.

16 Akın, Alt İşverenlik, s. 139.

alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulması çalışmalarını koordinasyon içinde yapar, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini bu riskler konusunda bilgilendirir.

Doktrinde de belirtildiği üzere aynı çalışma alanını paylaşma durumu, asıl işveren alt işveren ilişkisinde de söz konusudur ve dolayısıyla ilgili hüküm, bu ilişkide uygulama alanı bulur¹⁷. Dolayısıyla asıl işveren ve alt işveren, düzenlemede yer alan iş sağlığı ve güvenliğine dair hususlarda koordine olma yükümlölüğü taşımaktadırlar.

Kanun hükmünde koordinasyonun sağlanması bakımından her iki işveren de eşit tutulmuş, bir işverene diğerine oranla daha fazla görev yüklenmemiştir. Bu doğrultuda koordinasyonun sağlanması bakımından her iki işveren karşılıklı olarak ve eşit şekilde yükümlölük altındadır¹⁸.

İş sağlığı ve güvenliği hususlarında koordinasyona ilişkin 23. maddenin ilk fıkrasında yukarıdaki düzenleme yer almakla birlikte, ikinci fıkrası birden fazla işyerinin bulunduğu yerlere ilişkin hüküm içermektedir. Bu düzenlemeye göre, *“birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki koordinasyon yönetim tarafından sağlanır. Yönetim, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirir”*. Bu hükmün değerlendirilmesi ile isabetli olarak, iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde kurulmuş olan asıl işveren alt işveren ilişkisinde de, yönetimin diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda işverenleri uyarabileceği belirtilmiřtir¹⁹.

Ekleyelim ki, asıl işveren ve alt işveren arasındaki koordinasyona ilişkin bir hüküm de risk değerlendirmesine ilişkindir. Bu düzenleme risk değerlendirmesi yükümlölüğüne dair başlıkta ayrıca incelenecektir.

B. İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlölüğü

1. Genel Olarak

6331 sayılı Kanun, işverene, özellikle işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değerikliğinde, iş ekipmanının değermesi halinde veya yeni teknoloji uygulanması halinde çalışanlara eğitim verme yükümlölüğü getirmiştir (m. 17)²⁰. Bu yükümlölük, ne tür sözleşme ile çalıştıklarına bakılmaksızın tüm çalışanlar ile çırak ve stajyerler için söz konusudur²¹. Eğitimler, değerşen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenilenir, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanır. alışan temsilcileri özel olarak eğitilir. Ayrıca mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işe ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenler çalıştırılmaz (m. 17/3).

İş kazası geçiren veya meslek hastalığına yalanan çalışana işe başlamadan önce, söz konusu kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları ve güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verilir. Ayrıca, herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalanlara, tekrar işe başlatılmadan önce bilgi yenileme eğitimi verilir (m. 17/4).

6331 sayılı Kanun m. 17 kapsamında verilecek

17 Alpagut, Genel Esaslar, s. 40. Düzenlemede açıkça asıl işveren alt işveren ilişkisine yer verilmemiş olmasına rağmen bu hükmün kıyasen uygulanacağı yönünde bkz.: Aydınlı, Özellikler ve Hukuki Sorumluluk, s. 40.

18 Akın, Levent: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi (Hukuki Sorumluluk)”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Faköltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Cilt 20, Sayı 1, Yıl 2014, s. 672.

19 Aydınlı, Özellikler ve Hukuki Sorumluluk, s. 40; Belve-

renli, Demet: “Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlölükleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Faköltesi Mecmuası, Cilt 74, Özel Sayı, Yıl 2016, s. 199.

20 Bu yükümlölük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Ekmekçi, Örgütlenme, s. 48 vd.; Ekmekçi, Ömer: “İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları”, MESS Mercak Dergisi, Yıl 2006, Sayı 41, s. 100 vd.; Kılış, İlknur / Demir, Seçil: “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlölüğü Üzerine Bir İnceleme”, alışma İlişkileri Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, Yıl 2012, s. 24 vd.; Yılmaz, Yükümlölükler, s. 61 vd.; Akın, Alt İşverenlik, s. 157 vd.; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 288 vd.

21 Ekmekçi, Örgütlenme, s. 51; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 289.

eğitimin maliyeti çalışanlara yansıtılamaz. Eğitimlerde geçen süre çalışma süresinden sayılır²². Eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması hâlinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilir (m. 17/son).

Eğitime ilişkin ayrıntılı düzenlemeler, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te²³ yer almıştır. Yönetmelik uyarınca işveren, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ile ilgili; programların hazırlanması ve uygulanmasını, eğitimler için uygun yer, araç ve gereçlerin temin edilmesini, çalışanların bu programlara katılmasını ve katılımların eğitim katılım tutanağı ile kayıt altına alınmasını ve program sonunda katılanlar için eğitim belgesi düzenlenmesini sağlamakla yükümlüdür (m. 5).

Doktrinde yönetmelikte eğitimin kapsamını açıkça belirleyen bir hükmün bulunmaması eleştirilirken²⁴, yapılan son değişiklikle iş sağlığı ve güvenliği eğitimi ayrımlara tabi tutulmuş ve yenilenen yönetmeliğin 1 nolu ekinde eğitimin içeriğine dair konu başlıkları yer almıştır. Yönetmeliğin yeni hali uyarınca eğitimler temel eğitim, işe başlama eğitimi ve uzaktan eğitim olarak üçe ayrılır. Temel eğitim 1 nolu ekte yer alan konuları içeren ve düzenli aralıklarla tekrarlanan eğitimidir. Yönetmelik ekine göre işçiye verilecek temel eğitim; genel konular²⁵, sağlık konuları²⁶, teknik konular²⁷ ve di-

ğer konular²⁸ şeklinde dört tür başlık içermelidir. Yönetmelik m. 6 uyarınca temel eğitim, çalışan işe başladıktan sonra en kısa sürede verilmelidir.

Temel eğitim m. 6/4 uyarınca çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yılda en az bir defa, tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde iki yılda en az bir defa ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde üç yılda en az bir defa tekrarlanmalıdır. Bunun dışında çalışma yeri veya iş değişikliği, iş ekipmanının değişmesi, yeni teknoloji uygulanması veya çalışanın iş kazası ve meslek hastalığı geçirdikten sonra yeniden işe dönmesi halinde ilave eğitimler ve herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalmış çalışana yenileme eğitimi verilmelidir. Çalışanlara verilecek temel eğitimler m. 11/1 uyarınca işin devamı süresince belirlenen düzenli aralıklar içinde, az tehlikeli işyerleri için en az sekiz saat, tehlikeli işyerleri için en az on iki saat, çok tehlikeli işyerleri için en az on altı saat olarak her çalışan için düzenlenir. Eğitim sürelerinin bütün olarak değerlendirilmesi esas olmakla birlikte bir saatten az olmamak kaydıyla işyerindeki vardiya ve benzeri iş programları da dikkate alınarak farklı zaman dilimlerinde de değerlendirilebilir (m. 11/3).

İşe başlama eğitimi ise çalışan fiilen çalışmaya başlamadan önce, çalışanın yapacağı işe, varsa kullanacağı iş ekipmanına ve işyerine özgü iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini içeren konularda uygulamalı olarak verilen eğitimidir. Yönetmelik m. 6/2 uyarınca işe başlama eğitimleri, temel eğitimlerin gerçekleştirilmesine kadar geçen sürede çalışanın tehlike ve risklere karşı korunmasını sağlayacak nitelikte olmalı ve uygulamalı olarak verilmelidir. Bu eğitim her çalışan için en az iki saat olarak düzenlenir. Bu eğitimlerde geçen süreler temel eğitim sürelerinden sayılmaz.

Uzaktan eğitim ise, iletişim teknolojileri ara-

22 Eğitimin verilmesinde işveren kadar işçinin de menfaati olduğu, dolayısıyla eğitim süresinin iş süresinden sayılmamasının daha isabetli olacağı görüşü için bkz.: Ekmekçi, Örgütlenme, s. 58.

23 RG 15.05.2013, 28648.

24 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 401. Yazar Fransız İş Kodu hükümlerini örnek göstermektedir.

25 Genel konular, Yönetmelik ekinde çalışma mevzuatı ile ilgili bilgiler, çalışanların yasal hak ve sorumlulukları, işyeri temizliği ve düzeni, iş kazası ve meslek hastalığından doğan hukuki sonuçlar olarak belirtilmiştir.

26 Sağlık konuları meslek hastalıklarının sebepleri, hastalıktan korunma prensipleri ve korunma tekniklerinin uygulanması, biyolojik ve psikososyal risk etmenleri, ilkyardım, tütün ürünlerinin zararları ve pasif etkilenimdir.

27 Teknik konular; kimyasal, fiziksel ve ergonomik risk etmenleri, elle kaldırma ve taşıma, parlama, patlama, yangın ve yangından korunma, iş ekipmanlarının güvenli kullanımı, ekranlı araçlarla çalışma, elektrik, tehlikeleri, riskleri ve önlemleri, iş kazalarının sebepleri ve korunma prensipleri ile tekniklerinin uygulanması, güvenlik ve sağlık işaretleri, kişisel koruyucu donanım kullanımı, iş

sağlığı ve güvenliği genel kuralları ve güvenlik kültürü, tahliye ve kurtarma hususlarıdır.

28 Bu konulara örnek olarak Ek-1'de çalışanın yaptığı işe özgü yüksekte çalışma, kapalı ortamda çalışma, radyasyon riskinin bulunduğu ortamlarda çalışma, kaynakla çalışma, özel risk taşıyan ekipman ile çalışma, kanserojen maddelerin yol açtığı olası sağlık riskleri ve benzeri konular gösterilmiştir.

cılığıyla elektronik ortamda gerçekleştirilen eğitim faaliyetlerini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle uzaktan eğitim, aslında farklı konu veya amaç içeren bir eğitim türü değil, sadece eğitim verilmesini kolaylaştırmayı amaçlayan bir tekniktir. Bu şekilde verilebilecek eğitimler, m. 12/7 uyarınca, işyerinde ilk defa verilecek temel eğitimler hariç olmak üzere, çalışanlara tekrar verilecek temel eğitimlerdir. Bu yöntemin kullanılabilmesi için diğer şart, işveren tarafından işe ve işyerine özgü içeriğin hazırlanması ve gerekli uzaktan eğitim yönetim sisteminin sağlanmış olmasıdır.

Yönetmelik m. 13'te ilgili iş sağlığı güvenliği eğitimlerini verebilecek kişi ve kuruluşlar iki fıkraya ayrılarak sayılmıştır. İlk olarak m. 13/1 uyarınca eğitimler, işyerinde sağlık ve güvenlik hizmetini yürüten iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri, çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi ve niversiteler ile kamu kurum ve kuruluşlarının eğitim birimleri tarafından verilebilecektir. Bunların yanında m. 13/2'ye göre; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi, işveren ve kamu görevlileri kuruluşları veya bu kuruluşlarca kurulan eğitim vakıfları ve ortaklaşa oluşturdukları eğitim merkezleri, Bakanlıkça yetkilendirilmiş eğitim kurumları, çalışanlara ücretsiz eğitim hizmeti veren ve kamu yararına kuruluş statüsüne haiz, eğitim amaçlı kurulmuş vakıflar da bu eğitimleri vermeye yetkilidir. İkinci grupta yer alan kurum ve kuruluşlar bu eğitimleri bünyelerinde görevli işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı eğitici belgesine veya iş güvenliği uzmanlığı belgesine veya işyeri hekimliği belgesine sahip kişiler aracılığı ile verebilirler. Ancak bu durumda eğiticilerin uzmanlık alanının temel eğitim konularına uygun olması şartı aranacaktır (m. 13/3).

2. Alt işveren ilişkisinde iş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Ykmllğ

Alt işveren ilişkisi kurulmuş olan işyerlerinde çalışanların eğitimine ilişkin esaslar da Yönetmelikte yer almaktadır. Buna göre, 4857 sayılı iş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında belirtilen

asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, her işveren kendi çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesinden sorumludur. Dolayısıyla alt işveren ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesi bakımından da genel esas geçerlidir (m. 5/3). Daha açık bir ifade ile, her iki işveren, ilgili Yönetmelikte yer alan ve yukarıda başlıkta açıkladığımız hususlara uygun şekilde kendi işçilerini eğitecektir.

Çalışanların eğitimlerine ilişkin gerek Kanun gerekse Yönetmelik hükümleri, asıl işverene alt işverenin işçilerine doğrudan eğitim verme yükümlülüğü yklememektedir²⁹. Bu doğrultuda, alt işveren bağımsız bir işveren olduğundan, kendi işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli eğitimleri vermekle yükümlüdür. Kaldı ki asıl işverenin, alt işveren işçisine doğrudan emir ve talimat verme yetkisi de bulunmadığından, doğrudan bir eğitim verme yükümlülüğünden de bahsedilemez³⁰.

Hükmün devamında işverenlerin bu eğitimlere dair karşılıklı yükümlülüklerine yer verilmiştir. Buna göre, bu işyerlerinde alt işverenin çalışanlarının eğitimleri ile ilgili asıl işveren alt işverence bilgilendirilir. Asıl işveren, alt işverenin çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine dair belgeleri kontrol etmekle yükümlüdür. Ayrıca asıl işveren, alt işverenin çalışanlarına işe başlamadan önce işyerine özgü risklere ilişkin bilgi verir (m. 5/3).

Eğitim verme yükümlülüğünün alt işverenlik ilişkisinde gösterdiği bir diğer özellik, 6331 sayılı Kanunun 17. maddesinde ve Yönetmelik m. 5/4'te yer almaktadır. Buna göre, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılacak sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar işe başlatılamaz. Maddede yer alan "başka işyerinden

29 Ekmekçi, rgtlenme, s. 51; Ekmekçi, Tasarı Taslağı, s. 102; zdemir, iş Sağlığı ve Güvenliği, s. 371.

30 Ekmekçi, rgtlenme, s. 51; Ekmekçi, Tasarı Taslağı, s. 102; zdemir, iş Sağlığı ve Güvenliği, s. 371.

çalışmak üzere gelen çalışanlar" ifadesi, eser sözleşmesi ile çalışan müteahhit işçileri veya kamu görevlileri bakımından geçici görevle gelenlerin yanı sıra,³¹ alt işveren nezdinde çalışanları³² ve geçici işçileri de kapsamaktadır.

Yönetmelik m. 6/7, işyeri değişmesine rağmen yaptığı iş değişmeyen çalışanların temel eğitimi bakımından bir kolaylık öngörmüştür. İlgili hükme göre, bir işyerinde temel eğitimini tamamladıktan sonra yaptığı iş değişmeden yeni bir işyerinde çalışmaya başlayan çalışanın, temel eğitim programının tamamını tekrarlanmaksızın, yalnızca yeni başladığı işyerine özgü riskler ile korunma tedbirlerini içeren konularda eğitilecektir. Çalışanın daha önceki işyerinde temel eğitimi tamamladığına dair belgelerinin kontrolünden ise sonraki işveren sorumlu tutulmuştur. Bu çalışanların temel eğitimleri, çalışanın eğitimi tamamladığı tarihten itibaren yeni başladığı işyerinin tehlike sınıfına göre dördüncü fıkrada belirtilen düzenli aralıklar süresince geçerlidir. Diğer bir deyişle temel eğitimin tekrarı için aranan süre, çalışanın aynı işi yaptığı yeni işyerinde çalışmaya başlamasıyla sınırlanmayacak, önceki işyerindeki eğitimin tamamlanmasıyla başlayan süre devam edecektir. Bu hükümler, Yönetmelik m. 5/5 uyarınca, hem alt işveren ilişkisinde, hem de geçici iş ilişkisinde uygulanacaktır.

Özetle, asıl işveren alt işveren ilişkisinde her işveren kendi işçilerini eğitmekle yükümlü olmakla birlikte; asıl işveren buna ek olarak, alt işveren işçilerinin eğitimlerine dair belgeleri kontrol etmekle ve tehlikeli veya çok tehlikeli sınıfa giren bir işyeri söz konusuysa gerekli eğitimi almayan alt işveren işçisini çalıştırmamakla yükümlüdür.

C. Çalışanların Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

İş sağlığı ve güvenliği organizasyonunda çalışanların da katılımını sağlamak isteyen 6331 sayılı Kanun, bu doğrultuda işverene çalışanları belirli konularda bilgilendirme görevi yüklemiştir³³. Belirtelim ki bilgilendirme yükümlülüğü eğitim yükümlülüğünden farklıdır. Zira bilgilendirme eğitimden farklı olarak tek taraflı olduğundan, ölçme ve değerlendirme içermez³⁴.

Kanunun 16. maddesi uyarınca işveren, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar ve ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler konularında bilgilendirmekle yükümlüdür. Ayrıca işveren; ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında derhal bilgilendirir. Risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili koruyucu ve önleyici tedbirler, ölçüm, analiz, teknik kontrol, kayıtlar, raporlar ve teftişten elde edilen bilgilere, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin ulaşmasını sağlar (m. 16/2).

2. Alt İşveren İlişkisinde Çalışanların Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü

6331 sayılı Kanun işvereni sadece kendi çalışanlarını bilgilendirmekle yükümlü tutmamıştır.

31 Alpagut, Gülsevil: "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi", İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Semineri, TİSK Yayınları, Ankara 2012, s. 38.

32 Aydın, İbrahim: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısında ve/veya Kanununda Alt İşveren- "Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar" Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme" (Başka İşyerinden), Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 26, Haziran 2012, s. 21.

33 Bu yükümlülük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Akın, Levent: "Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, Sayı 25, s. 35 vd.; Yılmaz, Fatih: "Risk Değerlendirmesinde Yöntem Sorunu ve Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği Taslağı Üzerine Bir Değerlendirme (Değerlendirme)", Mercek Dergisi, Nisan 2012, s. 111 vd.; Yılmaz, Yükümlülükler, s. 56 vd.; Akın, Alt İşverenlik, s. 99 vd.; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 277 vd.; Özkılıç, Özlem: İş Sağlığı ve Güvenliği, Yönetim Sistemleri ve Risk Değerlendirme Metodolojileri, Ocak 2019, www.tisk.org.tr, s. 62 vd.

34 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 278.

Kanunun düzenlemesine göre işveren, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar ve ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişilere dair bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür (m. 16/2). Düzenlemede yer alan “başka işyerlerinden gelen çalışanlar” ibaresinin alt işveren işçilerini ve geçici işçileri kapsadığı doktrinde belirtilmektedir³⁵. 6331 sayılı Kanun m. 16, başka işyerlerinden gelenlerin “işverenlerinin” bilgilendirilmesini yeterli görmüş, başka işyerlerinden gelen çalışanların bilgilendirilmesine dair bir yükümlülük getirmemiştir.

Bilgilendirme yükümlülüğüne dair bir başka hüküm ise İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği’nde³⁶ yer almaktadır. Bu düzenleme işverenin başka işyerinden gelen çalışanları bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin Kanunda belirtilen esas bir adım ileri taşımış ve hem bunların işverenlerinin hem de başka işyerinden gelen çalışanların işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile düzeltici ve önleyici tedbirler hakkında bilgilendirileceğini belirtmiştir (m. 16).

Alt işveren işçilerinin bilgilendirilmesine ilişkin son hüküm ise, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 5/3’te yer bulmuştur. İlgili fıkranın son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin çalışanlarına işe başlamadan önce işyerine özgü risklere ilişkin bilgi verir.

Kanunda ve Yönetmeliklerde farklı düzenlemelerin yer alması, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı bilgilendirme yükümlülüğü bulunup bulunmadığına dair farklı görüşler doğurmuştur.

Her iki düzenlemeyi bir arada değerlendiren ilk görüş, asıl işverenin yalnızca alt işvereni değil, alt işverenin işçilerini de riskler hakkında doğrudan bilgilendirmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir³⁷. İkinci görüş ise asıl işverenin yalnızca ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan işçilerini doğrudan bilgilendirmekle yükümlü olduğunu, bu tehlikelere maruz kalmayan işçiler bakımından yalnızca alt işvereni bilgilendirmekle yükümlü olduğunu savunmaktadır³⁸. Nihayet son görüş ise asıl işverenin sadece alt işvereni bilgilendirmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir³⁹. Kanaatimizce de her iki hükmün birlikte değerlendirilmesi ve asıl işveren tarafından işyerindeki alt işveren işçilerinin sağlık ve güvenlik riskleri ile düzeltici ve önleyici tedbirler hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Bilgilendirmenin şekline dair mevzuatta bir hüküm bulunmamakla birlikte, doktrinde bu bilgilendirmenin yazılı şekilde yapılması isabetli bulunmuştur⁴⁰.

D. Risk Değerlendirmesi Yapma/ Yaptırma Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

6331 sayılı Kanun ile yasal zemine oturtulmuş olan risk değerlendirmesi, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilmesi, bu risklerin bertaraf edilmesine ve bertaraf edilemeyenlerin kabul edilebilir düzeye indirilmesine yönelik risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması, uygulanması ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla yapılması gereken sistematik ve dinamik çalışmalar olarak tanımlanabilir. Risk değerlendirmesi ile kastedilen husus özetle, işyerlerinde var olan veya var olması muhtemel tehlikelerin, işçi, işyeri ve çevresine verebileceği zararların önceden tespit edilerek alınacak tedbirlerin belirlenmesi çalışmasıdır. Risk değer-

35 Aydın, Başka İşyerinden, s. 21. Alt işveren işçilerinin yanında, eser sözleşmesi ile iş alan müteahhidin işçilerinin de bu kapsamda olduğu yönünde bkz. Alpagut, Genel Esaslar, s. 41; Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 166.

36 RG 29.12.2012, 28512.

37 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 371.

38 Aydın, Özellikler ve Hukuki Sorumluluk, s. 38.

39 Alpagut, Genel Esaslar, s. 41; Süzek, İş Hukuku, s. 882.

40 Alpagut, Genel Esaslar, s. 41; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 280-281.

lendirmesinin amacı, mevcut risklerin neler olduğunun, nerelerden kaynaklandığının, kimleri etkilediğinin, kabul edilebilir olup olmadığının ve önleme faaliyetlerinin belirlenmesidir. Böylece işveren, tehlikeleri tanıyıp riskleri önceden belirleyecek, kazaları önleyerek kayıpların azalmasını sağlayabilecektir. Diğer bir anlatımla risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliği yönetiminin ilk adımıdır⁴¹.

6331 sayılı Kanun m. 10 uyarınca işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. Risk değerlendirmesi yapılırken; belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu, kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimi, işyerinin tertip ve düzeni, genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu dikkate alınacaktır.

İşveren risk değerlendirmesini kendisi yapabileceği gibi, risk değerlendirmesi yapma yetkisine sahip kişilere yaptırabilecek veya bu hizmeti dışarıdan alabilecektir. İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği uyarınca işveren, risk değerlendirmesini başka kişi veya kişiler tarafından yaptırmaları halinde, bu kişi veya kişilere risk değerlendirmesi ile ilgili ihtiyaç duydukları her türlü bilgi ve belgeyi temin etmekle yükümlüdür (m.5/3).

Risk değerlendirmesi işverenin oluşturacağı bir ekip tarafından yapılır. Bu ekipte işveren veya işveren vekili, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, çalışan temsilcisi, destek elemanları ve riskler konusunda bilgi sahibi olan çalışanlar yer alır (Yönetmelik m. 6/1). İşveren bu ekibin çalışmalarını koordine etmek ve ihtiyaç duydukları araç gereç, mekan ve zamanı sağlamakla yükümlüdür.

Yönetmelik m. 7 uyarınca risk değerlendirmesi; tüm işyerleri için tasarım veya kuruluş aşamasından başlamak üzere tehlikeleri tanımlama,

riskleri belirleme ve analiz etme, risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması, dokümantasyon, yapılan çalışmaların güncellenmesi ve gerektiğinde yenileme aşamaları izlenerek gerçekleştirilir⁴². Ayrıca bu çalışma yapılırken ihtiyaç duyulan her aşamada çalışanların sürece katılması sağlanarak görüşleri alınır.

Yönetmelik uyarınca yapılmış olan risk değerlendirmesi; tehlike sınıfına göre çok tehlikeli, tehlikeli ve az tehlikeli işyerlerinde sırasıyla en geç iki, dört ve altı yılda bir yenilenir (m. 12/1).

2. Alt İşveren İlişkisinde Risk Değerlendirmesi Yapma/Yaptırma Yükümlülüğü

Risk değerlendirmesi yapma veya yaptırma yükümlülüğünün alt işveren ilişkisinde nasıl paylaşılacağı yine İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği m. 15'te yer almıştır. Buna göre bir işyerinde bir veya daha fazla alt işveren bulunması halinde; her işveren yürüttüğü işlerle ilgili olarak gereken risk değerlendirme çalışmasını yapar veya yaptırır. Bu doğrultuda genel kural, her işverenin kendisi için ayrı bir risk değerlendirmesi yapmasıdır.

Şüphesiz ki alt işverenin asıl işverenin işyerinde iş görüyor olması, her iki işverenin işçileri için bazı ortak tehlike ve risklerin varlığı sonucunu doğurur. Bu doğrultuda Yönetmelik m. 15/1-b uyarınca, alt işverenlerin risk değerlendirmesi çalışmaları konusunda asıl işverenin sorumluluk alanları ile ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeler asıl işverence sağlanacaktır.

Risk değerlendirmesi bakımından koordinasyon görevi ise Yönetmelik'te asıl işverene bırakılmıştır. İlgili hükme göre asıl işveren, alt işverenlerce yürütülen risk değerlendirmesi çalışmalarını denetler ve bu konudaki çalışmalarını koordine eder (m. 15/1-c). Alt işverenler hazırladıkları risk değerlendirmesinin bir nüshasını asıl

41 Sabuncu, Hilmi: "Yasalarda Risk Kavramı, İş Sağlığı Veri Tabanı ve Risk Değerlendirmesi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 6/2005, s. 636; Yılmaz, Değerlendirme, s. 111; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 234.

42 Risk değerlendirmesinin aşamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Akpınar, Teoman: İş Sağlığı ve İş Güvenliği, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2013, s. 168 vd.; Bulut, Mehmet / Orhan, Sadettin: İş Sağlığı ve Güvenliği, Bilge Yayınevi, Ankara 2017, s. 88 vd.

işverene verir. Asıl işveren; bu risk değerlendirmesi çalışmalarını kendi çalışmasıyla bütünleştirerek, risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar (m. 15/2).

Özellikle çok sayıda alt işverenin bulunduğu işlerde, işin arz ettiği tehlikeler nedeniyle kazaların çoğu kez koordinasyon eksikliğinden ortaya çıktığı bilindiğinden, koordinasyon görevinin asıl işverene verilmesi ve asıl işverenin alt işverenin risk değerlendirmesinin bir örneğini alarak kendi çalışmalarıyla bütünleştirmesi doktrince yerinde bulunmuştur⁴³. Ancak, asıl işverene yüklenen risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izleme, denetleme ve uyumsuzlukların giderilmesini sağlama yükümlülüğü, alt işvereni uzmanlığa bağlayan sistem ile bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁴. Zira uzmanlık gerektiren iş nedeniyle kurulan alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işverenin kendisinin yaptığı risk değerlendirmesini kendisinin uygulaması daha yerindedir.

II. Asıl İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Sorumluluğu

A. Sorumlulukta Temel Esas: Müteselsil Sorumluluk

4857 sayılı İş Kanunu m. 2/6 uyarınca, asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Bu esas, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu tazminat sorumluluğu için de geçerlidir⁴⁵. Belirtelim ki; asıl işverenin bu so-

rumluluğunu ortadan kaldırmak konusunda alt işverenle yaptığı sözleşme işçiyi bağlamaz⁴⁶. Asıl işveren, müteselsil sorumluluk ilkesi gereği alt işverene ait bir yükümü yerine getirdiğinde, alt işverene rücu etme hakkı doğacaktır. İşverenlerin sorumluluklarına ilişkin aralarında yaptıkları sözleşme hükümleri, ancak bu aşamada dikkate alınabilir⁴⁷.

B. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Temeli

İş sağlığı ve güvenliği mevzuatının alt işverenlik ilişkisinin mevcut olduğu işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunu sağlama ve hatta alt işverenin bazı yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleme görevini doğrudan asıl işverene yüklemiş olması, asıl işverenin bu yükümlülükleri ihlal etmesinin sorumluluğuna etkisini incelemeyi gerektirmiştir.

