



İzmir Barosu

İş Hukuku Günleri - II

SEMPOZYUM

**Uluslararası Sözleşmelerin
İş ve Sosyal Güvenlik Hukukumuzda
Uygulama Sorunları**

**10 -11 Mayıs 2013
Tepekule / İZMİR**

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Ercan DEMİR

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Anıl GÜLER

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU
1456 Sokak No: 16 K: 6 Barohan
35220 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 463 00 14
Faks: 0232 463 66 74
e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr
yayin.kurul@gmail.com

www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK

Güney Ajans
1479 Sokak No: 8 K: 3
Daire: 303 Alsancak – İZMİR
Tel: 0232 463 40 38
www.guneyajans.com - info@guneyajans.com

BASILDIĞI YER

Kanyılmaz Matbaacılık Kağıt
ve Amb. San. Tic. Ltd. Şti.
5609 Sokak No: 13 Çamdibi – İZMİR
Tel/Faks: 0232 449 14 43 – 449 47 90

BASIM TARİHİ

Ekim 2014

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ 1

Av. Ercan DEMİR – İzmir Barosu Başkanı

AÇILIŞ KONUŞMASI 3

Av. Sema PEKDAŞ

Uluslararası Standartlar ve Anayasa Hukuku Açısından Sosyal Haklara İlişkin Sorunlar 6

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM – Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasanın ve Sendikal Yasaların Ulusalüstü Sözleşmelere Uyum(suzluğ)u Sorunu 16

Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ – Emekli Öğretim Üyesi

Soru – Cevap 31

Uluslararası Belgeler Yönünden 6356 Sayılı Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Sendikal Özgürlükler ve Güvenceler 47

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Uluslararası Belgeler Yönünden 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri , Toplu İş Uyuşmazlıkları ve Greve İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi 61

Prof. Dr. Melda SUR – Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Uluslararası Belgeler Yönünden Yetki Süreci ve Sendikalaşma Hakkı 74

Av. Dr. Murat ÖZVERİ – Kocaeli Barosu

Soru – Cevap 89

Uluslararası Sözleşmeler Karşısında İş Güvencesi Uygulamaları .102

Yrd. Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ – İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeni Borçlar Kanunu’nun İş Hukuku’na Etkileri.....118

Doç. Dr. Mustafa ALP – Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Soru – Cevap 134

**İş Davalarında Usul Uygulamalarının İctihatlar Bağlamında
Değerlendirilmesi 149**

Bektaş KAR – Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

İşçilik Alacaklarına İlişkin Yargıtay İlke Kararları 234

Şahin ÇİL - Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Soru – Cevap 327

SUNUŞ

Değerli Meslektaşlarım,

Değerli Hukukçular,

İzmir Barosu'nun yönetim anlayışının temeli, meslektaşlarımızın özveriyle çalıştıkları komisyonlara dayanmaktadır. Baromuz üyesi avukatlardan gelen önerilerin, konularına göre kurulan veya kurulacak olan komisyonlarda görüşülmesi, tartışılması, raporlanması ve sonrasında yönetim kurulunun gündemine alınması şeklindeki çalışma yöntemini çok önemsiyoruz. Komisyonlarımız, konusuna ilgi duyan her meslektaşımızın katılımına açık olup tamamen gönüllülük esasına dayalı olarak çalışmaktadır. Komisyon çalışmalarının, haftada en az bir gün ve gündemli olarak toplanması, görüşme özetlerinin sekreteryaya tarafından tutanak altına alınması, alınan kararların öneri olarak yönetime sunulması esastır. Komisyonlarca alınan kararlar mutlaka Yönetim Kurulu gündemine alınmakta ve değerlendirilmektedir. Yönetim Kurulu olarak, en doğru kararları alabilmenin yolunun, komisyonlarımız aracılığıyla, meslektaşlarımızın en geniş katılımını sağlamaktan, onları söz ve karar sahibi yapmaktan geçtiğine inanıyoruz. Yönetim Kurulu üyelerimiz mutlaka en az bir komisyonda yer almakta ve komisyon sorumlusu olarak görev üstlenmektedir.

İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, yönetime seçilmemizden üç ay sonra aldığımız kararla, 2011 yılı ocak ayında kurulmuştur. Kuruluşunu takip eden 3,5 yıl içinde, tamamen gönüllülerden oluşan 50'yi aşkın meslektaşımızı komisyon çalışmalarına katarak oldukça başarılı işlere imza atmıştır. Bugüne kadar yapmış olduğu sempozyumlardan, seminerlerden, panellerden, söyleşilerden, çıkardığı bültenlerden bunları zaten biliyorsunuz.

İzmir Barosu, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, her yıl geleneksel olarak "İş Hukuku Günleri" adı altında, çalışma hukuku alanına giren farklı konularda sempozyum düzenlemektedir. Komisyonumuz, 2013 yılında düzenlenen "İş Hukuku Günleri II - Uluslararası Sözleşmeler Işığında İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Uygulama Sorunları" konulu ikinci sempozyumda sunulan tebliğlerin niteliğini göz önüne alarak, sunumların kalıcı bir şekilde geleceğe aktarılması amacıyla en geniş haliyle kitap haline getirilmesi yönünde karar almış, bu karar Yönetim Kurulu olarak bizleri de oldukça mutlu etmiştir.

10-11 Mayıs 2013 tarihlerinde 2 günlük yoğun bir program halinde gerçekleştirilen sempozyumun 1.gün oturumlarının başkanlıklarını, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Ümran SAYIŞ ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Sayın Osman Güven ÇANKAYA yapmışlardır. Konuşmacı olarak ise Sayın Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ, Sayın Prof.Dr. Fazıl SAĞLAM, Sayın Prof.Dr. Gülsevil ALPAGUT, Sayın Prof. Dr. Melda SUR ve Sayın Av.Dr. Murat ÖZVERİ sunum ve tebliğlerini sunmuşlardır. 2. gün oturumlarının başkanlıklarını Sayın Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Ö.Hicri TUNA yapmışlar, konuşmacılar Sayın Yrd.Doç.Dr. Zeynep ŞİŞLİ, Sayın Doç.Dr. Mustafa ALP, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tekik Hakimleri Sayın Şahin ÇİL ile Sayın Bektaş KAR sunum ve tebliğlerini sunmuşlardır. Değerli oturum başkanlarına ve tebliğ sunan konuşmacılara İzmir Barosu adına teşekkürlerimizi sunuyorum.

Ayrıca belki de bir ilki gerçekleştirerek aynı oturumda bir araya gelen değerli Anayasa Hukuku hocaları Sayın Gülmez ve Sayın Sağlam, çalışma hukuku mevzuatının sadece İş Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu'ndan ibaret olmayıp, uluslararası sözleşmeler ve anayasal düzenlemelerin de bu mevzuat içinde yer aldığını bizlere göstermişlerdir.

Sempozyumun bir bütün olarak, sunulan tebliğler ve soru cevap kısımları da dahil kitap haline getirilmesi neredeyse bir yılı buldu. Komisyon üyelerimiz, konuşma bantlarının çözülmesinde, yazılı hale getirilmesinde, yazılı metinlerin tebliğ sunan konuşmacılara gönderilmesi ve gerekli düzeltmelerin yapıldıktan sonra baskıya hazır hale getirilmesinde, dizgi hatalarının giderilmesinde oldukça titiz çalışarak yoğun emek harcadılar. Bu oldukça zor ve zahmetli bir iştir. Zira elinizdeki kitapçık sadece bir sempozyum tutanağı değil, fakat içerdiği konuyla bir başvuru kaynağı niteliğindedir. Bu kadar uzman ve yetkin akademisyenler ile uygulayıcı konumundaki hakimler, konuşmacı olarak sanıyoruz ki çok az sempozyumda bir araya gelmiş ve tebliğ sunmuşlardır.

Sempozyumu gerçekleştiren ve sunulan tebliğleri kitaplaştırarak gelecek nesillere aktaran, başta sorumlu yönetim kurulu üyelerimiz Sayın Av. Meriç KAPTAN ve Sayın Av. Anıl GÜLER olmak üzere İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu üyesi tüm meslektaşlarıma, çalışma hukukuna olan katkılarından dolayı ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Av. Ercan DEMİR

İzmir Barosu Başkanı

Av. Zöhre Dalkıran :

Yargıtay'ın değerli başkan ve üyeleri, tetkik hakimleri, İzmir Barosu'nun değerli Başkanı, değerli öğretim üyelerimiz, değerli hakimler ve savcılar, avukat meslektaşlarımız, değerli konuklarımız. İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu tarafından düzenlenen İzmir Barosu İş Hukuku Günleri 2 isimli sempozyuma hepiniz hoş geldiniz. Sizleri İzmir Barosu ve komisyonumuz adına sevgi ve saygıyla selamlıyorum. Açılış konuşmasını yapmak üzere İzmir Barosu Başkanı Sayın Av. Sema Pekdaş'ı huzurlarınıza davet ediyorum.

Av. Sema Pekdaş :

Değerli hukukçular, sevgili meslektaşlarım, kıymetli konuklar. Hepinizi öncelikle sevgi ve saygıyla selamlıyorum ve bu çalışmayı hazırlayan İzmir Barosu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku komisyonumuza da en başından teşekkürlerimi sunmak istiyorum. Bildiğiniz gibi geçen yıl 16-17 Mart tarihinde İş Yargılamasında Güncel Sorunlar başlıklı, geçen yıl yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun iş yargılamasına etkileri konusunu temel alan bir çalışma yapmıştık. O çalışmadan aldığımız güçle "İş hukuku tartışmalarını, konferanslarını sürekli hale getirelim, her yıl yenileyelim, İzmir'de iş hukuku günleri düzenleyelim." diye arkadaşlar düşündüler, iki günlük bu çalışmayı örgütlediler. Bu çalışmada işçilerin, çalışanların temel anayasal hakları üzerinden hem toplu iş hukuku, toplu iş uyuşmazlıkları, kaynakları, sorunları, hem de bireysel iş hukuku, sorunları, uyuşmazlıkları, kaynakları konusunda tartışıyoruz. Tartışmacı olarak, konferansımıza tebliğ sunarak katılan tüm katılımcılarımıza da ayrıca teşekkür etmek istiyorum. Ve bugün dünyanın küresel bir dünyada işçi sorunlarının daha farklı boyutlara ulaştığı günümüzde, güçlü devletlerin, güçlü sermayenin, güçlü tekellerin olduğu yapıda bireyin, güçsüz işçinin, güçsüz çalışanın daha çok korunması gerektiği bir gerçek. Ve biliriz ki; hukuk zayıfı, güçsüzü korumak içindir öncelikle. Ancak yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemesi de başta olmak üzere son dönem yasalarında bu en temel prensip göz ardı edilmiş durumda. 12 Eylül dönemi sonrası iş davalarında neredeyse harç tamamen kaldırılmışken, bugün yeni yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile gider avansı adı altında alınan ücretle işçilerin, çalışanların hak arama özgürlüğü önünde engeller çıkartılmakta. Ve Yargıtay kısmi davanın önünü açarak en azından davalarının görülme şartını çok kısıtlayan hükme

genişletilmiş bir yorum getirmesiyle de bu hukukun önünü açmıştır. Ve en temel çalışan haklarının korunması yönünde bir felsefe geliştirmiştir. Dolayısıyla bizim yeniden hukuk devleti olmayı, sosyal devlet olmayı hatırlayarak, bireyin güçsüz bireyin, güçsüz çalışanın hakları konusunda yeni tartışmalar açmak zorundayız. Çünkü Anayasamızda devletin niteliği bir sosyal hukuk devleti olarak tanımlanmıştır ve sosyal hukuk devleti, herkese insan onuruyla bağdaşan asgari bir yaşam sağlamakla görevli bir devlettir. Bu maddeye göre çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek, çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik ortamı yaratmak için gerekli tedbiri alır. Çalışma hakkının bir gereği olarak, devletin bireylere bir çalışma olanağı yaratması görevi vardır. İşçi güvenliği, işçi sağlığı, işçi örgütlenmesi hakları vardır. Dolayısıyla bu temel konuları tartışacağımız bugünkü çalışmanın ben verimli geçeceğine inanıyorum, şimdiden bu çalışma için herkese başarılar diliyorum, teşekkür ediyorum.

Av. Zöhre Dalkıran :

Bugünkü ilk oturumumuzun oturum başkanlığını Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Hakim Sayın Ümran Sayış yapacaktır. Ümran Sayış, 1951 yılında Develi’de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 1973 yılında mezun olan Sayış, Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlamış, sırasıyla Batman, Mucur hakimliği ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tetkik hakimliği görevlerinde bulunmuştur. 1999 yılında Yargıtay üyeliğine seçilen Sayış, Yargıtay 14. Daire üyesi olarak görevini sürdürmekte iken 2012 yılında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiştir. İngilizce bilen Sayış evli ve iki çocuk annesidir.

Bu oturumumuzda ***"Uluslararası Standartlar ve Anayasa Hukuku Açısından Sosyal Haklara İlişkin Sorunlar"*** konulu ilk sunumu Sayın Prof. Dr. Fazıl Sağlam yapacaktır. Fazıl Sağlam 1940 yılında Trabzon’da doğmuştur. Yüksek öğrenimini İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde tamamlamış, Köln Üniversitesi’nde İş Hukuku dalında doktora yapmış, 1980 yılında da Anayasa Hukuku dalında doçent olmuştur. Sağlam 1983 yılında görev yaptığı üniversiteden ayrılarak İstanbul Barosu’nda avukatlık yapmaya başlamıştır. 1996 yılında Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi’nde göreve başlayan Sağlam, 1999 yılında Anayasa Hukuku dalında profesör olmuş, 2003 yılında Anayasa Mahkemesi asil

üyeliğine seçilmiş, 2005 yılında da emekliliğe ayrılmıştır. Halen Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapan Sağlam'ın yurtiçinde ve yurtdışında yayınlanmış birçok bilimsel eseri bulunmaktadır.

İlk oturumumuzdaki **"Anayasanın ve Sendikal Yasaların Ulusalüstü Sözleşmelere Uyum(suzluğ)u Sorunu"** konulu ikinci sunumu ise Sayın Prof. Dr. Mesut Gülmez yapacaktır. Mesut Gülmez 1966'da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş, 1971'de de Fransa'da yönetim bilimi alanında doktora yapmış, 1981'de sosyal siyaset dalında doçent, 1988'de de çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri alanlarında profesör unvanını almıştır. 1973-2008 yılları arasında Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü'nde çalışan Gülmez, Türkiye'de çalışma ilişkileri, uluslararası çalışma ilişkileri, insan haklarının uluslararası korunması derslerini vermiş, 2008 yılında emekliye ayrılmıştır. Gülmez, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Müdürlüğü'nde de bulunmuştur. Çalışma ilişkileri tarihi, sendikal haklar, memur sendikacılığı, insan hakları ve demokrasi eğitimi, uluslararası sosyal politika, ayrımcılık yasağı ve eşitlik konularında çok sayıda kitapları yayınlanmıştır. Gülmez'in ayrıca çok sayıda yayınlanan makalesi ve karar incelemeleri de bulunmaktadır.

Zamanı verimli kullanmak amacıyla soruları oturum sonunda yazılı olarak alacağız. Görevli arkadaşlarımız tarafından dağıtılan kağıtlar aracılığıyla sorularınızı iletebilirsiniz. Oturum başkanı ve konuşmacılarımızı sunumlarını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.

Ümran Sayış :

Değerli katılımcılar, öncelikle hepinize günaydın diyorum. İzmir Barosu tarafından ikincisi düzenlenen İş Hukuku Sempozyumumuza hoş geldiniz diyorum hepinize. Bu sempozyumu düzenleyen İzmir Barosu Başkanı Sayın Pekdaş'a, Baro yönetimine teşekkür ediyorum ve hepinize sevgi ve saygımı sunuyorum. Bu tür toplantılar iş hukukunun gelişmesinde son derece yararlı. Biliyorsunuz iş hukukunda gün geçtikçe uyuşmazlıklar çoğalıyor, dava sayısı çoğalıyor ve mahkemelerin iş yükü ve Yargıtay'ın iş yükü son derece artıyor. Ben bu dalda çok uzun süreler çalıştım. 1974 yılında 9. Hukuk'a stajyer olarak başladım ve orada üç-dört ayda hatta dört ayı bile bulmadı sonuçlandırma. Bu sene kendi dairem olduğu için söylüyorum 2-2,5 yıl sonra neticeleniyor. Bu da iş hukukunun ne kadar geliştiğini, dava sayısının ne kadar arttığını gösteriyor. Bu nedenle bu

sempozyumun da son derece yararlı olacağını umuyorum. Tüm katılımcılara tekrar teşekkür ediyorum ve ilk oturumumuzu açıyorum. Oturumumuzun ilk konusu; ***"Uluslararası Standartlar ve Anayasa Hukuku Açısından Sosyal Haklara İlişkin Sorunlar"***. Tebliğini sunmak üzere ilk önce sayın hocama sözü bırakıyorum.

Prof. Dr. Fazıl Sağlam :

Teşekkür ederim Sayın Başkan, değerli meslektaşlarım, bu toplantıya katılmama yol açan bir başka toplantıya gönderme yaparak söze başlayayım: 10 Aralık günleri biliyorsunuz değişik kurumlar tarafından İnsan Hakları Günü olarak kutlanır ve buna ilişkin toplantılarda daha çok klasik haklar üzerinde durulur. Bu yıl Türkiye Barolar Birliği bir ilki gerçekleştirdi ve 10 Aralık'ı çalışanların hakları olarak kutlama kararı aldı. İşte orada yaptığımız toplantı baro çevrelerinde oldukça ilgi çekti. Örneğin toplantıda bulunan İzmirli avukat arkadaşımız bu konuşmayı İzmir'de tekrarlar mısınız diye sordu. Kısacası toplantınıza katılma konusunda ilk öneri o zaman geldi. Ankara toplantısının bir benzerini nisan ayının başında Adana'da yaptık. Ama burada gördüm ki; "İzmir İş Hukuku Günleri", gelenekselleşmeye yönelik bir toplantılar dizisinin ikincisi oluyor. Ve buradaki takdimden öyle anladım ki bu toplantılar geleneksel bir seyir izleyecek. O bakımdan da İzmir Barosu'nu bu girişiminden dolayı kutluyorum.

Doktoramı iş hukuku dalında yaptım, ama, çalışmalarını daha çok anayasa hukuku alanında yürüten bir meslektaşınızım. İş hukukundan da büsbütün kopamıyorum. Anayasa hukukçusu olarak iş hukukundan aldığım formasyonun çok büyük yararını gördüğümü söyleyebilirim. Anayasa hukuku açısından çalışanların haklarına yakın duran bir konuda size bazı şeyler sunmak istiyorum. Bunları dört ana sorun öbeği olarak ele aldım.

I. Gerçekleşmesi Devletin Olumlu Bir Edimine Bağlı Sosyal Hakların Sınırlılığı Sorunu¹

¹ Bundan sonraki açıklamalar "İzmir İş Hukuku Günleri II" başlıklı toplantıda sunduğum bildirinin konuşma üslubu kısmen korunarak genişletilmiş ve makale formatına yakın bir biçimde düzeltilmiş metnidir. Tartışma bölümünde yöneltilen sorular, soru kağıtlarından yararlanılarak olabildiğince doğru yansıtılmaya çalışılmış ve buna uygun olarak cevaplarda da önemli düzeltme ve eklemeler yapılmıştır. F.S.

Biliyorsunuz, Anayasa'nın 65. maddesinin 2001 Anayasa Değişikliği'nden önceki metnine göre devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini yerine getirirken, bir yandan "**ekonomik istikrarın korunmasını gözetme**" yükümlülüğünün, diğer yandan "**mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü**"nın sınırlaması altındaydı. 2001 Anayasa Değişikliği, "**ekonomik istikrarın korunmasını gözetme**" yükümlülüğü yerine "**sosyal ve ekonomik devlet ödevlerinin amaçlarına uygun önceliklerini gözetme**" yükümlülüğünü getirmiştir. Buna karşılık "**mali kaynaklarının yeterliliği**" ölçüsünü aynen korumuştur.

Bu ikilemin aşılabilmesi için, uluslararası alanda gerçekleşen yeni gelişmelerin dikkate alınması zorunludur. 10 Aralık 2008 tarihinde BM Genel Kurulu, sosyal, ekonomik ve kültürel haklarla ilgili seçimlik protokolü kabul ederek, "İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme"nin ihlâli halinde, bireylere, kendi devletine karşı **bireysel başvuru** hakkını tanımıştır. **Sosyal devlet ve sosyal haklar alanında** bir **devrim** niteliği taşıyan bu gelişme, aynı zamanda "**hak ve özgürlüklerin bütünlüğü**" ilkesinin uluslararası düzeyde benimsenmesi anlamına gelmektedir.

Bu gelişmeler karşısında sosyal hakların gerçekleşmesini sağlayacak çözümlerin anayasada da üretilmesi gerekir. Bunun için **sosyal haklarda** bir çeşit **öz güvencesi** sağlamak, devletin **mali kaynaklarını öncelikli tahsis** edeceği alanları, kişi tarafından talep edilebilir **ek güvenceler** biçiminde Anayasa'da somutlaştırmak zorunludur.

TBB, bireysel başvuruya kadar uzanan uluslararası gelişmeyi bir yıl öncesinden görebilme başarısını göstermiştir. Bu uzak görüşlülüğün somut örnekleri, TBB 2007 Anayasa Önerisi'nde yer almıştır:

-- "*Hiçbir çocuk, kişiliğinin tam gelişmesi için zorunlu olan temel hizmetlerden yoksun bırakılamaz. Bu hizmetlerin devlet ve aile tarafından nasıl karşılanacağı kanunla düzenlenir.*"

-- "*Devlet işsizlik nedeniyle veya zihinsel ve bedensel engelleri nedeniyle çalışma hakkından yararlanamayan yurttaşların asgari yaşam standardına kavuşmasını güvence almakla yükümlüdür.*"

-- "*Yurttaşlar temel sağlık hizmetlerinden yoksun bırakılamaz.*"

-- "Hiç kimse yaşamını sürdürmeye yetecek ölçüde gıda ve temiz suya ulaşma hakkından yoksun bırakılamaz. ..." (m. 67)

-- "Hiç kimse yaşamını sürdürmesi için gerekli barınacak bir yerden yoksun bırakılamaz. ..." (m. 66/2)

İşte, devletin sosyal yükümlülüklerine ilişkin öncelikleri bu tür hükümlerle Anayasa'da somutlaştırmak, sosyal devlet alanındaki küresel gerilemenin aşılmasını sağlayacak en etkili yoldur. Çünkü bu tür hükümlerin varlığı halinde, devletin, mali kaynakların yetersizliği bahanesi arkasına sığınması mümkün olamayacaktır. Ne var ki; yeni Anayasa ya da Anayasa değişikliği sözünün dilden düşürülmediği şu sıralarda sosyal hakları yaşama geçirecek böyle bir reformdan söz eden yoktur.

II. Sosyal Eşitlikle İlgili Sorunlar

1) Kadın - erkek eşitliği açısından :

Biliyorsunuz, 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde Anayasa'nın 10. maddesine ikinci bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, "**Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.**". 2010 Anayasa Değişikliği buna şöyle bir cümle ekledi: "**Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.**". Ne var ki; bu tedbirler, bir önceki kuralın amacına bağlı kılındığı için, kadın-erkek eşitliğine yeni bir boyut getirmemiştir. Burada asıl eksiklik, getirilen düzenlemenin devlete, ilgililerce talep edilebilir nitelikte bir yükümlülük öngörmemesi ve gerçekleşmesinin siyasal iktidarın takdirine bağlı kalmakta devam etmesidir. Oysa, gerçek bir reform yapılmak isteniyorsa, dava ile doğrudan talep edilebilir nitelikte bir yükümlülük tesis edilmelidir. Örneğin eşitlik ilkesiyle ilgili maddeye: "**Üyeleri, atama veya seçimle belirlenen tüm kamusal organların oluşturulmasında, ilgili kurumun niteliğine uygun düştüğü ölçüde, kadınlar ve erkeklerin eşit temsil ilkesi öncelikle gözetilir**" gibi bir kural konulursa, yukarda açıklanan eksiklik genel olarak giderilmiş olur. Ancak, **daha etkili çözüm**, bu içerikte kuralları, Anayasa'nın ilgili maddelerinde somutlaştırmaktır: "**Siyasal partilerin genel merkez ve il örgütlerinin karar ve yönetim organlarında kadınlar en az yüzde otuz oranında temsil edilir**" veya "**Kadınların T.B.M.M.'deki temsili yüzde kırktan az olamaz**".

2) Eşitlik açısından özel olarak korunması gereken gruplar konusu :

2010 Anayasa Değişikliği ile aynı maddeye şöyle bir fıkra eklendi: **“Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malül gazileri için alınacak tedbirler, eşitlik ilkesine aykırı sayılamaz.”**. Aslında devlet, böyle bir kural olmasa da içinde bulundukları farklı konum gereği, anılan gruplara, özel bir koruma sağlamakla yükümlüdür. Bu kural, anılan gruplarla ilgili özel korumanın, mali kaynakların tahsisinde öncelikli konular arasında yorumlanmasını sağlar. Ama, daha etkili bir koruma isteniyorsa, bu alana ilişkin sosyal hakların ilgili hak sahibince talep edilebilir asgari ek güvenceler biçiminde somutlaştırılması gerekir. Örnekler:

-- “Hiçbir çocuk, kişiliğinin tam gelişmesi için zorunlu olan temel hizmetlerden yoksun bırakılamaz. Bu hizmetlerin devlet ve aile tarafından nasıl karşılanacağı kanunla düzenlenir.” (m. 55/ 3)

-- “Devlet işsizlik nedeniyle veya zihinsel ve bedensel engelleri nedeniyle çalışma hakkından yararlanamayan yurttaşların asgari yaşam standardına kavuşmasını güvence almakla yükümlüdür.” (m. 56/ 2)

-- “Yurttaşlar temel sağlık hizmetlerinden yoksun bırakılamaz.”(m. 65/4).

-- “Hiç kimse yaşamını sürdürmeye yetecek ölçüde gıda ve temiz suya ulaşma hakkından yoksun bırakılamaz. ... ” (m. 67)

“Hiç kimse yaşamını sürdürmesi için gerekli barınacak bir yerden yoksun bırakılamaz...” (m. 66/ 2).

III. Çalışmayla İlgili Hak ve Özgürlüklerde Sorunlar

1) Burada öncelikle demokratik temsil eksikliğinin çalışanların haklarına etkisi üzerinde durulmalıdır :

a) Anayasamızın 67/6. maddesi, seçim yasalarının “**temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde**” düzenlenmesini öngörüyor. Ancak bu ilkeyi açıkça ihlâl eden ve Avrupa’da hiçbir ülkede bulunmayan yüzde 10 **ülke seçim barajı** halen yürürlükte.

b) Milletvekilliklerinin illere dağılımındaki **dengesizlik ve adaletsizlik**, taşra ağırlıklı bir yapıyı ön plana çıkarmakta, gelişmiş

bölgelerin temsilini oransız bir biçimde zayıflatmaktadır. **Başlıbaşına bu durum, emekçilerin temsilini ölçsüz bir biçimde zayıflatmaktadır.** Örneğin Bayburt, Tunceli ve Hakkari’de sırasıyla 27, 29 ve 32 bin seçmene bir milletvekili düşerken, Ankara’da 93.000, İzmir’de 101.000 ve İstanbul’da 103.000 seçmene bir milletvekili düşmektedir.

Oysa ‘Batı’da demokrasinin gelişimi, oy hakkının genelleşmesine ve eşit oy ilkesine paralel bir seyir izlemiştir. Bu kusuru iyileştirici önlemlerin Anayasa ve yasalarda alınması gerekir. Bu konuda hazırlanmış formüller TBB 2007 Anayasa Önerisi’nde yer almıştır:

--"*... milletvekilliklerinin seçim çevrelerine özgülenmesine ilişkin usul ve esaslar, dengeli bir temsili yansıtacak biçimde kanunla düzenlenir.*"

-- "*Seçim yasaları temsilde adaleti zedeleyecek ölçüde ülke ya da seçim çevresi barajı koyamaz. Ülke seçim barajı yüzde beşi aşmaz.*"

2) Çalışma hakkı ile ilgili sorunlar :

4857 sayılı İş Kanunu’nun 18/1. maddesi iş güvencesini düzenlemişse de bu güvenceyi yalnızca 30 ve daha çok işçi çalıştırılan işyerleri ile sınırlı tutmuştur. Dolayısıyla bu sayının altında işçi çalıştıran işyerlerinde iş güvencesi sağlanmamıştır. Bu durumun işçiler arasında derin bir ayırım yarattığı, Anayasa’ya, 158 sayılı ILO Sözleşmesi’ndeki iş güvencesi hükümlerine aykırı düştüğü, işçi sendikalarının ve işçi çevrelerinin ortak görüşüdür. Öğretideki egemen görüş de aynı yöndedir.

a) Anayasa Mahkemesi’nin iş güvencesine getirilen bu sınırlamaya ilişkin iptal istemini kamu yararı gerekçesiyle reddetmiş olması(AYM 19-10-2005, E. 2003/66, K. 2005/-72: RG 24-11-2007), bu sorunun varlığını ortadan kaldırmaz, aksine Mahkeme’nin, küreselleşme ideolojisinin etkisiyle, Anayasamızın değişmez bir ilkesi olan sosyal devlete karşı, duyarsız kaldığını gösterir. **Çünkü sosyal bir devlette iş yaşamına ilişkin kuralların belirlenmesinde** Mahkeme’nin dayandığı **kamu yararı değil**, öncelikle **“işçiyi koruma amacı”** esas alınır. Çünkü kamu yararı dahi işçi ve işveren ilişkileri bakımından koruma amacına göre somutlaşır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin çoğu kararında da sosyal devlet ilkesi **“güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek**

eşitliği, yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet” olarak tanımlanmıştır. İşçi ve işveren arasındaki denge ise bu amaç gözetilerek ve çoğu kez işçi ve işveren arasındaki fiili eşitsizliği giderecek yönde sağlanır.

b) Öte yandan, Anayasamızın 49. maddesine göre: “**Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir.**” Bu hak, işverenin aynı düzeydeki anayasal hakları(çalışma ve sözleşme özgürlüğü ve özel girişim serbestisi) nedeniyle kişiye dilediği işe girme hakkını vermesi de, kişinin sahip olduğu işi, haklı ve geçerli bir neden olmaksızın kaybetmeme güvencesini sağlar. Aksi takdirde çalışma hakkının bir içeriği kalmaz. Bu anlamda çalışma hakkı, iş güvencesini de kapsayan bir içeriğe sahiptir.

c) İş güvencesi, çalışma hakkında mündemiç ise, bunu sağlayacak bir yasal düzenlemenin işverene getireceği yük, Anayasa’ya uygunluk denetiminde ancak bu yükü taşıyamayacak derecede zayıf işverenler açısından gözönünde tutulabilir. Bunlarsa iş ilişkisinde kişisel boyutun ve güven ortamının özel bir yoğunluk gösterdiği, **işverenin çoğu kez işçileriyle birlikte çalıştığı** küçük işletmelerdir. Almanya’da iş güvencesi, 10 işçiyi geçmeyen küçük işletmeler, iş güvencesi dışında tutulmuş ve Federal AYM bu sınırı anayasaya aykırı bulmamıştır. Ancak Mahkeme, bu kararında dahi “Feshe Karşı Koruma Yasası”nın uygulama alanı dışında bırakılan kişilerin sosyal devlet ilkesiyle bağlantılı olarak meslek seçme özgürlüğü, keyfilik yasağı gibi temel hakların sağladığı korumadan büsbütün yoksun bırakılamayacağını, bu tür anayasal hakların İş Mahkemeleri tarafından **objektif iyi niyet kuralı gibi özel hukukun “ilke – normları”na(Generalklausel) yansıtılarak** uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.

d) Avrupa ülkelerindeki uygulamada, iş güvencesi dışında tutulan küçük işletmelerdeki işçi sayısının genellikle 5 ile 15 arasında değişmesi, 30 işçi ölçüsünün demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerden sayılamayacağını da göstermektedir.

e) Bu açıklamalara göre, iş güvencesi kapsamı dışında bırakılacak işletme ve işçilerin ancak bir istisna kuralına konu olacak biçimde düzenlenmesi gerekir. Oysa İş Kanunu’nun 18. maddesiyle öngördüğü iş güvencesi, Türkiye’deki toplam işçi sayısının yarısına bile uygulanamayacaktır. Burada bir ölçülülük aramak abestir.

IV. 2010 Anayasa Değişikliklerinin Sendikal Haklar Alanındaki Yetersizliği

1) Toplu iş sözleşmesi hakkı açısından :

Daha önce Anayasa'nın 53/3. maddesinde işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerine çok dar bir kapsamda tanınmış olan "toplu görüşme" hakkının 2010 Anayasa değişikliği ile kaldırılmış olması olumlu bir gelişmedir. Ancak, onun yerine getirilen düzenleme, işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri için yeterli bir güvence genişliği sağlamış değildir. Bu değişiklik, memurlar ile diğer kamu görevlilerine, bir yandan toplu sözleşme yapma hakkını tanıırken, diğer yandan toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, uyuşmazlığın Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'na kesin olarak çözülmesini öngörmektedir. 2010 Anayasa Değişikliği, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun yasama ve yürütmeden bağımsızlığını sağlayacak anayasal bir güvence getirmemiş Hakem Kurulu'nun oluşumunu, çalışma usul ve esaslarını da yasa koyucunun takdirine bırakmıştır. Anayasa'ya göre, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları, kesin ve toplu sözleşme hükmündedir. Öte yandan 2010 Anayasa değişikliği, 53/3. maddede yer alan "**sendikalar ve üst kuruluşların, üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilecekleri**"ne ilişkin kuralı da kaldırmıştır. Bu kuraldan neden vazgeçildiğini anlamak mümkün değildir. **Hakem Kurulu kararının kesinliği, aslında idari işlem anlamında bir kesinliktir. Ancak uygulamada böyle yorumlanmadığı takdirde,** -ki yapılan değişiklik böyle bir yorumu özendirici niteliktedir-, **Hakem Kurulu kararı** fiilen kesinleşmiş bir yargı hükmüne dönüşebilir. Sendikanın temsil yetkisi yeniden Anayasa'ya konulmalı ve Hakem Kurulu kararına karşı yargı yolu mutlaka açık tutulmalıdır.

2) Grev Hakkı Açısından :

54. maddenin 7. fıkrasında yer alan grev yasaklarının kaldırılması, mantıki sonuçlarını da birlikte getirmesi koşuluyla reform sıfatını hak edebilir. Kaldırılan fıkra göre: "***Siyasî amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavt, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yapılamaz.***"

Bu yasakların Anayasa'dan çıkarılması isabetlidir. Ancak aynı yasaklar, daha bir süre Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda varlığını sürdürmüş bu yasağa aykırı eylemler için bir ile dört yıl arasında hapis cezası öngörülmüştür.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda bu yasaklara yer verilmemiş olmasıyla, bu alanın özgür kaldığını düşünmek büyük bir yanılğı olur. Çünkü yeni yasanın 58/2. maddesindeki tanıma göre de **kanuni grev**, "**Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan grev**" olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle, kanuni grev, "**Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâli**" ile sınırlıdır. Çünkü aynı maddenin 3. fıkrasına göre, "**Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır.**" Şu halde Anayasa'da ve yasada kaldırılmış gözükken grev yasaklarının alan içindeki eylemler, aynen eskisinde olduğu gibi, kanun dışı grevin yaptırımına tâbidir.

Bu vesileyle bir başka önemli bir noktanın altını çizmekte de yarar vardır: İçeriği ve kapsamı belirlenmeden Anayasa'ya ya da yasalara siyasal grev ve benzer yasakların konulması ya da bunlara kanun dışı grev tanımının içinde yer verilmesi son derece absürd sonuçlara da götürebilir. Örneğin "**siyasal grev**", **bazen özgürlükçü, çoğulcu demokrasinin korunması için, direnme hakkı kapsamında zorunlu bir eylem de olabilir.** 1920 Martı'nda Weimar Cumhuriyeti'nin seçimle iktidara gelen hükûmetine karşı General Kapp'ın başlattığı darbe girişiminin, işçi sınıfı tarafından yürütülen bir genel grev sonunda önlenebildiğini unutmamak gerekir. Aynı şekilde 1982 Anayasası döneminde de TÜRK-İŞ ve diğer işçi konfederasyonlarınca birkaç kez gerçekleştirilen bir günlük genel grevin, düşünce özgürlüğünün toplu bir ifade biçimi olarak değerlendirildiği ve işveren kesimi tarafından da greve katılanların bir günlük yevmiyelerinin kesilmesi dışında herhangi bir tazminat ya da cezai yaptırım talep edilmediği de gözönünde tutulmalıdır.

Şu halde grev hakkının, uluslararası standartlara uygun bir kapsamda güvence altına alınmasını sağlayacak düzenlemenin ana ilkeleri şöyle sıralanabilir.

- Grev hakkı da sendika ve toplu sözleşme haklarında olduğu gibi **tüm çalışanlar için** güvence altına alınmalıdır. Çalışanlar, 1961 Anayasası formülüne uygun olarak **işverenleriyle olan ilişkilerinde ekonomik ve sosyal durumlarını korumak ve geliştirmek amacıyla** grev hakkına sahip kılınmalıdır. Grev hakkını, salt “toplular iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması” haliyle sınırlı sayan bir güvenceyi ciddi bir anayasal güvence saymak mümkün değildir. Ülke genelinde ya da toplu iş sözleşmesinin uygulaması sırasında işçilere yönelik olarak ortaya çıkan kaba ve/veya toplu hak ihlalleri de grevin konusu olabilmelidir. Bu olanağın sınırı, sınırlama nedenlerine ve güvencelerine uygun olarak yasa tarafından çizilebileceğinden bu konuda yersiz endişelere kapılmaya da gerek yoktur.
- Ancak yasakoyucu, işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin grev hakkını ayrı bir kanun ile düzenleyebilir. Bu kanunda kamu hizmetinin özellikleri ve gerekleri göz önünde tutularak, anayasal hakkın kapsam, istisna ve sınırları, bu kesim içinde yer alan hizmet kategorilerinin niteliğine uygun bir biçimde belirlenebilir. Tabii bu düzenleme, hakkın bağlı olduğu amaca ulaşmayı zorlaştırmayacak ölçüde yapılmalıdır.
- Grev hakkının istisnaları ise, yalnızca, grev nedeniyle kesintiye uğratıldığı takdirde, **“halkın tümünün ya da önemli bir bölümünün yaşamını, sağlığını ve güvenliğini tehdit eden hizmetler”**le sınırlı tutulmalı; bu durumlarda dahi **hakkın özünü korumak üzere**, hizmeti bütünüyle sekteye uğratmayacak ölçüde uyarı grevleri olanağı açık tutulmalıdır.
- 1982 Anayasası’nda *“grevin yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri”*, herhangi bir nitelikli yasa kaydına bağlı olmaksızın yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır(AY m. 54/3). Grevin yasaklandığı veya ertelendiği durumlarda, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu’nca çözülmesi, Yüksek Hakem Kurulu kararlarının *“kesiri”* ve *“toplular iş sözleşmesi hükmünde”* olması, Anayasa’dan kaynaklanan ve grev hakkının içeriğini boşaltan bir düzenlemedir(AY m. 54). Bu kural, fiili uygulamada grev hakkının, Bakanlar Kurulu’nun izin ve icazeti olmadan kullanılamayacağı anlamına gelmektedir. Ayrıca

Anayasa’da işçilere sözde tanınmış bulunan grev hakkının, yasaklama ve erteleme rejimi bakımından, memurlara tanınan grevsiz toplu sözleşme hakkı ile önemli bir farkı yoktur.

- Bu tablo karşısında ülkemizde asıl olanın, grev hak ve özgürlüğü mü yoksa yasak ve erteleme mi olduğu ciddi bir soru işaretidir. Grev erteleme rejimi kesinlikle kaldırılmalıdır. Ama uyuşmazlığın hakem kurullarınca çözümünde ısrar edilecekse, en azından bu kurulların, tarafları eşit olarak temsil etmesi, bağımsız ve tarafsız olması, anayasal düzeyde sağlanmalıdır. Ama bundan da önce, özellikle grev ertelenmesini, çok önemli sınırlama nedenleriyle, kısacası gerçek bir sosyal gereksinimle sınırlı tutacak önlemler, istisnai bir olasılık olarak Anayasa düzeyinde belirlenmelidir. Ayrıca bu istisnai durumlar da yargı denetimine açık tutulmalıdır.
- Kısacası, grevi aşırı derecede zorlaştırıcı, amacına ulaşmasını önleyici, grev hakkının kullanılmasını caydırıcı prosedürler anayasal düzeyde önlenmelidir.

3) Sendikal haklara ilişkin yasal düzenlemelerin değerlendirilmesi bildirimizin sınırları dışındadır. Ayrıca sempozyum programında yer alan diğer konuşmalarda da işlenecektir. Burada yalnızca Anayasa hukuku açısından sorunlu bir konu üzerinde durmakla yetineceğiz.

Ülkemizde sendika özgürlüğü üzerindeki en büyük tehdit, işçinin sendikaya üye olması yada sendikal faaliyette bulunması nedeni ile işten çıkarılmasıdır. Yeni yasa bu durumda sendikal tazminat talebini, İş Kanunu’na göre iş güvencesine sahip işçilerle sınırlı tutmuştur(m. 25/5). Oysa eski yasada böyle bir sınırlama yer almış değildir. Sendika özgürlüğünün temel güvencesini, çalışma hakkı bakımından zaten sorunlu olan bir düzenlemeye tâbi kılmak, işçiler arasında makûl ve haklı bir nedene dayanmayan bir ayrıma yol açacaktır. Bu ayrım eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır. Sendikal hakların anahtarı niteliği taşıyan bir güvenceyi, yalnızca iş güvencesine sahip işçilere indirgemek, toplam işçi sayısının yarısını bu güvenceden yoksun bırakma anlamına gelir ki, böyle bir düzenleme, sendika özgürlüğü açısından Anayasa’nın 13. maddesi anlamında ölçsüz bir sınırlamadır. Ayrıca yıllarca uygulana gelen bir

güvencenin bir kalemde silinmesini, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Böylece konuşmamı tamamlıyorum. Sanırım süreyi de aşmadım. Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Ümran Sayış :

Evet hocam, gerçekten süreye çok dikkatli uydunuz. Çok teşekkür ediyorum, değerli açıklamalarınız için.

Şimdi sözü, "**Anayasa'nın ve Sendikal Yasaların Ulusalüstü Sözleşmelere Uyum(suzluğ)u**" konusunda konuşmak üzere, Hocam Gülmez'e bırakıyorum. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Mesut Gülmez :

Çok teşekkür ederim Sayın Başkan.

Hepinizi sevgiyle selamlıyorum.

Yüksek yargının değerli üyeleriyle toplantılarda çok fazla buluşma fırsatı bulamadığımdan, İzmir Barosu yönetimine özellikle teşekkür ediyorum, bu çağırısı için.

Konuşmamın başlığında geçen "ulusalüstü" kavramından yola çıkarak, ilk cümlelerimi kurmak istiyorum.

Neden "uluslararası" değil de "ulusalüstü" sözleşmeler?

Çünkü adını andığımız, tarihleriyle, sayılarıyla veya isimleriyle söz ettiğimiz sözleşmeler, aslında uluslararası sözleşmelerdir. Bölgesel ya da evrensel ölçekli uluslararası kuruluşların, içinde Türkiye'nin de "üye devlet" olarak bulunduğu uluslararası kuruluşların kabul ettiği sözleşmelerdir ve bu nedenle "uluslararası", "hükümetlerarası" antlaşmalardır, sözleşmelerdir kuşkusuz.

Ama bu sözleşmeler, üye olan devletlere yönelik bir takım yükümlülükler getiriyor. Onaylanarak iç hukuklarıyla bütünleştirilmesi bekleniyor. "Katılma" veya "onaylama" dediğimiz işlemlerle... Ayrıca, iç hukuk alanında etkisinin ve kurallar sıralamasındaki yerinin de düzenlenmesi gerekiyor.

Bu konuları, ilk kez 1961 Anayasası düzenledi. Bir maddesinde, iki cümlelik bir düzenleme yaptı. "Kanun hükmündedir." dedi, "usulüne göre

yürürlüğe konulan milletlerarası antlaşmalar” terimini kullanarak. Sonra da, ikinci cümlede, “Bunlar Anayasa Mahkemesi’ne götürülemez.”, dedi. Ama burada bıraktı. 1982 Anayasası’na kadar böyle geldi.

1982 Anayasası, bu iki cümleyi aynen yineledi. 61’in, uluslararası sözleşmelerin iç hukuk alanında etkisi ve değeri konusuyla ilgili olarak yaptığı bu iki cümlelik düzenlemeyi, 82 aynen aldı.

Sonra da, tam AB üyelik süreci içindeyken, bildiğiniz gibi 2004 yılında 90. maddenin son fıkrasına bir cümle daha eklendi; üçüncü cümle...

2004’e kadar, uluslararası hukuk uzmanları, Anayasa hukuku uzmanları, insan hakları uzmanları olarak, konuyu tartıştık.

Ben de “dışarıdan” bu tartışmalara katıldım. “Dışarıdan” dedim, çünkü ben iş hukukçusu muyum, sosyal politikacı mıyım, yönetim bilimci miyim? Ne olduğum belirsiz benim aslında! Çünkü birçok alanda, farklı disiplinler kapsamına giren konularda çalıştım. “Disiplinlerarası” olmaya, bakmaya çaba gösterdim konulara. Fazıl da başka yerlerden, alanlardan Anayasa’ya gitti. Ben, “yönetim bilimi”nden bir yerlere gittim.

Sonuç olarak, ben de katıldım tartışmalara. Çünkü aynı zamanda insan hakları, özellikle uluslararası korunması sistemleri alanında da çalışıyorum, uluslararası sosyal politika çalışıyorum, uluslararası çalışma hukuku çalışıyorum. Ve sosyal politika / iş hukuku konularına “insan hakları” açısından bakıyordum.

2004’te yapılan ekleme, aramızdaki tartışmaya son, büyük ölçüde son verdi. Bu eklemenin ne dediği biliniyor. Kararlarda da, çok sık olarak bu madde alıntılanıyor. Fıkra, “... esas alınır” diyerek noktayı koydu, üçüncü cümle! Ama artık daha önce olduğu gibi bütün usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar değil, yalnızca “temel hak ve hürriyetler”e ilişkin antlaşmalar için öngördü bu kuralı. Bir sınırlama getirdi.

Zaten ben de, 2004’den önce ne söylediysem, hepsi de insan hakları sözleşmeleri içindi.

Ben, insan hakları sözleşmeleri için 2004’ten önce de, “yasaların üstündedir” diyordum. Hatta “sadece yasaların üstünde değil, aynı zamanda Anayasa’nın da üstündedir!”, diyordum... Neden? Çünkü Anayasamız, “insan haklarına saygılı” ve daha sonra yapılan değişiklikle,

“insan haklarına dayalı” devlet ilkesini benimsemiştir. İnsan haklarına, Cumhuriyetin temel niteliklerinden biri konumunu kazandırmıştır. İnsan haklarına dayalı bir devlet, herhalde insan haklarına uymak, iç hukukunda onları düzenlemek ve gerçekleştirmekle yükümlüdür.

Dolayısıyla 2004 düzenlemesi, onaylanan sözleşmeleri “uluslararası”lıktan “ulusalüstü”lüğe çıkardı. Ama bunu, sadece sözleşmeler ile yasalar arasındaki çatışma için açıkça öngördü. 2004’te yapılan eklemenin pozitif metninde denildi ki; “Sözleşmelerle yasalar arasında bir uyumsuzluk, bir çelişki, bir çatışma varsa, yasayı bir tarafa bırakıp sözleşmeyi esas alacaksınız.”

“Esas alma”nın ne anlama geldiğini tartışan bazı meslektaşlarımız da oldu. Rona Aybay Hoca mesela. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nde bir yazısı vardır. Onun kafasında hala bazı kuşklar vardır. Ama artık öğretilde, esas almanın ne anlama geldiğini tartışan yok.

Daha önce “kanun hükmündedir” diyerek biten ikinci cümleyi bazı meslektaşlarım “kanun seviyesinde” anlamında yorumluyordu. Bu da yanlıştı bana göre! “Kanun hükmündedir” diyen bir hukuki tanımlamayı, siz “kanun seviyesindedir” diye anlayamaz, yorumlayamazsınız. O kuralın amacı, iç hukukla bütünleştiğini ve kanunlar gibi bağlayıcı olduğunu belirtmektir. Kimi bağlar? Yasamayı, yürütmeyi, idareyi, kamu yetkililerini, yargıyı, herkesi bağlar! Bu anlamı taşır “kanun hükmündedir.” “Kanun seviyesinde” demek değildir bu.

Onaylanan sözleşmeler ile kanunlar arasındaki çatışma sorununu çözen bir kuralmışçasına, “kanun seviyesindedir” biçiminde anlayanlar, ondan sonra da yorum ilkelerine başvuruyorlardı... “Ben ‘daha sonra’ kanun çıkarırsam, senin sözleşmeni bir tarafa iterim, onu uygulayım”, diyorlardı. “Özel” bir yasa çıkarırsam, senin “genel” nitelikli sözleşmeni yine bir tarafa bırakır, onu uygulayım”, diyorlardı...

Oysa bunlar yanlıştı kanımca! “Kanun hükmünde”, “kanun seviyesinde” biçiminde anlaşılamaz. Onun anlamı şudur: Sözleşme, önce yasamanın onaylamayı bir “uygun bulma kanunu” ile kabul etmesi, ardından da yürütmenin hem Cumhurbaşkanı hem Bakanlar Kurulu olarak, ortak kararla onaylaması ile iç hukuka girmektedir. “Kapıkule’den sınırlarımız içine girmektedir!” bu iki işlemle. Bir tanesi ile giremez! İkisinin gerçekleşmesi gerekir. İkincisi, birinciden önce yapılamaz.

Birincinin de, ikincisi yapılmamışsa, herhangi bir hukuksal değeri, sonucu yoktur! Onun için ben, bazı yargı kararlarında "onay kanunu", "uygun bulma kanunu" ile onaylanan sözleşme denilmesini bir türlü anlayamıyorum ve sürekli eleştiriyorum. "Onay kanunu" ile bağlayıcılık kazanmaz sözleşme! Anayasa'da böyle bir kavram da yoktur! "Onay kanunu", doğrusu "onaylamayı uygun bulma kanunu" ile değil, eğer her iki işlemi kapsamak üzere ve kısaltarak kullanmak gerekirse, sözleşmeler "onay" ile bağlayıcılık kazanır. İkinci işlemin kısa adı, onaydır, onaylamadır. Anayasa, bu yetkiyi Cumhurbaşkanı'na vermiştir. Ama, bir özel yasa -yanılmıyorsa 1963'te çıkarıldı- uyarınca, bu ikinci işlemi Cumhurbaşkanı artı Bakanlar Kurulu, birlikte gerçekleştirmektedir ülkemizde. Bu iki işlem gerçekleşince, "uluslararası" olan sözleşme, üçüncü cümleye göre artık "ulusalüstü" nitelik kazanır. Hiç olmazsa yasalara üstün tutularak, öncelik tanınarak uygulanması gereken bir iç hukuk kaynağına dönüşür. İç hukuka ithal edilmiş olur. Onun ayrılmaz bir parçası haline gelir. Buna uluslararası hukuk uzmanları "monist sistem" diyor. İkili sistem, dualist sistem değil, tekçi sistem. Yani, artık ayrısı gayrısı yok! Artık bizim oldu o! Onayladığınız zaman bizim oldu. Yasamamız da, yürütmemiz de, idaremiz de, yargımız da, kısacası hepsi uymak zorundadır. Çünkü her şeyden önce, "kanun hükmündedir." Ama çatışma varsa, kanunun da üstündedir.

Şimdi bu yükümlülüğün kapsamı nedir? Tabii, asıl bunu tartışmak gerekiyor. Buradan da, sendikal haklarla ilgili sözleşmelere geçeceğim.

Bu yükümlülük, sadece pozitif metni ile sınırlı değildir sözleşmelerin. Onaylanan sözleşmelerin pozitif metni ile sınırlı değildir. Yani sözleşme onaylanmış, Türkçe'ye çevrilmiş, Resmi Gazete'de yayınlanmış... Siz, Resmi Gazete'deki Türkçe metnini ele alacaksınız, okuyacaksınız ve kendinizce yorumlayarak kararlarınızda uygulayacaksınız! Hayır, bu değildir! Bundan ibaret değildir yükümlülük!

Zaten bana göre, Türkçe çevirilerin de bağlayıcılığı yoktur. Asıl olan, uygulanması gereken sözleşmelerin orijinal metinleridir. Ve onlar da, genellikle sözleşmelerin son maddelerinde belirtilir. Fransızca ve İngilizce orijinallerdir, aynı ölçüde geçerli olan metinler. Bazen onların arasında bile çelişkiler oluyor, biliyor musunuz? Çok anlam kaymaları yaratan, kapsamı daraltan, güvenceyi ortadan kaldıran veya sınırlamalar içeren çok farklılıklar olabiliyor İngilizce ve Fransızca orijinal metinler arasında...

Bunu, denetim organları çözüme bağlıyor. Sözleşmelerin oluşturduğu yetkili denetim organları, bu çelişkileri çözüme bağlıyor. Örneğin diyor ki, "ben bu konuda Fransızcasını değil, İngilizcesini temel alıyorum. Çünkü İngilizce orijinal, hakların, özgürlüklerin ve güvencelerin kapsamını daha geniş tutmuştur."

Bunun çok somut örneklerinden birine, biraz sonra değineceğim. Özellikle kamu görevlilerinin sendikal hakları konusunda... Biraz önce Fazıl Hoca'nın da değindiği, Anayasa'daki düzenleme bağlamında...

98 sayılı Sözleşme'yi 1951 yılında onayladık. Yayımlandığı-gösterdiğim, elimdeki- bu Resmi Gazete, bizim eski Resmi Gazetemiz! 1950'li yıllardaki... 98 sayılı Sözleşme'nin onaylanan metninin yayımlandığı Resmi Gazete... Cahit Talas Hocamız çevirdi Türkçeye bu sözleşmeyi. Onun sayesinde onaylandı 98. Cenevre'den doktorayı yaptı döndü... Çalışma Bakanlığı'na girdi, yöneticilerle konuştu, müsteşarla konuştu, ikna etti ve 98'i onaylatmayı başardı. Ama 87'yi onaylatamadı! 87'nin, 98'in ikizi olan ve sendika özgürlüğünü devlete karşı koruyan 87 sayılı sözleşmenin onaylanması ise, ta 1993 yılında gerçekleşebildi!

98 sayılı bu sözleşme, 1951 yılından beri Türkiye'yi "taraf devlet" olarak bağlıyor. Dikkat ederseniz, 1961 Anayasası'ndan önce onaylandı 98. Sözünü ettiğim iki işlem söz konusu değildi o tarihte. Sadece onay(tasdik) kanunu ile gerçekleşti bağlılığımız. 1961 Anayasası'ndan, özellikle 2004'teki eklemenden sonra, "ulusalüstü" nitelik kazandı.

İşte bu 98'in Türkçe çevirisini açıp okuduğunuz, maddelerinden birine baktığınız zaman, mesela "çalışanlar" demesi gerektiği halde "işçiler" dediğini görürsünüz. "İşçiler" deyince de, demek ki kamu görevlileri, memurlar bütünüyle bunun dışındadır diye düşünürsünüz. Acaba kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakkı ne olacak?

98, işverene karşı aynı zamanda sendikal nitelikli ayrımcı eylemlere karşı, işverenlerden gelebilecek karışma eylemlerine karşı sendika özgürlüğünü korumayı amaçlayan bir sözleşmedir. Onun için 87'nin ayrılmaz bir parçasıdır, ikizidir 98 sayılı Sözleşme.

Ama 98, bir maddesinde diyor ki, bu sözleşme devlet memurlarıyla alakalı değildir.

Hadi buyurun bakalım! Acaba devlet memurlarının tümü mü, yoksa bir bölümü mü kapsam dışında tutulmak isteniyor?

İşte bu noktada, 98'in İngilizce ve Fransızca orijinaleri arasında bir çelişki olduğunu, farklı düzenleme yapıldığını, kapsam konusunda farklı tanımlamalar yapıldığını, bu sözleşmeleri yorumlamaya yetkili denetim organları fark etti. Dediler ki, 98'in İngilizcesi daha geniş bir kamu görevlileri grubunu kapsayan, bütün memurları kapsamı dışında bırakmayan bir dille kaleme alınmıştır. Dolayısıyla da, geçerli olan odur, İngilizce orijinaldir. Çünkü 151 sayılı Sözleşme, daha 1. maddesinde, haklar / güvenceler yönünden daha elverişli olan sözleşmelerin uygulanmasını öngörür.

Dolayısıyla burada ne söylemek istiyorum? Yani herhangi bir sözleşmenin yalnızca pozitif metnini ve üstelik Türkçe çevirisini temel aldığınız zaman, doğru sonuçlara gitme, sözleşmeye uygun yorum yapma ve karar verme şansınız olmayabilir. Bu hataya çok düşüyoruz biz ne yazık ki!

İş Hukuku öğretimiz de, ne yazık ki bu hataya çok düşüyor! "Onay kanunu" diyor! Ben yargıyı eleştiriyorum ama, bunun temelinde iş hukuku öğretisi var. 50-60 yıllık iş hukuku kitaplarının tümünü inceledim. Bülent Nuri Esen'den, Samet Ağaoğlu'nun kitaplarından günümüze kadar hepsini... Acaba uluslararası sözleşmelerle, onaylamanın iç hukuk üzerindeki etkisiyle ilgili olarak neler söylediklerini inceledim. Gördüm ki hep "onay kanunu" diyor ve onay işleminin uygun bulma yasasıyla gerçekleştiğini belirtiyor meslektaşlarım! Yanlış! Onay kanunuyla usulüne göre yürürlüğe girmiş sayılmaz sözleşmeler!

Şimdilerde, yeni baskılara bakıyorum... Hatalar yine aynen devam edip gidiyor! Öğrenciler de yanlış öğrenmeye devam ediyor bu konuyu. Oysa çok basit!

Efendim, neden onay kanunu diyorsunuz? Sadece "onaylanan sözleşme" demeniz yeter oysa!

Artık "ulusalüstüleştii" onaylanan sözleşmeler! 2004'te, "esas alınır" dedi Anayasa. "Esas almak", ne demek? Yargının, yargıçların sözleşmeyi kendiliğinden, onaylanan sözleşmeler ile yasalar arasında bir uyumsuzluk gördüğü zaman, çatışma gördüğü zaman, kendiliğinden sözleşmeyi göz önüne alıp doğrudan uygulaması demektir. O sözleşmede yapılan

düzenlemenin iç hukuk alanına özel yasal düzenlemeler yapılarak taşınmış olup olmadığını araştırmasına, sözleşmenin uygulanmasını buna bağlamasına gerek yoktur. Onu beklemesi gerekmez. Kendiliğinden denetim organlarının kararlarını / içtihatlarını da göz önüne alarak, önündeki uyuşmazlığı sözleşmeye göre çözmesi bir anayasal buyruktur.

Şimdi belki siz, "Bunu Mesut Gülmez söylüyor, başka söyleyen, savunan yok bu görüşleri.", diye düşünebilirsiniz. Var aslında!

Hükümet; Birleşmiş Milletler, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2003'te onaylanmasından sonra, çok gecikmeli olarak gönderdiği ilk raporda, ilk ayrıntılı raporda, bu kuralı yorumladı. 2004'te yapılan düzenlemenin, iç hukukta doğrudan ve kendiliğinden etkisi bulunduğunu, uygulanabilir olduğunu Birleşmiş Milletler'e yazdı. Bu paragrafı aynen okumak istiyorum:

"Onay süreci tamamlandığında uluslararası antlaşmalar iç hukukun parçası olur. Ve iç hukukta uygulanabilir. Sözleşme'nin, yani Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin "iç hukuk üzerinde doğrudan etkisi vardır."

Ben söylemiyorum bunu, hükümet söylüyor! Ve devam ediyor:

"Ve kuralları ulusal mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilir."

Şimdi bu BM sözleşmesinin -ki sosyal haklarla ilgili bir insan hakları sözleşmesidir bu-, yargı yerleri önünde doğrudan ileri sürülebilirliğini hükümet söylüyor!

Benim dilimde tüy bitti bunu anlatmak için!

"Dava edilebilir sosyal haklar", diyorum. Bu konuyu inceleyen, işleyen, savunan Uluslararası İnsan Hakları Hukuku alanında son 30 yılda çok önemli gelişmeler oldu. Hem öğreti hem pozitif hukuk alanında...

Hükümet de raporuna yazmış: "Mahkemeler önünde ileri sürülebilir.". Üstelik usulüne göre yürürlüğe konulan temel haklar ve temel özgürlükler alanında, uluslararası antlaşmalar ile bir ulusal yasa arasında aynı soruna ilişkin farklı düzenlemeden doğan uyuşmazlık çıkması durumunda uluslararası antlaşmaların kuralları üstün tutulur. Yani hükümet raporunda, bizim Anayasa'daki "esas alınır"ın anlamı belirtilmek isteniyor.

Şimdi hükümet, dışarıya karşı bunu söyledi, yazdı... Ama uygulama bunun tam tersi!

Ne yazık ki Ocak ayının sonlarında İstanbul'da katıldığım bir toplantıda, Çalışma Bakanlığı'ndan gelen üst düzey bir yetkilinin konuşmasında, 4688 sayılı Yasa ile ilgili olarak buna tanık oldum...

Polisler, uzun süreden beri sümen altında tuttıkları, bir türlü gün ışığına çıkaramadıkları sendikalarını kurma hatasında(!) bulundular.

"Biz" dedi üst düzey yetkili, "bütün kurulan sendikaları web sayfasında duyuruyoruz." Ben de dedim ki, "Emniyet-Sen'i de duyurdunuz mu?" Ve sordum: "Neden uluslararası sözleşmeleri temel almıyorsunuz da sadece bu "yasayı temel alıyorsunuz?" Verdiği yanıt şöyleydi: "Alamayız, çünkü hakkımızda soruşturma açılır!"

Şimdi, bu bir "Anayasa kuralı!". Ben, Anayasa kuralından söz ediyorum. Artık Anayasamıza göre hukuk düzenimiz, sadece iç hukuk kurallarından oluşmuyor. Anayasa, insan hakları alanında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeleri, iki koşul yerine getirildiğinde ulusal hukukumuzun yasalara üstün bir parçasına dönüştürdü... Bunları doğrudan göz önüne almak zorundayız.

Yargı, 138. maddeye göre, hukuka uygun hüküm vermekle yükümlüdür. Öyle der Anayasa. Peki, oradaki "hukuk" sade iç hukuk mu? Hayır! Onu sadece iç hukuk olarak anlayamayız. Sadece Anayasa ve yasalar değil, madde 90/son fıkranın koşullarını yerine getiren insan hakları sözleşmeleri de iç hukukun parçası olmuştur, "hukuk" terimi kapsamındadır. Bu sözleşmeler, sadece pozitif metinleriyle değil, aynı zamanda yetkili denetim organlarının kararları da göz önüne alınarak uygulanmak zorundadır.

Yargının bunu uygulayan ve uygulamayan, farklı / çelişkili yaklaşımlar izleyen kararları var. Bunların ayrıntısına girmiyorum.

Yargı-Sen'in kapatılması kararı, bunun en tipik olumsuz örneklerinden biri. Ama bir başka olumlu örnek de var: Şubat 2013'te alınmış yeni bir karar. Onayladığımız iki uluslararası sözleşmenin doğrudan doğruya ve kendiliğinden Yargıtay tarafından uygulandığı bir karar... Bu çelişkinin, sanırım öncelikle yüksek yargı içinde giderilmesinde yarar var.

Kendi konuma odaklanırsam, Şu soruya yanıt vermem gerekecek: Sendikal haklar ve özgürlüklerle ilgili olarak hangi ulusalüstü dayanaklar var?

Sendika özgürlüğü, 1919'da ILO'nun kurulması ile birlikte uluslararasılaştı. ILO Anayasa'nın başlangıcına, soyut bir "ilke" olarak yazıldı 1919'da.

Sosyal haklar, insan hakları alanında, "uluslararasılaşma"yı başlatan ikinci kuşak haklardır. Bu, genellikle uluslararası insan hakları öğretisinde gözden kaçırılan bir noktadır. Hep birinci kuşak kişi hakları ve siyasal haklar; ikinci kuşak ekonomik, sosyal ve kültürel haklar diye sayar gideriz... Ve uluslararasılaşmanın, ILO'nun kuruluşuyla sosyal haklardan başladığını göz ardı ederiz.

Ne var ki ILO, bu soyut ilkeyi somut içerikli sözleşmelere bağlayamadı. Çünkü Fazıl Hoca'nın söz ettiğı totaliter rejimler, Almanya'da ve İtalya'da cirit atıyordu! Kara Avrupası'nın dışında da, bir başka totaliter rejim vardı...

Bu durum, demokrasi ile sendikal hakların birbirine ne kadar bağlı olduğunu ortaya koydu. Onlar karşı çıktıkları için, sendika özgürlüğü konusunda sözleşmeye ulaşamadı. Bütün girişimler sonuçsuz kaldı... Ancak 2. Dünya Savaşı sonrasında ki, 1948 ve 1949 yıllarında 87 ve 98 sayılı olarak bildiğimiz, sendika özgürlüğünü, hem devlete hem de işverenlere karşı koruyan sözleşmeler kabul edilebildi.

Bu iki sözleşme, sendika özgürlüğünü bireysel ve toplu düzeylerde korumasının yanı sıra, aynı zamanda gönüllü ve özgür toplu pazarlığı da güvenceye almak üzere birbiri ardı sıra kabul edildi. Bu iki sözleşmenin hemen ardından da, klasik denetim yönteminin yeterli olmaması, ancak onay koşuluyla ve çok yavaş işlemesi nedeniyle özel bir denetim sistemi kuruldu.

Sendika Özgürlüğü Komitesi(SÖK) adıyla yeni ve sözleşmelerin onaylanması koşuluna bağlı olmayan üçlü yapıda özel bir organ oluşturuldu. SÖK ve kararlarıyla birlikte, gerek anayasal kurucu ilke sendika özgürlüğünün, gerekse 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler'de yazılı olan sendikal hak ve özgürlüklere ilişkin kuralların ne anlama geldiğı ortaya konmaya başlandı.

Tabii, onaylanan sözleşmelere ilişkin hükümet raporları temelinde hukuka uygunluk denetimi yapan Uzmanlar Komisyonu da, buna çok önemli katkılarda bulundu.

“Ulusalüstü dayanaklar” dediğimizde, sendikal haklar alanında 1961 Anayasası ile 1963 yasaları döneminde ve hatta 1982 Anayasası ve 1983 yasaları döneminde, 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler vardı. Ancak 87 sayılı Sözleşme, onaylandığı 1993 yılına değin, Türkiye’yi “üye devlet” olarak bağlıyordu.

Dayanaklar arasında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi(İHAS) de vardı. İHAS’ta, sadece sendika hakkı var, başka bir şey yok! Birinci kuşak hak olarak, İHAS’ta tanınan örgütlenme / dernek hak ve özgürlüğünün bir uzantısı olarak, böyle bir yaklaşımla düzenlenen bir sendika hakkı var. 1993’e değin, sendikal haklar alanında 98 ve İHAS dışında bir başka ulusalüstü dayanak yoktu.

Bu dayanaklara, 1993’te onaylanan 87 ve 151 sayılı Sözleşmeler de eklendi. 2003’te de, Birleşmiş Milletler’in “İkiz Sözleşmeleri” onaylandı bildiğiniz gibi.

Bu arada, 1989’da, Avrupa Sosyal Şartı’nın 1961 tarihli eski / ilk versiyonu, 2007’de ise 1996 tarihli gözden geçirilmiş, toplam 31 sosyal hakkı güvenceye alan yeni versiyonu onaylandı. Fakat Sosyal Şart’ın sendikal haklara ilişkin 5. ve 6. maddelerine çekince kondu. Örgütlenme / sendika hak ve özgürlüğü ile toplu pazarlık ve toplu eylemleri de kapsayan grev hakkını güvenceye alan maddeleri, onay kapsamı dışında tutuldu. Kanımca, anlamsız bir şekilde çekince kondu ve sürdürülüyor.