Asıl işverenin sorumluluğunu *normun koruma amacına dayandıran görüş* uyarınca,⁴⁸ sözleşme kurma amacıyla veya başka bir nedenle sosyal temasa geçen kişiler, birbirlerinin edim dışındaki mal ve şahıs varlıklarına zarar vermemekle yükümlüdürler. Ayrıca taraflar, kendi hukuki alanları içinde bulunan diğer şahısları da koruma yükümlülüğü altındadırlar. Temelinde sosyal adalet düşüncesinin yer aldığı iş hukukunda da

Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2014, s. 131 vd.; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 357-358; Süzek, İş Hukuku, s. 171; Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 51; YHGK 2011/21-290, 2011/361, 25.05.2011; Y21HD, 2017/1856, 2018/7866, 30.10.2018.

46 Canbolat, Talat: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, s. 74-75; Akyiğit, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 81; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 357-358; Süzek, İş Hukuku, s. 172; Y21HD, 2013/16438, 2013/22558, 03.12.2013; Y21HD, 2010/12246, 2011/5270, 07.06.2011.

47 Akyiğit, a.g.e., s. 182-183; Süzek, İş Hukuku, s. 172.

48 Başbuğ, Aydın: "Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar (Borç İlişkisi)", Kamu-İş Dergisi, Cilt 4, Sayı 3, Yıl 1998, s. 65 vd.; Aydın, İbrahim: "İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım (Normun Koruma Amacı)", Kamu-İş Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, Yıl 2005, s. 1 vd.

43 Alpagut, Gülsevil: "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı", İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasa Tasarısı Akademik Görüşler ve Eleştiriler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 47; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 373-374.

44 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 372-373.

45 Aktay, Nizamettin / Arıcı, Kadir / Senyen Kaplan, Emine: İş Hukuku, 6. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s. 35;

bu ilkeden hareketle, işverenin iş organizasyonu içinde bulunan işçinin korunma hususunda menfaati söz konusu olur. Bu noktada, "sözleşmenin nisbiliği" temel prensibinden ayrılarak, alt işverenlik ve geçici iş ilişkisi kurulması halinde, asıl işverenin ya da ödünç alan işverenin doğrudan işçi ile bir borç ilişkisine girdiği kabul edilmelidir. Bu durum da taraflar arasında "edimden bağımsız bir borç ilişkisi" doğurur. Temelinde dürüstlük kuralı yatan bu görüşün bir dayanağı da, alt işverenin çalıştırdığı kişiler yararına iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin koruyucu önlemleri alabilecek tek kişinin asıl işveren olduğu düşüncesidir. Zira asıl işverene ait işyerinde alt işverenin önlem almasını beklemek, kendisine başkasının işyerinde tasarruf etme yükümlülüğünü de yüklemek anlamına gelecektir. Bu hususta da alt işverenin fiziken ve hukuken yetersiz olacağı açıktır.

Belirtelim ki; bu görüş sahipleri 4857 sayılı İş Kanununda yer alan müteselsil sorumluluk esasını, normun koruma amacının bir yansıması olarak görmekte; ancak bu düzenlemeyi iş sağlığı ve güvenliği hususunda yetersiz bulmaktadırlar⁴⁹. Bu eleştiriye göre asıl işverenin, borç ilişkisinin bizzat tarafı olduğundan hareketle sorumlu olacağı şeklinde bir düzenleme yapılması ve kusurun bu doğrultuda belirlenmesi daha doğrudur⁵⁰.

Eklemek gerekir ki; normun koruma amacına dayanan görüşü bütünüyle kabul etmemekle birlikte, asıl işverenin alt işveren nezdinde çalışanlara karşı yine dürüstlük kuralının gereği olarak bazı yükümlülükleri bulunduğu belirtilen bir görüş de mevcuttur⁵¹.

Edimden bağımsız borç ilişkisine dayanan görüş doktrinde çoğunluk tarafından çeşitli açılardan eleştirilmiş ve kabul görmemiştir. Örneğin *asıl işverenin sorumluluğunun sınırlı oluşundan hareket eden bir görüş*, normun koruma amacından yola çıkılamayacağını, zira asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin sorumluluğu ile sınırlı olduğunu belirtmektedir. Bağımsız ve sınırsız olmayan bir sorumluluğun, asıl işveren ile alt işverenin çalışanı arasında doğrudan bir borç ilişkisinin varlığı kabul edilerek sınırsızlaştırılması mümkün değildir⁵².

Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş⁵³ ise, sorumluluğun ve şahsi kusurun "*alanların ayrıştırılması*" ile belirlenmesi gerektiğini belirtmekte ve buradaki sorumluluğun normun koruma amacı teorisine göre belirlenemeyeceğini savunmaktadır. Zira alt işverenlik uzmanlık gerektiren bir iştir ve bu işin risklerini asıl işverenin belirlemesi mümkün değildir⁵⁴. Bu nedenle asıl işverenin kusur oranı ve sorumluluğu hakimiyet alanı ile sınırlanmalıdır. Bu doğrultuda ilk olarak asıl işveren ile alt işverenin kullanım alanları ayrıştırılmalı; bu ayrıştırmanın ardından kazaya etki eden nedenler belirlenmelidir. Bu belirleme için ise öncelikle, işverenlerin coğrafi alanları ve araçlarından oluşan işyerleri ayrılmalıdır⁵⁵. Söz gelimi asıl işverenin forkliftinden yararlanan bir alt işveren çalışanı bu forkliftteki bir kusur sebebiyle kazaya uğrarsa, burada asıl işverenin de kusurlu olduğu kabul edilmelidir⁵⁶. Bu görüş uyarınca alanların ayrıştırılmasının ardından, kazaya etki eden nedenler belirlenmeli ve bu nedenlerin hangi işverenlerin yükümlülüklerine aykırıktan kaynaklandığı tespit edilmelidir. Bu doğrultuda söz gelimi asıl işverene ait olan koordinasyon yü-

49 Aydınli, Normun Koruma Amacı, s. 12; Başbuğ, Borç ilişkisi, s. 63 vd.

50 Aydınli'ya göre, asıl işverene 6331 sayılı Kanunla getirilen doğrudan yükümlülükler, bu yükümlülüklerle aykırılık halinde yine doğrudan asıl işverenin sorumluluğunu doğurur. Bu sebeple asıl işverenin bu aykırılıklar sebebiyle ödediği tazminat dolayısıyla alt işverene rücu hakkının olmadığı kabul edilmelidir. Aydınli, Özellikler ve Hukuki Sorumluluk, s. 42.

51 Aykaç, Hande Bahar: İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Basım Yayım, İstanbul 2011, s. 219 vd.

52 Narmanlioğlu, Ünal: "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 63.

53 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 383.

54 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 378-379.

55 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 382.

56 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 383. Yazar bu sebeple asıl işverenin araçlarının alt işveren çalışanları tarafından kullanılmasını işverenin sorumluluğu açısından riskli bulmaktadır.

kümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle oluşan kazada, asıl işverenin sorumluluğu doğacaktır⁵⁷.

Son olarak, edimden bağımsız borç ilişkisi yaratmaya gerek olmadığını, zira mevzuatta asıl işverene yüklenen görevlerin belirlenmiş olduğunu belirten bir görüş de mevcuttur⁵⁸. Ayrıca bu görüş, iki işverenin işyerlerinin iç içe geçtiğini ve bu alanları ayırıştırmanın güç olabileceğini belirtmektedir⁵⁹. Söz gelimi beyaz eşya üreten asıl işverenin nakliye işini üstlenen alt işverenin işyerimi tespit etmek kolayken, bir fabrikadaki bakım onarım işini üstlenen alt işverenin işyerini bağımsız olarak tespit etmek güçtür. İşyerlerinin fiziki olarak ayırt edilemediği hallerde, bu görüşe göre, işyerinin asıl işverenin hakimiyet alanında olduğu ve asıl işverenin sorumlu olacağı kabul edilmelidir.

Gerçekten de mevzuat, asıl işverene koordinasyonu sağlama görevi vermiş ve iş sağlığı ve güvenliğine dair yükümlülükler getirmiş olduğundan, buna aykırılık halinde kendisine kusur atfedileceği aşikardır. Söz konusu düzenlemeler varken ayrıca edimden bağımsız borç ilişkisinin varlığını kabul etmek gerekli görünmemektedir. Bunun yanında, kusur oranı belirlenirken, edimden bağımsız bir borç ilişkisi doğduğundan bahisle, asıl işverenin sorumluluk alanını genişleterek sonuca gitmek isabetli olmayacaktır. Kaldı ki asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında doğrudan bir borç ilişkisinin varlığını kabul etmek İş Kanunu ile de bağdaşmayacaktır. Bu sebeple mevzuatta yer alan yükümlülükler esas alınarak, söz gelimi bir iş kazasına neden olan olgunun hangi işverenin yükümlülüğüne aykırılıktan doğduğu incelenerek sorumluluk ve kusur paylaşımına gitmek daha yerindedir.

Ekleme gerekir ki, işyerini fiziki anlamda kati sınırlar ile iki işverenin alanlarına bölmek her zaman mümkün olmayacak ve isabetli sonuç vermeyecektir. Nitekim asıl işverene yüklenen ödev-

lerden söz gelimi bilgilendirme yükümlülüğü, işyerinin fiziki alanından bağımsız bir yükümlülüktür. Dolayısıyla asıl işverenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin etkisiyle oluşan bir kazada, işyerinin hangi alanında kazanın gerçekleştiğini araştırmak isabetli olmaz.

Mahkeme kararlarında ise, asıl işveren ve alt işverenin kusur oranlarının bilirkişilerce veya iş müfettişlerince belirlendiği ve sorumluluğun kusur oranları doğrultusunda paylaştırıldığı görülmektedir⁶⁰. Nitekim Yargıtay kararlarında da öncelikle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının incelendiği, ardından da yerel mahkeme kararına dayanak alınan kusur raporuna göre işverenlerin müteselsil sorumlu olacağı yönünde sonuca gidildiği görülmektedir⁶¹. Ancak Yargıtay, alınan raporun iş sağlığı ve güvenliği alanında uzman kişilerce verilmiş olması halinde hükme esas alınamayacağını da belirtmektedir⁶². Ayrıca Yüksek Mahkeme, "özellikle yapılan işin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken tedbirlerin neler olduğu göz önünde tutulmak suretiyle, incelenmesi, işverenin hangi önlemi almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranının hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi gerektiği" yönünde kararlar vermekte ve bu özellikleri taşımayan raporların hüküm verilirken dikkate alınamayacağını belirtmektedir⁶³.

Sonuç

İş sağlığı ve güvenliği mevzuatı işverene oldukça geniş kapsamlı yükümlülükler getirmekle

57 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 384.

58 Akın, Alt İşverenlik, s. 213.

59 Akın, Alt İşverenlik, s. 213.

60 Bu durum, çoğunlukla kusur oranlarının hiçbir mantıksal ve bilimsel temele dayanmadan dağıtıldığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 380.

61 Y21HD, 2013/19247, 2014/1720, 10.02.2014; Y21HD, 2013/22059, 2014/1216, 27.01.2014; YHGK, 2010/21-739, 2011/5, 02.02.2011; Y21HD, 2004/6109, 2004/6535, 01.07.2004.

62 Y10HD, 2013/14278, 2014/5790, 13.03.2014.

63 YHGK, 2004/21-365, 2004/369, 16.06.2004; Y21HD, 2014/4883, 2014/11494, 27.05.2014; Y21HD, 2013/1744, 2013/21194, 19.11.2013.

birlikte, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulması halinde bu yükümlülüklerin nasıl yorumlanacağını da hem 6331 sayılı Kanun hem de yönetmelikler yoluyla hükme bağlamıştır.

Söz konusu hükümler incelendiğinde ilk tespit edilecek olan husus, yükümlülükler bakımından koordinasyon görevinin asıl işverene verildiğidir. Bu durum doktrinde belirtildiği gibi, alt işveren, önleyici anlayışın daha ilk adımı olan “işyerindeki tehlikeleri ve riskleri belirleme” konusunda asıl işverenin vereceği bilgilere ihtiyaç duyacağından, yerinde bir düzenlemedir. Ancak asıl işverene özellikle risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü kapsamında getirilen “alt işverenin risk değerlendirmesi yapıp yapmadığını denetleme ve tedbirlerin uygulanıp uygulanmadığını denetleme” yükümlülüğünün dar yorumlanması daha uygundur. Nitekim bir işverenin, bir diğerinin risk değerlendirmesi sonucu belirlenen tedbirleri alıp almadığını denetlemekle “yükümlü” kılınması yerinde değildir.

Mevzuatın asıl işverene getirdiği geniş ve doğrudan yükümlülükler, bu yükümlülüklerin ihlali halinde asıl işverenin kusurunun ve sorumluluğunun nasıl belirleneceği konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu doğrultuda asıl işveren ile alt işveren çalışanı arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı halde, aralarında edimden bağımsız bir borç ilişkisi olduğu görüşü öne sürülmüşse de, bu görüş doktrinde çoğunluk tarafından benimsenmemiştir.

Sorumluluk bahsinde ilk olarak belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı Kanunun getirdiği müteselsil sorumluluk esası gereği asıl işveren, alt işveren işçisinin uğradığı iş kazası veya meslek hastalığı sonucu tazminattan sorumlu olacaktır. Ancak her yükümlülük başlığı altında incelendiği üzere asıl işverenin yükümlülükleri mevzuatta belirlenmiş durumdadır. Hal böyle iken edimden bağımsız borç ilişkisi ile sonuca gidilmesi isabetli olmayıp, işverenlerin mevzuatta belirtilen yükümlülükleri ve bu yükümlülüklerle aykırılıklar tespit edilerek hareket edilmesi daha uygundur.

KAYNAKÇA

- Akın, L. (2005), “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 1, s. 1-60.
- Akın, L. (2012), “Risk Değerlendirme Yönetmeliği’nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, Sayı 25, s. 33-43.
- Akın, L. (2013), İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik (*Alt İşverenlik*), Yetkin Yayınları, Ankara.
- Akın, L. (2014), “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Cilt 20, Sayı 1, Yıl 2014.
- Akpınar, T. (2013), İş Sağlığı ve İş Güvenliği, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa.
- Aktay, N.; Arıcı, K.; Senyen Kaplan, E. (2013), İş Hukuku, 6. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara.
- Akyiğit, E. (2013), İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Alpagut, G. (2008), “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı”, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasa Tasarısı Akademik Görüşler ve Eleştiriler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.
- Alpagut, G. (2012), “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı” Semineri, TİSK Yayınları, Ankara.
- Aydınlı, İ. (2005), “İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağlı) Bakımından Bir Yaklaşım (*Normun Koruma Amacı*)”, Kamu-İş Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, s. 1-18.
- Aydınlı, İ. (2012), “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısında ve/veya Kanununda Alt İşveren-“Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar” Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 26, s. 19-24.
- Aydınlı, İ. (2013), “6331 Sayılı Kanunda Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin

- Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk (*Özellikler ve Hukuki Sorumluluk*), Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 30, s. 37-42.
- Ayhan, A. (2003), "Çalışma Hayatımız Bakımından İşyerlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurullarının Oluşturulması ve Önemi", Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 2, Erişim tarihi: 12.03.2018, www.kamu-is.org.tr.
 - Aykaç, H. B. (2011), İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Basım Yayım, İstanbul.
 - Başbuğ, A. (1998), "Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar (*Borç İlişkisi*)", Kamu-İş Dergisi, Cilt 4, Sayı 3, s. 61-78.
 - Başbuğ, A. (2013), İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Şeker-İş Yayınları, Ankara.
 - Belverenli, D. (2016), "Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Özel Sayı, s. 171-221.
 - Bulut, M.; Orhan, S. (2017), İş Sağlığı ve Güvenliği, Bilge Yayınevi, Ankara.
 - Canbolat, T. (1992), Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Kazancı Yayınları, İstanbul.
 - Centel, T. (2013), "İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi (*Kurullar*)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 29, s. 13-23.
 - Çelik, N.; Canbolat, T.; Caniklioğlu, N. (2018) İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul.
 - Demircioğlu, M.; Kaplan, H. A. (2013), "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi" (*İSG Örgütlenmesi*), Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 30, s. 5-23.
 - Ekmekçi, Ö. (2006), "4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi" (*Örgütlenme*), Legal Yayıncılık, İstanbul.
 - Ekmekçi, Ö. (2006), "İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları", Mess Mercek Dergisi, Sayı 41, s. 100-102.
 - Ekmekçi, Ö. (2008), "Anahatlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağı (*Tasarı Taslağı*)", Çimento İşveren, Cilt 22, Sayı 3, s. 4-17.
 - Kılış, İ.; Demir, S. (2012) "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme", Çalışma İlişkileri Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, s. 23-47.
 - Mollamahmutoğlu, H.; Astarlı, M. (2012), İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
 - Narmanlioğlu, Ü. (2008), "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 53-72.
 - Narmanlioğlu, Ü. (2014), İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul.
 - Özdemir, E. (2014), İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (*İş Sağlığı ve Güvenliği*), Vedat Kitapçılık, İstanbul.
 - Özkılıç, Ö. (2019): İş Sağlığı ve Güvenliği, Yönetim Sistemleri ve Risk Değerlendirme Metodolojileri, (Erişim tarihi: 13.02.2019), www.tisk.org.tr.
 - Sabuncu, H. (2005), "Yasalarda Risk Kavramı, İş Sağlığı Veri Tabanı ve Risk Değerlendirmesi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 6, s. 635-649.
 - Sümer, H. H. (2018), İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (*İş Sağlığı ve Güvenliği*), 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
 - Süzek, S. (2019), İş Hukuku (*İş Hukuku*), 17. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul.
 - Yılmaz, F. (2012), "Risk Değerlendirmesinde Yönetim Sorun ve Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği Taslağı Üzerine Bir Değerlendirme (*Değerlendirme*)", Mercek Dergisi, Cilt 17, s. 109-117.
 - Yılmaz, F. (2013), "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri (*Yükümlülükler*)", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 24, Sayı 6, s. 44-69.

İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi

Öz

Bu çalışmada, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işçinin hilesinin hüküm ve sonuçları, işçinin sahip olduğu varsayılan yalan söyleme hakkı ve İş Kanunu m. 25/II,(a) alt bendinde işçinin hilesine ilişkin olarak yer verilen özel düzenleme çerçevesinde, Alman ve İsviçre hukukları da göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmenin neticesinde, işverenin soru sorma hakkı, işçinin aydınlatma yükümlülüğü ile yalan söyleme hakkı arasında-

ki ilişki ortaya konulmuş ve İş Kanunu'nda geçen "esaslı nokta" ifadesinin ne anlama geldiği ve esaslı noktadan hareketle yaratılan ayrımın iş sözleşmesine ve işverenin tazminat hakkına etkilerinin ne olduğu tespit edilmiştir. Tüm bunların sonucunda iş sözleşmesinin kurulmasında işçinin hilesinin hüküm ve sonuçlarının Türk Borçlar Kanunu'nun hile kurumuna ilişkin genel rejiminden büyük ölçüde farklılaştığı anlaşılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

İş sözleşmesinin kurulması, iş görüşmesi, işçinin hilesi, işverenin soru sorma hakkı, işçinin yalan söyleme hakkı, esaslı nokta, sözleşmenin feshi.

Employee's Fraud In The Conclusion Phase Of Employment Contract

Abstract

In this study, the terms and results of employee's fraud in the conclusion phase of employment contract are examined within the frame of employee's presumed right to lie and the special provision for employee's fraud in Art. 25/II,(a) of Labor Code and considering German and Swiss law. As a result of this, the relationship between employer's right to question, employer's right to lie and the obligation to disclose is stated and

the meaning of the context of "essential point" regulated in Turkish Labor Code and the effects of this distinction on the employment contract and employee's liability are determined. In conclusion, it is understood that the terms and results of employee's fraud in the conclusion phase of employment contract differ from the general order of the fraud institution in Turkish Obligation Code.

Keywords:

Conclusion of employment contract, contract negotiation, fraud of employee, employer's right to information, employee's right to lie, essential point, termination of contract.

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

mgokhanture89@gmail.com

Giriş

Sözleşmenin kurulması aşamasında kanun koyucuyu meşgul eden önemli meselelerden birisi de, irade özerkliğinin korunmasıdır. Zira kişinin iradesinin normal surette oluşmadığı durumlarda, irade özerkliği prensibinden söz edilemediği gibi kendisine büyük değer atfedilen sözleşme özgürlüğü ilkesi de anlamını yitirmektedir¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinde yer alan hileye (aldatma) ilişkin hüküm de, irade özerkliğinin, bir diğer ifadeyle kişilerin kararla özgürlüklerinin korunması amacına hizmet etmektedir. Söz konusu hükme göre, *"Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile sözleşmeye bağlı değildir"*. Bu hüküm, kural olarak, her türlü hukuki işlem açısından uygulanma kabiliyetine sahip olmasına rağmen, borçlar hukukunun klasik yapısına uzak hukuki işlemler bakımından hilenin hüküm ve sonuçlarında genel rejime kıyasla çeşitli değişikliklerin meydana geldiği görülmektedir². Bu bakımdan iş sözleşmesi, bu

dönüşümün izlerinin takip edilebileceği hukuki işlemlerden birisini oluşturmaktadır.

Oldukça benzer şekilde kaleme alınmış olan 4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 24/II,(a) ve m. 25/II,(a) alt bentlerinde, iş sözleşmesinin kurulmasında taraf hilesinin hüküm ve sonuçları, TBK m. 36/1'den farklı ele alınmaktadır. Gerçekten de her iki hüküm gereğince, taraflardan birinin sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek, gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle karşı tarafı aldatması halinde, aldatılan taraf iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, TBK m. 36/1'de *niteliğinin bir önemi olmaksızın* sözleşmeyi iptal hakkı veren hile, iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, ancak *sözleşmenin esaslı noktalardan biri* üzerinde gerçekleşmesi halinde taraflara *haklı nedenle fesih hakkı* veren bir hüviyet kazanmaktadır.

İş sözleşmesinin kurulmasında hilenin hüküm ve sonuçlarına ilişkin bu dönüşüme rağmen, hile kurumu esas olarak işverenin soru sorma hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır³. Alman hukukunda buna gerekçe olarak, iş sözleşmesinin kurulmasında hilenin hüküm ve sonuçlarının, işçinin sahip olduğu yalan söyleme hakkı bir yana bira-

1 Schmidlin, Bruno; BK- Berner Kommentar, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2013, Art. 28 / I-III, Rn. 5; Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 331; Pellegrini, Bruno; Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willenmängeln, Stämpfli Verlag, Bern 1983, s. 8.

2 Gerçekten de iş hukukundan başka aile hukuku ve miras hukuku içerisinde yer alan bazı hukuki ilişkilerde bu amaçla yapılan dönüşümün izleri, açıkça teşhis edilebilmektedir. Aile hukuku bakımından evlenmede iptal müessesesinin düzenlendiği TMK m. 150/1'de hileye yer verilmiştir. İlgili hükme göre, eşlerden birinin hile nedeniyle evlenmenin iptalini dava edebilmesi ancak iki halde mümkündür. Bunlar; "eşinin namus ve onuru hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi altında bir başkası tarafından aldatılarak evlenmeye razı olması" ile "davacının veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalığın kendisinden gizlenmesi" halleridir. Dolayısıyla borçlar hukukunda aldatmanın konusunun bir önemi olmaksızın aldatılan tarafa tek taraflı bir irade beyanıyla sözleşmeyi iptal etme hakkı tanıyan hile kurumu; aile hukuku bakımından evlenme söz konusu olduğunda, yalnızca "eşin namusu", "eşin onuru" ve "sağlık için ağır tehdit" halleriyle sınırlı iptal hakkı tanıyan bir kuruma dönüşmektedir. Miras hukukunda irade sakatlığı halleri bakımından en büyük farklılık, hata kurumuna ilişkin olmakla beraber,

şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin olarak hile açısından da borçlar hukukundan ayrılan bir yön bulunmaktadır. Nitekim şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflarda üçüncü kişinin hilesi olgusuna, borçlar hukukuna nazaran daha ağır bir sonuç bağlanmıştır. TBK m. 36/2 gereğince üçüncü kişinin hilesinde aldatılan tarafın sözleşme ile bağlı olmaması için, karşı tarafın sözleşmenin yapıldığı sırada aldatmayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekirken; TMK m. 504 gereğince ölüme bağlı tasarrufun iptali bakımından böyle bir şart aranmamaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişinin hilesi bilinmesi veya bilinebilecek durumda olunmasa da, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf iptal edilebilecektir. Doktrinde haklı bir görüş, bu hükmün yalnızca vasiyetname için uygulanabileceğini, buna karşılık bir sözleşme olması dolayısıyla miras sözleşmesinin TBK m. 36/2'de yer alan kurala tabi olacağını ifade etmektedir (Yıldırım, Mustafa Fadıl; Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayınları, Ankara 2002, s. 91).

3 Kamanabrou, Sudabeh; Arbeitsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, Rn. 710; Preis, Ulrich; Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 5. Auflage, Ottoschmidt, Köln 2017, Rn. 748.

kıldığında, büyük oranda borçlar hukuku kural-larına tabi olması ve yalnızca borçlar hukukun-da yer alan belli bazı boşlukların, iş hukukunun kendine özgü niteliğinden hareketle doldurul-ması gösterilmektedir⁴. İsviçre hukukunda ise bunun sebebi olarak, iptal kurumunun iş hu-kukuna yabancı olmasının yanı sıra sözleşmeyi fesih özgürlüğü çerçevesinde sözleşmenin sona erdirilmesinin her zaman mümkün olmasına işa-ret edilmektedir⁵.

Kanaatimizce iş sözleşmesinin kurulmasın-da hileye ilişkin özel düzenlemenin bulunduğu Türk hukuku açısından bu argümanlara katılmak mümkün değildir. Zira İş Kanunu'nda yer alan hileye ilişkin hükümler, yalnızca hilenin değil, diğer irade sakatlığı hallerinin (hata ve tehdit) dahi iş hukukundaki hüküm ve sonuçlarını etki-leyecek bir anlam taşımaktadır. Bu nedenle bu çalışma, kendisinden öncekilerden farklı bir yol izleyerek, işverenin soru sorma hakkını değil, iş sözleşmesinin kuruluşunda hilenin hüküm ve sonuçlarını odağına almaktadır. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin tartış-malar da bilinçli bir şekilde makalenin kapsamı dışında bırakılmaktadır⁶.

Konunun incelenmesine geçilmesinden önce, çalışmada neden yalnızca işçinin hilesinin de-ğerlendirileceğinin açıklanmasında fayda vardır. Kanuni açıdan iş sözleşmesinin kuruluşu aşama-sında hilenin hüküm ve sonuçları, hem işveren

hem işçi açısından benzer şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen, işçinin sahip olduğu yalan söyleme hakkı, işçinin hilesinde, işverenin hile-si için aranmayan ek bir unsur teşkil etmektedir. Başka bir ifadeyle işçinin hilesi, unsurları açısın-dan işverenin hilesini de bünyesinde barındır-makta ve buna ilişkin açıklamalar, kendiliğinden işverenin hilesine ilişkin açıklamaları da içe-remektedir. Bu teorik kolaylığın yanı sıra doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere⁷, işyerindeki çalışma koşulları somut ve önceden belirli olma-sına rağmen, işçinin kişilik özelliklerinin esrarlı yapısı, uygulamada işçinin hilesinin, işverenin hilesinden daha önemli bir yer tutmasına neden olmaktadır. Nitekim bu nedenle doktrinde iş gö-rüşmesinde her iki tarafın da aydınlatma yüküm-lülüğünün bulunduğu, bununla birlikte işçi ada-yının yükümlülüğünün işvereninkinden daha geniş kapsamlı olduğu kabul edilmektedir. İş-verenden aydınlatma yükümlülüğü kapsamında beklenen açıklamalar genellikle ödeme gücünün içerisinde olup olmadığı, yakın bir gelecekte işçi çıkarmayı planlayıp planlamadığı⁸, daha önce işyerinde ayrımcılık yasaklarına aykırı bir mua-melenin gerçekleşip gerçekleşmediği veya işye-rinde elektronik gözetleme sistemleri kullanılıp kullanılmadığı⁹ gibi hususlarda toplanmaktadır.

I. İşçinin Hilesinin Tanımı ve Unsurları

1. Tanım

Hileye ilişkin olarak ne İş Kanunu'nda ne de TBK'da bir tanım bulunmaktadır. Doktrinde ise hile; "bir kimseyi belli bir irade beyanında bu-lunmaya sevk etmek için o kimsede yanlış bir düşünce uyandırma, mevcut olan düşüncesi

4 Kamanabrou, Rn. 709; Benecke, Martina; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage, C.H. Beck, München 2018 (Hrsg. Von Heinrich Kiel/Stefan Lunk/Hartmut Oetker), § 33, Rn. 143.

5 Rehbinden, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz; BK- Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/2/1, Stämpfli Verlag, Bern 2010, Rn. 29. Türk hukukunda benzer bir görüş için bkz. Taşkent, Taşkent, Savaş; "İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri", içinde Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan II, İstanbul, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 170-181, s. 169.

6 İşçinin kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin tartışmalar hakkında detaylı bilgi için örneğin bkz. Gürsel, İlke; İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016; Ünal, Canan; "İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler", içinde İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 261-318.

7 Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 522.

8 Kamanabrou, Rn. 734; Rehbinden/Stöckli, Rn. 35

9 Yürekli, Sabahattin; İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Sorumluluk (Culpa in Contrahendo), İÜ-HFM, C. 72, S. 2 (Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan), 2014, s. 541-579, s. 554

güçlendirme veya sürdürme amacıyla yapılan eylem¹⁰ olarak tarif edilmektedir. Buna göre, karşı tarafın gerçek durumu bilmesi halinde hiç kurmayacağı ya da mevcut şartlarla kurmayacağı bir sözleşmenin tarafı haline getirilmesi halinde, sözleşmenin kuruluşunda hile gerçekleşmektedir¹¹. Bu bakımdan bir iradenin oluşturulması kadar, mevcut olan iradenin güçlendirilmesi (örneğin aldatılanın *kimsenin gerçek durumu bilse sürdürmeye devam edeceği* sözleşme görüşmelerini tamamlayıp, sözleşmeyi kurması)¹² veya bu iradenin sürdürülmesi (örneğin karşı tarafta *sözleşme için belirleyici bir duruma ilişkin hatalı kanaatin fark edilmesine rağmen giderilmemesi*) de hileye vücut vermektedir. Dikkat edilirse, hile için ne kurulan sözleşmenin ahlaka aykırı veya haksız bir içeriğe sahip olması ne de aldatılanın bir zarara uğraması aranmaktadır. Bu noktada, yalnızca aldatılan tarafın “*kendi kaderini tayin etme*” (Selbstbestimmung) hakkının elinden alınması önem taşımaktadır¹³.

2. Unsurları

İş sözleşmesi, en nihayetinde bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan, hilenin genel unsurları, işçinin hilesi bakımından da aynı oranda aranmaktadır. Dolayısıyla işçinin hilesi için öncelikle somut olayda *hileli davranış*, *hile kastı* ve *illiyet bağının* gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁴.

Diğer yandan işçinin, işveren karşısındaki konumu, işverenin sorduğu soruların işçinin kişilik

haklarına müdahale teşkil etme tehlikesi taşıması gibi nedenlerden ötürü, işçinin hilesi için *hukuka aykırılık* unsuruna da ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Doktrinde bir görüş, hukuka aykırılığı, kastın bir unsuru olarak ele almaktayken¹⁵, hâkim görüş¹⁶ ve bu arada Alman Federal İş Mahkemesi¹⁷, kastın unsurları ve işverenin bilgilenme isteğinin hukuka uygunluğu ya da aykırılığı arasında bir bağlantı kurmayı istememektedir; hukuka aykırılık unsurunu bağımsız bir unsur olarak değerlendirmeyi tercih etmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, hile için hukuka aykırılık unsurunun aranmamasının sebebi, kanun koyucunun hukuka uygun davranışları da hile olarak değerlendirmesinden değil, hile açısından hukuka aykırılığın her durumda oluşacağını varsaymasından ileri gelmektedir. Oysaki iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, işverenin hukuka aykırı sorularına işçi adayının vermiş olduğu gerçeğe aykırı cevaplarda, bir aldatma kastı bulunmasına rağmen, hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Buna göre TBK m. 36’da işçinin yalan söyleme hakkı açısından bir boşluk bulunmaktadır ve bu boşluk, hükmün kanun koyucunun amacının dışında sonuçlar doğurmasına yol açtığından, amaca uygun sınırlandırma (teleolojik redüksiyon) kapsamında giderilmelidir.

Son olarak, İş Kanunu m. 25/II,(a) hükmünde, yalnızca sözleşmenin esaslı noktalarındaki hilenin, haklı nedenle feshe imkân verdiği düzenlenmiştir. Dikkat edilirse bu unsur, hilenin mevcudiyetine değil, fesih hakkının doğumuna ilişkindir. Başka bir deyişle işçinin hilesi, sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olmasa da diğer dört unsuru taşıması halinde hile olarak değerlendirilecek, yalnızca işverene bu hüküm kapsamında haklı nedenle fesih hakkı vermeyecektir. Bununla beraber hilenin sözleşmenin esaslı noktaları ile ilişkisi, hüküm ve sonuçlarını önemli ölçüde değiştirdiğinden, beşinci unsur olarak *hile-*

10 Wolf, Manfred; Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2 Allgemeiner Teil 2 §§ 104-224, W. Kohlhammer, Stuttgart 1999, §123, Rn. 2; Musielak, Hans-Joachim/ Hau, Wolfgang; Grundkurs BGB, 15. Auflage, C. H. Beck, München 2017, Rn. 416; Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 397; Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 452; Yıldırım, s. 8; Kurşat, Zekeriya; Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Yayınları, İstanbul 2003, s. 2.

11 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 7; Schwenzer, Ingeborg; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016, Rn. 38.10.

12 Musielak/Hau, Rn. 420.

13 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 8; Schwenzer, Rn. 28.02; Musielak/Hau, Rn. 424; Tunçomağ, s. 351; Kurşat, s. 6-7

14 Musielak/Hau, Rn. 416; Kurşat, s. 11; Yıldırım, s. 95-96.

15 Görüş için bkz. Benecke, § 33, Rn. 142.

16 Schwenzer, Rn. 38.09; Kamanabrou, Rn. 791; Preis, Rn. 953; Rehbinder, s. 758; Kocayusufpaşaoğlu, s. 455; Yıldırım, s. 126.

17 Örneğin bkz. BAG, v. 21.2.1991 – 2 AZR 449/90.

nin esaslı noktalara yönelik olması unsurunun da incelenmesi gerekmektedir.

A. Hileli Davranış

Hileli davranışlara ilişkin ana ayırım, davranışın aktif olup olmamasına göre yapılmaktadır. Aktif bir davranışa dayanan hile, aktif hile; pasif bir davranışa (eylemsizlik) yani susmaya dayanan hile ise, pasif hile olarak adlandırılmaktadır¹⁸.

Aktif hilede, davranışın ne şekilde gerçekleştiğinin bir önemi bulunmamaktadır. İşçi adayının sözlü, yazılı veya görsel iletişimde, aktif bir şekilde yapması şartıyla, var olmayan gerçekleri iddia etmesi, var olanları gizlemesi veya farklı şekilde iletmesi halinde, hileli davranış gerçekleşmiş olmaktadır¹⁹. Buna karşılık pasif hilede, davranışın niteliği önem taşımaktadır. Zira bir susma eyleminin hileli davranış teşkil edebilmesi için, bu davranışta ayrıca aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden bir yön bulunmalıdır²⁰. Aksi takdirde, bu eylemsizlik, karşı tarafın aldanmasına yol açsa dahi, hileli davranış niteliği taşımamaktadır. Aydınlatma yükümlülüğü hukuka aykırılık unsuru ile yakın ilişkisi nedeniyle, hukuka aykırılık başlığı altında incelenecektir.

Hilenin hüküm ve sonuçları bakımından TBK m. 36'da hileli davranışta bulunan kişinin kimliğinde hareketle, taraf hilesi (beyan muhatabının hilesi) ile üçüncü kişinin hilesi arasında bir değer farkı yaratılmış durumdadır. TBK m. 36/2 gereğince, üçüncü kişinin hilesinin aldatılana sözleşmeyi iptal hakkı vermesi bakımından, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması²¹ aranmaktadır.

İş Kanunu m. 25/II,(a)'da üçüncü kişinin hilesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrindeki bir görüş bu nedenden ötürü, üçüncü kişinin hilesinin, işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı vermeyeceğini belirtmektedir²². Kanaatimizce üçüncü kişinin hilesi, aksine bir hüküm bulunmadığı için, iş sözleşmesini kuran irade beyanlarına da uygulanabilme kabiliyetine sahiptir. Zira üçüncü kişinin hilesine ilişkin kuralın tek istisnasını, varması gerekli olmayan irade beyanları oluşturmaktadır; bu irade beyanları için üçüncü kişinin hilesinin sözleşme tarafı açısından bilinmesinin bir önemi olmaksızın beyanda bulunana iptal hakkı tanımaktadır²³. Bu nedenle İş Kanunu m. 25/II,(a)'da üçüncü kişinin hilesine ilişkin olarak bulunan boşluk, TBK m. 36/2'nin kıyasen uygulanması suretiyle doldurulmalıdır²⁴.

TBK m. 36/2 anlamında üçüncü kişi, sözleşme tarafları dışındaki herkesi üçüncü kişi kabul eden genel hukuk terminolojisinden daha kısıtlı bir şekilde ele alınmakta ve tarafların iradelerinin oluşmasına katkıda bulunan kişiler, üçüncü kişi olarak kabul edilmemektedir. Bu anlamda sözleşme taraflarının yanında sözleşmeye katılan veya hukuki işlem hayatında davranışları sözleşme taraflarının davranışları olarak kabul edilen kişilerin hileleri, üçüncü kişinin hilesi değil, bizzat taraf hilesi teşkil etmektedir²⁵. Bu

kişinin hilesi arasında bir değer farkı yaratmış olmasıdır. Nitekim sözleşme tarafının üçüncü kişinin aldatılmasını bilmediği veya bilecek durumda olmadığı hallere ilişkin olarak, kanun koyucu muhatabın güvenine, irade açıklamasında bulunanın irade özerkliğine nazaran daha fazla koruma bahşetmektedir. Dolayısıyla daha önemli olan taraf hilesi için her halükarda hile kastı aranmasına rağmen, üçüncü kişinin hilesinde hükmün lafzı gereği sözleşme tarafının ihmalinin de karşı tarafa iptal hakkı vermesi bir çelişki yaratmaktadır. Bu nedenle hükmün amaca uygun sınırlandırma (teleolojik redüksiyon) yöntemine tabi tutulması ve iptal hakkının yalnızca sözleşme tarafının üçüncü kişinin hilesini bildiği durumlarla sınırlandırılmasına ihtiyaç bulunmaktadır (Schwenzer, Rn. 38.11).

22 Narmanlioğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 439.

23 Wolf, § 123, Rn. 30; Musielak/Hau, Rn. 425.

24 Benzer yönde, Yürekli, s. 572.

25 Wolf, § 123, Rn. 32; Schwenzer, Rn. 38.12.

18 Yıldırım, s. 97-98; Kocayusufoğlu, s. 453.

19 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 8; Wolf, §123, Rn. 5; Kocayusufoğlu, s. 453; Eren, s. 398.

20 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 16; Wolf, §123, Rn. 6; Schwenzer, Rn. 38.06; Rehbindler/Stöckli, Rn. 35.

21 Bununla birlikte doktrinde bir görüş, sözleşme tarafının üçüncü kişinin hilesini *bilecek durumda olmasının* hile için yeterli sayılması hususuna itiraz etmektedir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun taraf hilesinden farklı olarak üçüncü kişinin hilesinde ancak belli şartların bulunması halinde aldatılana iptal hakkı tanınmasının mantıklı açıklaması, kanun koyucunun taraf hilesi ile üçüncü

kapsamda temsilcinin, sözleşme görüşmelerini yürüten kişilerin veya görüşme yardımcılarının (simsar, satış temsilcisi, vekil, acente vb.) hile açısından üçüncü kişi niteliği taşımadığı belirtilmektedir²⁶.

İşçinin hilesi açısından üçüncü kişinin hilesi esas olarak, referanslar ve özellikle işçinin eski işverenleri tarafından düzenlenen çalışma belgeleri açısından önem taşımaktadır²⁷. Bu belgeleri düzenleyen kişiler, müstakbel iş sözleşmesi bakımından üçüncü kişi konumundadır ve bu durum, iş sözleşmesinin kurulmasında üçüncü kişinin hilesinin rol oynaması ihtimalini doğurmaktadır. Nitekim TBK m. 426/3'te bu ihtimal gözetilerek, hizmet belgesinde doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören yeni işverenin, eski işverenden tazminat isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan hükümde düzenlenmemiş olsa da, yeni işverenin çalışma (hizmet) belgesinde bulunan doğru olmayan bilgiler nedeniyle iş sözleşmesini İş Kanunu m. 25/II,(a) çerçevesinde haklı nedenle feshetmesi mümkündür. Ancak bunun için çalışma (hizmet) belgesinde bulunan yanlış bilgilerin, iş sözleşmesinin kurulmasında rol oynaması ve işçinin çalışma belgesinde yanlış bilgilerin bulunduğunu bilmesi veya bilebilecek bir durumda olması gerekmektedir. Normal şartlar altında işçinin, bu belgede yer alan bilgileri bilmediğine yönelik savunmasına itibar edilmeyecektir. Zira çalışma belgesi bizzat işçinin kendisine verilmekte ve hatta bu belgede yer alan işçinin iş görmesindeki becerisi ile tutum ve davranışlarına ilişkin bilgiler, işçinin açıkça istemde bulunması halinde belirtilmektedir (TBK m. 426/2). Buna karşılık, yeni işverenin iş sözleşmesini kurmasında çalışma belgesi değil de, kendi araştırması kapsamında eski işverenden edindiği hatalı referanslar rol oynamışsa, bu durumda iş sözleşmesinin

üçüncü kişinin hilesi kapsamında haklı nedenle feshedilmesi mümkün gözükmemektedir.

B. Hile Kastı

İşçinin hilesi için aranan ikinci unsur, hile kastıdır. Hile kastı ile kastedilen, hileli davranışın, irade açıklamasında bulunan kimseyi yanıltmak kastıyla yapılmasıdır. Buna göre hile için, aldatanın kusurlu olması yeterli değildir, kast boyutuna ulaşan bir kusur bulunmalıdır. Başka bir deyişle, ne hafif ihmal ne ağır ihmal hileye yol açar ve işçinin hileden sorumluluğunu gerektirir²⁸. Ancak burada aranan kast, bir çıkar kastı değildir²⁹; aldatan taraf herhangi bir menfaat elde etmiş olmasa dahi hile hükümlerine başvurulabilir.

Hile kastı, doğrudan kast ve dolaylı kast olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Bu iki kast türü arasındaki farkı, hileli davranışın hukuka aykırı sonuçlarına ilişkin isteğin (aldatma isteği) yoğunluğu oluşturmaktadır. İşçi adayının, hukuka aykırı sonuçlarını bildiği veya öngördüğü hileli davranışlarının bu sonuçlarını *istemesi* halinde doğrudan kasttan; bu sonuçları *onaylaması*³⁰ veya *göze alması*³¹ halinde ise dolaylı kasttan söz edilmektedir. Dolayısıyla hile kastının varlığı için işçinin hileli davranışının hukuka aykırı sonuçlarını bilme veya öngörmesi (*aldatma bilinci*) ve bu sonuçları en azından onaylaması (*aldatma niyeti*) gerekmektedir.

Aldatma bilinci; işçi adayının, hilenin hukuka aykırı sonuçlarının doğacağını bilmesi veya öngörmesidir. Hilenin hukuka aykırı sonuçlarından anlaşılması gereken, işverende gerçek durumu bilmesi halinde hiç yapmayacağı ya da mevcut içeriği ile yapmayacağı bir sözleşmeyi kurma iradesi oluşturmaktır. Dolayısıyla işçide aldatma bilinci ancak işvereni hiç istemeyeceği ya da mevcut şartlarla yapmayacağı bir sözleşmeyi

26 Eren, s. 400-401; Schwenger, Rn. 38.12. Dolayısıyla işveren açısından değerlendirildiğinde, bu kişilerin mutlaka işveren vekili sıfatı taşımasına gerek yoktur; ilgili sözleşmenin kurulması aşamasında işvereni temsil etmek, yapılan hilenin taraf hilesi olarak değerlendirilmesi açısından yeterlidir.

27 Rehbindler/Stöckli, Rn. 38.

28 Schwenger, Rn. 38.07.

29 Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 113.

30 Musielak/Hau, § 421.

31 Kurşat, s. 28; Yıldırım, s. 126.

kurmaya yönelteceğinin öngörülebildiği yanlış bilgiler bakımından oluşmaktadır. Bu nedenle işçinin, işverenin sözleşmeyi kurma isteği ile ilgisiz açıklamaları veya dürüstlük kuralı gereği işverenin ciddiye almayacağı iddia ve övünmeleri hileye vücut vermemektedir³². Aldatma niyeti ise, işçi adayının hileli davranışlarda bulunma amacının, işvereni normal şartlar altında kurmayacağı bir sözleşmeye yöneltmeyi istemesi veya bu sonucu onaylamasıdır. Bu anlamda işçinin davranışının altında işverenin aldatma amacı bulunmadığı durumlarda, yani işçinin iyi niyetini koruyarak hareket etmesi halinde, aldatma niyetinden söz edilememektedir³³.

C. İlliyet Bağı

Hile için gerekli olan üçüncü unsur illiyet bağı olup; bu unsur gereğince çarpıtılan veya saklanan gerçeklerin, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklaması için belirleyici olması, irade açıklaması için olmazsa olmaz unsur niteliği taşıması gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle aldatılan tarafın hileli davranış söz konusu olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağından ya da kendisi açısından daha elverişli şartlarla yapacağından bahsedilebildiği durumlarda illiyet bağı meydana gelmektedir³⁴. O halde irade açıklamasında bulunan tarafın hileli davranışı dikkate almadığının veya gerçek durumu bilmesine rağmen açıklamada bulunduğunun, bir diğer ifadeyle hileli davranışlar olmasa dahi aldatılan tarafın aynı sözleşmeyi mevcut şartlarla yapacağını varsayılması hallerinde, illiyet bağının oluşmadığı kabul edilmektedir³⁵. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında da, işe girerken psikoseksüel (ruhsal) bozukluğu bulunduğunu bildiren işçinin sözleşmesinin, işçi işe alındıktan sonra bilahare bu sebebe dayanılarak işveren tarafından haklı nedenle feshedilemeyeceğine hükmedile-

rek, illiyet bağının gerekliliği vurgulanmıştır³⁶.

D. Hukuka Aykırılık

İş sözleşmesinin kuruluşunda işçinin hilesi bakımından en önemli unsur, hukuka aykırılık unsurudur. Zira kira sözleşmesinde kiracıya, iş sözleşmesinde işçiye tanınan yalan söyleme hakkına başka hiçbir sözleşmede rastlanmamaktadır.

Yalan söyleme hakkının gerekçesi olarak, normal şartlar altında işçinin bir soruya cevap vermekten kaçınmasının veya cevap vermeyi reddetmesinin, işverende sorunun cevabının olumsuz olduğu yönünde bir kanaat oluşturacak olması gösterilmektedir³⁷. İşçinin yalan söylemediği bir durumda işe alınmayacak olmasından hareketle, doktrinde yalan söyleme hakkının, haklı savunma (meşru müdafaa) benzeri bir hak olduğu ifade edilmektedir³⁸.

Önemle belirtmek gerekir ki, yalan söyleme hakkının kapsamına sadece işçinin yalan söylediği durumlar değil, gerçek duruma ilişkin açıklama yapmak yerine susmayı tercih ettiği durumlar da dâhildir. Dolayısıyla işçinin aktif davranışları kadar pasif davranışları da bu hakkın içerisinde mütalaa edilmektedir.

İşçinin yalan söyleme hakkına aykırı davranışından söz edebilmek için, öncelikle hakkın kapsamının belirlenmesi gerekir. Bununla birlikte işçinin yalan söyleme hakkını, işverenin sorma hakkı ile işçinin aydınlatma yükümlülüğünden bağımsız olarak düşünmek mümkün olmadığından, hakkın sınırlarının yalnızca kendisinden hareketle belirlenmesi mümkün değildir.

32 Wolf, § 123, Rn. 3; Schwenzer, Rn. 38.04; Eren, s. 399; Oğuzman/Öz, s. 113; Tunçomağ, s. 360.

33 Wolf, § 123, Rn. 26.

34 Pellegrini, s. 6.

35 Tunçomağ, s. 361; Narmanlıoğlu, s. 439; Savaş, Fatma Burcu; İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 67.

36 Y7HD, E.2013/27510, K.2014/3891, T.13/02/2014, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/4, s.291-292.

37 Benecke, § 33, Rn. 142; Hoffmann, Uwe; Gewerbeordnung: GewO (Hoffmann/Brüning/Storr/et al), 44. Edition, <https://beck-online.beck.de>, § 105, Rn. 138, (E.T. 12.03.2019).

38 Camastral, Claudia; Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rüegger AG, Zürich 1996, s.201; Hoffmann, § 105, Rn. 142; Musileak/Hau, Rn. 419. Buna karşılık yalan söyleme hakkını, hakkın kötüye kullanılması yasağının bir uygulaması olarak gören görüş için bkz. Geiser, Thomas/Müller, Roland; Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2015, Rn. 238, s. 88.

Zira yalan söyleme hakkının sıfır noktasını, işverenin soru sorma hakkı veya işçinin aydınlatma yükümlülüğünün sona erdiği alan oluşturmak tadır³⁹.

a. İşverenin Soru Sorma Hakkı

Normal şartlar altında kendi çıkarını gözeterek (rasyonel) bir işverenden, işyerindeki mevcut (açık) iş pozisyonunu, en optimal şekilde doldurması; işletmenin verimliliği için, mesleki özellikleri, davranışları, verimliliği gibi hususlar açısından işe en uygun (TBK m. 419) işçi adayını tercih etmesi beklenir⁴⁰. Bu açıdan, işverenin soru sormaya ilişkin menfaatinin, genel olarak sahip olduğu bilgilenme hakkının iş hukukundaki bir uzantısı olarak görmek gerekir. Zira kartların açık oynanmadığı iş görüşmelerinde işverenin, yalnızca işe başvuru evraklarından ve işçi adayının iyi yönlerini öne çıkaran açıklamalarından hareketle, mevcut aday hakkında yeterince bilgi sahibi olması mümkün değildir⁴¹. Bu nedenle işverenin, işçi adayının işe ve işyerine uygunluğunu tespit edebilmek için soru sorması gerekmektedir ve nitekim işverenin bu sorulara ilişkin menfaati, ilk aşamada hukuken korunabilir niteliktedir.

Bununla birlikte mesele, “işe uygunluk” kavramının içeriğini doldurmaya geldiğinde, bu kavramın, işverenin değer yargıları, subjektif değerlendirmeleri, belli bir gruba karşı ön yargıları gibi hukuki açıdan tasvip edilemeyen hususlardan etkilendiği görülmektedir. Bu etki ise iş görüşmesine katılan bireylerin kişilik haklarına müdahale teşkil etmenin de ötesine geçerek, belli bir veya birden fazla sosyal grubun, emek piyasasında tamamen dışlanması suretiyle sosyal dışlanma gerçeği ile yüzleşmeleri ihtimalini barındırmaktadır. Dolayısıyla ilk aşamada hukuken korunabilir nitelikteki işverenin bilgilenmeye yönelik menfaati, işçi adaylarının kişilik haklarına müdahale oluşturup, işçinin olumsuz

kişilik özellikleri nedeniyle işi elde etmesini engelleyecek boyuta ulaştığında, bu niteliğini kaybetmektedir. Bu nedenle işverenin bilgilenmeye yönelik menfaati ile işçi adaylarının kişilik haklarının korunması ve de olumsuz özellikleri nedeniyle işi kaybetme riskinden kaçınmaya yönelik menfaatleri arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir⁴² ki bu denge, işverenin soru sorma hakkı ve işçinin yalan söyleme hakkının sınırında oluşmaktadır. Bu dengeye göre işverenin, işçi adayının özelliklerine ilişkin bilgilenme menfaatinin, işçinin özel hayatının ve kişilik haklarının (kişisel verilerinin) korunmasına üstün geldiği durumlar, işverenin soru sorma hakkının kapsamında yer almaktadır. Buna karşılık işçinin özel hayatının ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaatinin işverenin bilgilenmeye yönelik çıkarına üstün geldiği durumlar, işçinin yalan söyleme hakkı kapsamında mütalaa edilmektedir. Alman Federal Mahkemesi içtihadında bu ayırım şu şekilde formüle edilmektedir; iş görüşmelerinde bir soru ancak iş ilişkisi bağlamında soruya verilecek olan cevaba ilişkin işverenin yasal, uygun ve korunmaya değer bir menfaati bulunduğu ölçüde korunur⁴³.

Her bir soru bakımından işverenin bu ölçüde bir menfaate sahip olup olmadığına yönelik genel geçer bir çözümün geliştirilmesi mümkün değildir. Zira bir sorunun, soru sorma hakkının içerisinde yer alıp almadığı, sözleşmenin niteliği, süresi, işçinin işyerinde üstleneceği görev, işyerinin niteliği gibi pek çok değişkene bağlıdır⁴⁴. Örneğin işyerinin eğilimli işyeri olması veya işin otantikliğinin korunması gibi oldukça istisnai durumlar, soru sorma hakkının katı bir şekilde

39 Savaş, s. 70.

40 Junker, Abbo; Grundkurs Arbeitsrecht, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2017, Rn. 149.

41 Junker, Rn. 149; Kamanabrou, Rn. 714.

42 Camastral, s. 198; Preis, Rn. 777; Kamanabrou, Rn. 714; Rehbinder/Stöckli, Rn. 35.

43 Örneğin bkz. BAG v. 5.10.1995 – 2 AZR 923/94.

44 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 49; Geiser/Müller, Rn. 231; Camastral, s. 199; Rehbinder, Manfred; “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, İÜHFM, C. 45, S. 1-4, s. 745-759, s. 752-753; Preis, Rn. 770; Sevimli, Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 151. Bu hususlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Rudolph, Roger; Stellenbewerbung und Datenschutz, Stämpfli Verlag, Bern 1997, s. 43-47.

sınıflandırılması önünde engel oluşturmaktadır. Bununla beraber, doktrinde bir görüş⁴⁵, işveren tarafından sorulması ihtimali bulunan soruları, genel mahiyette hukuka uygun sorular, sınırlı hukuka uygun sorular ve genel mahiyette hukuka aykırı sorular olmak üzere üç kategoriye ayırmaktadır. Bu kategorilerden ilki olan genel olarak hukuka uygun sorular kapsamında, işçinin mesleki yeterliliğine, eğitim durumuna, mesleki kariyerine yönelik sorular yer almaktadır⁴⁶. Sınırlı olarak hukuka uygun olan sorular ise normal şartlar altında işçinin menfaatinin üstün olduğu bir hususun, sözleşmede öngörülen işin yapılması veya çalışılacak işyeri açısından belirleyici bir öneme sahip olması halinde gündeme gelmektedir⁴⁷. Zira bu takdirde işverenin bilgilenmeye ilişkin menfaati, işçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaatine üstün gelmektedir. Bunun dışındaki koşullarda ise işverenin bu hususlara ilişkin soru sorması hukuken caiz görülmemektedir. Sınırlı olarak hukuka uygun sorulara örnek olarak, işçinin mevcut işi yapmasını önemli ölçüde güçleştirecek bir hastalığının veya yapılacak işle bağdaşmayacak bir sabıka kaydının bulunması gösterilmektedir⁴⁸. Son kategori olan genel olarak hukuka aykırı sorular ise yapılacak işin veya çalışılacak işyerinin önemi olmaksızın her durumda işçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaatinin üstün geldiği hususlara ilişkin sorulardır. Örneğin ATAD içti-hadında hamileliğe ilişkin sorular, bu kapsamda sayılmaktadır⁴⁹.

b. İşçinin Aydınlatma Yükümlülüğü

Sözleşme görüşmeleri bakımından kural, görüşmecilerin sözleşmenin şans ve rizikolarını şahsen üstlenmeleridir⁵⁰. Başka bir deyişle sözleşme görüşmelerinde taraflar bizzat bilgi edinme yükümü altında olup, sözleşme ile ilgili gerekli gördükleri bilgilere karşı tarafın yardımı olmaksızın ulaşmalıdırlar⁵¹. Ancak istisnai olarak aydınlatma yükümlülüğünün kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklandığı durumlarda⁵², taraflardan her birinin, karşı tarafın sözleşmenin kurulması veya koşulları ile ilgili kararlarını etkileyebilecek konular hakkında doğru bilgi verme ve açıklamada bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu esas, iş sözleşmesi bakımından da aynen geçerlidir; dolayısıyla kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanmadığı müddetçe, işçi adayı kendisi ile ilgili hususlarda işvereni aydınlatmakla yükümlü değildir.