Bugün, günlerden cuma yanılmıyorsam... Bu hafta başında, pazartesi günü Avrupa Konseyi’nden, Sosyal Haklar Avrupa Komitesi’nden iki üye, başkanı ve yanında Komite’nin sekreteri ve bizim oradaki üyemiz Prof. Rüçhan Işık’ın katıldığı, 5. ve 6. maddelere konulan çekincelerin kaldırılması ile ilgili olarak bir toplantı yapıldı. Bunu nereden biliyorum? Avrupa Konseyi’nin web sayfasından öğrendim. Yani aldığım duyumlardan, özel bilgilerden değil! Web sayfasında toplantının programı da var. Ama sonucu ne oldu, bilmiyorum.

Kaldırılması gerekir bu çekincelerin! Zaten kaldırılmasa da bazı karar ve raporlarda sanki çekince konulmamış gibi doğrudan göz önüne alınıyor. Örneğin; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu yaklaşımı

benimsiyor. Türkiye ile ilgili kararlarda, özellikle Demir-Baykara kararında, Türkiye'nin çekince koymuş olmasına hiç bakmaksızın, göz önüne almaksızın "Avrupa'nın standartları budur.", dedi; "Avrupa hukukunun önemli bir parçasıdır bu.", dedi. "Sendikal hakların çerçevesi bununla çizilir.", dedi ve "Buna aykırıdır sizin yaptığınız işlemler ve düzenlemeler." dedi. Kararında ayrıntılı olarak yazdı.

Dolayısıyla sadece bu saydığım sözleşmeleri ve maddelerini değil, denetim organlarının kararlarını bilmemiz, onları da göz önüne almamız gerekir. Onayladığımız sözleşmelerden herhangi birinin pozitif metninde geçen bir ilkenin veya bir kavramın nasıl yorumlandığını, ancak bu kararlarda bulabiliriz.

Gerek sözleşmeler gerekse denetim organlarının kararları, "asgari" standarttır, alt eşittir. Ama siz -yasama ve / veya yargı olarak- daha ileri haklar, özgürlükler ve güvenceler sağlamak istiyorsanız, ulusalüstü de olsa bu sözleşmeleri bir yana bırakabilir, daha ileri güvenceler içeren düzenleme yapabilir, kararlar verebilirsiniz. Ama altına inemezsiniz!

Sendikal haklar alanında uyum ya da uyumsuzluk sorununun kaynağı nedir?

Tek tek Anayasa ve yasalardaki aykırı kuralları saymak yerine, önce aykırılıkların nereden kaynaklandığını, bütün uyumsuz kuralların temelinde yatan yaklaşımın ne olduğunu saptamak gerekiyor.

Kanımca, aykırılıkların temelinde şu sorun yatar: Bu sözleşmeler ve denetim organlarının kararları, "**özgür irade**"ye öncelik tanır. Bireyler olarak ve o bireylerin kurduğu sendikalar olarak, "özgür irade"nin öncelik ve üstünlüğü vardır. Sendika hakkının bireysel ve toplu yönleriyle kullanılmasında, sendikalar kurulmasında ve üye olmada, sendikanın tüzel kişi olarak faaliyetlerini düzenlemesinde, tüzüğünü yapmasında, eylem ve etkinliklerini kararlaştırmasında "özgür irade" önce gelir. Yine, toplu sözleşme hakkı bağlamında, toplu sözleşme taraflarının kimler olacağının belirlenmesinde, hangi konuları konuşacaklarının saptanmasında, toplu sözleşmenin düzeyinin belirlenmesinde, ilke "özgür irade"nin üstünlüğüdür. Uluslararası sendikal haklar ortak hukukunun temelinde, özgür irade vardır. Sendika özgürlüğü, özerklik, bağımsızlık, gönüllülük diye bildiğimiz sendikal haklar uluslararası hukukuyla ilgili temel ilkelerin kaynağında özgür irade vardır.

Biz bu özgür iradeye güvenmiyoruz! Anayasa koyucu olarak güvenmiyoruz, yasa koyucu olarak güvenmiyoruz! Yasa koyucu, kendi iradesini bireylerin ve örgütlerin özgür iradesinin önüne geçiriyor, güya korumak için. Güya "güçlü sendikacılık" oluşturmak için. Kimi zaman, "sosyal taraflar anlaşamadı", diyor. Kimi zaman da, "Anayasa'da değişiklik yapmak gerekir", diyor... Arkasına iş hukuku öğretisini de alıyor! Sonra da, "İşyeri temeline dayalı sendika kurulamaz, meslek temeline dayalı sendika kurulamaz." diyerek, başlıyor zincirleme yasakları sıralamaya! "Sadece işkolu sendikası kurabilirsin.", diyor! Alt düzeyde başka bir örgütlenmeye izin vermiyor. Üst düzeyde de "sadece konfederasyon kurabilirsin." diyor!

Buradan başlayan özgür iradeye karışma devam ediyor ve diğer sendikal haklara da metastaz yaptırılıyor. Bir habis mikrop, sendikal hakların tümüne sıçırıyor ve ondan sonra "özgürlük" diye bildiğiniz şey, aslında "kümülatif özgürlüksüzlük" haline dönüşüyor!

Bugün yapılan değişikliklerle birlikte yürürlükte olan 4688 ve 6356 sayılı Yasalarımız işte budur! Kümülatif özgürlüksüzlüğü, yığılmacı özgürlüksüzlüğü güvenceye alan, sendika kurmadan başlayıp grev ve toplu eylemlere kadar sirayet ettirilerek sürdürülen bir özgürlüksüzlük rejimini düzenler bu yasalar...

Sendika kurma konusunda, 1982 Anayasası bile, benim "**TİSK Anayasası'**" dediğim, "**12 Eylül + 24 Ocak Anayasası'**" dediğim 1982 Anayasası bile daha özgürlükçüdür! Çünkü alt düzeyde ve üst düzeyde sendikalar ve üst kuruluşlar diyerek "sendika çokluğunu" anayasal güvenceye almıştır.

Ama yasa koyucu, bu özgürlüğü 1983'te kısıtlamıştır ve hala kısıtlamaya devam ediyor. 6356'dan çıkarıldı, ama 4688'de duruyor!

Ben, memur sendikacılığının kuruluş öncesinden beri içinde olan biriyim. Memurlar kendi özgür iradeleriyle, işyeri temelinde, meslek temelinde örgütlenmediler. Hizmet kolu temelinde, daha genel düzeyde, sanayi düzeyinde örgütlendiler. Vardı 3-5 tane, parmakla sayılacak kadar az işyeri sendikası... Ama büyük bir çoğunluk, hizmet kolu temeline dayalı sendikalar kurmuştu.

Ne var ki yasa koyucu, 2001'de yasakları sıraladı! 2012'de de, işyeri ve meslek temeline dayalı sendika yasağını kaldırmadı.

Konfederasyon kurarken, niye "En az 5 farklı işkolundan sendika bir araya gelsin.", diyorsunuz? Bu mu sendika özgürlüğü? Sendika özgürlüğü ile bağdaşır mı bu? 3'ü de kursun, 5'i de kursun, 15'i de! Kuracak mı acaba? Yani kuracakmış gibi düşündüğümüz için, "özgür irade"ye karışıyoruz. Özgür iradeye güvensizlik duyuyoruz.

1961'e de değinecektim... 1961'in 83 kelime ile düzenlediği sendikal haklar konusunun ulusalüstü sözleşmeler açısından değerlendirmesini yapacaktım... Ama süremi aşmamak için, bağlamak için vazgeçiyorum!

Fazıl, 1982 Anayasası'dan büyük ölçüde söz etti, aykırı kurallarına değindi...

12 Eylül ruhunun sindiği maddelerin çok önemli bölümleri sosyal ve sendikal haklar alanında, özellikle sendikal haklar alanında toplanmıştır, oraya sinmiştir. Bunlardan bazıları ayıklandı, Fazıl değindi. Siyasi amaçlı grev, genel grev, işyeri işgali, direniş vb çıkarıldı Anayasa'dan. Bunlara "bonbon" dedim, "referandum bonbonu" diye yazdım...

6356 sayılı Yasaya da konulmadı. Konulmadı ama, yasanın 58. maddesinin gerekçesini okumanızı öneririm.

Anayasa'ya, "toplu iş sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde" diye yazarsanız ve yasada da bunu tekrarlıyorsanız, isterseniz siyasal grev yasağını çıkarın, genel grev yasağını çıkarın, bir anlamı, sonucu olmaz. Çünkü Türkiye'de grev ve toplu eylem haklarına getirilen en büyük sınırlama sadece öznelerle ilgili değildir, Anayasa'nın "işçiler" demiş olması değildir. "Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında" kısıtlamasının getirilmiş olmasıdır. 12 Eylül ruhu budur, buradadır. Bunun çıkarılması lazım.

Yeni Anayasa'da bunu çıkaracaklarını zannediyor musunuz? Hayır! Ben zannetmiyorum.

İşçi sendikalarımız yanlış yorumluyorlar bu kuralları! En büyük konfederasyonumuz yanlış yorumluyor! "Hak grevi yasağı var.", diyor hala! Fazıl'ın, bunu ta 1985'te söylemiş olmasına rağmen, hala TBMM Anayasa Komisyonu'na gönderdikleri önerilerde "Hak grevi yasağı var, bunu kaldırın.", diyor. Ölür müsün, öldürür müsün derler! Ben kendi adıma söylüyorum bunu. Maalesef çok üzülüyorum. Üzüldüğüm için söylüyorum.

6356'nın 58. maddesinin gerekçesini açıp okursanız, şunu söylediğini görürsünüz: "Bunlar Anayasa'dan çıkarıldı, biz de yasaya koymadık ama, sakın ola ki hukuka uygun hale geldiğini sanmayın! Bunlar hala hukuka aykırıdır, hukuk dışı eylemlerdir!" Uzun uzun yazıyor. Uyarıda bulunuyor: "Ey işçiler! Sakın böyle şeylere başvurmayın, bu eylemler yasadışıdır!", diyerek uyarıda bulunuyor!

4688 sayılı Yasa'dan ve özellikle Uzmanlar Komisyonu'nun, ILO'nun onaylanan sözleşmelerin uygulanmasını denetleyen yetkili organı Uzmanlar Komisyonu'nun 2013 raporundaki saptamalarından, gözlemlerinden birkaçına değinerek konuşmamı bitireceğim. Öğleden sonra zaten 6356'ya, sevgili Gülsevil Hoca değinecek.

Ben bir yasayı incelediğim zaman, aykırılıkları daha tanımlar maddesinden itibaren saptamaya başlıyorum! Daha tanımlardan başlıyor aykırılıklar. Ama bunları göremiyor tabii ki denetim organları... Çünkü neyi şikâyet ederseniz, neyin aykırı olduğunu ileri sürerseniz, onları inceliyor ve onların sözleşmelere uygunluğunu değerlendiriyor, denetimini onlarla sınırlı tutuyor.

Örneğin, toplu sözleşme görüşmelerinin süresini 15 günle sınırlıyor. Niye sınırlıyorsun? Niye tarafların özgür iradesine müdahale ediyorsun? Kendileri belirlesinler süreyi! Öbür tarafta da, 60 günle sınırlıyor. Aykırı bunlar, aykırı!

Sendika kurma yasakları var biliyorsunuz... Yargıçlara sendika yasağı, yargı mensuplarına sendika yasağı var. Milli savunmada çalışan sivil personele sendika yasağı var. Hapishanelerde çalışan gardiyanlara sendika yasağı var! Bunlar aykırı, diyor ILO.

Sadece sendika yasağı olarak da görmüyor aykırılığı Uzmanlar Komisyonu. Ve yıllardan beri tekrarlıyor bunu, yasanın kabul edildiği tarihten beri tekrarlıyor! 2013 raporu elimdeki; 2013 martında yayımlanmış bir rapor.

Aynı zamanda, bunlar toplu pazarlık masasında da kendi temsilcileri ile yer alamıyorlar, diyor. "Toplu sözleşme hakkını tanıdınız; iyi, güzel! Bir iyileştirmedir bu, memnun oldum bundan.", diyor! Ama "Sendika hakkına yasak getirdiğin kişiler haklarını toplu sözleşme masasında temsilcileri ile koruyamıyor." diyor.

Ondan sonra da, "Barışçı süreç olarak uzlaştırma süreci kurmuştun daha önce... Şimdi de Kamu Görevlileri Hakem Kurulu oluşturdu... Oluşturdun ama, ben yasaya bakıyorum, bununla ilgili düzenlemelerde greve ilişkin herhangi bir kural göremiyorum", diyerek sürdürüyor. Ve, "Grev neresinde bunun? Hani nerede grev hakkı?", diye bitiriyor.

Şimdi ILO'nun, BM'nin ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kamu görevlilerinin toplu eylem ve grev haklarıyla ilgili olarak yerleşiklik kazanmış, istikrar bulmuş bir yaklaşımı, bunu yansıtan içtihatları vardır.

Grev hakkını tüm kamu görevlilerine yasaklayamazsınız. Herkesi kamu görevlisi olarak tanımlayıp sendikal hakların, toplu pazarlık hakkının, toplu sözleşmeli toplu pazarlık hakkının ve özellikle toplu eylem ve grev haklarının kapsamı dışında tutamazsınız. Peki! Kimlere yönelik yasak getirebilirsiniz? Sadece "temel hizmetler" diye tanımladığı kamu hizmetleri için grev yasağı getirilebilir. Eğer bir hizmet durduğu zaman halkın tümünün veya bir bölümünün yaşamı için, sağlığı için, güvenliği için tehdit oluşturuyor ise, bu hizmetlerde grev kısıtlaması ve hatta yasağı getirebilirsiniz. Ancak bu tanıma uygun kısıtlamalar sözleşmelere uygundur.

İkinci olarak, eğer kamu görevlisi diye tanımladığınız kişiler, dar anlamda "devlet yönetiminde görevli olan kişiler" ise, bunlar için de grev yasağı getirilebilir. Denetim organları, bazı rapor ve kararlarında da "devlet adına otorite işlevleri yerine getiren kamu görevlileri" diyor. Bunu da biraz önce sözünü ettiğim 98 sayılı sözleşmenin İngilizce orijinalinden yola çıkarak söylüyor. Onlara "kısıtlamalar veya yasak getirebilirsiniz", diyor. Yani hemen yasaklayın demiyor; "kısıtlamalar hatta yasak getirebilirsiniz", diyor.

Oysa Anayasa, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu demiş ve kapatmış! Yasa, zaten Bakanlar Kurulu'nun gölgesi niteliği taşıyan, gölge Bakanlar Kurulu niteliği taşıyan bir Kamu Görevlileri Hakem Kurulu oluşturmuş! Bu yaklaşımla da, Çalışma Bakanlığı'nın yayımladığı bir kitabın sunuş kısmında, "Serbest toplu pazarlığı getirdik." diyor, diyebiliyor!

Evet, buna inananlar olabilir! Ama ben inanamıyorum!

Bu konuya, belki sorularla devam ederiz...

Burada bitiriyorum. Teşekkürler!

Ümran Sayış :

Sayın Gülmez ulusalüstü sözleşmelere uyumsuzlukla ilgili Anayasa ve sendikal yasaların sorunlarını sizlere açıkladı. Kendilerine bu açıklamalarından dolayı teşekkür ediyorum. Sizlerden sorular geldi. Öncelikle soruyu konuşma sırasına göre Sağlam Hocamın cevaplamaı için bırakıyorum, buyurun.

Prof. Dr. Fazıl Sağlam :

Tabii oldukça fazla soru geldi. Bazılarını henüz okuyamadım ama sırayla, hepsine birden cevap vermek zor olabilir. Şimdi ilk gelenden başlayalım.

Soru :

Anayasa'nın 10. maddesi ve Kadına Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ışığında, şiddet ve can güvenliği olmadığı gerekçesiyle boşanma davası açan ve bu nedenle işinden ayrılmak, başka bir şehre gitmek zarureti nedeniyle zorunda kalan kadınların iş sözleşmesi feshinde kıdem tazminatı talep edebilmeleri sizce mümkün müdür, bu bağlamda İş Kanunu madde 24'te nasıl bir değişiklik olmalıdır?

Prof. Dr. Fazıl Sağlam :

E tabii, şimdi ben iş hukuku doktorası yaptım ama yavaş yavaş Anayasa Hukuku'na kaydım. Verebileceğim cevaplar da hep bu çerçevede olursa arkadaşlar başılasınlar. Şimdi burada benim aklıma gelen şey, biraz önce konuşmamda iş güvencesinin uygulanmama imkanının tanındığı o sınırlı sayıda işçi barındıran işletmeler bakımından, Alman Anayasa Mahkemesi'nin söylediğı şeyi göz önüne getirmek istiyorum. Şimdi orada hatırlarsanız şöyle diyor; Anayasa Mahkemesi, evet iş güvencesi bunun yok, ama bu büsbütün haklardan yoksun bırakılamaz, Anayasa şikayeti söz konusu olduğunda dürüstlük kuralı temel alınarak, temel hak ve özgürlük oraya yansıtılmalı. Yani dürüstlük kuralını öyle yorumlayacaksınız ki, temel hak ve özgürlüğün etkililiğini ayakta tutacak bir şekilde yorumlayacaksınız. Şimdi bunu Alman Anayasa Mahkemesi çok yoğun bir şekilde yapıyor. Burada, mesela bu soruyla ilgili olarak benim ilk aklıma gelen o oldu, yani burada kıdem tazminatına imkan yaratacak bir ilişkinin doğması bana sanki çalışma hakkının sonucu bakımından

dürüstlük kuralının gereği gibi görünüyor. Ama iş ilişkisi bakımından haklı feshe girer mi? O konuda hem yanıltmayayım sizi, kendim de yanlış söylemeyeyim. Ama benim kanaatimce iş mahkemesinde tutmaz böyle bir gerekçe ama Anayasa Mahkemesi'nde tutabilir, o söylediğim gerekçe ile.

Soru

:

İşe iade davasını kaybeden bir işçi "çalışma hakkı özgürlüğü ihlal edildi" gerekçesiyle Anayasa şikayetine başvurabilir mi?

Prof. Dr. Fazıl Sağlam :

Burada, Anayasa'da yer alan formülün günahı bana ve rahmetli Yavuz Sabuncu'ya aittir. Şimdi biz diyoruz ki; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki hak ve özgürlükler... Yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alıp da karşılığı bizim Anayasamızda da olan hak ve özgürlükler, Anayasa şikayeti konusu olabilecek. Şimdi bu formülü koyarken hesap edemediğimiz bir sürü şey çıktı. Türk Anayasası'nda var, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yok. Ama bizim kastımız o değildi, bizim kastımız sadece devletin olumlu bir edimiyle ancak gerçekleşmesi mümkün olan hak ve özgürlükleri klasik hak ve özgürlüklerine ayırmaktı. Amaç sadece buydu. Çünkü hakikaten devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde ancak yerine getirebileceği, yerine getirilmesiyle elde edilecek bir hak ve özgürlük Anayasa şikayetinin konusu yapmak son derece güç. Almanya'da da İspanya'da da böyle değil. Hep klasik haklar söz konusu. Ama keşke tek tek saysaymışız hak ve özgürlükleri. Şimdi çalışma hakkı buraya girer mi? Çalışma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde var mı Mesut Hoca ne dersin?

Prof. Dr. Mesut Gülmez :

Çok zor...

Prof. Dr. Fazıl Sağlam :

İşte yani böyle günahlar işliyoruz biz, farkında olmadan. Şimdi ben çok pişmanım bunu yaptığımıza ama, şöyle avunuyorum: Türkiye Barolar Birliği bir komisyon kurdu, o komisyonun başkanlığını bana verdiler ve bu Anayasa şikayeti konusu, daha çok önceden, 2007 yılında oldu bu olay, orada bizim verdiğimiz karar, bu formül kafa karıştırıyor, bu formül yerine tek tek hakları sayalım şeklinde formüle etmiştik o zaman. Onunla avunuyorum, doğruyu bulmuşuz sonunda, ama ne yazık ki, 2007 Türkiye

hakiminin iş yaşamı bakımından aydınlatıcı bir yapının ortaya çıkması çok daha iyi işleyen bir yoldur ve Avrupa’da bu gayet iyi işlemektedir.

Soru :

Sendikal güvenceden sadece iş güvencesindeki işçilerin yararlanabilmesini nasıl değerlendiriyorsunuz ?

Prof. Dr. Fazıl Sağlam :

Tabii benim söylediğim de o. Sendika güvencesini sadece iş güvencesine sahip işçilerle sınırladığınız zaman zaten daha önce mevcut olan bir hakkı ortadan kaldırmış oluyorsunuz. Yani bir çeşit kazanılmış bir sosyal statüyü ortadan kaldırıyorsunuz, yok ediyorsunuz. O zaman bu bence, daha baştan sosyal devlet ilkesine aykırı. Yani bu artık yerleşmiş, uzun zamandır uygulanarak yerleşmiş bir şey. Ayrıca hukuk devleti bakımından da kaldırılması mümkün olmayan bir darbe. Yani hukuk güvenliği bakımından, hukuka güven duygusunu sarsan bir şey. Anayasa’ya aykırılığı kesin. Bu konuda biz bir arkadaşla, Polat Soyer’le - onun önerisidir- ortak bir makale yazıyoruz. İş Hukuku boyutunu o ele aldı, şimdi sıra bende, ben Anayasa Hukuku boyutunu ele alacağım. Benim ilk vardığım şey, size anlattığım şeydir. Gerçekten Anayasa’ya aykırıdır.

Soru :

Küreselleşme, neo-liberal politikalar ve hukuk devletinin aşınması ile birlikte Türkiye’de iş hukuku temel özelliklerini yitirmekte midir? Örneğin iş hukuku, işçinin hukukudur anlayışı ...

Prof. Dr. Fazıl Sağlam :

Burada anladığım, küreselleşme ideolojisinin başta sosyal devlette bir etki kaybına yol açtığı muhakkak. Ama ben bunu **“Devrim Ulucan’a, Armağan”** kitabında dedim ki; bu çok tehlikeli bir şey, sosyal devlet artık kalmadı gibi görüşler savunuluyor şu sıralarda. Halbuki açıyoruz Anayasa’yı sosyal devlet değişmez ilkelerden biri. Şimdi bizim platformun bir toplantısında, Kıbrıs’ta, çok değerli bir arkadaşımız *"Sosyal devlet bitti, artık şapkamızı önümüze koyalım, ona göre yeni mücadele yolları arayalım, milleti sosyal devlet diye de uyutmayalım..."* dedi ve bu görüşü dile getiren başkaları da var. Ben bir Anayasa hukukçusu olarak

baktığımda, sosyal devletteki bu olayı duyarsızlaşma kavramıyla karşılamaya çalışıyorum. Çünkü duyarsızlaşma fiili durumda, yani mahkemenin fiilen bu değeri algılayamayıp yanlış kararlar vermesi anlamına gelir. Ama sosyal devletin artık kullanılamaz olduğu anlamına gelmez. İşte o duyarsızlaşmada mahkemeyi uyarmak lazım. Bize düşen görev de o. Yani burada sosyal devletin etkisi sadece bir ilke değildir sosyal devlet Türkiye’de, sosyal haklarla somutlaşmış bir ilkedir. Hepsini bir arada düşünmek gerekir. E.. şimdi bu kadar somut hak düzenlemeleri varken siz küreselleşmenin ideolojisine kapılıp da bunlara karşı duyarsızlaşmamanız gerekir diyerek, her kararda ayrıca eleştirmemiz lazım. Aynı ihtiyacı ben Anayasa Mahkemesi’nin son kararlarında da hissetmeye başladım. Magosa’da bir toplantı yaptık ve orada bütün Anayasa hukukçuları bir araya gelerek şu kararı aldık ki, bunu iş hukukçuları çok iyi yapıyor; Anayasa hukukçuları olarak da sürekli mahkeme kararlarını okuyarak yapıcı eleştirilerle bir yol gösterme görevi yerine getirmek. Ben Mahkeme’de görevdeyken, Anayasa Mahkemesi üyeleri bunun eksikliğini çok açık bir biçimde dile getiriyorlardı. Bunu yapmamız lazım, öyle seyirci kalamayız. Kararları didik didik edeceğiz, gerektiğinde sert eleştiriler yapacağız ama yapıcı bir yön olması lazım. Yani polemik değil, nesnel yapıcı bir eleştiri süzgecinden geçerek mahkemeleri bunlarla ponfronte etmemiz lazım. Bu işi hukukçular bunu bir ara çok iyi yapıyordu. Galiba o kaldı. Ama Milli Komite toplantılarında falan gayet güzel yapıyorlar. Aynı işi, Anayasa hukukçularının da yapması lazım. Bir de bu Anayasa şikayetiyle iş hukuku kapsamında çalışanların hakları arasındaki bağlantılarının kurulması bakımından da yapılması lazım. Genel olarak söyleyeceğim şeyler bunlar.

Soru

:

Feshe varmayan ihlaller için sendikal tazminat istenebilir mi?

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

:

Bilmiyorum, bunu öğleden sonraki arkadaşlara verin, ama benim gördüğüm kadarıyla daha önce mevcut olan bir yüksek sendikal tazminat miktarı sadece ve sadece iş güvencesi olan işçilere hasredildi. Yani önceki hükümden vazgeçildi ve bu arada verilen bir önergeyle yapıldı. Yani ilk taslakta böyle bir şey yokmuş. Şimdi onu ben tam incelemedim ama bana Polat’ın verdiği açıklamada bunlar açıklanıyor. Şu ana kadar geçerli olan bir tazminatın artık kaldırıldığı söyleniyor. E bu doğruysa benim

söylediğim, o Anayasa'ya aykırı. Ama arkadaşımız bunlar için bir tazminat öngörüldüğünü söylüyor. Sanırım bu kötü niyet tazminatı mıdır acaba, bilmiyorum artık.

Soru :

İş Kanunu'ndaki iş güvencesi hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı görüşü açıklanırken otuz işçi sayısının yüksek olduğuna dikkat çekildi. İşe iade kararına rağmen işverenin 4-8 aylık tazminat belirleyerek iadede kurtulabilmesi... Başta geçen süreye ilişkin hakların dört ayla sınırlandırılması yönlerinde Anayasa'ya aykırılık düşünülebilir mi?

Prof. Dr. Fazıl Sağlam :

Evet bu çok ciddi bir soru gerçekten. Özellikle kafa yorulması gereken bir soru. Ben sadece sınırlı konuşmada otuz işçi ile sınırlama olayına hasrettim ve onun kesin Anayasa'ya aykırı olduğunu, ama Anayasa Mahkemesi ne yazık ki, işçiyi koruma amacı yerine genel anlamda kamu yararından hareket ederek bu talebi reddettiğini açıklamaya çalıştım. Ama burada belirtilenlerin hepsi Anayasa bakımından sorunlu konulardır. Ayrıntılarına ayrıca girilebilir, ben hak veriyorum Sayın Şahin Çil'e. Gerçekten bunların hepsi üzerinde düşünülmesi gereken anayasal sorunlardır.

Soru :

Yüksek Hakem Kurulu kararlarının kesin olduğundan söz edildi, 22.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun(Kapatılan Belediyeler Kanunu) geçici 2. madde toplu iş sözleşmesinin geçerli olabilmesi için katılan belediyenin onayı zorunlu tutulmuştur. Toplu iş sözleşmesi Yüksek Hakem Kurulu kararı ile bağitlanmıssa kesin olan bu kararın başka bir belediyenin onayıyla işlerlik kazanmasını nasıl değerlendirirsiniz?

Prof. Dr. Fazıl Sağlam :

Böyle bir şeyi tasavvur dahi edemiyorum, yani hukuk mantığım almaz bunu. Yani var mı, varsa da komik bir şey bu.

Ümran Sayış :

Yasada var.

Prof. Dr. Fazıl Sağlam :

Yasada mı var? Vallahi ben ne diyeceğimi bilemiyorum. Ben burada size şeyi anlatmaya çalışıyorum, Yüksek Hakem Kurulu veyahut da diğer memurlar için öngörülen Hakem Kurulu kararları bence kesin değildir. Kesinlik idari bir işlem bakımından kesinliktir. Yoksa onu mahkeme yerine koymuş oluruz. Orada yargı yolu açıktır, hala da açıktır benim kanaatimce. Ama ben tehlikeyi işaret ettim. Yani siz sendikanın temsil yetkisini maddeden çıkartırsanız, biri de bunu öyle yorumlar, der ki; Anayasa koyucu bunu çıkardığına göre demek ki, bunun dava edilmesini bile istemiyor. Dava bakımından da yani kesin hüküm gibi bir şeydir. Ama gerçekten mantalitem bunu almaz. Hakem Kurulu bir sonuca varır. Ama bu sonuç Anayasa'ya, kanunlara aykırıysa bunun dava edilme yolları vardır. En azından Anayasa şikayeti yoluyla bunun dile getirme imkanı vardır çünkü yargı yolu anlamında bir kapallık değildir. Gerçi kanunumuzda Anayasa'nın yargı yolunu kapattığı konularda Anayasa şikayeti başvurusu yapılamıyor. Ama bunu oraya sokabilir misiniz, mümkün değil. Kastedilen de o değil zaten. Yani Anayasa'nın yargı yoluna kapadığı şeyler, idari yargı yoluna kapadığı alanlar son derece belli. Sayılmış şeyler onlar ancak. Hatta ben yazdığım makalede Yüksek Seçim Kurulu kararının bile bu anlamda kesinleşmiş bir yargı kararı olmadığını, çünkü Anayasa Mahkemesi'nin Yüksek Seçim Kurulu'nu mahkeme niteliğinde görmediğini söylüyorum. Mahkeme niteliğinde görmedi. Mahkeme niteliğinde görmediğiniz bir kurulun, bir seçim kurulunun Anayasa'ya uyararak uyguladığı kurallarda Anayasa'ya aykırılığı kim dile getirecek? Yolu kapatmış oluyorsunuz. Bir kere Anayasa Mahkemesi'nin o kararı yanlış. Ama o karar varsa ve yargı organı değilse, o nitelikte görülüyorsa o zaman onun kararları yargı yoluna kapalı bir alan olarak mütalaa edilmemesi gerekir. Eğer edilirse o zaman Anayasa'ya aykırı olması gerekir gibi. Yani, bu alanlarda da yolun açılabileceğini düşünüyorum. Yani, zorlamayla yargı alanında en azından elden gelen her şeyin yapılması gerektiğini, sonuç alınamaması durumunda ise bu açıktaki bulunan alanların eleştirel bir biçimde toplantılarda dile getirilmesi gerekir, demokratik toplantılarda. Başka söyleyebileceğim de bir şey yok bu konuda. Yani o ilgili şeyin belediyenin kararı, ya bunları kimler kaleme

alıyor, bunları biz yetiştirdik herhalde, bunların kabahati bizim mi diye bazen kuşkulaniyorum. Biz mi yetiştirdik bunları, bunlar nasıl şeyler?

Çok teşekkür ediyorum, bu kerte bu kadar kaliteli bu kadar yoğun ilgi, ben doğrusu şaşırdım ve bu soruları bana yöneltenlere ben teşekkür ediyorum. Keşke böyle yazılı olmasaydı da onlar görüşlerini böyle açık bir şekilde dile getirselerdi. Bizim yaşımızda bir de okumada da problem var. Yani belki de güzel yazdı arkadaş da ben okuyamıyorum. Çok özür diliyorum cevap veremediğim arkadaşlara ama bana sağladıkları bu impulse yeter. Beni canlandırdılar, çok teşekkür ediyorum.

Ümran Sayış :

Şimdi soruları cevaplamak üzere sözü Hocam Prof. Dr. Mesut Gülmez'e bırakıyorum, buyurun.

Prof. Dr. Mesut Gülmez :

Teşekkür ederim... Soruları sırasıyla yanıtlamaya çalışacağım.

Soru (Prof. Dr. Işıl Özkan):

Biz "ulusalüstü"yü yalnızca Avrupa Birliği Hukuku bağlamında kullanıyoruz. Bu konudaki görüşünüz nedir?

Prof. Dr. Mesut Gülmez :

Doğru, bu kavram orada ortaya çıktı. Ama oradaki ulusalüstülük ve doğrudan etki, doğrudan uygulama konuları antlaşma düzeyinde düzenlendi bildiğim kadarıyla... Bir devlet, Avrupa Birliği üyesi olduğu andan itibaren bu doğrudan etkinin kapsamına giriyor ve kalmaya devam ediyor. Ulusalüstülük onun için uygulanmaya başlıyor, geçerli oluyor.

Ama benim söz ettiğim, madde 90/son çerçevesinde insan hakları sözleşmeleri için söz ettiğim ulusalüstülük, üyelik ilişkisinin kurulmasıyla kendiliğinden, doğrudan doğruya gerçekleşmiyor. Bir kere, yalnızca temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerle sınırlı olarak gerçekleşiyor. Daha önemlisi, ancak Anayasa'nın öngördüğü iki işlem yerine getirilmiş ise gerçekleşiyor. Ayrıca, Anayasa'nın sözleşmeler ile iç hukuk arasındaki ilişki konusunda da düzenleme yapması gerekiyor. Anayasa buna "ulusalüstü" demiyor tabii, "uluslarüstü" de demiyor. Bu terim, öğretinin kullandığı terimdir ve pek de yaygın değildir, ama ben ısrar ediyorum. Neden?

Özellikle 2004'ten sonra görüş ayrılıklarını sona erdiren son fıkranın 3. cümlesindeki düzenlemeden sonra, ulusalüstülük artık çok açık... Özellikle de, sadece yargı organlarına sesleniyor. Ama pozitif metin, aslında onlarla, yargıyla sınırlı değil, bana sorarsanız. Yasama için de ulusalüstüdür sözleşmeler, yürütme için de ulusalüstüdür, idare için de... Kaymakam, vali, müsteşar, bütün kamu yetkilileri, emniyet genel müdürü... Onlar için de ulusalüstüdür. Öncelikle tabii, yargı için ulusalüstüdür.

Hangi anlamda ulusalüstü? Ancak onay koşulları yerine getirilmiş ise, yasaların üzerinde olduğu için ulusalüstüdür. "Yasalarüstü" demek, belki bazılarının tercih edeceği bir kavram olabilir. Bu anlamda tabii...

Yoksa üyelikten, bir uluslararası kuruluşa "üye devlet" olmaktan kaynaklanan bir ulusalüstülük söz konusu değil.

Bu bağlamda, bir parantez açacağım konuşmamda değinmediğim bir konuda...

Şimdi, "Sendikal haklar alanında, Uluslararası Çalışma Örgütü 1951 yılında SÖK'ü kurdu, Sendika Özgürlüğü Komitesi'ni kurdu." demiştim. Bunun dayanağı, ILO'nun Anayasası'nda yazılı olan sendika özgürlüğü ilkesi idi. Sendikal haklar ile ilgili sözleşmelerin hiçbirini onaylamamış olsanız bile, devlet olarak, ILO'nun üyesi olmanız nedeniyle sendika özgürlüğüne saygı göstermek zorundasınız. Sendika özgürlüğü nerede yazıyor? Anayasa'da, 'başlangıç' bölümünde. 1919'dan beri anayasal ve kurucu ilke. 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler'de de yazıyor ve başka sözleşmelerde yazıyor. Daha doğrusu, soyut anayasal ilkeye, bu sözleşmeler somut maddi içerik kazandırdı.

ILO, SÖK kurulduktan sonra, böyle dedi. "Anayasa'yı onaylayıp üye oldunuz. Anayasa'daki ilkelerle bağlısınız, saygı göstermek zorundasınız." dedi. 1951'den beri böyle dedi, böyle uygulamaya başladı. 87'yi onaylamadığını söyleyerek itiraz eden devletlerin itirazlarını kabul etmedi! Sendikal haklar için kurduğu "onay koşulsuz" özel denetim sistemini işletti.

Biz, henüz 87'yi onaylamadığımız yıllarda, 1960 öncesinde bizi denetledi. 1936 İş Yasası ve 1947 Sendikalar Yasası ile ilgili olarak uluslararası sendikal örgütler şikâyetlerde bulunmuşlardı... Onları gündemine aldı, inceledi. O dönem hükümetinin itirazını kabul etmedi.

"Sen, 'üye devlet' olarak sorumlusun, onayladığın Anayasa'daki sendika özgürlüğü ilkesine saygı göstermek zorundasın, bu aykırılıkları gidermek zorundasın." dedi.

Ve bunu 87 onaylanmadan önce söyledi. Özellikle 12 Eylül'den sonra, çok sık biçimde uyguladı. Türkiye, Polonya ile beraber yıllarca ILO'nun gündeminde kaldı. SÖK'ün bütün toplantılarının gündeminde yer alan iki ülkeden biriydik biz! Sendikal haklar ihlali nedeniyle ve üye devlet olarak 87 ile bağlı olduğumuz için... Ama bazı sevgili hocalarımız, iş hukuku alanında, "87 bizi bağlamaz, çünkü biz onu onaylamadık" diyerek, bu uygulamaya karşı çıktılar ve savunmaya çalıştılar Türkiye'yi, aykırılıklarla dolu 1983 yasalarını... Ama ILO, bunları geçerli saymadı. "Ben" dedi, "Seni zaten 1960'tan önce de, 1950'li yıllarda 'üye devlet' olarak yargıladım, sorguladım, denetledim." dedi! "Aykırılıklarını düzelt, saldırıları önle..." diyerek özel denetim sistemini işletti.

Onun için, ILO'ya ancak Anayasası'nı onaylayarak kazanılan "üye devlet" sıfatı nedeniyle de, bir devletin geniş anlamda sendikal hak ve özgürlüklere saygı gösterme yükümlülüğü, sorumluluğu vardır her şeyden önce... Üye devlet olarak, sendika özgürlüğüne bağlılık, sorumluluk, yükümlülük, Anayasa'yı, kurucu belgeyi onaylamakla doğan bir bağlılıktır, yükümlülüktür.

Onun için "yeni Anayasa" süreci ile de bağlantısını kurmak isterim... Fazıl Hoca gitmedi galiba öğretim üyeleri toplantısına.

Orada, "Yepyeni, sıfırdan, her şeyi sil baştan yapalım, yepyeni bir Anayasa yazalım" diyenler oldu!

Yazamazsınız! İnsan hakları alanında her şeyi sil baştan yaparak bir Anayasa yazamazsınız! Hiçbir sözleşmeyi onaylamamış olsanız bile, insan haklarını görmezlikten gelerek Anayasa yazamazsınız. Çünkü Türkiye, Birleşmiş Milletler'e üyedir ve BM'nin onayladığı Anayasası'nda insan haklarına saygı ilkesi vardır. Çünkü Türkiye, ILO'ya üyedir ve ILO'nun onayladığı Anayasası'nda sendika özgürlüğü ilkesi ve toplu pazarlık hakkı vardır. Çünkü Türkiye, Avrupa Konseyi'ne üyedir ve onayladığı kurucu belgesinde, siyasal özgürlük, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ilkeleri vardır. Avrupa Konseyi'nin statüsünde yer alan kurucu ilkelere bunlar. Amacı, "insan haklarını ve temel özgürlükleri korumak ve geliştirmek"tir, Konsey'in...

Bu anayasal belgelerde yer alan ilkelere, öncelikle “üye devlet” olarak saygı göstermek zorundasınız. Bunlar, Anayasa’nın zorunlu çekirdekleridir.

Soru (Prof. Dr. Melda Sur):

Avrupa Sosyal Şartı’nın 5. ve 6. maddeleri konusunda kullandığım “çekince” tabiri doğru değil, diyor... Bu konuda ne düşünüyorsunuz?

Prof. Dr. Mesut Gülmez :

Çekince tabiri, bir tür “galat-ı meşhur” olarak kullanılır bizde! Burada, izleyen arkadaşlarımızın daha kolay anlayacağını düşündüğüm için “çekince” dedim. Çok sık kullanılıyor, çok sık yazılıyor, ben de yazıyorum... Ama bunun doğrusu, “onay kapsamı dışında tutma”dır. Onay kapsamına almamadır. Sosyal Şart’ın, buna olanak veren esnek bir yapısı vardır. Ama onay kapsamına aldığınız zaman “hukuksal” yükümlülükleri üstlenirsiniz. Esnek onay sistemi, Sosyal Şart’ın bir özelliğidir. Çekince/rezerv, Birleşmiş Milletler sözleşmeleri için de kullanılır ve olanaklıdır... Bizim de, bazı maddelerine çekince koyduğumuz BM sözleşmeleri vardır...

Silahlı kuvvetler ve polisin sendika hakkıyla, Emniyet-Sen ile ilgili olarak, Sosyal Şart yasaklama olanağı vermiyor. Sendika hakkının uluslararası özneleri konusunda, sendika ve toplu pazarlık haklarına ilişkin ILO sözleşmelerinde silahlı kuvvetler ve polis için yinelenen bir istisna kuralı vardır. Ama bu istisna, silahlı kuvvetler ve polisin tümüne sendika yasağı getirilebileceği anlamına gelmez. “Hangi ölçüde” uygulanacağını, sözleşmelerde yazılı hak ve güvencelerin “hangi ölçüde” silahlı kuvvetler ve polis üyelerine uygulanabileceğini belirleme yetkisi “ulusal mevzuat”a tanınmıştır. Devletlere bırakılmıştır.

Bu konu, Sendika Özgürlüğü Komitesi’nin bazı kararlarında ele alındı. İlk kararlarında yoktu; “Bunu yasaklamaya kadar götürebilirsiniz.”, diyordu... Ama istisnası olan kararlar da var. Bana kalırsa, sendikal haklardan yararlanmada “uygulama ölçüsü”nü belirleme yetkisi, hakları büsbütün ortadan kaldırma yetkisi vermez. Farklı ve daha fazla kısıtlamalar, sınırlamalar getirebilirsiniz, ama tümüne birden hakkı yasaklayamazsınız.

Nitekim Avrupa Sosyal Şartı, silahlı kuvvetler ve polis arasında bir ayrım yapmıştır. Silahlı kuvvetler için yararlanma ölçüsünün yasaklamaya

kadar götürülmesine olanak vermiş, ancak polisler için toptan yasaklamaya olanak tanımamıştır.

Bizim en çok eleştirdiğimiz konulardan, ILO denetim organlarının eleştirdiği konulardan biri de, Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı kuruluşlarda, askeri kuruluşlarda çalışan sivil memurlara getirilen sendika yasağının sözleşmelere aykırı olduğu ve bunun kaldırılması gerektiğidir. Uzmanlar Komisyonu'nun 2013 raporunda da, aynı eleştiri yinelendi.

Silahlı kuvvetler ve polisin "hangi ölçüde" sendikal haklardan yararlanacağını belirlenmesi konusu, aynı zamanda 87 ve 98'de vardır. Onaylamadığımız 154 sayılı sözleşmede de vardır. "Uygulama ölçüsü"nü belirleme yetkisi sivilleri kapsamaz, diyor denetim organları. Herkesi, sivil ve asker/subay ayrımı yapmadan silahlı kuvvetlerin tüm personelini yasak kapsamına alamazsınız, diyor.

Soru (Av. Yaşar Kılınç) :

Belediyelerde yapılan toplu sözleşme ile ilgili bir soru... Toplu sözleşme ile öngörülen ikramiyelerin Danıştay tarafından zimmet olarak kabul edildiğine ilişkin ve bunun uluslararası sözleşmelere aykırı olup olmadığı konusundaki görüşünüz nedir?

Prof. Dr. Mesut Gülmez :

Aykırı tabii! Bununla ilgili yakınmalar vaktiyle ILO'nun önüne, Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin önüne gitti. Sendika Özgürlüğü Komitesi devlete, İçişleri Bakanlığı'na dedi ki: "Karışma! Taraflar, oturmuş, özgür iradeleriyle toplu sözleşme yapmışlar. Sen buna karışamazsın." Onun için aykırı tabii.

Soru (Yargıtay 9. H.D. Tetkik Hakimi Şahin Çil) :

Grev hakkıyla ilgili olarak, sanıyorum "hak grevi" ile ilgili olarak durum nedir?

Prof. Dr. Mesut Gülmez :

Hak grevi konusunda ILO'nun yaklaşımı şudur: Hak uyuşmazlıkları, yargı organları önünde çözülmelidir. Bu ne demektir?

Hak grevi, Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleri ve özellikle denetim organları kararları tarafından doğrudan doğruya güvenceye alınmış değildir. Yaklaşım budur. Birçok ülke ile ilgili yakınmada, denetim

organları bunu yineledi. "Hak uyuşmazlıkları, yargı organlarında çözümlenir, çünkü ortada 'hukuksal' bir uyuşmazlık vardır. Onun yeri de yargıdır." demiştir. Ama çıkar uyuşmazlıklarının çözülmesinde, "Grev hakkını toplu iş sözleşmesinin yapılması süreci ile sınırlandırmazsınız." diyerek, bizim yasaları sürekli olarak eleştirmiştir.

Soru (Yargıtay 9. H.D. Tetkik Hakimi Şahin Çil):

Sosyal Şart'taki yıllık izin süresinin 14 günden 28 güne çıkarılmasıyla ilgili bir soru, yeni Sosyal Şartta...

Prof. Dr. Mesut Gülmez :

Bizim o maddeye çekincemiz var mı? Bana var gibi geliyor. Evet, bir çekincemiz var.

5. ve 6. maddeler dışında, onay kapsamı dışında tutulan iki fıkra daha var. Onlardan birisi de, 2. maddenin 3. fıkrasıdır. Yıllık ücretli izin hakkının asgari 4 hafta olmasını öngörür. Bu kural onay kapsamı içinde olduğundan, elbette doğrudan uygulanabilir. Hem de o kadar doğrudan uygulanabilir ki, bana göre, çok somut bir kural söz konusudur çünkü. Çelişme ve çatışma varsa yasalarımızla, onay kapsamı içinde olduğundan, kendiliğinden ve doğrudan uygulanmalıdır.

Bazı meslektaşlarımızın sosyal hakların doğrudan uygulanabilirliği, dava edilebilirliği konusundaki yaklaşımına, Melda Hoca burada, ben katılmıyorum. Kendi kendine yeter olması, somut olması, dakik olması gibi koşullar sıralanır... Uluslararası hukuk alanında savunulan geleneksel görüştür bu.

Söz edilen kural, doğrudan uygulanabilir; hiçbir kuşku yok, benim görüşüme göre.

Çok teşekkür ederim, soru soran meslektaşlarıma.

Soru (Yargıtay 9. H.D. Tetkik Hakimi Bektaş Kar) :

Hocam, teşekkür ederim tebliğleriniz için her ikinize de.

Ben 94 sayılı ILO Sözleşmesi'nden söz edeceğim. Özellikle kamu işverenlerin alt işveren uygulamasında, oradaki hükümlerde alt işveren işçilerinin özellikle sosyal haklarının, ücretlerinin garanti altına alınması, hatta aynı işkolundaki işçilerle aynı düzeyde ya da emsal işçi veya aynı işyerinde

çalışan kişilerle sosyal hakların ve ücretlerin aynı şekilde olması gerektiği konusu... Fakat bizde, Türkiye’de, uygulamasını da biliyorsunuz, hizmet alımı Kamu İhale Kurumu kanalıyla yapılmakta ve hizmet alımında en düşük ihaleyi veren, işte asgari ücret düzeyinde veriyor... Peki, bu Kamu İhale Kanunu, bu şekildeki mevzuat, 94 sayılı ILO Sözleşmelerine aykırı mıdır? Bu tür bir sözleşme yapılması.... Alt işveren işçilerinin doğrudan 94 sayılı ILO Sözleşmesi’nin uygulanmasını isteyerek, emsal ücret ya da aynı işkolundaki ücreti isteyebilirler mi?

Prof. Dr. Mesut Gülmez :

Bu sorunuza, ne yazık ki yanıt veremeyeceğim!

94 sayılı sözleşme onaylanan bir sözleşmedir. Çok önemli bir sözleşmedir, çok ihmal edilmiş bir sözleşmedir. Sendikaların son yıllarda en azından 10–15 yıldan beri önemsemeye başladığı bir sözleşmedir.

Ama bu sözleşme ile ilgili denetim organlarının kararlarını inceleyemediğim için, ayrıntılı biçimde inceleyemediğim için, sendikal haklar alanında olduğu gibi inceleyemediğim için bir yanıt veremeyeceğim.

Ümran Sayış :

Evet, soru soran değerli katılımcılara ve cevaplayan hocalarıma çok teşekkür ediyorum. Sayın Gülmez Hocam, son derece açık olarak sunduğu tebliğinde dairemizin de iki kararını kendi görüşleri doğrultusunda değerlendirdi, teşekkür ediyorum. Son soru da bana yöneltilmiş.

Soru (Av.Bülent Balcı) :

Yargıtay’da etki incelemeleri son derece uzun sürmektedir, hızlandırılması için herhangi bir çalışma yapılmakta mıdır?

Ümran Sayış : Teşekkür ediyorum. Gerçekten de sözlerimin başında belirttiğim gibi, iş hukukundaki dava sayısı her geçen yıl çığ gibi büyümektedir. Biz de elimizden geldiği kadar bu yoğunluğu gidermeye çalışıyoruz. 1. Başkanlık da, iş hukukundaki bu son derece fazla işin bir an evvel sonuçlanması için gerekli çalışmaları yapıyor ve hepinizin bildiği üzere şubat ayından itibaren yeni bir daire faaliyete geçti ve şu anda 1/5 oranındaki gelen işlerin 1/5 oranındaki dosyalar 7. Hukuk Dairesi’nde

görülyor. Fakat bu bir çözüm mü, hayır. Çünkü gelen iş o kadar fazla ki, şöyle söyleyeyim 23. Hukuk Dairesi'nden sadece 100 küsur, 160 bin sanırım civarında, tam olarak hatırlayamıyorum 90 küsur bini sadece iş davası. Bu nedenle çeşitli çalışmalar yapıyor. İnşallah diyelim daha iyi neticeler alabileceğiz. Ben kendi dairem adına söylüyorum. Evet şu anda sosyal güvenlik hariç, iş hukukunda 9, 27 ve 22. Hukuk Daireleri bu davaların temyiz incelemesini yapmaktadır. Benim dairemdeki dosya adedi bugün itibariyle 37 bin civarındadır, bekleyen. Ama bu rakam, size söyleyeyim, 88 binlerden bu rakama inmiştir. Çok yoğun bir çalışma temposundadır Yargıtay ve özellikle de bütün daireler ve iş daireleri. Sanırım aydınlanmışsınızdır. Daha kısa süre içinde dosyalar neticelenecek hiç merak etmeyin. Hepinize katıldığınız için teşekkür ediyorum. Yemek aramız var, yine dikkatimi çeken; daha çok, yeni yürürlüğe giren 6356 sayılı Yasa'nın 25. maddesi ile ilgili sorularda yoğunluk olduğunu gördüm, sayın Alpagut Hocam buna da değinirse kendisinden memnun kalacağız çok teşekkürler ediyorum şimdiden, hepinize afiyet olsun diyorum, öğleden sonra görüşmek dileğiyle.

Av. Zöhre Dalkıran :

İkinci oturumumuzun oturum başkanlığını Yargıtay Onursal Başkanları'ndan Sayın Osman Güven Çankaya yapacaktır. Son anda yaptığımız teklifi kırmayarak kabul ettiği için kendisine ayrıca teşekkür ediyoruz. Osman Güven Çankaya 1965 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, sırasıyla savcılık, ceza hakimliği ve müfettiş hakimliği görevlerinde bulunmuştur. İzmir'de on yıl iş mahkemesi hakimliği ve Yüksek Hakem Kurulu Başkanlığı yapan Çankaya, 1991 yılında Yargıtay üyeliğine seçilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanlığı görevini sürdürmekteyken 2008 yılında emekli olmuştur.

Bu oturumumuzda "**Uluslararası Belgeler Yönünden 6356 Sayılı Kanun'un Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Sendikal Özgürlükler Ve Güvenceler**" konulu ilk sunumu Prof. Dr. Gülsevil Alpagut yapacaklardır. Gülsevil Alpagut 1986'da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olduktan sonra 1987 yılında aynı fakültenin İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaya başlamış, 2003 yılında doçent ve 2010 yılında da profesör unvanı almıştır. İş hukuku alanında kitapları ve çok sayıda makalesi bulunmaktadır. Halen İstanbul Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik

Hukuku Anabilim Dalı Başkanı olarak görev yapan Alpagut, İngilizce ve Almanca bilmektedir.

Oturumun **"Uluslararası Belgeler Yönünden 6356 Sayılı Kanun'un Toplu İş Sözleşmeleri, Toplu İş Uyuşmazlıkları Ve Greve İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi"** konulu ikinci sunumunu ise Prof. Dr. Melda Sur yapacaktır. Strasbourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu olan Sur, 1986'da naklen atandığı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde o tarihten bu yana İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı'nda görev yapmaktadır. 1990 yılında doçent, 1996 yılında da profesör unvanlarını almıştır. Halen üniversite senatosu üyesi olan Sur, Özel Hukuk Bölüm Başkanı, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı ve aynı zamanda Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Başkanı'dır. Sur'un alanı iş hukuku olmakla birlikte Sur, ayrıca anabilim dalı başkanı olduğu milletlerarası hukuk dalında da ders verip yayınlar hazırlamakta, yüksek lisans ve doktora tezleri yönetmektedir. Çok sayıda da bilimsel eseri bulunmaktadır. Sur, İngilizce ve Fransızca bilmektedir.

Bu oturumdaki **"Uluslararası Belgeler Yönünden Yetki Süreci Ve Sendikalaşma Hakkı"** konulu son sunumu ise Av. Dr. Sayın Murat Özveri yapacaktır. Murat Özveri, 1985 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 1998 yılında yüksek lisansı, 2012 yılında da doktorasını yapan Özveri, altı yıldır Kocaeli Üniversitesi Çalışma Ekonomisi Ve Endüstri İlişkileri'nde sosyal güvenlik dersi vermekte, Kocaeli Üniversitesi Denizcilik Okulu'nda da öğretim görevlisi olarak görev yapmaktadır. Özveri 26 yıldır Selüloz-İş Sendikası'nda hukuki danışmanlık, Çalışma Ve Toplum Dergisi'nde de on yıldır genel yayın yönetmenliği yapmaktadır. Özveri'nin demokrasi, hukuk ve sendikal alanda çok sayıda kitabı, tebliğleri ve makaleleri bulunmaktadır. Evli olup üç çocuk babasıdır.

Oturum başkanımızı ve katılımcılarımızı sunumlarını yapmak üzere buraya davet ediyorum.

Osman Güven Çankaya :

Değerli katılımcılar, öğleden sonraki oturumu açıyorum. 1991 yılında Yargıtay'a gittiğimde ilk kez bu tür toplantılar Milli Komite tarafından yapılmaktaydı. O yıldan beri, emekli olduktan sonra, bu tür oturumlara katılmaya hep gayret ediyorum. Ve İzmir'de bu tür toplantıların

yapılmasını da çok arzu ediyordum. Yeni yeni bu tür toplantılar yapılıyor, ancak İstanbul'da ve hatta geçen hafta katıldığım Kocaeli'nde dahil daha çok rağbet vardı. Bizim İzmirli hemşerilerimiz demek bu konuları çok daha iyi biliyorlar ki, katılmıyorlar. Buraya kadar bu değerli hocalarımız geliyor, ben 70 yaşında bir kişi olarak yararlanmaya çalışıyorum ama genç arkadaşların gelmeyişi hakikaten üzüntü kaynağı bence. Ki Milli Komite'nin toplantılarının dahi burada yapılmasını teşvik ediyordum, bu katılımı görünce ki, İstanbul'da değil böyle koltuklar, merdivenler yetmez. Ve bu toplantılar hakikaten çok yararlı, bilhassa gençlere öğütlerim. Efendim, şimdiki konumuz **"Uluslararası Belgeler Yönünden 6356 Sayılı Yeni Sendikalar Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi"**. Konuşmacımız ayrı ayrı bu konularda farklı olarak, globali de göz önüne alarak açıklamalarda bulunacaklardır. Konuşma süresini burada belirtmemişler o yüzden aramızda konuşarak 40'ar dakika olarak belirledik. İki konuşmacıdan sonra bir ara vereceğiz. Son konuşmacının ardından da sorularınızı almamızı arzu ettiler. Öncelikle sözü değerli Hocam Alpagut'a veriyorum, buyurun Hocam...

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut :

Teşekkür ederim... Değerli yargıçlar, değerli hocalarım, saygıdeğer konuklar, saygıdeğer meslektaşlarım... Herkesi saygıyla selamlıyorum ve İzmir'de olmaktan duyduğum mutluluğu ifade etmek istiyorum. Benim konum **"Uluslararası Belgeler Yönünden 6356 Sayılı Kanun'un Sendikal Özgürlüklere İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi."**

Bildiğimiz gibi Yasa'nın çıkarılış amaçlarından biri, uluslararası normlara uyumdu. Bu ne derece gerçekleştirildi, yeni yasa bir reform olarak nitelenebilir mi?.. Bunun cevaplarını burada arayacağız. Ancak baştan söylemek gerekir ki, yasa işçiler ve sendikal özgürlükler açısından çok ciddi bir kazanım getirmediği gibi, birçok sorunu da beraberinde getirdi. Dolayısıyla, özellikle yargı organlarını ciddi tartışmalar, uygulamayı ciddi sorunlar bekliyor demek mümkün.

Uluslararası düzenlemeler dediğimiz zaman, hangi düzenlemeleri ifade ediyoruz?.. Öncelikle, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşme ve tavsiye kararlarını görüyoruz. 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme, 98 sayılı Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Müteallik Sözleşme ve 151 sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının

Korunmasına İlişkin Sözleşme. Ben 151 sayılı Sözleşme'yi konuya dahil etmedim. Çünkü 6356 sayılı Yasa doğrudan 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler'e ilişkin bir yasa olarak karşımıza çıkıyor. Uluslararası düzenlemeler kapsamında ILO'nun dışında Avrupa Konseyi'nin belgelerini görüyoruz. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı sendikal haklar bakımından önemli belgeler niteliğinde.

Avrupa Birliği'ne gelince, bilindiği gibi sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev konusu Avrupa Birliği'nin kural koyma yetkisine tabii değil. Ancak Avrupa Birliği, Avrupa Temel Haklar Şartı'nı kabul ediyor. Avrupa Temel Haklar Şartı'nda da konuya ilişkin birtakım düzenlemeler var. Yine bu sözleşmelerin denetim organlarının kararları, Mesut Gülmez Hocam da söyledi, bizler için son derece önemli, çünkü sendikal hak ve özgürlüklere ilişkin uygulamanın ne şekilde gelişmesi gerektiğini ortaya koyuyor. ILO bakımından Uzmanlar Komitesi ve Sendikal Özgürlükler Komitesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Avrupa Sosyal Şartı bakımından Sosyal Haklar Avrupa Komitesi ve Avrupa Birliği bakımından da Avrupa Birliği Adalet Divanı.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesinde; *"Her kişi, barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü ve menfaatlerini korumak için sendikalar kurmak ve sendikalara girmek hakkı dahil olmak üzere, birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir."* hükmüyle sendika hakkı tanınırken, aynı zamanda bu haklara hangi hallerde sınırlama getirilebileceği düzenleniyor. Buna göre sınırlama; ulusal güvenlik söz konusuysa, kamu emniyeti söz konusuysa, düzensizliğin ya da suç işlenmesinin önlenmesi söz konusuysa veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekliyse, yasa tarafından öngörüldüğü takdirde getirilebilecek, demokratik toplumda gerekli olandan başka sınırlama getirilemeyecektir.

Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. ve 6. maddeleri yine konumuzla ilgili. 5. madde örgütlenme hakkını düzenliyor. Sözleşmeci taraflar, tüm işçilerin ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ya da uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak ya da geliştirmek amacıyla, işte mevzuatın düzenlenmesi ile yükümlüdür, diyor. Yine hangi konularda nasıl sınırlama getirilebileceğini söylüyor.

Avrupa Birliği'ne geldiğimiz zaman, "*AB'nin Çalışma Şekline İlişkin Anlaşma*"da örgütlenme, grev ve lokavt hakları, Birliğin kural koyma alanı dışında tutulmuştur. Ancak biraz evvel de belirttiğim gibi, AB Sözleşmesi'nin 6. maddesi, Birliğin Avrupa Temel Haklar Şartı'na bağlı olduğunu ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne katılımını tespit eder. Dolayısıyla, AB bu alanda kural koymuyor, bireysel iş hukukunda olduğu gibi yönergeler çıkarmıyor, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin katılımını ifade ediyor ve Avrupa Temel Haklar Şartı'na bağlıyım diyor. Avrupa Temel Haklar Şartı'nda da yine işçi sendikaları kurma ve katılma hakkından söz ediyor. Yine toplu müzakere ve toplu tedbirler başlığı altında da grev de dahil toplu eylem hakkından söz ediyor.

Bugün için gelineen noktaya baktığımız zaman, esasında toplu iş hukuku, sendikal hak ve özgürlükler dediğimiz zaman, çıkış noktası olarak ILO düzenlemelerini görüyoruz ama Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı'nı da dikkate almak zorundayız. Esasen ILO normları ile birlikte İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı bugün için Avrupa'nın ortak değerlerini oluşturan normları niteliğinde, birlikte, bütüncül olarak dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla Avrupa Birliği'ne uyum dediğimiz zaman bireysel iş hukuku bakımından belirli yönergelere uyumdan söz ediyoruz, ama toplu iş hukuku bakımından ILO ve Avrupa Konseyi'nin hukuki belgelerine uyum söz konusu olmaktadır. Çünkü Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin doğrudan düzenlemesi bulunmamaktadır. Tüm bu düzenlemeler, yorumu ve uygulaması kapsamında; sendika, toplu sözleşme ve grevi de içeren toplu eylem haklarının birbirlerini tamamladığı kabul edilmekte ve kolektif hakların varlığından söz edilebilmesi için her üç hakkın da yeterli etkinlikte tanınması gerektiği benimsenmektedir.

İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı ile kabul edilen ilkeler artık sendikal hakların bir insan hakkı olarak tanınması ve şekillendirilmesi temeline dayalı. Bu konuda herhangi bir tereddüt yok. 6356 sayılı Kanun'u buradan hareketle değerlendirmeye başlarsak, bildiğimiz gibi 2821 sayılı Kanun'da "Sendikalar iş kolu esasına göre Türkiye çapında faaliyette bulunmak üzere kurulur." hükmü yer almaktaydı. ILO bunu uzun seneler eleştirdi. Yine işyeri ve meslek esasına göre sendika kurulamaz esası açıkça 2821 sayılı Yasa'da yer almaktaydı. ILO eleştirdi ve daha sonra yeni 6356 sayılı Yasa'da özel düzenlemeler getirildi. Ne diyor sendika tanımına baktığımız zaman; "*İşçilerin veya işverenlerin*

çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir iş kolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları ifade eder." diyor. "Sendikalar kuruldukları iş kolunda faaliyette bulunurlar.", "Sendikanın tüzüğünde, faaliyette bulunacağı iş kolu yer almalıdır." hükümleri mevcut. Meslek ve işyeri esasına göre sendika kurulamayacağına ilişkin hüküm 6356 sayılı Yasa'da yer almamakta. 2821 sayılı Yasa'da bu konuda yasaklara yer verilmesinin sebebi çok sayıda güçsüz sendikanın ortaya çıkması. Bu dönemde 800 kadar sendikanın olduğu bilinmekte. Dolayısıyla işyeri sendikacılığı çok sayıda güçsüz sarı sendikanın ortaya çıkabilmesine imkan veren yapısıyla esasında birtakım sakıncaları içermekte. Ancak ILO'nun bakış açısı şu: Sendikal haklar ve kullanımı bakımından mümkün olduğu kadar özgür ve özerk bir yapının oluşturulması. Dolayısıyla gerek meslek sendikacılığı gerekse işyeri sendikacılığının yasaklanması ILO normlarına aykırı. Meslek sendikacılığının sakıncaları nelerdir? Meslek sendikacılığı özellikle batı Avrupa ülkelerinde belirli meslekler için, örneğin pilotlar veya lokomotif sürücüler için, oldukça yaygın. Belirli mesleklerin kendi aralarındaki ortak menfaatlerini dikkate alarak örgütlenmeleri ve çalışma koşullarını belirlemede etkin olmalarını sağlıyor. Hatta bundan bir dört sene evvel beş öğretim üyesi olarak Türk-İş'e bir yasa tasarısı hazırlamış ve meslek sendikacılığına yer vermiştik. Türkiye'de beyaz yakalı işçilerin sendikal örgütlenme dışında kalması, bu kişilerin meslek veya konum itibarıyla mavi yakalı işçilerle birlikte hareket etmemesi, kapsam dışı personel uygulaması bu kişilerin sendikanın getirdiği güvence ve koruma dışında kalmalarına da neden olmaktadır. Ancak, Türkiye'de işçi sendikalarının işyerinde rakip sendika, işverenlerin ayrıca bir ikinci sendika istememesi nedeniyle meslek sendikacılığının kabulü mümkün olamamıştır.

6356 sayılı Yasa'da meslek esasına göre, "sendika kurulamaz" şeklinde açık bir yasağa yer verilmiyor. Bu dönemde meslek sendikası veya işyeri esasına göre sendika kurulabilir mi? Yine Türkiye çapında faaliyette bulunma şartı kaldırıldığında yerel, bölgesel sendikalar kurulabilir mi? Çalışma Genel Müdürü, geçenlerde bir toplantıda bunların kurulmasına engel yok dedi. Peki kurulduğu zaman bir faydası olacak mı? Toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından hala ikili barajı kabul ettiğiniz bir yerde bir işyeri sendikası kursanız ve bunun yasal olduğunu kabul etsek bile, toplu

iş sözleşmesi yapamayan bir sendika olacak. Dolayısıyla herhangi bir işlevi olmayacak, dernekten öteye geçemeyecek.

ILO ne diyor? *"İşçiler bir işyeri sendikası, endüstri sendikası ya da meslek sendikası kurma noktasında karar vermede özgür olmalıdır."* . Yine 87 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesi; *"Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler."* diyor. ILO denetim organları 87 sayılı Sözleşme'yi yorumlarken, alt seviyeden başlayarak işyeri, iş kolu ve meslek sendikaları da bu özgürlüğe dahildir, işçi istediğini kurabilmelidir diyor. Mesela Alman Hukuku'nda işyeri sendikası kurulabiliyor ama bunun toplu sözleşme yetkisi yok. Zira, işyeri sendikacılığı biraz evvel de söylediğimiz gibi sarı sendikacılığa elverişli, bu açıdan tehlikeler barındırıyor. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmesi yetkisi ancak üye sayısı ve mali yönden güçlü ve bağımsız sendikalara tanınmaktadır. Ancak işyeri sendikasının kurulmasına engel getirilmemiş durumda. Bu nedenle 6356 sayılı Kanun'da yine iş kolu sendikacılığının benimsendiği söylenmelidir. Yasakların açıkça kaldırılması yolundaki değişiklik de ILO'ya görünürde uyum sağlama amacını gütmektedir.

Yeni yasada yabancıların sendika kurucusu olamayacağına ilişkin yasak isabetli olarak kaldırılmıştır. Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde de bunun kaldırılması esasen bir gerekliliktir. Türkçe okur yazar olmak koşulları kaldırılmış, kuruculuk koşullarında bir takım değişiklikler yapılmış. Kuruculuk için "o iş kolunda fiilen çalışır olma" yerine, "fiilen çalışır olma" şartı getirilmiştir. Ama bunun uluslararası sözleşmelerle herhangi bir bağlantısı yok. Bu sadece yeni kurulan bazı sendikaları korumak için yapılan bir düzenleme. Bunu anlamak çok da mümkün değil. Sendikanın kurulacağı iş kolunda çalışma, kurucular tarafından bu iş kolundaki sorunların bilinmesi, bu iş kolunun tanınması amacına dayanmaktadır. Dolayısıyla getirilen düzenleme anlamlı görünmemektedir.

2821 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sendika kuruculuğu için birtakım koşullar öngörülmüştü. Bunlardan biri de belirli suçlardan mahkum olmamayı. Bu suçlar oldukça azaltıldı, sadece parasal nitelikli yüz kızartıcı suçlar kuruculuğa engel görüldü, zimmet, ihtilas, irtikâp veya hileli iflas gibi suçlardan mahkum olan kişilerin sendika kurucusu

olamayacakları öngörüldü. Onun dışında devletin bütünlüğüne aykırı suçlar ve diğerleri kaldırılmış durumda.