İş hukuku mevzuatı incelendiğinde aydınlatma yükümlülüğünün, esas olarak, işverenin işçileri bilgilendirmesi yükümlülüğü kapsamında düzenlendiği ve bunun da sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte yer alan hususlara (çalışma koşulları, işyerinin devri, toplu işçi çıkarma, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri vb. hakkında bilgilendirme) yönelik olduğu görülmektedir. Öte yandan iş görüşmesinde tarafların sözleşme öncesi döneme ilişkin aydınlatma yükümlülüğü yükleyen ayrı bir sözleşme yapmaları da pek olası değildir. Dolayısıyla normal şartlar altında iş görüşmesinde aydınlatma yükümlülüğünün ne kanuni ne sözleşmesel bir dayanağı-

45 Junker, Rn. 152.

46 Rehbinden, Rehbinden, Manfred; Grundriss des Schweizerischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, Stämpfli & Cie AG, Bern 1975, s. 33; Geiser/Müller, Rn. 232, s. 86; Preis, Rn. 800. Aday işçiye önceki işine ilişkin kural olarak soru sorulamayacağına ilişkin görüş için bkz. Odaman, Serkan; "İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları", *Tekstil İşveren Dergisi*, Y. 2002, S. 274, s.40-43, s. 41.

47 Kamanabrou, Rn. 719.

48 Kamanabrou, Rn. 722.

49 ATAD, 04.10.2001 – C. 109/00 – (Tele Danmark v.Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK). Karar metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu>, (E.T. 17.03.2019). Türk hukukunda hâkim görüş, işin gerektirmesi halinde işçiye hamileliğe ilişkin soruların sorulabileceğini ifade ederken (Taşkent, s. 175; Sevimli, s.

154; Akyigit, Ercan; Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s. 45); aksi görüş, hamileliğin işveren açısından kanunda yer alan koruyucu nitelikteki hükümler nedeniyle katlanılması gereken ek mali külfet yarattığını, bu nedenle işin niteliği gerektirmeksizin aday işçinin aydınlatma yükümlülüğü bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. Odaman, s. 41.

50 Junker, Rn. 150; Schmidlin, Art. 28/I-III, Rn. 62.

51 Preis, Rn. 772; Kamanabrou, Rn. 731; Rehbinden, s.755.

52 Junker, Rn. 150; Rehbinden, s.755; Ertürk, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Kitabevi, Ankara 2002, s.65; Yürekli, s.566.

nın bulunduğu, bu yükümlülüğünün dürüstlük kuralından kaynaklandığı ölçüde varlığını sürdürdüğü söylenebilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki aydınlatma yükümlülüğünün yalnızca dürüstlük kuralından kaynaklanıyor olması, kapsamının da dar olması sonucunu doğurmamaktadır. Özellikle iş sözleşmesi gibi karşılıklı ve yoğun güvene dayalı sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerde dürüstlük kuralından kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, taraf çıkarlarının daha fazla çatışma içerisinde bulunduğu sözleşmelere (örneğin satım sözleşmesi) nazaran daha geniştir⁵³.

Aydınlatma yükümlülüğünün dürüstlük kuralından kaynaklanabilmesi için kural olarak iki şarta ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlar; (i) bir sözleşme görüşmecisinin, karşı tarafın katılımı olmaksızın kendiliğinden bilgi edinmesinin veya edindiği bilgiyi anlamlandırmasının mümkün olmadığı bir hususun, (ii) sözleşmenin kurulması kararının verilmesinde önem taşımasıdır⁵⁴. Dolayısıyla sözleşme görüşmecisi kendiliğinden bilgiyi edinebiliyor veya anlamlandırabiliyor yahut söz konusu bilgi sözleşmenin kurulması kararının verilmesinde önem taşımıyorsa, karşı tarafın aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla beraber aydınlatma yükümlülüğü kapsamında işçiden çoğunlukla şahsı (*sübjektif ve objektif kişilik özellikleri*) ile ilgili açıklama yapması beklenildiğinden, bu yükümlülüğünün işçinin kişilik haklarına müdahale oluşturmayacak bir şekilde yeniden formüle edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda işçinin dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümlülüğünün çerçevesi şu şekilde çizilebilir: İşverenin, işçi adayının katılımı olmaksızın bilgi edinmesinin olanaksız bulunduğu ve işçinin özel yaşamı ve kişilik hakları ile kıyaslandığında işverenin sözleşmenin kurulması kararı açısından daha ağır basan haklı bir menfaatinin bulunduğu hususlar⁵⁵ aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır. Başka

bir ifadeyle, işçinin aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmenin kurulması kararı açısından işverenin bilgilendirme hakkının işçinin kişilik haklarından daha fazla korumaya ihtiyaç duyduğu ve işverenin kendi başına öğrenmesinin mümkün olmadığı bilgileri içermektedir.

Bu tanımdan hareketle işçinin aydınlatma yükümlülüğü ile işverenin soru sorma hakkının kapsamının birbirine eş olduğu düşünülebilir. Zira işverenin soru sorma hakkının sınırını da işçinin özel yaşamı ve kişilik haklarına üstün gelen bir menfaatinin bulunması oluşturmaktadır. Bununla beraber bu iki kurum arasındaki farkı, işverenin sahip olduğu menfaatin yoğunluğu oluşturmaktadır. Gerçekten de, işverenin soru sorma hakkıyla korunan menfaati, işçiye ilişkin bilgilendirme menfaatidir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması kararının alınmasında doğrudan olmasa da, yan rol oynayacak bilgiler de soru sorma hakkının içerisinde yer almaktadır. Buna karşılık aydınlatma yükümlülüğü yalnızca sözleşmenin kurulması kararını doğrudan etkileyecek olgulara ilişkindir. Bu anlamda aralarında edinilmeye çalışılan bilgilerin niteliği bakımından bir yoğunluk farkı bulunmaktadır⁵⁶.

Bir bilginin aydınlatma yükümlülüğüne yol açacak yoğunlukta bir önem taşıması için söz konusu hususun ya işçinin sözleşmede öngörülen işi ifa etmesini önemli ölçüde güçleştirmesi ya da işyeri için belirleyici bir öneme sahip olması gerekmektedir⁵⁷. Bu anlamda sahip olduğu epilepsi hastalığı nedeniyle sık sık bayılma nöbeti geçiren pilot adayının⁵⁸, yoğun fiziksel çalışma gerektiren bir iş için başvuran AIDS hastasının⁵⁹,

56 Aksi yönde görüş için bkz. Kamanabrou, Rn. 720.

57 Grüning, Grüning, Reiner; Datenschutz, Diskriminierungsschutz, Compliance – Wie frei ist der Arbeitgeber bei der Einstellung?, içinde Rigidität und Flexibilität im Arbeitsrecht, Nomos, Baden-Baden 2012, s. 11-29, s. 24.

58 Junker, Rn. 150.

59 Zira iyileşme ihtimali bulunmayan bu hastalığın, çalışma gücünün olumsuz etkilediği tahmin edilebilir bir durumdur. Buna karşılık AIDS hastası olmamakla beraber HIV enfeksiyonu taşıyan bir adayın, bu hususa ilişkin bir açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır (Kamanabrou, Rn. 723). Hastalık ve sakatlığa ilişkin sorular hakkında detaylı bilgi için bkz. Caniklioğlu, Nurşen; Has-

53 Wolf §123, Rn. 6; Schwenzer, Rn. 38.06; Eren, s. 399; Tunçomağ, s. 358; Yıldırım, s. 109.

54 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 32; Musileak/Hau, Rn. 418.

55 Kamanabrou, Rn. 723.

ceza kovuşturması kapsamında hakkında her an hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi ihtimali bulunan adayın⁶⁰ ortak noktası, taşıdıkları bu özelliklerin, sözleşmede öngörülen işin ifasını önemli ölçüde güçleştirmesidir. Buna karşılık, ayak mantarı bulunan bir pilot adayının⁶¹, yoğun fiziksel çalışma gerektiren iş için başvuran HIV pozitif adayın⁶², hakkında idari soruşturma sürdürülen bir adayın ortak noktası ise bu bilgilerin gizli kalmasındaki yararlarının, işverenin bilgi edinme isteğinden daha fazla korumaya ihtiyaç duymasıdır. Dolayısıyla ilk örnekteki işçi adaylarının sahip oldukları bu özellikleri kapsamında bir aydınlatma yükümlülüklerinin bulunduğu, ikinci örnektekiler içinse en azından bu özelliklerine ilişkin susmanın aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmeyeceği söylenebilir.

İşyeri için belirleyici olan bilgilere ise, eğilimli işyeri niteliği taşıyan bir siyasi partinin basın sözcülüğü pozisyonunda istihdam edilmek üzere başvuran işçi adayının *politik görüşü*⁶³ veya zimmet suçundan sabıkalı olup da bir işyerinin muhasebe bölümünde çalışmak isteyen adayın *sabıka kaydı* örnek gösterilebilir⁶⁴. Bu kişiler açısından bir aydınlatma yükümlülüğü söz konusu iken, aynı siyasi partinin genel merkezinde gece bekçisi olarak çalışmak isteyen adayın politik görüşü ile trafik güvenliğini tehlikeye düşürmekten sabıkalı olup da yine muhasebe bölümün-

de çalışmak isteyen adayın sabıka kaydı⁶⁵, işyeri için belirleyici bir öneme sahip olmadığından, aydınlatma yükümlülüğüne yol açmamaktadır. Yine bulaşıcı hastalıklar, işyeri için belirleyici nitelikte bir olgu niteliği taşımaktadır⁶⁶.

İşçi adayının sahip olduğu bir özelliğin, işverenin sözleşme kurma kararı açısından önem taşıması konusunda dikkat çeken bir nokta, ilgili özelliğin geçici nitelikte olmamasının gerekmesidir. Başka bir ifadeyle işçi adayının sahip olduğu niteliğe ilişkin aydınlatma yükümlülüğünün bulunması için, bu niteliğin işin görülmesini sürekli bir şekilde önemli ölçüde güçleştirmesi veya işyeri için belirleyici öneminin sürekli bir şekilde devam etmesi gerekmektedir. Bu anlamda Alman Federal İş Mahkemesi'nin hamileliğe ilişkin olarak uzun zamandır sürdürdüğü içtihadında vurguladığı üzere, belirsiz süreli iş sözleşmesinde işçinin hamilelik nedeniyle çalışmasının yasak olduğu dönemde ortaya çıkan geçici iş gücü eksikliği, iş sözleşmesinde uzun dönemde sağlanan dengeye bir zarar vermemektedir⁶⁷.

Kanaatimizce bu görüş, yalnızca hamilelik için değil belirsiz süreli iş sözleşmesinde ortaya çıkabilecek geçici çalışma engellerinin tamamına teşmil edilebilir niteliktedir. Bu anlamda örneğin yakın bir tarihte çok uzun olmamakla beraber belli bir istirahat süresi gerektiren bir cerrahi operasyon geçirileceğinin veya kısa dönem askerlik için birliğe teslim olunmasının gerektiğinin, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında işverene bildirilmesine gerek yoktur⁶⁸. Özellikle bu belirleme yapılırken, işverenin iş sözleşmesini feshetme hakkını kullanamayacağı durumlar kıstas olarak (İş Kanunu m. 25/I, m. 31/1 gibi) kullanılabilir. Buna karşılık yine kana-

talığın ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s. 265 vd.

60 Hoffmann, § 105, Rn. 159; Preis, Rn. 806.

61 Junker, Rn. 150.

62 Geiser/Müller, Rn. 232, s. 88. Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda tekstil işyerinde baskı ustası olarak çalışan davacının işi ve çalışma yeri göz önüne alınarak, davacı işçinin tek böbrekli olması, fakat işe başvururken doldurduğu formda bunu işverene bildirmemesinin haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir (Y9HD, E.2009/39002, K.2011/50334, T.29.12.2011).

63 Kamanabrou, Rn. 723; Camastral, s.199.

64 Rehbinden, Arbeitsrecht, s. 33; Geiser/Müller, Rn. 232, s. 88. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda da bu hususa dikkat çekilmiş ve güvenlik görevlisi olarak işe giren işçinin sabıkası bulunmadığına ilişkin yalan beyanda bulunmasının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açacağı belirtilmiştir (Y9HD, E. 1997/19393, K. 1998/432, T. 22.01.1998, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs Haziran 1998, s.15).

65 Hoffmann, § 105, Rn. 158.

66 Rehbinden, Arbeitsrecht, s. 33; Savaş, s. 71.

67 Hoffmann, § 105, Rn. 146. Alman Federal İş Mahkemesi'nin hamileliğe ilişkin içtihadının gelişim seyri hakkında detaylı bilgi için bkz. Hoffmann, § 105, Rn. 140 vd.

68 Aksi yönde olarak bir görüş işçinin gelecek yıl içerisinde askere gidip gitmeyeceğine veya bir tedavi görüp görmeyeceğine ilişkin sorunun, işverenin işyerinin çalışma planını hazırlaması amacına hizmet ettiği için hukuka uygun olduğunu belirtmektedir (Pellegrini, s. 146-147; Rehbinden, s. 753; Geiser/Müller, Rn. 232, s. 88).

atımızca belirli süreli iş sözleşmesi söz konusu olduğunda iş sözleşmesinin süresi ile geçici çalışma engeli nedeniyle çalışamayacak sürenin büyük oranda iç içe geçmesi halinde, mevcut olan çalışma engeli sözleşmede öngörülen işin yapılmasını önemli ölçüde güçleştirmektedir ve bu nedenle aday işçinin bu bilgiyi açıklaması zorunludur. Ancak Avrupa Topluluğu Adalet Divanı 2001 yılında verdiği bir kararda⁶⁹, dolaylı olarak, belirli süreli iş sözleşmesi bakımından işçi adayının hamileliğinin, sözleşme süresinin önemli bir kısmında çalışmasını engelleyecek olsa dahi işçi adayı açısından bir aydınlatma yükümlülüğüne neden olmadığı kanaatinde olduğunu belirtmektedir⁷⁰.

E. Sözleşmenin Esaslı Noktalarına Yönelik Olması

İş Kanunu m. 25/II,(a)'da, işçinin, sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli olan vasıflar veya şartlar hakkında hileli davranışlarda bulunmasının ya da gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söylemesinin, işverene haklı nedenle fesih hakkı vereceği düzenlenmiştir. Hükümde yer alan, "sözleşmenin esaslı noktalarından biri" ifadesi, yukarıda da değinildiği üzere, hilenin meydana gelmesi için değil sadece haklı nedenle fesih hakkının doğumu açısından bir unsur niteliği taşımaktadır.

Hükümün lafzında geçen "vasıflar veya şartlar" ibaresi ile kastedilen, işverenin iş sözleşmesi kurma ya da en azından mevcut şartlarla iş sözleşmesini kurma konusundaki iradesini şekillendiren her türlü husustur. Bu hususların başındaysa işçinin vasıfları gelmektedir; zira işvereni sözleşmeyi yapmaya yönelten esas se-

bep, çoğunlukla, işçinin sahip olduğu varsayılan vasıflarıdır. İşçinin vasıfları, işverenin sözleşmeyi kurma iradesini oluştururken, işçinin sahip olduğunu varsaydığı her türlü objektif ve subjektif nitelikleridir. Bu kapsamda, işçinin fiziksel durumu, mesleki kıdemi, eğitimi, yabancı dil bilgisi, işe yatkınlığı, verimliliği, çalışma arkadaşlarına tutumu⁷¹ gibi subjektif ve objektif kişisel özelliklerinin yanı sıra çalışma izninin olup olmadığı, eski iş sözleşmesinin nasıl sona erdiği, bir rekabet sözleşmesine taraf olup olmadığı⁷² gibi hukuki durumunu ilgilendiren pek çok husus sayılabilir⁷³. Diğer yandan işçinin vasıfları ile ilgili olmamakla beraber, işvereni iş sözleşmesi yapmaya sevk eden başka faktörler de bulunabilir ki bunların başında işçinin ücreti gelmektedir. Bu gibi hususlar da, iş sözleşmesinin kurulmasında hileye neden olabilmektedir.

İşçinin hilesinin, iş sözleşmesinin feshi için haklı neden teşkil edebilmesi için sözleşmenin esaslı noktalarından birisi üzerinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla burada şu sorunun cevabı bulunmalıdır; iş sözleşmenin esaslı noktalarından anlaşılması gereken nedir?

Klasik bir yaklaşımla, iş sözleşmesinin esaslı noktalarının, sözleşmenin objektif esaslı unsurları ve subjektif esaslı unsurları olduğu söylenebilir. Objektif esaslı unsurlar, kanunda sözleşmenin kurulması için zorunlu olduğu kabul edilen ve sözleşmeye tipini veren unsurlardır⁷⁴. Bu tanıma göre iş sözleşmesinde objektif esaslı unsurlar, iş görme, ücret ve bağımlılıktır. Subjektif esaslı unsurlar ise, objektif esaslı unsurların dışında kalan ve esasında yan nokta niteliğinde olmasına rağmen, irade özerkliğinin bir sonucu olarak tarafların sözleşmenin kurulması için üzerinde anlaşılmasını zorunlu hale getirdikleri unsurlardır. Bir yan noktanın subjektif esaslı unsur haline geldiğinden söz edilebilmesi için ya sözleşme görüşmecilerinin birlikte kararlaştırmaları ya da görüşmecilerden birinin karşı tarafın anla-

69 ATAD, 04.10.2001 – C. 109/00 – (Tele Danmark v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)). Karar metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu>, (E.T. 17.03.2019).

70 Bu kararda, belirli süreli iş sözleşmesi ile işe alınan bir işçinin, sözleşme kurulurken bilmesine rağmen işverene bildirmediği hamileliği nedeniyle iş sözleşmesinin önemli bir döneminde çalışmamasından ötürü sözleşmesinin feshedilmesi, ayrımcılık yasalarına aykırılık oluşturmasından ötürü haksız bulunmuştur (ATAD, 04.10.2001 – C. 109/00, §19, § 26 ve § 27).

71 Grüning, s. 24.

72 Rehbinden, s.754; Ertürk, s.67.

73 Kamanabrou, Rn. 785; Preis, Rn. 939.

74 Eren, s. 234; Kocayusufpaşaoğlu, s. 174-175.

yabileceği bir beyan veya davranış ile bu noktayı sözleşmenin olmazsa olmaz şartı sayması gerekmektedir⁷⁵.

Bu açıklamaya göre, iş sözleşmesinde öngörülen işin yazılım mühendisliği olduğu bir örnekte, belli bir yazılım dilinin (*JavaScript, Php, C* gibi) bilinmesi, sözleşmenin objektif esaslı unsuru niteliğini (iş görme unsuru) taşımaktayken, işçinin çalışırken kendi şahsi bilgisayarını kullanacak olması kural olarak bir yan nokta niteliği taşımaktadır (TBK m. 413/1). Bununla birlikte tarafların kanunun emredici hükümlerine -bu kapsamda özellikle ayrımcılık yasaklarına- ve genel olarak TBK m.27'ye aykırı davranmadığı müddetçe, bir yan noktayı sözleşme için subjektif esaslı unsuru sayması mümkündür. Dolayısıyla bu örnek açısından işçinin kendi şahsi bilgisayarını işe özgülemesi kadar, işin ifası için objektif açıdan gerekli olmayan yabancı dil bilgisi, ehliyet sahibi olmak⁷⁶ ve hatta tartışmalı olmakla beraber sigara kullanmamak⁷⁷ gibi vasıfları da subjektif esaslı unsur niteliği kazanabilir. Zira işverenin, hukuki sınırlara uygun davrandığı müddetçe istediği işçi adayı ile çalışmayı tercih etmesi, sözleşme özgürlüğünün bir gereğidir. Bu yaklaşım gereğince işçinin, sözleşmenin objektif esaslı noktaları yanında mevcut sözleşme için subjektif esaslı unsur sayılan herhangi bir nokta hakkındaki hilesi de esaslı hile niteliği taşır.

Kanaatimizce böyle bir kabul iki sakıncayı beraberinde getirmektedir. İlk olarak, bir yan noktanın subjektif esaslı unsur niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi, subjektif bir değerlendirme yapılmasını gerektirdiğinden, bu tes-

pitin yapılması oldukça zordur. İkinci olarak -ki bu daha önemli bir sakıncadır- bir yan noktanın subjektif esaslı unsur sayılması için karşı tarafa bildirilmesi şartı arandığından, bu yaklaşım sözleşme görüşmelerinde Kocayusufpaşaoğlu'nun deyiimiyle "*çok konuşmaya meraklı aldatılanları, az konuşanlara nazaran daha avantajlı duruma sokan bir çözüm*"⁷⁸ niteliği taşımaktadır. Gerçekten de, bu yaklaşımın kabul edilmesi halinde, sözleşme görüşmesi sürecinde gerekli gereksiz pek çok vasfı sözleşmenin kurulması için olmazsa olmaz unsur haline getiren bir işveren, İş Kanunu m. 25/II,(a)'nın sağladığı hukuki imkândan, görüşme sürecinde makul davranan işverenlere nazaran daha fazla istifade etmektedir.

Burada ikinci bir yaklaşım olarak, iş sözleşmesinin objektif gerekliliklerinin esaslı noktalara yönelik hile, bunun dışındaki hususlara ilişkin hilenin ise esaslı olmayan noktalara yönelik hile olarak kabul edilmesi düşünülebilir. Türk iş hukuku doktrinde bu şekilde adlandırılmamasına rağmen, esas olarak bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Nitekim literatürde sıklıkla başvurul⁷⁹ ve Yargıtay'ın da bir kararına konu olan⁸⁰ *yabancı dil* örneği, aslında bu yaklaşımın

78 Kocayusufpaşaoğlu, s. 406.

79 Süzek, Sarper; İş Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 598; Savaş, s. 68; Yürekli, s. 574.

80 "Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının 09.02.2004 tarihinde işyerinde kalite kontrol görevlisi olarak istihdam edildiği, 16.08.2004 tarihinde İngilizce bilmediği halde bildiğini beyan ederek işvereni yanılttığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı işyerinde yeteri kadar kalite kontrol elemanı olmasına rağmen İngilizce bildiğini belirten davacının yurtdışına satılan malların kalite standartlarını kontrol etmesi için işe alındığını savunmuştur. Davacının işe alınırken işverence mülakata tabi tutulduğu, lise mezunu olan davacının tercüme seviyesinde yabancı dil bilip bilmediği konusunda test edilmediği anlaşılmaktadır. Buna göre davacının yabancı dil seviyesinin sözleşmenin esaslı unsuru olduğundan bahsedilemez. Diğer yandan sırf İngilizce bildiği için işe alındığı savunulan davacının yabancı dil bilgisine altı ay kadar ihtiyaç olmaması da olağan değildir. İş talep formundaki "yabancı diliniz var mı" sütununun karşısına "İngilizce" yazmak davacının tercüme gibi ileri seviyede yabancı dil bildiği anlamına gelmez. Dolayısıyla feshin haklı ya da geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmakla davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.". Karar için bkz. Y9HD, E.2005/25404, K.2005/30569, T.19.0.2005, Legalbank.

75 Eren, s. 235; Kocayusufpaşaoğlu, s. 175-176; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 840.

76 Doktrinde aksi yönde bir görüş işçiye, eğer iş ile ilgili değilse ehliyetinin bulunup bulunmadığına ilişkin soru sorulamayacağını ifade etmektedir (Kamanabrou, Rn. 720).

77 Doktrinde bir görüş işçiye sigara içip içmediğine ilişkin soru sorulamayacağını ifade etmektedir (Geiser/Müller, Rn. 232). Buna karşılık Yargıtay'ın bir kararında işçinin sigara içip içmediğine ilişkin soruya yanlış cevabı, taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyen bir husus olarak değerlendirilmiştir (Y9HD, E. 2006/4640, K. 2006/7155, T. 21.03.2006, Legalbank).

bir tezahürüdür. Bu örnek gereğince, yapılacak işin iyi seviyede yabancı dil bilgisi gerektirdiği durumlarda, işçinin yabancı dil bilgisinin bulunduğu ilişkili hilesi, sözleşmenin esaslı noktalarına yönelik bir hile teşkil edecektir. Buna karşılık işverenin sözleşmenin kurulması için yabancı dil bilgisini sübjektif esaslı unsur olarak addetmesinin bir önemi olmaksızın, orta seviye yabancı dil bilgisinin yeterli olduğu bir iş için, işçinin yabancı dil bilgisinin bulunduğu ilişkili hilesi, sözleşmenin esaslı noktalarına yönelik bir hile niteliği taşımayacaktır.

Kanaatimizce bu yaklaşım da, çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. İlk olarak bu yaklaşım, hileye karşı korunmaya çalışılan menfaatin irade özerkliği olduğunu göz ardı etmektedir. Zira burada önemli olan sözleşmenin objektif gereklilikleridir; oysaki işveren sıklıkla yinelediğimiz gibi hukuk kurallarının içerisinde kalmak şartıyla dilediği işçi adayıyla sözleşme kurma hakkına sahiptir. Nitekim işçinin aydınlatma yükümlülüğüne rağmen işverene soru sorma hakkının tanınmasının sebebi de, iş sözleşmesinin yapılması için objektif açıdan gerekli niteliklerin yanında işverenin kendisi açısından gerekli nitelikleri taşıyan işçi adayını tespit ederek, iş sözleşmesini kurmasıdır. Bu yaklaşımın bir diğer olumsuz etkisi, işverenin soru sorma hakkının etkisizleşmesine yol açmasıdır. Bu görüş kabul edildiğinde, işin yapılmasını önemli ölçüde güçleştirmeyen veya iş için belirleyici bir öneme sahip olmayan hususlara ilişkin işverenin soru sorma hakkını kullanması ve işçinin bunlara ilişkin gerçeğe aykırı beyanları, İş Kanunu m. 25/II,(a) kapsamında düzenlenemeyecek ve işverenin soru sorma hakkı etkisizleşecektir.

Öte yandan bu görüş, doğası gereği değişikliğe meyilli olan iş sözleşmesinin, bu doğasını da göz ardı etmektedir. Zira işveren, bir iş sözleşmesi kurarken yalnızca mevcut koşullar çerçevesinde bir değerlendirme yapmak zorunda değildir. Kaldı ki normal şartlar altında rasyonel bir işverenin, yalnızca mevcut koşullara en uygun adayı değil, ayrıca işletmesinin müstakbel ve muhtemel koşullarını da dikkate aldığına,

kendisini bu koşullara uyarlaması daha kolay olan bir işçi adayı ile sözleşme yapmayı tercih edeceği söylenebilir. Bu söylediğimiz çerçevede yabancı dil örneği tekrar ziyaret edilecek olursa; yerli turistlere hizmet veren bir otelde misafir karşılama görevlisi olarak çalışmak üzere işe alınacak bir işçiden sahip olması beklenen yabancı dil bilgisi, esas olarak aydınlatma yükümlülüğü kapsamında değildir ve işçinin bu konuya ilişkin bir açıklama yapması gerekmez. Bununla birlikte işverenin yakın bir gelecekte olmamasına rağmen, belli bir zaman sonra yabancı turistlere de hizmet vermeyi düşünmesi nedeniyle, işçiye buna ilişkin sorular sorması, kanaatimizce soru sorma hakkı çerçevesinde mümkündür. Dolayısıyla işçinin bu sorulara gerçeğe uygun cevap vermemesi halinde, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmekte; öte yandan işverenin bu gerçeğe aykırı bilgiden ötürü diğer işçi adayları arasından bu adayı tercih ederek sözleşme kurması halinde illiyet bağı da kurulmaktadır. Başka bir ifadeyle hile için aranan tüm unsurlar, somut olayda meydana gelmektedir. Böyle bir durumda hilenin haklı nedenle feshe imkân vermediğinin söylenmesi, çok da mümkün gözükmemektedir.

Kanaatimizce esaslı nokta ifadesinin içeriği doldurulmaya çalışılırken benimsenmesi gereken yaklaşım, borçlar hukuku doktrininde mevcut olan ve hilenin sözleşme üzerindeki etkisinden hareketle yapılan asli hile-feri hile ayırımıdır⁸¹.