Üyeliğin kazanılması 2821 sayılı Kanun'da noter şartına bağlanmıştı. Üyelik ve istifa, noter aracılığıyla gerçekleşiyordu. Bilindiği gibi, bunun sebebi önceki dönemlerde yaşanan üyeliklerde sahtecilik olayları idi. Dolayısıyla noter şartının getirilmesi ile sahteciliklerin önüne geçebileceği düşünüldü ama maalesef bu olmadı. Çok sayıda yargı kararında ortaya çıktığı gibi, son istatistiklerin yayımlanmasında da gördük ki, esasında bazı işkollarında bire iki; iş kolunda çalışan sayısı farz edin ki 100 bin ise 200 bin sendika üyesi varmış gibi kayıtlar tutulmuş. Dolayısıyla noter şartı amacına ulaşmadı, iyi işlemedi. Aynı zamanda, sendikaya üyeliği ve istifayı zorlaştırıcı nitelikte olduğu için ILO'nun eleştirilerine de konu oldu. 6356 sayılı Kanun'da ise e-devlet şartı getirildi. Artık sendika üyeliği e-devlet aracılığıyla yine istifa da e-devlet aracılığıyla gerçekleşecek. İşçinin sisteme girmesi ve sistemden üye olmak istediği sendikayı seçerek buradan kendisini üye kaydettirmesi ve yetkili organın da kabulüyle üyelik kazanılacak. Buna ilişkin bir yönetmelik çıkarılacak. Bu yönetmeliğin içeriğine ilişkin tabii ki şu an bilğimiz yok ama sistem tehlikeye açık. En büyük riski de e-devlet şifrelerinin işverenler tarafından ele geçirilerek, işyerindeki sendikalaşmanın takip edilmesidir. Nitekim işçiden işte nüfus kaydı, sabıka kaydı vs. isterken aynı zamanda e-devlet şifreni de getir dediğiniz zaman birçok işçi ister istemez bunu götürecektir. Belki bu riskini bilmeden dahi götürecektir. Bu takdirde 2821 sayılı Yasa sisteminde yetki aşamasına kadar, eğer içeriden bazı duyumlar almadıysa işveren kimlerin sendika üyesi olduğunu bilmezken, yeni sistemde işveren eğer bu e-devlet şifrelerini ele geçirirse sendika üyeliğini daha önceden öğrenebilecek ve dolayısıyla sendikal örgütlenmeye karşı çıkabilecektir. Yine aynı şey, rakip sendikalar bakımından da söz konusu olabilecektir. Rakip sendikaların da bu şifreleri ele geçirerek sahte üyelikler veya istifalar gerçekleştirmesi mümkün olabilecektir. Ancak Bakanlık yetkilileri bunun önlemlerinin alınacağını belirtmektedir. Kuşkusuz uygulamanın sağlıklı olup olmadığı zaman içinde görülecektir.

Sendika özgürlüğünün güvencesine gelince, 2821 sayılı Kanun'un 31. maddesinde yer alan sendika özgürlüğünün güvencesi, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenmiş. İşe alınma sırasında, çalışma koşulları bakımından ve iş sözleşmesinin feshinde işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti nedeniyle ayrımcılığa uğraması yasaklanmış ve

yaptırım öngör÷lmüştür. Maddede işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliğı muhafaza etmeleri veya üyelikten çekinmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağı tutulamayacağı öngör÷lmüştür. Yani işe alınma sırasındaki ayrımcılığa yer verilmiştir. Ardından yine çalışma koşulları bakımından ayrımcılık, çalışmaya son verme bakımından ayrımcılık düzenlenmiş ve sendika üyesi olanla olmayan veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında çalışma koşulları veya iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından da ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Bilindiğı gibi tüm bu hususlar 2821 sayılı Kanun'un 31. maddesinde de mevcuttu.

Yasanın 25. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında sendika özgürlüğüne aykırılığın yaptırımı düzenlenmiştir. 5. fıkra uyarınca; *"İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir."* Fesih dışında deyince işe alınma ve çalışma koşulları bakımından ayrımcılık halleri anlaşılmaktadır. Bu noktada işe alınma sırasındaki ayrımcılığa ilk kez hukuki yaptırım getirildiğı gör÷lmektedir. Dolayısıyla, işverenin kişiyi belli bir sendika üyesi veya herhangi bir sendika üyesi diye ya da farklı bir sendika üyesi diye işe almaması artık sendikal tazminat talep hakkı vermektedir. İşçi bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat talep edebilecektir. Çalışma koşulları bakımından ayrımcılıkta sendikal tazminat talep hakkı mevcut, örneğın işın dağılımı, sağlanan yardımlar vb. konularda ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça sırf sendikal nedenlerle ayırım yapılması bu kapsamda yer alacaktır.

Yaptırım bakımından sorunlu konu, iş sözleşmesinin sendika üyeliğı veya sendikal faaliyet nedeniyle feshi halinde bağlanacak hukuki sonuçlardır. Maddenin 5. fıkrası uyarınca, işçi 4857 sayılı Kanun'un 18, 20, 21. maddelerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğının anlaşılması halinde 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması ya da başlatmaması şartına bağılı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. *"Ancak işçinin işe başlatılmaması halinde, ayrıca 21'inci maddedeki iş güvencesi tazminatına hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanun'un yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez."* Şimdi burada öncelikle şu konuda hem fikiriz; eğer işçi, iş güvencesinin kapsamına giriyorsa işe iade davası açabiliyor. Bunda

herhangi bir tereddüt yok. İşe iade davası için İş Kanunu'nun 18, 20 ve 21. maddelerine atıf yapılmış. Ancak işçi dilerse işe iade davası açmayıp sadece sendikal tazminat talebinde de bulunabilecektir. 2821 sayılı Yasa döneminde iş güvencesine tabii olanların sadece iade davası açabilecekleri, sendikal nedenle sözleşmenin feshi halinde sendikal tazminat talebinde bulunamayacakları kabul edilirken, 6356 sayılı Yasa'da alternatif getirilmiştir: İşçi işe iade davası açabileceği gibi bunun yerine sendikal tazminat davası da açabilir. Herhangi bir uyuşmazlıkta hangisinin tercihi daha mantıklı? Kanımca işe iade davası açmak çok daha yararlı bir yol. Çünkü sendikal nedenle tazminat davasında sözleşmenin sendikal nedenle feshedildiğine ilişkin ispat yükü işçidedir. Ancak işe iade davasında, işveren geçerli fesih nedenini ispat etmekle yükümlü iken, işçi feshin sendikal nedene dayalı olduğunu ispat edecektir. Dolayısıyla, sendikal tazminatta sendikal nedenin ispat edilememesi halinde işçinin başkaca bir talep hakkı bulunmayacaktır. Oysa, işe iade davasında sendikal neden ispat edilmese bile geçerli nedenin işveren tarafından ispat edilememiş olması, işe iade ve sonuçlarından yararlanma imkanı verecektir. Dolayısıyla, sadece sendikal tazminat talep hakkı veren bu hüküm dolayısıyla sendikal nedenlerle fesihlerde işe iade davasının azalacağından söz etmek pek mümkün görünmemektedir.

Peki, iş güvencesinin kapsamı dışında kalanlar bakımından sendikal nedenle feshin hukuki sonuçları ne şekilde düzenlenmiştir? Bilindiği üzere, madde hükmü Meclis'te önergeyle değiştirilmeden önce şu şekildeydi: *"Sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinin birinci fıkrasındaki otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir."* Yani, iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın tüm işçilere işe iade davası açma hakkı öngörülmüştü. Mecliste verilen önerge ile madde metni bugünkü içeriğine kavuşmuştur. Kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana yaşanan tartışma; iş güvencesinin kapsamı dışında kalanların tümüyle güvence kapsamı dışında mı bırakılacakları, bu işçilere hangi hükümlerin uygulanacağıdır. İş Kanunu'na tabi olmayıp da deniz İş Kanunu'na, Basın İş Kanunu'na, Borçlar Kanunu'na tabii çalışanlar var. Bunlar 6356 sayılı Yasa'nın kapsamı içinde, yani bunlar sendikalaşabiliyorlar. Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na tabi olanların hiç mi sendikal güvencesi olmayacak? Konuya ilişkin olarak iki görüş ortaya çıkmış durumda. Birincisi benim de benimsediğim görüş. Kanımca

iş güvencesinin kapsamı dışında kalanlar sendikal tazminat davası açabilecektir. Maddenin 5. fıkrasının son cümlesinde yer alan ve 4857 sayılı Kanun'un yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması işçinin ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez hükmü buna imkan vermelidir, görüşündeyim. Her şeyden önce daha işe alınma sırasında yapılan ayrımcılığa karşı sendikal tazminat talep hakkı veren bir yasanın, sendikal özgürlükleri güçlendireceğiz diye yola çıkan ve gerekçede buna yer veren bir yasanın fesih sırasında hiçbir hak tanımaması İş Kanunu'ndaki kötü niyet tazminatıyla yetinilmesini istemesi kanımca mümkün değildir. Kaldı ki, bu yöndeki bir yorum uluslararası düzenlemelere de aykırıdır. Dolayısıyla burada sendikal tazminatın talep edileceğine dair kuşku duymamak gerekir. Nitekim, ILO denetim organları *"Sendikal ayrımcılığın önlenmesi için yasama düzenlemelerinin yapılması gerekir, bu düzenlemeler geniş bir kapsam dahilinde işe alınma, işten çıkarılma, işyeri değişikliği, eğitim fırsatlarından yararlanma gibi alanları da kapsamalıdır."* demektedir, raporlarda güvence bakımından işe iade de özel olarak zikredilmektedir. Bu nedenle, dediğim gibi ikinci görüş olan kötü niyet tazminatının uygulanması gerektiği yolundaki görüşün benimsenmesi kanımca isabetli olmayıp, sendika özgürlüğü açısından ciddi bir sakınca olacaktır. Bu nedenle de sendikal tazminatın uygulanması gerektiği görüşündeyim.

İşyeri sendika temsilciliğinin güvencesine ilişkin maddeye baktığımız zaman, konuya ilişkin olarak ILO'nun özellikle 135 sayılı İşçi Temsilciliğine İlişkin Sözleşme'si var. Burada da *"İşten çıkarma dahil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından veya bu sıfatla faaliyetlerde bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkin bir korumadan yararlanmalıdır."* diyor işçi temsilcileri için. Bu, işyeri sendika temsilcilerini de kapsıyor. Peki bizim yasada ne getirildi? Yasada bir yönüyle oldukça etkin bir koruma getirilirken, düzenleme aynı zamanda içinde sorunlar, sıkıntılar barındırmakta.

İşyeri sendika temsilcilerine ilişkin 2821 sayılı Yasa'nın öngördüğü düzenlemeyi hatırlayacak olursak; yasanın ilk halinde *"İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmesini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez."* hükmü yer almaktaydı. Daha sonra 4773 sayılı Kanun'la iş güvencesi mevzuatımıza girdiğinde bu kez temsilciler için ayrı bir düzenleme

getirilmesine gerek olmadığı, zaten iş güvencesinin kanun kapsamına girdiği, temsilcilerin de iş güvencesinden yararlanacakları düşüncesinden hareketle 30. maddede İş Kanunu md. 18 ve devamı hükümlerine atıf yapılmıştı. Bu dönemde, işyeri sendika temsilciliği güvencesinin zayıflatıldığı yönünde eleştiriler mevcuttu.

6356 sayılı Yasa'ya baktığımız zaman yine 2821'in ilk haline dönüldüğünü görüyoruz. Ne diyor, *"İşveren işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin bir şekilde belirtmedikçe feshedemez."* Bu güvenceden iş güvencesine tabii olsun olmasın tüm temsilciler yararlanıyor. Bu konuda herhangi bir tereddütümüz yok. Fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde temsilci veya üyesi bulunduğu sendika dava açabilir, dava basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılır, kararın temyizi halinde de Yargıtay kesin olarak karar verir. Yasanın kabulünden sonraki tartışma konularından birini "haklı neden" kavramı oluşturuyor. Bir görüşe göre, 24. madde anlamında haklı neden İş Kanunu md. 25'ten farklı olarak anlaşılmalıdır. Kuşkusuz bu yöndeki bir yorumun gerekçesi, örneğin işçinin çalıştığı birimin kapatılması, verimsizliği gibi nedenlerin İş Kanunu md. 25 anlamında haklı neden oluşturmamasıdır. Kanımca haklı-geçerli neden ayırımına açıkça yer veren 4857 sayılı Yasa döneminde, haklı nedene farklı bir anlam vermek mümkün değildir. Dolayısıyla, iş güvencesinin mevzuatta yer almadığı dönemde açıkça geçerli neden kavramı da bulunmadığından, haklı nedenin içeriğinin daha esnek yorumlanabilmesi imkanı mevcut olabilirken, bu gün için haklı neden kavramına, 6356 sayılı Kanun md. 24 bakımından ayrı bir içerik kazandırmak mümkün değildir. İster Borçlar Kanunu, ister Deniz İş Kanunu, ister Basın İş Kanunu'nu alın, haklı neden; sözleşmeye devamı beklenemez, devamını çekilmez kılan hallerdir. İş Kanunu md. 25'te bunlar somutlaştırılmış ve II. bentte "benzerleri" denilmiştir. Haklı neden denildiğinde kuşkusuz bazı hallerde işveren için güçlükler ortaya çıkabilir. Örneğin işçinin yetersizliği, performans düşüklüğü haklı neden olmayıp bir geçerli nedendir. Dolayısıyla işveren kural olarak performans düşüklüğü nedeniyle işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini feshedemeyecektir. Çalıştığı birimin kapatılması yine geçerli nedendir. Haklı neden oluşturmada yine sözleşmenin feshi kural olarak geçersiz sayılacaktır. Yine, sık sık devamsızlık, Yargıtay kararları isabetli olarak bunu geçerli fesih nedeni olarak kabul ediliyor. Sendika temsilcisi peki bu durumu

kötüye kullanabilir mi? Bu takdirde artık uyarılara rağmen herhangi bir mazeret olmaksızın sık sık devamsızlık yapıyorsa bunu artık bir haklı fesih sebebi olarak görmek gerekir. Yine işyerinde huzursuzluk çıkarma bir geçerli fesih nedenidir. Ama eğer belirli bir yoğunluğa ulaşmışsa, verim düşüklüğü belirli bir ölçüyü aşmışsa bu durumları haklı fesih sebebi olarak değerlendirmek lazım. Nitekim 27. maddede, *"İşyeri sendika temsilcileri, işyerindeki işlerini aksatmamak ve iş disiplinine aykırı olmamak şartıyla görevlerini yerine getirirler."* diyor. Kaldı ki, işyerinin kapatılması halinde işçinin temsilcilik sıfatı da ortadan kalktığından ancak genel güvenceden yararlanması mümkün olabilecektir.

İşyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshi geçersiz sayılırsa sonucu ne olacaktır? Yasaya göre, işe iadeye karar verilirse, temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklar ödenir. İlk hukuki sonuç bu. Normalde İş Kanunu md. 21 uyarınca sadece dava süresine ilişkin dört aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesi söz konusuyken, şimdi fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakların ödenmesi öngörülmüş. Maddeyle ilgili olarak öncelikle bu süre boyunca güvence getirilmesi nedeniyle son derece etkin bir koruma getirdiğini düşünüyoruz. Ancak temsilcilik süresinin bitimine az süre kalan fesihler bakımından bu güvence İş Kanunu md. 21'in gerisindedir. Şöyle ki, temsilcilik süresinin bitimine bir ay kala işçinin işten çıkarılması durumunda dava süresine ilişkin ödenmesi gereken ücret tutarı ancak bir aylık süreyi içerecektir.

Yine devam ediyoruz; kararın kesinleşmesinden itibaren işçi ne yapacak? *"Altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması halinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır."* Dolayısıyla, iş sözleşmesi feshedilen işyeri sendika temsilcisi, işe iade davası açar ve feshin geçersizliğine karar verilirse ve dava süresince temsilcilik süresi devam ediyorsa o süre boyunca ücreti ve diğer hakları ödenecektir. Feshin geçersizliğine temerrüt sonucu bağlanmıştır. Kararın kesinleşmesiyle işçinin başvurması halinde işe alınmazsa bu kez işveren yine iş ilişkisinin devam ettiğini kabulle ücret ve diğer hakları ödemeye devam edecektir.

Görüldüğü gibi, maddenin sistemi güvenceyi "temsilcilik süresinin devamı"na bağlamış, bunun üzerine şekillendirmiştir. Temsilcilik süresinin bitimi üzerine işçinin yeniden temsilciliğe atanması halinde güvenceden yararlanmaya devam etmesi öngörülmüştür. Peki temsilcilik süresi dava süresi içinde biterse ve işçi yeniden temsilciliğe atanmazsa, hukuki sonuç ne olacaktır? İşçi temsilcilik süresinin bitimine bir ay kala işten çıkarıldığı, davayı kazandı bir aylık süreye ilişkin ücret ve diğer hakları alacaktır. Ancak işveren işe almazsa, ilave bir ödeme söz konusu değil, acaba bu işe almama yeni bir fesih midir? İşçinin bu durumlarda hakların yarışmasından hareketle 25. maddeden yararlanmayı seçmesi ve buna göre dava açması mümkün müdür? Bu ve bu gibi sorular gelecek dönemde yargı ve uygulamayı meşgul edecektir. 2821 sayılı Yasa'nın ilk halinde işyeri sendika temsilcisinin sadece temsilcilik süresince korunması önemli bir düzenleme idi. Zira, o dönemde başka hiçbir çalışan için bu yönde bir düzenleme bulunmadığından maddenin bir mantığı bulunmaktaydı. Temsilcilik süresince işçiyi korumak ve bu sürenin bitiminden madem tüm işçiler herhangi bir güvence olmaksızın işten çıkarılıyor, temsilci de farklı bir düzenlemeye tabi olmasın. Ama şimdi öyle değil. Temsilci işverene başvurduğunda, temsilcilik süresi bitmişse, işverenin işe almaması yeni bir fesih midir, yeniden mi dava açılacak, işveren yeniden mi bir geçerli fesih nedeni ortaya koyacak, yoksa sadece temsilci süresine endeksli bir güvence midir bu? Acaba böyle hallerde ben bu temsilcilik güvencesinden vazgeçiyorum ben sendikal tazminat davası açıyorum, zaten üyeyim, sendikal nedenle fesih davası açıyorum, diyebilir mi? Madem bu kadar sorun var, hüküm niye bu şekilde getirildi. Dediğim gibi o dönemdeki sorunları dikkate almadan doğrudan iş güvencesi olmayan bir dönemdeki maddeyi doğrudan buraya taşırsanız bir takım sıkıntılar yaşanması kaçınılmaz.

Yine *"İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır."* Peki ben işyerinin bir bölümünü kapatıyorum, bu işçinin aynı işyerinde veya aynı işte çalıştırılması imkanı bulunmamakta. Bu durum haklı fesih nedeni değil. Ben başka bir yere nakletmek istiyorum, işçinin rızası olmaksızın esaslı değişiklik de yapamayacağım. Dolayısıyla işçiyi çalıştırmadan parayı ödemeye devam edeceğim. Yani hüküm bir yandan çok koruyor, bir yandan boşluklar bırakıyor. Bu nedenle de başarılı olduğundan söz etmek mümkün değil.

Belirtmek gerekir ki, madde hükümleri işyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler hakkında da uygulanır. Yani bunlar amatör sendika yöneticileri hakkında yani, sendikanın veya konfederasyonun yönetim kurulunda görev alıp da işyerinde çalışmaya devam edenler için de bu hükümler uygulanır.

Son olarak sendika yöneticiliğinin güvencesine geçmek istiyorum. Belirtmek gerekir ki, madde kapsamında yer alan sendika yöneticileri profesyonel yöneticiler, yani sendikanın yönetim kurullarına seçilerek işyerinde iş sözleşmesini sona erdiren ve yönetim kurullarında vekalet sözleşmesiyle görevini ifa eden kişiler. Sendika yöneticiliğinin güvencesi 2821 sayılı Kanun'un 29. maddesinde düzenlenmişti. 29 madde uyarınca sendika yöneticilerinin görevlerinin belirli nedenlerle sona ermesi halinde tekrar işverene başvurmaları ve çalışmayı talep etmeleri mümkündü. Ama buna aykırılık halinde herhangi bir hukuki yaptırım öngörülmemiştir. Yani mahkeme kararı ile bir sözleşmenin kurulması gibi bir sonuç bağlanmamıştır. Yargıtay o dönemlerde haklı olarak eski yöneticinin işverene başvurup da işe alınmaması halinde sanki işe alınmış da sözleşmesi sona erdirilmiş gibi, feshin parasal sonuçlarına, ihbar ve kıdem tazminatına hükmetmekteydi. Kuşkusuz teknik hukuk bakımından bu sonuç eleştiriye açık olmakla birlikte, hakkın korunması noktasında yeterli olmamakla birlikte adil bir sonuçtu.

6356 sayılı Yasa'da ise yöneticiler için etkin bir güvence getirilmiştir. Yasada öncelikle yönetici kavramında değişiklik yapılmış 2821 sayılı Kanun'da denetleme kurulu üyeleri de yönetici sıfatına haiz iken, 6356 sayılı Yasa'da denetleme kurulu üyeleri çıkartılarak sadece yönetim kurulu üyelerine yönetici sıfatı tanınmıştır. Sendika yöneticisinin 23. madde uyarınca iki seçeneği bulunmakta; ya iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatını talep edebiliyor veya sözleşmenin askıda kalmasını tercih edebiliyor. Madde şöyle diyor: *"İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır."* Yani sözleşme feshedilmeden sadece ücret ödeme ve iş görme borçlarının kesilmesi anlamında işçi işyerinden ayrılarak sendikadaki görevine başlıyor. Ancak dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın feshederek kıdem tazminatı talep etmesi de mümkün. Görüldüğü gibi, maddede adeta bir haklı fesih sebebi yaratılmış bildirim süresine uyma veya sözleşme süresinin bitimini bekleme zorunluluğu olmaksızın fesih hakkı tanınmış.

Yöneticinin ileride tekrar geri dönüp çalışma ihtimalini dikkate alarak askıyı tercih etmesi durumunda, yine yöneticilik görevi sırasında dilediği bir anda iş sözleşmesini feshetmesi mümkün, bu durumda kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanacaktır. Yani o arada ücretlere gelmiş zamlar, yeni haklar tespit edilerek emsal ücret üzerinden kıdem tazminatı ödenecektir. Eğer yöneticinin iş sözleşmesi askıdaysa ve yöneticilik görevi sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek nedenleriyle veya kendi isteğiyle son bulmuşsa eski yönetici yöneticilik görevinin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde ayrıldığı işyerinde işe başlamak üzere işverene başvurabilir. İşveren bir ay içerisinde bu kişiyi işe almak zorunda, yasaya göre süresi içinde başvuran işçinin işe alınmaması halinde iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Feshedilmiş sayılmanın sonucu nedir? Eğer işe iade koşullarını sağlıyorsa bu kişi, yani altı aydan fazla kıdemi varsa, 30'dan fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışıyorsa bu takdirde işe iade davası açabilecektir. İşe iade davasında işveren neyi ispat edecek? Şimdi uzun yıllardır yanınızda olmayan bir işçi, sözleşme askıda, yöneticilik görevi bitti, geldi. Fesih sebebi olarak neyi ispat edeceksiniz, oldukça güç. Boş yer olamaması geçerli fesih sebebi kabul edilmemelidir diye düşünüyorum, aksi takdirde güvencenin etkin olmayacağını düşünüyorum. İşçinin yeterliliği, davranışları veya işletme gereklerinden kaynaklanan nedenlere dayanma imkanı güç. Ancak ne olabilir? İşçinin çalıştığı yerde reorganizasyona gidilmiştir, üretim teknikleri değişmiştir, artık işçinin o işe uygun olmadığı açıktır. Kendisini geliştirmemiştir o arada, yeni yöntemlere uyum sağlayamayacaktır, bu olabilir. İşyerinde ekonomik kriz nedeniyle küçülme gerçekleşmiştir. Bu takdirde de geçerli fesih nedeni bulunmaktadır. Yine işçinin yöneticilik sırasında işverene karşı hakaretamiz sözler söylemesi, rekabet edici davranışlar içine girmesi halinde feshin geçerliliğinden söz edilmelidir. Bu takdirde davranışlardan kaynaklanan sebeplere dayanılabilir. Ama bunun dışında dediğim gibi oldukça güç.

Biraz evvel bahsettiğim dört hal dışındaki nedenlerle yöneticilik görevi sona ererse, farz edin ki; yönetici parasal nitelikte bir suç işledi, yüz kızartıcı suç ve yöneticilik görevi sona erdi, işe yeniden başlamayı talep edemeyecektir. Ancak kıdem tazminatı talep hakkı mevcut. Ödenecek tazminatın hesabında işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulur ve kıdem tazminatının hesabında fesih anında emsalleri için geçerli olan

cret ve diğer hakları esas alınır. İş Kanunu'ndan doğan diğer hakları saklıdır. Evet burada da dediğim gibi diğer hallerde artık fesih anındaki emsal ücret üzerinden hakları alacak. Ama her durumda esasında kıdem süresi olarak askı süresi dışında fiilen çalışılan sürelerin dikkate alınması gerekir.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Osman Güven ankaya :

Sayın Alpagut'a teşekkür ediyorum, kendisiyle başkan ve tebliğ sahibi olarak birçok kez kürsülerde bulunduk. Her zaman olduğu gibi çok grift konuları zamanı çok iyi değerlendirerek anlatı. İnşallah arkadaşlar bu konuda fazla soru getirmezler. Yalnız şunu uyarmak istiyorum, bizim bu tür toplantılarımızda görülmekte olan davalarla ilgili soru tevdi edilmeyeceği konusunda prensiplerimiz var. Eğer soru sormak isterlerse bu prensibi nazara almak istiyorum. Efendim şimdi çok değerli hukukçu Melda Sur'a söz veriyorum, buyurun hocam...

Prof. Dr. Melda Sur :

Teşekkür ederim Sayın Başkan. şimdi benim işleyeceğim konu, yeni kanunun *"6356 sayılı Kanun'un toplu iş sözleşmeleri ve toplu iş uyuşmazlıkları ile ilgili hükümlerinin uluslararası normlar açısından değerlendirilmesi."* şüphesiz sendikayla toplu sözleşme ve grevi birbirinden ayırmak çok zordur. Çünkü bunlar birbiriyle sıkı bir şekilde bağlı haklar. Zaten uluslararası açıdan baktığımızda gittikçe belirginleşen bir anlayış var. Sendika hakkı dediğimiz zaman bunun içinde vazgeçilmez olarak toplu iş sözleşmesi ve grev hakları da içinde yer almaktadır. O nedenle aslında aynı kanunda düzenlenmesi de belki bu mantığı yansıtıyor olabilir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun genel gerekçesine ilk önce bakmamız gerekir. Bu genel gerekçede şu düşüncelere yer veriliyor, genel düşünce şudur: Toplu iş ilişkilerini düzenleyen yasaların daha özgürlükçü bir yaklaşımla ele alınması ihtiyaı. Özellikle uluslararası çalışma normları, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik perspektifi çalışma hayatının yapısal sorunları farklı bir kaygıdır, yargı içtihatları doktrinindeki eleştiriler de dikkate alınmak suretiyle ve buna ilave olarak da daha önce hazırlanan taslak çalışmaları da dikkate alınarak bir metin ortaya çıkmıştır. Son aşamalarda sosyal tarafların görüşlerinde de

itibar edilmiş, özellikle danışma kurulu bünyesinde sosyal tarafların görüşlerinden de yararlanmak suretiyle ortaya bir uzlaşma metni ortaya çıktığı söylenebilir. Zaten bundan sonra anlatacağım bunun bir uzlaşma metni olduğunu açıklıkla ortaya koyabilir. İlk bölümde sunumumu yapacağım; ilk önce toplu iş sözleşmeleri, daha sonra da toplu iş uyuşmazlıkları. Her bir bölümün başında da ilk önce uluslararası normlar daha sonra da Türk pozitif hukuku kısaca anlatılacak. Bu şekilde bir karşılaştırma yapma imkanı da olabilir. Değerlendirmeleri sizler, değerli dinleyiciler de yapabilirsiniz. Bu şekilde aktif bir şekilde katılımınızı da sanırım bekleyeceğiz.

Şimdi toplu iş sözleşmeleri bakımından uluslararası normlar dediğimiz zaman genel olarak sendika hakkının bazı özellikleri var, onlara değinmemiz gerekir. Bir kere sendika hakkı hem klasik haklar içinde yer alıyor ve klasik haklara hasredilen belgelerde yer alıyor, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Kişisel Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi hem de sosyal haklara hasredilen belgelerde yer alıyor, örneğin Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve tabii ki ILO Anayasası, Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası ve ILO sözleşmelerinde özellikle 87 ve 98 sayılı Sözleşme.

Demek ki, hem bir klasik hak hem de sosyal hak olma özelliğini birlikte barındıran bir temel haktır sendika hakkı. Diğer özelliği sendika hakkının, içeriğinin zengin olması, daha önce de kısaca belirttiğim üzere toplu iş sözleşmesi ve grev hakkını da içinde barındırması. Böyle bir özelliği de vardır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın kararlarında da bu anlayış gittikçe daha belirgin olarak kararlarından anlaşılmaktadır. Ve bu kararlarda da enteresan olan husus; sadece 11. madde yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin örgütlenme, dernek kurma ve toplanma özgürlüğüne ilişkin 11. madde değil, Avrupa Sosyal Şartı ve uluslararası çalışma sözleşmelerine de atıf yapılması.

Bir örnek vermek gerekirse, burada 2006 tarihli Tüm Haber-Sen - Türkiye kararı örnek olarak gösterilebilir. Burada bir memur sendikasının kapatılması divan önüne gelmişti. Bu mevzuat, bu konuda çıkarılan mevzuattan önce gerçekleşen bir işlemdir. Burada kararın gerekçesinde; 87 sayılı ILO Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı'nın Bağımsız Uzmanlar

Komitesi görüşlerini, sonuçlarını da belirtmiştir Divan. Bağımsız Uzmanlar Komitesi yani şimdi Sosyal Haklar Komitesi adını taşıyan organ.

Bir diğer karar, Demir ve Baykara kararı(2006): Burada, bir sendikanın belediye ile yaptığı toplu iş sözleşmesinin geçersiz sayılması üzerine açılan bir dava söz konusu. Bu toplu iş sözleşmesi bir zamandır uygulanmaktaydı, 1993 yılında yapılan toplu iş sözleşmesi, bu toplu iş sözleşmesinin geçersiz sayılması 11. maddeye aykırı bulunmuştur. Bu kararda olayın somut özelliklerine yer veriliyor. Avrupa Sosyal Şartı'nın Bağımsız Uzmanlar Komitesi'nin içtihadına yer veriliyor ve 98 sayılı ILO Sözleşmesi'ne de yer veriliyor kararın gerekçesinde ve bu şekilde sendika özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır. Bu karar şu bakımdan enteresan, ayrıca toplu iş sözleşmesi özgürlüğünün sendika hakkının bir parçası olduğu vurgulanmakta bu kararda.

Demek ki, Avrupa İnsan Hakları Divanı hiç de çekingen değildir, zannedildiği kadar da ihtiyatlı değildir. Zaman içinde giderek daha genişletici, hak ve özgürlükleri genişletici bir şekilde içtihadının yön aldığını görüyoruz.

Uluslararası Çalışma Örgütü'ne baktığımızda ise bu sabah çok güzel bir şekilde vurgulanmıştır; bizzat Uluslararası Çalışma Örgütü'nün yapısı sendika özgürlüğüne dayanır. Kurucu Anayasa'sı, kurucu belgeleri sendika özgürlüğüne dayanır, üçlü yapıya sahip bir örgüttür ve bu üçlü yapısı sayesinde zaten bu kadar uzun bir süre, 2. Dünya Savaşını da atlatarak varlık sürdürebilmiştir ve etkinlik gösterebilmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün genel konferansında 1998'de kabul edilen önemli bir belge var, çalışmada temel haklara ilişkin ILO ilkeleri bildirimi. Bu bildirim bir takım sosyal hakları temel hak olarak beyan etmektedir ve bunlar için ayrı bir denetim mekanizması oluşturmaktadır. Bu temel haklarla ilgili sözleşmeleri onaylayan ve onaylamayan devletler de bu denetim mekanizmasına tabi olacaklardır. Bu temel haklar dört tane; örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkıyla beraber, zorla ve zorunlu çalıştırmanın yasaklanması, çocukların çalıştırılmasının fiilen ortadan kaldırılması ve iş ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılması. Bunlar dört temel haktır ve bunlar için ayrı bir denetim sistemi kurulmuş ve işletilmektedir. Ve ilk önce de örgütlenme özgürlüğünün denetime konu olması kararlaştırılmıştır.

Böylece görüyorsunuz, örgütlenme özgürlüğünün ayrı bir mevkiye, daha üst bir mevkiye olduğu söylenebilir : hem klasik hak, hem sosyal hak aynı zamanda da artık temel hak olduğu tartışmasız evrensel düzeyde kabul edilmiş bir hak.

Bu konuda iki önemli sözleşme var, 87 sayılı Sözleşme, sendika özgürlüğü ve sendika hakkının korunması hakkında sözleşme, diğeri de 98 sayılı Örgütlenme Ve Toplu Görüşme Hakkı Sözleşmesi. 87 sayılı Sözleşme daha ziyade sendikanın tüzel kişi olarak, örgütün devlete karşı özerkliğini, bağımsızlığını korumaya yönelik bir sözleşmedir. 98 sayılı Sözleşme ise bireysel, pozitif, negatif sendika üye olma özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkı üzerinde odaklanmaktadır. 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesi özel önem taşıyor. Orada sendika örgütlerinin, yönetim ve faaliyetlerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkı olduğu ifade edilmekte. Sendikaların yönetim ve faaliyetlerine, iş programlarını belirlemekten anlaşılan çok geniş bir şekilde grevin de bunun içinde yer aldığı. Eskiden beri denetim organları, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün denetim organları tarafından kabul edilmektedir. Böylece her ne kadar grev hakkı, hiçbir uluslararası çalışma sözleşmesinde açıkça tanınmasa bile 87 sayılı Sözleşmesi'nin 3. maddesindeki bu hükümden hareket ederek sendikaların faaliyetleri içinde grevin de yer alabilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ayrıca 98 sayılı Sözleşme'nin bir özelliği de toplu pazarlık hakkının 4. maddede benimsenmiş olması. Şöyle ifade edilmiş: *"Çalışma şartlarını toplu sözleşmelerle düzenlemek üzere işverenler ve işveren kuruluşlarıyla işçi kuruluşları arasında gönüllü -ihtiyari diyor orijinal metin- ihtiyari toplu müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır."* Burada, demek ki; devletleri serbest toplu pazarlığı geliştirecek önlemlerin alma yükümlülüğü devletlere verilmiş. Bu yükümlülöklere uymak üzere, çeşitli, her ulusal şartların gerektirdiği önlemlerin alınması gerekmektedir.

Sendika Özgürlüğü Komitesi grev hakkıyla ilgili ve toplu iş sözleşmesi hakkı ile ilgili bir takım prensipler, bir içtihat oluşturmuştur. Burada toplu iş sözleşmesi hakkı ile ilgili bazı prensiplere yer vereceğiz, daha sonra grevi incelerken de grev hakkıyla ilgili bazı prensiplere yer verelim.

Birincisi şu; saptadığımız belli başlı prensipler arasında, komiteye göre toplu pazarlığın temsil yeteneğine haiz sendikalara hasredilmesi, sendika

özgürlüğünü zedeleyici değildir. Yani bir takım yetki koşulları aranabilir. Yalnız bu yetki koşulların objektif ölçülere dayanması lazım. Önceden benimsenmiş olması lazım, daha sonra yetkili otoritelerce saptanmalı ve denetlenmelidir, ayrıca bu objektif, sayısal kriterlere bağımsızlık, sendikanın bağımsızlığının da bir kriter olarak eklenmesi gerekmektedir.

Ülke düzeyinde barajlar konusunda nüanslı bir yaklaşımı vardır sendika özgürlüğü komitesinin. Baraj koşulları getirilebilir fakat burada toplu pazarlığı engelleyici nitelikte olmaması lazım bu barajların. Özellikle; ayrıca bir takım konfederasyonlara üye olma şartının getirilmemesi gerekmektedir. Böyle şartlar sendika özgürlüğünün, üye olup olmama özgürlüğünün açık ihlalini teşkil etmektedir. Azınlıkta kalan sendikaların işletme düzeyinde, azınlıkta kalan sendikalara da belli ölçülerde katılım hakkı ve seslerini duyurma hakkı tanımak gerekir. Hiçbir sendikanın yetki koşulunu sağlayamaması halinde öteki sendikalara, bazı sendikalara hiç olmazsa kendi üyeleri adına toplu iş sözleşmesi yapma imkanının tanınması gerekmektedir, yetki koşullarının hiçbir sendika tarafından sağlanmaması halinde.

Toplu pazarlık düzeylerine gelince, taraflar serbest toplu pazarlık ilkesi uyarınca, serbestçe seçtikleri toplu pazarlık düzeyini esas alarak toplu iş sözleşmeleri yapabilmelidirler. Özellikle de, iş kolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılmasında bir engel olmamalıdır, diyor Sendika Özgürlüğü Komitesi.

Zorunlu tahkime gelince, zorunlu tahkim esas itibarıyla her iki tarafın rızasına bağlı olarak başvurulacak bir yoldur. Ancak, grevin yasaklanmasının caiz olduğu temel hizmetlerde zorunlu tahkimin öngörülmesi mümkündür. Fakat bu durumda da tarafların güvenini sağlayacak bağımsız bir organ tarafından bunun gerçekleşmesi gerekmektedir.

Toplu pazarlıkla ilgili bazı ilkeler bunlar. Tabii ki bütün ilkeleri burada sıralamam mümkün değil ama belli başlı bazı ilkeleri örnek olarak verdim.

Türkiye ile ilgili olarak son yıllarda sözleşmelerin uygulanması hakkında uzmanlar komisyonunun bazı raporları var, 2010, 2011 ve 2012 yıllarına ait raporları. Bu raporlarda daha ziyade kamu görevlilerinin sendikal hakları üzerinde odaklandığını, yoğunlaştığını görüyoruz. Bu dikkat çekicidir. Sendika üyeliği imkanının daha geniş kesimlere tanınması

gerektiği belirtilmektedir. Ve burada sürekli olarak her üç yıla ilişkin Türkiye raporlarında şu görüşler dikkat çekiyor. Daha önce bazı hazırlanan taslaklar değerlendirilerek yetki yönünden belirli konfederasyonlara üyelik şartının öngörülmesinin aykırı olduğu belirtilmekte. Çifte yetki koşulu eleştiriliyor. Özellikle işyerinde çoğunluk şartının aranmasının toplu pazarlığa engel teşkil edebilmesi durumunun sorun teşkil edebileceği belirtiliyor ve hiçbir sendikanın yetki kazanmaması halinde sendikaların en azından üyeleri için toplu iş sözleşmesi yapmalarına imkan tanınması gerektiği belirtilmektedir. İşte genel olarak toplu iş sözleşmesi ile ilgili anlayış bu yönde.

Şimdi bizim 6356 sayılı Kanun'da ne gibi hükümler getirilmiştir? Burada sadece uluslararası normlar bakımından anlam taşıyan, çok değişiklikler var, muhtelif değişiklikler var, hepsine yer vermemiz çok zaman alacaktır.

İlk önce sözleşme türlerine bakalım...

Sözleşme türlerine yeni bir türün eklendiğini görüyoruz, *çerçeve sözleşme*. Çerçeve sözleşme şöyle tanımlanıyor yeni kanunda; "*Ekonomik ve Sosyal Konsey'de temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında iş kolu düzeyinde yapılan sözleşme*". Burada hemen dikkat çeken husus Ekonomik Ve Sosyal Konsey'de temsil edilen konfederasyonlara üye olan sendikaların ancak taraf olabilmeleri ki, bu hemen bir sıkıntı doğurabilecek bir hükümdür, uluslararası normlar bakımından, en azından teorik yönden, dikkat çekmektedir.

Daha sonra 33. maddeye baktığımızda bu içerik yönünden de belirli bazı hükümleri içereceği belirtiliyor. Mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeler. O zaman bunun gerçek anlamda bir toplu iş sözleşmesi teşkil edip etmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Hukuki niteliği tartışmalıdır. Yani gerçekten bir toplu iş sözleşmesi sayılabilir mi? Çünkü hukukumuzda toplu iş sözleşmesinin belirli bir tanımı yapılmaktadır. Özellikle iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümler içermesi gerekiyor. Halbuki burada düzenlenecek konular daha genel, makro düzeyde ele alınan konulardır. Üstelik burada tarafların tamamen rızalarına bağlı olarak akdedildiği, herhangi bir yetki koşulunun aranmadığı ve hukuki bağlayıcılığının da bir toplu iş sözleşmesinden farklı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla burada, öğretimizde bunun gerçek anlamda bir toplu iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin zor olduğu görüşü hakim.

Acaba sendika özgürlüğü komitesinin aradığı, tarafların muhtelif düzeylerde toplu iş sözleşmesi yapabilmeleri ihtiyacını karşılayabilir mi, bu eleştiriye cevap verebilecek bir işlem midir? Burada da yanıt pek olumlu olmayacaktır, fakat şunu da belirtmemiz lazım, hukukumuzda grup toplu iş sözleşmesi yaygın olarak akdedilmektedir. Bu grup toplu iş sözleşmeleri bir bakıma, eğer aynı iş kolunda çok sayıda işletmeyi kapsayabilir, bütün bir iş kolunu kapsamasında bir engel görünmüyor teorik açıdan baktığımızda, belki bu açıdan taraflar daha geniş kapsamda grup toplu iş sözleşmeleri yoluyla bir bakıma iş kolu toplu iş sözleşmesinin işlevini yerine getirecek toplu iş sözleşmeleri yapabilmektedirler denilebilir. Grup toplu iş sözleşmeleri bu yeni kanunda açıkça yer almış, açıkça tanımlanmış, bu şüphesiz faydalı bir açıklıktır, işveren tarafı da mecburen bir işveren sendikası olmak zorundadır. Bu konuda da açıklık getirilmiş. Bir de tabii işletme toplu iş sözleşmeleri var. İşletme toplu iş sözleşmeleri daha önce yapılan tanımdan farklı değildir.

Yetki koşullarına gelince, ki bu genellikle en çok üzerinde durulan bir konu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu bu konuda önemli değişiklikler getirmektedir. Çifte yetki koşulu muhafaza edilmiştir aslında. Özellikle bu iş kolu barajı her ne kadar düşürülmüşse, % 10'dan % 3'e yine de önemli bir yetki koşulu olmaya devam etmektedir. İşkolunda en az % 3, işyerinde işçilerin yarısından fazlası, işletme düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmelerinde de % 40 oranında üye barındırmak gerekiyor. Birden fazla sendika % 40 oranına temin ediyorsa en çok üyesi olan sendika bu koşulları sağlamış olacaktır. İlk bakışta yetki koşulları hafifletilmiş gibi görünmektedir. Fakat şu gerçeği de tabii hepimiz biliyoruz, artık sosyal güvenlik kayıtlarına göre istatistikler düzenlenmektedir. Daha önce % 60'lar civarında olan üye oranı şimdi % 9 olarak açıklandı son Ocak istatistiklerinde. Böyle olunca çok dramatik bir düşüş söz konusu istatistiklere bakıldığında. O zaman bu iş kolu barajının aşılmasının günümüzde her ne kadar % 10'dan % 3'e indirilmişse kanunda temini zor gibi görünüyor. Bu konunun tahlilini Sayın Özveri'ye bırakıyorum. Burada durumun, bu koşulun aşılmasının zorluğu bilindiği için aşamalı bir geçiş düzenlenmiş geçici 6. maddede. Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye olan konfederasyonlara bağlı olan sendikalar için bir dönem % 1, ondan sonra % 2 olarak daha düşük iş kolu barajları getirilmiş, diğer başka kolaylaştırıcı hükümler de var daha önce başvuruda bulunan sendikalar için. Ve yine Ekonomik ve Sosyal Konsey'e üye bazı konfederasyonlar için

iş kolu barajının hiç aranmaması yoluna da gidilmiş, geçiş hükümlerinde bunların da ayrıntılarına belki Sayın Özveri girecektir.

Bu düzenleme tarzı, uluslararası çalışma normları karşısında bir takım eleştirilere hedef olmaya mahkum gibi görüyor. Zaten 2013 son raporunda Eğitim Sen'in bir şikayeti üzerine sanıyorum, çifte barajın muhafaza edildiği, yine bu engellerin, toplu pazarlık önündeki engellerin devam edeceği yolunda bir eleştirinin bizzat raporda da görüldüğünü, uzmanlar komisyonu raporunda da bulunduğunu görüyoruz. Demek ki, bu çifte yetki koşulunun -her ne kadar değişiklikler getirilmişse de- Türkiye bakımından eleştiri konusu olabileceği anlaşılmaktadır.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmayla ilgili olarak, işyerinin veya bir bölümünün devri ile ilgili düzenlemeler var. Bunlara giremeyeceğim zaman darlığı dolayısıyla, bir de uluslararası normlarla doğrudan bağlantılı olmadığı için.

Dayanışma aidatı miktarının yükseltilebileceğini görüyoruz, üye aidatı kadar. Bu negatif sendika özgürlüğü bakımından sakıncalı bir hükümdür ve ayrıca nimet-külfet dengesini bozuyor. Dayanışma aidatı miktarının üyelik aidatına kadar yükseltilebilmesi isabetli bir düzenleme değildir kanaatimizce.

Teşmille ilgili olumlu bir hüküm var, teşmil süresince artık yetki başvurusunda bulunup toplu iş sözleşmesi yapılabilecektir. Yani bu yol, açık düzenlemeyle açılmıştır. Bu da sendikaların teşmile bakışını değiştirecek daha olumlu bakmalarını sağlayacaktır muhtemelen. Toplu iş sözleşmeleriyle ilgili bazı saptamalarım bunlar.

Şimdi greve geçiyoruz...

Grev konusunda uluslararası normlara daha önce değinmiştik, 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesinden hareket ederek grev hakkının güvenceye alındığı kabul edilmektedir eskiden beri. Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın da grevle ilgili, enteresan, Türkiye'yi ilgilendiren bir dizi kararı vardır.

Bunları sayıyorum; 2007 tarihli Karaçay V. Türkiye kararı 2. Daire, Dilek ve Diğerleri V. Türkiye kararı 2007, Enerji Yapı Yol Sen, yine Türkiye ile ilgili 2009 tarihli karar. Bu kararların her üçünde de kısa süreli iş bırakmalar söz konusu. Memurlar tarafından yapılan eylemlerdir.

İlkinde, Karaçay kararında; memur maaşları ile ilgili bir gösteri yürüyüşüyle birlikte bir günlük grev uygulanmıştır ve bunun sonucunda bir uyarı cezası verildiği görülüyor. Divana göre; böyle bir uyarı cezasının verilmesi demokratik bir toplumda gerekli bir önlemi aşmaktadır, gerekli bir önlem sayılmaz, 11. madde ihlal edilmiştir. Aynı zamanda da 13. madde de ihlal edilmiş sayılıyor bu olayda, çünkü yargı yolunun kapalı olması bu disiplin cezasına karşı, uyarı ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olması da 13. maddeye aykırı bulunmuştur.

Dilek kararında eski adıyla Satılmış diye bilinir, fakat o adıyla soyadını karıştırdığı için yanlış, Dilek olarak düzeltilmiştir. Burada Boğaz Köprüsü'nde çalışan gişe memurlarının birkaç saatlik iş bırakma eylemi üzerine yine tazminata mahkum olmaları idareye karşı, 11. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Burada bu çalışanlara kendilerini, çıkarlarını savunabilmek için başka yolların tanınıp tanınmadığı konusunda cevap alınamadığının açıklanamamış olması karşısında 11. maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılıyor.

Enerji Yapı Yol Sen kararında da toplu iş sözleşmesi hakkının tanınması talebi için bir günlük iş bırakma eylemi var. Disiplin yaptırımı uygulanmış, yine 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılıyor.

Kaya ve Seyhan V. Türkiye kararında bir kanunun mecliste görüşülmesi sırasında sendikanın kararlaştırdığı ve düzenlediği bir günlük ulusal greve katılan öğretmenlerin daha sonra bir uyarı cezasına uğramaları 11. maddeye aykırı sayılmıştır.

Şimdi bütün bu kararların şöyle bir ortak yönü var: Bir kere divan olayın özelliklerini inceliyor. İkinci olarak bu çalışanların, devlet memurlarının kısa süreli iş bırakması söz konusu, seslerini duyurabilmeleri, menfaatlerini savunabilmeleri için ellerinde başka yolların olup olmadığı sorgulanmaktadır. Bu konuda cevap alınmadığı için uygulanan disiplin yaptırımı dolayısıyla 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır.

Ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın çağdaş yaklaşımı şöyledir: Grev hakkı mutlak bir hak değildir, bir takım şart ve kısıtlamalar getirilebilir, bazı memur kategorilerine yasak getirilebilir, ancak grev yasağı bütün memurları kapsayamaz. Ve özellikle de devletin ekonomik ve ticari işletmelerinde çalışanları içine alamaz grev yasağı. Genel nitelikli yasaklar

11. maddeye ters düşmektedir. Bu kısıtlamalar demokratik bir toplumda gerekli olan kısıtlamaların ölçüsünü aşmaktadır. Genel yaklaşım bu şekilde Divan'ın.

Sendika Özgürlüğü Komitesi'ne gelince, Uluslararası Çalışma Teşkilatı'nın, grev türleri ile ilgili istikrar kazanmış bir içtihadı karşımıza çıkıyor. Bir kere grev çalışanların temel hakkıdır. Ancak çalışanların ekonomik çıkarlarının korunmasına yönelik bir araç olarak kabul edilmelidir. Bu çerçevede salt siyasi grevler korunmamaktadır. Buna karşılık işçilerin, çalışanların ekonomik ve sosyal menfaatlerinin korunmasına yönelik grevler, grev hakkının kapsamına girmektedir.

Sendika Özgürlüğü Komitesi'ne göre grev hakkı sadece belirli bir toplu iş sözleşmesi yapılması sürecindeki iş uyuşmazlıkları ile sınırlı tutulamaz. Bu çok önemlidir; çünkü bizim sistemimizin temeli, grevin bir toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde bir hak olarak tanınmasıdır, onun dışında yasadışı grev olarak nitelendirilmesidir kanunumuzda. Bu bakımdan Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin yaklaşımı farklı.

Ancak hukuki konularda çözümün yetkili mahkemelere bırakılması grev hakkına aykırı sayılmaz. Bununla birlikte, bunun altını çizmemiz lazım, özellikle toplu iş sözleşmesinin yorumu konusunda tarafsız ve süratli mekanizmaların bulunması gerekmektedir. Halen bir toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken greve gidilememesi grev hakkını zedeleyici değildir.

Grev türlerine gelince dayanışma grevi eğer desteklenen asıl grev, asıl eylem meşruysa dayanışma grevi de meşru sayılmalıdır. Genel grev eğer ekonomik ve sosyal konulara ilişkinse meşru, hukuka uygun sayılmalıdır. Eylem türleri bakımından işi yavaşlatma, kısa süreli işi bırakmalar, gayret grevi dediğimiz işin aşırı hassasiyetle görülmesi, işyeri işgali gibi eylemler barışçıl oldukları takdirde yasadışı sayılmamalıdır, yasak konusu olmamalıdır. Ama barışçıl değilse, o zaman yasaklanabilir. Yani barışçıl olup olmamak kriter olarak benimsenmektedir.

Grev kararı bir sendikaya hasredilebilir. Ama bir sendika olabilir, federasyon olabilir, konfederasyon olabilir. Grevden önce uyulması gereken formaliteler grevi önleyecek ölçüde uzun ve karmaşık olmamalıdır. Buna karşılık uzlaştırma ya da arabuluculuk gibi mekanizmalar öngörülebilir grevden önce.

Zorunlu tahkim ancak her iki tarafın başvurusu üzerine gidilebilecek bir yoldur. Ancak temel hizmetlerde yani grevin yasaklanabileceği hizmetlerde, bir zorunlu tahkim mekanizması öngörülebilir.

Grev yasaklarına gelince, normlarla ilgili son açıklamalarımız bunlar olacak, grev ciddi ulusal kriz, ulusal güvenlik, ya da genel sağlık gereklerine dayanarak yasaklanabilir, askıya alınabilir. Ancak bu askıya alınma bağımsız bir organ tarafından gerçekleşmelidir. Grev hakkının yasaklanması ya da kısıtlanması ile ilgili olarak yasaklanabileceği ya da kısıtlanabileceği kesim sınırlı tutulmalıdır. Kamu görevlileri bakımından bu sabah da çok doyurucu bir şekilde anlatıldı, devlet adına otorite, yani kamu kudreti kullanan devlet memurları grev dışında tutulabilecektir. Onun dışında da çalışanlar, genel anlamda çalışanlar bakımından ancak temel hizmetlerde grev yasaklanabilir. Temel hizmetlerin de tanımı yapılmış; kesintiye uğraması halinde halkın tamamının veya bir bölümünün hayatı, güvenliği veya kişisel sağlığının tehlikeye gireceği hizmetler kesintiye uğrarsa grev yasaklanabilecektir. Örnekler veriliyor, daha doğrusu biz değişik kararlardan hareket ederek temel hizmet sayılan işlerden şu örnekleri verebiliriz: Hastaneler, elektrik hizmetleri, su şebekeleri, telefon hizmetler, polis ve silahlı kuvvetler, itfaiye, cezaevleri, okulların temizliği, öğrencilerin beslenmesi için gerekli gıdanın temini, hava trafik kontrolü hizmetleri olarak saptadık. Bu sınırlayıcı değildir yalnız. Zamana göre genişleyebilir, daralabilir. Şunu da özellikle vurgulamak lazım bu konuda her ülkenin kendine ait koşulları dikkate alınır. Bazen süresi ve kapsamı dolayısıyla temel hizmet olarak değerlendirilebilecek hizmetler vardır. Yani grevin, eylemin süresi ve kapsamı itibarıyla uygulanan grev topluma ciddi tehdit oluşturabilecektir. Temel hizmetlerde grev yasaklanabilir, işi yavaşlatma yasaklanabilir, gayret grevi, vizite eylemleri her türlü eylemlerin yasaklanması caizdir. Buna karşılık temel hizmet sayılmayan çeşitli örnekler vardır. Radyo televizyon, petrol tesisleri, limanlar, bankalar temel hizmet sayılmıyor, vergi tahsili ile ilgili bilgi işlem hizmetleri, genel olarak taşıma işleri, pilotlar, demiryolları, posta, çöp toplama, yalnız çöp toplama konusunda belirli bir süreyi aşarsa o zaman temel hizmet olarak değerlendirilebiliyor, soğutucular gibi sınırlayıcı olmayan bir sayı var.

Son olarak da yasadışı grev hallerinde eğer kişi ve mallara yönelik şiddet yoksa, şiddet içermiyorsa veya ağır hak ihlali içermiyorsa cezai müeyyide uygulamamak gerekir. Özellikle de hürriyeti bağlayıcı cezaların

yer almaması gerekir şeklinde bir tablo ortaya çıkıyor. Yani Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin oluşturduğu içtihadın ana hatları bunlardır.

Şimdi biz tabi uluslararası normlarla bağlantılı olarak konuyu işleyeceğimiz ve zamanımız da sınırlı olduğu için arabuluculuğu, Yüksek Hakem Kurulu'nun oluşmasıyla ilgili değişiklikler, arabuluculukla ilgili değişiklikleri geçiyoruz. Doğrudan grev konusuna girmemiz doğru olacaktır.

6356 sayılı Kanun'da, gerek grev tanımı gerekse yasal grevin tanımı, önceki 2822 sayılı Kanun'daki tanımlarla özdeş yani aynı niteliktedir. Bir eylemin tamamen grev sayılabilmesi için işin tamamen bırakılması gerekiyor. Yasal grev sayılabilmesi için de toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, kanuna uygun olarak yapılan grev yasal grevdir. Bu tanımların sonuncusu olarak, demek ki bir toplu iş sözleşmesi süreci dışında yapılırsa grev bu durumda yasadışı grev sayılacaktır.

Grev sayılamayan iş yavaşlatma, kaliteyi düşürme gibi eylemler grevin tanımına girmemektedir. Fakat önceki kanundan farklı olarak 2822 sayılı Kanun'dan farklı olarak suç teşkil etmemektedir. Yasadışı grevin yaptırımlarına tabii değildir. Çünkü artık herhangi bir hüküm yer almamaktadır bu yönde. Dolayısıyla bu diğer eylemler, grev sayılamayan direnişler duruma göre haklı fesih sebebi ya da geçerli fesih sebebi oluşturabilirler, her olayın özelliğine inerek bir sonuca varmak gerekir. Ancak başka bir suç unsuru bulundurmuyorsa onlar artık suç olmaktan çıkmıştır. O nedenle bir ilerleme olduğunu söyleyebiliriz.

Grev kararının alınması kolaylaştırılmıştır. Artık altı günlük bekleme süresi yoktur. Altı gün içinde grev kararı alma zorunluluğu yoktur, altı işgünü içinde grev kararı almak gerekmiyor. Altmış günlük bir zaman dilimi içinde grev kararı ve uygulamasının gerçekleşmesi yeterli ve gereklidir. Bu altmış günlük sürenin biraz uzun olduğu işveren açısından eleştiri konusu.

Grev oylaması düzenlemesinde bir fark dikkatimizi çekmiştir. Greve karşı oyların değerlendirilmesinde oylamaya katılanlar dikkate alınacak, eğer oylamaya katılanların yarıdan fazlası greve karşı oy veriyorsa grev yapılamayacaktır. Böylece grevin bizzat oylama suretiyle engellenmesi kolaylaştırılmıştır.

Grev yasakları, birçok grev yasağının kaldırıldığını görüyoruz. Kaldırılan yasaklar şöyle, noterlik, termik santralleri besleyen linyit üretimi, aşı ve serum üreten müesseseler, eczane, klinik, sanatoryum, prevantoryum, dispanser gibi sağlıkla ilgili işyerleri, eğitim ve öğretim kurumları önemlidir, grev yasağı kalkmıştır, çocuk bakım evleri, huzur evleri, hava taşımaya da son zamanlarda getirilen grev yasağından da vazgeçilmiştir. Bunu da belirtmek gerekiyor. Ulaştırma araçlarındaki geçici grev yasaklarıyla ilgili demiryolunu da dahil etmişler, daha önce demiryolu zikredilmemişti bu dikkatimizi çekiyor, buna mukabil devam eden ve eleştiri konusu olabilecek grev yasakları vardır. Bunların başında bankacılık hizmetleri geliyor, petrol üretimi tasfiyesi ve dağıtımı nafta veya doğalgazdan başlayan petro-kimya işleri, bir takım askeri işyerleri ve kamu kuruluşlarınca yürütülen bu şehir içi toplu taşıma hizmetleri grev yasağı kapsamında kalmıştır. Bunlar belki ileride yine bazı eleştirilere konu olabilir. Bir de yeni bir yasak ilave edilmiştir, başka bir kanunda Sermaye Piyasası Kanunu, bankacılık hizmetleri ile ilişkili olan borsalar da grev yasağı kapsamına alınmış. Şöyle diyor, *"borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları ile merkezi kayıt kuruluşu anonim şirketi tarafından yürütülen hizmetler grev yasağına tabiidir."* Bu yeni, biraz bu bakımdan ilginç bir genişleme görüyoruz.

Grev erteleme ile ilgili bir iyileşme göremiyoruz. Grev erteleme Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yapılmaya devam edecektir. Bu Uluslararası Çalışma Örgütü organları tarafından eskiden beri eleştirilen bir düzenleme tarzı, mahkeme kararıyla, yani bir bağımsız organ eliyle erteleme yoluna gidilmesi daha sağlıklı görüşü öğretimizde de dile getirilmiştir. Erteleme sonunda da Yüksek Hakem Kurulu'nun devreye girmesi eleştiri konusudur.

Sonuç itibarıyla zamanımız da daraldığı için ben yaptırımlarla ve sonucumuzla bitiriyorum bu sunumumu. Yasadışı grevin sonuçları bakımından cezai müeyyideler konusunda bir Uluslararası Çalışma Örgütü görüşlerine de uygun bir şekilde hürriyeti bağlayıcı cezalar kaldırılmıştır. İdari para cezaları olarak cezalar ihdas edilmiş, yani sürdürülmüştür. Bu idari para cezalarını Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü verecektir, dolayısıyla yine de yaptırımlar mevcuttur. Varlıklarını korumaktadır, bunu da yok saymamak gerekiyor.

Genel sonucumuz şöyle diyebiliriz ki; sendikal güvenceler yönünden çok ciddi ilerlemeler var, bazen muğlak bazı tereddütlere yol açacak hükümler var, fakat o konu da çok büyük adımlar atılmıştır. Buna karşılık toplu iş sözleşmesi ve grev konusunda kanun koyucu daha ihtiyatlı bir tutumu tercih etmiştir. Temel prensipler muhafaza edilmektedir, tek sendikaya üyelik, bir işyerinde tek toplu iş sözleşmesi düzeni, düzen ilkesi, toplu iş sözleşmesi süresi boyunca greve gidilememesi ve grevin de toplu pazarlık aracı yani bir toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında ancak yasal greve gidilmesi, bunlar zaten hukukumuzda var olan prensiplerdir. Bunlar korunmaktadır. Çok önemli iyileştirmeler olduğunu da inkar edemeyiz. Özellikle grev kararının kolaylaştırılması, bazı grev yasaklarının kaldırılması, hapis cezaları yerine idari para cezalarının konulması şeklinde küçümsenmeyecek iyileştirmeler olduğunu da belirtmemiz gerekir. Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Osman Güven Çankaya :

Değerli Hocamız Melda Sur'a doyurucu tebliğinden dolayı çok teşekkür ederim. Arkadaşlar şimdi bir tebliğ daha var. 15 dakika ara veriyoruz, 13.50'de toplanmak üzere, teşekkürler.

Osman Güven Çankaya :

Değerli katılımcılar dağıldıktan sonra toplanmak biraz zor oluyor. Şimdi ki tebliğ sahibi soy ismi gibi kendi de çok özverili bir arkadaşımız. Uzun yıllardır kendisini ben tebliğ sunan olarak değil de, pek Murat Bey'e yakıştıramayacağım ama, korsan tebliğ sahibi olarak tanırız. Ama bu katılımdır. Hakikaten kendisini mesleğe vermiş bir arkadaş. Sorularıyla dahi büyük katkılar veren bir arkadaşımız. Şimdi biliyorum, ben mikrofonu elime alınca bırakmayacağım diye kaçtı oraya. Ama ben yine de diğer arkadaşlardan fazla bir süre vermeyeceğim. Buyurun Sayın Özveri.

Av. Dr. Murat Özveri :

Teşekkür ederim Sayın Başkanım. 40 dakika süremiz var, umarım uyaracaksınızdır dalıp gidersem. Öncelikle İzmir Barosu'na ve bu organizasyon yapan değerli meslektaşlarıma teşekkür ediyorum. Başkanım sık sık salonun durumunu vurguluyor. Kocaeli'nde de farklı bir durum yoktu. Kendinizi kötü hissetmeyin diye söylüyorum organizatör arkadaşlar. Galiba bu artık böyle, nedense verilen emeğe hukukçular çok fazla teveccüh etmiyorlar. Hatta ben tepki göstermiştim Kocaeli'ndeki

toplantıya katılım olmaması üzerine. Stajyerim salonu göstererek, bana "Moraliniz düzeldi mi ?" diye sordu ama düzelmedi açık söylemek gerekirse.

Benim doktora tezimin konusu toplu sözleşme yetki sistemi. Önce 1992-2009 yılları arasını almıştım ama evdeki hesap çarşıya uymadı. Biraz daha geriye gittik, 1963-2009'a, daha sonra da yayınlanma aşamasında 6356 sayılı yasa çıktı, kısmen onunla birlikte bir bütünsel inceleme yapmak zorunda kaldık. Son söyleyeceğimi gene zamanım kalmazsa diye başta söylemek istiyorum. Tezi kitap olarak bastırmaya karar verdiğimizde, kestirmeden, toplu sözleşme yetki sistemini düzenleyen mevzuatın adını "*sendikasılaştırma hukuku*" olarak özetleyip basıma göndermişim. Bazı dostlarımdan "Hukukla sendikasılaştırmayı yan yana getirirsen sendikasılaştırmayı olumlarsın" eleştirisini aldığım için, kitabın ismi " Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi" kaldı ama sendikasılaştırmadan vazgeçemediğim için yine "sendikasılaştırma" adı da kitapta kaldı. Dolayısıyla 1963'den bugüne kadar 6356 sayılı yasa dahil toplu sözleşme yetki sistemini düzenleyen mevzuatı "Sendikasılaştırma mevzuatıdır." diye özetlemek abartı olmayacaktır. Bu saptamayı bir takım verilerle, slaytlarla sizlerle paylaşmaya çalışacağım. Çok uzun slaytlarla da sizi sıkmamaya gayret edeceğim, üç ya da dört tane slayt gösterdiğim zaman sanırım manzara ortaya çıkacak.

Toplu sözleşmenin uluslararası boyutlarına ilişkin, sağ olsun hocalarım özellikle Melda Hocam, hem toplu sözleşme yetki sistemine ilişkin uluslararası normları ve içtihat kararlarını hem toplu sözleşme yetkisinin tanınmasına ilişkin grev boyutuna yönelik uluslararası normları anlattı sizlere. Son konuşmacı olmanın da avantajını kullanarak onları refere etmekle yetiniyorum. Yeri geldiğinde bir iki dönüş yapacağım belki ama konunun bu boyutu üzerinde durmayacağım.

Halil Tunç'un çok sevdiğim bir lafı var '70'li yıllarda, '74 yanlış hatırlamıyorsam, toplu sözleşme meselesi tartışılırken "*Toplu iş sözleşmeleri sendikaların şahdamarıdır, şahdamarını keserseniz yaşayamazlar.*" diyor. Gerçekten de, hele de Türkiye özelinde çok doğru bir saptama. Dünyada da toplu iş sözleşmeleri sendikal faaliyetlerin merkezinde olmakla birlikte, belki sendikaların toplu sözleşme imzalamanın dışında da etkinliklerini çeşitlendirebilmek mümkündür. Türkiye'de ise bir sendika toplu iş sözleşmesi yapmıyorsa, yapamıyorsa

ona sendika demek mümkün değildir. Sendikalar varlık nedenlerini toplu sözleşme yapmak olarak görmüşlerdir. Bu yüzden de, sendikal hayatın merkezinde toplu sözleşmeler yer alır.

Sendikal faaliyetin merkezinde toplu sözleşme olan bir sistemde, bu toplu sözleşmeyi yapacak sendikayı da yetkili olarak belirlediğinizde sendikalar açısından toplu sözleşme yetkisi almak var olup olmamama meselesi haline gelecektir. Toplu iş sözleşmesi yetkisi bu kadar yaşamsal ve önemlidir. Dolayısıyla bu önemine bağlı olarak sendikalar her ne pahasına olursa olsun, hangi yöntemle olursa olsun yetki almak istemişlerdir. Nitekim sendikalar bu anlayışları nedeniyle zaman zaman eleştirilmişlerdir. Dahası sahtecilik yapmakla, zaman zaman hukuku zorlamakla eleştirilmişlerdir. Bu eleştirilerin sahipleri haklıdır. Tez çalışmam boyunca da inanılmaz zeka ürünü sahtecilikler, ki yargıya da yansıyan örnekler gördük. Hiç unutamadıklarımın bir tanesi : iki sendika arasındaki rekabete yönelik bir Yargıtay kararında deniliyor ki, iş kolunda çalışan sayıları tam aklımda değil, oransal olarak vereyim, çalışan sayısı 100. A sendikasının üye sayısı 60, B sendikasının üye sayısı 70. B sendikası sayısal olarak daha fazla üyeye sahiptir, bu nedenle yetkilidir deniliyor. İki sendikanın üye sayısının toplamı işkolunda çalışan üye sayısının toplamından çok daha fazla yapıyor. Dolayısıyla tüm bunlar Türkiye’de toplu sözleşme pratiğinde yaşanan bugün tebessümle andığımız ilginç konular.

Ama asıl ilginç olan ise, daha sistem kurgulanırken bazı değerli hocalarımız, sistemin bu şekilde kurgulanması halinde sorunun bu noktalara geleceğini söylüyorlar. Bu hocalarımız, belgelere dayalı yetki sistemini benimserseniz, hele de salt çoğunluk esasına göre sendikayı belirlerseniz sorunlar çıkacağını belirtiyorlar. Hocalarımızın daha 60’lı yıllarda bazı makalelerinde, bazı sempozyumlarda dile getirmiş oldukları bu öngörüler de gerçekleşmiş oldu. Türkiye, 1963 yılında toplu sözleşme yetki sistemine yönelik tercihi yaparken;

1- Belgelere dayalı bir sistem öngördü.

2- Hükümeti, siyasal iktidarı ya da bürokrasiyi, adına ne dersiniz deyin merkezine oturttu. Yani toplu sözleşme yetki sisteminin merkezine siyasi bir organı oturttu. Toplu iş sözleşmesinde yetkili sendikayı belirleme ölçütü olarak da mutlak çoğunluk esasını belirledi.

Bu meclis aşaması da dahil, ciddi tartışmaları beraberinde getirmişti. *"En fazla temsil kabiliyetine sahip sendika mı yoksa en fazla üyeye sahip sendika mı yetkili sendika olmalıdır?"* tartışması yasanın tasarı aşamasında çok yoğun olarak tartışılan bir konu oldu. Uluslararası hukuka da referans verilerek yapılan bir tartışma sürecinden sonra, o günkü siyasi iktidar salt çoğunluk esasını belirledi, en fazla temsil kabiliyetine sahip sendika unsurunu yetki belirlemede bir ölçüt olarak kabul etmedi.

Fark ne? Farkı yine hocalarım belirttiler. En fazla temsil kabiliyetine sahip sendikayı yetkili kılan sistemlerde sayısal çoğunluk, yetkili sendikanın belirlenmesindeki unsurlardan sadece bir tanesidir. Bunun dışında örneğin Alman sisteminde sendikanın bağımsız olması gerekir. Etkili bir eylem yapacak güçte sendika olması gerekir. Bu bağımsızlık işverenden ve siyasal iktidardan da bağımsızlığı kapsamaktadır. Sendikanın olası bir grevi yürütecek kadar ekonomik güce sahip olması gerekir gibi bir takım yan koşullar aranmıştır. Bunlardan bir tanesi de Melda Hocamın son cümlesinde vardı, sendikanın düzen işlevini kabul etmesi gerekir. Toplu iş sözleşmesinin nisbi ve mutlak anlamdaki düzen, barış işlevine de sendika saygılı olmalıdır. Bunun anlamı şu: İki toplu iş sözleşmesi dönemi içerisinde uzlaşılan konular arasında, sendikalar endüstriyel eylem haklarından vazgeçecekler, toplu sözleşmenin barış işlevinin hayata geçmesini tanıyacaklardır. Siyasal sistemi karşısına alan, siyasal sistemi devirmek ya da reddetmeyi hedeflememiş, toplu sözleşmenin kısaca barış işlevini kabul etmemiş bir sendika da Alman hukukunda sendika olarak öngörülmemiştir.

Değişik yetki sistemleri vardır: İşte örneğin Fransa'da uzun bir süre, yanılmıyorsam 2008 yılına kadar, 2. Dünya Savaşı'nda Nazilere karşı direnmiş olmak ya da Nazilerle işbirliği yapmamış olmak toplu sözleşme yetki belirleme unsurlarından birisi olarak kabul edilmekteydi. Sonra, ileride bir tür işkolu barajı gibi kabul edilebilecek olan, işçi temsilciliği seçimlerinde belli bir oranın üzerinde oy almış olmak gibi, ülkelere göre değişiklik gösteren yetki belirleme sistemleri öngörülmüştür.

Tüm dünyaya baktığımız zaman buradan iki tane sorun ortaya çıkmıştır. Amerika'da, Kanada'da, kıta Avrupası'nda her tarafta. Ortak payda şu: toplu sözleşme yetkisinin belirlenmesi gerekli. Hangi sendika toplu sözleşmenin tarafı olacak, bu belirlenmelidir. ILO'ya göre bu belirlenemiyorsa, yani işçilerin haklarını etkili bir şekilde koruyacak bir

örgüt yoksa ancak o zaman işçi temsilcileri ile de toplu sözleşme yapılabilir, işçi temsilcileri de toplu sözleşmenin tarafı olabilir. Ama yetkili olan bir sendika atlanarak işçilerle toplu pazarlık yapmayı ILO Sendika Özgürlükleri Komitesi de uygun bulmamıştır. Sorun şu: yetkili sendikayı nasıl belirleyeceksiniz bir, iki yetkili sendikanın belirlenmesi toplu pazarlığın taraflarının masaya oturduğu döneme kadar sendika üyelerini nasıl koruyacaksınız. Bu iki sorun yetki sisteminin merkezinde yer almaktadır. Kanada ile Amerika'daki yetki sistemini karşılaştıran bir araştırma göstermiştir ki, yetki belirleme süresi ne kadar uzuyorsa sendikasılaştırma da oransal olarak o oranda artmaktadır. Demek ki, siz yetkili sendikanın belirlenme süresini uzattığınız ölçüde aslında bireysel ve kolektif sendika özgürlüğünün de ömrünü kısaltıyorsunuz demektir. Dolayısıyla öyle bir yetki belirleme süreci olmalı ki, süre kısa olmalı, gerçekten işçileri temsil eden örgüt, sosyolojik anlamda sendika tanımına uygun olan örgüt, yetkili sendika olarak belirlenmeli ve yetki alma sürecinde bireysel sendika özgürlüğü de korunuyor olmalıdır. Bu süreç içerisinde işçiler örneğin işlerinden olmamalı, örneğin yetkili ama üyesi olmayan sendika gibi bir olgu sistemin içerisinde belirgin, tipik bir olgu haline dönüşmemeli, belki sınırlamak mümkün değil ama en azından bu hale dönüşmemeli diye özetleyebileceğimiz bir takım ilkeler dünya ölçeğinde belirlenmiştir. Değişik yetki sistemlerine göre ister mutlak çoğunluk sistemini alsın, ister en fazla temsil kabiliyetine sahip sendikayı yetkili sendika olarak belirlesin, yetki belirleme süresi uzadıkça sendikasılaştırma da artmaktadır.

Dünyadaki yetki sistemlerine kabaca baktığımızda, Kıta Avrupası'nda en fazla temsil kabiliyetine sahip sendikalar tercih edilmiştir. Amerika, Kanada'ya doğru gittiğiniz zaman ise, çoğunluk esasının ön plana çıktığını görmekteyiz.

Bana göre olması gereken, sadece sendikanın sayısal çoğunluğunu esas alan yetki sistemleri değil, sendikanın sendika olup olmadığını sorgulayan ve dolayısıyla da en fazla temsil kabiliyetine sahip olma ölçütünü merkeze tutan sistem, yetkili sendika belirlenmesinde ölçüt olması gerekir.

Bir başka sorunumuz bu süreçte, uygulamaya geleceğim hemen, 1963'ten 1980'e kadar toplu sözleşmesinin yetki belirlenmesinde en önemli soru : Bu sayısal çoğunluğu neye göre belirleyeceğiz ve kim

belirleyecek? Üye kayıt fişleri sendika üyesini belirleyecek. Peki işyerinde çalışanı neye göre belirleyeceğiz ? İşverenin beyanına göre mi belirleyeceğiz, sosyal sigorta kayıtlarına göre mi belirleyeceğiz, kayıt dışı ne olacak? Bu iki sorunun yanıtının verilme sürecinde sendikalar olabildiğince çok, üyelerini arttırma gayreti içerisine girmişlerdir. 1980'e kadar yaşanan süreçte, sendikalar bir üyeden beş-on-yirmi tane üye kayıt fişini peşin peşin imzalattırarak almaları ve yeri geldikçe kullanmaları gibi nedenlerle o hale gelmiştir ki, toplu iş sözleşmesi sistemi 274 ve 275 sayılı yasalar çıktıktan çok değil, dört yıl sonra, hele de işkolu barajının getirilerek DİSK'in sürecin dışına itilmeye çalışıldığı dönemde, astronomik üye kayıt fişleri ve artışlar yaşamıştır. Belli bir sayının altında kalması halinde, DİSK'in konfederasyon olarak toplu iş sözleşmesi sistemi dışına atılacağı kaygısıyla, hızla ve inanılmaz ölçüde % 200-300'lere varan üye kayıtları göze çarpmıştır. Bu sorunların nasıl çözüleceğine yönelik çözümsüzlük, sistemi tıkamıştır. Artık Bölge Çalışma Müdürlükleri belgelere dayalı olarak yetkiyi belirleyemez hale gelmişlerdir.

Sorun yargıya taşındığında bence Türk yargısı, katılanlar ve eleştirenler var o detaylara girmeyeceğim, çok yerinde bir refleks vererek sistemin çözümsüzlüğe gitmesini önlediği gibi alternatif bir çözüm sistemini de içtihat yoluyla yaratmıştır. Burada değerli hocalarım var bilirler, bunun yolu **icthihat yoluyla referandum**. Eğer belgelerle sonuca ulaşamıyor iseniz, bu kez bir tür delil tespiti yöntemi şeklinde referandum gündeme gelmiş ve referandumda toplu sözleşme yetki sorunları çözülmüştür. Ne yazık ki, Yargıtay referandumu kabul etmemiştir. Kabul ettiği kararlar vardır. Hatta ilginçtir, referandumun konusunu oluşturan karar usulen de kesin olmasına rağmen, Yargıtay'a taşınmış, Yargıtay referanduma ilişkin kararları bozmuştur. Bunun üzerine yargı sistemi bir başka sistem öngörmüştür. **İrade beyanı** diye bir yöntem geliştirmiş, işçilere tek tek hangi sendikaya üye olduğunu yargıcın sorarak tespit ettiği bir çözüm üretmiştir.

Tam bu dönemlerde yasal planda da referandum tartışmaları, sistemin referanduma açılarak çözülmesine yönelik tartışmalar ve 1979 tasarısı hazırlanırken, 12 Eylül 1980 askeri darbesi ile birlikte bir başka sisteme geçilmiştir ve bence sistemin en önemli özelliklerinden bir tanesi yargının önünü tıkamasıdır. Yargının, içtihat yoluyla, kanunda öngörülen toplu sözleşme yetki sisteminin dışında bir alternatif üretmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Yargı; sendikaların neye göre yetkilerinin

belirleneceğinin kanunda açıkça düzenlenmediğini, burada bir boşluk olduğundan hareket ederek referandumu ve irade beyanını üretmiş idi. 12 Eylül sonrası 2822 sayılı Yasa'da, *Bakanlık kayıtlarının toplu sözleşme yetkisinin belirlenmesinde esas alınacağı* hükmü getirilerek Bakanlık kaydının dışında bir belge ya da bir kaynaktan toplu sözleşme yetkisinin belirlenmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

Şimdi; belgelere dayalı yetki belirleme sistemi 1963'ten benim incelediğim 2009 ve 2013 yılına kadar hangi çıktıları vermiştir. Bunları başlıklar halinde sıralamaya çalışacağım. Bu başlıklara itirazları olan arkadaşlarım olursa tartışırız.

Birincisi, Belgelere dayalı yetki sistemi, en iddialı konuda hiçbir işe yaramamıştır. Belgelere dayalı toplu sözleşme yetki sistemi, hem 1963-1980 arasında hem 1980'den bugüne kadar ileri sürdüğü gibi, sahtecilikleri engelleyememiştir. Noter koşulu dahil, tam tersine sahtecilikler artarak devam etmiştir.

İkincisi, Özellikle 1963-1980 arasında Gülsevil Hocam vurguladı 800, bazı kaynaklarda 932 olduğu söyleniyor sendikalar vardı deniliyordu. 1980 sonrasında, güçlü sendikacılığın barajlar ve oluşturulan yetki sistemiyle kurulacağı ileri sürülmüştü. 30 yıllık pratik, tüm bunların iddia olmaktan öteye geçemediğini ortaya koymuştur.

Güçlü sendikacılık, toplu sözleşme yetki sistemi, işkolu baraj sistemiyle yaratılmamıştır. Tam tersine, bir sendikal oligarşi yaratılmıştır. Sınıfa yabancılaşmış, temsil ettiği kitleye yabancılaşmış, sistemin izin verdiği sınırların dışında asla bir şey yapmayan ve kendisini de hiç sıkılmadan, utanmadan bu şekilde tanımlayıp "*ben makbul sendikayım bana imtiyaz ver.*" diyen bir sendikal yapı doğmuştur. 6536 sayılı yasanın geçici maddeleri, bu makbul sendikaların yasa koyucuyla uzlaştıklarının en somut göstergesidir. Ekonomik Sosyal Konsey'e üye konfederasyon üyesi sendikalar adeta imtiyazlarla donatılmış, işkolu barajından imtina ettirilmişlerdir. Hatta öyle ısmarlama tanımlamalar yapılmıştır ki, bir konfederasyona üye olarak kurulan yeni bir sendikaya ad takılmamış, "Öz Büro İş" biz takalım, ısmarlama tarif edilerek işkolu barajlarından muaf hale getirilmiştir.

Dolayısıyla aslında toplu sözleşme yetki sistemini düzenleyen yasalar bir itirafnamedir. 6356 sayılı Yasa, siyasal iktidarın sendika korkusunun

itirafıdır. Siyasal iktidarın zaman zaman değişik dönemlerde bakanlıklarını safiyane, iyi niyetle izah ettiklerinin yasal anlamda dışı vurulmasıdır. Örneğin Sadi Irmak 1947 Sendikalar Yasası'nda "eğer yasayı çıkarmazsak önüne gelen sendika kuracak, bizim kontrolümüzde sendikalar kurulsun" diye ifade ettiği, Coşkun Kırca'nın "eğer sendikaları bu şekilde formatlayıp grev hakkını düzenlemezsek anarşik grevler silsilesiyle karşılaşırız" korkusunu dile getirdiği, Avrupa Sosyal Şartı'nın Mesut Hocanın işaret ettiği çekincelerinin tartışıldığı 2006 yılındaki Meclis'te, tıpkı 1908'deki Meclisi Mebusan'da söylendiği gibi (sermaye memlekette yeteri kadar temerküz etmemiştir, sendikalar muzırdır deniliyordu), 2006 yılında "sermaye ülkemizde yeteri kadar birikmemiştir, bu aşamada grev hakkının bu şekilde verilmesi sakıncalıdır," diye ifade edilen yüz yıllık bir korku ifade edilmiştir. 6356 sayılı Yasa'da da aynı korkuyu görmek, açık net bir şekilde mümkündür. Bir yandan ILO sözleşmeleri gerekçede refere edilmiş, öbür taraftan ILO sözleşmeleri standardında bir toplu pazarlık hakkının sağlanmasının herkesin özlemi olduğu ancak küresel rekabetin milli ekonominin korunması gibi kaygıların da bertaraf edilemeyeceği, bunların da dikkate alınması gerektiği belirtilerek haklar sınırlandırılmaya devam edilmiştir. Kaldı ki; sosyal tarafların da uzlaşması gerektiği söylene de, unuttukları, ILO sözleşmelerinin zaten bir uzlaşmanın ürünü olduğudur. Üstelik de en alt standartta bir uzlaşmanın ürünüdür. Bunun da altında bir uzlaşmanın olmadığı bizzat Bakan tarafından ifade edilmiştir.

Daha ilginç, yargı suçlanmış. Bakan tarafından mecliste bir önyargı, bir spekülâtif bilgi, yasa'nın değişiklik gerekçesi olarak meclis tutanaklarına geçmiştir. Efendim denilmiştir ki: iş davalarında yargıçlar hep işçilerin lehine kararlar veriyorlar, otuzdan az işçi çalıştırılan işyerlerinde de, eğer bireysel sendika özgürlüğünün güvencesinin kapsamı içine bunları alır isek, burada da açılan davaları sendikal tazminat davası olarak işçiler hep kabul eder, nasıl olsa yargı onların hep lehine karar veriyor, **bu arada Sayın Başkan bizi kim dövüyor onu bilmiyorum**, nasıl olsa yargı onların lehine karar veriyor denmiştir. TOBB, "TOBB'un önerisiyle biz de iş güvencesi kapsamı dışında olanları sendikal güvencenin kapsamı dışına çıkardık" demiştir. Tutanaklarda var, meclis tutanaklarında var. Bu korku, grevde kendini göstermiştir. Bu korku, toplu sözleşme yetki sisteminde, bence sendikasızlaştırma sisteminde, kendini göstermiştir.

Şimdi, iddialarımı rakamsal verilerle vereceğim. Şimdi efendim, 8.144 yetki başvurusu; 1992 ile 2009 arasındaki 8.144 yetki başvurusunu sendikalar ve Bakanlıktaki kayıtlarla birlikte karşılaştırdım. Yanıtını aradığımız soru şuydu; Bu 8.144 yetki başvurusuna ne kadar itiraz oluyor, bu itirazların çözülmesi ne kadar bir süreyi tutuyor, bu itirazların ne kadarı sendikaların lehine sonuçlanıyor ve bu itirazlar sonuçlanıp sendika yetki aldığı zaman ne kadarı toplu iş sözleşmesi imzalayabiliyor. Bunlar, değişik sendikaların, sekiz tane sendikanın, ama slaytın en sağındaki toplu rakamları veriyor. Bu dönemde 867 yetki itirazını sendikalar kazanıyor. Oransal olarak varılan; davaya yansımış olanların yaklaşık % 92.2'sinde sendikalar haklı çıkıyor. Bu 867'nin sadece 281'inde toplu iş sözleşmesi imzalayabiliyorlar. Geri kalanların tamamında yetkileri oluyor ama üyeleri kalmıyor. Tüm bu sürecin tüm sektörler bazında ortalama sona erme süresi de 424 gün. Yani bir işveren toplu sözleşme yetkisine itiraz ettiği zaman, Türkiye'de ortalama 424 günde biz bu işi çözümlüyoruz, sendika yetkiyi alıyor. 424 gün sonra yetki aldığı anda ise üyesi kalmıyor ya da üyeler işten çıkartılmış oluyor.

Bir başka tablo, bu tabloda hepsinin özeti aslında. Bakın sendikalar var tek tek, çok ilginçtir, DİSK'e, Türk-İş'e, Hak-İş'e bağlı, yani var olan üç konfederasyona bağlı sendikalar arasında eğer işveren istemezse sonuçta hiçbir şey değişmiyor. Hani deniyor ya DİSK'e bağlı Birleşik Metal-İş daha işçiden yana, Türk Metal sarı sendika, işveren istemediği zaman sarısı, moru yeşili hiçbir şey fark etmiyor. Hak-İş hiçbir şey değişmiyor. Oranlar aynı şekilde çıkıyor, süreler aynı sürede bitiyor, aynı üye kayıplarını onlar da yaşıyorlar. Toplam rakamları vereyim, itiraz edilen işyerlerinde çalışan işçi sayısı 103.356. Bunun anlamı şu; itirazlar sayesinde 103.356 işçi toplu sözleşme hakkından yoksun bırakılmış. Üye kayıpları, itiraz nedeniyle kaybedilen üye sayısı 58.989. Sadece sekiz sendikanın sadece 16 yıllık süreç içerisindeki toplu sözleşme yetki sistemi sayesinde yaşatılan sendikasızlaştırma. Bunu biraz daha özel sektör ağırlıklı sendikalar açısından derlerseniz, eminim çok daha vahim sayılar çıkacaktır ortaya.

Nitekim OECD de bunu doğruluyor ve OECD bir başka rakam veriyor. Onu da paylaşayım sizinle. OECD ülkeleri üzerinde bir sendikasızlaştırma süreci var 2002 ile 2011 arasında. Sendikalar gerçekten üye kaybediyorlar, OECD ortalaması - % 11. Yani % 11 üye kaybı olmuş OECD ülkeleri içerisinde. Türkiye'de bu oran - %38. OECD ortalamasının

üç mislinden daha fazla. Sendikalar gerçek anlamda OECD kaynaklarına göre üye kaybetmişler.

Bu üye kaybettikleri aşamanın, yetki aşaması olduğunu da bir iki noktaya dikkatinizi çekerek önemini belirginleştirmeye çalışayım isterseniz. Toplu iş sözleşmesi yetkisi için başvuran sendika aslında bir sürü aşamayı geçmiş demektir. Yani sendikalara yönelik; üyelerine hizmet vermiyor, sendikalar işçilerin teveccühünü görmüyor, sendikaları işçiler tercih etmiyor aşaması geçilmiştir. İyi kötü bir sendikayı işçi tercih etmiştir. İşçiler korkuyorlar. İşten atılmaktan korkuyorlar, bu nedenle sendikaya üye olmuyorlar, bu da geçilmiştir. İşçiler tüm korkularını yenmiş, işten atılmayı göze almış, bir sendikaya üye olmuşlardır. Onların beklentileri artık toplu iş sözleşmesi yapılmasıdır. Yani sendikalara yönelik birçoğuna benim de katıldığım tüm olumsuz durumlar aşıldıktan sonra bu üye kayıpları yaşanmıştır. Yani olabilecek olan potansiyel üyelik kaydı değildir bu. Gönüllü, işten atılmayı göze alan ve bu riski alarak, üstelik de tek güvencesi sendika hakkın anayasal bir hak olduğunu, sendika hakkının temel bir hak olduğunu, sendika hakkının güvencesi olduğunu düşünerek sendikalaşan, bireysel sendika özgürlüğünü kullanmanın bedelini ödeyen yüz binden fazla işçiden bahsediyoruz. Ve bu sistem adını, "yetki sistemi" olarak adlandırıyor. Ben adlandıramıyorum.

Sadece bu da değil, toplu sözleşme yetki sistemi yetki alan sendikaların terbiye edilmesinin bir aracıdır. Türkiye'de 1983 ile 2009 yılı arasında **"toplular sözleşme yetkisine itiraz ederim ha!"** sözcüğüyle sendikalar terbiye edilmiştir. O araştırmada ileride slaytlarda var gerekirse gösterebilirim, 2007 yılında Teksif sendikasına ilişkin bir manzara ile karşılaştım. Bir baktım ki 2007 yılında işveren sendikasına üye, yani tekstil işverenleri sendikasına üye işyerlerinde yığınsal bir itirazlar söz konusu, sonra bu itirazlar, tek tek mahkeme dosyalarını incelediğim için, bakıyorum hepsi feragatla sonuçlanmış. Düşündüm ne olmuştur? Dört ikramiyeleri ikiye düşmüştü. Bakın ödün pazarlığı somut olarak karşımıza çıkıyor. Yetki itirazına devam ederim, 454 gün sürünürsün, üye ya kalır ya kalmaz, davalardan feragat ederim dört ikramiyeyi ikiye düşürürsen. Ödün pazarlığının bir aracı haline dönüşmüştür.

Aynı pazarlıklar sendikalar arası rekabette de sürmüştür. İş kolu barajına itiraz eden bir sendika, ötekinin iş kolu barajını aştığı bilinen bir sendikanın tüm işyerlerinde yetki itirazlarını sıraladığı zaman iki sendika

oturmuş, altı ay sonra her biri itirazlarından vazgeçerek tamam bu da % 10'u aştı artık burada rekabet ederim denmiştir ve % 10 barajı bu şekilde etkisizleştirilmiştir.

Üçüncüsü, belki de daha acısı, bakanlık bazı yetki dosyalarında taraf olmuştur. Bizzat bakan taraf olmuştur. Belgeli, ispatlı taraf olmuş ve makbul sendikalar içerisinde de daha az makbul olanlarla olmayanlar arasında toplu sözleşme yetki sistemi aracılığıyla elemeler yapılmıştır.

Sendika seçme özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi yetki sistemi sayesinde bir anlamda bertaraf edilmiştir. Örneğin, değerli Yargıtay üyelerimiz de buradalar, bir olumsuz yetki tespitine itiraz davasında eğer mahkeme onu iptal ederse sendikanın yetkili olduğuna karar veremez. Olumsuz yetki tespitinin iptaline karar verir. Bu çok tartışılmıştı Milli Komite'de, Sayın Çankaya'nın da yanlış hatırlamıyorsam muhalefeti de vardı, burada sürecin uzamasına yönelik. Bu iptal üzerine bakanlık o sendikaya yeniden yetki tespiti yapar, bu yetki tespiti işkolundaki diğer sendikalara bildirilir, yeniden itiraz süreleri işler. Eğer itiraz olmaz ise sendika yetkilidir. Bir davada, bir sendika lehine, mahkeme, olumsuz yetki tespitinin iptaline A sendikasının toplu sözleşme yapmaya yetkili olduğuna karar vermiştir. Ve bakanın yazılı emriyle hazine avukatları bu davayı temyiz etmemiş, kesinleştirmişlerdir. Bakanın yazılı emri çok ilginçtir. Eğer temyiz ederlerse süre uzar, işçiler çok uzun süre yetkisiz kalırlar, sendikasız kalırlar bu nedenle hukuki yarar yoktur. Sadece bu sendika için mi uzuyor, niye tüm diğer davalarda bakan yazılı emir vermiyor. Bunlar literatüre geçen örneklerdir. Güncelleri var : işte Tek Gıda İş olaylarında yaşanmıştır. Bir sendika bakanlık emriyle kurdurulmuş, üstelik de kurdurulan bu sendika asgari ücretin kendisine 53 katı tutarında ücret belirlediği için, adı da sendika olduğu için ayıplanmıştır. Ama en fazla temsil kabiliyetine sahip sendika ölçütüne vurursanız aslında bunların da sendika olmadığını görürsünüz.

Şimdi geleyim zamanı iyi kullanmak için 6356 sayılı Yasa'ya. Melda Hocam olumlu gelişmeler oldu dedi, ben katılmıyorum, hiçbir olumlu gelişme olmadı. Birazcık rötuş, birazcık makyaj, toplu sözleşme yetki sistemi içerisinde ise olumluluk yapıyoruz derken iyice karıştırdılar. Ne yaptılar? Çerçeve toplu sözleşme. Bu bir sözleşme diye kabul etmek bence de mümkün değil, grup sözleşmelerine geçiyorum, yetkiye geleceğim, kendimle ilgili yetkiye geleceğim.

Ne değişti toplu sözleşme yetki sistemine ilişkin? Belgelere dayalı yetki belirleme sistemi aynen duruyor. İtiraz aynen duruyor. Şunu dilerdim : 275 sayılı Yasa'daki "toplu iş sözleşmesi yetkisine dayanan itiraz, süreci durdurur." ifadesi Cumhuriyet Senatosu'nda bir emekli askerin önerisi ile yasaya girmişti. Yoksa böyle bir sınırlama olmayacaktı, itiraz olması halinde süreç devam edecekti. Eğer büyük bir haksızlık varsa yargı bunu süzecek örneğin tedbiren durduracaktı. Kötü niyetin süzülmesi yargının görevinde olacaktı ve belki de bu sorunlar yaşanmayacaktı. Yetkinin bu kadar uzama sorunları yaşanmayacaktı, iş masada çözülecekti. Bilerek ya da bilmeyerek Cumhuriyet Senatosu'na verilen bir önerge ile toplu iş sözleşmesine yapılan itiraz süreci durdurur şeklindeki 15. madde şekillendi. Ve bir anda benimsendi, bugüne kadar geldi. Aynısı yine devam ediyor. Yani yargının süreci durdurması konusunda yargıya bir inisiyatif verilmesinden ısrarla kaçınıldı.

Belgelere dayalı yetki sistemi 6356 sayılı Yasada da var. Ne var; e-devlet üzerinden üyelikler var. E-devlet üzerinden üyelikler, e-devlet şifresi işverenin eline geçebilir diye bir konferansta söylemiştim. İşçiler dediler ki "ne geçebilir, bizden zaten aldı." Tamamına stajyerim de buna tanıktır o da oradaydı. Şimdi Onat Hocam burada. O belgesini ele geçirmiş: işe girişte bir form doldurtuyor işveren, matbu. Adı soyadı, T.C. kimlik numarası, e-devlet numarası, açık açık yazılı. E-devlet numaraları işçilerin tamamının işverenin elinde olacak.

Siz o şifre üzerinden girdiğinizde sistemin başka sakıncaları da var. Onları düzelteceklerini söylüyorlar, örneğin alt işveren işçileri sistemde görünmüyor. Bugün Dev Sağlık İş'in on bin üyesi sistem kabul etmediği için görünmüyor. Bu on bin üyeye mahkeme muvazaalı olduğu, bunların asıl işverenin işçisi olduğu, bunların sağlık işkolunda işçi olduklarına karar vermiş olduğu halde, bu sendika barajı aşamıyor çünkü sistem atıyor. Çünkü bu alt işverenler bu işçileri kimisi turizm kolunda, kimisi inşaat kolunda, kimisi bilmem ne kolunda göstermiş. Dolayısıyla bir sendikaya işçi e-devlet kapısından girip üye olmaya başladığında işyerini işveren hangi işkolunda göstermişse, işveren neresini bildirmişse o işkolundaki sendikalar işçinin karşısına çıkacak. Ve örneğin muvazaalı alt işveren işçileri bir türlü asıl işyerindeki örgütlü sendikaya üye olmayı beceremeyecekler çünkü farklı farklı işkollarında olacak ve bunların tamamı sistemde potansiyel itirazlar olarak karşımıza gelecek.

Şimdi, itirazlar deyince, bir işveren vekili arkadaşımızın bir yetki dosyasında yetkiye itiraz ederken mahkemeden delil olarak toplanmasını istediği belgelerden hareket ederken hazırlamış olduğum bir tablo. Bu belgelerin sol tarafında istenildiği kurum var, ortada bu belgenin düzenlenmesine ilişkin yasal mevzuat var, en sağında da belgenin kim tarafından düzenleneceği belirtiliyor. Tamamı işveren tarafından düzenlenmesi gereken belgeler. Tamamı işveren tarafından düzenlendiği için de, işverende olması gereken belgelerin hepsini delil olarak, hepsini değişik sigorta müdürlüklerinden ya da başka yerlerden istiyor.

Şunu anlatmak istiyorum, başka örnekleri de var, bunları konuştuğum zaman işverenlere yetki itirazını uzatacak konularda tüyo veriyorum diye eleştiriyorlar, o yüzden bunları sınırlı olarak söyleyeyim. Yetkisiz mahkemelerde açılan davalar, yetkisizlik kararının Yargıtay'dan gelip kesinleşene kadar kazanılan zamanlar, bunların tamamı, bunları da biz yapıyoruz yani hukukçular yapıyoruz. Buna iki şekilde bakabiliriz: Diyebiliriz ki; **bir**, müvekkilinin hukuka aykırı bir şekilde bir hukuki yarar elde etmesi için, yasa'nın kendine verdiği yetkileri kullanması usuli ya da maddi hukuktan kaynaklanan yetkileri bir avukatın kötüye kullanması meslek deontolojine aykırıdır, etiğe aykırıdır, bunu yapmamalıdır diyebilirsiniz. Ama sadece diyebilirsiniz bunun hiçbir anlamı yok, hiçbir etkisi de yok. Böyle bir şey demenin hiçbir anlamı yok. Eskişehir'de yazılan bir doktora tezi var, doktora tezini yazan Kamil Hoca'nın (bültende yeni çıkmış), bültende de avukatlığa ilişkin bir yazısı var, orada avukatların nasıl işçileştiğini, proleterleştğini söylüyorlar. "Avukatların Ekonomi Politikası" diye Eskişehir Üniversitesi'nde yazılmış bir doktora tezi. Avukatların ne kadar müvekkillerinden bağımsız hale geldiklerini 63 tane açılan hukuk fakültesinin sayesinde doktora tezi kanıtlıyor. O yüzden de artık bu lafın hiçbir esprisi yok. Karnını doyurmak zorunda olan avukat etik metik takmıyor, takmayacak işveren ne derse ona göre itiraz edecek. O zaman başka bir çözüm üretmek gerekiyor. 6356 sayılı Yasa buna bir çözüm getiriyor mu? Getiriyor 43. maddesinde. Diyor ki; *eğer işveren itirazlarını somut delillere dayandırarak yetkiye itiraz etmez ise mahkeme hiç davayı görmeden karar verecek.* Ve buradan hareketle çalışma genel müdürümüz, sevgili hocamız bize diyor ki: *"Siz bu kitabı boşa yazdınız. Artık yetki okullarda okutulan derslerde dikkate alınır bir konu olmaktan çıktı, Türkiye'nin yetki sorununu çözdük"* diyor.

Ben takip etmeye çalıştım olanı. Düzce'den bir karar çıktı, (ben tarafı değilim bunlardan bahsetmemin bir sakıncası var mı?) Şimdi eskiden de vardı biliyorsunuz sayıya yönelik birtakım itirazlar olması halinde mahkeme duruşma açmaksızın bunu halledip kesin olarak karar verirdi. 8.144 yetki başvurusundan ben iki tane bulabildim. İkisi de Çorum'dan. İkisi de aynı hakime ait. 8.144 yetki başvurusunda, duruşma açmadan sayısal itirazı kesin olarak çözümleyip al senin yetkin diyen iki örnek gördüm, ikisi de aynı hakimin tesadüfen. Birisi tekstil işkolundan, birisi de ben zaten taraftım, Çorum'dan aynı hakim. Buna ilişkin, yani 43. maddeye getirilen düzenlemeye ilişkin de, benim bildiğim kadarıyla sadece iki örnek çıktı: Birisi Düzce'de, işkolu itirazı bekletici mesele yapılıyordu, başka bir itiraz yoktu orada. "İşkolu itirazı artık bekletici mesele olmaktan çıktı." dedi hakim, davayı sendika lehine sonuçlandırdı ya da işveren itirazını reddetti. Onun dışında bir de Eskişehir'den vardı. Benim bilmediklerim olabilir.

Ama benim bildiğim bir sürü dava var ki; işveren delil olarak sadece SSK kayıtları vs. klasik delillerini veriyor ve duruşma açılıyor. Bana göre bu zaten usul hukukunu da zorlayan bir düzenleme. İşkolu itirazı bekletici mesele olmaktan çıkartıldı. Peki işletmedir ya da değildir itirazında bulunursa işveren, ne olacak? İşletme olup olmadığını nasıl belirleyeceksiniz ? İşletme kapsamına giren işyerlerinin hangi işkoluna girmediğini ya da işkolunu tespit etmeden işletme olup olmadığını nasıl belirleyeceksiniz ?

O zaman çözüm üretmek gerekiyor ise: işkolu itirazının bekletici mesele olmayacağına yönelik düzenlemeyi, işletme itirazında da işletme niteliğinde olup olmadığının belirlenmesinde yapılacak işkolu tespitinin de bekletici mesele yapılmayacağı ve bir sonraki dönem toplu sözleşme için hukuki sonuçlar doğuracağını söylemek gerekir, diye düşünüyorum bir. İki, 1990'da bir dava açtım, dedim ki, davanın konusu şuydu; ben grev yapıyorum, grevdeki işçinin yaptığı işte daimi ya da geçici surette bir başka işçi işverenin çalıştırması yasak, bu yasağa işverenin uymadığını tespit ettim, makineler mühürlendi ama yandan kablo çekerek mühürü sökmeden çalıştırmaya devam ettiriyor. Ve dolayısıyla, grevin uzamasına, sendikanın ve işçilerin zararına neden oluyor diye tazminat davası açtım. Davam reddedildi, bu grevin olağan sonuçlarındandır denildi.

Şimdi bakın toplu sözleşme yetki sistemine ilişkin dünyaya baktığımızda ilginç bir durumla karşı karşıyayız:

Bir, bu döneme ilişkin endüstriyel yasaklar uygulayan sistemler var. Deniliyor ki, sendikanın toplu sözleşme yetkisi almak için başvurduğu süreçte, yeni işçi almak yasak, işçi çıkarmak yasak, işçinin işyerini değiştirmek yasak, sendika konusunda yasal sürecin dışında sendika iyidir, kötüdür, sendika gelirse maliyetlerimiz artar, işletme olarak bunu kaldıramayız, kaldırırız türünde konuşmak yasak. Bu yasakların yaptırımı: otomatik yetki. Sendika, "işveren bu konuşmaları yaptığı için ben yetkiyi alamadım." dediği zaman otomatik yetkili kabul edilen sıkı endüstriyel yasaklarla sürecin korunduğunu görüyoruz.

İki, Barışçıl toplu eylem hakları. Bana göre artık AHİM kararında belirtilmiş olduğu gibi bundan sonra gelecek, çıkaracağım, ihtilafları söylüyorum, AHİM Kararında belirtilmiş olduğu gibi toplu sözleşme yetki sistemini sırf müvekkiline zaman kazandırmak için yapılan itirazlarla karşılaştığımda, gücüm yetiyorsa barışçıl toplu eylem hakkımı kullanacağım. Yargıya artık böyle geleceğim. 454 gün beklemek istemiyorum. 454 gün. Sonra para harcıyorum, emek harcıyorum, zaman harcıyorum ve beceriksiz sendika olarak sistemin dışına itiliyorum hiçbir şey alamıyorum. Üç dava açacağım. Diyeceğim ki, artık ben haksız itirazlarda 454 gün sendika aidatından yoksun kaldım, işçim toplu sözleşmeden yoksun kaldı, sendikam hırpalandı, benim profesyonel sendika yöneticim şu kadar gün buraya geldi yolluk aldı sendikadan. Bunların tamamı maddi zararımıdır diye genel hükümlere göre tazminat davası açacağım. Kabul eder etmez yargı. Eğer bunu da yapamazsam ben işçilere açık açık söylüyorum çıkın sokağa, bu sistem çünkü size toplu sözleşme yetkisi vermek için kurgulanmış bir sistem değil. Bu sistem sizi sendikasızlaştırmak için kurgulanmış bir sistem, en azından bunu teşhir edip burada duruyorum.

Osman Güven Çankaya :

Sayın Özveri çok dertli, onun için biraz fazla konuşmasına imkan verdik. Sorular da kendisine daha fazla. Sanıyorum bir on beş dakika daha orada konuşacak. Efendim şimdi tebliğ sırasına göre hocalarıma söz veriyorum.

SORU-CEVAP BÖLÜMÜ :

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut :

Teşekkür ediyorum. Önce müsaade ederseniz ben diğer konuşmacıların fikirlerine dayanarak bazı şeyler söylemek, kendi fikirlerimi de ortaya koymak isterim. Öncelikle sendika, toplu sözleşme ve grev hakkının artık bütün olduğunu söyledik. Uluslararası düzenlemelerde bunların nasıl değerlendirildiğini ele aldık ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikle Avrupa Sosyal Şartını uyguladığı kararların biraz üzerinde durmak istiyorum. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Sosyal Şartı'nı uygularken şartın 5. ve 6. maddelerine dayandı. Bunlar da, Türkiye'nin onay kapsamı dışında bıraktığı maddelerdi. Yani hem sendika hem de toplu eylem veya grev hakkına ilişkin maddelerdi. Şimdi bunların uygulanmasıyla bize şunu gösterdi. Esasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şunu der : Artık bazı değerler vardır ki bunlar Avrupa'nın uluslararası değerleri olmuştur. Bunların onaylanıp onaylanmaması, çekince konulup konulmaması hiç önemli değil. Önemli olan, ortak yasal veya anayasal düzeyde Avrupa toplumunda benimsenmiş değerleri içermiş olmasıdır. Bu nedenle de, Türkiye bakımından kamu görevlileri ile ilgili işi bırakma, toplu gösteri haklarının kullanımında 5 ve 6. maddeye değindi ve bu esasında Avrupa'da büyük yankı buldu. Şöyle yankı buldu; bütün devletler biz de artık kendi düzenlemelerimizi gözden geçirmeliyiz, buna uygun hale getirmeliyiz diye, Türk Hukuku bakımından ilk kez verilen bu karar adeta bir devrim niteliğinde kabul edildi. Dolayısıyla konuyu değerlendirdiğimiz zaman artık sadece "bizim anayasamız şunu diyor, bizim sendikalar yasamız şunu diyor"un ötesine geçmemiz lazım. Bu aşamada bunu dikkate almamız gerekiyor.

2010 Anayasa değişikliğinde 54. maddede yapılan değişikliğin gerekçesine baktığımız zaman, işte siyasi grev, dayanışma grevi gibi veya diğer direnişler hakkındaki hüküm kaldırılırken Anayasa koyucu açıkça iradesini ortaya koydu. Gerekçede şu diyordu; "Uluslararası sözleşmelere uyum" diyordu. Bunu dikkate almayacaksak, Anayasa'nın 90. maddesini dikkate almayacaksak biz sadece 6356 sayılı Kanun'un lafzına bağlı kalacaksak o zaman niye bu sözleşmeleri onayladık? Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde son yıllarda aldığımız mahkumiyetlerin sonucu olarak hükümet Anayasa'nın ilgili maddesinde değişiklik yaptı. Bu bir lütuf değildi, o zaman da söyledim, lütuf olarak getirilmedi. Orada

devamlı mahkum olduğumuz için bunu kaldırmak zorunda kaldılar. ILO'ya karşı yaptırımlarla karşılaşıyoruz ama nedir, moral yaptırımlar. Fakat İnsan Hakları Mahkemesi'ne karşı parasal yaptırımla karşılaştığımız için hükümet bunu mecburen gerçekleştirdi.

Dolayısıyla yine şeye baktığımız zaman saf siyasi grevleri hiçbir şekilde ILO da onaylamıyor, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de onaylamıyor. Ama sadece toplu iş sözleşmesi süreci ile sınırlı bir grev hakkını hem ILO hem İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi hem de Sosyal Şartı uygulayan Sosyal Haklar Komitesi uluslararası düzenlemelere aykırı görüyor. Almanya'da toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde greve başvurulur, düzenleme bizdeki gibi, yasadaki gibi ama Sosyal Haklar Komitesi Avrupa Sosyal Şartı ile ilgili ciddi eleştirilerini ortaya koyuyor. Ve Almanya'da da birçok şey bugün için eleştiriliyor, değiştirilmek isteniyor. Bu nedenle bugünkü toplantıda dikkatimi çeken şey herkes tamam Anayasa'nın 90. maddesini kabul ediyor, uluslararası düzenlemeleri de kabul ediyor ama yok hayır bizim 6356 sayılı Kanunumuz böyle diyor. Geçenlerde yine bir hocamız için yapılan saygı gününde kamu görevlileri ile ilgili konuşma yaptım. O zaman yine bunlardan bahsedince bir deniz ticaret hukuku hocamız kalkıp da **"ya siz İş Hukuku'nda Anayasa 90'ı uygulamıyor musunuz"** dedi. Yani artık tepki bu durumda. Onun için bu toplantıdan sonra bunu bir kere daha gözden geçirmemiz gerekir diye düşünüyorum. Madem 90. madde var, kanun hükmündedir diyor, o zaman hala daha kanunun lafzına sıkı sıkı bağlı kalarak yorum yapmak ne derece doğru olur.

Bunun dışında sayın Özveri arkadaşşıma katılıyorum. Üstelik söylemek lazım, 5. maddede iş kolu itirazının bekletici mesele sayılmayacağı yönünde hüküm getirmekle iş çözümlenmedi, çünkü şimdi işletme niteliğine ilişkin itiraz var, işletme niteliği esasında nedir, işletme nedir? Aynı işkolunda birden çok işyeri var mı yok mu? Bu nedir? İş kolu tespitine geliyor yine süreç. Bu nedenle de, ya dedim bu kanun ilk çıktığında hiçbir şey bekletici mesele yapılamayacak veya böyle yapılırsa ciddi sıkıntılar çıkacak ortaya. Yani hiçbir işe yaramayacak, gerçekten de bir işe yaramadı yine uzun yetki süreci ile karşı karşıya kalıyoruz.

Grevle ilgili son olarak söylemek istediğim şey, bir kere sınırsız olmadığını her zaman söylemek lazım, kısa süreli protesto niteliğindeki eylemler, toplu eylem hakkı içerisinde değerlendiriliyor. Yani artık sadece

grev, yasadışı grev değil, bir de protesto eylemlerimiz var. Bunlar, protesto eylem hakkı içerisinde değerlendirilmelidir, diye düşünüyorum.

Soru (Hatice Aslan Atabay) :

İşe alım sırasında yapılan sendikal ayrımlarda da sendikal tazminat talep edilebileceği belirtildi. Ancak bu konuda yapılacak en önemli ayrım, sendikal nedenlerle işe almama şeklinde gerçekleşecektir. İşe almama halinde de işverene karşı sendikal tazminat talebiyle dava açılabilir mi ?, Açılabilirse bir yıllık ücrete kadar istenebilecek tazminatta ücret hangi ücret olacaktır ? Size göre ispat sorunu nedeniyle bu hükmün uygulanabilirliği var mıdır?

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut:

Bu hükmün uygulanabilirliği kuşkusuz zor. Ancak hangi hallerde, bazı yerlerde görüyoruz mesela kara listeler oluyor, işçiler toplu halde işten çıkarılıyorlar sendikalaşma ile birlikte, başka yere başvurduklarında da alınmıyorlar. Belki buralarda bir karineden hareket edebiliriz. Veya işe alım sürecinde işçilere sendikal olup olmadığının sorulması ama bunlarda hep dediğim gibi ispat sorunu ortaya çıkacaktır. Eğer ispat edilirse işçi bir yıllık ücret tutarında tazminat talep ettiğinde burada ücret ne olacak, noksan ücret mi asgari ücret mi artık onu da herhalde yargı kararlarıyla belirleyeceğiz bu konuda herhangi bir açıklık yok.

Soru (Şahin Çil) :

6356 sayılı Yasa 24 kapsamında, işe iade alınma kararı alınan temsilci işe başlatılmazsa temsilcilik süresi devamınca ücret ve hakları alır. Aynı işçinin İş Kanunu 21. maddede yazılı işe başlatılmama tazminatı istemesi mümkün müdür? 24. madde uygulanmaz diyor. Temsilcilik görevi dava açmadan sona ermişse ne olur?

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut:

Şimdi farz edin ki bugün temsilci işten çıkarıldı, temsilcilik süresi iki gün sonra sona eriyor veya yarın sona eriyor, üç gün sonra da dava açtı. O bir iki günlük aradaki işte ne kadar süre ise o süreye ilişkin ücreti alacak, ondan sonraki süreç nasıl işleyecek? Yine işe iade kararı alacak, işe iade kararıyla başvuracak, alınırsa sorun olmayacak. Ama alınmıyorsa,

yeniden temsilciliğe de atanmamışsa o zaman ne olacak? Buna ilişkin daha kendim de görüşlerimi netleştirmedim. İki şey düşünülebilir: Bu kişinin işe alınmaması bir fesihtir, yeni bir fesih olarak kabul edeceğiz, o zaman yeni bir işe iade davası mı açacak, bu gündeme gelecek veya bu tip durumlarda sendikal işe iade yerine, sendikal tazminat davası açma hakkını verecek miyiz? Bu ikisinden birini herhalde zaman içinde netleştireceğiz ama şu anda çok bağlayıcı bir şey söylemek istemiyorum.

Soru (Av. Ahmet Aksu) :

2012 Ocak ayında başlayan toplu sözleşme görüşmesinin Haziran ayında bağitlandığı bir süreç varsaydığımızda, önceki dönemde dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanan bir işçinin, toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sürerken dayanışma aidatı ödemeye devam etmesi halinde yeni toplu iş sözleşmesinin tüm haklarından yararlanması olası mıdır?

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut:

Yararlanmaya ilişkin 39. maddede, "*dayanışma aidatı ödeme suretiyle yararlanma talep tarihinden itibaren geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur.*" diyor. Dolayısıyla eğer dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma varsa, geriye etkili olarak yürürlüğe konulması halinde toplu iş sözleşmesinin, bundan yararlanamaz, ne zamandan itibaren, imza tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başlar.

Soru :

Yine işyeri sendika temsilcisinin ilgili hükümden yani 25. madde yerine, doğrudan sendikal tazminat davası açma hakkı var mıdır?

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut :

Tabii, bunu da dediğim gibi çok şey bağlayıcı söylemek istemiyorum ama, bunu tartışmak lazım ama belki şunu söyleyebiliriz: İki görüş şurada karşı karşıya gelecek. Birincisi mademki yasa koyucu işyeri sendika temsilcileri için böyle bir özel düzenleme getirmiştir, iradesini ortaya koymuştur artık sendikal tazminat isteyemez diyebiliriz veya hayır zaten bu sendika üyesi olması itibarıyla sendikal tazminattan yararlanabilir diyebiliriz. Bu iki görüş birbiriyle çatışacak diye düşünüyorum.

Soru

:

İşyerinin kapatılması-tamamen tasfiye edilmesi, işyeri sendika temsilcisinin işten çıkarılması için haklı, sendika yöneticisinin işe alınmaması için geçerli sebep olabilir mi?

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut :

Şimdi, tabii işyerinin kapatılması normalde geçerli fesih sebebidir. Ama burada işyerinin kapatılması ile birlikte zaten temsilcilik sıfatı da sona ereceğinden, bir sıkıntı olmasa gerek. Sendika yöneticisinin işe alınmaması için de tabii ki işyerini kapattıysanız meşru bir kapatma nedeniniz varsa herhangi bir sıkıntı yok işe almak zorunda değilsiniz.

Benimkiler bu kadar, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Melda Sur :

Bana bir tek soru kağıdı geldi. İki soru var orada. Sorulardan bir tanesi, Çaykur grevine atıf yapıyor. Ama sorunun konusu grev alma kararı sürecinin yeni kanununda sadeleştirildiği, iyileştirildiğine ilişkin. Burada hiç şüphe yok ki, gerçekten olumlu bir değişiklik var. Çünkü daha önce grev alma sürecini, grev kararını alma sürecini anlatırken biz derste karatahtaya şema çizmek zorunda kalıyorduk. Çünkü uyuşmazlık tutanağının tebliğinden sonra bir bekleme süresi vardı, altı iş günü, o geçtikten sonra grev kararının alınması ve karşı tarafa belirli bir usule uyarak tebliğ edilmesi gerekiyordu. Uygulama tarihinin de, altı iş günü önceden bildirilmesi ve tebliğ edilmesi gerekiyordu ve bütün bunun da altmış günlük süre içinde gerçekleşmesi gerekiyordu. Dört ayrı süre öngörülmüştü. Şimdi sadeleştirilmiştir. Bekleme süresi yok altmış günlük, uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren altmış günlük süre içinde herhangi bir zaman grev kararı alınabilir. Yeter ki ne zaman uygulanacağı altı iş günü önce bildirilmiş olsun. Yani bir bildirim süresi var altı iş günlük ve bütün bunun altmış iş günü içinde gerçekleşmesi gerekiyor. Sade bir mekanizmadır. O bakımdan Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organlarının eleştirilerini usul yönünden giderildiği söylenebilir.

Çaykur grevine gelince, bu grevle ilgili malumatım doğrusu olmadığı için belki bu cevabı Sayın Özveri'ye, uygulamanın içinde olan Özveri meslektaşına aktarıyorum.

Soru (İrfan Taşkın) :

Toplu sözleşme yürürlükteyken dava yoluyla eda davaları ile ilgili bir soru. Acaba başka bir yöntem yok mudur, dava yoluyla bunun talep edilmesinden başka ? Uluslararası normların tanıdığı başka bir hak arama yolu yok mudur ? Yoksa Anayasa'nın 90. maddesi anlamında iç hukukta meşruluk sorununu değerlendiriniz lütfen.

Prof. Dr. Melda Sur :

Şimdi burada değişiklik getirilmiş değildir. Yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesine ilişkin eda davaları hızlı sonuçlansın diye 53. maddede yüksek bir faiz öngörülmüş, işletme kredilerine uygulanacak. En yüksek faiz oranı uygulanır. Bu önceki hükmün aynısıdır. Bunun amacı fazla gecikmeden toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan hakların hak sahiplerine ödenmesinin teminidir. Başka bir yöntem özel hakeme başvurabilir diyor bir önceki madde. "*Taraflar anlaşarak toplu hak veya çıkar uyumsuzluklarının her safhasında özel hakeme gidilir.*" şeklinde bir düzenleme var ama bizim uygulamamızda özel hakem evet Yüksek Hakem Kurulu, özel hakem kurulu zaten o imkan da son fıkrada var, o yok tercih ediliyor ama normalde özel hakem bizde pek rağbet edilen bir yol değildir, Yüksek Hakem Kuruluna çok geldiği söylenmektedir. Bunun bir üçüncü alternatifi var mıdır? Greve gidilemeyeceği kesindir. Hak grevi zaten uluslararası normlarda da hak uyumsuzluklarının çözüm yolunun hukuki uyumsuzluk olması nedeniyle yargı yerleri olduğu artık yerleşmiş bir şekilde kabul edilen bir prensiptir. Bu konuda herhangi bir aykırılık olduğu düşüncesinde değilim.

Av. Dr. Sayın Murat Özveri :

Ben de teşekkür ederim. Çaykur grevinden devam edeyim. Aslında Hocamın basitleştirdiği, sadeleştirdiği grev süreci bir tür eskiye göre bir sadeleştirme ama, altmış günlük bir grev prosedürünün her aşamasının yasayla belirlenmesinin bir grevi nasıl etkisiz kılacağına somut örneği Çaykur'dur. Çünkü öyle bir grev, zorunlu aşamalar öyle bir noktaya gelmiştir ki, tam da yaş çayın toplanacağı dönemde sendika kendi üyeleriyle karşı karşıya kalmıştır. Çünkü üyelerin büyük kısmı aynı zamanda çay üreticisidir, greve gitmezse yetkisi düşecek, greve giderse işçiler aynı zamanda da çay üreticisi oldukları için greve çıkmak

istemiyorlar. Altmış günlük sürelerle de karşı karşıya kalınca sendika mecburen grev kararı alıp bildirmek zorunda kalıyor. Zannediyorum fiilen de grevi uygulamamışlardır. Yani yönetim kurulu kararıyla kaldırılmış bir grev de yoktur. Dolayısıyla altmış günlük süreler, şu kadar gün görüşeceğim süreler, bunlar sosyal taraflara, sendikaya bırakılması gereken ve kanunla belirlenmemesi gereken sürelerdir. Belirlenmesi toplu pazarlık hakkını kolaylaştırmıyor, zorlaştırıyor. Bu nedenle de bana göre ILO ve SÖK kararlarına aykırıdır. Çünkü ILO sözleşmelerine, SÖK kararlarına göre yasal düzenlemenin amacı toplu pazarlığı etkinleştirici ve kolaylaştırıcı nitelikte olmalıdır. Yoksa ulusal mevzuatta istediğiniz gibi düzenlersiniz şeklinde bir serbestlik, ILO açısından bence söz konusu değildir. Örnek olarak söylüyorum, toplu sözleşmenin süresini yasayla belirlemişsiniz üç yıl mı, bu üç yılın hangi aşamasında greve çıkarım, ne zaman görüşürüm, ne zaman toplu pazarlığa otururum, ne zaman uyuşmazlık tutarım bunu yasayla belirlenmesine gerek yoktur. Sendika güçler dengesine göre en etkili grev yapacağı zamanda uyuşmazlığını tutup gerekirse greve çıkmalıdır ki, gerçek anlamda grev hakkının varlığından söz edelim. Davul zurna ile ilan ediyorsun ey işveren stoklarını yap, önlemlerini al ben şu altmış günün birinde greve çıkacağım. O da tutuyor üç ay öncesinden binlerce geçici işçiyi getiriyor, fabrikaya diziyor, grev kırıclığı yapıyor yani hükümet, işveren grev kırıclığı yapıyor hiçbir yaptırımı yok. Hadi çık erkeksen diyor sendikaya. Ya da spot piyasada mallarını stokluyor, hadi greve çık diyor. Nasıl olsa o zaman diliminde çıkmak zorundasın. Bu tür belirlemeler aslında bana göre grev hakkının özünü zedeleyen belirlemeler.

Yarım kaldığı için hemen bir şey işaret ederek sorulara gelmek istiyorum. Şöyle bir denklem kurmak gerekir diye düşünüyorum. Eğer uluslararası normlara göre sendika hakkının, kolektif hakların bölünmezliği ilkesi var ise, eğer Lütfü Duran Hocanın ölümsüz tanımıyla, bunlar siyam ikizleri gibi, biri olmadan diğerrinin olmayacağı, birinin varlığı diğerrini koşullandıran haklar ise, eğer uluslararası sözleşmeler bu üçüne birden güvence getiriyor ise, anayasal bir haksızlık, üstelik TCK'da bu hakkın kullanılmasının engellenmesi bir suç olarak düzenlenmiş ise bana göre

Bir; sendika özgürlüğüne müdahale aynı zamanda bir haksız fiildir;

İki, yine ILO sözleşmelerine göre uygun iş, örgütlenme özgürlüğünü de kapsıyorsa, uygun iş tir. Aksi halde uygun iş değildir.

Üç, yasa özellikle toplu sözleşme yetki belirlemesine ilişkin unsurlarda süre koymuştur. İşletme niteliğinin olup olmadığını 15 gün içerisinde belirleyeceksin, yetki davasını iki ayda sonuçlandırıcaksın. Yargıtay aşaması 15 gün sürecek vs.

Tüm bu sürelere uymama rağmen ben bu aşamaya ulaşamıyorum isem bunun iki tane hukuki sonucu olmalıdır:

Bir : Tazminat,

İki : Barışçıl toplu eylem hakkımı kullanarak ben işvereni masaya çekme hakkına da sahip olduğuma inanıyorum. Bunu sendikalara ve işçilere öneriyorum. Böyle bir iddia ile gelirlerse de müsebbibi olmayı da şimdiden göze aldığımı belirtiyorum efendim. Yani hukuki dayanağım ve mantığım bu. Hem uluslararası sözleşmeler hem de bu nitelendirme diye düşünüyorum.

Soru :

Toplu iş sözleşmesi tekliflerinde sendikalar yasaya ve içtihatlarla aykırı bir öneri getiriyorlar: İş Kanunu 21. maddesine aykırı olarak geçersiz fesihle ek tazminat gibi 36- 40 haftalık bildirim süreleri gibi. Bunun sebebi ne olabilir ? Sendikalar da toplu iş sözleşmesi önerisine hazırlanırken hukukçulardan görüş almıyorlar mı?

Av. Dr. Murat Özveri :

Bence işte bu nokta tam kritik nokta. Yasalara uygunsa yasadaki standarda uygunsa ben niye toplu sözleşme yapayım ki? Yasa zaten en az, asgarisi. Tabii ki toplu sözleşmelerde yasalardakinin çok çok üstünü isteyeceğim. 4857 sayılı yasanın 21. Maddesi de bana göre Gözden Geçirilmiş Sosyal Şart'a aykırı bir şekilde emredici bir düzenlemeyle tavan sınır getirilmiştir. Bana toplu sözleşmelerle de olsa sekiz aylık sınırlamayı aşamazsın diyor. Tamam ona bir diyeceğim yok. Emredici bir düzenleme ve bana göre de iş hukukunun doğasına aykırı. Bunun dışında emredici bir düzenlemeyle yasaklı olmayan toplu sözleşme özerkliği içerisinde kalan şeylerde niye yasayla bağlı kalayım ki? Yasayla bağlı kalan sendikaları kınamak lazım, zaten yasa var o zaman. Toplu sözleşme niye yapmak gerekiyor? İhbar öneli 36-40 hafta, gücüm yetiyorsa 100 hafta isterim, feshi zorlaştıracak, feshi sınırlandıracak her şey toplu pazarlıkta

kullanılması gereken bir enstrümandır. O zaman işçiyi çıkarma. 36-40 haftalık ihbar önelini ödemek istemiyorsan o zaman fesihte biraz düşün derim ben. Ve bunu da sınırlayan bir düzenleme yok. Şahin Bey gülüyor. Bana göre Yargıtay'ın o kararı, ihbar öneline yönelik getirmiş olduğu karar, nisbi emredicilik niteliğine aykırı bir karardır. Sadece hakkın kötüye kullanılmasına yönelik bir yargısal denetime evet, eğer sendika orada işte, belediye gibi kamu kuruluşu gibi, bir başka güçler dengesi toplu pazarlığın doğasına aykırı deyip siyasi, dışsal birtakım etkilerle o ihbar önellerini almışsa ve burada bir kamusal zarara yol açıyorsa hakkın kötüye kullanılmasından gidilir. Ama nisbi emredici bir düzenlemenin boşluk vardır diye, yorumlanmasına bu vesileyle katılmadığımı da belirtiyorum. Nisbi emredici düzenlemenin üstü, her şeyi gücüm yetiyorsa toplu pazarlık masasında alırım.

Soru

:

Sarı sendikalara işaret ediyor ve diyor ki dünya sendikalar örgütünün bile üyeliğe kabul etmediği hükümet güdümünde kurulmuş olan sarı sendikaların yetki almasına ne diyorsunuz?

Av. Dr. Murat Özveri :

Şimdi Hüseyin Hocam da dedi ya, bu 800 sendika, bakın buna da katılmıyorum. Varsa bir araştırma da gerçekten bilgilenmek istiyorum. Bu 800 sendikanın 800'ü de sarı mıydı? Bu 800 sendikanın 800'ü de sarıysa, mantığım bana diyor ki, Bülent Pirlar niye buna karşı çıkıyor her vesileyle. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Genel Sekreteri ikide bir diyor ki geçmişte 800 sendika vardı, sarı sendikalar vardı, aman işyeri sendikaları, işkolu sendikacılığından vazgeçmeyelim. E sarıysa senin işine yarıyordu. Bence gereğinden fazla kızıl, gereğinden fazla yeşil, gereğinden fazla sistemi sorgulayan sendikalar vardı. Evet sarılar da vardı, emekli komiserler, işverenlerin kurdurduğu sendikalar vardı. Bugün yok mu? Bugün bakın istatistiklere, tam da sarı sendika olarak adam işverenle pazarlık yaparak sendika girmesin diye barajı aşmış inşaat işkolunda sendikalar var. Bugün toplu sözleşme yetkisini, işkolu barajını aşmamış, yetki için bakanlığa başvurmamış ama toplu sözleşme yapan Öz Petrol İş, Öz Kağıt İş, Öz Demir İş diye bir sürü sendika var ve bunların bir kısmı yargı kararlarıyla iptal ediliyor. Dolayısıyla sarı sendikacılık, yani sendikaların bağımsızlığı ilkesi, sendikanın etkililiği, etkili bir güç olma gibi kriterleri tamamı olmaksızın, salt sayısal çoğunluk üzerinden yetkili

sendika budur derseniz, sarısına da mavisine de razı olursunuz ve sadece sayısal çoğunluğa ya da bir yerde kümelenmeye de güçlü sendikacılık derseniz, o zaman bir daha söylüyorum, sendika oligarşisini sendika diye okursunuz. Üstelik de, Milli Güvenlik Kurulu'nda bakan olarak temsil edilirken bu sendikaların temsilcisi açık, net bir şekilde diyor ki : *Değerli paşam bizi tasfiye edersen yerimize gelenin ne yapacağını bilmezsin, bak biz işçileri kontrol ediyoruz, çizginin içinde tutuyoruz. İyi çocuklardır*, diyor. Tutanaklarda var. Böyle bir sendikacılığa güçlü sendikacılık, sendikalar arasında rekabet kalktı 800'den 30'a düştük diyorsanız ben bunun doğru olduğuna doğrusu katılamıyorum. Bunun yolu, sendika seçme özgürlüğüdür. Sendika seçme özgürlüğü sadece işkolu sendikalarından birisini seçme değil, sendikacılığın düzeyini de seçmektir. Eğer siz yatay örgütlenmelere izin verirsiniz, işyeri sendikalarına, meslek sendikalarına, işkolu sendikalarını terbiye edersiniz. Merkezileşen sendika işyerini kaybetmemek için, işyeri sendikalarıyla rekabet etmemek için onu dinler, anlar, ona uygun bir yapı gelişir, bir federatif yapı, oradan bir konfederasyon gelişir bu sistemin sınırlarını zorlayan. Her zaman makbul sendikacılık sınırlarına girmeyen sendika demektir. O yüzden de zaten sendika korkusu yasaları da şekillendiriyor diye de düşünüyorum.

Soru

:

Kamuda iş tarifinin açıkça yapılmış olması, işin süresi içinde yapılması gereken nicel ve niteliksel sınırlama getirmemektedir. Çalışanlar işlerinin güvenliğini zorlayacak şekilde çalıştırılmaktadırlar. Bunun için sekiz saat çalışma süresinin dışında da çalıştırılmak istenmektedir. Fazla mesailerin kaldırıldığı, memura rücuunun dikkate alındığı bir düzende, bu tür yapılan grevler menfaat uyuşmazlığı mı hak uyuşmazlığı olarak mı değerlendirilir?

Av. Dr. Murat Özveri :

Menfaat uyuşmazlığı, sendika ile işverenin toplu pazarlıkta yaşadığı uyuşmazlıktır. Hak uyuşmazlığı ise, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir hakkın verilmemesi durumunda karşımıza çıkar. Eğer toplu sözleşme yoksa eğer görüşen taraflar yoksa ne hak uyuşmazlığından, toplu hak uyuşmazlığını kastediyorum, ne de menfaat uyuşmazlığından söz edebilmek mümkün değildir. Fazla mesailerin verilmemesi o zaman bireysel iş hukukundan doğan, memursa 657'den doğan bir sorundur.

657'ye çok hakim değilim, ama bir sendika varsa o zaman toplu hak uyuşmazlığı olur. Toplu hak uyuşmazlığı için de, yine Hocam da belirtti, dava açmanın dışında bir yol görünmüyor ama Anayasa Mahkemesi'nin bir hak grevine ilişkin kararını anımsamakta yarar var. Bir hak ihlal edilirse bunun dava yoluyla elde edilmesi olağan yoldur. Ama ülkemizin sosyolojik gelişimi dikkate alındığında dava yoluyla hak almanın uzun sürmesi nedeniyle mağdur olacak işçinin daha etkili bir araç olan hak grevi yoluyla hukuki yararına ulaşmasında Anayasa'ya aykırılık yoktur. Hocam, Fazıl Hocam doğru özetledim mi? Böyle bir Anayasa Mahkemesi kararı vardı. Bana göre de, hak grevi olabilir ve Türkiye'de hak grevine ne kadar başvurulduğuna bakmak lazım. Bir kez Ömer Ekmekçi Hocamın kulağı çınlasın, börek grevi diyor sonra ben baktım kalori, yeteri kadar kalori toplu sözleşmede şu kadar kalori yemek olacak deniyor, buna aykırı olduğu için yapılmış o dönem içerisinde hiçbir işveren toplu sözleşmeye aykırı bir tavır geliştirememiş. Hak grevinin korkusu bile yetmiş diye düşünüyorum.

Soru :

Hava iş ve THY arasında yürütülen toplu sözleşme görüşmeleri, hayır görüşmeleri diyor davayı sormuyor.

Osman Güven Çankaya :

Murat Bey bu tür toplantılarda genellikle yargıda olan şeyleri tartışmıyoruz.

Av. Dr. Murat Özveri :

Peki efendim, ben şu kadarını söyleyeyim: grev erteleme gibi aslanlar gibi bir kurumumuz varken hiç kimsenin grevden korkmasına gerek yok. Hep söyledim yine söyleyeceğim. Bu ülkede tuvalet kağıdı üretimini durdurmakla milli güvenlik arasında ilişkiyi, ambalaj kağıdı üretilmezse mamul mallar ambalajlanamaz, ambalajlanmazsa ihraç edilemez, ihraç edilemezse döviz girmez, döviz girmezse Türk Silahlı Kuvvetleri'nin gereksinim duyduğu silah-teçhizat alınamaz, milli güvenlik tehlikeye düşer diye açıklayan Danıştay savcılarının olduğu yerde aslanlar gibi grev erteleme varken kimsenin de grevden korkmasına gerek yoktur, diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Osman Güven Çankaya :

Efendim ben şahsen bugün çok yararlandım, sizlerin de yararlandığını düşünüyorum. Bu nedenle İzmir Barosu'na çok teşekkür ediyorum böyle bir toplantı düzenlediği için. Arkadaşlar yarın Yargıtay'ın iki değerli yargıcı yine İzmir'in yetiştirdiği iki öğretim üyesinin uygulamaya yönelik tebliğleri olacak. Katılırsanız çok yararlanacağınızı umuyorum, yarın saat 10.00'da görüşmek üzere, iyi akşamlar diliyorum.

Av. Zöhre Dalkıran :

Bizler de her iki oturumda başkanlık yapan oturum başkanlarımıza, tebliğ sunan katılımcılarımıza çok teşekkür ediyoruz. Kendilerine İzmir Barosu tarafından hazırlanan plaket ve hediyemizi vermek üzere Baro Başkanımı Sayın Sema Pekdaş'ı ve ilk oturumumuza katılan oturum başkanı ve katılımcılarımızı sahneye davet ediyorum.

Sunucu Av. Dicle Acar :

İzmir Barosu İş Hukuku Günleri isimli sempozyumumuzun 2. gününe tekrar hoş geldiniz. Bugünkü ilk oturumumuzun oturum başkanlığını Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sayın Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu yapacaktır. Ünal Narmanlıoğlu 1938 yılında doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1961 yılında mezun olduktan sonra, 1973 yılında özel hukuk dalında doktorasını tamamlamıştır. Yine özel hukuk dalında İstanbul Üniversitesi'nde 1973 yılında doktor asistan, 1981 yılında Ege Üniversitesi'nde doçent ve en son 1989 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi'nde profesör unvanı almıştır. Yayınlanmış birçok tebliğ, makale ve kitapları bulunmaktadır. Narmanlıoğlu halen Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görevini sürdürmektedir.