81 Esasında bu ayırım gerek Alman gerekse Türk-İsviçre borçlar kanunlarında yer almayan bir ayırımdır. Nitekim bu kanunlara göre sözleşmenin kurulmasındaki hile, ister asli hile, isterse ferî hile şeklinde ortaya çıksın, aldatılan tarafa sözleşmeyi iptal etme hakkı tanımaktadır. Buna karşılık Fransız hukukunda hile nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için, hilenin mutlaka asli hile şeklinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Nitekim Fransız Medeni Kanunu m. 1116'da bu durum; "*Hile ancak taraflardan birinin hileli davranışları olmasaydı karşı tarafın sözleşme kurmayacağını açık olması halinde sözleşme için iptal sebebidir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde İtalyan hukukunda da, hilenin ancak asli hile olması halinde aldatılana iptal hakkı vereceği belirtilmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 462). Ancak önemle ifade etmek gerekir ki Türk Borçlar Kanunu'nda yer almayan bu ayırımın, kanunun açık hükmü kapsamında Türk iş huku-

Kısaca bu ayrımı açıklayacak olursak; aldatılan tarafın gerçek durumu bilseydi sözleşmeyi hiç kurmayacağını söylenebildiği durumlarda asli hile gerçekleşmektedir. Buna karşılık aldatılan tarafın gerçek durumu bilseydi dahi mevcut sözleşmeyi kuracağı ancak bu sözleşmede kendisinin daha lehine şartlara yer vereceğinin söylenebildiği durumlarda feri hile meydana gelmektedir⁸². Buna göre işçinin hilesi olmasaydı işverenin iş sözleşmesini hiç kurmayacağı durumlarda, hilenin sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olduğu; buna karşın sözleşmeyi kurmakla beraber kendisinin daha lehine olan şartlara yer vereceği durumlarda ise hilenin esaslı olmayan noktalara ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla işverene İş Kanunu m. 25/II,(a) anlamında haklı nedenle fesih hakkı veren hile, asli hile olup; feri hile, bu hüküm kapsamında yer almamaktadır.

Her üç yaklaşım arasındaki farkı belirginleştirmesi ve önerimizi somutlaştırması açısından, işçinin önceki işinde aldığı ücretin, sözleşme görüşmelerinde bir kıstas olarak kullanıldığı iş görüşmelerinden hareket edilebilir⁸³. Aksi yönde görüşler bulunmakla beraber⁸⁴, iş görüşmelerinde kural olarak işçinin eski işinde aldığı ücrete ilişkin bir aydınlatma yükümlülüğü bulunmadığı gibi, işverenin bu hususa ilişkin soruları da hukuka aykırı soru niteliği taşımaktadır⁸⁵. Bununla beraber iş görüşmesinde işçinin eski işinde aldığı ücretin bir alt sınır ya da farklı bir kıstas olarak belirlendiği durumlarda veya ücretin, işçinin nitelikleri hakkında bir çıkarım yapma imkânı vermesi halinde bu hususlara ilişkin işçinin ay-

dınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁶.

Buna göre örneğin işverenin “*eski işinizde aldığınız ücretin 1000 TL fazlasına sizinle iş sözleşmesi kurmaya hazırım.*” şeklindeki önerisine, işçinin gerçeğe aykırı olarak eski işinde aldığı ücretten fazlasını belirtmesi halinde diğer iki yaklaşım bakımından sözleşmenin esaslı noktalarında hile gerçekleşmektedir. Nitekim ilk yaklaşım bakımından ücret, sözleşmenin objektif esaslı unsuru olmasından ötürü, esaslı noktadır; ikinci yaklaşım açısından işçinin ücreti, sözleşmenin objektif gerekliliklerinden olduğundan esaslı nokta teşkil etmektedir⁸⁷. Bununla beraber bizim önerimiz bakımından somut olaydaki hile, sözleşmenin esaslı noktalarında gerçekleşmemektedir. Zira söz konusu örnekte işverenin, gerçek durumu bilseydi dahi, sözleşmeyi kuracağı, yalnızca ücret ödeme borcu açısından daha lehine koşullara yer vereceği söylenebilmektedir. Bu nedenle buradaki hile; asli hile değil, feri hile niteliği taşımaktadır ve işverenin İş Kanunu m. 25/II,(a)’ya dayanarak iş sözleşmesini feshetmesini engellemektedir.

Bu yaklaşım bakımından işverenin bir zarara uğramasının veya uğradığı zararın boyutunun bir önemi yoktur; önemli olan işverenin karar alma özgürlüğüne ne ölçüde müdahalede bulunulduğudur. Dolayısıyla bu yaklaşımın hareket noktasını, işverenin gerçek durumu bilseydi, sözleşmeyi kurma iradesinin nasıl şekilleneceğinin tespiti oluşturmaktadır. Bu durum ise ister istemez, işverenin farazi (varsayılan) iradesinin araştırılmasını gerekli kılmaktadır. Zira işverenin, işçinin hilesi olmasaydı nasıl davranacağını gerçekten tespit edilmesi çoğu somut olay açısından mümkün değildir; bu nedenle işverenin gerçek iradesinin yerine geçecek bir irade araştırılmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki işverenin gerçek iradesinin tespit edilebildiği durumlarda,

kunda kabul edilmesi bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır.

82 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Kurşat, s. 58-59; Oğuzman/Öz, s. 112.

83 Benzer bir tartışma için Pellegrini, s. 90-91.

84 İşçiye bu soruların sorulabileceğini belirten görüş için bkz. Rehbindler/Stöckli, Rn. 36

85 Türk hukuku için bkz. Eyrenci, s. 251-252; Ertürk, s. 67; Odaman, s. 41; Alman hukuku için bkz. Kamanabrou, Rn. 722; Preis, Rn. 802; Lingemann, Stefan/ von Steinau-Steinrück, Robert/Mengel, Anja; Employment&Labor Law in Germany, C. H. Beck, München 2012, s. 13; İsviçre hukuku için bkz. Rudolph, s. 57; Geiser/Müller, Rn. 232, s. 86.

86 Kamanabrou, Rn. 722; Preis, Rn. 802; Lingemann/Steinau-Steinrück/Mengel, s. 13

87 Türk hukukunda ücrete ilişkin hilenin haklı nedenle feshe yol açacağı hakkında örneğin bkz. Eyrenci, s. 252; Odaman, s. 41.

farazi iradeye başvurulamaz⁸⁸. Örneğin sözleşmenin geçerliliğini, işçinin sağlık muayenesinin olumlu sonuçlanmasına bağlayan bir şartın bulunduğu bir iş sözleşmesi bakımından, işçinin muayene sonuçlarına ilişkin hilesi bulunmasaydı, işverenin sözleşmeyi kurmayacağına yönelik gerçek iradesi tespit edilebilmektedir.

İşverenin farazi iradesinin tespitinde, farazi iradenin araştırıldığı diğer hukuki kurumlara (sözleşmenin tamamlanması, yorumlanması, kısmi hükümsüzlüğün sözleşmeye etkisinin belirlenmesi gibi) ilişkin geliştirilen ölçütlerden yararlanılabilir. Bu hukuki kurumlara ilişkin olarak geliştirilen ve doktrinde hâkim olan “iki aşamalı farazi iradeler” görüşü gereğince, öncelikle sözleşmenin amacı, işverenin sözleşmeden beklentileri, taraflar arasındaki iş ilişkisi gibi subjektif unsurların normatif bir şekilde ölçümü suretiyle, somut işverenin gerçek durumu bilseydi rasyonel kararının ne olacağı tespit edilmelidir⁸⁹. Ancak bu subjektif unsurlardan hareket edilebilmesi için, tarafların sözleşmede yer verdikleri diğer benzer hükümler, iş görüşmesi kayıtları, iş görüşmesinde tarafların üstünde durdukları hususlar, işverenin takındığı tavır ve davranışları ile soru sorma hakkını kullanım biçimi gibi açık bağlantı noktalarına ihtiyaç vardır⁹⁰. Buna karşılık, subjektif unsurların sözleşmeye hiç yansımadağı, yani açık bir bağlantı noktasının bulunmadığı durumlarda, dürüstlük kuralı, işin mahiyeti ve teamüllerden hareketle makul ve dürüst herhangi bir işverenin gerçek durumu bilseydi rasyonel davranışının ne olacağı tespit edilmelidir⁹¹. Öte yandan bu tespit, uyumsuzluğun çıktığı andaki koşullar değil, sözleşme kurulurken mevcut olan koşullar dikkate alınarak yapılmalıdır⁹².

88 Busche, Jan; Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, C. H. Beck, München 2018, §139, Rn. 29; Aksoy Dursun, Sinem; Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 101.

89 Busche, § 139, Rn. 31; Kırkbeşoğlu, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 193 vd.

90 Detaylı bilgi için bkz. Aksoy Dursun, s. 101 vd.

91 Aksoy Dursun, s. 105; Kırkbeşoğlu, s. 194.

92 Busche, § 139, Rn. 31.

II. İşçinin Hilesinin Sonuçları

İş sözleşmesinin kuruluşunda işçinin hilesinin sonuçları iki noktada toplanabilir. Bunlardan ilki, hilenin sözleşmenin akıbetine etkisidir. Hilenin, irade özerkliği ile ilişkisi dikkate alındığında, esasında bu etkinin, hilenin temel sonucu olduğu söylenebilir. Başka bir ifadeyle işçinin hilesinin bulunduğu her durumda bu sonucun tartışılması gerekmektedir. Diğer yandan işçinin hilesinin, aynı zamanda işverenin bir zararına neden olduğu durumlarda, hilenin ikinci sonucu olan işverenin tazminat talebine etkisi gündeme gelir.

1. Hilenin İş Sözleşmesinin Akıbetine Etkisi

İş Kanunu m. 25/II,(a)’da yalnızca sözleşmenin esaslı noktalarına atıf yapılarak, bir bakıma iki hile türü arasında bir ayırım yaratılmıştır. Bu nedenle işçinin hilesinin sözleşmenin akıbeti üzerindeki sonuçları bu ayırım kapsamında incelenecektir.

A. Asli Hile Halinde

Asli hilenin iş sözleşmesinin akıbetine etkisi bakımından tartışma yaratan husus, İş Kanunu m. 25/II anlamında haklı nedenle fesih hakkının yanı sıra TBK m. 39 gereğince iptal hakkının da kullanılıp kullanılmayacağıdır.

Alman ve İsviçre hukuklarında hâkim olan görüş, işçinin hilesi halinde, işverenin iptal hakkının yanı sıra haklı nedenle fesih hakkını da kullanabileceğini, başka bir ifadeyle her iki hakkın bir arada varlığını sürdürdüğünü belirtmektedir⁹³. Bu görüşün dayanak noktası olarak, bu iki hukuki kurumun veya hakkın, farklı amaçlara hizmet etmesine ve farklı hukuki kaynaklarının bulunmasına işaret edilmektedir. Nitekim iptal hakkının kaynağı, iş sözleşmesinin kurulmasından önce veya sözleşmenin kurulması anında sakatlanan iradenin düzeltilmesidir. Buna kar-

93 Pellegrini, s. 82; Rudolph, s. 130; Rehbindler/Stöckli, Rn. 41; Benecke, § 33, Rn. 146; Hoffmann, § 105, Rn. 139; Kamanabrou, Rn. 784; Preis, Rn. 930.

şılık haklı nedenle fesih hakkı, iş sözleşmesinin kurulmasından sonraki süreçte sözleşmenin ifasının aldatılan açısından beklenilemez olmasından kaynaklanmaktadır⁹⁴. Öte yandan İsviçre hukukunda hilenin, iptale neden olması için esaslı olup olmamasının önem taşımadığı, buna karşılık haklı nedenle fesih için mutlaka esaslı bir hilenin bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁵.

Türk hukuku bakımından hile nedeniyle hem iptal hakkının hem haklı nedenle fesih hakkının kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, Türk hukukunda da haklı nedenle fesih hakkının yanı sıra iptal hakkının kullanılabileceğini belirtirken⁹⁶, farklı bir görüş haklı nedenle fesih hakkının bulunduğu bir durumda iptal hakkının kullanılmayacağını ifade etmektedir⁹⁷. Kanatımızca kanun koyucunun hilenin hüküm ve sonuçlarında önemli ölçüde değişiklik meydana getiren bir düzenlemeye İş Kanunu'nda yer vermesi karşısında ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekmektedir. Dolayısıyla işverenin aynı zamanda iptal hakkını kullanması mümkün değildir.

İşçinin asli hilesi, İş Kanunu m. 25'in genel ayırımında, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller kapsamında yer almaktadır. İşçinin hilesi nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin hüküm ve sonuçları, diğer ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller nedeniyle sözleşmenin haklı nedenle feshi ile büyük oranda benzeşmekteyse de, burada incelenmeye değer gördüğümüz iki husus bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, işçinin hileli davranışı neticesinde kurulan iş sözleşmesi çerçevesinde elde ettiği işçilik alacaklarının, İş Kanunu m. 26/1'in

son cümlesinde geçen, "işçinin olayda maddi çıkar sağlaması" kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu tartışma, işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde, haklı nedenle fesih hakkı için öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmayacak olmasından ötürü önemlidir. İş Kanunu m. 26/1'deki istisnanın uygulanması yönünde bir kabul halinde işveren, iş sözleşmesinin kurulmasından sonra bir yıl geçmiş olsa dahi altı iş günlük hak düşürücü süreye uymak suretiyle sözleşmeyi her zaman feshedebilecektir.

İş Kanunu'nun gerekçesinde, işçinin olayda maddi çıkar sağlaması haline ilişkin istisnai düzenlemeye özellikle bankacılık alanında yaşanan kötü niyetli davranışlar nedeniyle yer verildiği belirtilmektedir. Böylece işçinin kendisine maddi çıkar sağlayacak bir yolsuzluk yaptığının aradan bir yıl geçtikten sonra öğrenilmesi veya anlaşılması durumunda da işveren iş sözleşmesini altı iş günlük hak düşürücü süreye riayet ederek feshedebilecektir. Gerekçeden, bu istisnai düzenlemeye yer verilmesinin iki sebebi olduğu anlaşılmaktadır; işçinin maddi bir çıkarı kötü niyetle elde etmesi ve bu edinimin tespit edilmesinde güçlük bulunması.

Maddi çıkardan anlaşılması gereken, işçinin, işverenin malvarlığından hukuken geçerli bir sebebe dayanmaksızın zenginleşmesidir. Dolayısıyla hukuken geçerli bir sebebin bulunduğu durumlarda, malvarlığı yönünden yaşanan zenginleşmenin maddi çıkar olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu doğrultuda kanun koyucunun asli hileyi, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı veren bir hal olarak düzenlemesi karşısında⁹⁸, işçinin sözleşmeden elde et-

94 Pellegrini, s. 82; Rudolph, s. 131; Rehbinden/Stöckli, Rn. 41; Benecke, § 33, Rn. 146; Kamanabrou, Rn. 784; Hoffmann, § 105, Rn. 139.

95 Pellegrini, s. 80-81; Rehbinden/Stöckli, Rn. 41.

96 Kaplan, Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1987, s. 140; Ertürk, s. 141.

97 Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018, s. 106; Süzek, s. 344; Savaş, s. 72; Yürekli, s. 573

98 Kanunda böyle bir hüküm bulunmasaydı, işçinin iş sözleşmesinden elde ettiği işçilik alacaklarının maddi çıkar olarak değerlendirilmesi gerekecekti. Zira TBK m. 394/3'te geçen "geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesi" ifadesine, hile nedeniyle kurulan iş sözleşmesinden daha uygun bir sözleşmenin düşünülmesi mümkün olmayıp, yaygın kanının aksine iş sözleşmesinin hile nedeniyle iptali halinde geçersizliğin ileriye değil, geriye etkili olacağı ve ücretin iş görme ediminin karşılığını aşan oranda maddi çıkar niteliği taşıdığı kabul edilmesi gerekecekti. Mevzu Kanun'da aynı sonuca varan görüş

tiği işçilik alacakları, işverenin malvarlığından bir zenginleşme oluşturup oluşturmamasından bağımsız olarak, hukuken geçerli bir sebebe dayanmaktadır ki o da iş sözleşmesidir. Başka bir ifadeyle işçinin hileli davranışları neticesinde kurulan iş sözleşmesinden elde ettiği işçilik alacakları, bir maddi çıkar değil, geçerli bir sözleşme kapsamında doğan hak niteliğindedir ve sözleşme feshedilse dahi hak olarak varlığını sürdürmektedir. Zira asli hilenin, iptal hakkının yerine haklı nedenle fesih hakkı vermesi, asli hile neticesinde kurulan iş sözleşmesinin her durumda geçerli bir sözleşme olarak tasavvur edildiğini göstermektedir. Bu yüzden işçinin kötü niyetinden kaynaklanması ve tespitindeki güçlükler rağmen, hilenin üzerinden bir yıllık sürenin geçmiş olduğu durumlarda, işverenin haklı nedenle fesih hakkı ortadan kalkacaktır. Bu bakımdan Yargıtay'ın işe girerken başkasına ait diplomayı sunan işçinin bu davranışının yaklaşık dokuz yıl geçtikten sonra anlaşılması üzerine yapılan feshin haklı olduğuna hükmeden kararına katılmak mümkün değildir⁹⁹.

Konuya ilişkin olarak tartışılması gereken ikinci husus ise işçinin hilesi tespit edilmeden önce, hakkında yanlış bilgi verilen vasıf veya şartların gerçekleşmesinin, işverenin fesih hakkı üzerinde etki gösterip göstermeyeceğidir. Somutlaştıracak olursak, işçinin B sınıfı ehliyeti bulunduğu hakkında yalan söyleyerek işe girmesinden sonra, henüz bu hile tespit edilmeden ehliyet alması halinde, işveren sözleşmeyi yine de feshedebilecek midir?

İşverenin iş sözleşmesinin kurulması için aradığı bir özelliği (ehliyet, sertifika, yabancı dil bilgisi, eğitim durumu vb.) taşımasına rağmen

men gerçeğe aykırı beyanda bulunan bir işçinin, daha sonra bu niteliği kazanması mümkündür. Kanaatimizce böyle bir durumda da işverenin İş Kanunu m. 25/II,(a)'ya dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür. Bir kere, iradeyi sakatlayan haller, kural olarak, sözleşmenin kurulması anında aranır¹⁰⁰. Daha önemlisi işçinin hilesinin işverene haklı nedenle fesih hakkı vermesinin altında yatan sebep, bir yetersizlik yaratması olmayıp, iş ilişkisinin sürdürülmesi için taraflar arasında bulunması gereken asgari güven ilişkisini zedelemesidir. Nitekim asli hilenin, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller kapsamında yer alması da bu hususun bir göstergesidir. Ancak elbette her hak gibi haklı nedenle fesih hakkının da hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla haklı nedenle fesih hakkının kullanılması somut olayda hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecekse, hukuk düzeni, bu hakkı korumayacaktır.

B. Feri Hile Halinde

İş sözleşmesinin kuruluşunda yalnızca asli hileye ilişkin bir düzenleme yapılmasının tercih edilmesi, ferî hilenin sonuçlarını belirsizleştirmektedir. Özellikle, İş Kanunu m. 25/II'de işverene haklı nedenle fesih hakkı veren ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerin sınırlı sayıda düzenlenmemesi ve borçlar hukukunun genel nitelikli hükümlerinde işçinin ferî hilesine uygulanabilecek düzenlemelerin bulunması, bu belirsizliği kuvvetlendirmektedir. Bu şartlar altında ferî hilenin sonuçları bakımından şu dört ihtimal akla gelebilmektedir; i) asli hilenin sonuçlarının kıyasen uygulanması, ii) TBK'da yer alan hileye ilişkin hükümlerin uygulanması, iii) ferî hileye her iki düzenlemeden farklı bir sonucun bağlanması, iv) ferî hilenin iş ilişkisi üzerinde herhangi bir sonucunun bulunmaması.

İlk ihtimali değerlendirecek olursak; İş Kanunu m. 25/II'de yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sınırlı sayıda düzenlenmediğinden

99 için bkz. Rehbinden/Stöckli, Rn. 41.

99 "Mahkemece iş sözleşmesinin feshinin haksız olduğu kabul edilmiş ise de, bu kabul dosya kapsamına uygun değildir. Zira davacının verdiği savunmadan anlaşıldığı üzere, davacı işe girerken kendisine ait olmayan başkasına ait sahte olduğunu bildiği diplomayı vermek suretiyle, bilerek sahte belgeyi kullanmıştır. Bilahare öğrenilen bu durum nedeni ile davacının iş sözleşmesinin ferî haklı nedene dayanmaktadır. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi yerine kabulü hatalıdır.", Y9HD, E.2010/22804, K.2012/32150, T.01.10.2012.

100 Yıldırım, s. 103; Eren, s. 393.

den, bunlara benzer sebeplere dayanılarak da iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi mümkündür. Ancak kanaatimizce ferî hile, benzeri sebepler olarak değerlendirilemez; zira İş Kanunu m. 25/II,(a)'da yalnızca asli hileyi içeren istisnai bir düzenleme yapılmıştır ve "istisnai hükümler, kural olarak dar yorumlanır" kuralı gereğince, ferî hile, bu hükmün kapsamına dâhil edilemez. Aynı şekilde, ferî hileye TBK'da yer alan hileye ilişkin hükümlerin uygulanması da düşünülemez. Zira asli hilenin haklı nedenle fesih hakkı veren bir hal olarak düzenlenmesi karşısında kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir irade sakatlığı haline muhatabı açısından daha ağır sonuçları olan iptal hükümlerinin uygulanması, hatalı sonuçlar doğuracaktır. Diğer yandan kanaatimizce ferî hilenin, iş sözleşmesi üzerinde bir sonucunun olmadığı da söylenemez. Zira iş sözleşmesi, taraflar arasında güven ilişkisinin ön planda olduğu bir sözleşmedir ve işçinin hilesi, bu güven ilişkisini zedeleyici bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle ferî hilenin, kendine özgü sonuçlarının olduğu kabul edilmelidir.

Ferî hile, işverene iş sözleşmesini ne iptal ne de haklı nedenle fesih hakkı vermesine rağmen, kanaatimizce bu hile türü, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin feshi için geçerli bir neden, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sözleşmelerinin feshi açısından ise makul ve meşru bir neden niteliği taşımaktadır¹⁰¹.

İş güvencesi kapsamında geçerli neden teşkil eden haller, İş Kanunu m. 18'de işçinin yeterliliği, işçinin davranışları ve işletme gerekleri olarak kategorize edilmiş durumdadır. Her ne kadar işçinin vasıflarına (fiziksel durumu, eğitimi gibi) ilişkin olduğu durumlarda hile, işçinin sözleşmede öngörülen işi yapması açısından yetersizliğine neden olmaksaydı da, ferî hilenin, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir geçerli neden olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira işçiye ilişkin geçerli nedenleri birbirinden ayırırken başvuru "kusur kıstası" gereğince, işçiye kusur atfedilebilen nedenler işçinin davranışla-

rı, kusur atfedilemeyen nedenler ise işçinin yetersizliği kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰². Hile için kusurun (hile kastı) zorunlu bir unsur niteliği taşıdığı dikkate alındığında, ferî hile halinde işçinin sözleşmeye aykırı davranmasına ve iş ilişkisinin zarar görmesine yol açan kusurlu davranışları bulunmaktadır ve bu nedenle ferî hile, işçinin davranışlarından kaynaklanan bir geçerli neden teşkil etmektedir.

İşçinin ferî hilesi nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinin, işçinin davranışlarından kaynaklanan diğer geçerli nedenle feshlerden esaslı bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle fesih için aranan usul ve şartlar, işçinin ferî hilesinden ötürü sözleşmenin feshi bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Burada dikkate değer bir husus, ferî hilenin niteliği gereği, değişiklik feshinden bağımsız düşünülememesidir. Başka bir ifadeyle ferî hile nedeniyle iş sözleşmesinin feshinden önce, feshin son çare olması ilkesi gereğince işçiye çalışma koşullarında değişiklik önerisi yapılması gerekmektedir¹⁰³. Zira ferî hile, işverenin gerçek durumu bilseydi mevcut sözleşmeyi daha lehine şartlarla yapacak olduğu hallerde gerçekleşmektedir. Bu nedenle işveren, gerçek durumu bilseydi yapacağı sözleşmenin koşullarını, sözleşmeyi geçerli nedenle feshetmeden önce işçiye önermelidir. Aksi takdirde feshin son çare olması ilkesine uygun davranmamanın hüküm ve sonuçları gündeme gelecek ve böylece geçersiz feshin hüküm ve sonuçlarına tabi olacaktır.

2. Hilenin İşverenin Tazminat Hakkına Etkisi

A. Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Kaynağı

İşçinin hilesi, işverenin irade özerkliğine müdahalede bulunmasının yanı sıra bir zarara uğramasına da neden olabilir. Ancak işverenin uğradığı bu zararların karşılanabilmesi için zararın

101 Süzek, s. 598.

102 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 286.

103 Benzer bir tartışma için bkz. Pellegrini, s. 156.

kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluk sebebine dayanması gerekmektedir¹⁰⁴.

İş Kanunu m. 26/2'de ahlak ve iyiniyet kuralına uymayan haller nedeniyle iş sözleşmesini fesheden tarafın, diğer taraftan tazminat isteme hakkı saklı tutulmuştur. Dikkat edilirse hükümde yalnızca iş sözleşmesini fesheden tarafın tazminat hakkına atıfta bulunmaktadır; buna karşılık haklı nedenle fesih hakkını kullanmaktan vazgeçen ya da hak düşürücü süreyi geçirmesinden ötürü bu hakkı kullanamayan tarafın zararlarına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine de bu durum, kanaatimizce iş sözleşmesini feshetmeyen ya da feshedemeyen işverenin uğradığı zararların genel hükümler çerçevesinde karşılanmasına engel değildir. Zira böyle bir ihtimalde işverenin kötü ifayı kabul etmiş olması ya da kötü ifayı reddetme hakkının olmaması, işçinin sorumluluğuna dayanmaktan feragat ettiği anlamına gelmediğinden¹⁰⁵, TBK m. 400 ve m. 112 gereğince işçi, işverene kusuruyla verdiği bütün zararı gidermekle yükümlüdür¹⁰⁶. Öte yandan TBK m. 39/2'de aldatmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanması halinde dahi tazminat hakkının ortadan kalkmadığının belirtilmesi karşısında, asli hileye rağmen sözleşmeyi feshedemeyen işverenin tazminat hakkının bulunmadığını söylemek güç gözükmektedir. Bu açıklamalar ferî hile açısından da geçerlidir. Zira ferî hile de, iş sözleşmesi tarafları arasındaki güven ilişkisini zedelemekte, ayrıca işverenin sözleşmeyi kurarken sahip olduğu beklentilerin tam olarak gerçekleşmemesine neden olmaktadır. Dolayısıyla ferî hile halinde de, iş sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi söz konusu olmaktadır.

Hileden doğan tazminat hakkı bakımından doktrinde başlıca iki sorumluluk kaynağına işaret edilmektedir; haksız fiilden doğan sorumluluk ve sözleşme öncesi kusur sorumluluğu (culpa in contrahendodan doğan sorumluluk)¹⁰⁷. Gerçekten de hilenin zarara neden olduğu durumlarda, bir yandan haksız fiil için aranan tüm unsurlar (hukuka aykırı fiil, kusur, illiyet bağı, zarar) gerçekleşmekte; diğer yandan hile sözleşme öncesi dönemdeki koruma yükümlülüklerinin¹⁰⁸ kusurlu ihlal edilmesi anlamına geldiğinden, sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna yol açmaktadır.

Bununla beraber iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, üçüncü bir sorumluluk kaynağı gündeme gelmekte ve işverenin culpa in contrahendodan doğan sorumluluğa başvurusu mümkün olmamaktadır. Açıklayacak olursak; iş sözleşmesinde hileye bağlanan sonuç, geçerli bir şekilde kurulan sözleşmenin sonradan haklı nedenle feshedilmesidir. Dolayısıyla hile, sözleşmenin ne kurulması ne geçerliliği üzerinde etki göstermekte, yalnızca sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesini engellemektedir. Böylece hile, iş sözleşmesi bakımından sözleşmenin müspet ihlaline yol açan bir ifa engeli görünümüne bürünmekte ve bu haliyle borca aykırılık kapsamında yer almaktadır. Culpa in contrahendodan doğan sorumluluğun, sözleşmeden doğan sorumluluk karşısındaki ikincilliği ilkesi ise işverenin hile nedeniyle culpa in contrahendo hükümlerine başvurusunu engellemektedir¹⁰⁹. Buna göre işverenin, hileden kaynaklanan zararlarının karşılanmasında sözleşmeden doğan sorumluluğun yanı sıra haksız fiil sorumluluğunu işletmesi mümkünse de, artık culpa in contrahendodan doğan sorumluluktan söz edilememektedir.