Bugün ilk oturumumuzda “Uluslararası Sözleşmeler Karşısında İş Güvencesi Uygulamaları” konulu ilk sunumu İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. Sayın Zeynep Şişli yapacaktır. Zeynep Şişli lise öğrenimini Ankara Halide Edip Kız Lisesi ve AFS değişim öğrencisi olarak öğrenim gördüğü ABD'de tamamladıktan sonra 1985 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 1988 – 2009 yılları arasında İzmir Barosu'na kayıtlı serbest avukat olarak çalışan Şişli, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalından 2002 yılında yüksek lisans, 2007 yılında

doktora derecesini almıştır. Dokuz Eylül Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümünde bir yıl misafir öğretim görevlisi olarak ders vermiştir, 2006 yılında misafir öğretim üyesi olarak ders vermeye başladığı İzmir Ekonomi Üniversitesi İşletme Bölümü'nde 2009 yılında Yrd. Doç. Dr. unvanı ile tam süreli çalışmak üzere öğretim üyesi kadrosuna katılmıştır. 2011 yılından bu yana Hukuk Fakültesi'nde bu görevini sürdürmektedir.

"Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri" konulu ikinci sunumu ise Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Sayın Mustafa Alp yapacaktır. Mustafa Alp, 1991 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi'ni 3. olarak bitirmiş, 1992 yılında İş Hukuku alanında doktora öğrenimini görmek üzere Almanya'ya gitmiştir. 1998 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi'nde yardımcı doçent olarak görevine başlayan Alp, 2006 yılında doçent unvanını almış olup halen Dokuz Eylül Üniversitesi'nde görevini sürdürmektedir.

Bu noktada iki tane hatırlatmamız olacak. Bir tanesi soru sormak isteyen meslektaşlarımızın, misafirlerimizin arkadaşlarımız tarafından dağıtılan kâğıtlara sorularını yazıp yine arkadaşlarımıza teslim etmelerini rica ediyoruz. İkinci hatırlatmamız ise bu oturumdan sonra bir yemek aramız olacak, ikinci oturumumuz 13.30'da başlayacak. Oturum başkanımızı ve konuşmacılarımızı sunumlarını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu:

Değerli katılımcılar, sempozyumun ikinci gününün birinci oturumunu açıyorum. Bu oturumda iki konu, iş güvencesi ile Yeni Borçlar Kanunu'nda İş Hukukuna ilişkin konular ele alınacak arkadaşlarımız tarafından. Şimdi genellikle bu, devletin çalışma hayatına müdahalesinde işçinin feshe karşı korunması meselesi, 19. asrın sonu 20. asrın başlarında gündeme gelmiş bir konudur. Tabii daha önce batı ülkelerinde birtakım düzenlemelere konu olmuş olan bu konuda ülkemiz birazcık işi geriden takip etmiş bulunmaktadır. İş güvencesi yahut feshin sınırlandırılması diyebileceğimiz, istihdam güvencesi olarak da anılan bu konu son zamanlarda tabii bizim ülkemizde de 2003 yılında önce özel bir kanunla daha sonra 4857 sayılı Kanunun bünyesine dahil edilmek suretiyle mevzuatımıza eklenmiştir. Tabii ondan önce yine feshe karşı koruma konusunda bu kadar genel olmamakla beraber birtakım özel konularda, özellikle hastalık, iş kazası,

askerlik, doğum, gebelik gibi işçilerin özel durumlarında, feshe sınırlama koyan birtakım hükümler bulunmaktaydı ama tabii genelde bu feshin korunması, daha doğrusu sınırlandırılmasına ilişkin iş güvencesi hükümleri o dönemden sadece sendika işyeri temsilcileri için işe iade imkânı tanıyan bir çerçevedeydi. 2003 yılından sonra mevzuatımıza itad edildiği şekilde işe iadeyi de kapsayan ama tam manasıyla bir işe iade sayılmayacak, sadece yapılan feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin bir kararın tarafların davranışlarına göre şekillenmesi çerçevesinde belirli bir sınırdan bir güvence tanınmıştır. Ben işi fazla uzatmadan sözü arkadaşşıma, değerli meslektaşım Zeynep Şişli'ye veriyorum, evet buyurun, söz sizin.

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Şişli :

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli meslektaşlarım, Değerli konuklar, öncelikle hepinizi saygıyla selamlıyorum. Ayrıca "İş Hukuku Günleri"ni düzenleyerek görüş alışverişinde bulunmamızı, kendi açımdan çok değerli hocalarımızın düşüncelerinden yararlanmamı sağlayan İzmir Barosu'na ve İş Hukuku Komisyonu'na teşekkür ediyorum. Bugün sizlerle paylaşmaya çalışacağım konu **"Uluslararası Sözleşmeler Karşısında İş Güvencesi Uygulamaları"**.

Bu konu oldukça geniş ele alınabilir. Biraz önce Ünal Hocamın da söylediği gibi feshe karşı koruma, istihdamın korunması olarak da adlandırılan konu kapsamında dar anlamda işçinin bireysel olarak feshe itirazı yasal yolları ve sonucu yaptırımları, işe iade veya tazminat veya her ikisi, geniş anlamda ise bildirim süreleri gibi yasal veya sözleşmesel diğer araçlar bulunmaktadır.² Böyle olduğu için konuyu sınırlandırmak gerekiyor. Ben iş sözleşmesinin işverence haklı ya da geçerli bir sebep olmaksızın feshine karşı, işçinin bireysel olarak korunmasıyla sınırlı, esas olarak 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı temelinde karşılaştırmalı bir değerlendirme yapmaya çalışacağım. Toplu işçi çıkarma ve özel olarak korunan işçilerle ilgili düzenlemeler ve diğer iş güvencesi açısından önem arz eden araçlardan söz etmeyeceğim. Öncelikle hepimizin bildiği, ancak konu ile ilgili değerlendirmeler açısından anımsamamızda yarar olduğunu düşündüğüm iş güvencesi kavramı ve hukuksal temellerine değinmeye çalışacağım. Daha sonra, işçinin haksız

² Süleyman Başterzi, AÜHF; 2005,C.54,S.3-ELLN, Thematic Report 2011, Dismissal and Employment Protection.

ya da geçersiz feshe karşı korunması ile ilgili uluslararası sözleşme hükümlerini kısaca hatırlattıktan sonra, esas olarak 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesini temel alarak, 4857 sayılı İş Kanununun ilgili hükümlerini Avrupa Sosyal Haklar Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konu ile ilgili kararlarını ve emsal Yargıtay kararlarını göz önüne alarak değerlendirmeye çalışacağım. Ve sonuçta birkaç öneri ile sözlerimi bitirmek istiyorum.

Konumuz dar anlamda iş güvencesi, bir başka deyişle keyfi işten çıkarmaların önlenmesi. Bunun için yapılacak düzenlemelerde üç önemli husus olarak:

1. İşçinin ancak hukuken geçerli bir nedenin varlığı halinde işten çıkarılabilmesi,
2. Geçerli nedenin varlığının mahkeme tarafından etkin denetimi,
3. Geçerli bir nedene dayanmadan işten çıkarılan işçinin mahkeme kararı ile işe iadesinin sağlanmasının göz önüne alınması gerekiyor.³

İşverenin iş sözleşmesini bildirimli feshinde, hukuken geçerli sebep göstermesi gereği; hukuksal temelleri açısından öğretilerde birçok açıdan değerlendirilmiştir. Fevzi Demir Hocam İş Güvencesi kitabında Fransız Hukukunda esas alınan iş mülkiyeti temelinde bu gerekliliği açıklıyordu. İşçi ve işveren arasında sürekli bir sözleşme olan iş sözleşmesinin gerektirdiği bağın/güven duygusunun korunması, insan onurunun zedelenmemesi, hakkın kötüye kullanımının engellenmesi temellerine dayandırılan bir kurum⁴. Ama çok basit olarak İş Hukuku ile ilgilenen herkesin, hepimizin bildiği gibi aslında iş güvencesinin, İş Hukukunun diğer işçiyi koruyucu hükümleri gibi, özünde, temelinde var olan şey, iş sözleşmesinin diğer sözleşmelerden ayırıcı özelliği olan konusunun insan emeği olması. Yani işçinin yaşamı, fiziksel ve/ya ruhsal gücünün kullanımının ücret karşılığı tahsis edildiği bir sözleşme olması. Ve yine işçinin yaşamını sürdürmek için bu işten kazanacağı ücrete muhtaç, iş

³ Can Şafak, <http://www.sendika.org/2007/03/egitim-notlari-turkiyede-is-guvencesi-can-safak/>, 05.05.2013.

⁴ Emine Tuncay Kaplan(Schweingruber ve Süzek'ten aktaran), İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987,s.36-37.

ilişkisinde ekonomik ve sosyal açıdan güçsüz, işverene bağımlı olması. Özetle, sosyal devlet ilkesi gereği kamu müdahalesi gerektiren ve bu sebeple sözleşme özgürlüğünün sınırlandığı temel haklarla ilgili bir alan olması, iş hukukunun genel olarak tüm diğer konuları gibi iş güvencesi hükümlerinin de temelini oluşturuyor.

Uluslararası kaynaklara hızlıca baktığımızda 1966 tarihinde kabul edilip, 1976 tarihinde yürürlüğe konulan ve ülkemiz tarafından 2000 yılında imzalanıp 2003 yılında Resmi Gazete’de yayınlanarak iç hukuk kuralı haline getirilen Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 6. maddesindeki çalışma hakkı⁵, ki Anayasamızda da karşılığı düzenlenmekte, dün de hocalarımızın söylediği gibi sadece herkesin kendi seçtiği ve girdiği bir işte çalışarak geçimini sağlama imkanı değil, aynı zamanda işinin keyfi davranışlara karşı, çalışmakta iken veya sözleşmenin sonlandırılmasında, feshinde korunmasını da kapsıyor, özünde çalışma hakkı bu düzenlemenin temeli. Diğer kaynaklar arasında öne çıkan konu ile ilgili özel sözleşme; “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi”. Avrupa Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı 24. maddesi ekleriyle ve yorumuyla birlikte 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesini esas alınarak düzenlenmiş ve kısaca tüm çalışanlar, iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkına sahiptir diyor. Yine Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 30. maddesi; *“Her işçi, haksız işten çıkarılmaya karşı, Topluluk hukuku ile ulusal hukuk ve uygulamalara uygun olarak korunma hakkına sahiptir”* demektedir.

Ulusal kaynaklara baktığımızda en başta sosyal devlet ilkesi gereği, anayasamızda iş güvencesi ile ilişkilendirebileceğimiz hükümler olduğunu görüyoruz. Değiştirilemez hükümlerde yer alan, Türkiye Cumhuriyeti’nin niteliklerini belirleyen “insan haklarına saygılı, sosyal bir hukuk devleti” olması, iş güvencesi hükümlerinin düzenlenmesi ve uygulanmasının en temel kaynağı.

Anayasa’nın 5. maddesinde yine devletin temel amaç ve görevleri düzenleniyor ve burada herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları sağlamaya çalışmanın devletin görevi olduğu

⁵

<http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmekohak.html>,10.05.2012

düzenleniyor. Yine iş güvencesinin Anayasal temelleri açısından, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde olduğu gibi, Anayasamızın çalışma hakkıyla ilgili 49. maddesinin kapsamında olduğu ve yine bugünkü konumuzla ilgili olarak, dün de irdelenen 90. madde, yani uluslararası sözleşmelerin usulüne göre yürürlüğe konması durumunda kanun hükmünde olması ve kanunlarla çatıştığı durumda eğer temel haklarla ilgiliyse öncelikle uygulanmasına ilişkin düzenleme olduğunu söyleyebiliriz.

Özel olarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "**Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması**" başlıklı 18 ila 21. maddelerinde dar anlamda iş güvencesi hükümlerinin düzenlendiğini görüyoruz ki bu hükümlerin de temel dayanağı ve büyük ölçüde paralel olarak hazırlandığı ana kaynak, İşçilerin Haksız Feshe Karşı Korunmasına İlişkin 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi. Elbette 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi ile iş güvencesinin düzenlenmesinden bu yana geçen zaman içinde, gerek denetim organları, gerekse ILO'nun diğer organizasyonları ve kurumlarında bu konu tartışılmış, uluslararası hukukta gelişimi dikkate alınmış. Ve bugün için söylenen şey şu ki -her iş hukuku ile ilgili kural ve kurumla ilgili söyleyebileceğimiz gibi- kapsam dışı çalışanların giderek artması ve esnek çalışmanın yaygınlaşması ile iş güvencesinin temelinin zedelendiği ve istisnalarının giderek çoğaldığı, bu sebeple de güvencelerin etkinliğinin azaldığı uluslararası hukukta da tartışılmakta⁶. 2011 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Üçlü Uzmanlar Komitesi raporuna baktığımızda işçi kesiminin olaya bakış açısı aslında iş hukukunun temeli, varlık nedeni, Borçlar Hukukundan ayrı bir İş Hukuku olmasının gerekçesini bize en basit şekilde tekrar ifade ediyor. Çalışanların bakış açısında bugün hala ILO'nun hizmet ilişkisine işveren tarafından son verilmesi hakkında 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi ve tavsiye kararı ile kabul edilen iş güvencesi kurumu ve kuralları 1944'te Philadelphia Bildirgesi'nde en temel olarak belirtilen "emek bir mal değildir" ilkesi temelinde insanlığın ortak vicdanının, insan onuruna saygının ifadesi olarak kabul ediliyor.⁷ İşverenler bugün olaya nasıl

⁶ Arturo Bronstein, International and Comparative Labour Law, Current Challenges, ILO, 2009.

⁷ The worker spokesperson, ILO Final Report of Tripartite Meeting of Experts to Examine The Termination of Employment Convention, 1982 (No.158) and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No.166) (Geneva 18-21 April 2011) p.2.

bakıyor, bir sosyal taraf olarak? Bu kurum ve kuralların geçen otuz yıldaki değişiklikler göz önüne alınarak tek başına değerlendirilmemesi gerektiği, etkili eğitim ve insan kaynaklarının geliştirilmesi, uygun ihbar süreleri, işten çıkarmada keyfilik ve kötüye kullanım olmaması, aktif iş aramayı destekleyici işsizlik geliri ilkeleri temelinde ele alınması gerektiğini ifade ediyorlar 2011 yılı itibarıyla.⁸

Bir karşılaştırma yapmak anlamında, karşılıklı bu şekilde slayta koymaya çalıştım, şöyle düşündüm, bu tür toplantılarda hep kaynağımızı kitabımızı önümüze alıp, yasalarımıza bakıyoruz ve okuyoruz, bunların hepsini okumayacağım, hepsi aslında sizlerin de bildiği şeyler. Sadece paylaşıırken gözümüzün önünde olsun diye yansıtmaya çalıştım. Bir tarafta ILO Sözleşmesi'nin 1. maddesi, uygulama metotları, diğer tarafta ise Türkiye'de iş güvencesi kurumunun, kurallarının kabul edilme süreci. 1982'de 158 sayılı Sözleşme'yi ILO kabul ediyor ve diyor ki; *"Bu sözleşme hükümlerinin, toplu iş sözleşmeleri, hakem kararları veya mahkeme kararları ile veya ulusal uygulamaya uygun başka bir yöntemle geçerlik kazanmadığı hallerde, yürürlüğe girmesi ulusal mevzuatla sağlanır."* Ancak ne yazık ki, Türkiye sözleşmeyi iç hukukta 1994'de usulüne uygun yürürlüğe sokmasına rağmen, 2003 yılına yani ILO'nun kabul ettiği tarihten kabaca yirmi yıl sonrasına kadar uygulamada iş güvencesi kurallarının karşılığının olmadığını görüyoruz. O dönemlerde avukatlık yapan ya da mesleğin içinde olan arkadaşlar bilirler, toplu sözleşmelerle işe iade kuralları kabul ediliyordu, ancak Yargıtay kararlarında sözleşmenin normatif olmadığı gerekçesi ile ve öğreti de benzer görüş baskın olduğu için genellikle uygulamaya yansıtılamamıştı. Hâlbuki Sözleşme'de diyor; illaki ulusal mevzuatta düzenlemek zorunda değilsiniz, toplu iş sözleşmesi, hakem kararı veya mahkeme kararları da uygulamaya sokulabilir. Geçmişe ilişkin bu eleştiriden sonra, 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesine baktığımızda; öncelikle tüm ekonomik faaliyet alanları ve hizmet sözleşmesi ile çalışan herkese uygulanacağı yazıyor. Ancak ikinci maddenin altında ülkelerin ulusal hukukları ile sınırlamalar yapabileceğinden de söz edilmiş. 4857 sayılı İş Kanunu 18. maddesi ile yapılan sınırlandırmalar, işyerinde en az otuz işçi çalışması,

⁸

The Employer Spokesperson, ILO Final Report of Tripartite Meeting of Experts to Examine The Termination of Employment Convention, 1982 (No.158) and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No.166) (Geneva 18-21 April 2011) p.4.

işçinin belirsiz iş sözleşmesi ile çalışması ve en az altı aylık kıdeminin olması, işyerinin bütünü sevk ve idare eden işçi işe alma, çıkarma yetkisi bulunan vekil ve yardımcısı olmaması koşullarını işyeri ve işçi açısından düşündüğümüzde, acaba ILO’nun koyduğu sınırlama ölçüleri içinde kalıyor mu sorusu gündeme geliyor. ILO sözleşmesinde belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerle ilgili sınırlama makul kabul ediliyor ki, 4857 sayılı yasada benzer düzenleme var. Deneme süresi içinde bulunanlar açısından düşünüldüğünde, 4857 sayılı yasada kıdemli olma koşulu olarak altı ay kabul edilmiş ki, deneme süresi olmadığı açık. Biraz sonra değinmeye çalışacağım bir Avrupa Sosyal Haklar Komitesi kararında işten çıkarmaya karşı bu kadar uzun bir süre işçinin korunmamasının Avrupa Sosyal Şartı 24. maddesine aykırı olduğu düşünülüyor. Belirli süreli işte çalışan işçiler açısından yine ILO Sözleşmesi’nin 2. maddesi bu Sözleşme hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvence sağlamalıdır diyor. Baktığımızda gerek 1475 sayılı İş Yasası döneminde Yargıtay uygulaması ile geliştirilen kıstaslar -Yargıtay’ın ve Yargıtay kararlarının Türkiye’de İş Hukuku’nun gelişmesine çok önemli bir katkısı olduğunu düşünüyorum- ve bu kıstaslara uygun 4857 sayılı Yasa’ya konulan sınırlayıcı düzenlemelere baktığımızda, kötüye kullanıma karşı yeterince kısıtlayıcı hüküm içerdiğini söyleyebiliyoruz. Yine 158 sayılı Sözleşme 2. maddesinde, özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda hizmet sözleşmesiyle istihdam olunanlardan sınırlı bir kategori, gerektiği taktirde, varsa işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra, bu Sözleşme hükümlerinin tamamı veya bazı hükümlerinin kapsamı dışında bırakabilir deniliyor. Ancak neden otuz işçi, hepimiz biliyoruz ki on işçi daha sonra otuz işçi haline getirildi, kanun gerekçesinde esaslı bir nedeni yer almıyor, dün de söylendi, ben de tekrarlıyorum: Baktığımızda Türkiye’de KOBİ’ler istihdamın % 77-78’ini oluşturuyor⁹, fakat biliyoruz ki orta ölçekli işletme, 250’ye kadar işçi çalıştıran işletme, küçükleri bir tarafa bıraksak bile oran önemli, 2011 yılı itibariyle 6,5 milyon işçinin otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde istihdam

⁹

(TÜİK 2011) <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13146>

edildiği istatistiksel bilgisi¹⁰ karşısında, dün yine hocalarımızın ifade ettiği gibi kayıtlı çalışan işçilerin yarısından fazlasının iş güvencesi kapsamı dışında kaldığını söyleyebiliyoruz. Bu orana sınırlı bir kategori diyebilir miyiz, diyemeyiz. Demek ki Türkiye'deki yapılan sınırlamalar 158 sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerine uygun değil. Devam ettiğimizde, yine denetleme raporlarında yer alan, Türkiye'nin resmi belgelerde itiraf ettiği bir gerçek, iş güvencesi düzenlemesinin yirmi yıllık gecikmeyle yapılması, örneğin 8. Beş Yıllık Kalkınma Planında gördüğümüz üzere¹¹. İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için altı aylık kıdeminin aranması koşulunu irdelediğimizde, benzer bir durumda Avrupa Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı 24. maddesi ile ilgili denetim organı olan Sosyal Haklar Komitesi'nin, 2005 yılında Kıbrıs'ın mevzuatı ile ilgili verdiği bir kararda; 26 hafta kesintisiz işverenin yanında çalışmamış olan işçinin geçersiz fesihte tazminata hak kazanamamasının, işçilerin altı aylık bir süre için işten çıkarmaya karşı koruma hükümlerinin dışında bırakıldıkları anlamına geldiği ve Avrupa Sosyal Şartı 24. maddenin ihlali olduğu kabul edilmiştir. Bu istisnanın, işçinin vasıfları göz önüne alınmaksızın genel olarak düzenlenmesi, 2003 İtalya kararında belirtildiği gibi açıklanabilir olmadığından, Şartın 24. maddesine aykırıdır denmektedir.¹² Yasal düzenleme gereği, uygulamada Yargıtay'ın güvence kapsamı açısından ön koşul kabul ettiği altı aylık kıdem koşulu, iç hukuk kuralı haline getirdiğimiz sözleşmeleri denetleyen ve denetim organları olarak yine sözleşmelerle kabul ettiğimiz organların, benzer olaylarda verdiği kararlar çerçevesinde, açıklanabilir değil ve bu açıdan uluslararası sözleşmelere aykırıdır diyebiliriz. İşveren vekilleri ile ilgili sınırlama, sözleşmede belirtilen özel istihdam koşulları içinde değerlendirilebilir ama bunun sınırlarının Yargıtay uygulaması ile ancak belli bir noktaya geldiğini, kötüye kullanıma çok açık bir hüküm olduğunu unutmamak gerekiyor.

¹⁰ (Vatan Gazetesi, 07.11.2012) <http://haber.gazetevatan.com/65-milyon-isciye-kotu-haber/491836/2/ekonomi>.

¹¹ DPT-8. Beş Yıllık Kalkınma Planı, s.16

¹²

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008_en.pdf.

Yargıtay kararları ile işe alma, işten çıkarma yetkisi olsa bile insan kaynakları müdürü, personel müdürü gibi çalışanların, bütün işletmeyi sevk ve idare etme yetkisine sahip olmadıkları için kapsam dışında bırakılamayacağı, genel müdür ve genel müdür yardımcısı sıfatı taşımalarının yeterli olmadığı içtihat olarak kabul edildi. Gerçekten tüm işletmeyi yönetim yetkileri olup olmadığı araştırılmalıdır denerek uygulamada bu sınırlamaya bir kıstas oluşturmaya çalışılıyor.¹³

158 sayılı Sözleşme'ye baktığımızda, geçerli sebepler açısından bizim hukukumuzla paralel olduğunu görüyoruz. Ancak uygulamada anlamını, mahkeme ve Yargıtay'ın, olayların özelliklerine göre yaptıkları yorumlarla bulmakta, yargının değerlendirme ve hükümleri ile yaşama geçirilmektedir. Tartışmalara açık, ilginç bir Yargıtay kararını bu noktada örnek olarak paylaşmak istiyorum, benim gibi kilo problemi olanlar için önemli olabilir. Bu karara konu olayda, Türk Hava Yolları'nda kabin memuru olabilmek için belli bir kilonun üzerine çıkmama koşuluna aykırı davranan ve altı ay içinde yeterince kilo vererek bu sınıra gelemeyen kabin memurunun iş sözleşmesi sonlandırılmış, yerel mahkeme işe iade kararı veriyor ve feshin son çare olması ilkesine dayanarak yer hizmetlerinde veya başka bir yerde değerlendirilmesi gerekirken işçinin işine son verilmesi geçerli değildir, fesih haksızdır diyor. Fakat Yargıtay şöyle bir karar vermiş, tıbbi inceleme yapılmalı, kişinin yeniden uygun kiloya gelmesine engel sağlık sorunu olup olmadığı araştırılmalı, kilo verememesi iradi midir yoksa gayri iradi midir belirlenmeli, gayri iradi ise ancak yer hizmetlerinde değerlendirilmesi düşünülmeli diye yerel mahkemenin kararını bozmuş.¹⁴ Benim görüşüme göre, bozma gerekçesi kişilik hakları ve insan onuruyla bağdaşmayan bir yaklaşımı içeriyor, feshin son çare olması ilkesine ve iş güvencesi kurumu ile korunmaya çalışılan evrensel değerlere uygunsuz diye düşünüyorum.

¹³ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2012/9647 K. 2012/15883 T. 6.7.2012; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2012/9647 K. 2012/15883 T. 6.7.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁴ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2012/11598 K. 2012/19726 T. 25.9.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Evet, yine uluslararası sözleşmeler açısından bakmaya devam ettiğimizde, bildiğimiz üzere 4857 sayılı Yasanın 18. maddesinde feshe geçerli sebep oluşturmayacak bazı durumlar sayılıyor. Bunların en başında "sendika üyeliği, çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak" geliyor. Ve yine "ayrımcılık, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik gibi sebeplerle fesih yapılamayacağı" açıkça düzenleniyor. Baktığımızda ILO Sözleşmesine paralel hükümler. ILO Sözleşmesinin 5. maddesi ve 6. maddesi, hastalık ve kaza nedeniyle olmak üzere, 4857 sayılı Yasada sayılanlarla benzer, farklı olarak 6. maddede hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlık işten çıkarma için geçerli neden değildir denmekte. Ancak yine sözleşmenin 1. maddesindeki usuller, yani işçi işveren kuruluşlarına danışarak ve sınırlı olmak kaydıyla, esaslı sebep olduğu takdirde, iç hukukta bununla ilgili farklı bir düzenleme yapılabileceğine cevaz verildiğini görüyoruz. 4857 sayılı yasaya baktığımızda 2. fıkra -f-bendinde, hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin 1 numaralı bendinin sağlık sebeplerinin alt bendinde öngörülen bekleme süresinde, -ihbar süresi artı, altı haftalık sürede- işe geçici devamsızlığın kesinlikle geçerli sebep olamayacağı, 25. maddeye yollama yapılarak düzenlenmiş. Peki, bu ne kadar doğrudur? Bununla ilgili de bir Sosyal Haklar Komitesi kararı var. Ona biraz sonra geleceğim, ondan önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına baktığımızda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne konu temel haklar denetimi yaptığı için, işten çıkarma ya da çalışma hakkı ile ilgili konularda genel olarak görevli olmadığını açıkça söylüyor, fakat işten çıkarma olayları ile ilgili sözleşmenin başka maddeleri, özellikle ayrımcılık yasağı ile ilişkilendirdiği ve yine din, vicdan inanç özgürlüğü, aile, özel yaşama saygı ile ilgili denetim yaptığı kararlar var ve sözleşme maddelerine dayalı gerekçeli kararları olduğunu da görüyoruz.¹⁵ Sendikal sebep, işçinin mesai saatleri dışında sendika faaliyetlerine katılması ve sendika üyeliği, hem 4857 sayılı Yasada hem 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde kesinlikle geçerli sebep olamaz deniyor. Bu konuda ilginç bulduğum bir kararı sizlerle paylaşmak istiyorum. Bu karardan anlaşıldığı kadarıyla, işveren bütün sendikalı

¹⁵ A.İ.H.M. Siebenhaar - Almanya Davası (no. 18136/02) 03.02.2011, A.İ.H.M. Fernandez Martinez - İspanya Davası (no. 56030/07) 15.05.2012, Dahlab - İsviçre Davası (no. 42393/98)

işçileri işten çıkarıyor ve işçiler sendikal tazminat talepli işe iade davaları açıyorlar. Yerel mahkeme süreci özetleyerek ve maddi vakalara dayanarak sendikal fesih nedenlerinin olduğu sonucuna varıyor ve işçilerin işe iadelerine karar veriyor, kararda şunu söylüyor: Yeni dönem toplu iş sözleşmesi çağrısının yapılması gereken tarihte davalı işyerinde çalışan sendikanın tüm üyelerinin iş sözleşmesi feshedildiğinden, yeni dönem için sözleşme çağrısı yapılamadığı, sendikaya üye olan işçilerin toplu iş sözleşmesi, yetki talep tarihinden kısa bir süre önce feshedilmesi nedeniyle sendikanın işyerinde yeni dönem için yetki başvurusunda bulunamadığı, fesih tarihinde davalı işyerinde çalışan işçi sayısı 78, sendikal işçi sayısı 45 olduğu ve istifa edip çalıştırılmaya devam eden işçi bulunmadığı, sendikalı iken işten çıkarılan işçi sayısının toplamda 66 olduğu, işten çıkarılan işçilerin tamamının sendikalı olduğu, davalı işyerinde çalışan sendikalı işçi olmadığı, sonuç olarak Yargıtay'ın önem verdiği tüm kriterlerle ilgili değerlendirme yaptıktan sonra yerel mahkeme; sendikal faaliyetin kronolojisi, toplu iş sözleşmesi yetki talebine kısa süre kala işyerinde yetkili sendikaya üye tüm işçilerin çıkarılması karşısında ve işverenin iddiası olan maddi zarar hususlarının ispatlanamadığı da dikkate alınarak işe iade ve sendikal tazminat kararlarını veriyor. Yargıtay olayda sendikal fesih görmüyor. Bununla ilgili maddi vakaları yine gerekçe göstererek açıklıyor. Yargıtay karar gerekçesinden anlaşılan; öncelikle dört işçi çıkarılmış ve işyerinde toplu sözleşme var, örgütlü yetkili sendika var. Sendika bu süreçte işçilerin işe alınması için yine anlaşılan o ki bir takım eylemler, direnişler yapmış ve işçiler mesai saatleri dışında -bu gerek yerel mahkeme kararında, gerekse Yargıtay kararında özellikle vurgulanıyor- bu eylem ve direnişlere katılmış, işveren işin yavaşlatıldığını, verimin düştüğünü ileri sürüyor. Hemen bu noktada bir parantez açarak "barışçıl toplu eylem hakkı", dün konuşulan ve değerlendirilmesinde dikkate alınacak hususlar, kolektif haklar açısından dün yapılan konuşmalarda yapılan değerlendirmeleri hatırlatmak istiyorum. Ancak olayda Yargıtay sonuç itibarıyla, fesih geçersizdir kararını onuyor, ancak sendikal fesih olmadığı görüşü ile işe almama tazminatını dört aylık ücret tutarında belirliyor. Ayrıca ilginç olan; Yargıtay kararında yer alan karşı oy. Karşı oyda ortaya konulan gerekçe, burada maddi vakalara hiç değinilmeden dosyadaki bilgi ve belgelerle işverenin gerçekten çok ağır zarar gördüğü sonucuna varıldığı söylenerek ve buradaki işçiler, işçi tarafı olarak söz ediliyor, yani birey olarak, tek tek

insanlar değil ama bir grup olarak ele alınıyor, şöyle deniyor; "bu duruma sebebiyet verenin dosyadaki bilgi ve belgeler itibarıyla davacı işçi tarafı olduğu". Karşı oyda davacılar tek tek, ne yapmış, nasıl yapmış değerlendirilmeden, bireysel olarak maddi vakalara dayanılmadan, imalatı sekteye uğratan davranışları olduğu, bu sebeple fesihlerin haklı olduğu sonucuna varılıyor ve bu işçilerin "yasadışı grev aktivisti" olduğu nitelendirilmesi yapılıyor.¹⁶ Maddi vakaların gerekçede yer almaması çok önemli, çünkü bu kadar iddialı olarak, bir kişinin yasadışı grev aktivisti olduğu sonucuna varabilmek için, gerçekten aynen oy çokluğuyla verilen kararda çoğunluğu oluşturan üyelerin karar gerekçesinde ve yerel mahkemenin gerekçesinde belirtildiği gibi her davacıyı ilgilendiren somut durumun, maddi vakaların yasal kriterler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmekte. Ve ben sadece şunu düşündüm. Dosya içeriğini bilmiyorum elbette takdire de saygı duyuyorum, ama acaba böyle bir karar verilirken ve karşı oy gerekçesi yazılırken şu düşünülmüş müdür? Belli ki 100'e yakın işçi bunlar. Bunların hepsinin ailesi vardır, yıllardır çalıştığı için alıştığı bir işi vardır ve bu işiyle bir gönül bağı vardır, kıdemleri vardır, bu işe çalışmak ve ailelerini geçindirmek için ihtiyaçları vardır. Acaba durduk yerde bu insanlar yasadışı grev aktivisti nasıl ve neden olurlar? Esas olarak kolektif hakların korunmasında barışçıl yöntemlerle yapılan sendikal faaliyetlere, mesai dışı zamanlarda katılmanın fesih için geçerli kabul edilebilecek hukuki bir sebep olup olmadığının tartışılması ve irdelenmesi gerektiğini düşünüyorum, hem uluslararası sözleşmeler ve hem de ulusal hükümler açısından.

Sağlık sebepleri ile ilgili bir fark olabilir demiştim. 4857 sayılı İş Kanunu madde 25/I gereği, hastalık ve kaza gibi sağlık sebepleri nedeniyle işçinin işe gidememesi durumunda işverenin haklı sebeple fesih için bekleme süresi ihbar süresi artı altı hafta olarak düzenlenmekte. Bu konuda Avrupa Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı Sosyal Haklar Komitesi 2005'te Norveç'le ilgili bir karar vermiş. Bu kararda, Norveç iş yasalarının hastalık veya kazaya bağlı olarak geçici devamsızlık durumunda, çalışanı, çalışma gücünün olmadığı dönemi izleyen ilk altı ayda, yani rapor süresinin bittiği

¹⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2012/14590 K. 2012/23157 T. 18.6.2012(kazancı içtihat bilgi bankası)

tarihten itibaren altı ay süresince ve eğer işveren tarafından beş yıl veya daha fazla istihdam edilen bir işçi ise rapor süresinden sonraki ilk 12 ay için işten çıkarmaya karşı koruduğu ve eğer çalışamaması meslek hastalığı veya iş kazasına bağlıysa, çalışamama dönemini takip eden yirmi ay süresince devamsızlığın geçerli bir işten çıkarma nedeni olarak kabul edilmediği belirtilerek, bu düzenlemenin Sosyal Şart 24. maddesinde yer alan "feshe karşı koruma"ya ilişkin kuralın özüne uygun bulunduğu ifade edilmektedir.¹⁷ 4857 sayılı Yasa ile düzenlenen sürelerle karşılaştırıldığında, Türkiye'deki düzenlemenin Avrupa Sosyal Şartı'na uygun bulunan Norveç yasaları karşısında gerçekten çok geride olduğunu söyleyebiliriz.

Bir diğer husus, 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde işverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller hariç savunması alınmaksızın, işçinin tutum ve davranışları sebebiyle sözleşmesi feshedilemez deniyor. 4857 sayılı İş Kanunu'nda "makul ölçülere göre beklenemeyecek haller" açısından, madde 25/2'ye yollama yapılıyor ve bu madde haklı sebeple bildirimsiz fesih nedenleri olarak kabul edilebilecek "ahlak ve iyiniyet kuralına aykırılık halleri"ni düzenliyor. Bu bentte sıralanan hallerin gerçekleştiğine karar verecek olan işveren, bu madde kapsamında olduğunu düşündüğünde savunmasını almadan ve yazılı bildirim yapmadan işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkına bizim yasamız çerçevesinde sahip oluyor. Her ne kadar yasal denetimi varsa da, ben bu durumun ciddi bir güvencesizlik hali olduğunu düşünüyorum. Baktığımızda, uluslararası sözleşmede işverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller hariç denmekte, elbette işçinin örneğin işyerinde bir suç işlemesi, güveni kötüye kullanması ve benzeri. Durumlar, ani fesih için haklı bir sebeptir. Ama örneğin izinsiz mazeretsiz devamsızlık hali ya da otuz günlük ücretiyle telafi edilemeyecek bir zarara sebep olması gibi aynı bentte düzenlenen durumlar gerçekten işçinin savunmasının alınmasını gerektirmeyen ve işverenin işçinin işyerinde bulunmasına ve iş ilişkisini sürdürmeye tahammül edemeyeceği durumlar mıdır? Makul ölçülere göre işverenden savunma sürecini işletmesi beklenemeyecek haller midir? diye düşünmek gerekiyor. Yargıtay'ın bir kararına konu

17

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008_en.pdf

olayda; davacının iş sözleşmesi, şirketin bilgisayarını mesai saatleri içinde kişisel maillerini göndermede kullandığı, işyeri çalışanlarına iş harici mailler gönderdiği, günlük çalışma süresinin büyük bir kısmını internette sörf yaparak geçirdiği gerekçesiyle 25/2'ye dayanılarak savunma istenmeksizin feshedilmiş ve bu işçi feshin yapılmasında uyulması gereken usul kuralının kapsamı dışında tutuluyor.¹⁸ Bu durum gerçekten işverenden iş sözleşmesini savunma sürecinde sürdürmesi makul ölçüler içinde beklenemeyecek bir hal midir? Bence değildir diyorum, bu açıdan da 4857 sayılı Yasada yer alan düzenlemenin uluslararası sözleşmeye uygun olmadığını düşünüyorum. Bu konuda İş Kanunu 25/2 kapsamındaki hallerden hangilerinin makul ölçüler içinde işverenden savunma almasının beklenemeyeceği durumlar olarak kabul edileceğinin açıkça belirlenerek, yasada düzenlenen fesih usulünün ancak dışında bırakılmasının yerinde olacağı görüşündeyim.

158 sayılı ILO Sözleşmesinde feshe itiraz için işçinin makul süre içinde başvurmasına ilişkin düzenleme gereği belirtiliyor. İş Kanununda bildiğimiz üzere bu süre, feshin bildiriminden itibaren bir ay olarak belirlenmiş. Bu sürenin hangi tarihte başlayacağı konusunda öğretide farklı görüşler var, uluslararası bir dayanak bulamadım, ama hizmet ilişkisine son verme işlemine karşı makul sürenin feshin gerçekleştiği tarihten başlatılması gerektiği yolundaki görüşlere katılıyorum. Feshin bildirildiği tarih olmamalı, çünkü bildirim süresi içinde işçi ile işveren birlikte çalışmaya devam ediyorlar ve bu sürede dava açan işçinin iş sözleşmesinin bildirimsiz fesih nedenleri gerekçe gösterilerek feshedilmesinin önünde yasal bir engel yok, yine kıdem tazminatı ve işçilik haklarının ödenmeyerek işçinin zor durumda bırakılması kuvvetle muhtemel. Avukatlık yaptığım dönemde, bu konuyu tartıştığım dosyalarda, birçok deneyimli iş hâkimimizin de bu gerekçelerle yasal düzenlemeyi uygun bulmadıklarını, ancak yasaya uygun karar vermek zorunda olduklarını açıkça sözle ifade ettiklerini hatırlıyorum. İşçinin kesintisiz çalışmaya devam etmesi, işe iadenin yasada belirtilen sürelerde bitmesi uygulamada söz konusu olmadığından, hiç bir anlamlı gerekçesi

¹⁸ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2011/133 K. 2011/836 T. 19.9.2011 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

kalmayan hükmün değiştirilerek, feshe itiraz süresinin feshin sonuçlarını doğurmaya başladığı, yani feshin gerçekleştiği andan itibaren bir aylık olarak düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

158 sayılı ILO Sözleşmesinin 9. maddesinde; her ülkenin ilgili mercileri son verme nedenlerinin haklılığı konusunda karar vermeye yetkili kılınacaktır. Türkiye’de yetkili merci olabilecek kurum iş mahkemelerimiz. Sadece işçinin davranışları ve verimine dayalı fesih sebepleri değil, işletmenin işin veya hizmetin yürütümünün gereklerine dayandığının ileri sürülmesi halinde de, iş mahkemeleri son vermenin gerçekten bu nedene bağlı olup olmadığını belirlemeye yetkilidir. Hemen burada işletmesel karar acaba yargı yerleri tarafından denetlenebilir mi denetlenemez mi tartışmasını hatırlatmak istiyorum, 158 Sayılı Sözleşmede açıkça bu sebeplerin denetlenebileceği düzenlenmekte. Zaten işletmesel kararlar denetlenemezse, iş güvencesi kurumunun işlevli olmayacağı da açıktır. Yargıtay’ın bu yönden eleştirilmesi gereken bir kararında, işletmesel karar geniş anlamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin işletme, işyeri, işin düzenlenmesi konusunda her türlü kararı olarak nitelendirilmiş. Kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde yerindelik denetimine tabii tutulamaz diyor.¹⁹ Ancak biliyoruz ki, Yargıtay genel olarak işin gereği, işletmenin gereği hususlarını 158 sayılı Sözleşmeye uygun olarak yargısal denetime tabi tutuyor.

ILO Sözleşmesi’ne uygun olarak 4857 sayılı Yasada feshe gerekçe gösterilen ispat yükünün işverene ait olduğu düzenleniyor, ancak işçi farklı sebeple fesih yapıldığını iddia ederse ispatla yükümlü tutuluyor, örneğin sendikal sebep işverence feshe neden gösterilmeyeceğine göre, ileri süren işçi tarafından ispatlanması bekleniyor ki, ispat yükü ile ilgili genel esaslara uygun olmakla birlikte, işçi tarafından ispatı güçtür. Bu durumda res’en delil toplanmasının uygun olacağını düşünüyorum. Neden? Çünkü sendika hakkı sonuçta Anayasa’da düzenlenmiş bir sosyal hak ve bu açıdan mahkemenin bu iddia ile ilgili re’sen delil toplama ve değerlendirme yetkisi olmalıdır.

¹⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2012/33327 K. 2012/38802 T. 20.11.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Yargıtay'ın "feshin son çare olması ilkesi" ne dayalı denetimine ilişkin kararları biliyoruz. Süre açısından bunları geçiyorum. Değınmek istediğım bir başka konu, Canpolat Hoca'nın bir tebliğinde de ILO Sözleşmesi üzerinden değlerlendirerek bu hususa değiniyordu. ILO Sözleşmesi 10. maddesinde; yetkili merciler son verme işlemini haksız bulurlarsa, son verme işlemini iptale veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değillerse veya işe iadeyi uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğır telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır deniyor. 4857 sayılı İş Kanununda ise bildiğımız üzere, işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren işçi on işgünü içinde başvurmak zorunda, başvurmazsa ya da Yargıtay uygulamasına göre işverenin çağrısına rağmen haklı bir sebep olmadığı halde işe başlamazsa, yani Yargıtay'a göre başvurusunda samimi değılse, "samimiyet" tartışması üzerinden bütün haklarını kaybediyor ve işverenin yasaya aykırı davranışının hiçbir yaptırımı kalmıyor. Oysa ILO Sözleşmesi gereğı, yetkili mercinin işe iade kararının etkili olmayacağını düşündüğü durumda tazminata hükmetmeye yetkili kılınması gerekiyor. Bu açıdan, Yargıtay'ın yorumunu eleştirmekle birlikte, ayrıca kanunumuzun Sözleşme'ye uygunsuz olduğunu söyleyebiliriz.

İşe başlatmama tazminatı ile ilgili Yargıtay objektif kıstaslar oluşturmuş durumda ki bence bu çok yerinde ve takdire şayan bir durum. Ancak bir şey var, işletme gerekleriyle fesihte, en sondaki kararda²⁰ kısaca gördüğümüz gibi, davacının emekliliğe hak kazanması halinde işe başlatmama tazminatı alt sınırdan belirleniyor. Avrupa Sosyal Şart'ının feshe karşı koruma ile ilgili 24. maddesinin yorumunda, Sosyal Haklar Komitesi kararlarında genel bir giriş var, burada yaşa bağılı işten çıkarma ve iş ilişkisinin sonlandırılması ile ilgili olarak, işletmenin yeniden yapılandırılması haklı gerekçesine dayalı fesihte geçerli emeklilik yaşının göz önüne alınması dışında, yaşa bağılı fesih haklı kabul edilemez deniyor²¹. Bu açıdan Yargıtay içtihatlarının, Avrupa Sosyal Şartı hükümleri

²⁰ Yargıtay 9. HD. .E. 2009/41876 K. 2010/37463 T. 13.12.2010(Kazancı içtihat bilgi bankası)

²¹ Avrupa Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı Sosyal Haklar Komitesi Kararları Genel Giriş ve Bulgaristan Kararı

ve denetim organı Sosyal Haklar Komitesi kararına uygun olduğunu görüyoruz, çünkü gerçekten işletmesel gereklilik varsa, yeniden yapılanma ve benzeri durumlarda sosyal seçim ilkeleri kapsamında emeklilik yaşı gelmiş olanların öncelikle iş sözleşmelerinin sonlandırılmasının tercih edilmesi, Yargıtay içtihatlarımıza yerleşmiş bir durum olarak uygun görünüyor. Ama Sosyal Komite kararlarında şöyle devam ediliyor; devletler tüm çalışanların yaşları sebebi ile işten çıkarmaya karşı korunması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar ve feshin geçerli kabul edilmesi dışında bir ayırım yapılamaz. Peki, fesih geçersiz kabul edildiğinde, emeklilik yaşı gelmeyen bir işçi için, kıdemine uygun olarak artan sürelerle, 4-8 hafta arasında işe başlamama tazminatına hükmedilirken, yine kıdemli olmasına rağmen emeklilik yaşı gelen işçi için neden dört aylık ücretle sınırlı işe başlatmama tazminatına hükmedilmektedir? Bunun sosyal seçim ilkesinde güdülen amacı aşan bir yaklaşım olduğunu, tam tersine işveren eğer işletmesel kararlar sosyal seçim ilkesi gereği emeklilik yaşı gelmiş işçiyi önce çıkardığını iddia ediyorsa, yargı denetimi sonucunda mahkeme bu gerekçenin doğru olmadığını tespit ediyorsa, feshin geçersiz olduğuna ve işe iadeye karar veriyorsa, o zaman kıdemi ve yaşı itibarıyla en üst sınırdan tazminata hükmedilmesi, bu sosyal şart yorumuna uygun olacaktır diye düşünüyorum.

Geçersiz fesih yaptırımları ile ilgili, Sosyal Haklar Komitesi'nin Bulgaristan'la ilgili 2003 tarihli bir değerlendirmesinde²², Komite, işten çıkarmanın geçersiz kabul edildiği ve işe iadenin emredildiği durumda, iş ilişkisinin kesintisiz devam ettiğinin kabulü gerektiğini göz önüne alarak, ayrıca en erken işçinin işten çıkarıldığı tarih ile mahkeme kararı veya işe alma tarihine kadar geçen süre için ücretlerin ödettirilmesi hakkı da sağlanmalıdır deniyor. Bu sebeple Komite, Bulgaristan'da en fazla tazminatın altı aylık ücret olmasını, Avrupa Genişletilmiş Sosyal Şartı 24. maddesine uygun görmemiştir deniyor. 4857 sayılı Yasada iş güvencesi hükümleri düzenlendikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvuruları yapılmıştı hatırlıyoruz. Ayrıca Kartal İş Mahkemesi'nin bir Anayasal itirazı da vardı, boşta geçen süre ücretinin dört ayla sınırlı olmasının doğru olmadığı yolunda ve Anayasa Mahkemesi oyçokluğuyla bunu reddetmişti.

²²

Avrupa Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı Sosyal Haklar Komitesi Bulgaristan Kararı 2003.

Anayasa Mahkemesi'nin ret kararının, kabul ettiğimiz, usulüne göre yürürlüğe soktuğumuz Sosyal Şarta aykırı olduğunu, Bulgaristan'la ilgili Sosyal Komite kararı karşısında görebiliyoruz. Kararda, feshin gerçekleştiği tarihten kararın kesinleştiği, işe iade kararının veya işçinin işe iade edildiği tarihe kadar sözleşme kesintisiz sürdüğünden bu döneme ilişkin ücretlerden işverenin sorumlu tutulması gerektiği vurgulanıyor. Bu çerçevede boşa geçen süre ücretinin dört ayla sınırlandırılmasının Uluslararası Sözleşme'ye ve denetim Organının görüşüne aykırı olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç olarak, 4857 sayılı Yasanın iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartının ilgili 24. maddesine tam olarak uygun olmadığını söyleyebiliriz. Gerek kapsam, gerekse yaptırımlar açısından ve yine işverene işe iade almama seçeneği tanınmışken, işçiye tazminat talep hakkının ve ILO Sözleşmesinde açıkça düzenlendiği halde işe iadenin yarar sağlamayacağı durumda yetkili mercie tazminata hükmetme olanağının tanınmamasının, özellikle uzun süren yargılamalar göz önüne alındığında, hem iş hukukunun temel ilkelerine hem de uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu sonucuna varabiliyoruz. İşe iade halinde hükmedilen boşa geçen süre ücreti ve işe almama tazminatının sınırlı olmasının da, yine yargılamanın uzun sürmesi gerçeği ile birlikte düşünüldüğünde, uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmaya çalışılan işçinin geçerli sebep olmaksızın feshe karşı korunması amacına uygunsuz olduğu sonucuna varabiliyoruz. Benim söyleyeceklerim bunlar, sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu :

Sayın Şişli'ye kapsamlı tebliği dolayısıyla biz de teşekkür ediyoruz. Efendim zamandan tasarruf için ben sözü doğrudan doğruya Sayın Alp'e bırakıyorum. Buyurun

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Bütün katılımcıları saygı ve sevgiyle selamlıyorum. Girerken sordular heyecanlı mısınız diye, alışmışsınızdır heyecanınız yoktur diyorlardı ama ben bugün heyecanlıyım. Neden diye düşünüyorum. Heyecanımın öncelikli sebebi kendilerinden ders aldığım, benim üzerimde emekleri olan üç hocam var çok sevdiğim, çok saygı duyduğum. En başta Ünal Hocam burada, kendisinden ders aldığım, oturma başkanı olarak onunla burada

tebliğ sunma şansına kavuştum bunun için mutluyum, Melda Hocam var anabilim dalı başkanım ve Fevzi Hocam var. Üçünden de öğrenim yıllarım boyunca çok şey öğrendim. Onlara teşekkür ediyorum. Tabii onlar burada olduğu için de ayrı bir heyecan duyuyorum onu söylemem lazım.

Borçlar Kanununun İş Hukukuna etkisi dediğimiz zaman, şunu vurgulamamız lazım, biraz üzüntüyle görüyorum, genç öğretim üyesi arkadaşlarımızda dahi var bu; bizim İş Kanunumuz var, Basın İş Kanunu var, Deniz İş Kanunu var. O zaman Borçlar Kanunu orada bir kenarda durabilir. Bazen belki başvurabiliriz ama bir önemi ya da bir anlamı yok gibi bir yaklaşım var, öyle değil. Borçlar Kanunu bütün sözleşme ilişkilerini düzenleyen temel kanun. İrade beyanlarının yorumundan irade fesadına kadar sözleşmeye verilecek anlama kadar başvurmamız gereken kanun. Bunun ötesinde Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesi hükümleri; genel kanun olarak, İş Kanunu karşısında yine etkisi olan, uygulama alanı olan hükümler. Tabii ki iş kanunları öncelikli, tabii ki iş kanunları özel kanun. Öncelikle, bir konu orada tamamen bütün sonuçları ile düzenlenmişse artık dönüp Borçlar Kanununa başvurmamıza gerek yok. Ya da farklı çatışan hükme gitmemize gerek yok. Örneğin yıllık izin konusunda İş Kanunu kapsamlı bir düzenleme yapmış durumda. Bu konuda artık Borçlar Kanununa başvurmamıza gerek yok.

Ama işçinin sorumluluğu, rekabet yasağı, ibra, cezai şart, işçinin kişiliğinin korunması gibi pek çok konuda iş kanunlarımızda hüküm yok. Borçlar Kanununa başvurmak zorundayız. Bu anlamda, iş kanununda bir hüküm olmaması, Borçlar Kanununun uygulanma kabiliyetini, Borçlar Kanununun genel kanun kapsamında uygulanacağını bize gösteriyor. Örneğin kötü niyet tazminatı Basın İş Kanununda yok ama Borçlar Kanununda var. O zaman Basın İş Kanununa tabi olup iş güvencesinden faydalanmayanlar için, kötü niyet tazminatını düşünmemiz, uygulamamız gerekiyor. Borçlar Kanunu; sadece İş Kanununun kapsamı dışında tutulan iş ilişkilerinde uygulanacak bir kanun değil. Hizmet sözleşmesi hükümleri, Borçlar Kanununda sadece bu alanda uygulanacak hükümler değil. Bunu düşünmemiz ve bu şekilde yaklaşmamız gerekiyor olaya. Bu uygulama alanına, Borçlar Kanununun uygulanacağını düşünmemiz gerekiyor.

Tabii şöyle bir hata var, Türk hukuk sisteminin belki şöyle bir eksiği ya da hatası var; İş Kanununda, İş Kanunu kapsamı dışında tutulan çok sayıda çalışan var. Ellinin altında işçinin çalıştığı tarım işletmeleri, küçük

esnaf işletmeleri (belli bir sayıya kadar), ev hizmetleri gibi, sporcular gibi, çeşitli istisnalar sayılıp gidiyor. Bu istisnaları daha daraltmak, bunlar üzerinde ciddi bir şekilde düşünmek ve bunları İş Kanunu alanına dâhil edip biraz daha onların haklarını genişletmek lazım. Eğer bunu yapamıyorsa, yargıya yeni bir yük getirmekle suçlanabilirim ama en azından Borçlar Kanunu kapsamında, çalışanların iş ilişkisinden doğan davalarda, genel hizmet sözleşmesine tabii olarak doğan davalarda, iş yargısını yetkili kılmak, bunlar için de iş hukukunun ilkelerine uygun, iş yargısının geliştirdiği ilkelere uygun kararların çıkmasını sağlamak lazım.

Şimdi bir kaç örnek halinde sayarsak, Türk Borçlar Kanununda düzenlenip İş Kanununda yer almayan, kesinlikle uygulamamız gereken hususlar var. Sözleşmenin geçersizliğinin etkisi. İş Hukukunda geçersizlik geçmişe etkili olmaz geleceğe etkili olur. Bu artık, açık bir yasa hükmüyle düzenlendi. İşçinin işverene karşı sorumluluğu, işverene verdiği zarardan sorumluluğu, sadakat ve sır saklama borcu, işçinin kişiliğinin korunması, ücret türleri, ücretin korunması ile ilgili İş Kanunumuzda hüküm var ama ücret türleri ile ilgili hükümler yok, bunlar Borçlar Kanununda var. İkramiye konusu, ücretten takas, mahsup konuları yine Borçlar Kanununa başvurmamızı gerektiren hususlar. İş sözleşmesinin devri, rekabet yasağı sözleşmesi, cezai şartın geçerliliği ve ibra, işveren temerrüdünün sonuçları, belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi konularında da Borçlar Kanunu'nun bize ışık tutan, yol gösteren düzenlemeleri var.

Ve hatta hizmet sözleşmesinin dışına çıkalım, genel iş koşullarının, örneğin personel yönetmeliklerinin denetimleri var. İş sözleşmelerinin karakteristik özelliği şudur: Özellikle personel yönetmeliği işyeri yönetmeliği şeklinde düzenlendiğinde işveren tek taraflı olarak sözleşme koşullarını düzenler, sözleşme özgürlüğü artık imza atıp atmamaya indirgenmiştir ve işçi buna tabii olur. Tek taraflı olarak sözleşme koşullarının böyle düzenlenmesi genel işlem şartlarıdır, iş hukukunda genel iş koşullarıdır. İşçiye müzakere, pazarlık olasılığı verilmeden tek taraflı olarak kabul ettirilen bu hükümler diğer hukuk alanlarında nasıl denetime tabiye iş hukukunda da Borçlar Kanununun genel iş koşullarına, genel işlem şartlarına dair hükümlerine dayanarak kontrol edilmelidir, denetime tabii olmalıdır. Her şeyden önce işçiyi sözleşmeye dâhil etmek gereklidir. Borçlar Kanunu karşı tarafın menfaatine aykırı koşulların kapsama dâhil olmasını, karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesi, içeriği öğrenme imkânı sağlanması ve karşı tarafın da bunları açıkça kabul

etmesi koşuluna bağıyor. Aksi takdirde bu koşullar yazılmamış sayılır diyor. O zaman bir personel yönetmeliği ya da bir standart sözleşme varsa, işçinin bunun koşulları hakkında bilgilendirilmiş, aydınlatılmış ve bunları açıkça kabul etmiş olması lazım. Bir yerde ilan edilmesi yeterli değildir. Bunun sonrasında yasa bir içerik denetimini öngörüyor ve genel işlem koşulları için dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine, onun durumunu ağırlaştırıcı hükümler konulamaz diyor. İş hukukunda belki mahkeme kararlarına tam geliyor ya da gelmiyor ama çeşitli personel yönetmeliklerinde gördüğümüz hükümler, örnekler geniş. İşverenin tek yanlı ücretsiz izne çıkarma yetkisi dahi var, bir tanesinde görmüştüm. Aşırıya kaçan disiplin cezaları var, işçinin yan işte çalışmasının yasaklanması, işverenin bir ikramiyeden, bir primden tek yanlı olarak vazgeçebilmesi ya da işçinin bazı durumlarda sorumluluğunun arttırılması örnekleri var. Eğer bunlar varsa; iş mahkemesi, Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına dair hükümlerine başvurarak bunlara müdahale edebilme, somut durumda dürüstlük kuralına uymadığında hakkaniyete göre uygulanmasını denetleyebilme ya da tümünden iptal edebilme yetkisine sahiptir.

Türk Borçlar Kanunu bazı hükümlerini aynen koruyor, bazısını daha iyi vurguluyor. Örneğin, işverenin temerrüdü halinde, işçinin çalışmadan ücrete hak kazanacağını, belirli süreli iş sözleşmesi, süresinden önce haksız feshedilirse, işverenin bakiye süre ücretini, ücret miydi, tazminat mıydı bu tartışmaya son vererek artık tazminat olarak ödeyeceğini düzenliyor. Başka bir konu ise sadakat borcu; kapsamı ve içeriği her zaman tartışmalı olan bir borç. Hatta adı bile tartışmalı olan bir borç. Artık Avrupa'da pek çok yerde buna sadakat borcu bile denmiyor. İşçinin, işverenin menfaatini gözetme borcu. Çünkü sadakat karşı taraf lehine kendinden fedakârlık yapmaktır. Böyle bir sadakat ilişkisi iş ilişkisinin doğasına uygun değildir. Böyle bir sadakati evlilik veya ortaklıkta belirleyebilirsiniz ama iş sözleşmesinde değil. Yasa da bununla ilgili sınırlama ipuçları öngörüyor aslında. İşverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır, diyor. İşverenin haklı menfaatleri yoksa işçinin haklı menfaatleri ön plana çıkıyorsa ya da işveren hukuka aykırı davranıyorsa, işçinin bu noktada artık işveren menfaatini gözetme, kollama gibi bir yükümlülüğü yok. Ancak ki bu borç işçiye öncelikle kaçınma borcu yüklüyor. Tabii ki işyerine zarar vermekten, işverene zarar vermekten, iş arkadaşlarına zarar verici davranışlardan

işçinin uzak durması lazım. Bunun yanında bazen işvereni uyarması, olabilecek olumsuzlukları ona bildirmesi lazım işçinin aşırıya kaçmadan, belli sınırlar içinde. Ayrıntıların da tabii bazı zorluklar var. Yeni yasa belli konularda İsviçre Kanununu doğrudan tercüme ederek bazı hatalarla belki bizi zorluyor. İşçi sadakat borcuna aykırı olarak ücret karşılığı üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez. Tabii özellikle rekabet yasağı: iş ilişkisi devam ederken işçi işvereni ile rekabet edemez. Bağımlı çalışıyordur, onun rakibi haline gelmeyecektir, rakibe hizmet etmeyecektir. Bu açık. Ama üçüncü bir kişiye hizmette bulunamaz deyince her türlü yan işi yasaklama noktasına mı geliyorsunuz? İsviçre hukukunda yapılan tartışmalar böyle olamayacağı yönünde. Her şeyden önce kısmi süreli çalışanları tabii ki yasaklayamazsınız geri kalan sürelerde çalışacaklar. Yasak ancak şu durumda olabilir. Gerek tam gerek kısmi süreli çalışanlarda: İşveren bunu açıkça öngörüyorsa, işçi belli bir ücret konumuna da sahipse, işçinin çalışma süresini aşan ek işler alması onun verimliliğini, performansını düşürecek nitelikteyse o zaman işveren onun yan faaliyetlerden, başka işlerden kaçınmasını bekleme hakkına sahip. Bunun dışında ilke; rekabet etmemek kaydıyla farklı alanlarda işçinin çalışma imkânı olacağı, başka işlerde çalışabileceği.

Sır saklama borcu, çok tartışmalı olan borçlardan bir tanesi. Tabii ki iş ilişkisi devam ettiği sürece işçi iş sırlarını kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. Tartışmalı olan şu, yeni Borçlar Kanununun getirdiği, iş ilişkisi sona erdikten sonra da işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi sır saklamakla yükümlüdür. Şimdi bu yeni. Tabii eskiden bununla ilgili tipik uygulamamız ya da düzenlememiz neydi? Rekabet yasakları ile birlikte bir sır saklama sözleşmesi akdedilmesi. Böyle bir sözleşme yoksa sır saklama borcunun olamayacağı. Ama şimdi yasa bir sır saklama borcu vardır diyor. Her durumda değil, işverenin haklı menfaatleri bunu gerektiriyorsa. Şöyle bir ayırım yapmak gerekiyor burada; Öğrenilen bilgi ya da sırrı işçinin kendi yararı için kullanmasına bir sınırlama getirilemez. Kullanma, kendi mesleki kariyeri, kendi gelişimi için, kural olarak mümkün olabilmelidir. Ama; rakiplerin yararına kullanma dediğimizde, bazı önemli iş sırlarını, püf noktalarını özellikle başkalarına açıklamamak, rakipler yararına kullanmamak yönünde işçiye sınırlama getirebilirsiniz. Haklı menfaatlerinizi; bu yönde korumak noktasına gidebilirsiniz. Fakat daha

ileri giderek; rakiplerin yararına kullanmamanın ötesinde işçi, kendisi de kullanmasın diyorsa işveren, o zaman yine ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartlarına tabii, ayrı bir sözleşme yapmalıdır. Yoksa işçinin iş hakkını, çalışma özgürlüğünü çok sınırlamış olur.

İşçinin sorumluluğunu Borçlar Kanunu düzenliyor. İşçi, kural olarak işverene, kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur diyor. Ama Avrupa ülkelerinde uygulanan önemli bir kriteri nihayet hukukumuza getiriyor. Diyor ki; bu sorumluluğun belirlenmesinde işin tehlikeli olup olmaması yanında diğer ölçütler uzmanlık, eğitim, bilinmesi ve bilinmemesi gereken nitelikler vs. gibi ama öncelikle işin tehlikeli olup olmaması dikkate alınır. Yani tehlikeli, zarara yatkın bir iş varsa, işçinin verdiği zarardan sorumluluğunu sınırlıyor yasa. Bunu dikkate alacaksın diyor. İşçinin gördüğü işi tam anlamıyla içerik olarak sınırlamıyor, tabii ki onu tarif etmesi doğru bir yasa yapma tekniği olmazdı. Özenli bir işçinin dahi, işin niteliği gereğince ara sıra hata yapma olasılığı olan işleri, tehlikeye ya da zarara yatkın işler olarak niteleyebiliriz. Örneğin vinç operatörlüğü, laborantlık, kasiyerlik, şoförlük, çok karışık bozulmaya yatkın bir makinenin kullanılması gibi. Ama sadece mesleğe ya da sadece o işe bağlı bir değerlendirme yok. Somut koşullara bağlı bir değerlendirme var. İş tehlikeli olmayabilir ama işveren işçiye, çok sıkıştırıyordur. İş çok kısa sürede halletmesi için. Ya da çok yoğun müşteri ortamında çok az işçiyle işi görüyordur ve bu nedenle de hatanın ortaya çıkması kaçınılmaz hale gelebilir. Eğer işveren, işçiye bu duruma getiriyorsa yine zarara, tehlikeye yatkın bir iş var, yine işçinin sorumluluğunu sınırlamamız gerekiyor. Nasıl yapılıyor? Mevzuat kanununda, İsviçre hukukunda yapıldığı gibi üçlü bir ayrımı yapmamız mümkün; İşçi, kasten veya ağır ihmal ile zarar verirse zarar verirse işçi zararın tamamından sorumlu tutulur. En basit trafik kurallarına uymuyorsa, kırmızı ışıkta geçiyorsa, alkollü araç kullanılıyorsa ve böyle zarar veriyse sorumlu tutulabilir. Hafif ihmali varsa da, park ederken, bir yere yanaşırken hafif çizdirdiyse ya da trafiğin yoğun olduğu bir yerde malı teslim et dediler park yasağı olan yere park etmek zorunda kaldı ve park cezası aldıysa onun kaçınabileceği bir şey yoksa o zaman işçinin hiç sorumlu tutulmaması gerekir. İkisi arasında, bir orta derecede ihmal varsa; o zaman zararın, taraflar arasında paylaşılması gerekiyor. Yani Borçlar Kanunumuz işçinin verdiği zararlar nedeniyle ücretinden kesinti yapılması ya da işverenin açabileceği davalara karşı koruyucu bir hüküm getiriyor.

İkramiye konusunu da düzenliyor. İkramiye nedir bunu tanımlıyor; Belirli günler dolayısıyla verilen özel ikramiye diyor. Çok güzel bir yönü var Borçlar Kanunumuzun, iyi ve kötü yönleri var. En iyi yönleri öğretide ve yargı kararlarında geliştirilen esasları alıp yasa haline getirdiği hükümler. Bu da o iyi yönlerden bir tanesi, orantılı ödeme, iş sözleşmesi, ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümü ödenir. Yer yer karşılaşılan; yılsonuna kadar çalışmanız ya da iki yıllık süreyi doldurmanız ya da şu tarihte çalışıyor olma şartıyla bu ikramiyeyi alacaksınız gibi hükümler, demek ki geçerli değil. Orantılı olarak, çalıştığı dönemin ikramiyesini alacak işçi. Yalnız haklı bir ayırım yapılıyor öğretide; bayram yılbaşı gibi belli günlere özel ödemeler varsa bunlar artık aynı nitelikte değil, onlarda orantılı bir ödeme yok, o tarihte çalışıyor olmak lazım. Takas yasağını getirip somutlaştırıyor. Kural olarak, ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça işveren kendi alacağı ile takas edemez diyor. Kasten sebebiyet verilen zararlar bunun dışında gibi görünüyor ama o kadar zorlaştırıyor ki burada da takas çok daha güç, yargı kararıyla sabit bir zarar olacak ve bu durumda bile ¼'ü aşmayacak işçinin ücretinden takas mahsup edilebilecek tutar. Tabii şu soruya geliyoruz, işçinin rızası olmadıkça takas edemez, ama işçinin rızası varsa, hiçbir sınırı olmadan ücretin yarısına, tamamına el koyabilir mi işveren? Sözleşmeyle işe girerken bu rızayı almışsa, bunu geçerli olarak kabul ettirebilir mi? Öğretide yapılan tartışmalar ve varılan sonuç kıyasen burada bu ¼'lük sınırın işçinin rızasıyla takasta da uygulanması. İşçinin rızasıyla takas mümkün olsa bile, işverenin takas edebileceği, mahsup edebileceği tutarın, ¼'ü geçmemesinin adil olacağı.

İşçinin kişiliğinin korunması ve işçiyi gözetme borcu 417. maddede düzenleniyor. Bu bence çok fark edilmemiş ama önemli olan bir hüküm. İsviçre hukukunda Anayasanın, temel hakların, İş Hukukunda, çalışma ilişkilerinde dikkate alınması için bir geçiş hükmü, kapı açan bir hüküm olduğu kabul ediliyor. Burada işverenden beklenen çok geniş. İşverenden beklenen sadece fiziki sağlığını koruması, iş sağlığı güvenliği önlemine alması değil, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek diyor yasa ve dürüstlük kuralına uygun bir düzen sağlamak diyor. İşçinin kişilik hakkını ihlal eden talimatlar vermeyecek. Ki biz bu kişilik hakkını işçinin temel hak ve özgürlükleri ile somutlaştıracacağız. İşveren, işçinin düşünce özgürlüğünü, işçinin siyasi hayata katılma özgürlüğünü, işçinin oturma özgürlüğünü, seyahat özgürlüğünü sınırlayan talimatlar, düzenlemeler

getirmeyecek. Bu arada dürüstlük tabii takılabileceğimiz bir şey, ne demek istiyor diye, orijinal metinde ahlak kurallarına uygun demişler. İsviçreliler de diyorlar ki; işveren de işçi de papadan daha çok papa olmak zorunda değildir. Burada ahlak dediğimiz zaman dini ahlak düşüncesi olarak anlamayın. Bizimkiler dürüstlük olarak çevirmişler, fakat bunun karşılığı, çok güzel başka bir uluslararası hukuk kaynağı var bizde, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, hiçbir çekince ya da rezerv olmadan, onay kapsamı dışında bırakılmadan onayladığımız madde 26, onurlu çalışma hakkı. Tüm çalışanların onurlu, insan onuruna yakışan bir çalışma hakkı var ve devletler buna uygun düzenlemeler yapmalı. İşverenler işçinin özellikle psikolojik ve cinsel tacize uğramaması, mobbing olmaması, cinsel taciz olmaması için önlem alacaklar, zarar görenlerin de daha fazla zarar görmemesi için önlem alacaklar. Tabii yasa gerekçesi burada ayrıntılı. Önlem almak ne demek? Tacizciyi işten atmak hiç şüphesiz. Fakat yasa daha da ileriye gidiyor, gerekçesinde, güvenlik görevlisi görevlendirmeye kadar istiyor bazen. Şüphesiz diğer işçilerin, yöneticilerin ya da müşterilerin her türlü tacizine karşı, mobbinge karşı, işveren işçiyi koruyacak ama biraz iş sağlığı güvenliğindeki gibi düşünebiliriz. Bir aydınlatma, bilgilendirme yükümlülüğü var. İşveren hangi durumlarda psikolojik taciz olur, hangi durumlarda cinsel taciz olur, nelere dikkat edilmesi gerekir ve buna maruz kalan işçi nereye başvurmalıdır bu konularda aydınlatacak. Gözden Geçirilmiş Sosyal Şart da aynı hükümleri öngörüyor. Devlet; çalışanların, işyeri ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilенmesini sağlayacak. Kınanacak ya da açıkça suç oluşturacak eylemler konusunda bilinçlenmesini, bilgilенmesini sağlayacak ve işvereni bu konularda teşvik edecek, çalışanları bunlardan koruyacak uygun önlemleri alacak. İdeal ortamımız bu mu? Şimdi işçinin kişilik hakkına müdahaleler, örneğin zorunlu olmadıkça gizli kamerayla gözetlemek, filme almak, telefonları izleme, izin almadan özel mailleri okumak, psikolojik uygunluk testi gibi olabilir bunlar, kişilik hakkına aykırı. Şimdi kişilik hakkına aykırı işveren uygulamalarına bazı gerçek örnekler vermek istiyorum. Bunları bir insan kaynakları sitesinden yapılan anketten almıştım. İnsan kaynakları sitesinde bir tür bilinçsizlik mi, bilinç dışılık mı bilmiyorum, size karşı taciz oluşturan ya da en olumsuz gördüğünüz davranışlar diye değil, en komik en gülünç bulduğunuz yasaklar diye sormuşlar ve bu yasaklar gelmiş cevap olarak. Yani bunlar yasak olarak

konulabilir ama bunlar en komik olanları şeklinde insanlar yanıtlamışlar. Bunlar:

- Tuvalete 3 defadan fazla gitme, fazla tuvalet kâğıdı kullanma, 5 dakikadan fazla tuvalette kalma yasağı
- Alt kademede personelle konuşma, aynı arkadaşlarla yemeğe inme, başka birimdekilerle arkadaş olma yasağı
- Hava kararmadan veya yöneticiden önce işten çıkma, öğlen ofisten çıkma yasağı
- Esneme yasağı

Ama işverenin işçilere bu şekilde müdahale etmeye hakkı yok. Onurlu çalışma hakkı kapsamında, Borçlar Kanunu m. 417 karşısında böyle bir hakkı yok. Böyle bir talimat gelirse, işçi buna uymama, direnme hakkına sahip olmalıdır ve bu talimata uymama geçerli ya da haklı fesih sebebi olmamalıdır. İşverenin bu talimata uymama sebebiyle işten çıkarmasına ya da kişilik hakkına yönelik müdahalelerine ya da mobbinge, tacize karşı, işçinin, diğer bütün hakları yanında tazminat davası açabilme, manevi tazminat alabilme hakkı olmalıdır.

İşverenin sorumluluğu tabii en tartıştığımız konulardan bir tanesi. Temel olarak bizim en büyük sorunumuz psikolojik tacize gelene kadar neler var diyenleri duyar gibiyim, iş sağlığı güvenliği önlemlerinin alınması, iş kazalarının önlenmesi. Eski madde 332'ye göre 417/2 işverenin gereken her türlü önlemi alacağını "hakkaniyet" sözcüğünü çıkararak belirtiyor. Ayrıca açıkça işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi, kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabii olacağını vurguluyor. Biz iş hukukçularının geleneksel tartışmasına giriyoruz burada, kusursuz sorumluluğu var mıdır? İşverenin iş kazasından kusursuz sorumluluğu mu söz konusu yoksa bu bir kusur sorumluluğu mudur şeklinde. Tabii yasa açık, gerekçesinde de bunu söylemiş, bu tartışmaya son veriyoruz diyor Borçlar Kanununu hazırlayanlar ve artık sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabii bir sorumluluk olarak görüyoruz. Bir kusur sorumluluğu noktasına yaklaşıyor gibiyiz ama çok büyük bir fark olacak mıdır? kararlara etkisi ya da değerlendirme bakımından. Bence pek olmayacak. Gerekli her türlü önlemi almak dersiniz, o her türlü önlemin ne olduğunu ne olması

gerektiğini takdir edecek olan hâkimdir. Burada işverenin çok geniş bir sorumluluğu var, gereken her türlü önlem dediğiniz zaman. Yine işverenden akla gelebilecek her türlü önlemleri almış olmasını, objektif olarak, adeta kusuru objektifleştirerek işverenin burada kusursuz olduğunu kanıtlamaya çalışmasını beklememiz gerekiyor. İşveren ayrıca Borçlar Kanununun bir kusursuz sorumluluk maddesi de var, tehlike sorumluluğuna dair 71. maddesi, işveren önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme işletiyorsa zaten kusursuz sorumluluk kuralı çevreye verdiği zararda, üçüncü kişilere verdiği zararda olduğu gibi işçilerine verdiği zararlarda da geçerli.

İşveren kişisel verilerini koruyacak. Bunları işçinin işe yatkınlığıyla, hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olan ölçülerin ötesinde toplamayacak, kullanmayacak. Şu an aklıma geldi, dün tartışılan toplu iş hukukunda o e-devlet şifrelerini alma mesela. Zira aslında kişisel verileri koruma kapsamında işverenin böyle bir hakkı olmadığını söylemek mümkün. İşle ilgili bir konu değil e-devlet şifresi. İş sözleşmesinin ifası için zorunlu değil. İş sözleşmesinin devri, bu da şöyle ilginç bir hükümdür, iş kanunu 4857'ye bu hüküm konulacağı zaman ortalık ayağa kalkmıştı, iş sözleşmesi nasıl devredilir, işçi devredilir mi diye madde çıkarılmıştı. Borçlar Kanununa geldi, dediğim gibi o anlayış var herhalde, Borçlar Kanunu bizi ilgilendirmiyor diye, Borçlar Kanununa gelince kimsenin sesi çıkmadı, belki yargı o arada öğretiyle birlikte iş sözleşmesinin devrinde işçiyi yeterince korumaya başladığı için. BK hem iş sözleşmesi devrini özel olarak düzenliyor hem de genel bir sözleşme devri düzenlemesi getiriyor. İşçinin yazılı rızası alınmak şeklinde özellikle holdinglerde, şirket gruplarında işçinin bir şirketten diğerine devredildiğini görüyoruz. Bunun için mutlaka işçinin rızası alınmalıdır diyor Borçlar Kanunu, sözleşme devrinin tabii sonucu olarak da devralanın sözleşmeye taraf olacağı, işçinin, kıdeme bağlı, hizmet süresine bağlı hakları bakımından korunacağı. Bununla ilgili tabii tartışmalarımız var; peşin rıza alınabilir mi ya da devredenin sorumluluğu, işyeri devrindeki gibi olabilir mi diye. Ama zaman bakımından onlara girmeyeceğim. Cezai şart konusunda yine en isabetli düzenlemelerden biri yargısal içtihadın yasaya taşınması. Sadece işçi aleyhine konulan tek taraflı cezai şart hükümsüzdür. Ama tabii ki bunun istisnaları olacak. Her şeyden önce yasanın düzenlediği rekabet yasağı sözleşmesi için, sözleşme sonrası rekabet yasağı (ya da sözleşme sırasında da olabilir) bunun için öngörülen cezai şart ve eğitim gideri

karşılığının ödenmesi ki o cezai şart mıdır o bile tartışılır, Yargıtay içtihadı sadece yapılan masrafın belli bir orantıda ödenmesini öngörüyor.

İbra. Şimdi benim bir avukat arkadaşım var fakülte yıllarından. Arada bana telefon ediyor. 420. maddeyi okumaya başlıyor ve soruyor, ya şimdi yazılı mı olacaktı, bir aylık süre mi geçecekti, alacağın tümünü mü? Dur dur diyorum. Yasa maddesini oku aşağıya in, in, in, şuraya kadar gel, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız yapılmasını oku. Bunu okuduğun zaman anlıyorsun ki ibra diye bir şey yok iş hukukunda artık.

Bu ifadır. Tamamen ifa edildiği zaman bu bir hüküm ifade eder, Tamamen ödenmediği takdirde bu hükümsüzdür ve sadece içerdiği miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Yeni kanunun yürürlük tarihinden itibaren, çok da geniş, son fıkraya göre, destekten yoksun kalma işçinin yakınlarının isteyebilecekleri tazminat dâhil hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminatlarda geçerli. Aslında işçinin bütün alacaklarda ben işvereni ibra ettim, akladım demesi ne anlama geliyor? Şu alacak kalemlerinden vazgeçtim artık bunlarla yetiniyorum demek. Fakat işçinin bu iradesini kabul etmiyor yasamız, noksansız ödeme olacak demiş ve banka aracılığıyla olacak diyor. Noksansız ödeme ifadır. Tamamen ifa edilecek, ifa edilmemişse bu makbuz hükmünde. Tam ifa yoksa o zaman kalan kısım için yine dava hakkı var, devam ediyor.

Rekabet yasağının denetimi konusunda bir yenilik var. Rekabet yasağı tabii ki her durumda her işçi için geçerli olmaz. Buna çok da dikkatli yaklaşmamız gerekiyor, çalışma özgürlüğünü ciddi sınırlayabilen bir olay. İşten ayrıldığında bir yıl, iki yıl, hiç bir işte çalışmayacaksın. Türkiye'de aynı alanda hiçbir sektörde faaliyet göstermeyeceksin. Bu şekilde olmaz. Yasa hakkaniyete uygun olmasını istiyor, artık bir süre getiriyor ama bu bile uzun. Özel durum ve koşullar hariç iki yılı aşamaz diyor. İki yıl zaten Yargıtay içtihadında yerleşmişti. Daha açık vurguladığı husus da şu; hâkime müdahale etme yetkisi ve görevi getiriyor. Diyor ki hâkime, eğer aşırıysa, yer, zaman, süre bakımından aşırılıklar varsa o zaman kapsam ve süre bakımından sınırlayabilirsin. Yasağı geçersiz sayma, iptal etme, bir sınırlama getirerek ayakta tut. Örneğin "sadece İzmir - Aydın illerinde geçerli" de. "Bir yıl" değil de "altı ay" de, "üç ay" de ve bunu yaparken işveren ödeme yapıyorsa onu dikkate al. Ödeme zorunluluğu halen yok, olmaması bir eksiklik bizde ama işveren rekabet yasağı süresince tabii ki ücret ödeyecekse daha farklıdır durum, işçinin daha yararınadır, o hali

ile geçerli olabilir, hiç ödeme yapmayacaksa bunun geçerliliğine daha sıkı bir şekilde, daha katı bir şekilde yaklaşmak lazım. Sona ermede haklı bir sebep olmadan işveren veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilmesi deniyor, doğru bir tercüme değil. Burada haklı bir sebep olmadan demesi; kaynak, kanun, işverenin işçiye atfedilemeyen bir sebeple feshetmesi diyor, haklı sebep oluşturmaya da işçinin davranışı feshe sebep olmuşsa rekabet yasağı ayakta tutulabilmeli. İşçi tarafından fesihte ise, daha açık ve daha net, bu daha güzel, haklı fesih durumunda sona erer demiyor, işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse diyor. Yani işçi için stres oluşturan bir ortam varsa, işçiye söz verilen terfiler verilmemişse, ücretine yıllarca hiç zam yapılmamışsa, işverene yüklenen bir nedenle işçi ayrılabilir. Ve rekabet yasağı ile bağlı olmayabilir.

Tabii şimdi bana heyecan veren diğer konuya geleyim. Hiçbir tartışmalı konuya değinmeden tebliği belki bitirmek mümkün ama hiç tatlı olmazdı bence. Tartışma konularımız var. İş Kanununda hiçbir hüküm olmayan, hiç düzenlenmeyen konularda tartışmamız yok. Tamam, bunları İş Kanunu kapsamında uyguluyoruz. Ama bazı konular var ki bu konularda Borçlar Kanunu düzenlemelerini İş Kanununda uygulayacak mıyız? Öğreti bu konuda neredeyse ortadan ikiye ayrılmış durumda. Şiddetli bir tartışma var. Şimdi bir tanesi bildirim sürelerinin eşit olması, 432. madde, fesih bildirim süreleri eşit olmalıdır diyor. Fark halinde, uzun olan uygulanır. Diğer, haklı fesih sebebini yazılı bildirmek gerekir. Üçüncüsü, haksız fesih tazminatı vardır, yeni yasada iş güvencesiyle bunun birleşip birleşmeyeceği belirsizdir. Son olarak, işçinin ölümü halindeki ödemenin kıdem tazminatıyla birlikteliği.

Tabii şimdi sorumuz şu: Borçlar Kanunu yürürlükteyken İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu çıksaydı yeni tarihli özel kanun aynı anda çıksalardı bunlardan yana bir sorumuz olmayacaktı hep İş Kanununa öncelik vererek çözüme gidecektik. Ama genel kanun olan Borçlar Kanunumuz yeni kanun, yasa koyucunun daha yeni iradesini gösteren kanun. Burada nasıl bir çözüme varmamız gerekiyor. Ben çatışmadan çok burada farklı düzenlemeler olduğunu düşünüyorum. Öğretide hukuk metodolojisi ile ilgili, Medeni Hukuk ile ilgili, hukuk başlangıcı ile ilgili çeşitli kitapları araştırdım. Oralardan baktığıma göre; bu şekilde yeni genel kanunla eski özel kanun, çelişen ya da farklı hükümler getirirse, kesin bir çözüm kuralı öngörmüyor öğretiyi. Farklı düzenleme

varsa diyor, düzenlemelerin toptan reddedilmesi ya da toptan hepsinin alınması gibi bir kural da yok. Hükümün çelişen ya da farklı düzenlemenin amacına, yasa koyucunun iradesine, hükümün uygulanabilirliğine bakıp bir çözüm bulmaya çalışacaksın.

Bu çözüm üç farklı seçenekle karşımıza çıkabilir. Birincisi, özel kanun hükmü genel kanunla bertaraf edilebilir. Örneğin, Deniz İş Kanunu 28. maddesine göre gemi adamlarının fazla çalışma ücreti %25 farkla ödenir. Ama Türk Borçlar Kanunu m. 402'ye göre en az %50 zamlı ödenmesi gerekiyor. İşçinin daha lehine olan bir hüküm olması bir tarafta, özel kanun olarak Deniz İş Kanunu olması diğer tarafta. Ama Deniz İş Kanunu'nun 48. maddesi var, bize güzel bir kapı açıyor, burada diyor ki, gemi adamının daha lehine kanun hükümleri varsa onu uygularsın. Bu hükme de dayanarak özel kanun hükmü burada bence bertaraf edilir. Genel kanun hükmü olan %50 zamlı fazla çalışma ücreti gemi adamlarına da artık uygulanır.

İkinci olasılık, özel kanun hükmünün muhafaza edilmesi. Örneğin, Borçlar Kanunu yıllık izinden indirim yapılabileceğini öngörüyor, işçinin bazı devamsızlık sürelerini yıllık izin süresinden indirim yapabileceği şeklinde öngörüyor. Ama bizim İş Kanunumuz yıllık izin için, kıdeme dâhil sayılmayacak süreleri, özel bir şekilde, zaten tamamen düzenlemiş. O zaman Borçlar Kanununun bu hükmünü alıp İş Kanunu'na getirmemiz gibi bir olanak ve gerek yok. İş Kanunu hükmünü muhafaza edeceğiz. Borçlar Kanunundaki yıllık izin düzenlemeleri İş Kanunu'nda bizi engellemeyecek.

Üçüncü olasılığımız da her iki kanunun birlikte uygulanması. İş Hukukunda özellikle işçi lehine yorum da bunu destekliyor. Açık bir yasal engel yoksa amaçları, düzenleme konuları, tarzları farklı ise iki hüküm birlikte, kümülatif uygulamamız da mümkün.

Şimdi bunlara girersek, süremi aşmamaya çalışacağım hocam, en zoru, en karar veremediğim hüküm, bildirim sürelerinin eşitliği. 432. madde bildirim sürelerini düzenliyor Bu süreler kısaltılamaz, sözleşmeyle arttırılabilir, bundan yana bir sorun yok, yasal fesih bildirim süreleri asgaridir, üzerine çıkılabilir. 17. maddenin 3. fıkrası da İş Kanununda aynı, bu süreler asgari olup sözleşmede arttırılabilir. Ama m. 432/5 diyor ki, fesih bildirim sürelerinin her iki taraf için de aynı olması zorunludur. Bu da yeni bir hüküm değil, eski Borçlar Kanununda da her iki taraf için aynı olması zorunludur diyordu. Ama yenisi bununla kalmıyor, farklı süreler

öngörölmüşse her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır diyor. Şimdi bu öyle bir şey ki, sözleşmeler, özellikle, toplu iş sözleşmesi ile iş akdini fesheden işverenin uyacağı bildirim süreleri çok arttırılıyor bizde ya da sözleşmeyle işçi lehine arttırılıyor, işverenin uyacağı süre daha kısa tutuluyor. Ve yıllardır Yargıtay içtihadımızda, öğreti; baskın demesem bile kuvvetli olan görüş; işçi lehine bundan ayrılmamanın mümkün olmaması. İşçi daha kısa bildirim süresine bağlıdır, işverenin uyacağı bildirim süresi daha uzun kararlaştırılabilir. Yıllardır benimsediğimiz böyle bir ilke var ve doğru olan da bu. Bu kanun hükmü yanlış, bunu açıkça söylememiz lazım. İşçi zayıf tarafıdır iş ilişkisinin, onun tabi olacağı bildirim süresini daha uzun değil daha kısa tutmak mümkün olmalıdır, işverenin uyacağı bildirim süresi daha uzun olmalıdır. Ama açık bir yasal hüküm de var.

Şimdi bazen deniyor ki 17. maddenin 3. fıkrası önceliklidir, konuyu düzenlemiştir. Hayır, İş Kanunu bu konuyu düzenlememiştir. Bu görüşte olan hocalarım, öğretim üyesi arkadaşlarım kusura bakmasınlar ama İş Kanunu fesih bildirim sürelerini eşit olması ya da birbirinden farklı olması olasılığını düzenlememiştir. Bununla ilgili hiçbir hüküm yoktur, iş kanununda bu konuda boşluk vardır, Borçlar Kanunu alıp getirip burada uygulamaya hiçbir engel aslında yoktur. Doğru mudur? Değildir. İşçinin uyması gereken bildirim süresini uzun tutmak onu işveren için kararlaştırılan uzun süreye eşitlemek doğru değildir. Dürüstlük kuralına göre, düzeltici bir yorumla bu aşılabılır mı? Belki aşılabılır, üzerinde tartışılabilir ama yasaya bağlı kalacaksak bildirim sürelerinin eşit olması gerekir ve bir taraf için uzun süre kararlaştırılmışsa diğerinin de buna uyması gerekir.

Haklı fesihte şekil; m. 435'e göre haklı nedenle sözleşmeyi fesheden taraf fesih nedenini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu hüküm İş Kanunu kapsamında geçerlidir. Şimdi bu alanda iki görüş var, onları burada aktarmak istiyorum sizlere. Birinci görüş diyor ki; iş güvencesi ile geçerli fesihte, fesih sebebini yazılı bildirmesini öngörüyoruz işverenin, haklı fesihte bunu öngörmemek bir eksiklikti. Burada, bu eksikliği şu an gideriyor yasa. Geçerli sebeple fesihte, işveren, fesih sebebini yazılı bildirecekse, daha ağır olan haklı sebeple fesihte evleviyetle bunu bildirmesi lazım. İşçinin korunması için de bu önemli. İşveren sonra fesih sebebini değiştirmesin, baştaki fesih sebebini bilelim ve bununla bağlı kalsın. Yapmazsa, işveren buna uymazsa haksız fesih sayacağız, işverene

yazılı sebep bildirmediği için İş Kanunu kapsamında haksız fesih yaptırımını uygulayacağız. Şimdi buraya kadar benim kulağıma da çok güzel gelen şeyler. Buradan itibaren İş Hukukuyla ilgili bütün beyin hücrelerim rahatsız olmaya başlıyor. Çünkü tutarlı sonucu şu: Ayrım yapılamayacağından işçi de yazılı olarak sebep bildirecek. İşçi sebep bildirmezse o da haksız fesih sayılacak, haksız feshettiği için de örneğin kıdem tazminatı alamayacak. Dürüstlük kuralı ile bunu hafifletebiliriz diyor öğretilerdeki birinci görüş. İkinci görüş diyor ki, İş Kanununda yasa koyucunun bilinçli bir tercihi var. Sadece geçerli fesih için yazılı şekil koşulu arıyor, haklı fesih için bunu aramıyor. Bir boşluk yok. Haklı feshin derhal fesih olması, süreye bağlı olması, acil olması, somut olaydaki durumlar karşısında, niteliği karşısında yazılı sebep bildirmeyi geçerlilik şartı haline getirmek pek doğru da değil.

Şimdi her iki görüşü de kabul ettiğinizde çok insanın içine sinmeyen bir durum oluyor. Bu ikinci görüşü kabul ederseniz Borçlar Kanununa tabi iş ilişkilerinde işverenin yazılı gerekçeyle haklı fesih yapmasını arıyorsunuz yoksa haksız sayıyorsunuz. Daha çok koruduğunuz İş Kanununda işçiye, böyle bir hak bir koruma sağlamamış oluyorsunuz. Ama birinci görüşü de kabul ederseniz, işçinin de yazılı sebep bildirmesini arıyorsunuz, yoksa haksız fesihtir diyorsunuz. Yani işçi, işverenin hakaretleri üzerine al işini başına çal deyip, kapıyı vurup çıkıp gitse, yazılı sebep bildirmediği için siz bunu haksız fesih olarak mı göreceksiniz? Ben burada İş Kanununda bir boşluk olmadığını düşünüyorum. İş Kanunu 25. maddesinin son fıkrası, işçi 18, 20, 21. madde hükümlerine göre dava açabilir diyor. Bilinçli olarak 19. maddeyi yani yazılı sebep bildirmeyi dışarıda bırakıyor. Doğru mudur? Değildir. İş güvencesi kapsamında işverenin feshederken sebep bildirmesi daha iyi olurdu ama yasa budur. İşçiye haklı sebeple fesihte yazılı sebep bildirilmedi diye dava açma olanağı vermemiştir bence yasa. Ve bu düzenleme tabii ki işçi açısından da paralel şekilde geçerlidir. İşçinin sebep bildirmesi de yazılı fesih yapması da beklenemez. O zaman çatışma halinde bu durumda öğretilde, metodolojide benimsenen, hakkın kullanımını sınırlamayan elverişsiz düzenlemeyi mümkün olduğunca sınırlayan çözümün yeğlenmesi gerekir. Böylece İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde haklı nedenle fesihte yazılı sebep bildirme zorunluluğu yoktur; bu hüküm uygulanmayacaktır.

Haksız fesih tazminatı m. 438/3; Haksız fesih halinde işveren İş Kanunu kapsamında tabii ki ihbar tazminatını ödeyecek; İş Kanunu

kapsamında kıdem tazminatını ödeyecek. Ama bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak hâkime bir yetki daha veriyor Borçlar Yasası; ayrıca bir tazminata da hükmedebilir. Belirlenecek tazminat miktarı işçinin altı aylık ücretinden fazla olmaz. İsviçre hukukundaki esas, haksız feshin özel olarak yapılmaması, kaçınılması, önlenmesi gereken bir eylem olduğu. Bunu yapana ayrı bir medeni ceza verilmesi gerektiğidir. Hâkim bütün koşulları dikkate alarak işvereni caydıracak işçiye manevi bakımdan tatmin edecek bir medeni ceza öngörebilir. Örneğin; işveren işçiye iftira atıp bir suç isnat ederek işten atıyorsa, onu güvenlikle birlikte veya tartaklayarak işyerinden çıkarıyorsa, ailesinin önünde rencide eder şekilde fesih yapıyorsa böyle bir şey varsa, medeni bir ceza olarak hâkim tazminatı belirler. Feshin ekonomik sonuçları, işçinin yaşı, kıdemi, sosyal durumunu da dikkate alır. Peki kötü niyet tazminatı ve iş güvencesi tazminatıyla birleşir mi? Kötü niyet tazminatı ile birleşmez, çünkü kötü niyetli olmakla haksız olmak aynı unsurları taşıyor zaten. Ama haksız fesih tazminat tutarı, kötü niyet tazminatından düşük tutulmamalı ya da ikisinden birine yüksek olana hükmedilmeli. İş güvencesi tazminatı ile birlikte hükmedilebilir mi? Bence birlikte uygulama mümkün. Çünkü birbiriyle çelişen değil, farklı amaçları olan, ayrı amaçları olan iki düzenleme var. Kümülatif olarak birlikte uygulama mümkün olmalı. İş güvencesi tazminatını neden veriyoruz? Bir iş güvencesi tazminatımız var çünkü geçerli sebep olmadan işveren iş ilişkisini sonlandıramaz. Haksız fesih tazminatını neden veriyoruz? Derhal fesihle ayrı bir üzüntüye, ayrı bir sıkıntıya yol açtığı için işveren. Bu manevi tatmini sağlamaya ve haksız feshi caydırmaya çalışıyoruz. İkisinin birlikte uygulanmasına engel olan bir hükmümüz var mı? İkisinin birlikte uygulanması birbirine ters mi? Hayır. O zaman bunlar birlikte olabilir ama olmayabilir de. Tamamen hâkimin takdirine bağlı.

Son olarak, biz hukukta, durumda son olarak insanı öldürürüz miras hukukuna gelebilmek için, miras paylaştırırız. Ben de son olarak işçiye öldürüyorum burada ve o şekilde tebliğimi bitiriyorum. Sabrınızı daha fazla zorlamayacağım. Ölüm yardımı 440. madde. Çok tartışılan konulardan biri de bu. İşveren işçinin sağ kalan eşine ve ergen olmayan çocuklarına yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere bir aylık, hizmet ilişkisi beş yıldan uzun süre devam etmişse iki aylık bir ücret ödemesi yapmakla yükümlüdür. Bu kıdem tazminatı ile birleşir mi? Kıdem tazminatı alıyor işçinin mirasçıları ölüm nedeniyle, ayrıca bu yardım da ödenir mi? İş

kanunu kapsamında uygulanır mı? Bence uygulanır. Tartışmalar olmakla birlikte ben burada yine birbirinin uygulama amacına karşı düşmeyen, birbirini destekleyen kümülatif uygulanabilecek iki hüküm olduğunu düşünüyorum ve amaç bakımından da şöyle bir fark var: Ölüm halinde de kıdem tazminatını veriyoruz ama sebebimiz ölüm değil, sebebimiz işçinin işyerine bağlılığını, kıdem süresini, işyerine kattığı değeri ödüllendirmek. Kıdem tazminatı İş Hukukunun çok kendine özgü, çok farklı bir ödemesi. Buradaysa ölenin yakınlarına bir maddi destek, bir yardım sağlama, sosyal amaçlı bir ödeme öngörüyor yasa koyucu. İkinci olarak, İsviçre kaynak kanununa baktığımız zaman her ne kadar kıdem tazminatı koşulları farklı olsa da İsviçre'de her ikisine de hükmediliyor. İsviçre'de hem kıdem tazminatını hem ölüm yardımını ölenin yakınlarının alabileceği kabul ediliyor. Üçüncüsü, uygulama alanları hak sahipleri de farklı. Kıdem tazminatını hukuken mirasçı olanlar, yasal mirasçı olanlar alırken, ölüm yardımında sağ kalan eş ve sadece tüm çocuklar değil, ergin olmayan çocuklar, bunlar yoksa yasal mirasçısı olmamasına rağmen işçinin bakma yükümlülüğünü üstlendiği, bakmakla yükümlü olduğu kişiler var. Toplu iş sözleşmelerinde yer yer örneklerini gördüğümüz bu nedenle çok da yabancı olmadığımız bu ölüm yardımını Borçlar Kanunu artık ayrı bir sosyal yardım desteği olarak getiriyor bence bu nedenle birlikte uygulamaya bir engel yok. Ama karşı görüşlere tabii ki saygım var. İki hukukçunun olduğu yerde meşhur sözdür üç farklı görüş çıkar. Bunları tartışmaya mutlaka devam edeceğiz, mutlaka farklı görüşlerimiz olacak. Öyle ya da böyle önemli olan tabii bu görüşleri dile getirmemiz. Sabrınız için çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu :

Sayın meslektaşına ben de teşekkür ediyorum. Doyurucu ve kapsamlı sunumunuz için çok teşekkür ediyorum.

SORU - CEVAP BÖLÜMÜ :

Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu :

Şimdi yazılı olarak tabii soruları arkadaşlarımız ulaştırıyorlar. Zeynep Hanım'dan başlayalım.

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Şişli :

Teşekkür ediyorum. Şimdi arkadaşlar, ilk soru ve bence gerçekten önemli bir soru.

Soru (Av. Dilek Güzel Gürbüz) :

Anayasa madde 90 gereğince işe iade davasında boşa geçen süre ücreti Avrupa Sosyal Şartı hükümlerine göre işten çıkarma tarihinden işe iade davasının kesinleştiği, başlatılmadığı tarihe kadar istenebilir mi, 4857 sayılı Yasa hükümlerine ve Anayasa Mahkemesi kararına rağmen?

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Şişli :

Şimdi burada en önemli konu bence, yani tabii hocalarımız da var, onlar da tabii farklı ya da eksik bir şey varsa katkılarıyla bilgilendirebilirler. Benim bu konudaki düşüncem şu: 158 sayılı ILO Sözleşmesinde bu konuda net olarak yani haksız feshe karşı işçinin korunmasının yaptırımları olarak evet feshin geçersiz kabul edilmesi, işe iade ve tazminat veya her ikisi bir arada şeklinde düzenleniyor. Fakat bununla ilgili bu süre bunu kapsamalıdır diye açık bir hüküm yok. Kanunumuzda ise yine Dilek'in belirttiği gibi çok açıkça en fazla dört ayla sınırlı olmak üzere diye yazıyor. Avrupa Sosyal Şartında denetim organının kararından yola çıkarak bunu düşünüyoruz, çünkü öğrendiklerimizden de yola çıkarak, Anayasa 90. maddesi çerçevesinde. Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. maddesinde de yine ekleriyle birlikte yorumlarına baktığımızda çok açık bir şekilde sürelerle ilgili bir düzenleme yok. Yine aynı noktaya geliyoruz hani yirmi yıl gecikmeli 158 sayılı Sözleşme'nin ancak iç hukuk kuralı haline getirilmesiyle uygulanması gibi yaptırımlar açısından çok net olarak eğer ülkelerin sınırlama esaslı bir sebep, haklı bir sebep varsa sınırlayabileceklerine ilişkin istisna hükümleri olmasaydı ve sözleşme hükümlerinde çok net olarak işçinin işten çıkarıldığı tarihten işe iade davasının kesinleştiği ya da işe başladığı tarihe kadar ödenecektir şeklinde açıkça bir hükmü olsaydı, hepimiz biliyoruz ki tartışmaya gerek yoktu. Anayasa'nın 90. maddesine göre önce uluslararası sözleşmenin uygulanması gerekirdi. İnsan haklarıyla, temel haklarla ilgili olduğu için. Fakat burada bana göre doğrusu şudur; Eğer bu konu çok net değilse denetim organlarının kararlarının bir işleyişi var. Bu işleyişin Türkiye açısından da sağlanmasıdır diye düşünüyorum en uygun çözüm. Avrupa Sosyal Şartı'nın denetimi ikili yapıyor. Bunlardan birincisi genel denetim mevzuatlarla ilgili Sosyal Haklar Komitesi tarafından bir diğeri ise toplu şikâyet yolu. İşçi ve işveren kuruluşlarının şikâyet hakkı var ancak bununla ilgili protokolü Türkiye henüz onaylamış değil. Öyle olduğu için

işçi işveren kuruluşlarının toplu şikâyeti söz konusu olamaz ama bir şekilde genel denetim içine Türk mevzuatını sokulması ve Sosyal Haklar Komitesi'nin aynı gördüğümüz örneklerdeki değişik ülke mevzuatlarıyla ilgili olduğu gibi Türk hukukuyla ilgili vereceği bir karar üzerinden, çünkü Avrupa Konseyi üyesiyiz, Sosyal Şart Avrupa Konseyi'nin Sosyal Şartı ve Bakanlar Komitesi'nde de temsilcimiz var. Dolayısıyla Sosyal Şart genel denetim sonucu verilen kararlar, usulüne göre Bakanlar Komitesi'ne geliyor, Bakanlar Komitesi uyarıyor ilgili devleti ve iç hukukunu buna uygun hale getirmesi isteniyor. Bu sürecin izlenmesi daha beklenebilir bir çözümdür diye düşünüyorum çok net olarak gözükmeyeceği için. Ama bununla ilgili de gerçekten uğraşılması gerekiyor. Bir başka çözüm biraz önce sayın hocamız Borçlar Kanunu ile ilgili haksız feshe karşı tazminat değil mi söz ettiniz. Aslında ikisini bir arada, yani işe iade, geçersiz fesih tazminatların bir arada uygulanmasına bir engel yok dediniz yanlış anlamadıysam. Evet, yargı yerleri gerçekten fesih sebebini de gözeterek bu boşluğu belki de haksız feshe karşı tazminat yoluyla doldurabilir ve belki de avukatlar bu tür taleplerle yargıya bunu taşıyabilirler şimdilik diye düşünüyorum. Ama ileriye dönük olarak da denetim organlarının işletilmesinde fayda olur diye düşünüyorum.

Soru

:

İşe iade davasının sonrasında dava süresi içinde işyerinin devri halinde işçi işe başlatılmak üzere devralan işverene başvurulabilir mi? Bu halde devreden ve devralan işverenin sorumluluğu nedir?

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Şişli

:

Bu konudaki Yargıtay uygulamasını şu anda tam net hatırlayamadım ama ben genel anlamda kendi düşüncemi söyleyeyim. Devralan işveren bir anlamda halef-selef ilişkisi içindedir. Dolayısıyla eğer feshin geçersizliğine karar verilmiş, işe iade kararı verilmişse, işverene değil işyerine iade edilmektedir, işe iade edilmektedir işçi. O sebeple devralan işverene de başvurması mümkündür diye düşünüyorum devirle ilgili İş Kanunundaki hükümler çerçevesinde. Ve devreden ve devralan işverenin de sorumluluğu olduğunu düşünüyorum.

Soru (Av. Seyhan Güngör Göbekçin) :

Devir değil muvazaa ilişkisi varsa ve işverenin başka bir işyeri varsa, işveren işçinin eski çalıştığı işyerinde değil başka işyerinde başlamasını isterse işe başlatmama sayılabilir mi?

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Şişli :

Muvazaa tabii yargı kararıyla tespit edilmesi gereken bir durum. Ama muvazaa varsa ve ispatlanabilecek bir durumdaysa bence zaten burada bir hakkın kötüye kullanılması durumu var. Muvazaa zaten o işyerindeki devri geçersiz kılan bir hukuki sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla işçi, işverenin buradaki tavrı, muvazaa varsa, bana göre, işe başlatmama sayılabilir diye düşünüyorum. Ama bu konuda da yani devir ve muvazaa dışında aynı işe iade edemiyorsa işçiyi işveren iyi niyetli olduğu sürece ve iş koşullarını ağırlaştırmadığı sürece işçi kabul etmediği takdirde artık bir önceki feshin geçerli kabul edileceğini ve işçinin kabul etmemesiyle ortaya çıkan durumun değişiklik feshi olarak değerlendirileceğine ilişkin Yargıtay kararları var. Ama sizin sorduğunuz noktada muvazaa zaten hukuken geçersizlik sağlayacağından işe başlatmama sayılır ispatlanabilirse bence.

Soru (Av. Tuğba Karapınar) :

Yabancı uyruklu bir kişinin Türkiye’de geçirdiği iş kazasında herhangi bir güvencesi var mı? Türkiye’de hukuki bir yol izleyerek mağduriyetini giderebilir mi?

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Şişli :

Bu tabii şey yabancı uyruklu kişinin Türkiye’de gerekli izinlerin alınarak kayıtlı çalışması sosyal güvenlik sistemi içinde olup olmamasına göre değişebilir. Yine bu konuda milletlerarası özel hukuk kurallarına göre de bir değerlendirme yapmak lazım. Benim kişisel fikrim yani güvenlik sağlama görevi işyerinde kendi ülkesindeki işyerlerinde devletin denetim ve iş sağlığı güvenliği sağlama görevi sosyal güvenlik açısından böyle bir sorumluluğu gerektirir ama bunu kesin olarak söyleyemiyorum, gerçekten çok boyutları olan, çok farklı değerlendirilmesi gereken bir konu.

Soru (Av. Volkan Çakır) :

İşe iade davası açılması yönünden koyulan bir aylık hak düşürücü sürenin başlangıcında iş feshedildiği tarih mi yoksa fesih edildiği tarih mi dikkate alınmalıdır?

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Şişli :

Şu anda 4857 sayılı Yasaya göre fesih yazısının tebliğ edildiği tarih diye açıkça düzenlenmiş durumda. Fakat ben bu konuda kişisel görüşümü ifade ettim, sizlerle paylaştım, bu öğretilerde de hatta hâkimlerimiz

tarafından da sıklıkla dile getirilen bir, çünkü şöyle de söyleniyordu, doğrudan uygulamadan söyleyeyim: Ben bizzat bir iş hâkimimizin ben de biliyorum aslında fesihten sonra başlaması gerektiğini, çünkü fesih bildirim süresi içinde işçi işverenle çalışırken yani bir 25. madde söz konusu olursa, evet Fevzi Hocam da bunu bu şekilde ifade etmişti, o zaman nasıl olacak? yani işçi bundan korkarak dava açmaktan çekinebilecektir. Fesihten sonra, feshin gerçekleşmesinden sonraki bir aylık süre diye söylenen bu görüşe ben de katılıyorum, Sayın Hocamın bu görüşüne diye söyleyebilirim.

Soru (Av. Onat Öztürk) :

Sendikal neden tespit edildiğinde işe iadede tümüyle vazgeçilmiştir. İşe iade etmeme tümüyle yaptırımsız bırakılmış ben buna dikkat çekmek istedim.

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Şişli :

Çok doğru. Evet 6356 sayılı Yasa'nın 25. maddesiyle sendikal nedenle fesih durumunda iş güvencesi hükümleri 18. madde koşullarına bağlanarak daraltılmıştır. 158 sayılı Sözleşme'de de sayın meslektaşımın da ifade ettiği gibi ve kanunumuzda da sendika üyeliği ve sendika üyeliği ve sendikal faaliyetin hiçbir koşulda geçerli sebep olamayacağına ilişkin hükmün de ihlalidir diyebiliriz.

Soru (Av. Filiz Kunt) :

İşçinin işe iade başvurusundaki samimiyet tartışmasında son Yargıtay kararlarına ilişkin bilgi verebilir misiniz?

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Şişli :

Benim gördüğüm son Yargıtay kararlarında bir farklılık yok yani geçen seneye göre. Şöyle, buradaki en temel sorun aslında bence Yargıtay'ın bu konuda görüş değiştirdiği nokta. Yani işçinin işe iade başvurusunu boşa geçen süre ücretinin alınması için yeterli görürken daha önce, bundan birkaç yıl önce bir içtihat değişikliği yapıldı hepimiz biliyoruz, işçinin işe iade başvurusu ve işverenin işe süresinde çağırmasına rağmen işçi işe başlamazsa ve iş başvurusunun samimi düşünülmediği durumlarda feshin geçerli hale geleceği ve işçinin işe iade davası sonucu hükmedilen hiçbir tazminatı, boşa geçen süre ücreti de dâhil, alamayacağı şeklinde bir içtihat değiştirdi. Burada bunun adil olmadığı konusunda herkes hemfikir

yani Öğreti de hemfikir. Fakat yasanın yorumunda bunun daha doğru olduğu düşüncesi de hâkim. Ben böyle düşünmüyorum, geçen sene bunu açıklamaya çalışmıştım. Bana göre yasanın yorumunda doğrudan bunu gerektiren bir şey yok aslında ve samimiyet tartışması da geçen sene Erdem Özdemir Hocamız çok hoş bir şey söylemişti onu anmak gerekiyor, dedi ki bu samimiyet hukukta neye denk düşüyor? Bizim bildiğimiz terimler içerisinde nereye denk düşüyor, öte yandan tabii çok önemli bir husus gözden kaçırılıyor, o husus nedir geçerli bir sebep olmaksızın yasaya aykırı açıkça davranan işverenin bu davranışı bir anlamda hukuken karşılıksız bırakılmış olmaktadır. Bunun için aynı Yargıtay farklı bir yorum yaparken yorum değişikliği ile içtihadını değiştirip geldiği noktanın iş hukukunun işçiyi koruma ilkesini ve iş güvencesi amaçlarına uygun olmadığı görüşündeyim ben. Ama şu anda bunun ötesinde bir farklılık gözlenmiyor.

Çok teşekkür ederim.

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Teşekkür ederim. Sorular çok aynı zamanda kapsamlı ve güzel sorular.

Soru :

Bazı hükümler İş Kanunu kapsamı dışındakilere bir koruma sağlamak üzere getirilmiş olmaz mı? Bu bakımdan Borçlar Kanunu haksız fesih tazminatını Borçlar Kanunu m. 440'daki ölüm yardımı hakkını işçinin sağ kalan yakınlarına ödenecek paranın ilave olarak ödenmesi mükerrer ödeme sayılamaz mı?

Doç. Dr. Sayın Mustafa Alp :

Şimdi mükerrer ödemeden benim anlayışım aynı amaca yönelik olan ödemeyi iki kez yapmak. Fakat ben burada amaçların farklı olduğuna inanıyorum ve oradan hareket ediyorum. Haksız fesih tazminatı geçerli sebep olmadan işten çıkarmanın tazminatı değil, bir süreli fesihte buna hükmetmeyeceksiniz zaten fesih geçersiz de olsa. Ama haksız fesih tazminatı fesihle ilgili özel durum ve koşullara bağlı olarak bir haksızlık yapılması, derhal fesihle işçiye özel bir zarar verilmesinin tazminatı. Bunun ayrı giderimi geçerli sebep olmadan fesih tazminatından bence farklı bir amaca yöneliyor. Ölüm yardımı da aynı şekilde farklı çünkü kıdem tazminatının amaç ve koşulları belli bir kıdeme bağlı olarak artışı

ölüm yardımında söz konusu değil, daha farklı bir sosyal yardım etkisi var. İsviçre hukukçuları bunu **iş sözleşmesinin ard etkisi** olarak da görüyorlar. Biz neden mehzaz kanunundan ayrılalım, onlar iki ödemeyi de yaparken neden biz bunu mükerrer ödeme olarak değerlendirelim? Genel olarak şöyle bir belki hukukçular olarak işi kendimize batırmamız lazım. Tazminatlar, ödemelerde hep bize bir şeyler öğretildi, hep biz de öğretiyoruz. Tazminatlar zenginleşme aracı olmamalıdır. Ama bunu acaba biraz aşırıya götürmüyor muyuz? Bir Amerikan dizisinde seyretmiştim, onu hatırlarım, çok zengin bir kadının evine gidiyorlar, kadın çok güzel bir sarayda oturuyor. Hiçbir işi yok, hiçbir faaliyet yok, hiç elinde gelir getiren bir şey yok, ya bu nasıl olur, nasıl zenginsin diyorlar? Rockefeller'ı tanır mısın diyor, 1920-30'ların meşhur zengini, evet o senin deden miydi, hayır o benim dedeme çarpmıştı diyor. O kadar büyük bir tazminat öngörülmüş ki onun torunu bile büyük bir konfor içinde yaşayabiliyor. Şimdi tabii tazminatı zenginleşme aracı olarak görmemek benim doğduğum yetiştiğim 1970-80'lerin koşullarında bizim düşüncemize, bizim anlayışımıza elbette uygun, bunu ayıp olarak bile nitelendirebiliriz, tazminat ya da fazla bir şey istemeyi. Ben öğretim üyesiyim ama bilirkişi ücreti bazen bana düşük takdir edildiği zaman itiraz bile edemiyorum hala, itiraz edersem ayıp olur, kamu görevi buna itiraz edersem nasıl olur diye. Alaşehir'e 150 km. ötede bilirkişilik yazıyorlar, gidiş geliş yol param olacak ama ne yapayım kamu görevidir diyorum. Ama şimdi biz 80'lerden itibaren şiddetli bir şekilde liberalleşiyoruz, liberal ekonomiye geçiyoruz. Her şey devletin artık bize baba olmadığı, bizi korumadığı her şeyin özelleştiği bir alana doğru geçiyor. Paranın büyük bir önem taşıdığı ortama geçiyoruz. O zaman liberal sistemin diğer bütün özelliklerini alırken Amerika'dan, bu tazminatla ilgili zarar görenlerin, hele zarar veren bundan yüksek kazançlar elde ediyorsa maddi durumu iyi ise, bir tazminatın yüksek tutulması noktasındaki değeri niye sınırda tutuyoruz da onu niye almıyoruz liberalimin bütün kurumlarını alırken? Ben o noktada kendimize hukukçulara bir eleştiri getirmek istiyorum.

Soru

:

Kanunlarda birbiriyle çelişen farklı düzenlemeler her zaman yasal olarak işçi lehine uygulama yapılmasını mı gerektirir çelişen düzenlemeler olduğunda.

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Burada genel bir ilke getirmek istemiyorum, açık emredici bütün sonuçlarıyla bir konu düzenlenmiş olabilir. İşçi aleyhine de olsa, artık orada mutlak emredici bir hüküm varken yasaya aykırı bir yorum yapmamalısınız. Ama durumu mutlaka değerlendirmek, işçi lehine yorumu İş Hukukunda her zaman uygulamak, buna yönelmek lazım diye düşünüyorum.

Soru :

Rekabet yasağı ihlali edeniyle açılan davalarda görevli mahkeme, ticaret mahkemesi mi, iş mahkemesi mi?

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Ticaret Kanununa bakarsanız Ticaret Mahkemesi, ama sanırım Bektaş Bey girecek bugün o konuya onun için ben o konuya girmiyorum.

Soru (Av. Ferda Öztürk) :

İbra konusunda yasanın düzenleniş amacına göre ibra belgesinin alınmasının hakları yasaya uygun olarak ödenmiş olması yeterli midir, bir ay sonra alınması koşulu tarihsiz alınması ihtimalini nasıl bertaraf edebilir?

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Tabii tarih olması olmaması bir ispat konusu ama önemli olan artık noksansız ödeme yapılması ve bankadan yapılması. İşverenin bu ödemeyi yaptığını banka dekontları ile ispat edebilmesi lazım. Onun için bunun tali bir önemde kaldığını düşünüyorum.

Soru (Hatice Aslan Atabay) :

İş Kanununa tabi ancak iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler açısından haksız fesih tazminatı iş güvencesini sağlamaya yönelik bir yaptırım olarak uygulanabilir mi, bu konuda sizin düşünce ve yorumunuz nedir?

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Tabi burada haksız fesih tazminatı mutlaka bir iş güvencesi tazminatı değil. Özel olarak bir haksız feshine bağlı bir zarar, bir üzüntü verilmesine bağlı, onu caydırmaya yönelik bir medeni ceza. Ama burada tabii haksız

fesih tazminatı ile kötü niyet tazminatı ilişkisine dikkat etmemiz gerekiyor iş güvencesi kapsamı dışında, ikisinden hangisine hükmedilecek? Medeni hukukçuların, Borçlar hukukçularının görüşü de böyle: Hangisi daha yüksekse ona hükmetmek mümkün olmalı.

Soru

:

İşçi yıllar önce işe giriyor, sekiz-dokuz yıl çalışıyor, o zamanki rekabet yasağı hükmü, sözleşme sonrası rekabet yasağı geçerli midir, işe girebilmek için imzalamış olması gözetilmeli midir?

Doç. Dr. Mustafa Alp

:

İlke olarak yaşamız bu konuda bir ayırım yapmıyor. İşe girerken imzalıyorsunuz, işe girebilmek için de imzalasanız bunu geçerli kabul ediyor. Ama çok geniş yetkiler vererek hâkime zaten her durumda her işçi için geçerli olmayacağını, işverenin önemli bir maddi yararının olmasını, işçinin belli bir uzmanlık konumunda olmasını, Yargıtay'ın da çok güzel kararları var. Nitelsiz işçiyle rekabet yasağı sözleşmesine ne gerek var, neden yapıyorsun diyor Yargıtayımız. Yani gerçekten işçinin iş sırlarına, işletme sırlarına, müşteri çevresine vakıf olması, bilmesi gibi bir durum olmalı ki bu geçerli olsun. Bu geçerlilik de hakkaniyete uygun olarak sınırlanacak.

Soru

:

Yine rekabet yasağı ile ilgili, rekabet yasağıyla aynı işkolunda çalışması sınırlanıyor, bu halde işçi sözleşmenin iptali veya belli bir bölge veya yıl itibarıyla değiştirilmesi amacıyla mahkemeye başvurabilir mi, nasıl bir yol izlemeli?

Doç. Dr. Mustafa Alp

:

İlginç, güzel bir soru. Yani soru şuna geliyor; hep rekabet yasağı sözleşmesinde gördüğümüz ne? İşçi işten ayrılıyor, rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranıp işveren dava açıyor, onun yerine diyor soru sahibi işçi önce davransa, hakkaniyete aykırı hükümler içeriyor bu Borçlar Kanunundaki sınırlamaya uygun değildir, bunun sınırlandırılmasını istiyorum dese, bence böyle bir tespit davası açmakta hukuki yararı var ve hakkaniyete uygunluk denetimini yaptırması da mümkün. Uyguluyoruz da galiba, uygulamada var anladığım kadarıyla.

Soru (Av. Sevil Altun) :

Borçlar Kanunu ibraname tarihi fesihten ibraname bir ay sonrasına ait olması gerektiğinden uygulamada işten çıkarılan işçiden fesih tarihinde bir ay sonranın tarihi atılacak ibraname imzalatılıyor, ödeme bir ay sonra yapılıyor. Yani bir ay geçerli olsun diye ödeme yapmadan bekletiyorlar.

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Yasa maddesi böyle değil, işverene bir ay sonra ödemesi yönünde bir hak tanımıyor. O sadece işçi bütün ödemelerini alsın, üzerinde düşünsün, her şeyden emin olsun, ibranameyi artık o kesinlikle versin gibi. Ki bizim kanunumuzda noksansız ödeme olması gerekir denince bunun çok bir anlamı da kalmıyor gerçi. Ama işverenin bir ay sonra ödeme hakkı yok. Bence işçinin bu durumda dava hakkı da olur, faiz de işler diye düşünüyorum böyle bir durumda temerrüt nedeniyle faiz işler.

Soru (Av. Nilgün Öztürk) :

440. maddede öngörülen ölüm yardımı yapılırken vergi kesintisi olacak mı yoksa sadece damga vergisi mi kesilecek?

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Ölüme bağlı ödemelerden gelir vergisi kesilmiyor. Bu nedenle m. 440'daki ölüm yardımından da gelir vergisi kesilmeyecek.

Soru (Av. Seyhan Güngör Göbekçin) :

İşçinin onurlu çalışma hakkı kapsamında işçiye ve işyerine yönelik işverenin iş ilişkisi bulunmayan kişiler tarafından gerçekleştirilen taciz, psikolojik bütünlüğünü bozucu davranışlarda, işverenin önlem alma yükümlülüğü var mıdır?

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Yani iş ilişkisi olmayan, örneğin müşteriler, iş ortakları ya da başka kişiler tarafından işçiye taciz gerçekleşiyor ise böyle bir durumda da işverenin önlem alma yükümlülüğü var, yasa hiçbir sınırlama içermiyor, başkalarından psikolojik ya da cinsel taciz olmaması için de önlem alacak. İşçinin uyarısı üzerine en azından işlem yapacak. İşveren tarafından herhangi bir girişimde bulunulmaması halinde işçinin hakları nedir? İşçinin bu durumda kendisini korumaması nedeniyle zarar verenden tazminat

hakkı olduğu kadar, haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme işverenden zararlarını tazmin etme hakkı var diye düşünüyorum. İşçiye yönelen bu davranışlar işverene fesih hakkı verir mi diyorsunuz. Herhalde diğer işçi bunu yaparsa onun sözleşmesini fesih hakkı verir mi? Evet taciz eden işçinin haklı nedenle iş sözleşmesi veya geçerli sebeple feshedilebilir.

Soru (Şahin Çil) :

Rekabet yasağını düzenleyen 445. maddede yer yönünden sınırlama öngörülmüş olsa da sözleşmedeki sınırlama Türkiye geneli olduğunda doğrudan bir geçersizlikten söz edilebilir mi? Örnekte işçi Türkiye sınırlamasına rağmen yasağı aynı il içinde ihlal etmişse örneğin İzmir için ihlal etmişse ne olur?

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Şimdi yasamız artık düzenlemeyi şu hale getiriyor: Temel koşulları varsa, rekabet yasağında ciddi bir menfaat varsa, işçi bilgilendirilmişse, yazılı onayı alınmışsa rekabet yasağını ayakta tut. Hakkaniyete uygun olarak sınırla ama ayakta tut. O zaman Türkiye genelinde rekabet yasağı öngörülmüşse tamamen geçersizlik sonucu doğmayacak. Hâkimin yapması gereken hakkaniyete uygun sınırlar içine çekmek. Örneğin İzmir’de çalışmışsa bu adam sadece İzmir’de rekabet yasağı geçerlidir ya da Ege Bölgesinde en fazla rekabet yasağı geçerlidir. Ve gidip de İzmir’de ihlal etmişse, gerçekten rekabet yasağının amaç bakımından haklı olduğu, hakkaniyete uygun olduğu noktada işçi haksız bir ihlalde bulunmuşsa bunu geçerli kabul edip işçiye yaptırımını uygulamak gerekir diye düşünüyorum. Yasamızın ruhu, yasanın düzenleme tarzı çünkü rekabet yasağının ayakta tutulmasına elverişli. Bir hakkaniyet denetimi ile sınırlama geçersizlikten önce gelir.

Soru (Şahin Çil) :

Devamında iki yılı aşan rekabet yasağı tümünden mi geçersizdir yoksa iki yılı aşan kısım yazılmamış mı sayılır?

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Bu da güzel bir soru, düşünmediğim bir soru. Genel yasanın amacından giderek yorum yapacağım kendimi çok bağlamadan. Yasanın amacı hep rekabet yasağını hakkaniyete uygun sınırlarda ayakta tutmak olduğuna göre sınırlamayı yapıp iki yıl için ayakta tutmak gerekir diye

düşünüyorum. Ama şahsi fikrim iki yılın her işte, her işkolunda çok uzun bir süre olacağı, onu da vurgulayayım.

Soru (Av. Nilüfer Kurtoğlu) :

Borçlar Kanunu m. 400'e göre işçinin çalıştığı dönemde işverenin araçlarına verdiği zarardan kaynaklanan dava hangi mahkemede açılacaktır, görev hukuki niteleme alacak davası mı olacaktır, dava açma süresi ne kadardır?

Doç. Dr. Mustafa Alp :

İş ilişkisinden kaynaklanan davalarda görevli mahkeme İş Mahkemesidir. Alacak bir maddi tazminat, verilen zararın tazmini, giderimi davası şeklinde olacak. Zamanaşımı ücretle ilgili bir sınırlama olmadığına göre on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir diye düşünüyorum genel hukuk ilkelerine göre.

Soru (Eren Evrim) :

Bir satış personelinin fesihden sonra iki yıl boyunca işyerinde tanıştığı müşterilere reklam ve satış yapamaz şeklinde sır düzenlemesi geçerli olur mu? Not: Sorunun amacı şu: Rekabet yasağı ile getirilen düzenlemeler sıkı bir denetim altında ancak yapılan iş sebebiyle tanışılan müşteriler bakımından sır sınırlaması yok gibi görünüyor.

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Şimdi tabii rekabet yasağı, iş sırrı, meslek sırrını kapsıyor. Ticari sır nedir, ne değildir bununla ilgili çok geniş tartışmalar var ama müşteri çevresini de bu sır kapsamında kabul edebilirsiniz, bununla ilgili bir düzenleme getirebilirsiniz. Ama hiçbir şekilde hiçbirisiyle iş yapamayacaktır, bu tabii işçinin çalıştığı konuma, sektöre ve işin özelliklerine göre cevabı farklı olabilecek bir soru. İlke olarak bu sınırlamanın getirilebileceğini düşünüyorum ama somut olayda bunun ciddi sınırlamaları olacaktır.

Soru (Av. Filiz Kunt) :

İşçinin kendi lehine kullanabileceği sırlar nelerdir, sır saklama sözleşmesine ilişkin biraz bilgi verir misiniz?

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Filiz Hanım, bu konuyla ilgili sizinle görüşelim gerekli açıklamaları vermeye razıyım ama şu an tabii çok uzun sürebilir. Kendi lehine kullanabileceği sırlar nelerdir dersiniz özel bir sır saklama sözleşmesi hele de yoksa, rekabet yasağı sözleşmesi yoksa ve buna bağlı sır saklama sözleşmesi yoksa, öğrendiği bilgileri kullanabilir diye düşünüyorum. Paylaşmaması, önemli olan bunu rakiplere vermemesi. Sır saklama konusunda tabi şu boyutu da olabilir. Kişisel bazda sırları da saklaması da beklenebilir. Örneğin ev hizmetinde çalışanın o evdekilerin yaşam tarzı hakkında, sekreterin patronun ilişkileri, ilaçları, alışkanlıkları hakkında da bazı sırları saklamasının işverenin haklı menfaati kapsamında bekleyebiliriz. Sır saklama sözleşmesi geçerliliği asıl olarak rekabet yasağı sözleşmesine göre değerlendirilecek bir konu. İşçinin mesleki geleceğini, çalışmasını imkânsız hale getirmeden işverenin haklı menfaatlerini koruması lazım ki bunu formüle etmek gerçekten çok zor.

Soru (Bektaş Kar) :

4857 sayılı İş Kanunu 34. maddesi uyarınca işçi iş görme edimini yerine getirmeden kaçınma hakkını kullandığında ve genel olarak Yargıtay uygulamasında işçinin çalışmadığı iş görme ediminden kaçındığı günler için ücret isteyemeyeceği kabul edilmiştir. Ancak bu konuda Türk Borçlar Kanunu 408 düzenlemesi ile işveren temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup işçiden bu eylemini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Farklı şekilde, 818'den farklı düzenleme getirdiğinden Türk Borçlar Kanunu döneminde iş görme ediminden doğan ücret işçinin kaçındığı günler için iş görmekten kaçındığı günler için işçi ücret isteyebilir mi? Ödemezlik def'i yeni düzenlemeyle kalkmış mıdır, bu konu kalkmış mıdır?

Doç. Dr. Mustafa Alp :

Bunu daha önce de sormuşlardı bana bir toplantıda, Murat Özveri sormuştu. İş Kanunu 34. maddesi işçinin ücreti ödenmediğinde yani bu nedir, işveren temerrüdüdür, 408. maddede düzenlenen durumdur. O bu durumda iş görmekten kaçınabileceğini öngörüyor. Ücret konusunda iş görmekten kaçındığı dönemde ücrete hak kazanacağına dair hüküm yasalaşma aşamasında, Meclise çıkartıldı. İş sağlığı güvenliği tedbirlerinin

alınmaması nedeniyle iş görmekten kaçındığında o dönem için ücretini talep edebileceği ise bırakıldı. Yargıtay bence burada çok haklı, Yasanın amacına uygun bir yorum yaptı. Dedi ki yasa koyucunun iradesi bu yöndedir o zaman bu iradeye saygı duymamız gerekir. Doğru değildir belki ama ücreti ödenmeyip iş görmekten kaçındığında ücretini alamayacaktır yasa koyucunun özel iradesi bu yönde bir düzenleme getirdiği için. Doğru mudur? Doğru değildir, düzenleme amacından tamamen sapmıştır çünkü bu haliyle. Yargıtay'ın içtihadı doğrudur, yasa doğru değildir. Çünkü iş şu hale geliyor, amaç neydi yola çıkarken, bu yasayı getirirken, işveren ücret ödemediğinde işçi haksız grevde sayılmadığından iş görmekten kaçınabilirsin, ama bir yandan da işveren temerrüdünün sonucuna dayanarak işverenden ücretini talep edebilsin. İş Hukukunun doğasına da yapısına da, Borçlar Kanununun özel düzenlemesine de uygun çözüm buydu. Neye döndü? Tam aksine döndü. İşveren ücret ödemek istemiyorsa işçinin ücretini ödemekten kaçınabiliyor, çalışmayıp iş görmekten kaçırırsa da yine ücret ödeme borcu yok, adeta tek taraflı bir askıya alabilme, ücretsiz izne çıkarma gibi bir yola döndü. Uygulanırlığı olmayan bir hüküm haline geldi, anlamsız bir hüküm haline geldi. Borçlar Kanunu m. 408 gerçekten tam aksi iradeyi öngörüyor. Doğru, işveren temerrüdünde diyor, ki buna işverenin ücret ödemediği, işçinin çalışması için uygun koşulları sağlamadığı her hal ve şart dâhildir. İşveren ücretini ödemiyorsa insan emeği söz konusu, artık önümüzdeki ay işçinin çalışmaya devam etmesini bekleyemezsiniz. İşveren temerrüde düşmüştür burada. İşçi de burada çalışmayıp aslında ücretini alabilmelidir 408. maddeye göre. Ama İş Kanununun yasa koyucusunun burada çok kesin bir aksi yönde iradesi var. Bunu aşar mıyız, aşamaz mıyız tamamen ayrı bir sempozyumda ayrı bir tartışma konusudur bence.

Ben bu noktada kesiyorum, çok teşekkür ediyorum herkese.

Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu :

Gerek tebliği sunan arkadaşlara, gerek soru soran arkadaşlara ve katılanlara teşekkür ediyorum ve oturumu kapatıyorum.

Sunucu Av. Dicle Acar :

Oturum Başkanlığını Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Ömer Hicri Tuna yapacaktır. Ömer Hicri Tuna 1955 yılında Alaşehir'de doğmuştur.

İzmir Eşrefpaşa Lisesi'nin ardından, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1978 yılında mezun olmuştur. İzmir hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Tuna sırasıyla Susuz, Halfeti ve Banaz C. Savcılığı, Kuyucak hâkimliği, Adıyaman Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Denizli ve İzmir hâkimliği görevlerinde bulunmuştur. 2008 yılında Yargıtay üyeliğine seçilen Ömer Hicri Tuna, halen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyesi olarak görevini sürdürmektedir. İngilizce bilen Tuna evli ve iki çocuk babasıdır.

İkinci oturumumuzun **"İş Davalarında Usul Uygulamalarının İctihatlar Bağlamında Değerlendirilmesi"** konulu ilk sunumu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tetkik hâkimi Sayın Bektaş Kar yapacaktır. Bektaş Kar 1965 yılında Ceyhan'da doğmuştur. Ceyhan Lisesi'nin ardından Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1985 yılında mezun olmuştur. Ceyhan hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Kar, sırasıyla Kargı, Silvan, Bigadiç ve Bulancak hâkimliği görevlerinde bulunmuştur. Halen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tetkik hâkimliği görevini sürdüren Bektaş Kar'ın İş Hukuku alanında yayınlanmış birçok kitabı ve makalesi bulunmaktadır. Almanca bilen Kar evli ve bir çocuk babasıdır.

Sempozyumumuzun son oturumunun **"İşçilik Alacaklarına İlişkin Yargıtay İlke Kararları"** konulu son sunumunu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tetkik hâkimi Sayın Şahin Çil yapacaktır. Şahin Çil 1967 yılında Balıkesir Gönen'de doğmuştur. Gönen Ömer Seyfettin Lisesi'nin ardından İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1989 yılında mezun olmuştur. İstanbul ve Bandırma hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Çil, Ordu İkizce, Karabük Ovacık ve Sivrihisar hâkimliği görevlerinde bulunmuştur. Halen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tetkik hâkimliği görevini sürdüren Şahin Çil'in İş Hukuku alanında yayınlanan pek çok kitabı, makalesi, tebliğ ve armağan yazıları bulunmaktadır. İngilizce bilen Çil evli ve iki çocuk babasıdır.

Bu noktada iki tane hatırlatmamız olacak. Soru sormak isteyen misafirlerimizin arkadaşlarımız tarafından dağıtılan soru kâğıtlarını yine arkadaşlarımıza teslim etmesini rica ediyoruz. Ayrıca yine oturum başkanımız tarafından hatırlatılacak ama oturum arasında bir kahve ve ikram molamız olacak zemin katta, bunu da hatırlatmak istiyoruz. Oturum başkanımızı ve konuşmacılarımızı sunularını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum

Ömer Hicri Tuna :

Değerli konuklar herkese saygı ve sevgilerimi sunuyorum. Benim şansım sanırım bu üst üste birkaç kez oldu, oturumların genellikle ikinci gün ve öğleden sonrakilerine katılmak gibi bir durum. Malumu âliniz öğlen yemeği zaten günün yorgunluğu artı sıcak, dinleyici olarak katılan misafirlerimiz haklı olarak biraz sıkıntıya giriyorlar. Ancak bir şansım var, o şanssızlığımın yanında. Bugün bana eşlik ederek sunumlarını yapacak meslektaşlarımız beraber çalışmaktan çok büyük keyif duyduğum iki genç meslektaşım. Onlar bu sıkıntıyı çok rahatlıkla aşıp, gerekli ilgiyi toplayacaklar. Bu konuda en ufak bir tereddüdüm yok. Az önce anonsta da söylendi. İlk oturumdan sonra bir, daha doğrusu Bektaş Bey'in sunumundan sonra bir on-on beş dakika çay kahve arası vereceğiz. Kısa aradan sonra Şahin Bey sunumunu yapacak ve soruları alacağız. Dün Sayın Osman Başkanım ve diğer oturum başkanları söylediler aslında, ben de hatırlatmakta fayda görüyorum. Genel prensibimiz olduğu üzere görülmekte olan davalarla ilgili yorum, soru yöneltilmemesi özellikle dikkat edilmesi gereken bir husus. Bu konuya özen gösterilmesini istiyorum. Bize bu imkânı tanıyan İzmir Barosu'na ve özellikle İş Hukuku Komitesinde çalışan arkadaşlarıma da teşekkür borcumuz var. Bu güzel kentimi bu vesileyle bir kez daha görmek benim için büyük bir keyifti. Şimdi sunumunu yapmak üzere sözü Sayın Bektaş Kar'a bırakıyorum, buyurun efendim

Bektaş Kar :

Sayın Başkan çok teşekkür ederim. Ayrıca biz de sizinle gurur duyuyoruz, sadece sizinle değil, eski Onursal Başkanımız Osman Güven Çankaya, Onursal Üyemiz Sayın Tuncer Özmen ve 21. Hukuk Dairesi Onursal Başkanımız Necdet Bey'le ve şu anki Hukuk Genel Kurulu Başkanımızla ve şu andaki Başkanımız Sayın Ümrân Sayış'la da gurur duyuyoruz, çünkü kendimi bir an için müzakerede zannettim. Dosya sunumu çünkü heyet oluştu tahminime göre. Çünkü evet biz İş Hukukunda tabii ki bu aşamaya gelmişsek tabii ki onların da emekleri üzerimizde olduğunun farkındayız. Özellikle Sayın Osman Güven Çankaya'ya gerçekten saygılarımı sunuyorum, çok teşekkür ediyorum, çok emeği var bizde belki İş Hukukunu sevmemizde en büyük etkisi olanlardan biridir. Tabii bu arada sayın hocalarımıza da, akademisyenlerimize de çok teşekkür ederiz, biz onlardan da faydalandık.