104 Ergüne, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 330.

105 Oğuzman/Öz, s. 467-468

106 Ancak elbette bunun için, işçinin hilesinin işverene bir zarar vermesi gerekir. Salt işverenin irade özerkliğinin sakatlanması, işçinin tazmin yükümlülüğüne yol açmaz. Özellikle de işçinin iş görme edimi ile doğrudan bağlantılı olmayan subjektif esaslı unsurlar bakımından, işverenin bir zararı doğmayacağından, bir tazminat sorumluluğundan da söz edilemez.

107 Rudolph, s. 132; Rehbinder/Stöckli, Rn. 46; Süzek, s. 311. Detaylı bilgi için bkz. Yıldırım, s. 265 vd.

108 Sözleşme görüşmecileri, aralarında kurulan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi kapsamında görüşmeleri dürüstlük kuralına uygun bir şekilde sürdürme, birbirlerini sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında aydınlatma, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme gibi koruma yükümlülükleri yüklenirler.

109 Ergüne, s. 342.

B. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı

Sözleşme öncesi kusur sorumluluğundan kaynaklanan zarar, esas olarak, menfi zarar (olumsuz zarar) olmasına rağmen¹¹⁰, bu kusurun aynı zamanda sözleşmenin müspet ihlaline yol açması halinde artık müspet zararın (olumlu zarar) karşılanması gerekmektedir¹¹¹. Zira menfi zarar halinde karşılanması gereken zarar, sözleşmenin kurulacağına, geçerli olacağına ya da geçersiz olmasına rağmen ifa edileceğine ilişkin duyulan güvenken; müspet zarar da geçerli bir sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesine yönelik taraf menfaatidir¹¹².

Müspet zarar, en genel haliyle sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan zararlar olup, bir bakıma boşa çıkan ifa menfaatini karşılamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle müspet zarar kapsamında, işverenin sözleşme gereği gibi ifa edilseydi malvarlığının göstereceği farazi durum ile hâlihazırdaki fiili durumu arasındaki fark giderilmeye çalışılmaktadır¹¹³.

Müspet zarar kapsamında karşılanacak olan zararlar, fiili zarar ve yoksun kalınan kar kalemlerinden oluşmaktadır. Fiili zarar ile kastedilen, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin çoğalmasıdır¹¹⁴. Asli hile halinde fiili zarar kaleminin başında, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi nedeniyle ortaya çıkan, vakitsiz iş gücü ihtiyacını gidermek için işverenin yaptığı masraflar gelmektedir¹¹⁵. Bu anlamda yeni bir işçi bulmak için yapılan harcamalar (ga-

zete ilanı vermek, iş görüşmesi süreci tertiplemek gibi), yeni işçi bulununcaya kadar diğer işçilere yaptırılan fazla çalışmadan doğan işçilik alacakları, fiili zararlar kapsamında yer almaktadır¹¹⁶. Buna karşılık feri hile nedeniyle sözleşmenin feshi halinde bu masrafların işçiden talep edilebilmesi mümkün değildir. Zira feri hile halinde sözleşmenin feshi, işverenin sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşmenin tarafı olmasından ötürü sahip olduğu sözleşmeyi fesih özgürlüğünün bir uygulaması niteliğindedir; başka bir ifadeyle haklı nedenle fesihte olduğu gibi buradaki fesih, vakitsiz iş gücü ihtiyacı ortaya çıkarmamaktadır. Buna karşılık hem asli hile hem de feri hilede işverenin, işçinin hileli davranışlarından kaynaklanan doğrudan veya dolaylı zararlarını da sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında talep edebileceği açıktır¹¹⁷. Bu anlamda sahte ehliyet ile işe giren işçinin karıştığı trafik kazası nedeniyle meydana gelen zararlar (aracın tamir masrafları, diğer araç sürücüsüne ödenen tazminatlar gibi) işçinin tazminat yükümlülüğü içerisinde değerlendirilmektedir.

Yoksun kalınan kar ile ifade edilen ise sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden ötürü malvarlığının aktif kısmının artmaması veya pasif kısmının azalmamasıdır¹¹⁸. Yoksun kalınan kâr kapsamında örneğin işçinin yabancı dil bilmesi nedeniyle yurtdışındaki potansiyel müşterilere teklif hazırlanamamasından ötürü, işverenin kuramadığı sözleşmelerden doğan zararını isteyebilmesi mümkündür. Bununla beraber işverenin bu zararı talep edebilmesi için kazancın elde edilebilmesinin çok muhtemel olması zorunludur¹¹⁹.

Sonuç

İş sözleşmesinin kurulması aşaması, kanun koyucunun irade özerkliğinin korunmasına ilişkin endişelerinden bağımsız olmamasına rağmen

110 Rudolph, s. 131; Benecke, § 33, Rn. 149; Sözek, s. 313.

111 Honsell, Heinrich; Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in contrahendo und Delikt, <http://www.honsell.at/pdf/FS%20Medicus.pdf>, s. 5, (E.T. 20.03.2019); Rehbinder, s. 747. Esasında koruma yükümlülüklerin ihlali, sözleşmenin kurulmaması ya da geçersizliğinden bağımsızdır. Dolayısıyla koruma yükümlülükleri ihlal edildikten sonra bir sözleşme kurulduğunda artık müspet zarardan söz etmek gerekir (Honsell, s. 5).

112 Detaylı bilgi için bkz. Ergüne, s. 24 vd; Eren, s. 1078 vd.

113 Honsell, s. 5.

114 Eren, s. 1078; Oğuzman/Öz, s. 383.

115 Müller/Gloge, Müller-Gloge, Rudi; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage, C. H. Beck, München 2019, BGB § 628, Rn. 32.

116 Müller/Gloge, BGB § 628, Rn. 34; Rehbinder, s. 757.

117 Ergüne, s. 32.

118 Eren, s. 1079.

119 Eren, s. 549; Ergüne, s. 320.

men, iş sözleşmesinin kurulmasında hileye ilişkin düzenlemelerde borçlar hukukunun genel rejimine kıyasla çeşitli açılardan değişikliklere gidilmiştir. Bu değişikliklerin neticesinde niteliğinin bir önemi bulunmaksızın, sözleşmeyi iptal hakkı veren hile, iş sözleşmesi söz konusu olduğunda ancak sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olması halinde haklı nedenle fesih hakkı veren bir neden hüviyeti kazanmaktadır.

İş sözleşmesinin kurulmasında işçinin hilesi bakımından önem taşıyan bir husus, ek bir unsur olarak hukuka aykırılık unsurunun aranmasıdır. Bunun sonucunda, işverenin bilgilenme hakkı kapsamında sahip olduğu soru sorma hakkını hukuka aykırı bir şekilde kullanması halinde işçinin yalan söyleme hakkı kapsamında gerçeğe aykırı beyanları, hile teşkil etmemektedir. Öte yandan işçinin dürüstlük kuralları gereğince aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı hususlar hakkında susması halinde de hileden söz edilememektedir. Başka bir ifadeyle işverenin soru sorma hakkının veya işçinin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı hususlara ilişkin olarak işçinin bir açıklamada bulunması zorunlu olmadığı gibi gerektiğinde yalan söylemesi aleyhine bir sonuç doğurmamaktadır.

İş sözleşmesinin kurulmasında hilenin taşıdığı bir diğer özellik ise borçlar hukukundan farklı olarak sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin hile ile sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olmayan hile ayrımının yapılmasıdır. Bu ayırım, ister istemez hilenin niteliğinin tespitine ilişkin bir belirsizliği de beraberinde getirmektedir. Kanaatimizce İş Kanunu m. 25/II,(a)'daki esaslı nokta ifadesinin içeriği doldurulurken, borçlar hukuku doktrininde hilenin sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin yapılan asli hile-feri hile ayrımı benimsenmelidir. Buna göre, işverenin gerçek durumu bilseydi, sözleşmeyi kurmayacağını söylenebildiği durumlarda asli hile, sözleşmeyi kurmakla beraber kendisinin daha lehine şartlara yer verebileceğinin söylenebildiği durumlarda ise ferî hile söz konusu olmaktadır. Ancak bu noktada işverenin gerçek iradesinin tespiti genellikle olanak dışı olduğundan, işverenin farazi iradesi-

nin araştırılması gerekmektedir.

İşçinin davranışlarının asli hile kapsamında değerlendirilebildiği durumlarda, işveren iş sözleşmesini ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeniyle haklı nedenle feshedebilecektir. Kanaatimizce bu durumda Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak işverenin haklı nedenle fesih hakkının yanı sıra iptal hakkının bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan asli hilenin, işverenin bir zararına yol açtığı durumlarda, işçinin bu zararı tazmin yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Hileden doğan zarar tazmin yükümlülüğü bakımından borçlar hukukunda haksız fiil ve culpa in contrahendo sorumluluklarına işaret edilmekteyse de, iş sözleşmesi bakımından esas olarak sözleşmesel sorumluluktan söz etmek gerekir. Zira iş sözleşmesinin kurulmasında hile ne sözleşmenin kurulmasını ne de geçerliliğini etkileyen bir sözleşme öncesi kusur niteliği taşımakta; kanun koyucunun hilenin hüküm ve sonuçlarında yaptığı değişikliğin neticesinde sözleşmenin müspet ihlaline yol açan bir ifa engeli etkisi göstermektedir. İşverenin sözleşme sorumluluğunun yanı sıra haksız fiil sorumluluğunu işletmesi de mümkün olmasına rağmen, artık, culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu karşısındaki ikincilliği ilkesi gereğince, culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurulamamaktadır. Burada karşılanması gereken zarar, müspet zarar olup; işveren işçiden sözleşme gereği gibi ifa edilseydi malvarlığının göstereceği farazi duruma getirilmesini talep etmektedir.

İşçinin hileli davranışlarının ferî hileye yol açtığı durumlarda ise iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi mümkün olmamakla birlikte bu davranış iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin feshi için bir geçerli neden, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sözleşmelerinin feshi açısından makul ve meşru bir neden teşkil etmektedir. Önemli bir detay, ferî hilenin tanımı gereği, işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmeden önce işçiye, gerçek durumu bilseydi sözleşmede yer vereceği daha lehe hükümler çerçevesinde bir çalışma koşullarında esaslı

değişiklik teklifinde bulunmasının gerekmesidir. Aksi takdirde feshin son çare olması ilkesine uygun davranmamanın hüküm ve sonuçları gündeme gelecektir. Öte yandan işçinin kusurlu davranışlarının, aynen asli hilede olduğu gibi, işverenin bir zarara uğramasına yol açtığı durumlarda, işçinin tazmin yükümlülüğü gündeme gelecektir.

KAYNAKÇA

- Aksoy Dursun, Sinem; Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Akyiğit, Ercan; Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990.
- Benecke, Martina; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage, C.H. Beck, München 2018 (Hrsg. Von Heinrich Kiel/Stefan Lunk/Hartmut Oetker).
- Busche, Jan; Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, C. H. Beck, München 2018.
- Camastral, Claudia; Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rüegger AG, Zürich 1996.
- Caniklioğlu, Nurşen; Hastalığın ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.
- Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Ergüne, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.
- Ertürk, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Kitabevi, Ankara 2002.
- Eyrenci, Öner; İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1991, s. 239-262.
- Geiser, Thomas/Müller, Roland; Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2015.
- Grüning, Reiner; Datenschutz, Diskriminierungsschutz, Compliance – Wie frei ist der Arbeitgeber bei der Einstellung?, içinde Rigidität und Flexibilität im Arbeitsrecht, Nomos, Baden-Baden 2012, s. 11-29.
- Gürsel, İlke; İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Hoffmann, Uwe; Gewerbeordnung: GewO (Hoffmann/Brüning/Storr/et al), 44. Edition, <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 12.03.2019).
- Honsell, Heinrich; Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in contrahendo und Delikt, <http://www.honsell.at/pdf/FS%20Medicus.pdf>, (E.T. 20.03.2019).
- Junker, Abbo; Grundkurs Arbeitsrecht, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2017.
- Kamanabrou, Sudabeh; Arbeitsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1987.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Kurşat, Zekeriya; Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Yayınları, İstanbul 2003.
- Lingemann, Stefan/ von Steinau-Steinrück, Robert/Mengel, Anja; Employment&Labor Law in Germany, C. H. Beck, München 2012.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018. (Ders Kitabı)
- Musielak, Hans-Joachim/ Hau, Wolfgang; Grundkurs BGB, 15. Auflage, C. H. Beck, Mün-

- chen 2017.
- Müller-Gloge, Rudi; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage, C. H. Beck, München 2019.
 - Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
 - Odaman, Serkan; "İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukukî Sonuçları", Tekstil İşveren Dergisi, Y. 2002, S. 274.
 - Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
 - Pellegrini, Bruno; Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willenmängeln, Stämpfli Verlag, Bern 1983.
 - Preis, Ulrich; Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 5. Auflage, Ottoschmidt, Köln 2017.
 - Rehbinder, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz; BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/2/1, Stämpfli Verlag, Bern 2010.
 - Rehbinder, Manfred; "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukukî Sorunlar", İÜHFM, C. 45, S. 1-4. (Çev. Ömer Teoman).
 - Rehbinder, Manfred; Grundriss des Schweizerischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, Stämpfli & Cie AG, Bern 1975. (Arbeitsrecht)
 - Rudolph, Roger; Stellenbewerbung und Datenschutz, Stämpfli Verlag, Bern 1997.
 - Savaş, Fatma Burcu; İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
 - Schmidlin, Bruno; BK- Berner Kommentar, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2013.
 - Schwenzer, Ingeborg; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016.
 - Sevimli, Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
 - Süzek, Sarper; İş Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
 - Taşkent, Savaş; "İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri", içinde Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan II, İstanbul, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982.
 - Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.
 - Ünal, Canan; İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler, içinde İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018.
 - Wolf, Manfred; Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2 Allgemeiner Teil 2 §§ 104-224, W. Kohlhammer, Stuttgart 1999.
 - Yıldırım, Mustafa Fadıl; Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayınları, Ankara 2002.
 - Yürekli, Sabahattin; İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Sorumluluk (Culpa in Contrahendo), İÜHFM, C. 72, S. 2 (Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan), 2014.

Makale Gönderim Tarihi: 17 Nisan 2019

Makale Kabul Tarihi: 24 Nisan 2019

Kamu Kurumlarındaki Fazla Çalışmaların Yazılı (Resmi) Kayıtlarla İspat Zorunluluğu Hakkında Yargıtay Karar Tahlili

Öz

Yargıtay'ın 28.03.2017 tarihli kararına göre, kamu kurumunda çalışan işçiler, fazla çalışma yaptıklarını sadece yazılı (resmi) delille ispat edebilirler. Genel kural ise fazla çalışmanın yazılı-yazısız tüm delillerle ispat edilebilmesidir. İş hukuku bakımından iş sözleşmesiyle çalışan bir

kişinin kamu kurumunda veya özel sektörde çalışmasının herhangi bir ayrımı yoktur. İş hukuku karma hukuk dallarındandır. Bu itibarla söz konusu yüksek mahkeme kararı eşitlik ilkesine, iş hukukunun amacına ters düşmesi nedeniyle incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Fazla çalışma, ispat, yazılı delil, tanık beyanı, kamu kurumu.

Analysis of The Supreme Court Verdict on The Obligation of Documentary (Official) Evidence About Overtime Work In The Public Institutions

Abstract

According to the verdict of the Supreme Court dated 28.03.2017, employees who work in public institutions can only prove their overtime work with documentary (official) evidence. But the general rule for the proof of overtime work is that it can be proved by all kinds of evidence, documentary or non-documentary. According

to labor law, there is no differentiation whether the employee works in private sector or in public sector in terms of labour contracts.. Labor law is a branch of mixed law. In this context, the Supreme Court decision has been analysed because it is confronting the principle of "equality" and "objectives of labor law".

Keywords:

Over work, demonstration, documentary evidence, witness acknowledgment, public institution.

*Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı- eyuvali@erciyes.edu.tr

**Kapadokya Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Adalet Programı - nihankantarci@hotmail.com

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ KARARI

Esas No : 2017/14186

Karar No : 2017/5260

Tarihi : 28.3.2017

DAVA

Davacı, fazla mesai ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti: Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacı müvekkilinin davalı belediyede 1995'ten emeklilik tarihine kadar çalıştığını, son 16 yıldır belediyenin su arıza bölümünde çalıştığını ve ayda 240 saat mesai yaptığını, aylık yasal 180 saat olan mesaiyi 16 yıl boyunca aştığını, davalı idarenin bugüne kadar ve emekli olduktan sonra fazla mesaiye dair bir ödemede bulunmadığını ileri sürerek, davalı idareden, müvekkilinin emekli olmadan önceki toplam 16 yıla ait fazla mesai ücreti alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti: Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; davacının su deposunda çalışmakta iken 31/10/2011 tarihinde Milli Eğitim Bakanlığı'na nakil olduğunu, dolayısıyla 31/10/2011 tarihinden sonra... bir çalışmasının olmadığını davacının hak ettiği fazla mesailerinin kendisine ödendiğini, ödemeye dair maaş bordrolarını dilekçe ekinde sunduklarını, davacının çalıştığı birimin su işleri olduğunu, bu birimin ve bağlı kuruluşu ...'ye devredildiğini, 6360 Sayılı yasaya göre sorumluluğun .. ve bağlı kuruluşu....'de olduğunu, husumetin buralara yöneltmesi gerektiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece toplanan deliller, tanık beyanları, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamının değerlendirilmesinde; yapılan yargılama sonucunda, davacının davalı belediyede işçi olarak 01/07/1997 ile 01/11/2011 tarihleri arasında çalıştığı, davalı vekili tarafından süresinde zamanaşımı definde bulunduğu, bu sebeple davacının 04.06.2009-31.10.2011 tarihleri arasındaki fazla çalışma alacağının zamanaşımına uğramadığı belirlenmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2013/14004 E. ve 2013/13875 K. sayılı ilamında "Davacının hüküm altına alınan alacaklarının davalı belediyeye karşı davası olan tanık beyanlarına dayanılarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak davalı belediyenin bir kamu kurumu olduğu ve kamu kurumlarında yapılan çalışmaların, harcamaların ve gelir ve giderlerin kayıt ve belgeye bağlanmasının zorunlu olduğu dikkate alındığında davaya konu isteklerin salt tanık beyanlarına dayanılarak kabulü isabetli olmamıştır. Ayrıca dosyada bulunan davacıya ait bir kısım puantaj cetvellerinin dikkate alınmaması da hatalıdır" hususlarına değinildiği, anılan içtihat, davalının kamu kurumu olması, davalı tarafından sunulan puantaj cetveli, nöbet listeleri, fazla çalışma ücretlerinin ödenmesine dair Mali Hizmetler Müdürlüğü'nün olur yazıları, SGK kayıtları ve tüm dosya kapsamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde; davacının fazla çalışma alacağını salt tanık beyanları ile ispat edemeyeceği bu sebeple fazla çalışma alacağına hak kazanmadığı, dosyaya ibraz edilen 23.10.2015 havale tarihli bilirkişi raporunun dosya kapsamına uygun ve hüküm kurmaya elverişli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilerek hüküm kurulmuştur.

D) Temyiz: Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe: Davacı işçinin fazla çalışma yapip yapmadığı, hafta tatillerinde ve ulusal bayram ve genel tatillerde çalışıp çalışmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına

dair kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünen daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı, zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi-

buçuk saati geçemez (İş Kanunu, m. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir.

Sağlık Kuralları Bakımından günde ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesine göre, günde yedibuçuk saat çalışması gereken işlerde çalışan işçinin, yedibuçuk saati aşan çalışma süreleri ile yedibuçuk saatten az çalışması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5. maddesinde sözü edilen günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar, doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırkbeş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur.

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da İş Kanunu'nun 41. maddesindeki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde, 4857 sayılı Kanun'un 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin de dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir. Yapılacak indirim, işçinin çalışma şekline ve işin düzenlenmesine ve hesaplanan fazla çalışma miktarına göre taktir edilmelidir. Hakkın özünü ortadan kaldıracak oranda bir indirimle gidilmemelidir.

Somut uyuşmazlıkta mahkemece Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2013/14004 E. ve 2013/13875

K. sayılı ilamına atıf yapılarak fazla mesai yapılıp yapılmadığının ispatı için salt tanık beyanlarının yeterli olmadığı, davalı ...'nin kamu kurumu olduğundan, dosya içerisine sunulan bir kısım puantaj cetveli ve nöbet listeleri değerlendirilerek hükme esas alınan bilirkişi raporunda davalının fazla çalışma ücretine hak kazanmadığının tespiti ile davanın reddine karar verilmiş ise de; bilirkişi raporunun yetersiz ve eksik incelemeye davalı olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 2015/14768 Esas, 2015/19841 Karar sayılı emsal ilamında da belirtildiği üzere davalı iş yeri resmi kurum olup kural olarak resmi kurumlarda yapılan çalışmaların vardiya çizelgeleri, nöbet listeleri, puantaj kayıtları ve benzeri belgelerle kayıt altına alınmasının esas olduğu dikkate alınarak, mahkemece bilirkişi marifetiyle davalı belediyenin tüm kayıtları üzerinde inceleme yaptırılarak davalının fazla çalışma süresinin hesaplattırılıp davalıya yapılan ödemelerin net veya brüt olduğu tespit edilerek bulunan miktardan mahsup edilmek suretiyle, davalının fazla mesai alacağının belirlenmesi gerekirken eksik incelemeyle karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç: Temyiz olunan kararın, yukarda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde ilgiliye iadesine 28.03.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi¹.

Kararın İncelenmesi

I. Giriş

Çalışma süreleri; iş mevzuatı çerçevesinde İş Kanunu, Borçlar Kanunu ve ilgili yönetmelikler ile belirlenmiştir. Belirlenen bu süreler normal çalışma süresi olup, bu sürelerin üzerinde yapılan çalışmanın karşılığı; fazla ücret ödemesi ya da izin kullandırılması şeklinde denkleştirilerek verilmektedir. Genel kural, haftalık kırk beş saat aşan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul

edileceğidir.

4857 sayılı İş Kanunu m. 41'de şu şekilde düzenlenmiştir: "Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık *kırkbeş saati aşan çalışmalardır*". Bir işyerinde fazla çalışma yapılabilmesi için, ülkenin genel yararı, işin niteliği, üretimin artırılması olgusu, işçinin fazla çalışma yapabilmesi için onayının alınması ve fazla çalışma yapılacağının işçiye bildirilmesi gerekmektedir.

Karara konu olayda, fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin kamu kurumunda çalışıyor olması nedeni ile çalışmasının sırf yazılı kayıtlarla ispat edilebileceği belirtilmektedir. Karara konu somut olayı; iş yargısında kamu-özel sektör yönünden bir ayırım bulunmaması, fazla çalışmanın ispatının genel kuralı her ne kadar yazılı kayıtlarla yapılması yönünde olsa da dosyada yazılı belgenin bulunmaması veya eksik bulunması durumunda tanık dahil her türlü delille ispat edilebilmesi gerektiği yönünden inceledik.

Çalışmamız bakımından ilk olarak karara konu olay, ilk derece mahkemenin ve temyiz merciinin görüşü belirtilmiştir. İkinci olarak Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu kararları, genel düzenleme, özel ve kamu sektöründe bu yönde ayırma gidilmesinin gerekçesi ve yasal dayanağı olup olmadığı yönünden incelenmiştir. Üçüncü olarak nihai kanaatimiz ile Yargıtay'ın ilgili kararına neden katılmadığımız ve kararların ne yönde olması gerektiğine ilişkin değerlendirmemiz ile çalışmamıza son verilmiştir.

II. Hukuki Sorun

Çalışmamıza konu edinilen söz konusu Yüksek Mahkeme kararındaki hukuki sorun, kamu kurumlarında yapılan çalışmaların, harcamaların, gelir ve giderlerin kayıt ve belgeye bağlanmasının zorunlu olmasına rağmen bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kamu kurumlarında çalışan işçilerin çalışmalarının, tanık beyanları ile ispat edilip edilemeyeceği ve sadece belirli döneme

¹ <https://emsal.yargitay.gov.tr> (E.T. 16.5.2018)

ilişkin yazılı belge sunulmasının tüm dönemleri kapsayıp kapsamayacağını değerlendirilmesidir. İlk derece mahkemesi, kamu kurumundaki çalışmanın salt yazılı kayıt ile ispat edilebileceğine ve bu nedenle fazla çalışmasının bulunmadığına, Yüksek Mahkeme ise benzer şekilde kamu kurumundaki çalışmanın yazılı kayıt ve belge ile ispat edilebileceğine, ancak dosyada eksik inceleme yapıldığına, bu kararın haksız olduğuna kanaat getirmiştir.

A. Genel Olarak Fazla Çalışma ve İspatı

İşçinin korunması, İş Hukuku'na hakim olan ilkelere dindir. Çalışma süreleri iş mevzuatı bağlamında belirlenmiştir. Belirlenen süreler normal çalışma süresi olup, bu sürelerin üzerinde yapılan çalışmanın karşılığı; fazla ücret ödemesi ya da izin kullandırılması şeklinde denkleştirilerek verilmektedir. Genel kural, haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edileceğidir².

4857 sayılı İş Kanunu³ m. 41'de şu şekilde düzenlenmiştir: "Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır.

63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşırsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz. Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir.

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir.

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamli ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır.

63. maddenin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde ve 69. maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz. Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir. Fazla çalışma

2 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku Esasları, 1999 İstanbul, s. 140; Hamdi Mollamahmutoğlu / Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, İş Hukuku, B. 6, Ankara 2014, s. 987; Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 31. Bası, İstanbul 2018, s. 691 vd.; Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1984, s.294; Ünal Narmanlioğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 1998 İzmir, s. 490-491; Murat Şen, "Hizmet Sözleşmesinde Haftalık 45 Saatin Üzerinde Bir Çalışma Süresinin Kararlaştırılması Halinde Fazla Çalışma Yargıtay Kararı Üzerine Değerlendirme", Yargıtay Kararları Dergisi, C. 27, S. 4, Nisan 2001, s. 523; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 10. Bası, Ankara 2014, s. 313; Ercan Akyiğit, İçtihatlı Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2008, s. 1667 (Kanun); Fevzi Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. B., İzmir 2005, s. 144; Nizamettin Aktay/ Kadir Arıcı/ Emine Senyen Kaplan, İş Hukuku, B. 6, Ankara 2013, s. 253; Cevdet İlhan Günay, Hukuki Yönden Fazla Çalışma, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 30, 2013, s. 27; Ertuğrul Yuvalı, "Türk Hukukunda Olağan Nedenlerle Fazla Çalışma ve AB Ülkelerindeki Fazla Çalışma Hükümlerine Genel Bir Bakış" Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 4, 2009, s. 46; Muhittin Astarlı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, s. 180; Murat Kandemir, Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları, Legal Yayınları, İSGHD., S. 29, 2011, s. 14; Murat Engin, Yeni İş Kanunu ve İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, DEÜHFD, C. 5, S. 1, İzmir 2003, s. 75; Polat Soyer, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal Yayınları, İSGHD. S. 3, 2004, s. 797; Ali Ekin, "İş Hukuku Uygulamalarında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları, İÜHFM., C. 74, 2016, s. 339; Ali Cengiz Köseoğlu/

Sibel Kabul, "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma", İÜHFM, C. LXXII, S. 2, s. 236; Derya Ateş, Türk İş Hukukunda Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, SÜSBEÖHAD., Yüksek Lisans Tezi, s. Konya 2010, s. 33; Oğuz Kurucu, İş süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışmalar, Ankara 1987; Tekin Güç, İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2013, s. 8.
3 RG., S. 25134, 10.06.2003.

süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz”.