Ayrıca İzmir Barosu'na ve İş Hukuku Komisyonu'na böyle bir seminer hazırladıkları için de teşekkür ediyorum, hepinize saygılar sunuyorum. Umarım faydalı ve yararlı bir seminer olur, sizlere genel prensiplerden çok özellikle son günlerde güncel olan Hukuk Genel Kurulu kararlarından bahsederek bu konuda bilgi sunacağım, şimdiden teşekkür ediyorum.

İş yargılaması deyince aklımıza 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu geliyor. Toplam sekiz madde dışında uygulama alanı olmayan, dolayısıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yön verdiği bir iş yargısıyla karşı karşıya kaldığımızı belirtmeliyim. Tabii 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile özellikle iş yargılamasında daha önce sözlü ve seri yargılama usulü söz konusu iken, bundan sonra iş yargılamalarında basit yargılama usulüne göre yargılamaya yapılacağı hüküm altına almıştır.

I. GÖREV VE YETKİ:

A. Görev:

İş Mahkemesinin görevli olup olmadığını;

* Öncelikle aradaki hukuki ilişki belirler. İş Mahkemesinin görevli olması için iş sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluk gerekir. Bu nedenle iş görme edimleri içeren aynı türden hukuki ilişkilerin varlığı, görev tartışmasını da birlikte getirecektir. 5521 sayılı Kanun uyarınca bir uyumsuzluğun İş Mahkemesinde görülebilmesi için işçi, sayılan kişilerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyumsuzluğun bulunması gerekir.

* Taraflar arasında iş ilişkisi bulunsun bile işverenin (esnaf gibi), işçinin (sporcu gibi) veya işin (ev hizmeti - tarım işi) niteliğinden kaynaklanan durum ve vakialarda görevli olup olmama konusunda etkilidir. 4857 sayılı İş Kanununun 4. maddesinde kapsama girmeyen işveren, işler veya işçiler sayılmıştır.

* Bazen maddi hukuka ilişkin düzenlemeler içeren kanunlar da doğrudan iş mahkemesinin görevli olduğunu belirtmektedir. (6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş İlişkileri Kanununun 79, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 101. maddeleri gibi.)

4857 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinde yapılmış olan atıf sonucu, İş Mahkemesinin görev kapsamını belirleyen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi gereğince, 4857 sayılı Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrası ile 4. maddesinde belirtilen ayırık durumlar dışında kalan bütün işyerlerinde, işverenler ile işveren vekillerine ve çalışma şekline bakılmaksızın işçilere 4857 sayılı Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir.

854 sayılı Deniz İş Kanunu (madde 46) ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetleri Tanzim Eden Kanun (Ek madde 4) doğrudan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununa atıfta bulundukları için, bu kanun kapsamındaki uyuşmazlıklarda İş Mahkemesi görevli olacaktır.

4857 sayılı Kanunun 2. maddesinde bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak tanımlanmıştır.

4857 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme ve bağımlılık, iş sözleşmesinin belirleyici öğeleridir. İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır.

1. İş-vekâlet-eser sözleşmesi ayrımı:

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmelerinden **ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisi**dir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağılılığı vardır. İş sözleşmesini belirleyen **kriter, hukuki - kişisel bağımlılıktır**. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işveren karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda **işverene ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ**

vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işveren bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; **işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır.**

- * İşin işverene ait işyerinde görülmesi,
- * Malzemenin işveren tarafından sağlanması,
- * İş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması,
- * İşin iş sahibi veya bir yardımcısı 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.

Yukarda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. 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.

Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğu kanıt oluşturabilir.

Dikkate alınabilecek diğer bir ölçütte münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp

çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yaralanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.

Diğer tarafta eser sözleşmesinde işi yapmayı üstlenen, eser meydana getirmekten ibaret bir iş görme edimini borçlanmaktadır. Eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla beraber burada önemli olan çalışmanın kendisinden ziyade bu çalışma neticesi ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenen sonuçtur. İş yapmayı üstlenen, iş sahibi ile akdi ilişkiye girerken bir sonuç (eser) meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. Bu anlamda eser, bir iş görme faaliyetinin maddi veya maddi olmayan sonucudur. Kuşkusuz bağımsız bir varlığı değiştirmeye, işlemeye veya biçimlendirmeye yönelik edimler de eser kavramına dâhil sayılır ve istisna sözleşmesinin konusunu oluştururlar. Eser sözleşmesinde ücret belli bir süre çalışıldığı için değil, netice için ödenmektedir. İş yapmayı üstlenenin, kararlaştırılan zamandan önce taahhüdünü yerine getirmesi, ücret üzerinde herhangi bir etki meydana getirmeyecektir²³.

Özellikle bir hizmetin tamamlanması için işi üstlenen ile bu işin belirli bir bölümünü tamamlaması için üçüncü kişiye devredenler arasında imzalanan sözleşmenin eser veya iş sözleşmesi olup olmadığı tartışma konusudur. Bu tür bir ilişkide tarafların meslekleri ve nitelikleri, işin niteliği, tarafların anlaşma şartları dikkate alınarak yorum yapılmalı ve iradeleri ortaya konmalıdır. Tarafların gerçek iradelerinin tespitinde sözleşme hükümleri dikkate alınmalıdır.

a) Kişi-organ unsuru:

Tüzel kişilerde yönetim hakkı ile emir ve talimat verme yetkisi organlarını oluşturan kişiler aracılığıyla kullanılır. Tüzel kişiler yönünden tüzel kişinin kendisi soyut işveren, tüzel kişinin organını oluşturan kişiler ise somut işveren sıfatına haizdir.

Ticaret şirketleriyle tüzel kişilerde somut işveren sıfatını taşıyan organ bir kurul olabileceği gibi tek başına bir kişiye verilen yetki çerçevesinde gerçek kişinin de organ sıfatını kazanması mümkündür.

Limited, hisseli komandit ve kolektif şirketlerde yönetim yetkisi şirket ortaklarından birine bırakıldığında, bu kişi müdür sıfatıyla kişi-organ

²³

Y. 9. HD. 18.06.2012 gün ve 2012/16821 Esas, 2012/23104 Karar.

sayılır. Türk Ticaret Kanununun 319. maddesine göre, anonim şirketler yönünden yönetim ve temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerine bırakılması halinde, bu kişi veya kişiler kişi-organ sıfatını kazanır. Şirketi temsil ve yönetime yetkili kişi-organ sıfatını taşıyan kişiler işveren konumunda bulunduklarından işçi sayılmazlar.

İş Kanununa tabi genel müdür olarak çalışanların aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmaları halinde kişi-organ statüsünü taşıyıp taşımadıklarının araştırılması gerekir. Genel müdürün organ sıfatını kazanmaksızın yönetim kurulu üyesi olması halinde, “genel müdürlük görevi” sebebiyle iş ilişkisinin devam ettiği sonucuna varılmalıdır. Buna karşın şirketi temsil ve ilzama yetkili kişi-organ sıfatı kazanılmışsa, işçi ve işveren sıfatı aynı kişide birleşemeyeceğinden iş ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir.

b) Ticari temsilcilerin durumu:

Limited şirketin icra işlerini yapmak ve ortaklığı temsil etmek için ortaklığa müdür veya müdürler atanabilir. Müdür veya müdürler limited ortaklığın ortaklarından seçilebileceği gibi, ortak olmayan kişilerden de seçilebilir (TTK m. 540, 541). Limited ortaklık sözleşmesinde ortaklığın idare ve temsili ayrıntılı biçimde gösterilebilir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla ortaklık işlerini idare ve temsile yetkilidir. Ancak limited şirket ortağı olmayan, ancak müdür olarak atanan kişi 818 sayılı Borçlar Kanununun 449 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 547/1. maddesi kapsamında ticari temsilcidir. Ticari temsilci, Kanunda işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir (TBK md. 547/I)” olarak tanımlamıştır. Ticari temsilci ve tacir vekilin temsil yetkilerinin sona ermesine ilişkin EBK m. 456, TBK m. 554 hükümlerinde, taraflar arasında hizmet, ortaklık veya vekâlet sözleşmelerinin olabileceği, ancak bunun sınırlı olmadığı, taraflar arasında başkaca hukuki ilişkilerin de bulunabileceği öngörülmektedir²⁴.

²⁴

“Dosya içeriğine göre davacının iki ortaklı davalı limited şirkette ortaklardan biriyle birlikte davalı şirketi temsilen müdür olarak atandığı ve bu görevde olduğu tartışmasızdır. Davacı bu konumu nedeni ile 818 sayılı Borçlar Kanunu, 6098 sayılı TBK’nın belirtilen hükümleri uyarınca ticari temsilcidir. Ticari temsilci yine yukarıda belirtilen hükümlere göre hizmet, ortaklık veya vekâlet sözleşmeleri kapsamında çalıştırılabilir. Bu

c) Statü hukuku kapsamında çalışanlar:

* **Uzman ve Usta Öğreticiler:** 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 89. maddesine göre, "*Her derecedeki eğitim ve öğretim kurumları ile Üniversite ve Akademi (Askeri Akademiler dâhil), okul, kurs veya yaygın eğitim yapan kurumlarda ve benzeri kuruluşlarda öğretmen veya öğretim üyesi bulunmaması halinde öğretmenlere, öğretim üyelerine veya diğer memurlara veyahut açıktan atanacaklara ücret ile ek ders görevi verilebilir. Ücretle okutulacak ders saatlerinin sayısı, ders görevi alacakların nitelikleri ve diğer hususlar ilgili Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararı ile tespit olunur.* Bu maddeye istinaden çıkarılan, Milli Eğitim Bakanlığı kurumlarında sözleşmeli veya ek ders görevi ile görevlendirilecek uzman ve usta öğreticiler hakkında yönetmeliğin 5/2. maddesi uyarınca da, *Uzman ve Usta Öğreticilerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 89. maddesi uyarınca 02.12.1998 tarihli ve 98/12120 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen ve Yöneticilerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Esaslarda belirtilen miktarda ek ders görevi verilebileceği* belirtilmiştir. Buna göre uzman ve usta öğreticiler ile kurumları arasında iş ilişkisi bulunmadığından, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamazlar. İş mahkemesinde bu nedenle dava açmazlar. Statü hukukuna tabi olduklarından idari yargıda dava açılması gerekir.²⁵

* **Kapsam dışı personel:**

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 22.01.1996 tarih, 1995/1 Esas, 1996/1 Karar sayılı ilke kararı uyarınca, özelleştirme kapsamında bulunan Kamu ve iktisadi teşebbüslerinde kapsam dışı statüde çalışan personelin kurumları ile olan ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların çözüm yeri, idari yargı yeridir.

nedenle salt ticari temsilcisi olması, aradaki iş ilişkisini anılan hükümler uyarınca ortadan kaldırmaz. Davacı şirket müdürü ile davalı arasında iş sözleşmesi olduğu tarafların kabulündedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın iş ilişkisi olması nedeni ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi uyarınca uyuşmazlığı iş mahkemesinde çözülmesi gerekir. Mahkemece hatalı değerlendirme ile görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır. Y. 9. HD. 25.02.2013 gün ve 2012/3444 Esas, 2012/6686 Karar.

²⁵

9. HD. 26.05.2008 gün ve 2007/37469 Esas, 2008/12495 Karar.

*** İdari Sözleşmeli Personel:**

657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesine göre sözleşmeli memur "Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığı'nın görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri" olarak tanımlanmıştır. 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 5/c maddesinde, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözmekle idari mahkemelerin görevli olduğu hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, sözleşmeli personel ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında ve doktrinde, idari sözleşmelerin; kamu tüzel kişileri tarafından, kamu hizmetinin yürütülmesi amacı ile tek yanlı olarak düzenlenen, yazılı, tip sözleşmeler olduğu belirtilmekte, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın istikrar bulmuş içtihatlarında da, idari sözleşmelerle ilgili hususlardan doğan anlaşmazlıkların idari yargı yerinde çözümleneceği vurgulanmaktadır. Sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshi ile ilgili uyuşmazlığının çözüm yeri idari yargıdır²⁶.

5393 sayılı Belediye Kanununun 49/3. maddesi kapsamında çalışanlarla yapılan sözleşmelerin iş sözleşmesi olmadığı, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesi uyarınca bu şekilde çalıştırılan kişilerin sözleşmeli personel olacağı ve işçi sayılmayacakları ve çalıştıkları kurumla arasında çıkan uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olacağı açıktır²⁷.

*** Kapsam dışı ve kamu kurumlarında sözleşmeli olarak nakle tabii iş sözleşmesi ile çalışanların, nakilde ücretlerin**

²⁶ 9. HD. 17.11.2008 gün ve 2007/29821 Esas, 2008/31045 Karar.

²⁷ 9. HD. 05.07.2010 gün ve 2010/21286 E, 2010/21920 K.

belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğu kabul edilmiştir²⁸.

* Nakle tabii personelin, nakil maaş ilmhühaberinin gerçek ücret üzerinden hesaplanması veya hizmet akdi ile çalıştığı dönemde sözleşmeli personele verilen ek denge tazminatından yararlanması için açtığı davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiği HGK tarafından kabul edilmiştir²⁹.

²⁸ "Özelleştirmeden önce statü hukuku hükümlerine tabi davacı niteliğindeki personel, özelleştirme sonrası belirli bir süreliğine davalı ile özel hukuk hükümlerine tabi olarak iş sözleşmesi kapsamında çalıştırılmakta, nakledildiğinde tekrar statü hukuku kapsamına girmektedir. Davacının iş sözleşmesi ile çalıştığı dönemde, davalı şirkete davacının ücreti konusunda "artış oranının, kamudaki memur maaş artış oranında" olacağı yönünde yükümlülük getirildiği gibi 406 sayılı Yasa hükümleri uyarınca davalı şirkete, hak sahibi personeli Devlet Personel Başkanlığına bildirmesi, bildirim ile beraber personelin nakledileceği kamu kurumunda yararlanacağı parasal haklara esas olmak üzere memur maaş nakil ilmhühaberi düzenlenmesi, personelin ilişkisinin kesilmesi gibi işlemler yaptırıldığı görülmektedir. Bu işlemler idare hukuku alanında hukuki sonuçlar doğurduğu ve ilgili personelin nakledilecekleri kurumdaki statülerini, özlük ve parasal haklarını belirlediği, söz konusu işlemlerin kamu personeli hakkında ve idare hukuku alanında tesis edilmiş birer idari işlem niteliğinde oldukları açıktır. İdari işlemlerle ilgili uyuşmazlığın ise adli yargı yerinde değil, idari yargı yerinde çözülmesi gerekir. Hukuk Genel Kurulu, 2012/9-1518 Esas sayılı kararı ile Dairemizin görüşünü benimsemiştir". (Y. HD. 21.01.2013 gün ve 2013/2547 E, 2013/2288 K).

²⁹ Y. HGK. 26.12.2012 gün ve 2012/9-1528 Esas, 2012/1398 Karar. Gerekçe: "imtiyaz sözleşmesi ile bir kamu hizmetini yürütmekle görevli ve yetkili kılınması nedeniyle, diğer özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak kimi kamusal ayrıcalıklara ve yükümlülöklere tabi olan, 406 sayılı Yasa hükümleri ile kamu kurumlarına nakil hakkı bulunan diğer bir ifade ile kapsam dışı nakle tabi personeli ile ilgili olarak bazı kamusal görevler yüklenen davalı şirketin, belirtilen görevleri kapsamında tesis ettiği işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu ve bu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargının görevinde bulunduğu kabul edilmelidir. Somut uyuşmazlıkta özelleştirmeden önce statü hukuku hükümlerine tabi davacı niteliğindeki personel, özelleştirme sonrası belirli bir süreliğine davalı ile özel hukuk hükümlerine tabi olarak iş sözleşmesi kapsamında çalıştırılmakta, nakledildiğinde tekrar statü hukuku kapsamına girmektedir. Davacının iş sözleşmesi ile çalıştığı dönemde, davalı şirkete davacının ücreti konusunda "artış oranının, kamudaki memur maaş artış oranında" olacağı yönünde yükümlülük getirildiği gibi 406 sayılı Yasa hükümleri uyarınca davalı şirkete, hak sahibi personeli Devlet Personel Başkanlığına bildirmesi; bildirim ile beraber personelin nakledileceği kamu kurumunda yararlanacağı parasal haklara esas olmak üzere memur maaş nakil ilmhühaberi düzenlenmesi; personelin ilişkisinin kesilmesi gibi işlemler yaptırıldığı görülmektedir. Bu işlemlerin idare hukuku alanında hukuki sonuçlar doğurduğu ve ilgili personelin nakledilecekleri kurumdaki statülerini, özlük ve parasal haklarını belirlediği, söz konusu işlemlerin kamu personeli hakkında ve idare hukuku alanında tesis edilmiş birer idari işlem niteliğinde oldukları açık olup, idari işlemlerle ilgili uyuşmazlığın ise adli yargı yerinde

* Keza işçinin işvereni kamu işvereni olduğu takdirde, tasarruf teşvik kesintisi ve nema alacağı ilgili isteminde, uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir³⁰.

2. İş Kanunu kapsamı:

a) Deniz ve hava taşıma işi;

4857 sayılı İş Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca "*deniz ve hava taşıma işlerinde çalışanlar*" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Deniz taşıma işlerinde çalışanlar 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabidir. Ancak hava taşıma işlerinde çalışanlar için özel

değil, idari yargı yerinde çözümlenmesi ve 5473 sayılı Kanundan kaynaklanan ek ödeme alacağının tahsili istemiyle, anılan İdareye karşı açılan davalarda, idari yargı yerinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

30

3417 sayılı Yasa ile çalışanların aylık ve ücretlerinden tasarruf kesintisi yapılması; tasarruflara Devlet veya ilgili işverenlerin katkıda bulunması; bağımsız çalışanların gelirlerinin bir kısmının tasarrufa ayrılmasının sağlanmasına ilişkin hususların düzenlendiği; tahsil olunan paraların, T.C. Ziraat Bankası Ankara Merkez Şubesinde Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı (20.12.1994 tarih ve 4059 sayılı Yasaya göre Hazine Müsteşarlığı) adına açılacak "Çalışanların Tasarrufların Teşvik Hesabı"nda toplanacağı, bu hesabın izlenmesinden T.C. Ziraat Bankası'nın, bu hesaptaki paraların nemalandırılmasından ise Hazine Müsteşarlığı'nın sorumlu tutulacağı öngörüldüğü ve 3417 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran ve çalışanların tasarruflarını teşvik hesabında biriken paraların tasfiyesi ve bu hesaptan hak sahiplerine yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları belirleyen 4853 sayılı Yasa ile de yapılacak ödemeler konusunda Hazine Müsteşarlığı'na görev ve sorumluluk verildiği anlaşılmaktadır. Özellikle 4853 sayılı Yasaya 29.12.2006 tarih ve 5568 sayılı Yasa ile eklenen Ek 1. madde hükmü karşısında ve anılan yasal düzenlemeler gereğince, kesintilerin çalışanların iradeleri dışında ve idarenin kamu gücü kullanılarak yapıldığı, bu tasarruflarının kamusal usul ve esaslarla değerlendirilmesi suretiyle bir kamu hizmetinin düzenlendiği dolayısıyla konunun kamu hukuku alanına ilişkin olduğu açıktır. Yukarıdaki açıklamaların ışığında, 3417 sayılı Yasanın, yükümlü tuttuğu kamu kurum ve kuruluşlarınca 4. maddedeki yükümlülüğün zamanında veya hiç yerine getirilmemesi halinde; taraflar arasındaki uyuşmazlığın idari bir işlemten kaynaklanması ve konunun kamu hukuku alanına ilişkin olduğu gözetildiğinde; kamu çalışanları tarafından tasarruf kesintisi, işveren katkısı ve nema alacağının tahsili istemiyle açılan davalarda, idari yargı yerinin görevli olduğu kabul edilmelidir". Y. HGK. 16.01.2013 gün ve 2012/11-1737 E, 2013/49 K.

bir düzenleme yapılmadığından Borçlar Kanunu genel hükümleri uygulanmaktadır.

854 sayılı Deniz İş Kanununun 1 inci maddesine göre *"Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonalitonluk gemilerde bir hizmet akdi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır"* denilerek, adı geçen Kanunun kapsamı belirlenmiştir. Gemiler aracılığı ile yapılan deniz taşıma işleri ayrı bir yasaya tabi olduğundan, 4857 sayılı Yasanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Gemi yabancı ülke bayrağı taşıyor veya gemi Türk bayraklı olsa dahi yüz grostonalitonluk değilse bu gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu uygulanamaz. Taşıma işinde çalışan bu gemideki işçiler de 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında kaldığından, haklarında Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

Deniz İş Kanununun 46 ncı maddesi uyarınca, *"Bu kanun kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet akdinden doğan davalar hakkında, 5521 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Hizmet akdinde ayrıca bir hüküm yoksa dava geminin bağlama limanında iş davalarını bakmaya yetkili mahkemede görülür"*. Ancak, hava taşıma faaliyeti yapılan işyerinde sendika örgütlenmesi sonucu Toplu İş Sözleşmesi bağlanmış ise, üye sendika üyesi işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 66. maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir.

Zirai uçaklar ile Türk Hava Kurumu uçakları pilotları *"hava taşıma işleri"* kapsamında bir iş yapmadıklarından 4857 sayılı Yasa hükümlerine tabidirler.

4857 sayılı Yasanın 4. maddesinde deniz ve taşıma işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların kanun kapsamına girmeyeceği açıklandıktan sonra ayrık durumlara yer verilmiştir.

Buna göre;

■ Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işlerinde,

■ Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işlerinde,

■ Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işlerde, çalışanların 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında oldukları belirtilmiştir.

Sonuç olarak gerek taşıma gerekse yer hizmeti olsun, yukarda açıklanan ilkelere göre deniz ve hava işlerinde, 4857 sayılı İş Kanunu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanununun uygulandığı uyuşmazlıklarda iş mahkemesi, diğer durumlarda ise genel mahkemeler görevlidir.

b) Çıraklar:

3308 sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanununun 3/C maddesine göre çırak, *"çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi ve beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişi"* olarak tanımlanmıştır. Adı geçen Kanunun 9 uncu maddesi uyarınca, ilköğretim okulunu bitirmiş ve 14-19 yaş arasında olanlar, bir mesleğe hazırlık amacı ile çıraklık dönemine kadar işyerlerinde aday çırak olarak eğitilebilirler. Ancak, 10 uncu maddeye göre 19 yaşından gün almış olanlardan daha önce çıraklık eğitiminden geçmemiş bulunanlar, yaşlarına ve eğitim seviyelerine uygun olarak düzenlenecek meslekî eğitim programlarına göre çıraklık eğitimine alınabilir. Aday çırak veya çıraklar, mesleğin özelliklerine göre haftada sekiz saatten az olmamak üzere genel ve meslekî eğitim görürler. Bu eğitime katılmaları için aday çırak ve çırak öğrencilere ücretli izin verilir. Mevsime göre özellik arz eden mesleklerde teorik ve pratik eğitim belirli aylarda bloklaştırılmış olarak yapılabilir. Yasanın 18 inci maddesine göre, 20 ve daha fazla personel çalıştıran işletmeler, çalıştırdıkları personel sayısının yüzde beşinden az, yüzde onundan fazla olmamak üzere meslekî ve teknik eğitim okul ve kurumu öğrencilerine beceri eğitimi yaptırır. Vardiya usulü veya mevsimlik olarak faaliyet gösteren işletmelerde eğitim göreceğ öğrenci sayısının tespitinde, gündüz vardiyasında veya faaliyet gösterdiği mevsimde çalışan personel sayısı esas alınır. 20 nci maddeye göre işletmelerde beceri eğitimi gören öğrencilerin teorik eğitimi, meslekî ve teknik eğitim okul ve kurumlarında veya işletmelerin eğitim birimlerinde yapılır. Çalışma saatleri içinde yapılacak teorik eğitim haftada on iki saatten az olamaz. Bu eğitim

yoğunlaştırılmak suretiyle de yapılabilir. Teorik eğitim günlerinde öğrenciler ücretli izinli sayılırlar³¹.

On sekiz yaşını bitirmemiş çıraklar 1475 sayılı Yasa kapsamı dışında sayılmışken, 4857 sayılı Yasada böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla 4857 sayılı Kanun döneminde kişi 18 yaşını bitirse dahi, mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını almaya devam ediyor ve gelişmesini sürdürüyor ise çıraklık konumu değişmeyecektir. Çırak ile işveren arasındaki uyumsuzluğun iş mahkemesinde değil, görevli hukuk mahkemesine çözümlenmesi gerekir. İşveren ile çırak arasında iş ilişkisi var ise de yapılan işin gereği çırak İş Kanunu hükümlerinden yararlanamamaktadır.

c) Esnaf:

4857 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde bu kanun hükümleri uygulanmaz.

507 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde *"İster gezici olsun ister bir dükkân veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar, ticarî sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer ve gelenek ve teamülüne nazaran tacir niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret ve sanayi odasına kayıtları gerekmeyen, aynı niteliğe (sermaye unsuru olsun olmasın) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin 1 inci maddede belirtilen amaçlarla kuracakları dernekler bu kanun hükümlerine tabidir"* denilmektedir.

507 sayılı Kanun, 21.06.2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununun 76 ncı maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve maddenin ikinci cümlesi ile diğer yasaların 507 sayılı Yasaya yaptıkları atıfların 5362 sayılı Yasaya yapılmış sayılacağı açıklanmıştır. Bu durumda 4857 sayılı Yasanın

³¹

Y. 9. HD. 27.10.2008 gün, 2008/ 37900 E, 2008/ .28557 K.

4 üncü maddesinde 507 sayılı Yasaya yapılan atıf, 5362 sayılı Yasaya yapılmış sayılmalıdır. Bahsi geçen yeni yasal düzenlemede esnaf ve sanatkâr tanımı değiştirilmiştir. Yeni yasanın 3 üncü maddesine göre esnaf ve sanatkâr, ister gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu'nca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler olarak belirtilmiştir. 507 sayılı Yasada yazılı olan *"geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin"* sözcüklerine yeni yasada yer verilmemiştir. Yeni yasanın değinilen hükmü karşısında, 21.06.2005 tarihinden sonraki dönem açısından İş Kanununun kapsamı belirlenirken, *"geçimini münhasıran bu işten sağlama"* ölçütü dikkate alınmamalıdır.

5362 sayılı Yasadaki düzenleme ile esnaf ve tacir ayrımında başka ölçütlere yer verilmiş olup, kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. 507 sayılı Yasa döneminde esnaf sayılan kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni ölçütler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır³².

5362 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkâr faaliyeti kapsamında kalan işyerinde üç kişinin çalışması halinde, 4857 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinin (ı) bendi uyarınca, bu işyeri İş Kanununun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede üç işçi yerine *"üç kişi"*den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile

32

Yargıtay 9. HD. 28.4.2008 gün 2008/ 3568 E, 2008/ 10904 K.

çalışmakta olan esnaf dâhil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri 4857 sayılı Yasaya tabi olacaktır.

d) Ev hizmeti:

4857 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, "*ev hizmetlerinde çalışanlar*" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Ev hizmetlerinde aşçı, uşak, temizlikçi gibi işlerde çalışan işçi ile ev sahibi işveren arasındaki uyuşmazlığın iş mahkemesi yerine genel mahkemelerde çözülmesi gerekir. İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan bu hizmetleri gören kimselerle bunları çalıştıranlar arasındaki hukukî ilişkilerde Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin hükümleri uygulanır. Çalışmayan aile bireylerini evden alarak alışverişe, şehir içinde gezmeye götüren, boş zamanında ev ve eklentilerinde zamanını geçiren şoföründe ev hizmeti yaptığı ve iş kanunu kapsamında olmadığı kabul edilmelidir³³.

Buna karşın evde hastaya bakan hemşire ve çocuk eğitici İş Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir.

e) Sporcular:

4857 sayılı İş Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi uyarınca, "*sporcular*" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz.

Sporcular, kulüplerinin (işverenlerinin) gösterdiği yerlerde tespit edilmiş çalışma saatlerine tâbi olarak ve işverenin emir ve gözetimi altında antrenman ve müsabakalar yaptıkları ve karşılığında önceden kararlaştırılmış bir ücret aldıklarına göre, kulüpleri ile bağları iş sözleşmesine dayanmaktadır. Faaliyetin sporla ilgili oluşu sporcu ile kulüp arasındaki bağın iş ilişkisi sayılmasına engel oluşturmaz.

Federasyon ile kulüp, federasyon ile hakem, sporcu, teknik direktör, antrenör, idareci ve benzeri spor elemanları ile kulüpler arasında çıkan uyuşmazlıklar için federasyonun kendi özel yasalarında veya hukuk talimatlarında özel kurullar ve tahkim şartı benimsenmiştir. Bu nedenle sporcu, antrenör gibi kimselerin işverenleri olan kulüplerle ilgili

33

Yargıtay 9. HD. 09.10.2008 gün ve 2007/27814 Esas, 2008/25988 K.

uyuşmazlıklarda öncelikle bağılı olduğu federasyonun kurullarına başvurması gerekmektedir.

Spor, kişisel veya toplu oyunlar biçimde yapılan genellikle yarışmaya yol açan bir takım kurallara göre uygulanan beden hareketlerinin tümü olarak tanımlanabilir. Buna göre sporcu, sporla uğraşan, aktif olarak içinde yer alan, yarışan, maç yapan kişidir.

Antrenör, sahip olduğu bilgiyi bilim ışığında sporcunun başarısı için kullanan, bu bilgileri spor becerileri ve stratejisi ile birleştiren kişidir.

Teknik direktör ise eğitim sonucu aldığı teknik bilgileri sporcunun ve doğal olarak çalıştırdığı takımın başarısı için ortaya koyan, bu bilgileri strateji ve eğitici kimliğini kullanarak spor becerileriyle birleştiren ve bunları antrenör ve yardımcıları aracılığı ile uygulatan, eğiten, bu anlamda direktif veren kişidir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 23.05.1960 gün, 11-10 sayılı ve 10.05.1974 gün, 3-44 sayılı kararları uyarınca, özellikle iş hukukunda istisnâ hükmün genişletilerek değil, dar yorumlanması gerekir. İşçiler yararına düzenlenen hükümlerin, işçiler yararına yorumlanması asıldır.

Yukarıdaki tanımlar ve içtihadı birleştirme kararları ışığında, sporla doğrudan uğraşan sporcunun İş Kanunu kapsamında kalmadığı açıktır. Ancak doğrudan aktif spor yapmayan, sporcuyu aktif spor yapması için hazırlayan antrenör ile aktif görevi daha çok direktif vermek olan ve takımı başarıya ulaştırma görevi de bulunan teknik direktörün sporcu sayılmaması ve İş Kanunu kapsamında bir işçi olarak kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle antrenör veya teknik direktör ile kulüpleri işveren arasındaki iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarının İş Mahkemesinde görülmesi gerekir.

İş güvencesine yönelik hükümler dışında, İş Kanununda işçilik alacakları ile ilgili olarak tahkim yoluna gidilmesine yönelik bir düzenleme olmadığından, antrenör veya teknik direktör ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için, bu kişilerin bağılı bulundukları federasyonun yönetmelik veya genelgelerinde özel hukuk veya tahkim kurulunun öngörülmesi iş mahkemesinin görevini ortadan kaldırmaz.

Gerek özel hakem, gerekse genel mahkemelerde görülen sporcu ile kulübü arasındaki alacaklara ilişkin uyuşmazlıklarda, 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Ancak antrenör, teknik direktör, idareci, masör ve benzeri elemanlar ile kulüpleri arasında çıkan uyuşmazlıklarda, özel yasal düzenlemeler dışında İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

f) Tarım işinde çalışanlar:

İş Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca, 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz. İşçi tarım ve orman işlerinin yapıldığı bir işyerinde çalışıyor ise, bu işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın İş Mahkemesi yerine görevli Hukuk Mahkemesinde çözülmesi gerekir³⁴.

Ancak, tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerinde 50 dahil daha az işçi bulunmasına rağmen, işyerinde sendika örgütlenmesi sonucu Toplu İş Sözleşmesi bağlatılmış ise, üye sendika üyesi işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 66 ncı maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir.

Bunun dışında 4857 sayılı İş Kanununun 4 üncü maddesinde tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların kanun kapsamına girmeyeceği açıklandıktan sonra aynı madde de ayırık durumlara yer verilmiştir.

Buna göre;

1. Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işlerde,
 2. Tarım işlerinde yapılan yapı işlerinde,
 3. Halkın faydalanmasına açık park ve bahçelerde,
 4. Bir işyerinin eklentisi durumundaki bahçe işlerinde,
- çalışanların, İş Kanunu kapsamında olacakları belirtilmiştir.

³⁴

Yargıtay 9. HD. 25.3.2008 gün, 2007/ 9975 E, 2008/ 6368 K.

Sonuç olarak tarım ve orman işletmelerindeki bitki ve hayvan üretimi, bakım ve yetiştirmesi dışında kalan işler İş Kanununa tabidir.

Diğer taraftan işçi tarım işinde çalışırken, bu iş dışında tarım işi sayılmayan ek bir görevde çalışabilir (bekçilik, şoförlük vb.). Bu durumda, yaptığı işler arasında hangisinin baskın olduğu açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre görevli mahkeme belirlenmelidir.

İstisnai hükümlerin dar yorumlanması, maddi hukuka ilişkin bir yöntemdir. İstisnai, sınırlayıcı hükümler dar yorumlanırken, kural olan hükümlerin geniş yorumlanması esastır. İş hukukunda istisnai ve sınırlayıcı hükümlerin dar yorumlanması gerektiği yargı kararlarına konu olmuştur³⁵.

3. Rekabet Yasağı:

Rekabet yasağı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 443-447. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bu tür uyumsuzluklarda görevli mahkeme konusunda iki normatif hüküm vardır ve bu hükümler ne yazık ki çatışmaktadır.

Normatif hükümler:

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Madde 1: "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyumsuzluklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur".

6098 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 4/1.c: "(Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın) rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447. maddelerinde düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır.

35

Y. 9. HD. 01.06.2009 gün ve 2008/28759 E, 2009/14105 K).

4/2. Ticari davalarda da deliller ile bunların sunulması Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabidir”.

İş sözleşmesinin kurulması ile doğan sadakat borcu, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcudur. **Rekabet etmeme borcu ise, iş sözleşmesinin sonuçlarından olan; işçinin işverene sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür.** Taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş sözleşmesine konulmasına veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. Rekabet yasağının ihlaline bağlı taraflarca kararlaştırılmış olan belli bir ödemeyi öngören yaptırım, niteliği itibarıyla bir cezai şart hükmüdür.

İş ilişkilerinden doğan rekabet yasağının düzenlemesinin dayanağı iş ilişkisidir. İş uyuşmazlıklarının çözümü genel yargıdan ayrılarak iş hukukuna has yani bu hukukun amacına hizmet edecek şekilde kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla yargılayan; uzman, özel (spesifik) bir yargıya bırakılmıştır. Bu bağlamda, dava konusu **rekabet yasağının dayanağı, işçinin akdettiği hizmet sözleşmesinin gereği olan sadakat borcudur ve 4857 sayılı Kanun kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali sebebiyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda İş Mahkemeleri görevlidir.** (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.09.2008 gün, 2008/9-517 E, 2008/566 K. sayılı ve 21.09.2011 gün, 2011/9-508 E, 2011/545 K. sayılı kararları).

Ancak rekabet yasağına ilişkin HGK 2013 yılında verdiği kararda özellikle fesihten sonraki süre için öngörülen rekabet yasağına ilişkin işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlığın; ticari dava olduğunu ve ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğini oy çokluğu ile belirtmiştir³⁶.

³⁶

Gerekçesi:“ İş akdinin kurulması ile doğan sadakat borcu; işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcudur. Rekabet etmeme borcu ise, iş akdinin sonuçlarından olan; işçinin, işverene sadakat borcunun olumsuz yönünü ifade eder.

İş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları; tarafları ve konusu kanunla belirlenmiş; yani belirli nitelikte uyuşmazlıklar olup, görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, içeriği keyfi surette doldurulamayacak uyuşmazlıklardır. Bu nedenledir ki; bir hukuk mahkemesi olarak iş

Rekabet yasağındaki cezai şartta feshe bağlı olarak yapılmış ise feshin haklılığını veya haksızlığını İş Kanunu kapsamında değerlendirilmesi, iş mahkemesinin uzmanlık alanındadır. Ticaret Mahkemesi bu yönde değerlendirmede İş Hukukunun ispat ve yargılama kurallarını uygulayamaz.

Keza ivazlı rekabet yasağında, öngörülen süreye göre oranlama veya indirim yapılması, iş yargılamasında kabul edilmektedir.

mahkemeleri, iş sözleşmesi veya İş Kanunundan doğmuş olsa dahi idari ve cezai uyuşmazlıklara doğal olarak bakamayacağı gibi İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilerle onları çalıştıran işverenler arasındaki uyuşmazlıklara da, iş sözleşmesinden kaynaklanmış olsalar dahi, bakamayacaktır. Bu sonuncu türden uyuşmazlıklar, tarafları işçi ve işveren, kaynağı da iş sözleşmesi olduğu halde iş uyuşmazlığı olarak nitelenemez ve bu itibarla da bu uyuşmazlıkları konu edinen davalar iş davası olarak değerlendirilemez; genel olarak hukuk uyuşmazlıkları ve hukuk davaları içinde yer alırlar. (Prof. Dr. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Yayınları, 2004, S:104-105).

İşçi işe alındığı andan işten çıkarılacağı ana kadar işverene karşı rekabet yapamaz. Zira, söz konusu zaman parçası içinde yapılmış rekabet sadakat borcuna aykırılık oluşturur. İşçinin İş Kanununun 25./II. b,d ve e bentleri gereğince doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması sadakat borcunun ihlali olarak kabul edilmiş; bu halde işverenin iş akdini feshedebileceği gibi tazminat da isteyebileceği hükme bağlanmıştır.

Rekabet etmeme borcu ise işçinin öteki borçları gibi her iş sözleşmesi için söz konusu olan borçlardan değildir. İş akdinin devamı süresince işçinin işverene rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık, taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş akdine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. İş akdi sona erdikten sonra işçinin işverene rekabet etmeme borcu ancak böyle bir yükümlülük sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır (Prof. Dr. S. Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, 2005, S:277).

İş akdinin devamı sırasında işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yasağına aykırılık halinde, bu tür davalara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. İş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ise, buna dayalı olarak açılacak dava niteliği itibarıyla 818 sayılı BK'nın 348. maddesi kapsamına girmekle ve bu kapsamdaki davalar TTK'nın 4/1-3 maddesinin açık hükmü karşısında tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari davalardan olmakla, bu tür davaların ticaret mahkemesinde incelenip karara bağlanması gerekir. Y. HGK. 27.02.2013 gün ve 2012/9-854 E, 2013/292 K.

4. Teminat senedi:

Diğer taraftan teminat senedi alınmasında (her ne kadar senet Ticaret Kanununda düzenlenmiş ve ticari dava özelliği var ise de) işçi ve işveren arasında çıkan uyuşmazlıkta, senedin iş ilişkisi nedeni ile alındığı ileri sürüldüğünde rekabet yasağı ile ilgili uyuşmazlık gibi uyuşmazlığın iş mahkemesinde görülmesi gerekir.

Zira öncelikle işveren tacir ve düzenlenen senet ticari senet niteliğinde ise de, diğer taraf bağımlılık ilişkisi içinde işverenin talimatı ve denetimi içinde hareket eden işçidir. Arada iş ilişkisi vardır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi uyarınca iş mahkemesinin görevli olduğu açıktır.

Ticaret mahkemesinin görevli kabul edilmesi bazı sakıncaları beraberinde getirir.

1. Ticaret mahkemesindeki yargılamada **silahlar eşit kabul** edilecek, tanık dinlenemeyecektir.

2. İş yargılamasına özgü olan **zayıfın korunması** (iş hukuku yönünden işçi lehine yorum) ilkesi dikkate alınmayacaktır.

3. Bunun yanında senedin 3. kişiye devri halinde, Ticaret Mahkemesi TTK 680. maddesi uyarınca Kişinin kötü niyetli olması veya iktisabında ağır kusuru bulunması durumunda **ödemezlik def'i**ni dikkate alacaktır. Oysa iş ilişkisinde alınan teminat senedinin işverenin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak alması durumunda **hükümsüzlük** eski Borçlar Kanununun 167, 6098 sayılı BK'nın 188. maddesi uyarınca iyiniyetli olsa dahi devralana (lehtara da) karşı da ileri sürülebilecektir.

5. Görevsizlik ve yetkisizlik halinde yapılacak işlem:

Görev kamu düzeni ile ilgilidir. Mahkeme uyuşmazlıkta görevli olduğunu her zaman dikkate almalıdır. Diğer taraftan 6100 sayılı HMK'nın 114. maddesinde **yargı yolunun caiz olması** ile **mahkemenin görevli olması dava şartları** arasında sayılmıştır. Dava şartının yokluğu aynı yasanın devam eden 115. maddesine göre davanın usulden reddini gerektirir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren ve yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri dışında derhal uygulanan 6100 sayılı Hukuk Usulü

Muhakemeleri Kanunu 20 ve 331. maddesinde görevsizlik, yetkisizlik ve gönderme halinde yapılacak işlemler açıklanmıştır.

Bu hükümlere göre "Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

Görevsizlik, yetkisizlik veya gönderme kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmesi hâlinde, yargılama giderlerine o mahkeme hükmeder. Görevsizlik, yetkisizlik veya gönderme kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmemiş ise talep üzerine davanın açıldığı mahkeme dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm eder".

Diğer bir sorun ise yargı yolu uyumsuzluğunda (adli-idari) davanın dava şartı (HMK m. 114,1.b. Yargı yolunun caiz olması) yokluğu nedeni ile usulden reddi mi gerekir? Yoksa HMK'nın 20. maddesi uyarınca yetkisizlik ve görevsizlik kararı verilmesinde olduğu gibi görevsizlik kararı verilerek dosyanın talep halinde görevli yargı yoluna mı gönderileceğine mi karar verilecektir? Zira Yeni HMK'nın 114. maddesinde mahkemenin görevli olması gibi yargı yolunun caiz olması da dava şartı olarak belirtilmiştir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken konu yargı yolu caiz olmaması halinde ne şekilde karar verileceğidir: İki önemli karar verilmiştir.

Bunlardan ilki 9. HD'nin verdiği karardır. Karara göre; Yargı çeşitleri (kolları) arasındaki ilişkiye yargı yolu denir. Bu nedenle, medenî yargıda hukuk mahkemesi ile idarî yargıdaki idare mahkemesi arasındaki ilişki, bir yargı yolu ilişkisidir. Hukukumuzda "yargı yolu" için de "görev (vazife)" terimi kullanılmaktadır (bkz: Anayasa m. 158, I; UMK m. 7, I; İYUK m. 9 ve 14). Oysa görev, belirli bir davaya (bir yerdeki) aynı yargı kolundaki ilk derece mahkemelerinden hangisinin bakacağını belirtir. Meselâ, medenî yargıda görev, bir davaya bir yerdeki (ilçedeki) hukuk mahkemelerinden (sulh hukuk, asliye hukuk mahkemeleri ve özel

mahkemelerden) hangisi tarafından bakılacağını belirtir. Buna karşılık, bir davaya hukuk mahkemesinde mi yoksa idare mahkemesinde mi bakılacağı, görev değil, yargı yolu sorunudur (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü s. 722).

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1-20. maddelerinde adli yargıda görevli mahkemelere yönelik görev ve yetki hususu düzenlenmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere bu düzenlemeler adli yargı mercileri arasındaki görev ve yetki uyumsuzluklarına ilişkindir.

1086 Sayılı HUMK 7/1. maddesinde "Diğer bir mahkeme yahut idari makam veya yargı merciinin görevine giren bir dava veya iş kendisine arz olunan mahkeme, duruşma yapmadan görevsizlik kararı verebileceği gibi davanın her safhasında kendiliğinden görevli olmadığına da karar verir." düzenlemesi mevcuttu. Bu düzenleme gereği 1086 Sayılı HUMK döneminde idari yargı yolunun görevli olduğu davalarda adli yargı mahkemeleri görevsizlik kararı vermekteydiler. Ancak bu düzenlemeye 6100 Sayılı HMK'da yer verilmemiştir. Dolayısıyla aynı yargı yolundaki görev uyumsuzluğuna yönelik düzenlemelerin farklı yargı yollarına uygulanması imkânı yoktur.

6100 Sayılı HMK farklı yargı yolunun görevli olması halini göreve ilişkin maddelerde değil HMK 114/b maddesinde dava şartları arasında düzenlemiştir.

Yargı yolunun caiz olması dava şartlarındandır. Mahkemenin dava şartı olması nedeniyle öncelikle adli-idari yargı yolu uyumsuzluğunu çözmesi gerekir. Mahkemece isabetli şekilde anılan uyumsuzluğun çözümünün idari yargıya ait olduğu tespit edilmiş ancak görevsizlik kararı verilmiştir.

6100 sayılı HMK 115/2. maddesine göre mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir.

Mahkemece anılan düzenleme göz önüne alınmadan görevsizlik kararı verilmesi, buna bağlı olarak davalı lehine yargılama giderlerine hükmedilmemesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir³⁷.

³⁷

Yargıtay 9. HD. 17.01.2012 gün ve 2011/54610 E, 2012/683 K.

İkincisi ise Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin verdiği karardır.

Daireye göre "6100 sayılı Yasa düzenlemesine göre, esastan sonuçlanmayan davada yargılama gideri başlıklı 331. maddesinde "Yargı yolunun caiz olması" açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle mahkemece harç ve yargılama giderine karar verilmesi gerekirken Yargı yolunun caiz olmaması kararını, görevsizlik, yetkisizlik veya gönderme kararı gibi kabul edilerek harç ve yargılama giderinin görevli mahkemece değerlendirilmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir³⁸.

Her iki Dairenin yargı yolu caiz olmaması nedeni ile dava şartı nedeni ile ret kararı konusunda **aynı doğrultuda uygulama yaptıkları** görülmektedir. Kanımca HUMK'nın yürürlükte olduğu dönemde yargı yolu uyuşmazlığında 193. madde uyarınca yetki ve görev nedeni ile dava dilekçesinin reddi ve gönderme şeklinde işlem yapılması yönünde içtihat oluşturulduğundan, aynı içtihat doğrultusunda (*HGK 27.02.2008 gün ve 2001/21-139 E, 2008/204 K "Görevsizliğe ilişkin bir kararın, iş bölümü esasına göre veya yargı yolu bakımından verilmiş olmasının, yargı kollarına göre farklı sonuçlar doğurmasının önüne geçilerek, Anayasal nitelikteki hak arama özgürlüğü zedelenmemiş olacaktır*) HMK zamanında da yargı yolu uyuşmazlığında 20. maddenin uygulanması isabetli olacaktır. Yargı yolunun caiz olmaması halinde dava şartı yokluğu nedeni ile usulden ret kararı yerine görevsizlik kararı verilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Hatalı yargı yoluna başvurunun hak aramanın önünde engel olmaması ve hak düşürücü süre var ise korunması gerekir. Dolayısı ile yargılama gideri ve vekâlet ücreti konusunda da 331. madde uyarınca işlem yapılması ve görevli yargı yoluna görevsizlik kararı üzerine başvurulduğunda, karar verilmesi yerinde olacaktır.

B. Yetki:

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5 inci maddesi uyarınca, iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini

³⁸

Yargıtay 21. HD. 15.05.2012 gün ve 2012/8106 E, 2012/8155 K.

yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme geçerli değildir.

İş mahkemesinin görevi kapsamında bulunan bir dava, dava tarihinde davalının ikametgâhının bulunduğu veya işçinin işini yaptığı yerdeki iş mahkemesi veya iş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesinde açılmalıdır.

Türk Medeni Kanununun 19 uncu maddesi uyarınca, gerçek kişi yönünden yerleşim yeri, sürekli kalma niyetiyle oturulan yerdir. Gerçek kişi işverenin başka bir yerde yerleşmek niyetiyle oturduğu kanıtlanmadığı takdirde, kural olarak nüfusta kayıtlı olduğu yerin ikametgâh olarak kabulü gerekir. Aynı Yasanın 49 uncu maddesi gereğince, tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça, işlerinin yönetildiği yerdir³⁹.

Yetkili mahkemenin belirlenmesinde önemli olan işin yapıldığı işyeri tanımına, 5521 sayılı Yasada yer verilmemiştir. İşyeri, 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Bir yer, ancak işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunmaktaysa, o işyerinden sayılacaktır.

İş veya toplu iş sözleşmesinin tarafları, davalının yerleşim yeri ve işin yapıldığı yer dışındaki bir mahkemenin yetkili olduğuna dair düzenleme yapmaları, 5521 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin emredici nitelikteki son cümlesi gereğince geçersizdir.

39

Yargıtay 9. H.D. 23.06.2008 gün ve 2008/17468 Esas, 2008/17262 Karar.

1. İstisnai hüküm: Deniz İş Kanunu uyarınca yetki sözleşmesi yapılması:

Deniz İş Kanununun 46 ncı maddesi uyarınca, adı geçen yasa kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu Kanundan veya iş sözleşmesinden doğan davalar hakkında da, 5521 sayılı kanun hükümleri uygulanır. İş sözleşmesinde ayrıca bir hüküm yoksa dava, geminin bağlama limanında iş davalarını bakmaya yetkili mahkemede görülür”.

İş mahkemesinin yetkisi kamu düzeni ile ilgili olduğundan, davalı tarafça süresinde yetki itirazı yapılmamış olsa bile, mahkeme tarafından bu husus kendiliğinden göz önünde bulundurulmalıdır. Bir başka anlatımla hâkim, davanın her aşamasında yetki itirazını dikkate alabileceği gibi, kendisi de resen yetkisizlik kararı verebilir (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2008/20378 Esas, 2008/12778 Karar sayılı ilamı).

5521 sayılı Yasanın yetkiyle ilgili bu düzenlemesi yanında, diğer bir kısım yasalarda da uyumsuzluğun çözümü için hangi iş mahkemelerinin yetkili olduğu konusunda düzenlemeler bulunmaktadır.

Somut olayda, taraflar arasında imzalanan 20.09.2006 tarihli iş sözleşmesinin 27. Maddesinde sözleşmeden çıkacak ihtilaflarda Kadıköy mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilmiştir. Davalının ikametgâh adresi Kartal ilçesi olsa da sözleşmeyle yetkili kılındığı anlaşıldığından, Deniz İş Kanununun 46/2. maddesi göz önüne alınmadan yetkisizlik kararı verilmesi hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir⁴⁰.

Deniz İş Kanunu’ndaki bu hüküm özel bir düzenlemedir. Bu nedenle 6100 sayılı HMK’nın **17. maddesinde** yetki sözleşmesinin **sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri** arasında yapılabileceği ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun geçersiz olacağı şeklindeki düzenlemeleri, gemi adamı ile gemi sahibi veya işleteni arasında sözleşmede yetkili yer mahkemesi belirlenmesine engel değildir.

2. Yetkili yer mahkemesini seçme hakkı:

5521 sayılı Kanunun 5. maddesinin gerekçesinde düzenlemenin işçiyi korumak amacıyla yapıldığı ve kamu düzenine ilişkin olduğu belirtilmiştir.

⁴⁰

Y. 9. HD. 14.02.2012 gün ve 2012/2870 E, 2012/4084 K.

Maddenin son cümlesinde söz konusu yetki kuralına aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağının belirtilmiş olması düzenlemenin mutlak emredici niteliğini ortaya koymaktadır.

Kamu düzenine ilişkin olduğu açık olan söz konusu yetki kuralının mahkemece re'sen gözetilmesi gereği karşısında davalı tarafın, davanın yetkisiz mahkemede açıldığı yolunda yaptığı itiraz, teknik anlamda bir itiraz olmayıp mahkemeye bu hususu hatırlatma niteliğindedir. Başka bir anlatımla, yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu hallerde bu hususun dikkate alınması davalı tarafın ileri sürmesine bağlı değildir. Zira yetki konusunu mahkeme, yargılamanın her aşamasında kendiliğinden göz önünde bulundurmak zorundadır.

İş mahkemelerindeki yetki kuralı işçiye korumak amacıyla düzenlendiğine ve mahkemece bu husus kendiliğinden gözetilmek zorunda olduğuna göre yetkili yer mahkemesini seçme hakkı her zaman işçiye ait olmalıdır. Bu nedenle davanın yetkisiz mahkemede açıldığından söz edilerek yetkili mahkemeyi seçme hakkının davalı işverene geçmesi kanunun kamu düzenine ilişkin emredici hükmü karşısında mümkün değildir⁴¹.

II. TARAF: HMK madde 50 ve devamı maddelerinde)

İş yargılamasında kimin işçi ve kimin işveren olduğu, İş Kanununun kapsamında bulunduğu, maddi hukuk sorunu olup, husumet çerçevesinde "sıfat"a ilişkin bu sorunun hakim tarafından kendiliğinden "re'sen" nazara alınması gerekir.

Davada sıfat, tarafın, dava konusu maddi hukuk ilişkisinin süjesi olup olmamasıyla ilgilidir. Taraf sıfatının bulunmaması halinde dava, sıfat yokluğundan (husumet yönünden) reddedilecektir. HUMK 179/1 (HMK 119) maddesi, dava dilekçesinde tarafların ve varsa kanuni temsilcilerinin ad ve adreslerinin bildirilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bildirim esnasında yapılan kimi yanlışlıklar, davanın sıfat (husumet) yokluğundan reddi sonucunu doğurmamakta, oluşan hataların giderilmesi bazı durumlarda mümkün olabilmektedir. Davalının temsilcisinde yanılmış olma hali de bu duruma örnek oluşturmaktadır (HMK m. 124).

⁴¹

Y. 22. HD. 02.02.2012 gün ve 2011/1421 E, 2012/1048 K.

İş sözleşmesi gereği işçiyi çalıştırma şart olduğundan, işçiyi çalıştıran herkes 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu anlamında işveren sayılmaktadır. Dolayısı ile feshin geçersizliği ve işe iade davasında aleyhine dava açılan ve davalı konumunda olan **işveren, davacı işçiyi çalıştıran işverendir.** Açılacak her dava, işveren olan kişi aleyhine açılmalıdır. İşverenin gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine göre "İşyerinde işveren adına hareket eden ve işin ve işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir." İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı muamele ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Bu anlamda işveren adına hareket eden ve bu anlamda emrindeki işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren vekilinin, bu işlemine karşı işveren taraf gösterilerek feshin geçersizliği isteminde bulunmak gerekir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 49 ve 50. maddelerinde; **tüzel kişilerin, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanacakları ve iradelerini bu organları aracılığıyla açıklayacakları, aynı şekilde HMK'nın 39. (TMK m. 52) maddesine göre ehliyeti haiz olan tüzel kişilerin yasal organları ile hareket edecekleri hüküm altına alınmıştır.** Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Tüzel kişinin, fonksiyonlarını, kanuna veya tüzel kişinin ana sözleşmesine göre, bağımsız olarak yerine getirmek üzere seçilen veya atanan ya da kendisine bu fonksiyonları bağımsız olarak yerine getirmek üzere fiilen ve dışarıdan belli olacak şekilde yetki verilen kişi ya da kişi gruplarına organ adı verilir. Organlar, hükmi şahsın iradesini açıklarlar, tüzel kişiyi içeride yönetir, dışı karşı da temsil ederler. Tüzel kişinin organından söz edebilmek için onun mutlaka tüzel kişinin irade ve karar organı olması zorunlu değildir. Onun içindir ki, genel kurul, yönetim kurulu yanında çeşitli yöneticiler tüzel kişinin organı olarak değerlendirilebilir. Bu kapsamda, genel olarak dış ilişkilerde, bazı kimselerin tüzel kişinin hukuki muamelelerine katılması öngörülmüşse, bu kimseler de tüzel kişinin organı sayılırlar." (HGK 2004/21-406 E, 2004/434 K).

Kamu tüzel kişileri, görevleri bakımından kamu otoritesini temsil eden tüzel kişiler olup; kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanılarak idare tasarrufu ile kurulur (Anayasa m. 123; MK m. 52). Taraf ehliyetine de kamu tüzel kişileri sahiptir.

Devlet tüzel kişiliğine bağlı ve ayrı tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların ise, taraf ehliyeti yoktur; bunların işlemleri ile ilgili davaların bağlı bulundukları tüzel kişiliğe karşı açılmaları gerekir. Bağlı bulunan kuruluşun 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesi anlamında işveren sıfatına haiz olması, bağlı bulunduğu tüzel kişiliğin taraf sıfatını ve işverenlik sıfatını ortadan kaldırmaz. Zira bu kuruluş, tüzel kişiliğin bir organıdır.

5253 sayılı Dernekler Kanununun 4 ve 5. maddeleri uyarınca, dernekler şube açabilirler. Dernekler, tüzel kişiliğe sahip olup, şubeleri temsil ederler. Şubenin tüzel kişiliği ve dolayısı ile taraf sıfatı bulunmamaktadır⁴².

Davacının işvereni olan şirketin ortağı ve yöneticisi olan ve 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesi anlamında işveren vekili olan davalı gerçek şahıs hakkında davanın kabul edilerek, sonuca gidilmesi hatalıdır. İş sözleşmesi gereği işçiyi çalıştırma şart olduğundan, işçiyi çalıştıran herkes 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu anlamında işveren sayılmaktadır. Dolayısı ile feshin geçersizliği ve işe iade davasında aleyhine dava açılan ve davalı konumunda olan işveren, davacı işçiyi çalıştıran işverendir. Açılacak her dava, işveren olan kişi aleyhine açılmalıdır. İşverenin gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür⁴³.

Sendika üyesi işçi adına 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş İlişkileri Kanununun 26/2. maddesi (Önceki 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 32. maddesi) uyarınca dava açma ehliyetine sahiptir. Sendikanın husumete ehil olması, işçinin sendikaya üyeliğinin kabulü ile başlar. Bir anlamda işçinin üye olması, sendikanın dava açması için yeterlidir⁴⁴.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş İlişkileri Kanununun 26/3. maddesi uyarınca "Kuruluşlar (Aynı kanunun 2/ğ gereği, sendika ve konfederasyonları ifade eder), çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar,

⁴² 9. Hukuk Dairesi 13.04.2009 gün ve 2008/24570 E, 2009/10415 K.

⁴³ 9. Hukuk Dairesi 27.04.2009 gün ve 2008/25619 E, 2009/11660 K.

⁴⁴ 9. Hukuk Dairesi 17.05.2010 gün ve 2009/43904 E, 2010/13484 K.

yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez". Sendikanın husumete ehil olması, işçinin sendikaya üyeliğinin kabulü ile başlar. Bir anlamda işçinin üye olması, sendikanın dava açması için yeterlidir.

İşçinin sendikanın dava açması için ayrıca muvafakatname vermesi maddede öngörülmediği gibi bir geçerlilik veya şekil şartı olarak belirtilmemiştir.

Sendikanın üye işçisi adına bu madde kapsamında dava açması halinde, üyelik fişi ve işçinin dava açması için sendikaya muvafakatname belgesinin dava dilekçesinde yer almaması halinde, bu eksikliğin giderilmesi için tarafa süre verilmesi ve sonucunun beklenmesi gerekir.

1. Asıl - alt işveren ilişkisinde;

İşçinin açacağı davada, 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı "*birlikte sorumluluk*" deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.

Müteselsil borçlulardan biri **ortak def'i(*)** ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur (TBK m. 164). Borçlar hukukçuları bu anlamda zamanaşımı definin ortak def'i olduğunu ve ileri sürülmesi halinde, diğer borçluları da etkilediği görüşünde iken, usulcüler etkilemeyeceğini belirtmektedirler. Konu Dairemizde de tartışmalıdır.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasında, asıl işveren - alt işveren ilişkisi bulunduğu takdirde, her iki işverene birlikte dava açılmasında işçi açısından yarar vardır. Muvazaa olmadığı sürece, alt işveren işçisi ile ilgili davada istemin ve verilecek kararın, feshin geçersizliği ve işe iade yönünden alt işveren, ancak feshin geçersizliğine bağlanan işe başlatmama

tazminatı ve boшта geçen süre ücretinden her iki işverenin birlikte sorumluluğu kapsamında olması gerekir.

9. HD ile 22. HD arasında taraf teşkili açısından içtihat farklılığı dikkati çekmektedir.

9. HD, sadece asıl işverene karşı açılan davada;

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığı, kısaca asıl - alt işveren ilişkisi bulunduğu iddia edildiğinde, husumetin tevcihinde hata kabul edilerek, alt işverene dava dilekçesi tebliğ edilerek, davalı taraf olarak davaya kabul edilmelidir. Davacı tarafın muvazaa veya asıl işveren alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanununun 2/6-7 maddesindeki koşulları kapsamında kalmadığı iddia edildiğinde ise, davaya asıl işveren bakımından devam edilmeli ve sonuçta muvazaa bulunmadığı, asıl - alt işveren ilişkisinin yasaya uygun kurulduğu kabul edildiği takdirde, iş ilişkisinin tarafı olmayan asıl işveren yönünden feshin geçersizliği ve işe iade davasının husumetten reddi gerekir⁴⁵.

22. HD ise, ister muvazaa iddia edilsin, ister edilmesin, asıl - alt işveren ilişkisinde asıl ve alt işverene karşı birlikte dava açılması gerektiğini, tek bir işverene karşı açıldığında, zorunlu dava arkadaşlığı gibi değerlendirerek, davaya dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁶.

⁴⁵ 9. HD. 01.12.2008 gün ve 2008/6287 Esas, 2008/32587 Karar.

⁴⁶ **Gerekçeleri;** Mahkemece verilecek hükmün etkisi bakımından mecburi dava arkadaşlığı, maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ve şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi zorunlu hallerde söz konusu olur (6100 sayılı HMK m. 59). Şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, kanunun özel hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşan dava arkadaşlığına denir (PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 223). Şekli dava arkadaşlığı, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki ilişkinin doğru karara bağlanmasını sağlamak için kabul edilmiştir. Bu durumda, dava konusu hukuki ilişki hakkında bütün dava arkadaşlarına yönelik tek ve aynı doğrultuda bir karar verme zorunluluğu yoktur. Ayrıca dava arkadaşlarının yaptıkları usulî işlemler birbirinden bağımsızdır.

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren - alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına

HMK (m. 54-60) açıkça mecburi dava arkadaşlığını maddi hukuk kurallarına atıfla düzenlemiştir. HMK ve Borçlar Kanunu hükümleri dikkate alındığında, 22. HD'nin kararının pek de isabetli olmadığı düşüncesindeyim. 6098 sayılı Borçlar Kanununa göre müteselsil sorumlulukta "Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Asıl - alt işveren ilişkisi yasadan doğmaktadır. Davacı işçi, işçilik alacaklarını her ikisine karşı açacağı davada isteyebileceği gibi, her birine ayrı ayrı mükerrer ödeme olmamak kaydı ile dava açarak da isteyebilir. Aralarında zorunlu değil, ihtiyari dava arkadaşlığı vardır. Siz ister maddi, ister şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı vardır dersiniz, muvazaaya dayansın dayanmasın, feshin geçersizliği ve işe iade hükmünü de asıl işveren yönünden de kurmanız gerekecektir. Asıl - alt işveren arasında rucü ilişkisinde geçerli olan ve kendileri arasında çözümlenmesi veya davanın ihbarı ile yerine getirilmesi gereken bir usul işleminin davacı işçiye yükletilmesinin, bu konuda mecburi olarak davaya dahil etmesinin istenmesinin yerinde olmadığı kanısındayım. Asıl veya alt işveren, böyle bir dava açıldığında, diğer davalıya davayı ihbar etmelidir.

2. Husumet tespiti:

Hizmet tespiti niteliğindeki davalarda işverenin doğru olarak belirlenmesi önem taşımakta olup, husumet sorunu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187. maddesinde (6100 s. HMK m. 116) yer alan ilk itirazlardan olmadığı gibi, davanın her safhasında taraflarca itiraz konusu yapılabilir ve kamu düzeniyle ilgili olduğundan mahkemece de re'sen göz önünde tutulması gerekir. 506 sayılı Yasanın 4. maddesinde, "sigortalıları çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler "İşveren" olarak tanımlanmıştır. "Çalıştıran"

yönelik re'sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksine bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Kanun'un 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir". Y. 22. HD. 16.10.2012 gün ve 2012/22824 E, 2012/23010 K).

olgusu, tespiti istenen sürelerle ilişkin hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen “işvereni” ifade etmektedir⁴⁷.

3. Husumette yanılma:

Bir kişinin belli bir davada gerçekten davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı hususu usul hukuku değil, dava konusu hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk meselesidir. Bir davanın tarafları o davada gerçekten taraf sıfatına sahip değilse, mahkeme dava konusu hakkın esasına girip karar veremez. Davayı sıfat yokluğundan reddetmesi gerekir. Davacı olma sıfatı dava konusu hakkın sahibine davalı sıfatı ise sübjektif hak kendisinden istenebilecek kişiye aittir. Kuşkusuz bu hak sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz iktisaptan veya kanundan doğabilir.

Bir alacak davasında davalı olma sıfatı o alacağın gerçek borçlusuna aittir. Alacak davası, o alacağın gerçek borçlusundan başka bir kişiye karşı açılırsa, dava konusu alacağın mevcut olmadığından dolayı değil, davalının davalı sıfatına sahip olmadığından dolayı reddedilir. (Hukuk Muhakemeleri Usulü, Prof. Dr. Baki Kuru, I. Cilt, s. 1159)

Taraf sıfatı dava şartı değildir. Ancak taraf sıfatı itiraz niteliğinde olduğundan hâkim diğer itirazlar gibi dosyadan anlaşılabilirdiği sürece resen dikkate alır. (Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, I. Cilt, s. 1195; Prof. Dr. Hakan Pekcanitez - Prof. Dr. Oğuz Atalay - Prof. Dr. Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, s. 214)

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 124. maddesi ile bir davada taraf değişikliğinin, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkün olduğu, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı

⁴⁷ Y. 10. HD. 05.10.2012 gün ve 2012/17565 E, 2012/17630 K.; Y. 10. HD. 24.10.2011 gün ve 2011/11992 E, 2011/14535 K. “Davaya konu somut uyumsuzluk, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 86. maddesinin 8. fıkrasına dayalı hizmet tespiti istemine ilişkin olup, hizmet tespiti davalarında işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu arasında (pasif) mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır. İşveren ile birlikte yasal hasım olan Sosyal Güvenlik Kurumunun davalı olarak katılımı sağlanarak savunması alınıp, onun göstereceği deliller de toplandıktan sonra hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”.

olmayan taraf değışikliği talebinin, karşı tarafın rızası aranmaksızın hakim tarafından kabul edilebileceği, dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılığıya dayanması halinde hakimin karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değışikliği talebini kabul edebileceği düzenlenmiştir.

Hasımda yanılma halinde taraf değışikliği karşı tarafın muvafakati ile gerçekleştirilebilirken maddi hata bulunması, dürüstlük kuralına aykırı olmaması veya hasımda yanlışlığın kabul edilebilir bir yanılığıya dayanması halinde ise karşı tarafın muvafakati aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilmek suretiyle yapılabilmektedir.

4. Şirketin ihyası:

Tüzel kişiliği sona eren şirketin ihyası için, **tasfiye memuru ile Ticaret Sicili'ne husumet** yöneltilerek görevli Asliye Ticaret Mahkemesinde ayrı bir dava açılması için davacı tarafa 6100 sayılı **HMK'nın 52 ve 54.** maddeleri hükümleri uyarınca uygun bir önel verilmelidir. Ancak dirilme, şirkete sadece dirilme sebebi (davayı takip ve sonuçlandırma) doğrultusunda işlem yapabilme yeteneğini kazandırır. Şirketin başkaca işlemler yapma ehliyeti doğmaz. Bu işlemlerin tamamlanması ile birlikte şirket yeniden ticaret sicilinden silinir. Bu süreç içerisinde ek tasfiye işlemleri, son tasfiye memuru tarafından yürütölür.

Dava açıldığı takdirde ve alınacak sonuca göre eldeki davaya devam edebilme olanağı bulunduğu belirlendiğinde, tüzel kişiliğe tebligat yapılarak, usulüne uygun şekilde taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına girilerek davanın sonuçlandırılması gerekir⁴⁸.