Kanundaki düzenlemeden de anlaşıldığı üzere bir işyerinde fazla çalışma yapılabilmesi için, fazla çalışma yapılmasının işveren tarafından istenmesidir ancak işverenin talebinin her zaman açık olması beklenmemelidir. Bunun gibi işveren yazılı olarak fazla çalışma yapılmamasını bildirmiş olsa bile, ancak fazla çalışma ile bitirilebilecek bir işi, işçinin yerine getirmesi halinde fazla çalışma ücreti talep edebileceği muhakkaktır⁴. Bunların dışında fazla çalışma yapılabilmesi için ülkenin genel yararı⁵, işin niteliği⁶, üretimin artırılması⁷ olgusu, işçinin fazla çalışma yapabilmesi için onayının alınması⁸ ve fazla çalışma yapılacağına işçiye bildirilmesi gerekir⁹. İşçinin onayı toplu iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi ile önceden alınabilir¹⁰.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür¹¹. Fazla çalışmanın

ispatı konusunda, nöbet çizelgesi, araç takip formu gibi işyeri kayıtları delil niteliğindedir. Özellikle işyerine girişi çıkışı gösteren, işçinin imzasını içeren belgeler, puantaj, elektronik kart basma veya parmak okuma sistemine ait veriler, fazla çalışmanın ispatı için geçerlidir. İşverence günlük ve haftalık mesai saatlerini ortaya koyan bu tür belgelerin varlığı halinde tanık beyanlarına değer verilmez. Kayıtların hesaba elverişli olmadığı dönemler için tanık beyanlarına göre sonuca gidilir¹². Tanıkların beyanlarının esas alınması için; işi, işyerini çalışma saatlerini bilecek konumda olmaları, özellikle aynı dönemde çalışmaları veya komşu işyerinde çalışmış olsalar da işyerindeki çalışma gün ve saatleri konusunda bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. Ancak bu şekilde çalışan işçilerin tanıklıklarına değer verilmektedir¹³.

Yargıtay ilke kararlarında imzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödenmişse, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ispatı yazılı delille yapılır. İşçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönünde ihtirazi kaydı bulunursa, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir¹⁴. İmzalı bordrolarda fazla çalışma ücreti tahakkuku yer alması durumunda, o tahakkuk dönemi için fazla çalışma ücreti hesaplanmaz¹⁵. Özetle fazla çalışmanın yer aldığı tahakkuk dönemi hesaplamadan dışlanır. Ödenen fazla çalışma ücretinin mahsubu ile sonuca gidilemez. Yargıtay uygulamasında tahakkuk içeren bordroda işçinin imzası olmasa dahi, aynı miktarın

- 4 Yuvalı, s. 59; YHGK., E. 1980/9-1702, K. 1982/932, 3.03.1982.
- 5 Ali Güzel, 'İş Hukukunda Yeniden Yapılanma süreci ve İşin Düzenlenmesi konusunda esneklik', Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 203-218; Yuvalı, s. 58; Hatice Karacan, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Normal Fazla Çalışma, B. 4, s. 83, Güç, s. 48.
- 6 Karacan, s. 89; İlyas Topçuoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Işığında Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, Ankara 2009, s. 20.
- 7 Topçuoğlu, s. 21.
- 8 Sarper Süzek, İş Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 797; Ekin, s. 342.
- 9 Devrim Ulucan, Fazla Çalışma, İş ve Hukuk Dergisi, Mayıs 1990, 7 vd.; Karacan, s. 87; Alptekin Burak Boydak, "Denetim Görevinde Bulunanların Fazla Çalışma Hakkı Karar İncelemesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 37, 2013, s. 266-267; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 497-498.
- 10 Ekonomi, s. 305; Narmanlioğlu, s. 449; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, Mimoza Yayınları, B. 14, Konya 2008, s. 120; Devrim Ulucan/Öner Eyrenci/Savaş Taşkent, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş B. 3, İstanbul 2006, s. 169; Yuvalı, s. 59;
- 11 Öner Eyrenci, Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 460; Şen, s. 529; Yuvalı, s. 68; Y9HD., E. 2014/32288, K. 2016/ 4279, 29.02.2016, www.kazanci.com; Şahin Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum S. 3, 2007, s. 64 (Fazla Çalışma); Şahin Çil, "6100 sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller", İÜHFM, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 95 (ispat); Ekin, s. 345; Köseoğlu/Kabul, s. 256; Çetin Ağır, "İş Hukukunda Normali Aşan

- Çalışma", İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 2013/1 s. 111; Ercan Güven /Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, B. 4, Eskişehir 2013, s. 323-32; Karacan, s. 88; Cumhuriyet Sinan Özdemir, İş Kanunu'na Göre İşveren ve İşçi Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 80.
- 12 Sümer, s.123; Ulucan/Eyrenci/Taşkent, s. 174; Yuvalı, s. 68; Y9HD., E. 2014/ 27423, K. 2016/ 447, 12.01.2016, www.kazanci.com; Şahin Çil, İlke Kararları, Yetkin Yayınları, 2016, s. 771; Ateş, s. 84; Ekin, s. 346; Eyrenci, s. 459-460; Köseoğlu/Kabul, s. 257.
- 13 Çil, İlke Kararları, s. 771; Çil, İspat, 96; Bektaş Kar, İş Güvenliği ve Uygulaması, B. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.967; Ekin, s. 347; Köseoğlu/Kabul, s. 259.
- 14 Karacan, s. 88.
- 15 Eyrenci, s. 465.

işçinin banka hesabına ödenmesi halinde yine imzalı bordro gibi değerlendirilir¹⁶. Bordrolarda gösterilen ücret, işçinin aldığı gerçek ücret değilse, örneğin asgari kısmını bankadan, kalanını elden alıyorsa ve fazla çalışma ödemele-ri de bordroda gözüken gerçek olmayan ücret miktarına göre ödenmişse, bu durumda ihtirazi kayıt olmasa dahi eksik yatan miktar yönünden bordro dönemini dışlamak yerine mahsup yoluna gidilmesi gerekecektir. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararın da benzer şekilde yapıldığı tespit edilmiştir¹⁷.

Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalıştığını yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt

ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Bu husus öğretide eleştirilmiştir. İhtirazi kayıt belirtmeden bir miktar fazla çalışma ücreti alan işçinin, önceki aylarda yaptığı fazla çalışma karşılıklarını almış olduğunun ve önceye ait aynı nitelikteki haklardan vazgeçmiş sayılmasının kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür¹⁸.

Netice itibarıyla fazla çalışma öncelikle işyeri kayıt ve belge ile ispat edilebilecek, ancak yazılı veri olmaması durumunda tanık dahil her türlü delille ispatlanabilecektir. İspat yükü fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi üzerinde, fazla çalışma ücretinin ödendiğine ilişkin ispat yükü ise işveren üzerindedir.

B. Kamu Kurumlarında Yapılan Çalışmanın İspatı

Genel olarak fazla çalışma ve ispat şartlarından yukarıda bahsettik. Kamu kurumlarında yapılan fazla çalışmanın ispatı ile ilgili, tahlil ettiğimiz kararda da belirtildiği üzere farklı bir uygulama söz konusudur.

Yargıtay, fazla çalışmanın ispatı noktasında kamu kurumlarının lehine yönelik sonuca gitmektedir. Kamu kurumlarında yapılan fazla çalışmanın, hatta kamu kurumlarından iş alan alt işverenlerin çalıştırdığı işçilerin fazla çalışmalarının, tanık beyanları yerine yazılı kayıtlı ispat edilebileceği görüşündedir¹⁹. Hatta öyle ki, imzasız ve resmi kurum tarafından düzenlenen puantaj kayıtları HUMK 290²⁰ maddesine göre

16 "İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır", Y9HD., E. 2014/ 37757, K. 2016/ 803, 31.03.2016; Y7HD., E. 2014/ 19233, K. 2015/ 14412, 09.09.2015, Çil, İlke Kararlar, s. 771.

17 "İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, kural olarak bordro hilesi taşımadığı sürece işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yapıldığını yazılı delillerle kanıtlanması gerekir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Keza bordro hilesi bulunmadığı ve bordro ile fazla mesai ücreti ödenmiş ve ihtirazi kayıt konmamış ise tanık beyanlarına dayalı fazla çalışma tespitinde ödenen ayların dışlanması, aksi halde ise ödenenlerin mahsup edilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işverence işçilerin fazla çalışma ücreti talep etmesine engel olacak şekilde sembolik fazla çalışma tahakkukları yapılırsa bu aylar fazla çalışma hesabından dışlanmaz ancak yapılan fazla çalışma ödemeleri tespit edilen fazla çalışma ücreti alacağından mahsup edilir", Y9HD., E. 2014/ 29434, K. 2016/ 1721, 25.01.2016, Çil, İlke Kararlar, s. 773.

18 Aydın Başbuğ, Fazla Çalışma Ücreti Eksik Ödenen İşçinin Alacağı BK.133'e Göre Sona Erer mi?, Tühis., Kasım 2002-Şubat 2003, s.57; Bektaş Kar, İspat Yükü ve Deliller Tebliği, s. 16.

19 "Kamu kurumu niteliğindeki Belediyenin tüm işlemlerinin belgeye dayanması esas olup; cenaze nakil aracı şoförü olan davacının çalışmalarına ait puantaj kayıtları, taşıt görev emirleri, hesap özeti ve tüm kayıtlar celp olunarak kayda dayalı inceleme ile sonuca varılması gerekirken soyut nitelikteki tanık beyanlarının hesaba esas alınamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir", Y9HD., E. 2014/ 28847, K. 2016/ 1908, 26.01.2016; Çil, İspat, 99.

20 RG., S. 27836, 4.2.2011.

resmi belge olarak kabul edilmektedir²¹.

Konu hakkında Yargıtay kararları incelendiğinde salt tanık beyanları ile fazla çalışma iddiasının ispat edilemediği tespit edilmiştir.

Somut olayda davacı, davalı belediye emrinde kamyon şoförü olarak görev yapmıştır. Kamuya ait araçların kimin tarafından, ne zaman, ne şekilde kullanılacağı yasal olarak belirlenmiştir. Kamuda çalışan hiçbir şoförün yazılı talimat almadan kamu aracını garajdan çıkarması ve aracın riskini üstlenmesi düşünülemez. Bu sebeple kamyon şoförü olarak görev yapan davacının, aracı kullandığı saatler kayıt altında olmak durumundadır. Davacı fazla çalışma saatlerini araç görev emirleri, garaj giriş-çıkış kayıtları vb. belgelerle ispatlamak zorundadır. Bu sebeplerle davacıya ait görev emirleri, garaj çıkış belgeleri vs. yazılı deliller araştırılarak davacının fazla çalışma saatleri, hafta tatili ve genel tatil çalışmaları belirlenerek sonuca gidilmesi gerekirken, mahkemece soyut tanık beyanlarına dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir²².

"...Somut olayda, işveren ve bir kamu kurumu olan K.. B.'nin, tüm iş ve işlemlerinin kayıt altına alınması gerektiği konusunda bir şüphe yoktur. Davacının çalışma süre ve şeklini gösteren puantaj kayıtları, çalışma çizelgeleri davalı tarafından delil olarak sunulmuş ise de, dosya içine alınmadığı anlaşılmıştır. Bu belgeler dosya içine alınmadan davacının talep etmiş olduğu hak ve alacakların sağlıklı ve doğru bir şekilde tespiti mümkün değildir. Öncelikle yukarıda bahsi geçen bilgi ve belgelerin davalı Belediye Başkanlığı'ndan istenerek dosya içine alınması ve sonrasında bu bilgi ve belgeler ile tüm dosya kapsamı nazara alınarak yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak davacının talep etmiş olduğu hak ve alacakların belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması bozmayı ge-

rektirmiştir"²³.

"...Cenaze nakil aracı şoförü olarak çalışan davacı fazla çalışma yapıp, hafta tatili ve genel tatillerde çalıştığını iddia etmiş, Mahkemece tanık beyanlarına dayanılarak bu alacaklar hüküm altına alınmıştır. Kamu kurumu niteliğindeki Belediyenin tüm işlemlerinin belgeye dayanması esas olup; cenaze nakil aracı şoförü olan davacının çalışmalarına ait puantaj kayıtları, taşıt görev emirleri, hesap özeti ve tüm kayıtlar celp olunarak kayda dayalı inceleme ile sonuca varılması gerekirken soyut nitelikteki tanık beyanlarının hesaba esas alınamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir"²⁴.

"Davalı kamu kurumu olduğundan, işçi çalıştırma ve çalışma usullerinin kayıtlara dayanması gerektiğinden, işyeri kayıtları araştırılmalıdır"²⁵.

"...Çalışmanın geçtiği yerin resmi kuruma ait olduğu nazara alınarak, davaya konu dönemlerde davacının çalıştığı sağlık ocağının haftanın kaç günü ve hangi saatler arasında açık olduğu davalı bakanlıktan sorularak belirlenmeli ve neticeye göre dosya kapsamı bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir. Yazılı şekilde salt davacı şahidinin beyanına dayanılarak, sonuca gidilmesi hatalı olmuştur"²⁶.

23 "Somut olayda, işveren ve bir kamu kurumu olan K.. B.'nin, tüm iş ve işlemlerinin kayıt altına alınması gerektiği konusunda bir şüphe yoktur. Davacının çalışma süre ve şeklini gösteren puantaj kayıtları, çalışma çizelgeleri davalı tarafından delil olarak sunulmuş ise de, dosya içine alınmadığı anlaşılmıştır. Bu belgeler dosya içine alınmadan davacının talep etmiş olduğu hak ve alacakların sağlıklı ve doğru bir şekilde tespiti mümkün değildir. Öncelikle yukarıda bahsi geçen bilgi ve belgelerin davalı Belediye Başkanlığı'ndan istenerek dosya içine alınması ve sonrasında bu bilgi ve belgeler ile tüm dosya kapsamı nazara alınarak yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak davacının talep etmiş olduğu hak ve alacakların belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir", Y9HD., E. 2012/17235, K. 2014/22356, 30.6.2014, www.kazanci.com

24 Y9HD., E. 2014/28847, K. 2016/1908, 26.1.2016, www.kazanci.com

25 Y7HD., E. 2013/2241, K. 2013/1889, 28.2.2013, Ocak, s. 1907.

26 Y22HD., E. 2013/2377, K. 2014/595, 21.01.2014, Ocak, s.1909.

21 Y9HD., E. 2009/ 4612, K. 2010/ 33812, 12.11.2010, Şahin Çil, Yargıtay İlke Kararları, B. 4, Ankara 2011, s. 635; Şahin Çil, İlke Kararlar, s. 779.

22 Y9HD., E. 2012/26224, K. 2012/34375, 15.10.2012, Uğur Ocak, İşçilik Alacakları 2. Kitap, s. 1904.

“...Davacının çalıştığı S. Genel Müdürlüğüne bağlı huzurevinin bir kamu kurumu olduğu ve kamu kuruluşlarında yapılan çalışmaların, harcamaların ve gelir ve giderlerin kayıt ve belgeye bağlanmasının zorunlu olduğu dikkate alındığında dava konusu fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatil ücretinin salt tanık beyanına dayanılarak kabulü isabetli olmamıştır”²⁷.

6100 sayılı HMK. m. 219. taraflara kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmeleri zorunluluğunu getirmiştir. Aynı maddede takip eden 220’de ise belgeyi ibraz etmeme halinde ne tür bir işlem yapılacağı belirtilmiştir. Buna göre;

“(1) İbrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir.

(2) Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir.

(3) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir”.

İş Hukuku’nda kayıt tutma sorumluluğuna ilişkin genel kural işveren üzerindedir. Bordro tanzimi, mesai saatlerini düzenleme, yıllık ücretli izin defteri tutma, çalışma belgesi verme

gibi ifade edilebilir. İşçi alacakları konusu işveren kayıtlarına dayandığında, kayıtları tutma zorunluluğu olan işverenin bu belgeleri mahkemeye ibraz etme zorunluluğu vardır. İşverenin ibraz etmemesi halinde ise 6100 sayılı HMK. 220. maddesi uyarınca yargılama usul işleminin yapılması gerekir²⁸.

Kamu kurumunda çalışan işçi, fazla çalışma yaptığının ispatı konusunda işveren tarafından tutulan belgelere dayanmışsa, işverenin bu belgeleri HMK. 219. maddesi hükmü gereği mahkemeye sunması gerekecektir. Davacının yazılı kayda değil de salt tanık beyanına dayanması durumunda mahkemenin kamu kurumu olan işverenden resen işyeri kayıtlarını talep edebilip edemeyeceği konusunda şöyle bir ayrıma gidilmelidir.

Mahkemece taraflara delillerini sunması için usulüne uygun süre verilmesi, verilen süre içerisinde tarafların delillerini bildirmesi, HMK. m. 145’de düzenlenen sonradan delil bildirme durumunun oluşmaması ve bunun sonucunda davalı tarafın kendi lehine olan belgelerin mahkemece resen istenmesi, HMK. m. 25’e “*taraflarca getirilme ilkesine*” aykırılık teşkil edeceği yönündedir. Bu bağlamda işçinin fazla mesai alacağı talebi, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir alacak olması nedeni ile hakim resen delil toplama yetkisinden söz edilemeyecektir.

HMK. m. 31 ise “*hakimin davayı aydınlatma*” ödevini düzenlenmiştir. Hakimin davayı aydınlatma ödevi her durum için değil, ancak somut olayda belirsiz veya çelişkili bir durum söz konusu olursa geçerlidir. Bu nedenle kamu işyerinde yapılan fazla çalışmanın ispatı ile ilgili hakim resen yazılı kayıtların araştırılmasına hükmetmeli, ancak dosyada çelişkili bir durum mevcutsa bu yola başvurmamalıdır.

Yargıtay bir kararında muhalefet şerhinden sonra görüş değiştirmiş ve özellikle kamu işyerinde yapılan çalışmaların ispatında mutlak suretle yazılı kayda dayalı olarak ispat şartı

27 Y22HD., E. 2013/31744, K. 2013/30421, 26.12.2013, Ocak, s.1913.

28 Şahin Çil, İş Yargılamasına Dair İlke Kararları, Yetkin Yayınevi, s. 117 (İş Yargısı).

aranması nedeni ile hakimın aydınlatma görevi doğrultusunda resen araştırma yapması yönünde görüş değiştirmiştir²⁹.

C. Somut Olaydaki Çalışmanın İspatının Değerlendirilmesi

Çalışmamız konusu Yargıtay kararında, kamu işyerlerinde çalışan işçilerin fazla çalışmalarının ispatının mutlak şekilde yazılı kayıtlı yapılması gerektiği belirtilmektedir. Ancak özel sektör işyerlerinde çalışan işçiler, çalışmalarını öncelikle yazılı delil olmak üzere tanık dahil her türlü delille ispat edebileceklerdir. Bu bağlamda kamu ve özel işyerinde çalışan işçilerle ilgili ayırım yapıldığı anlaşılmıştır. İş hukukunun öncelikle kamu mu, özel hukuk mu alanına girdiği üzerinde durulacaktır:

Hukuk, Roma hukukundan beri süregelen bir sınıflandırmaya göre *kamu hukuku* ve özel hukuk olmak üzere ikiye ayrılır. Özellikle eğitimde kolaylık sağlaması gibi amaçlarla günümüzde de yapılmakta olan bu ayırımın hangi temele dayandırılacağı hususu tartışmalıdır.

Kamu hukuku kesin bir ölçü olmamakla birlikte, kamu hukuku kavramı ile devlet ve ona bağlı diğer kamu kurum ve kuruluşlarının örgütlenmelerini, kamu hizmeti gördükleri sırada işleyişlerini ve bu sıfatla diğer kişilerle olan ilişkilerini düzenleyen bölüm anlatılmak istenir. Özetle kamu hukuku kuralları devletin devlet

gücünü kullandığı hukuki ilişkilerde uygulanır. Ancak devletin özel hukuk ilişkileri de vardır. Bu tür ilişkilerde işlemin kimlerle yapıldığı değil, ne gibi özellikler taşıdığı önemlidir. Özel hukuk eşit statüde yer alan kişiler arasındaki hukuki ilişkileri düzenler. Yani devletin devlet gücünden kaynaklanan bir üstünlüğü bulunmadığı ilişkilerde özel hukuk kuralları uygulanacaktır. Zaten özel hukukun en belirgin özelliği budur. *Karma nitelikli hukuk* yukarıda bahsettiğimiz zorluklar nedeniyle klasik nitelik taşıyan kamu hukuku- özel hukuk ayırımı yetersiz kalmıştır. Bu sebeple her iki daldan da özellikler taşıyan karma nitelikli üçüncü bir dalın varlığını kabul etmek gerekmektedir³⁰.

Belirttiklerimize göre iş hukukunun özel hukuk- kamu hukuku- karma hukuk kıstasları açısından ayırım olup olmaması değerlendirdiğimizde:

Korunması amaçlanan menfaatin niteliği bakımından iş hukuku:

İdarenin her türlü eylem ve işleminde temel amaç kamu yararadır. Geniş anlamda iş hukuku işlemlerinin nihai hedefi kamu yararadır. Tüm iş hukuku işlemleri, her ne kadar kişilerin özel hukuktan doğan alacaklarını almaya yönelik olsa da, devletin dolaylı olarak müdahale ettiği, işçi-işveren arasında kurulan sözleşmede işçi yararına yorum ilkesi gibi asıl hedefin toplumda huzur ve barışı sağlamak olduğu, bu kıstas içerisinde incelediğimiz zaman iş hukuku *kamu hukuku* alanına girecektir³¹.

Kuralın düzenlendiği ilişkinin tarafları bakımından iş hukuku:

İş hukuku iki taraf sistemi üzerine kurulmuş-

29 Y22HD., E. 2013/6219, K. 2014/4662, 4.3.2014, Ocak, s. 1910: "KARŞI OY: Dava, bir kısım işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir. Yerel mahkeme davayı kabul etmiş, yapılan temyiz üzerine karar, Dairemizce, oyçokluğu ile onanmıştır. Kanaatimce yerel mahkeme kararı hatalıdır. Davalı M.. B.. bir kamu kuruluşudur. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmaların kayıt ve belgeye dayanması esastır. Mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesi çerçevesinde davayı aydınlatmak için tüm işyeri kayıt ve belgelerini istemelidir. Husumetli davacı tanıklarının beyanları ile sonuca gidilmesi isabetsizdir. Davacı tanıkları, beyanlarında, davacının iddiasını da aşar şekilde inandırıcılıktan uzak beyanda bulunmuşlardır. Emsal dosyalarda dini bayramlar için genel tatil alacağı hesaplanmadığı halde bu dosya için hesaplama yapılması da isabetsizdir. Belirtilen nedenlerle, yerel mahkeme kararının bozulması gerektiği kanısında olduğumdan, sayın çoğunluğun onama görüşüne katılmıyorum.

30 Yavuz Atar/ Mehmet Ayan /Sami Karahan / Haluk Hadi Sümer / Ömer Ulukapı / İbrahim Aslan, Temel Hukuk Bilgisi, Mimoza yayınları, Konya, s. 154-156, 2003; Ergun Ösunay, Medeni Hukuka Giriş, B.5, İstanbul 1986, s. 26 ve devamı; Mehmet Ayan, Medeni Hukuka Giriş, Mimoza Yayınları, s. 29-30, Konya 2005.

31 Atar/Ayan/Karahan/Sümer, s. 82.

tur. Tarafları bir iş ilişkisinin kurulması için zorunlu unsur olan işçi ve işverendir. İşçi ve işveren ilişkisinden kaynaklanan alacaklar özel hukuk kaynaklı alacaklardır. Kamu alacağının tahsili Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile düzenlenmektedir. Kamu alacağı genel bir anlatımla, kamu hizmetinin karşılanması amacıyla devletin kamu gücüne göre koyduğu malî yükümlerden doğan alacaklardır. Kısaca iş hukukunun tarafları yönetilenlerdir. Yönetenlerle yönetilenler arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bu kıstas içerisinde incelendiğinde iş hukuku özel hukuk alanına girmektedir.

Kuralın emredici nitelikte olup olmaması bakımından iş hukuku:

İşçi işveren ilişkisinden kaynaklanan durumlara ilişkin emredici düzenlemeler yapılmış, ancak taraflar yapılan bu düzenlemeler dışında sözleşme serbestisi, toplu iş sözleşmesi ve işyeri uygulaması ile yapılacak düzenlemeler gibi uygulamalarla özgür bırakılmıştır. Örneğin bir işçinin haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olarak düzenlendiği, ancak nisbi emredici olduğu ve taraflarca işçi lehine olacak şekilde farklı düzenlemeye gidilebileceği kabul edilmiştir³². Bu konudaki ilkelerin temelinde *kanunilik ilkesi* var olup, işçi ve işveren ilişkisinden kaynaklanan durumlarla ilgili asgari bir düzenleme yapılması ve baştan belli olması nedeni ile iş hukuku *kamu hukuku* alanına girmektedir³³.

Kuralların uygulanma şekli bakımından iş hukuku:

Tasarruf ilkesi, genel olarak uyuşmazlığı başlatmak, uyuşmazlık konusunu belirlemek, uyuşmazlığı sürdürüp sürdürmemek veya sona erdirmek konusunda tarafların yetkisini ifade etmektedir. Bu ilkelerin aksi ise kendiliğinden harekete geçme ilkesidir. İş hukukunda asıl olan

tasarruf ilkesidir. İşçi alacak davası açabilmek için kural olarak taraflardan birinin talebi gerekecektir. Örneğin ücret alacak davası açan bir işçinin, dava açtıktan sonra bu talebini yerine getirmesi ve davaya devam etmesi için zorlanamaz. Alacağın dilediği kısmını talep edebilir. Alacaklının davadaki tasarruf yetkisi, maddi hukuktaki tasarruf yetkisinden kaynaklanır. Alacaklı gibi borçlu işveren de alacaklının alacağını ödeyerek davayı sona erdirebilir. Bu nedenlerle iş hukukunda asıl olan tasarruf ilkesidir. Bu kıstas içerisinde incelendiğinde iş hukuku özel hukuk alanına girmektedir³⁴.

Tarafların durumu bakımından iş hukuku:

İlk bakışta, işçi lehine yorum ilkesi, işverenin karşısında güçsüz durumda olan ve bu nedenle işçi yararına yapılan düzenlemeler ışığında sanki taraflar arasında eşitsizlik söz konusuymuş gibi düşünülse de iş hukukunda kişilerin birbirlerine karşı bir üstünlüğü bulunmamaktadır. Eşit silahlarla donatılmışlardır. Bu kıstas içerisinde incelendiğinde iş hukuku özel hukuk alanına girmektedir.

Netice itibarıyla yukarıda belirttiğimiz kıstaslar doğrultusunda iş hukuku hem kamu hukukunun hem de özel hukukun özelliklerini bünyesinde taşır. Bu nedenle doktrinde hukuk dalları sınıflandırılırken kamu hukuku, özel hukuk ve karma nitelikli (türü kendisine özgü – sui generis) hukuk şeklinde üçlü bir ayırım yapılmıştır. *Kanaatimizce iş hukuku karma* nitelikli bir hukuk dalıdır ve kamu özel hukuk ayrımı gütmez.

Karma hukuk dalına girdiğini tespit ettiğimiz iş hukuku, kamu-özel sektör ayrımı yapmaksızın işverene yükümlülükler getirmiştir. Çalışma sürelerinin belirlenmesi ve buna bağlı işçilere belge verilmesi tüm işverenlere getirilmiş bir yükümlülüktür. Kaldı ki yukarıda değerlendirdiğimiz Yargıtay kararlarında da açıkça görüleceği üzere, kamu kurumlarının İş Kanunu hükümlerine göre eksiksiz kayıt tuttuklarını belirtmek

32 Kemal Özcan, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2006, s. 53.

33 Atar/Ayan/Karahan/Sümer, s. 82-83.

34 Ayan, s. 29-30.

mümkün değildir. Kurum kayıt tutmuş olsa da iş mahkemelerine tamamı sunulmayabilecektir. Bu nedenle işçinin ispat yükü açısından kamu/ özel sektör ayrımı yapılmasının hakkaniyete, hukuka ve eşitlik ilkesine aykırı olacağı görüşündeyiz³⁵.

III. Nihai Kanaat

Temyiz mercii olan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2017/14186 K. 2017/5260 vermiş olduğu bozma kararı yerinde ancak eksik verilmiş bir karardır. Kural olarak resmi kurumlarda yapılan çalışmaların vardiya çizelgeleri, nöbet listeleri, puantaj kayıtları ve benzeri belgelerle kayıt altına alınmasının esas olduğu ve dosya kapsamında bu belgelerin tamamının incelenmemiş olması nedeni ile bozma kararı verilmiş olsa da, mahkemece bu belgeler ve diğer tüm delillerle birlikte yapılacak değerlendirme sonucu karar yoluna gidilmesi gerekmektedir.

İş yargısı her ne kadar taraflarca getirme ilkesine hakim sistemde bulunsa da kamu kurumları için Yargıtay'ın değiştirdiği görüşle birlikte hakimın aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde, taraflarca mahkemeye yazılı kayıt sunulmamış olsa da hakim resen araştırmalı, bununla birlikte ispata yönelik yeterli yazılı kayda ulaşamaz veya dosyadaki kayıta hesaplamaya elverişli olmayan dönemler olursa, tanık beyanlarına göre de sonuca gidilmelidir³⁶. Konuyla ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yeni tarihli kararında nihai kanaatimize kısmen de olsa yakın bir karar vermiştir³⁷. Kamu kurumu

olan davalı tarafın dayandığı delilleri ikrar etmesi ve bu delilleri dosyaya sunmamış olması, mahkemenin gerekli araştırmaları yapması karşısında son olarak birbiri ile uyumlu tanık beyanlarına göre hüküm kurmasını yerinde bulmuştur. Mahkemenin hüküm vermesi için, kendisine yöneltilen talebin formüle edilmesi ve ileri sürülmesi tarafların görevi ise de bunları anlamlandırmak veya gerektiğinde açıklattırmak hakimın görevidir. Ancak bu görevin kapsamında tarafların ileri sürmediği vakıaları ileri sürmelerine imkân vermesi veya hatırlatması yoktur. Burada mevcut olmayanın talep edilmeyenin ortaya çıkartılması değil, talep edilenin netleştirilmesi, aydınlatılması, belirlenmesi söz konusudur. Taraflarca getirilme ilkesi, hakimın soru sorma ve davayı aydınlatma ödevi HMK. m. 31 çerçevesinde yumuşatılmıştır³⁸. Fazla çalışma iddiasını ispat yükü davacı işçi üzerindedir. Fiili bir olgu olduğunda davacı işçi kural olarak her türlü delille iddiasını ispat edebilir. Tanıkların beyanlarına işyerinde çalışma saatlerine bilebilecek konumda ve aynı dönemde çalışmış olmaları kaydı ile değer verilmelidir. Birbiri ile çelişkili tanık beyanlarına göre hüküm kurulamaz³⁹.

ulusal bayram ve genel tatil çalışma ücretlerinin hüküm altına alınması yerindedir. Her ne kadar Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında davalı Bakanlığın kamu kurumu olduğu, çoğu zaman işçi ile ilgili kayıtların elinde bulunmadığı, alt işverenlerin davayı takip etmediği ya da kendilerine ulaşılmasının mümkün olmadığı, işçilerin de genelde davayı sadece asıl işveren olan kamu kurumuna yönelttiği, bu durumda sadece bir-iki tanık beyanı ile sonuca gidilmesinin doğru olmayacağı, somut olayda davalı Bakanlığa bağlı işyerinin hassas bir yer olduğu, bu nedenle belirtilen şekilde yapılan bozma kararının usul ve yasaya uygun olup direnme kararının ise yerinde olmadığı görüşü ileri sürülmüş ise de Kurul çoğunluğu tarafından bu görüş benimsenmemiştir”.

38 Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, B. 11, İstanbul 2011, s. 248 vd.

39 “Fazla çalışmanın ispatı konusunda iş yeri kayıtları, özellikle iş yerine giriş çıkışı gösteren belgeler, iş yeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen

35 Benzer görüşte olan: Çil, İlke Kararlar, s. 779.

36 Ulucan/ Eyrenci /Taşkent, s. 174; Sümer, s.123.

37 YHGK., E. 2015/1597, K. 2018/227, 14.02.2018, www.emsal.yargitay.gov.tr “ Bu durumda delillerini cevap dilekçesi ekinde sunduğunu belirtmesine rağmen delil ibraz etmeyen davalı Bakanlığın cevap dilekçesinin deliller bölümünde dayandığı kayıtların, uyumsuzluk konusu alacaklar tarafların üzerinde serbestçe tasaruf edebilecekleri bir konu olduğundan mahkemece resen getirilmesi, 6100 sayılı HMK'nın 25. maddesinde ifade edilen “taraflarca hazırlama ilkesine” aykırıdır. Kaldı ki, Özel Daire bozma kararında değinilen işyeri özlük dosyasının davalı alt işverenden celbi için gerekli usulü işlemler yerine getirilmiştir. O hâlde mahkemece davacı tanık beyanlarına göre hesaplanan fazla çalışma,

İş Hukuku'nda Özel-Kamu Hukuku ayrımı gözetilmemesi, işverenlere ayırım yapılmaksızın çalışma kaydının tutulması sorumluluğunun verilmesi nedeni ile ispat açısından, iş yaşamındaki çalışmalarında kamu sektöründe çalışan işçilerin salt yazılı belge ile, özel sektörde çalışan işçilerin öncelikle yazılı belge ile, dosyada yazılı belge bulunmaması halinde ise tanık beyanları ile de çalışmanın ispatının kabul edildiği şeklinde ikili ayırım yapılmasının hukuka aykırı olacağı görülmektedir.

Yargıtay'ın bazı kararlarında yapılan düzenlemelerde:

"...4857 sayılı Kanunda yer alan alt işverenliğe dair düzenlemeler, alt işverenlik ilişkilerini kamu işverenleri veya özel sektör işverenleri ile kurulanlar şeklinde bir ayırım yapmaya da imkan vermediği gibi Kanunun 2. maddesinin 8 ve 9. fıkralarının Anayasa'ya⁴⁰ aykırılık iddiası, tamamlayıcı ve diğer sınırlamaları kaldırmadığı belirtilerek yetkisizlik gerekçesi ile reddedilmiştir"⁴¹.

"...Ücret alacağı için özel banka-kamu bankası ayrımı yapılmaksızın mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının belirlenmesi gerekir"⁴².

yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır", YHGK., E. 2015/22-1444, K.2016/869, 29.06.2016.

40 RG., S. 17844, 20.10.1982.

41 "Davalı 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 5538 Sayılı Kanun'la eklenen 8 ve 9. fıkralar uyarınca asıl işi verebilme imkanına sahip ise de anılan fıkralar maddenin 6 ve 7. fıkralarında belirtilen sınırlamaları kaldırmamaktadır. Zira davalı 4857 Sayılı Kanun'un istisnalara dair 4. maddesi kapsamında olmayıp, Kanunun 1. maddesinde de belirtildiği üzere İş Kanunu 4. maddesinde yer alan istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır. Buna göre İş Kanunu'nda yer alan alt işverenlik ilişkilerini sınırlandıran ve muvazaa yaptırımına bağlayan 2. maddesi hükmü ile alt işverenler arasında kurulan ilişkilere de uygulanacaktır. 4857 Sayılı Kanun'da yer alan alt işverenliğe dair düzenlemeler, alt işverenlik ilişkilerini kamu işverenleri veya özel sektör işverenleri ile kurulanlar şeklinde bir ayırım yapmaya da imkan vermediği gibi Kanunun 2. maddesinin 8 ve 9. fıkralarının Anayasa'ya aykırılık iddiası, tamamlayıcı ve diğer sınırlamaları kaldırmadığı belirtilerek yetkisizlik gerekçesi ile reddedilmiştir", Y22HD., E. 2016/16195 K. 2016/20097, 21.9.2016, www.kazanci.com

42 "Ücret alacağı için özel banka-kamu bankası ayrımı

"...4857 sayılı Kanunda yer alan alt işverenliğe dair düzenlemeler, alt işverenlik ilişkilerini kamu işverenleri veya özel sektör işverenleri ile kurulanlar şeklinde bir ayırım yapmaya da imkan vermediği"⁴³

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi, İş Kanunu'nun 5. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir⁴⁴, 4857 sayılı İşK. m. 5 yapılan düzenleme ile eşitlik ilkesinin işverenin borçlarından ziyade iş hukukunun temel ilkelerinden biri haline geldiği ifade edilebilir⁴⁵. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 7. maddesinde "Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır" görüleceği üzere iş hukukunda kamu-özel sektör ayrımı yapılmamaktadır.

Kanaatimiz davalı kurumun dosyaya eksik yazılı kayıtları sunması, ancak sunmadığı sabit olunan dönemler için tanık beyanlarına göre fazla mesai hesaplanması gerektiği yönündedir. Hesaplamanın yapılmaması halinde; kanunlar ile getirilen kamu kurumlarında yapılan çalışmaların, harcamaların, gelir ve giderlerin

yapılmaksızın mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının belirlenmesi gerekir. Yasada, "uygulanan en yüksek faiz" sözcüklerine yer verildiğinden, söz konusu faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı mahkemece kendiliğinden denetlenmelidir. Bankaların belli dönemlerde ... Bankasına uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı fiilen uygulanmış olmadıkça ücret yönünden dikkate alınmamalıdır", Y7HD., E. 2015/43430K. 2016/2813, 11.2.2016, www.kazanci.com

43 "4857 Sayılı Kanun'da yer alan alt işverenliğe dair düzenlemeler, alt işverenlik ilişkilerini kamu işverenleri veya özel sektör işverenleri ile kurulanlar şeklinde bir ayırım yapmaya da imkan vermediği gibi Kanunun 2. maddesinin 8 ve 9. fıkralarının Anayasa'ya aykırılık iddiası, tamamlayıcı ve diğer sınırlamaları kaldırmadığı belirtilerek yetkisizlik gerekçesi ile reddedilmiştir", Y22HD., E. 2015/23527 K. 2016/7273, 9.3.2016, www.kazanci.com

44 Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 5-6; Ertuğrul Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, GÜHF. Yayınlanmış Doktora Tezi, s. 39 (Eşit Davranma); Veli Karagöz, "İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı", EÜSBED, C. 5, S. 1, Erzincan 2012, s 59.

45 Yuvalı, Eşit Davranma, s. 44; Karagöz, s.58-59.

kayıt ve belgeye bağlanmasının zorunluğuna rağmen bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kamu kurumunda çalışan işçilerin hak kaybına uğrayacağı gibi, işveren kamu kurumuna da bir yaptırımı olmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle kamu kurumunda çalışan işçiye ilişkin kurum gerekli belgeleri düzenlemez ya da düzenlemesine rağmen mahkemeye sunmaz ise, işçinin fazla çalışmasının boşa gitmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bunun yanında ülkemiz gerçekleri de göz önünde bulundurulduğunda, birçok kamu kurumu işverene bağlanan bu yükümlülükleri yerine getirmemektedir. Kamu kurumları işverenlerin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin cezası işçi tarafından çekilmemeli, işverenin karşısında güçsüz olan işçinin ispat konusunda yazılı belge sunma şartı dikte edilmemeli, her şeyden öte özel sektörde çalışan işçilere getirilmeyen ispat yükünün salt kamu işyerinde çalışan işçilere yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olacağı gerekçesi ile Yargıtay bu görüşünden dönmeli ve fazla çalışmanın ispatında kamu-özel sektörde çalışan işçiler yönünden ayırım yapmamalıdır.

Netice itibarıyla ilk derece mahkemenin vermiş olduğu karara katılmıyor ve temyiz mercinin kararına ve bozma gerekçesine ise kısmen katılıyoruz. Mahkemece eksik yazılı kayıtların incelenmesinden sonra dosya kapsamında ispatı elverişli yazılı kayda ulaşılmadığı takdirde, kamu-özel işyeri ayırımı yapılmaksızın, tanık beyanlarına göre ispat edildiği değerinde fazla çalışma hesaplamasının yapılması görüşündeyiz.

KAYNAKÇA

- Ağır Çetin, "İş Hukukunda Normali Aşan Çalışma", İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 1, İstanbul 2013.
- Akyiğit Ercan, İş Hukuku, 10. Bası, Ankara 2014.
- Akyiğit Ercan, İçtihatlı Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2008, s. 1667 (Kanun).
- Aktay Nizamettin / Arıcı Kadir / Senyen Kaplan

Emine, İş Hukuku, B. 6, Ankara 2013.

- Alpagut Gülsevil, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi", Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, C. I.
- Atar Yavuz / Ayan Mehmet / Karahan Sami / Sümer Haluk Hadi / Ulukapı Ömer/Aslan İbrahim, Temel Hukuk Bilgisi, Mimoza yayınları, Konya, 2003.
- Astarlı Muhittin, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008
- Ateş Derya, Türk İş Hukukunda Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, SÜSBEÖHAD., Yüksek Lisans Tezi, s. Konya 2010.
- Ayan Mehmet, Medeni Hukuka Giriş, Mimoza Yayınları, Konya 2005.
- Başbuğ Aydın, Fazla Çalışma Ücreti Eksik Ödenen İşçinin Alacağı BK.133'e Göre Sona Erer mi?, Tühis. Kasım 2002-Şubat 2003.
- Boydak Alptekin Burak, "Denetim Görevinde Bulunanların Fazla Çalışma Hakkı Karar İncelemesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 37, 2013.
- Çelik Nuri / Caniklioğlu Nurşen / Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 31. Bası, İstanbul 2018.
- Çil Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum S. 3, 2007 (Fazla Çalışma).
- Çil Şahin, "6100 sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yüku ve Deliller", İÜHFM, C. LXXII, S. 2, 2014, (ispat).
- Çil Şahin, İlke Kararları, Yetkin Yayınları, 2016 (İlke Kararlar).
- Çil Şahin, İş Yargılamasına Dair İlke Kararları, Yetkin Yayınevi, (İş Yargısı).
- Demir Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. B., İzmir 2005.
- Doğan Yenisey Kübra, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Orantılılık İlkesi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.2, S.7, 2005.
- Ekonomi Münir, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1984.

- Ekin Ali, "İş Hukuku Uygulamalarında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları, İÜHFM., C. 74, 2016.
- Engin Murat, Yeni İş Kanunu ve İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, DEÜHFD, C. 5, S. 1, İzmir 2003.
- Eyrenci Öner, Yargıtay Kararları Işığında Fazla Çalışmanın Saptanması, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011.
- Günay Cevdet İlhan, Hukuki Yönden Fazla Çalışma, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 30, 2013.
- Güven Ercan / Aydın Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, B. 4, Eskişehir 2013.
- Güzel Ali, 'İş Hukukunda Yeniden Yapılanma süreci ve İşin Düzenlenmesi konusunda esneklik', Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000.
- Güç Tekin, İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2013.
- Kar Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, B. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.967.
- Kar Bektaş, İspat Yükü ve Deliller Tebliği, (Tebliğ)
- Karacan Hatice, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Normal Fazla Çalışma, B. 4, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.
- Karagöz Veli, "İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı", EÜSBED, C. 5, S. 1, Erzincan 2012.
- Kurucu Oğuz; İş süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışmalar, Ankara 1987.
- Kandemir Murat, Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları, Legal Yayınları, İSGHD., S. 29, 2011.
- Köseoğlu Ali Cengiz / Kabul Sibel, "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma", İÜHFM, C. LXXII, S. 2.
- Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku Esasları, 1999 İstanbul.
- Mollamahmutoğlu Hamdi / Astarlı Muhittin / Baysal Ulaş, İş Hukuku, B. 6, Ankara 2014.
- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 1998 İzmir.
- Ocak Uğur, İşçilik Alacakları 2. Kitap, s. 1904.
- Özsunay Ergun, Medeni Hukuka Giriş, B.5, İstanbul 1986.
- Özcan Kemal, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2006.
- Özdemir Cumhuriyet Sinan, İş Kanunu'na Göre İşveren ve İşçi Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Pekcanitez Hakan / Atalay Oğuz / Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, B. 11, İstanbul 2011.
- Soyer Polat, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal Yayınları, İSGHD. S. 3, 2004.
- Sümer Haluk Hadi, İş Hukuku, Mimoza Yayınları, B. 14, Konya 2008.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018,
- Şen Murat, "Hizmet Sözleşmesinde Haftalık 45 Saatin Üzerinde Bir Çalışma Süresinin Kararlaştırılması Halinde Fazla Çalışma Yargıtay Kararı Üzerine Değerlendirme", Yargıtay Kararları Dergisi, C. 27, S. 4, Nisan 2001.
- Tuncay Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- Ulucan Devrim, Fazla Çalışma, İş ve Hukuk Dergisi, Mayıs 1990.
- Ulucan Devrim / Eyrenci Öner / Taşkent Savaş, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş B. 3, İstanbul 2006.
- Yuvalı Ertuğrul, "Türk Hukukunda Olağan Nedenlerle Fazla Çalışma ve AB Ülkelerindeki Fazla Çalışma Hükümlerine Genel Bir Bakış" Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 4, 2009.
- Yuvalı Ertuğrul İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, GÜHF. Yayınlanmış Doktora Tezi, (Eşit Davranma).

YAZI TESLİM KURALLARI

1. Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in elektronik posta adresine e-posta yoluyla ya da MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası'nın Ferko Signature, Büyükdere Cad. No: 175 Kat: 13-14 34394 Şişli - İstanbul adresine tek yüze basılı olarak 4 kopya ve CD veya taşınabilir bellek ile birlikte gönderilmelidir.
2. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 2003 ve üzeri versiyonlar) formatında (doc. veya docx dosya uzantılı), en fazla 40 sayfa olarak yazılmalı ve yazıların sayfa düzeni için aşağıdaki şekil şartlarına uyulmalıdır: Kağıt boyutu: A4; Üst, alt, sağ ve sol boşlukları: 2,5 cm.; Yazı tipi: Times New Roman (Türkçe yazı dili seçilerek); Punto: 12; Satır arası: 1,5; Hizalama: İki yana yaslanmış; Dipnotlar: Sayfa altında ve Times New Roman yazı tipinde, 10 punto, 1 satır arası ve iki yana yaslanarak hizalanmış. Ayrıca, en fazla 150'şer kelimeden oluşacak ve araştırmanın kapsamı ve amacının belirtildiği, kullanılan yöntemin tanımlandığı ve ulaşılan sonuçların kısaca yer verildiği Türkçe ve İngilizce özet, en az üç Türkçe ve üç İngilizce anahtar sözcük ile birlikte, yazının Türkçe ve İngilizce yazılmış başlığı, yazar ismi, kurumu ve yazarların açık adresleri ile telefon numaraları ve e-posta adresinin bulunduğu üst kapak sayfası gönderilmelidir. Başlığının Türkçe ve İngilizce ayrıca yer aldığı yazının ilk sayfasında yazar ismi yer almamalıdır.
3. Kaynaklar yazının sonunda ayrı bir sayfada "Kaynakça" başlığı altında yazar soyadlarına göre alfabetik sıraya dizilmelidir.
4. Yararlanılan ve gönderme yapılan kaynaklar, aşağıda örnekleri sunulan APA (American Psychological Association) ölçütlerine göre yazılmalıdır.

Metin İçinde Kaynak Gösterimi

- Metin içindeki atıflar, yazarın adı cümle içinde geçiyorsa;
Oğuzman (1981, s.125)
Yazarın adı cümle içinde geçmiyorsa;
(Oğuzman, 1981, s.125) şeklinde yazılmalıdır.
- Metin içinde ikiden fazla yazarlı kitaplara atıfta bulunurken ilk seferinde bütün isimler kullanılmalı; aynı yayına daha sonra yapılan atıflarda sadece birinci isim yazılmalı, diğer yazarlar için "ve diğerleri" ibaresi kullanılmalı, a.g.e., a.g.m. gibi kısaltmalar kullanılmamalıdır.

Oğuzman ve diğerleri (1979)

Metin içinde yer alması uygun görülmeyen açıklamalar için sayfa altı dipnot yöntemi kullanılmalıdır. Bu not içinde yapılacak atıflarda da yukarıdaki yöntem uygulanmalıdır.

Kaynakçaların Düzenlenmesi

- Kaynakça listesinde bütün yazarların isimleri soyadına göre alfabetik yer almalıdır. Atıf yapılan kaynaklar birden fazlaysa, atıflar noktalı virgülle ayrılmalıdır. Bir yazarın birden çok çalışması kaynakçada yer alacaksa yayın tarihine göre eskiden yeniye doğru bir sıralama yapılmalıdır. Aynı yılda yapılan çalışmalar için a, b, c ibareleri kullanılmalıdır ve bunlar metin içinde yapılan atıflarda da aynı olmalıdır.

Oğuzman 1981, 125; Elbir, 1980, 101

- Kitaplar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Başlık. Baskı. Basıldığı Yer: Basımevinin İsmi

Oğuzman, M.K. (1981). Vak'a Metodu ile Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası

- Yazılar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Derginin İsmi. Cilt Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 10, 5-12

- İnternette bulunan belgeler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Kaynağın İsmi. Sayfa Numaraları. (Erişim tarihi Gün/Ay/Yıl) <http://www.ile.baslayan.internet.adresi>

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri. 5-25. 15 Ocak 2014 tarihinde <http://www.mess.org.tr/ti.asp?eid=1000&i-cid=0> adresinden erişildi.

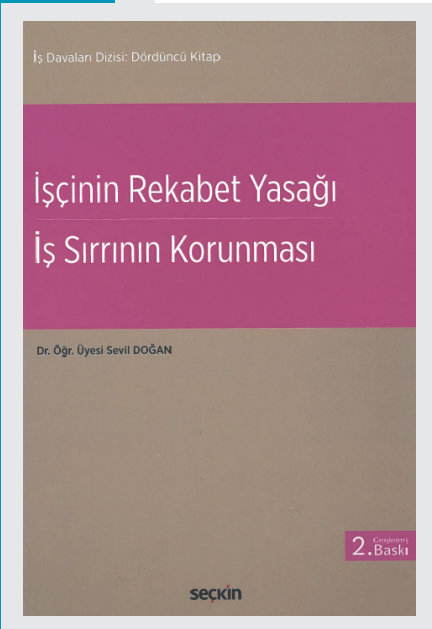
Yeni Yayınlar



Prof. Dr. Haluk Hâdi Sümer tarafından hazırlanan **“Temel Sosyal Güvenlik Kanunları”** isimli derlemenin güncellenmiş 4. Baskısı, Nisan 2019 tarihinde yayımlanmıştır. Mevzuat değişikliğinin en yoğun yaşandığı alanlardan birisi de sosyal güvenlik hukukudur. Özellikle son dönemde torba yasa adıyla anılan ve birden çok kanunda değişiklik yapan kanunların en önemli değişikliği gerçekleştirdiği alan sosyal güvenlik olmuştur.

Sosyal güvenlik hukuku alanını ilgilendiren kanunların değerlendirildiği bu çalışmada, bu alana ilişkin kanunların güncel halleri bir araya getirilmeye çalışılmıştır. Derlemenin dördüncü baskısına bir önceki baskıdan bu yana geçen süre içerisinde yapılan değişiklikler işlenmiştir.

Kitapta, sosyal güvenlik ile ilgili kanunların önemli bir bölümüne yer verildiğinden ilgili herkese faydalı olabilecek bir çalışmadır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu gibi sosyal güvenlik hukuku alanına ilişkin on kanunun yer aldığı derlemede, Anayasa’nın da ilgili hükümlerine yer verilmiştir.



Dr. Öğr. Üyesi Sevil Doğan tarafından hazırlanan “İş Davaları Dizisi”nin Dördüncü Kitabı olan **“İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması”** adlı eserin genişletilmiş 2. Baskısı Mart 2019 tarihinde yayımlanmıştır.

İş davaları serisinin dördüncü kitabı olarak yayımlanmış bu çalışmanın ilk basımının tükenmesi üzerine ikinci baskısı yapılmıştır. İkinci baskıda, rekabet yasağı sözleşmesi ile ilgili güncel kararlara yer verilmiş, Bölge Adliye Mahkemelerinin bu konudaki içtihatları çalışmaya eklenmiştir. Aynı zamanda iş hukuku doktrini tarafından konuyla ilgili ele alınmış güncel görüşlere değinilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, iş sırrının korunması kapsamında ele alınabilecek kavramlar ve iş sözleşmesi devam ederken iş sırrının korunması hususu değerlendirilmiştir. İkinci bölümde ise, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçiye karşı iş sırrının korunmasına hizmet eden rekabet yasağı sözleşmesi değerlendirilmiş; ayrıca belirtilen sözleşmenin koşulları, hükümleri ve sona ermesine ilişkin hususlar incelenmiştir. Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin esaslar ortaya konmaya çalışılırken, içtihatlar üzerinden de değerlendirme yapılmıştır.

Yeni Yayınlar

Doç. Dr. Mahmut Kabakcı tarafından hazırlanan **“Sosyal Sigorta Prim Borçlarından Şahsi Sorumluluk”** isimli eser, Ocak 2019 tarihinde yayımlanmıştır. Yazarın söz konusu çalışması, sosyal sigortalar hukukunun konusu ise de niteliği gereği ticaret hukuku, ceza ve kabadatler hukuku ve borçlar hukuku ve tüzel kişiler hukuku gibi geniş bir alanı da ilgilendirmektedir.

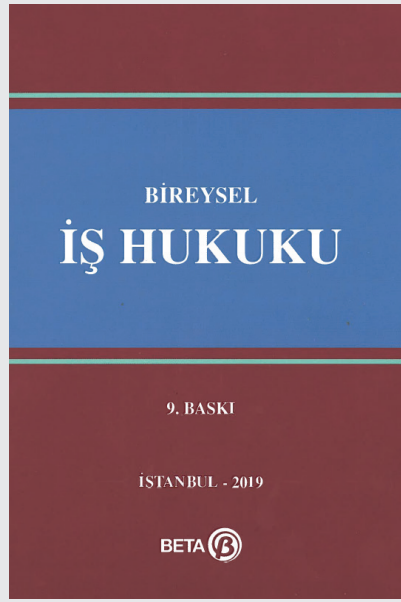
Sosyal sigorta mevzuatında sistemin etkinliği için işveren yükümlülüklerinden, onunla birlikte bazı kimselerin müteselsil sorumluluğu kabul edilmiştir. İşveren vekili, asıl işveren-alt işveren ilişkisi, geçici iş ilişkisi ve işyeri devrine ilişkin birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanışı, bu kurumların unsurları iş ve sosyal güvenlik mevzuatında açıkça yer aldığından görece sorunsuzdur. 506 sayılı Kanun m. 80/12 ve şimdi 5510 sayılı Kanun m. 88/20’de tüm kamu hukuku işverenleri ile özel hukuk tüzel kişisi işverenleri hakkında öngörülen müteselsil sorumluluk içinse aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Eser, organ ve temsilcilerin şahsi sorumluluğu olarak nitelendirilebilecek birlikte sorumluluk halini 5510 ve 6183 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde inceleyerek, işverenle birlikte şahsen sorumlu olanların tespitinde ve ödememeye ilişkin haklı nedenler konusunda yaşanan uygulama sorunlarına çözüm önerilerini öğreti ve yargının değerlendirmesine sunmayı amaçlamaktadır. Kitabın ortaya çıkışında, tartışma konularının tespiti ve çözüm yolları bakımından Yargıtay kararlarından önemli ölçüde yararlanılmıştır.

Konu hakkında ilk monografik çalışma olan bu eserin birinci bölümünde “Sosyal Sigorta Sisteminde Primlerin Tahsilinin Önemi”, ikinci bölümünde “Prim Borçlarından Şahsi Sorumluluk” ve üçüncü bölümünde ise “Şahsi Sorumlulardan Cebri Tahsil” konuları ele alınmaktadır.



Yeni Yayınlar



Prof. Dr. Öner Eyrenci, Prof. Dr. Savaş Taşkent ve Prof. Dr. Devrim Ulucan tarafından hazırlanan **“Bireysel İş Hukuku”** adlı eserin 9. Baskısı, Mart 2019 tarihinde yayımlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun bazı maddeleri zamanla ihtiyaç doğrultusunda değişikliğe uğramıştır. Özellikle, 2012 yılında kabul edilen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin maddeleri yürürlükten kaldırılmış, bazı maddelerinde de değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu “Hizmet Sözleşmeleri” başlığı altında iş sözleşmesi ile ilgili olarak ayrıntılı hükümler getirmiştir; bunun yanında pazarlamacılık sözleşmesi ile evde hizmet sözleşmesini düzenlemiştir. Bunların yanı sıra, zamanla çeşitli yasalar (torba kanunlar) ve son olarak da KHK/700 ile birtakım değişiklikler yapılmış, kanuna yeni hükümler eklenmiştir. Kitabın bu baskısında, mevzuatta yapılan değişiklikler ve eklemeler yer almaktadır. Bununla birlikte, öğretide öne sürülen görüşler ve Yargıtay kararlarında meydana gelen değişiklikler de geniş biçimde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Kitapta Birinci Bölüm, İkinci Bölüm ve Dördüncü Bölüm, Savaş Taşkent; Üçüncü Bölüm, Devrim Ulucan; Beşinci ve Altıncı Bölüm, Öner Eyrenci tarafından kaleme alınmıştır.

Eserin birinci bölümünde “Genel Bilgiler”, ikinci bölümünde “İş Hukukunun Temel Kavramları ve Kanunun Kapsamı”, üçüncü bölümünde “İş Sözleşmesi Kavramı ve Türleri”, dördüncü bölümünde “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sona Ermesi”, beşinci bölümünde “İşin Düzenlenmesi”, altıncı ve son bölümünde ise “İş Sağlığı ve Güvenliği” başlıkları yer almaktadır.