5. Taraf ölümü:

6100 sayılı HMK'nın 55. maddesi uyarınca taraflardan birinin ölümü halinde mirasçılar mirası kabul veya reddetmemiş ise bu hususta kanunla belirlenen süreler geçinceye kadar dava ertelenir. Bununla beraber hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, talep üzerine davayı takip için kayyım atanmasına karar verebilir". Bu hüküm mirasçılarının malvarlığını

⁴⁸

Y. 10. HD. 25.09.2012 gün ve 2011/10542 E, 2012/16311 K.

etkileyen davalarda dikkate alınmalıdır. Zira mirasçılara intikal etmeyen, tarafın ölümü ile konusuz kalan davalarda gerek bulunmamaktadır.

Dava devam ederken taraflardan birinin ölmesi halinde, TMK'nın 28/I maddesi uyarınca ölen kişinin taraf ehliyeti son bulur. Bu durumda **mirasçılar da ilgilendiren, mirasçılarının malvarlığı haklarını etkileyen davalar, tarafın ölümü ile konusuz kalmaz.** Bu halde, ölen tarafın mirasını reddetmeyen mirasçılarının, davayı mecburî dava arkadaşı olarak hep birlikte takip etmeleri gerekir. **Ölü kişi adına hüküm kurulamayacağından, mirası reddetmeyen mecburi dava arkadaşlığı bulunan mirasçılarının davada yer almalarının sağlanması ve HMK'nın 77/1. maddesi uyarınca mirasçılarının vekâletnamelerini sunması için vekile süre verilmesi gerekir⁴⁹.**

6. Hizmet tespiti ve işçilik alacakları davasının birlikte görülemeyeceği:

"HMK'nın 46. maddesi (6100 sayılı HMK'nın 167. maddesi) uyarınca yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için aralarında bağlantı bulunsa bile davaların ayrılmasına, davanın her safhasında karar verilebilir. Yine aynı yasanın 77. maddesinde (6100 sayılı HMK m. 30) mahkemenin yargılamayı, mümkün olduğunca hızlı ve bir düzen içerisinde seyretmesini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Hizmet tespiti davalarının yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın 79/10. ve 5510 sayılı Yasanın 86/9. maddeleri oluşturulup bu davalar için özel bir ispat yöntemi öngörmemiştir. Hizmet tespiti davalarının niteliği kamu düzenini ilgilendirdiği için yargılamasının özel bir duyarlılık ve itina ile yürütülmesi gerektiği Yargıtay'ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihatlarındandır.

İşçilik alacağı davasına gelince; bu tür davalar 4857 sayılı Yasadan kaynaklanmakta olup, işçilik alacağına esas alınacak hizmet saptandıktan sonra talep edilen işçilik alacağının hesaplanması gerekir.

Bu açıklamalardan olarak, hizmet tespiti ve işçilik alacakları davaları için izlenecek yöntem ve esas alınacak kıstaslar tamamen birbirinden farklıdır. Bu noktada her iki davanın tefrik edilmesi yargılamanın sağlıklı

⁴⁹

Y. 9. HD. 13.02.2012 gün ve 2011/52279 Esas, 2012/3146 K

yürütülmesi için gereklidir. Ayrı ayrı açılıp görülmeleri gereken bu tür davaların birlikte görülmeleri bu nedenle doğru görülmemiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2007/21-69 Esas ve 2007/55 Karar sayılı ve 07.02.2007 tarihli kararı da bu yöndedir⁵⁰.

Bu karar, **5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesine eklenen 6352 sayılı Kanunun 39. maddesi uyarınca bazı iş mahkemelerinin sosyal güvenlik mahkemeleri yapılması ve hizmet tespit davasının bu mahkemelerde görülmesi nedeni ile isabetlidir.**

7. Yurtdışı işyerinde çalışma halinde husumet:

5718 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2.maddesinin 1. fıkrasında hâkimin Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulayacağı belirtildikten sonra 4. fıkrasında uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Kanunun "kamu düzenine aykırılık" başlıklı 5. maddesinde "Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde Türk hukuku uygulanır" hükmü düzenlenmiştir.

Yurt dışında hizmet alanında faaliyet yürütmek için bulunduğu ülke mevzuatına göre işyeri açan ve işveren olan Türk vatandaşlarının, bu işyerinde çalışmak üzere Türkiye'den çalışmak üzere Türk vatandaşı gerçek kişileri işçi sıfatı ile götördükleri ve bunun genelde Türkiye İş

⁵⁰

Y. 21. HD. 26.11.2012 gün ve 2011/13629 E, 2012/21086 K.

Y. HGK. 10.04.2013 gün ve 2012/11-1639 E, 2013/480 K. "davaya konu istemlerin yasal dayanaklarının ve buna bağlı olarak yapılacak inceleme ve araştırma yöntemlerinin farklılığı (hizmet tespitine ilişkin davalar, kamu düzenine ilişkin ve re'sen araştırma ilkesine tabi iken, işçilik hak ve alacakları talebine ilişkin davalar, taraflarca hazırlama ilkesine tabi olup), temel ilişkinin kanıtlanmasında izlenecek usul gibi birtakım farklı olgular nedeniyle, yargılamanın daha iyi ve süratli bir şekilde yürütülebilmesi için hizmet tespiti ve işçilik alacaklarına ilişkin davaların ayrılmasının daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

Kurumu vasıtası ile yapıldığı bilinmektedir. Ancak çoğu zaman Türk vatandaşı işçiler Türkiye bağlantılı şirketler vasıtası ile kurum kayıtları yerine getirilmeden turist vizesi ile çalıştırmak üzere götürülmekte ve yurt dışındaki ülke mevzuatı ile kurulan şirket işçisi olarak çalıştırılmaktadır. **İş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyuşmazlıklarda açıklandığı gibi Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına gönderilmesinde gönderen kişi ya da şirketin yurt dışındaki yabancı şirket ile organik bağı delillendirildiğinde Türk İş Hukuku uygulanmakta ve organik bağ içinde olan Türkiye’de kişi veya kişiler işçinin işvereni kabul edilerek sorumlu tutulmaktadır⁵¹.**

III. DAVA TÜRLERİ:

1. Tespit davası:

6100 sayılı HMK'nın "Tespit Davası" başlıklı 106. maddesinde;

"1-Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının **(olumlu-müspet)** ya da yokluğunun **(olumsuz-menfi)** **yahut bir belgenin sahte olup** olmadığının belirlenmesi talep edilir.

2- Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır." düzenlemesi getirilmiş, aynı yasanın "Zaman Bakımından Uygulanma" başlıklı 448. maddesinde "Bu kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağı" belirtilmiştir.

Bunun yanında, 6100 sayılı Kanun 114. maddesi ile dava şartlarını belirtirken, davacının dava açmasında hukuki yararının bulunmasını bir dava şartı olduğunu belirtmiştir. Takip eden 115. maddesinde ise "Mahkemenin, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracağı, taraflarca her zaman ileri sürülebileceği, dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı

⁵¹

9. HD. 04.06.2012 gün ve 2012/11518 E, 2012/ K.

noksanlığından ötürü, davanın usulden reddedilemeyeceği” açıkça belirtilmiştir.

Yargıtay 9. HD iş sözleşmesi devam ederken veya alt işverenler değişmesine rağmen, fesih beyanı olunmadan, alınan ibraname ve yapılmadığı halde düzenlenen ödeme belgelerinin iptalinin ve geçersizliğinin tespitinin istenebileceğine karar vermiştir⁵².

52

Dosya içeriğine göre davacı güvenlik hizmetinde davalı asıl işveren Elektrik Üretim A. Şirketi işyerinde ihale ile güvenlik hizmetini alan alt işveren şirketler işçisi olarak çalışmaktadır. Davacı bir dönemi bir yıldan fazla, diğer dönemler bir yıldan az süre ile ihale sözleşmeleri kapsamında davalı alt işveren güvenlik şirket işçisi olarak çalışmış, davalı alt işverenin ihaleyi kaybetmesi üzerine de yeni ihaleyi alan güvenlik şirket işçisi olarak çalışmasına devam etmektedir. Davalı alt işveren güvenlik şirketinin ilk dönem olan ve bir yıldan fazla süre ile süren ihale dönemi için davacı adına banka hesabına kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin ödemesi yapmış, ancak bu miktarları ihaleyi aldıktan sonra davacıdan geri almıştır. Daha sonraki ihale dönemleri ise bir yıldan az olduğu gerekçesi ile tazminat ve izin ücreti ödemesi yapılmamış, davacı işçiden ibra alınmıştır.

Somut bu hukuki ve maddi olgulara göre;

1. İlk ihale dönemi sonrası ödenen kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı davacıdan geri alındığından ve keza iş sözleşmesi dava açıldığında devam ettiğinden, mahkemece bu ödemelerin geri çekildiği, ödeme yapılmadığı ve bu nedenle alınan ibranamelerin geçersiz olduğu yönünde tespit kararı verilmesi, HMK’nın 106. maddesine uygun düşmektedir. Bu nedenle davalıların aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Yukarda açıklandığı gibi işyeri devri halinde yıllık ücretli izin alacağından devreden alt işverenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Keza dava açıldığında davacı devir nedeni ile devralan alt işveren nezdinde çalışmaya devam ettiğinden, fesihle alacağına dönüşecektir. Kıdem tazminatında ise devirden sonra iş akdinin kıdem tazminatını hak edecek şekilde son bulması halinde, davalı alt işveren kendi dönemindeki süre ve ücret üzerinden müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. Davacının halen çalıştığı, devreden alt işveren nezdinde kıdem tazminatı ve izin kullanmadığının, ödeme yapılmadığının ve imzalanan ibranamelerin tespitine karar verilmiştir. Kısaca iş ilişkisinin devam ettiği belirtilerek, hukuki ilişkinin varlığı, ödeme yapılmadığı ve ibranamelerin geçersizliği ile belgenin sahteliği tespit edilmiştir. Bu nedenle bu tespitlerle yetinilmesi gerekirken, davadan sonra gerçekleşecek haklar için miktar belirtilerek tespit kararı verilmesi ve miktar olarak kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının ayrıca tespitine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. Y. 9. HD. 08.10.2012 gün ve 2012/18303 E, 2012/33430 K.

2. Menfi tespit davası:

Gerçekte var olmayan bir borç ya da geçersiz bir hukuki ilişki nedeniyle icra takibine maruz kalması muhtemel olan veya icra takibine maruz kalan bir kimsenin (borçlunun) gerçekte borçlu bulunmadığını ispat için açacağı dava, menfi tespit olarak adlandırılmaktadır.

Menfi tespit davası, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu (İİK)'nin 72. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir. Menfi tespit davasında amaç bir hukuki ilişkinin veya bir hakkın gerçekten mevcut olmadığının tespitine yöneliktir.

Başka bir deyişle hukuki bir yarar bulunması koşuluyla sonuçta alacak-borç ilişkisi doğuracak bir durumun olmadığının tespiti amaçlanır. Dayanılan hukuki ilişkinin gerçekten mevcut olmadığı icra takibine maruz kalmadan önce ileri sürülebileceği gibi, icra takibinden sonra da ileri sürülebilir. Borçlunun icra takibinden önce veya sonra menfi tespit davası açabilmesi için borçlu olmadığının tespitinde hukuki yararının bulunması şarttır. Buna rağmen, borçlunun, alacaklının harekete geçmesini beklemeden borçlu olmadığının tespitinde korunmaya değer bir yararı bulunabilir. Bu tür bir yararının bulunması halinde borçlu, borçlu olmadığının tespiti için dava açabilir. Bunun dışında, icra takibi taraflar arasındaki maddi ilişkiyi tespit edecek nitelikte olmadığından, alacaklının takibe girişmesinden sonra, hatta takip kesinleştikten sonra da borçlunun, borçlu olmadığının tespitini mahkemeden istemesi mümkündür. Borçlu, belirtilen şekilde takipten önce veya sonra alacaklıya karşı bir menfi tespit davası açar; bu davayı kazanırsa, hakkındaki icra takibi iptal edilir ve borcu ödemekten kurtulur. Ancak, borçlu borcunu icra dairesine ödedikten sonra, artık menfi tespit davası açamaz. Bu halde, borçlunun sırf borçlu olmadığının tespitinde, hukuki bir yararı yoktur. Bundan sonra, ödediği paranın geri alınması için bir dava açması söz konusu olur ki, bu da istirdat davasıdır (Hakan Pencanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku, s. 156 - 164). Menfi tespit davası, normal bir hukuk davası gibi açılır. Borçlu, itirazın kaldırılması sırasında tetkik merciinde (m. 68-68a) ileri sürüp ispat edemediği itiraz ve def'ilerini, menfi tespit davasında yeniden ileri sürebilir; çünkü itirazın kaldırılması kararı, menfi tespit davasında kesin hüküm teşkil etmez.

Borçlunun, hakkında henüz icra takibi başlamadan önce de yapılabilecek olası bir takibi düşünerek, kendisini bir borçla tehdit eden kimseye karşı "böyle bir borcu bulunmadığının saptanması" için dahi menfi tespit davası açabileceği kabul edilmişken, hakkında yürümekte olan bir icra takibi olan borçlunun bu davayı açmasında hukuki yararının bulunduğu hiç kuşku olmadığı gibi, böyle bir davayı açmasına da hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır. Alacaklının elinde İİK'nın 68. maddesinde sayılan belgeler bulunmaması, borçlu hakkında başlattığı icra takibine, borçlunun itiraz etmek suretiyle takibi durdurması da borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığını kabule yeterli olmayıp, bu halde dahi borçlu borç tehdidi altında olup, bu nedenle de menfi tespit davası açmakta hukuki yararı vardır⁵³.

3. Kısmi dava:

Davacının aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya **kısmî dava** denir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden (örneğin iş sözleşmesinden) doğmuş olması ve bu alacağın şimdilik bir kesiminin dava edilmesi gerekir. (Kuru/Arslan /Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2011, s. 286).

Kısmi dava 6100 sayılı HMK'nın 109. maddesinde tanımlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasına göre "Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir". İkinci fıkrasına göre ise "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz".

Belirtilen düzenleme karşısında kısmi dava açılabilmesi için;

- 1) Talep konusunun niteliği itibarı ile bölünebilir olması,
- 2) Talep konusunun miktarının, taraflar arasında tartışmalı veya açıkça belirli olmaması gerekir.

⁵³

Y.HGK. 18.01.2012 gün ve 2011/19-622 E, 2012/9 K.

Talep konusu taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirlenebilir ise kısmi dava açılmayacaktır. (Pekcanitez / Atalay / Özkes: Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2011, s. 313).

Dava konusu edilen alacak, yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiriyor (Kuru / Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı, 2011/5, s. 13) veya miktar veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise talep konusu alacağın tartışmalı veya açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmeli ve kısmi dava olarak görülmelidir.

Alacağın belirli veya belirsiz olup olmadığı konusunda, aşağıda belirsiz alacak davasında belirtilen ölçütlerin dikkate alınması gerekir.

HMK'nın 107/son maddesine göre ise "kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir". Davacının kısmi dava açabilmesi için hukuki yararının olması şarttır. Buradan hareketle bir davanın kısmi dava olarak görülebilmesi için dava şartı olan davacının hukuki yararının bulunması gerekir.

HMK'nın 109/son maddesinin 01.10.2011 tarihinden önce açılan davalarda uygulanma olanağı yoktur. Kısaca fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmayan davacı, ıslah ve ek dava açamaz. Davacı dava konusu yapmadığı ve saklı tutmadığı kısımlardan zımnen vazgeçmiş ve isteklerini miktarla sınırlandırmış sayılır⁵⁴.

HMK'nın 109. maddesinin "*Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz.*" biçimindeki (2) numaralı fıkrasının Anayasanın 2. (Hukuk Devleti), 13. (Temel haklar), 36. (Hak arama - Adil yargılanma hakkı) ve 141. (Usul ekonomisi)

⁵⁴

Y.HGK.'nın 2004/4-200 E. 2004/227 K.)

"6100 Sayılı HMK'nın 109. maddesi gerekçe gösterilerek tamamlanmamış işleme yeni yasanın uygulanacağını belirtilmiş ise de, davanın 24.12.2008 tarihinde karara bağlandığı ve temyize konu işlemlerin HMK'nın yürürlüğe girişinden önce tamamlandığı, bu nedenle 6100 sayılı HMK'nın 109. maddesinin somut olayda uygulanma kabiliyeti bulunmadığı (Y. 9. HD. 05.12.2012 gün ve 2012/32447 E, 2012/40930 K).

maddelerine aykırılığı savıyla itiraz yolu ile iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi usul ekonomisi yönünden kuralı ilgili maddelere aykırı bulmamıştır⁵⁵.

Bu düzenlemenin, madde gerekçesi dikkate alındığında, HUMK zamanında bölünebilen alacağın birden fazla bölünerek, kısmi dava yolu ile istenmesi nedeni ile bunu engellemek için getirildiği ve tepki maddesi olduğu açıktır. Dava hakkının kötüye kullanılması kabul edilerek, bölünebilen edimler bir kez kısmi davaya konu edilebilir şeklinde düzenleme yapılsa idi, bu tür tartışmalara girilmezdi. Anayasa Mahkemesi'nin biçimsellik kurallarını ve biçimselliğe ilişkin ilkeleri ön planda tuttuğu anlaşılmaktadır.

Keza 22. HD. 2010 yılında kısmi dava olarak fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak açan ve kararla fazlaya ilişkin hakları "alacağın belirli olduğu, kısmi dava açılmayacağı gerekçesi ile" saklı tutulmayan kararı, taraflar arasında alacağın tartışmalı ve açıkça belirli olmadığı gerekçesi ile bozmuştur⁵⁶.

4. Ek dava kısmi dava ile belirlenen bakiye istekler hakkında bir dava türü ise de kısmi davadan bağımsız ayrı bir davadır. İlk kısmi davada istenmeyen bir işçilik alacağının açılan ek davada ayrıca birlikte istenmesine ayrı bir engel durum yoktur.

Dava açan biri, davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla istemini aynı davada birleştirebilir. Başka bir anlatımla birden fazla davasını aynı dava dilekçesi ile açabilir. Bu halde davada birlikte açılan dava sayısı kadar istem sonucu ve dava konusu vardır. Bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanununun 110.maddesinde **davaların yığılması** olarak kabul edilmiştir. İş ilişkisinde çalışma şekline göre ve fesih türüne göre birden fazla istek olduğundan, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda bu tür davalar vardır⁵⁷.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi Resmi Gazete'nin 13.01.2013 gün ve 28558 no'lu sayısında yayınlanan 24.05.2012 gün ve 2011/134 E, 2012/83 K

⁵⁶ Y. 22. HD. 13.11.2012 gün ve 2012/5496 E, 2012/25006 K.

⁵⁷ Y. 9. HD. 31.10.2011 gün ve 2009/27328 E, 2011/41602 K.

5. Belirsiz alacak davası kavramı 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 107. maddesi ile getirilmiştir.

Maddeye göre;

(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

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

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

Belirsiz alacak davası öncelikle bir tür eda davasıdır. Eda davasından farkı ise, talep sonucunda istenilen alacağın dava açıldığı anda tam olarak belirlenmemesidir.

Belirsiz alacak davasında davanın belirsiz alacak davası olduğu belirtilmelidir. Belirsiz alacak davası açıldığında, alacak yargılama aşamasında belirli hale geldiğinde, ıslah dilekçesi ile miktarın arttırılmasına gerek olmadığı gibi böyle bir durumda zamanaşımı itirazı da savunmanın genişletilmesi yasağına takılır. Oysa belirsiz alacak davası belirtilmeden açılan kısmi davada, yargılama sırasında miktarın ıslah ile arttırılması durumunda, davalının ıslah zamanaşımı savunmanın genişletilmesi yasağına takılmaz.

Dava tarihinde veya karar tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlükte değilse, kısaca dava bu kanundan önce açılmış ise belirsiz alacak davasına ilişkin kuralların bu uyuşmazlıkta uygulanması olanağı yoktur⁵⁸.

⁵⁸

Y. 9. HD. 24.10.2011 gün ve 2011/42706 E, 2011/39092 K.

Belirsiz alacak ve tespit davası;

1. Eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davası (Fıkra 1),

2. Tespit niteliğinde belirsiz alacağı tespit davası (Fıkra 3).

3. Kısmi eda ve külli tespit davası(maddenin gerekçesinde) olmak üzere üç türlü açılabilir.

Davacı tahsil amaçlı belirsiz alacak davası açtığında, davanın başında belirleyebildiği miktarı belirterek dava açmak zorundadır. Bu dava eda davası olmakla birlikte yargılama sırasında belirlenecek kalan miktar için tespit niteliğindedir. Yargılama sırasında davacı belirlenen bakiye miktarı davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabi olmadan harcını tamamlayarak hüküm altına alınmasını talep edebilecektir. Bu durumda alacağın tamamı hüküm altına alınacağından ilama dayalı icra takibi yapılabilecektir.

Kısmi eda ve külli tespit davası olarak açıldığında, davacının başlangıçta belirleyebildiği miktarı dava dilekçesinde belirtmesine gerek yoktur. Kısmi davada olduğu gibi istediği miktarda açabilir ve alacağın belirleyemediği kalan kısmının tespitini isteyebilir. Bu durumda mahkeme kısmi olarak talep edileni tahsil, kalan kısmı ise tespit hükmü olarak hüküm altına alacaktır.

Madde içeriğinden, belirsiz alacak veya tespit davası açılması için, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin; davacının kendisinden beklenememeli (gerçekten belirleyememeli) veya bu (objektif olarak) olanaksız olmalıdır.

Açılacak davanın değeri veya miktarı biliniyor yahut belirlenebiliyor ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılmaz. Zira madde gereği bu durumda davacının hukuki yararı yoktur.

Maddenin 2. fıkrasında açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırtabileceği belirtilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 107/2 maddesi ile ilgili olarak gerekçede şunlara yer verilmiştir. "Baştan miktar veya değeri tam olarak tespit edilemeyen

bir alacak için, davacının böyle bir ihmâl ya da kusurundan söz edilemez. Bu sebeple, belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hale gelmişse, başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir.”

Buradan hareketle dava konusu alacağın değeri veya miktarı karşı tarafın (işverenin) vereceği bilgi veya tahkikat aşamasında belirlenecek (bilirkişiden hesap raporu alınması gibi) ise alacağın dava açıldığında davacı tarafından objektif olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği kabul edilmelidir. Bu nedenle maddenin birinci ve ikinci fıkrasının birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Her ne kadar 107. madde de belirtilmemiş ise de belirsiz alacak ve tespit davası açılabilmesi için kısmi dava başlığı altında düzenlenen HMK’nın 109/2. maddesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Zira hükme göre “Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz”. Burada talep konusunun taraflar arasında belirli olması halinde kısmi dava açılmayacağı vurgulanmıştır. Kısaca davacı alacağı belirli değil ise belirsiz alacak ve tespit davası açabileceği gibi fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kısmi dava da açabilecektir. Alacak miktarı belirli ise kısmi dava veya belirsiz alacak ve tespit davası açılmaz.

Ancak maddede ayrıca talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız olması halinde kısmi dava açılmayacağı belirtilmiştir. O halde talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmalı ise davacı kısmi dava açabilir. Davacı, alacak miktarı tartışmalı olduğunda kısmi dava yerine belirsiz alacak davasına da başvurabilmelidir.

Bir alacağın davanın açıldığı anda belirli mi belirsiz mi? tartışmalı mı tartışmasız mı? konusunda yukarıda belirtilen hükümlerden hareketle uygulamada bazı ölçütler getirilmiştir. İş hukukunda tazminat ve alacakların belirlenebilmesi, bazı hesap unsurlarının bilinmesine (süre, ücret), işin düzenlenmesine ilişkin belgelerin sunulmasına bağlıdır.

Bunların başında gelen en önemli kriter alacağın **likit olup olmadığı** ölçütüdür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu likit alacak kavramını

açıklamıştır⁵⁹. Yargıtay’a göre; “Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için ise; ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmede olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez. Diğer bir anlatımla, icra inkâr tazminatı, alacaklının genel mahkemede açtığı itirazın iptali davası sonucunda borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesi durumunda alacaklı yararına hükmolunan icra hukukuna özgü bir tazminattır. Borçlunun ne kadar borçlu olduğunun saptanması ve itirazında haklı olup olmadığının belirlenmesi ön koşuldur. Borçlunun ödeme emrine karşı itirazın yapıldığı andaki durumu itibarıyla haksızlığı saptanacak ancak haklı çıkma durumuna uygun alacak miktarı esas alınarak alacaklı yararına icra inkâr tazminata hükmedilmesi gerekecektir.

Görüldüğü gibi **likit olma ölçütünde Yargıtay**;

Alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olmasını ya da

Belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmede olmasını aramaktadır. Kısaca davacının yalnız başına ne kadar alacaklı olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez.

İş Hukukunda tazminat ve alacakların hesaplanmasında süre ve ücret önemli hesap unsurlarıdır. Bu unsurların tartışmalı ve bilinmemesi, alacağın likit olmadığını gösterir.

Diğer taraftan **yargılama sırasında (tahkikat aşamasında) hesap raporu alınmasını gerektiren her alacak belirsiz kabul edilmelidir**. Davacının talep ettiği dava konusu alacağın miktarı veya değeri belirli ise hesap raporu alınmasına da gerek yoktur. Zira bu durumda hak kazanma veya ispat olgusu ayrı olmak üzere tartışmalı bir alacaktan söz edilemez. Zaten kanunun 107/2. maddesinde bu olgu “tahkikat sonucu belirlenme” olarak vurgulanmıştır. İş uyuşmazlıklarında genel olarak alacağın kesin ve net tutarı, ancak bir yargılama sürecinden ve bilirkişi incelemesinden sonra tam olarak tespit edilebilmektedir. Bu

⁵⁹

Y. HGK 14.07.2010 gün ve 2010/19-376 E, 2010/397 K,

anlamda kıdem, ihbar ve kötü niyet tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanır. Giydirilmiş ücrete işçinin çıplak ücreti yanında, ücret eklentileri ve sosyal yardımlar dahil edilir⁶⁰.

Keza, **dava konusu alacak miktarının veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun (ki bu işçilik alacakların çalışma olgusu, tazminat ve alacaklara esas süre ve ücret yönünden kendini gösterir) tespitini gerektirdiği durumlarda alacak belirsiz ve tartışmalı kabul edilmelidir.**

Alacak miktarı veya değerinin hâkimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak belirsizdir. Fazla mesai ve tatil çalışmalarının kayda dayanmadığı durumlarda Dairemiz istikrarlı olarak "hastalık, izin gibi nedenlerle çalışılmayacak günler olduğu düşünülerek" bu tür alacaklarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini kabul etmektedir. 4857 sayılı İş Kanununun 67. maddesi uyarınca, "günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur". Aynı kanunun 8/3. maddesine göre ise "Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür". Özellikle fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının belirlenmesi için işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi şarttır⁶¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki tazminat ve alacakların belirlenmesine ilişkin kayıtlar ise genelde işveren tarafından tutulmaktadır. **Dava konusu edilen alacağın (talep sonucunun) miktar olarak belirlenmesi, karşı tarafın vereceği (elindeki belgelerle) bilgi sonucu mümkün ise alacağın tartışmalı ve belirli olmadığı sonucuna varılmalıdır.** (Kılıçoğlu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012 s: 582.). Karşılaştırmalı hukukta geçerli olan bu kriter 107. maddenin 2. fıkrasının başlangıcında

⁶⁰ Y. HGK 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E, 2012/715 K.

⁶¹ 9. HD 27.02.2012 gün ve 2012/1757 Esas 2012/5742 Karar.

“karşı tarafın vereceği bilgi sonucu” yargılama sırasında belirlenme olarak kabul edilmiştir. Yıllık ücretli izin alacağı, izin defterinin; fazla mesai ve tatil çalışmaları kayda dayandığında puantaj (işe devam çizelgeleri) kayıtlarının işveren tarafından sunulması ile belirlenebilecektir. İş Hukukunda maddi hukuk kuralları içinde işverene kayıt tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu belgelerle ilgili yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenin açılacak davada alacağın belirlenebilir olduğu savunması yerinde olmayacaktır. İşçinin alacağının belirlenmesi kayda dayandığında, kayıtlı belgeleri sunmayan veya işçiye vermeyen işveren, belirsiz alacak davası açılmasının sonuçlarına katlanmak zorundadır.

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

6. Kısmi veya belirsiz alacak davasında ıslah ve zamanaşımı sorunu;

Belirsiz alacak davasında miktar belirlendikten sonra, tamamının istenmesi halinde zamanaşımı defi dikkate alınmazken, kısmi davada kısmi olarak istenen dışında bakiye alacak miktarının ek dava açılarak veya ıslah sureti ile arttırılarak istenmesi halinde zamanaşımı defi ile karşı karşıya kaldığında, zamanaşımının dikkate alınması gerekecektir. Ancak 6100 sayılı HMK zamanında ıslah sureti ile dava konusunun arttırılmasında zamanaşımı ve faizin etkilenmeyeceği, dava tarihinin esas alınması gerektiği yönünde kararlar da vardır.

Yargıtay 4. HD HMK yürürlüğe girdikten sonra oy çokluğu ile verdiği kararlarında “Yürürlükte bulunan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 176. maddesinde “Taraflardan her biri yapmış olduğu usul işlemlerinin bir kısmını ya da tamamını ıslah edebilir. Aynı davada, taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilirler.” Aynı kanunun 177. maddesinde; “tahkikatın sona ermesine kadar ıslah yapılabilir.” biçiminde düzenleme yapılmıştır. Dava dilekçesinde belirtilen dava konusunun (müddeabihin) ıslah yolu ile

artırılması ek dava niteliğinde olmayıp dava dilekçesinin kısmi ıslahı niteliğindedir. Yasada ayrıca düzenlenmiş olması ve kendine özgü kurallarının olması nedeniyle ek dava niteliğinde kabul edilemez. Bu nedenle asıl davaya karşı ileri sürülebilecek zamanaşımı def'i, ıslah edilen kısma karşı ileri sürülemez." şeklinde gerekçelerle kısmi davada ıslah sureti ile talep konusunun arttırılmasında zamanaşımı definin dikkate alınmayacağını belirtmektedir⁶².

Karşı oy gerekçesi: "Islah, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından olup, taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işlemini tamamen veya kısmen düzeltmesi olarak tanımlanmaktadır. Islah ile taraflar dava sebebini, dava konusunu veya talep sonucunu değiştirebilirler. Usulüne uygun olarak açılmış bir davanın bulunması şartı ile davanın tamamen veya kısmen ıslahı mümkündür.

Dava sebebini veya dava konusunun değiştirilmesi tamamen ıslah halleridir. (Baki Kuru 4. Cilt s. 3990). Davanın kısmen ıslahında ise, dava dilekçesinden sonraki bir usul işleminin ıslahı söz konusudur. Gerek doktrinde gerekse Yargıtay uygulamalarında kabul edildiği üzere müddeabihi (dava değerini) arttırma halinde kısmi ıslah söz konusu olup kısmi ıslahta, tamamen ıslahın aksine ıslah tarihine kadar yapılan bütün usul işlemleri yapılmamış sayılmaz. Kısmi ıslah yapıldığı tarihten ileriye dönük olarak hüküm ifade eder.

Zamanaşımı ise borcu ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, doğmuş ve var olan bir hakkın istenebilirliğini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu nedenle zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. BK 133. madde zamanaşımını kesen sebepler sayılmış olup bunlardan biri de dava açılmasıdır. Davanın tamamen ıslahında dava baştan beri (dava dilekçesinden itibaren) ıslah edildiği için ıslah edilen kısım içinde davanın açıldığı tarihte zamanaşımı kesilmiş olur.

Kısmi davada ise zamanaşımı yalnızca dava edilen kısım kesilir. Henüz açılmayan (saklı tutulan) ve daha sonra ıslahla arttırılan bölüm için zamanaşımı işlemeye devam eder.

Nitekim 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 107. maddesinde düzenleme altına alınan belirsiz alacak davası ve tespit

⁶²

Yargıtay 4. HD 20.12.2011 gün ve 2010/11974 Esas, 2011/13758 Karar.

davasında davacının iddianın genişletilmesi yasağı olmadan ve karşı tarafın rızasına ve ıslaha da gerek kalmaksızın talep sonucunun arttırılabileceği kabul edilmiş, maddenin gerekçesinde de bu dava ile ilk dava tarihinde zamanaşımının kesileceği belirtilmiştir.

Aynı Yasanın 109. maddesindeki kısmi davada ise zamanaşımının kesileceği yolunda bir açıklama yoktur.

6100 sayılı Kanunun hazırlanması sırasında görev alan Prof. Hakan Pekcanitez, Prof. Oğuz Atalay ve Prof. Muhammet Özkes tarafından yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine göre Medeni Usul Hukuku Kitabının 321. sayfasında "Belirsiz alacak davası açılabilmesinin mümkün olduğu hallerde kısmi dava açmak davacı açısından üç nedenle daha elverişli olmayacaktır. Birincisi kısmi dava açan davacının alacağının geri kalan kısmı için zamanaşımı süresi kesilmemiş olacaktır. Buna karşılık belirsiz alacak davasında zamanaşımı, dava sonunda alacağın tümü için dava tarihinde kesilmiş sayılacaktır.

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır. Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir. HGK oy çokluğu ile verilen kararda HUMK zamanında verilen kararlardaki gerekçe gibi kısmi davada ıslahı (kısmen ıslah nedeni ile) ek dava niteliğinde görerek "Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sadece ek dava yerine kısmi ıslah yoluyla saklı tutulan alacakları aynı davada isteme kolaylığı getirmiş olup, zamanaşımı, temerrüde düşürme gibi, usul ve yasa hükümlerini değiştirmiş değildir. Kısmi ıslahta, tam ıslahın aksine ıslah tarihine kadar yapılmış bütün usul işlemleri yapılmamış sayılmaz. Kısmi ıslah, yapıldığı tarihten ileriye yönelik olarak

hüküm ifade eder” gerekçesi ile ıslah üzerine zamanaşımı definin dinlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁶³.

Karşı oy olarak iki görüş belirtilmiştir. İlk karşı oy belirsiz alacak davası ile ilgili HMK’nın 107. madde gerekçesinden hareket ederken⁶⁴, ikinci karşı oy ise “davacının işleminin eksikliği tamamlama olduğu, bu işlemde zamanaşımı uygulamasının yapılamayacağı” gerekçesine dayanmıştır⁶⁵.

Dairemiz uygulaması değişmemiştir. HMK zamanında da kısmi davada alacak belirlendikten sonra ıslah sureti ile arttırılması halinde süresinde zamanaşımı itirazı yapılmış ise bunu dikkate almaktadır.

Her ne kadar ıslah dava dilekçesinin başlangıçtan itibaren değiştirilmesi, dava konusunun genişletilmesi ise de ve bu konuda HGK kararına katılmasam da ıslah yapılan tarihte zamanaşımına uğrayan kısmın dava edilebilme niteliği ortadan kalkmıştır. Bu nedenle zamanaşımının dikkate alınması gerekir. Kaldı ki HMK düzenlemesinde belirsiz alacak davası için zamanaşımının işlemeyeceği açıkça belirtilmişken, kısmi dava için bu yönde bir açıklama ve gerekçeye yer

63

Y. HGK 06.03.2013 gün ve 2012/4-824 E, 2013/305 K.

64

“HMK’nın 107.maddesi ile belirsiz alacak davası olarak bir dava çeşidi hukuk hayatımıza girmiştir. Eldeki dava belirsiz alacak davasıdır. Kısmi dava değildir. Usul hükümlerinin derhal yürürlüğe girmesi ilkesi sebebi ile HMK’nın 107’nci maddesi bu dava bakımından da uygulanır. Davanın taraflarının ya da hâkimin davanın başlangıcında gerçek zararı hesap etmesi mümkün değildir. Başka bir anlatımla davadaki alacak likit değildir. Gerçek alacak bilirkişi raporu ile belirlenmiştir. Bu nedenle ıslahla arttırılan miktar zamanaşımına tabi değildir”.

65

“Yargıtay uygulamasında tam ıslahta zamanaşımı kurumu işletilmediği halde kısmi ıslahta ıslah edilen kısma karşı zamanaşımının işletilmesi adalet ve eşitlik ilkelerine açıkça aykırıdır. Oysa, kısmi ıslahta ıslahı yapan tarafın iradesi yönünde yorum yapılmak zorunluluğu söz konusudur. Kısmi ıslahta zamanaşımı kabul etmek Anayasa Mahkemesi kararının hükümsüzlüğü sonucunu doğurur. Zira önceden dava konusunu artırma engeli söz konusu idi. Bu durum ise adalete erişimi engellemektedir. AYM bu engeli iptal kararıyla kaldırdı. Bu kez zamanaşımı kurumu işletilmekle AYM kararıyla hedeflenen nokta, diğer adıyla adalete ulaşma yolu tekrar iptal edilmiş olmaktadır”.

verilmemiştir. Bu kanımca bilinçli bir düzenlemedir. En azından belirsiz alacak davası ile kısmi dava arasında bir fark bulunması gerekir. Zira belirsiz alacak davasında, dava tarihi ile talep edilen bir alacak vardır. Ancak kısmi davada, bakiye dava tarihi itibari ile talep edilmiş değildir. Bu açıdan ilk karşı oy gerekçeleri de yerinde değildir.

7. Tamamlanmış işlem (Kısmi dava):

1086 sayılı kanun döneminde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmadan açılan davada, 6100 sayılı HMK 109. maddesini uygulanması, kısaca saklı tutulmayan kısmın bu madde uyarınca istenmesi tamamlanmış işlem nedeni ile mümkün değildir⁶⁶.

IV. YARGILAMA AŞAMALARI İLE İLGİLİ UYGULAMALAR:

1. Basit Yargılama:

Basit yargılama usulünde meydana getirilen başlıca değişiklikler ise şöyle sıralanabilir:

Dilekçelerin sunulması aşaması basitleştirilmiştir; “Dilekçelerin verilmesi” kenar başlıklı 317. maddeye göre:

“(1) Dava açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur.

(2) Cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren **iki haftadır**. *Ancak mahkeme durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus*

⁶⁶

“Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 87/son maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildikten sonra ıslah yoluyla müddeabihin artırılması da mümkündür. Ancak, olayımızda davacı dava dilekçesinde talep konusu alacaklardan fazlaya ait haklarını saklı tutmadığı gibi, davayı da kısmi dava olarak açmamıştır. Davacı dava konusu yapmadığı ve saklı tutmadığı kısımlardan zımnen vazgeçmiş ve isteklerini miktarla sınırlandırmış sayılır. (Y.HGK 2004/4-200 E. 2004/227 K.) Bu durumda davacı, isteyebileceği ücretleri dava dilekçesiyle sınırlandırdığından ve fazlaya ait taleplerini saklı tutmadığından fazlaya ilişkin isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken, yerel mahkemece, direnme kararında 6100 Sayılı HMK’nın 109. maddesi gerekçe gösterilerek tamamlanmamış işleme yeni yasanın uygulanacağını belirtilmiş ise de, **davanın 24.12.2008 tarihinde karara bağlandığı ve temyize konu işlemlerin HMK’nın yürürlüğe girişinden önce tamamlandığı, bu nedenle 6100 Sayılı HMK’nın 109. maddesinin somut olayda uygulanma kabiliyeti bulunmadığı anlaşılmakla yerel mahkeme hükmünün bozulması gerekmektedir.** (Y. 9. HD 05.12.2012 gün ve 2012/32447 E, 2012/40930 K).

ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir.

(3) Taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremezler⁶⁷. (*)

(*) Bu hüküm Anayasa Mahkemesi'ne, itiraz yolu ile aykırılık iddiası ile gitmiştir. Ancak kısmi dava ile ilgili hükümde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi, burada da usul ekonomisi-basitlik ilkesini, hak arama özgürlüğüne tercih etmiştir. Ancak kanımca burada hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27) dikkate alınmamıştır. Dava açan taraf, cevap dilekçesi üzerine bazı isnatlarla (örneğin hakaret – hırsızlık – dolandırıcılık, hizmet sebebi ile emniyeti suiistimal gibi suçlamalarla) karşı karşıya kalabilir. Kişilik haklarına saldırı şeklinde olacak bu tür itham ve isnatlara karşı cevap vermemesi düşünülemez.

(4) Dava ve cevap dilekçeleri yönetmelikte belirlenecek formun doldurulması suretiyle de verilebilir.”

Delillerin ikamesi

Madde 318- (1) Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakianın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır.

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı

Madde 319- (1) **İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya**

67

Anayasa Mahkemesi bu hükmün Anayasa'ya "İtiraz konusu kural ile basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerde, davacı ve davalıya birer dilekçe ile iddia, savunma ve delillerini belirtme imkânı verilmiş olup, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi sunma imkânı tanınmamış olmakla, basit yargılama usulüne tabi davaların basit ve hızlı bir şekilde sonuçlanmasını sağlayarak adil yargılanma hakkına ve bireyin menfaatine hizmet ettiği açıkça anlaşılan bu sınırlandırmanın hakkın özüne dokunduğu ve hakkı anlamsız kılacak dereceye vardığı söylenemeyeceği, itiraz konusu kuralın, Anayasanın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı olmadığına" oy çokluğu ile karar vermiştir. Resmi Gazete'nin 13.02.2013 gün ve 28558 no'lu sayısında yayınlanan 22.03.2012 gün ve 2011/125 E, 2012/46 K.

değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar.

Basit yargılamanın ön incelemesi. m. 320-

(1) Mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir.

(2) Daha önce karar verilemeyen hâllerde mahkeme, ilk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları dinler; daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaşlıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe teşvik eder. Tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanağa yazılır; tutanağın altı hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.

(3) Mahkeme, tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılmasını yukarıdaki fıkrada belirtilen duruşma hariç, iki duruşmada tamamlar. Duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamaz. İşin niteliği gereği bilirkişi incelemesinin uzaması, istinabe yoluyla tahkikat işlemlerinin yürütülmesi gibi zorunlu hâllerde, hâkim gerekçesini belirterek bir aydan sonrası için de duruşma günü belirleyebilir ve ikiden fazla duruşma yapabilir.

(4) Basit yargılama usulüne tabi davalarda, işlemden kaldırılmasına karar verilmiş olan dosya, yenilenmesinden sonra takipsiz bırakılırsa, dava açılmamış sayılır.

Hükümlere ilişkin Yargıtay kararları:

Duruşma açılmadan karar verilecek haller:

Sigortalılık başlangıç tarihinin tespitiyle ilgili uyuşmazlıkta; "*HMK'nın 320/1. maddesinde "mahkeme mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar vereceği" belirtilmişse de bunun öncelikle ön inceleme aşamasında ve "mümkün olan hallerde" olduğu belirtilmek suretiyle sınırlı bir alan gösterilmiştir. Buna göre yargılamaya egemen olan ilkelerden olan hukuki dinlenilme hakkı gereğince hâkimin iki tarafa eşit şekilde hukuki dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir. Taraflara hukuki dinlenilme hakkı verilmesi Anayasal bir haktır.*

HMK'nın 320/1. maddesinde duruşmaya davet edilmeden karar verilecek hallerden biri olarak HMK'nın 138. maddesinde belirtilen dava şartları ve ilk itirazlar olduğu belirtilmiştir. Bu durumda **HMK'nın 27. maddesinde de belirtildiği üzere hâkim tarafların açıklama ve ispat hakkını kullanabilmeleri için ilk derece mahkemesinde mutlak surette duruşma yapılması zorunludur.** Bu kuralın istisnası HMK'nın 138. maddesindeki belirtilen **"dava şartları ve ilk itirazlar" yönünden dosya üzerinde inceleme yapma imkânı sağlamıştır.** Buna göre tarafların iddia ve savunmalarının toplanarak duruşma açılması ve tarafların açıklamaları dinlenildikten sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde dosya üzerinden karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir⁶⁸.

Prim borçları yönünden 6111 sayılı Yasadan yararlandırılmasına ilişkin uyuşmazlıkta;

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 320/1 maddesine göre "basit yargılama usulüne" tabi davalarda mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verebilir ise de bunun "mümkün olan hallerde" olduğu belirtilmek suretiyle sınırlı bir alan gösterilmiştir.

Dosya üzerinden karar verilebilecek "mümkün olan haller" belirlenirken HMK'nın 27. maddesinde yer alan ve hukuk yargılamasında temel ilke olarak kabul edilen "hukuki dinlenilme hakkı" kavramının da gözönünde tutulması zorunludur. Taraflara hukuki dinlenilme hakkı verilmesi Anayasanın 36. maddesinde tanımını bulan "hak arama hürriyetinin" gereğidir. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerdiğinden, dosya üzerinden karar verilebilecek hallerin hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmeyecek haller ile sınırlı tutulması doğru olacaktır. Bu nedenledir ki dosya üzerinden karar verilebilecek hallerin, HMK'nın 138. maddesinde yazılı olduğu üzere dava şartları ve ilk itirazlar ile sınırlı tutulması gerekir.

⁶⁸

Y. 21. HD 2012/16205 E, 2012/15686 K)

*Mahkemece duruşma günü verilerek, tarafların açıklamaları dinlendikten ve iddia ve savunmaları çerçevesinde deliller toplandıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken tarafların **hukuki dinlenilme hakkını** ihlal edecek biçimde dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda davanın esası hakkında karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir⁶⁹.*

Aslında hükmün başlığı ön inceleme aşamasına ilişkindir. Kısaca ön inceleme aşamasında basit yargılama usulüne tabi davada esastan karar verilebilir mi, verilemez mi? tartışmalıdır. Kanımca ön inceleme aşamasında da olsa, kanunu gerekçesinden hareketle sunulan deliller yeterli ve bu delillere göre karar verilmesinde herhangi bir sakınca yoksa esastan karar verilmesi usul ekonomisine, iş yargılamasının çabukluk ilkesine uygun olacaktır. Zira hâkim ön inceleme aşamasında öncelikle uyuşmazlıkları tespit eder ve tarafları sulh olmalarını sağlar. Sunulan delillerle uyuşmazlığın olmadığı ve çözümlendiği saptanır, ancak tarafların buna rağmen sulhe yanaşmazlar ise (örneğin işe iade davası açan davacı iş sözleşmesinin kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek feshedildiğini, feshte davranışlarına dayanılmasına rağmen savunmasının alınmadığını iddia ederek, feshin geçersizliği istemi ile dava açtığında, davalı cevap dilekçesinde ve delillerinde savunma alındığına dair kayı sunmaz ve bu iddiaya karşı bir cevap vermez ise, savunma alınmadığı uyuşmazlık dışıdır)

69

Oy çokluğu ile 21. HD 03.10.2012 gün ve 2012/19028 E, 2012/16235 Karar.

Karşı oy gerekçesi: "01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 320/1 maddesine göre "basit yargılama usulüne" tabi davalarda mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verebilir. Anılan Yasa maddesinde "mümkün olan hâllerin" tanımı yapılmadığı gibi Yasanın 138. maddesinde olduğu gibi dosya üzerinden karar verilebilecek hallerin "dava şartları ve ilk itirazlara" özgü olduğuna dair bir sınırlama da getirilmemiştir. HMK'nın 320/1 maddesinin hükümet **gerekçesinde mahkemenin, dilekçelerin verilmesi aşamasından sonra, dilekçeler ve dosyada yer alan deliller yeterli görülüyorsa, ayrıca ön inceleme yapmadan ve duruşma açmadan da karar verebileceği açıkça ifade edilmiştir.** Mahkemece, taraflar duruşmaya davet edilmeden dosya üzerinden karar verilen hallerde, dosyada yer alan kayıt ve belgelerin hüküm kurmaya elverişli olup olmadığının temyiz aşamasında değerlendirilmesi ve mümkün olmadığı belirlenir ise bu nedenle kararın bozulması mümkün ise de bu yönde bir değerlendirme yapılmaksızın yalnızca dosya üzerinden karar verilmesi nedeniyle kararın bozulması anılan Yasa maddesine uygun değildir.

ön inceleme aşamasında esastan karar verilmesi usul ekonomisine uygun olacaktır.

Ancak Hukuk Genel Kurulu bu yıl verdiği kararda, İcra İflas Kanununun açıkça atıf yapmaması nedeni ile HMK'nın 320. maddesi uyarınca duruşma yapılmadan karar verilemeyeceğini dair Özel Daire kararına⁷⁰ karşı direnilmesi üzerine, Özel Daire kararını benimseyerek direnmeyi bozmuştur⁷¹.

⁷⁰ Uyuşmazlık, 2004 Sayılı İİK'nın 10.babında kiralanın taşınmazların tahliyesini düzenleyen 269 ve devamı maddelerine dayanılarak açılan bir davada 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nın 320/1 maddesi karşısında tarafların duruşmaya davet edilmeksizin dosya üzerinden karar verilip verilmeyeceği noktasındadır. Bilindiği gibi icra mahkemeleri icra-iflas işleri için kurulmuş, kendine özgü kuralları olan özel bir yargı organıdır. İİK'nın 18.maddesinde icra mahkemesine arz edilen hususlarda basit yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiş, aynı Kanunun 70.maddesinde icra mahkemesinin itirazın kaldırılması hakkındaki talep üzerine iki tarafı davet ettikten sonra 18.madde hükmüne göre karar vereceği düzenlenmiştir. Öte yandan İİK'nın 269/d maddesinin uygulanması gereken maddeler arasında gösterdiği 70.maddesine göre, 18.maddede düzenlenen, aksine hüküm bulunmayan hallerde icra mahkemesi duruşma yapılmasına gerek olup olmadığını takdir eder hükmü ilamsız tahliye takibinde uygulanmamalıdır. İcra mahkemesinin duruşma yapması zorunludur.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nın 320/1 maddesinde düzenlenen mahkeme, mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir hükmü yukarıda açıklanan İİK'nın ilgili maddeleri ile takip hukuku açısından yorumlanmalı ve değerlendirilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki anılan maddeye göre duruşma yapmadan karar verilebilmesi için hukuken bunun mümkün olması gerekir. Başka bir anlatımla ancak hukukun cevaz verdiği "ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz vb gibi" veya İİK'nın 17-18 maddelerinde öngörülen şikayet davalarında olduğu gibi Kanunun duruşma açılmadan dosya üzerinden karar verilmesinde hakime takdir hakkı tanıdığı hallerde dosya üzerinden karar verilebilir. Kanunun açıkça duruşma açılarak yargılama yapılmasını emrettiği durumlarda dosya üzerinden karar verilemez. Bu arada HMK'nın hukuki dinlenilme hakkı başlıklı 27. maddesi, T.C. Anayasası'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılama hakkına ilişkin 6. maddesi de dikkate alınmalıdır. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 18.04.2012 gün ve 2012/3253 E., 2012/6153 K.

⁷¹ "Bilindiği üzere, kiralanın taşınmazların tahliyesine ilişkin olarak 2004 sayılı İcra İflas Kanununun (İİK) 269 ve devamı maddeleri uygulanmakta olup, aynı yasanın 269/d maddesinde bu takip yolunda kıyasen uygulanacak maddeler düzenlenmiştir. İİK'nın 70. maddesi de kıyasen uygulanacak hükümler arasında yer almaktadır. İİK'nın 70. maddesine göre, İcra Mahkemesi, itirazın kaldırılması hakkındaki talep üzerine iki tarafı davet eder ve 18 inci madde hükmüne göre kararını verir. İİK'nın 18. maddesinde de, İcra Mahkemesi'ne arz edilen hususlarda basit yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmektedir. İcra

2. Ön incelemede duruşma:

Burada en önemli sorunlardan biri de ön inceleme aşamasında duruşma yapılıp yapılmayacağı sorunudur. Dairemiz incelemesinden geçen ve onanan Kozan Asliye Hukuk (İş) Mahkemesinin bu konudaki uygulaması, Dairemizce isabetli bulunmuştur. Mahkeme her ne kadar ön inceleme aşamasında duruşma açılmaması esas ise de, karşı taraf beyanlarının duruşma sırasında alınmasının önemli ve gerekli olması, tanık dinlenilmesi gerekliliği gibi gerekçelerle ön inceleme aşamasının duruşmalı yapılmasına karar vermiş ve cevap dilekçesi verilmesi, sulh için hazırlık yapılması, duruşmaya gelinmediği takdirde yokluğunda devam edilmesi, dava dilekçesinde belirtilen delillerin toplanması, tanıkların çağırılması kararı verilmiş ve ilk duruşma aşaması ön inceleme aşaması olarak değerlendirilmiştir.

Gerçekten de **ön inceleme aşaması kanımca basit yargılama usulünde duruşmalı olarak da yapılabilir ve ilk duruşmada hâkim, HMK 420/2. maddesi uyarınca dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları dinler; daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hakim, tarafları sulhe teşvik eder. Tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanağa yazılır; tutanağın altı hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür ve sonraki duruşmada tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılması tamamlanabilir.**

Mahkemesi duruşma yapılmasını uygun gördüğü takdirde ilgilileri en kısa zamanda duruşmaya çağırır ve gelmeseler bile gereken kararı verir. Öyle ise mahkemece, İİK'nın 269/d maddesi aracılığı ile 70. madde uyarınca duruşma yapılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bozma ilamında değinildiği gibi duruşma yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. Y. HGK 27.02.2013 gün ve 2012/6-762 E, 2013/278 K.

3. Dava şartları:

a) Kesin hüküm:

Dava şartlarından bazıları olumlu (davanın açılması sırasında var olması gerekli); bazıları ise **olumsuz** (davanın açılması sırasında bulunmaması gereken) şartlardır.

Dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir **kesin hüküm** ile [1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) madde 237; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 114/1-i] çözümlenmemiş olması da dava şartıdır. Bu şart, olumsuz dava şartı olarak adlandırılır.

Dava konusu uyuşmazlık hakkında kesin hüküm bulunuyorsa, aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanılarak yeni bir dava açılmaz.

Hukukumuzda kesin deliller sınırlı olup bunlar, ikrar (HUMK madde 236; HMK madde 188), senet (HUMK madde 287; HMK madde 193), yemin (HUMK madde 337; HMK madde 228) ve kesin hükümdür (HUMK. madde 237; HMK madde 303).

Kesin hüküm ancak konusunu teşkil eden iddia hakkında geçerli olabilir; bu nitelikteki bir hüküm nedeniyle yeniden söz konusu edilemeyecek olan, hüküm fıkrasında karara bağlanan husustur. Zira hüküm olmayan yerde kesinlik de olamaz. Bu nedenle olumu veya olumsuz olarak karara bağlanmamış olan bir iddia her zaman yeni bir davaya konu yapılabilir⁷².

b) Hukuki yarar:

6100 sayılı HMK'nın 114. maddesinde davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, dava şartı olarak belirtilmiştir. Belirsiz alacak ve tespit davasında, kanun açıkça alacak miktarının veya değerinin belirlenememesi veya olanaksız olması halinde, davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının varsayılacağını öngörmüştür. Kısaca dava açıldığında alacak belirli değil veya tartışmalı ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılması için hukuki yarar vardır.

⁷²

Y. HGK 13.06.2012 gün ve 2012/21-176 E, 2012/382 K.

Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslîlik – ferîlik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine **davaların yığılması** denir (HMK m. 110). Birden fazla istemin yer aldığı ve işçi - işveren uyuşmazlıklarında işçinin işçilik alacakları için açtığı davanın örnek teşkil ettiği bir dava türüdür. Davacı birçok talebini, tek bir dava dilekçesi ile talep etmektedir. Aslında kural olarak talep sayısınınca dava mevcuttur. Davacı her bir talebi için dava dilekçesinde olguları (vakıaları) ayrı ayrı belirtmek ve ispat yükü kendisinde ise ispat etmek zorundadır. Yapılan yargılamada her bir talep hakkında ayrı ayrı inceleme yapılır. Yargılama sonunda da her biri hakkında olumlu veya olumsuz karar verilir. İşte davaların yığılması halinde, davacının isteklerinin bir kısmı belirli bir kısmı belirsiz alacak davası konusu olabilir. Bu durumda talep edilen alacaklardan açıkça belirli olan ve tartışmalı olmayanlar için belirsiz alacak davası veya kısmi dava ile talepte bulunulamaz. Bu nedenle dava şartlarının da her talep açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bir talep için dava şartının yokluğu, dava şartı olan ve gerçekleşen talepler içinde davanın usulden reddini gerektirmez⁷³.

01.10.2011 tarihinde yürürlükte bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda tespit davası olarak bir dava türüne yer verilmemiştir. Ancak bazı durumlarda tespit davasının mümkün olduğu yargı kararları ile kabul edilmiştir. Eda davası açılması mümkün olan hallerde tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığı kabul edilmektedir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise tespit davası yanında (m. 106), belirsiz alacak ve tespit davası (m. 107) türüne yer verilmiştir. Keza 6100 sayılı Yasanın 114. maddesinde dava şartlarına yer verilirken, hukuki yarar şartının da dava şartı olduğu, 115. maddesinde ise "Mahkemenin, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracağı, taraflarca her zaman ileri sürülebileceği, dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, davanın usulden reddedilemeyeceği" açıkça belirtilmiştir. Kanunun 448.

⁷³

Y. 9. HD 04.02.2013 gün ve 2012/395885 E, 2013/4157 K.

Maddesinde "Bu kanun hükümlerinin, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağı" açıklanmıştır.

Bu nedenle **1086 sayılı HUMK zamanında açılan, ancak hukuki yarar şartı bulunmayan bir davanın yargılaması HMK zamanında da devam etmesi halinde, hukuki yarar şartının HMK hükümlerine göre gerçekleşmesi halinde, davanın usulden reddedilmemesi gerekir⁷⁴.**

21. HD iş kazası nedeni ile sigortalılığı geç bildirildiği belirtilerek idari para cezası kesilen, iş göremezliğe dayalı ve kurumun rücuen tazminat davası açılması tehdidi altındaki işverenin, sigortalının kendi işçisi olmadığını tespitine yönelik davada hukuki yararının var olduğunu belirtmiştir⁷⁵.

c) Derdestlik:

Bir dava ile görülmekte olan başka bir davanın aynı dava olduğunu söyleyebilmek için; maddi anlamda kesin hükümdeki gibi; her iki davanın taraflarının, dava konusunun ve dava sebeplerinin aynı olması gerekir. İki davanın taraflarının aynı olması için tarafların her iki davada da aynı sıfatla davacı veya davalı sıfatıyla hareket etmiş olmaları gerekmez. Derdestlik itirazında dava sebebinden maksat da hukuki sebepler değil davanın dayanağını teşkil eden vakialardır. Her iki davanın taraflarının, konusunun ve dava sebeplerinin aynı olduğu kanısına varılırsa 1086 sayılı

⁷⁴

Y. 9. HD 23.01.2012 gün ve 2011/51613 E, 2012/1076 K. "Somut uyuşmazlıkta dava tespit davası türüne yer vermeyen HUMK'un yürürlükte olduğu zaman açılmış ve karar verilmiştir. Ne var ki dava dilekçesi incelendiğinde davacı vekili toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiğinin tespiti yanında miktar belirtmeksizin ödenmeyen farkın tahsiline de karar verilmesini talep etmiştir. Dava açıldığında mahkemece tahsil istemi de dikkate alınarak talep edilen miktarın açıklattırılması, harcın tamamlattırılması gerekirdi. Zira salt tespit istemi bulunmamaktadır. Mahkemece bu olgu gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır. Diğer taraftan temyiz aşamasında 01.10.2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdiğinden davacının isteminin kanunun 106, 107 ve 115. maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira davada, davacının istemi tespit yanında alacağın tahsilini de kapsadığından dava şartı olan "hukuki yarar" belirsiz olacak ve tespit davası yönünden gerçekleşmiştir. O nedenle dava hakkında esas yönelik deliller toplanılarak, alınan bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

⁷⁵

Y. 21 HD. 31.10.2012 gün ve 2012/19527 E, 2012/18186 K.

HUMK'un 187/4 ve 194 maddeleri gereği ikinci davanın açılmamış sayılmasına, 6100 sayılı HMK'nın 114/ ı ve 115/2 maddelerine göre ise davanın usulden reddine karar verilmelidir⁷⁶.

Diğer taraftan da Hukuk Genel Kurulu'nun 1996/19-461 Esas, 607 Karar sayılı kararında da belirtildiği gibi; davanın açılmamış sayılma kararı temyizi kabil bir karar ise de, derdestlik yönünden kararın kesinleşmesini aramaya gerek yoktur. Derdestlik dosyanın işleminden kaldırılması tarihinden itibaren üç aylık süre ile sınırlı olmalıdır. Bu süre hak düşürücü süredir. Ancak davanın açılmamış sayılmasını gerektiren şartların doğumu ile dava kendiliğinden ortadan kalkar ve derdest olmaktan çıkar.

Keza 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 10. maddesinde Bölge Çalışma Müdürlüğünden mahkemeye tevdi edilen evrak üzerine mahkeme resen gün tayin edip tarafları davet ettikten sonra müracaat sahibinin davacı olduğunu tespit ve zabıtnameye imzasının oluşmasından bahsetmiştir. Bu itibarla Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün evrakı mahkemeye intikali yasada da açıkça belirtildiği gibi bir tevdi işlemidir. Dava ancak davacının davacı olduğunu tespit ve tutanağa imzası alındıktan sonra dava açılmış sayılır. Dolayısı ile davacı tespiti ve tutanağa imzası bulunmadan, idari yoldan açılan davanın derdestliğinden söz edilemez⁷⁷.

5. Dava dilekçesinde eksiklikler:

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın "Dava Dilekçesinin İçeriği" başlıklı 119. maddesine göre dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

a) Mahkemenin adı.

b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri.

c) Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.

ç) Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.

⁷⁶ Y. 9. HD 27.03.2012 gün ve 2012/10252 E, 2012/10066 K

⁷⁷ Y. 9. HD 12.12.1983 gün ve 1983/81988 E, 1983/10535 K.

d) Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri.

e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.

f) İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.

g) Dayanılan hukuki sebepler.

ğ) Açık bir şekilde talep sonucu.

h) Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası.

Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır.

HMK'nın 318. maddesine göre taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır.

HMK'nın 119/2 maddesinde birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentlerinde yer alan hususların eksik olması hâlinde ne şekilde karar verileceğine dair bir düzenleme bulunmadığından bu hallerde mahkemenin ne şekilde karar vermesi gerektiği sorusunun yanıtı yasanın diğer hükümleri de göz önünde tutularak belirlenmelidir.

HMK'nın 119/e bendine göre "Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri" dava dilekçesinde bulunmalıdır. Somut olayda davacı, iddiasının dayanağı olan vakıaları dava dilekçesinde açıklamıştır. Vakıalar davanın gerçek sebebi ve temeli olup HMK'nın 119. maddenin (e) bendine göre vakıaların dava dilekçesinde tutarlı ve anlaşılabilir şekilde özet halinde yer alması yeterli ve gereklidir. Yasa metninde yer alan "vakıaların sıra numarası altında açık özetleri" ile amaçlanan da budur.

Vakıaların dava dilekçesinde bulunmaması halinde dahi bu eksikliğin tamamlanması mümkün olduğundan Yasanın 119/2 maddesine kıyasen davacıya bir haftalık kesin süre verilmeli, bu

süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılmalıdır.

HMK'nın 119/e bendinde yer alan hüküm ile davaların usul ekonomisi ilkesine uygun bir biçimde makul bir sürede sonuçlanması amaçlandığından tamamlanması mümkün bir eksiklik bulunması halinde davanın açılmamış sayılması yerine bu eksikliğı tamamlaması için davacıya kesin süre verilmesi hukuk devletine ve yasa koyucunun amacına daha uygun olacaktır⁷⁸.

Dava dilekçesinde yer alan hususlar HMK'nın 119. maddesinde düzenlenmiş olup maddenin (g) bendine göre dava dilekçesinde "dayanılan hukuki sebepler" hususunun yer alması gerekir ise de HMK'nın 33. maddesine göre hâkimin Türk Hukukunu resen uygulaması gerektiğı gibi bu hususun eksik olması hâlinde davanın açılmamış sayılmasına da karar verilemez.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular çerçevesinde; dava dilekçesinde "dayanılan hukuki sebepler" hususunun yer almaması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilemeyeceğı gözetilmeden yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir⁷⁹.

6. Zamanaşımı ve ileri sürülmesi:

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliğı ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu incelemesi mümkün değildir.

Zamanaşımı, bir maddi hukuk kurumu değildir. Diğer bir anlatımla zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır.

⁷⁸ Y. 21. HD 05.12.2012 gün ve 2012/16739 E, 2012/22171 K.

⁷⁹ Y. 21. HD 10.10.2012 gün ve 2012/12757 E, 2012/17030 K.

Cevap dilekçesinde zamanaşımı def'i ileri sürülmemiş ya da süresi içinde cevap dilekçesi verilmemişse ilerleyen aşamalarda 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 141/2 maddesi uyarınca zamanaşımı def'i davacının açık muvafakati ile yapılabilir.

1086 sayılı HUMK yürürlükte iken süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı define davacı taraf süre yönünden hemen ve açıkça karşı çıkmamışsa (suskun kalmamışsa) zamanaşımı def'i geçerli sayılmakta iken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun uygulandığı dönemde süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı definin geçerli sayılabilmesi için davacının açıkça muvafakat etmesi gerekir. Başka bir anlatımla 01.10.2011 tarihinden sonraki uygulamalar bakımından süre geçtikten sonra ileri sürülen zamanaşımı def'ine davacı taraf muvafakat etmez ise zamanaşımı defi dikkate alınmaz.

Zamanaşımı definin cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla ileri sürülmesi de mümkündür⁸⁰.

7. İspat yükü:

İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. **İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.**

İşçinin işverene karşı ekonomik, hukuki ve kişisel olarak bağımlı olması nedeniyle, onun işveren karşısında korunması iş hukukunun ana kuralı olarak kabul edilmektedir. Güçlü karşısında güçsüzün korunması hukukun genel ilkelerindendir. Bu ilke maddi hukukta işçi lehine yorum ilkesi olarak karşımıza çıkarken, usul hukukuna yansısı ise işçinin (zayıfın) korunması şeklinde olmuştur. Bu nedenle iş yargılamasında;

a) Takdiri deliller ön planda bulunur. Çalışma ve fesih olguları, hukuki fiiller olduğundan tanık dinlenmesini gerektirir.

⁸⁰

Y. HGK. 04.06.2011 gün 2010/ 9-629 E. 2011/ 70. K.

Fesih olgusu dışında, ücretin ödendiği, yıllık ücretli izin kullandırıldığı konusunda ise işverene kesin delillerle kanıtlama yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak fesih işleminin hukuki işlem olması nedeni ile kanunda özellikle işveren açısından yazılı yapılması gerektiği yönünde düzenlemeler getirilmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 19/1 - ki bu geçerlilik şartıdır- (davranışlara dayanması halinde ise savunma alınması fıkra 2) feshin yazılı yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi gibi.

Deniz İş Kanunu(mad. 18): Hizmet akdinin işveren veya işveren vekili tarafından feshedilmesi halinde sebepleri ile birlikte gemi adamına yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Bildirim imkânı olmayan hallerde durum bir tutanakla tespit olunur.

İş şartlarında esaslı değişikliğin yazılı yapılması işveren açısından ispat şartı olarak getirilen düzenlemelerdendir. (4857 s. İş Kanunu m. 22).

Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda her iki taraf için fesih işleminde fesih sebebinin yazılı yapılması gerektiği 435. maddede belirtilmiştir. Bunun da geçerlilik değil, ispat şartı olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca bu hükmü özel kanun olan 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında kalan işçilere uygulanması olanağı da tartışmalıdır. Borçlar Kanunu kapsamında kalan işçiler için düşünmek gerektiği düşüncesindeyim.

b) Karineler: İş yargılamasında takdiri delillerin ön planda olması, kayıtların işveren tarafından tutulması nedeni ile karineler de önem kazanmaktadır.

Yasal karineler, Bu konuda en önemli karine BÇM iş müfettişlerinin raporlarıdır.

BÇM iş müfettişlerinin işçilik alacakları ve muvazaa tespitine ilişkin raporlarının aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğuna ilişkin, 4857 sayılı İş Kanununun 3 ve 92. maddeleri adi yasal karinelerdir.

Fiili karineler:

Yargıtay'ın iş yargılamasında en önemli fiili karine olarak kabul ettiği karine, hayatın olağan akışı ölçütüdür. Bu karineden hareketle;

* Vasıflı işçinin asgari ücretle çalışmayacağı, (9. HD 07.10.2010 gün, 2008/33315 E, 2010/27905 K)

* Uzun kıdeme sahip işçinin yasal tazminat haklarını geride bırakarak işyerinden nedensiz yere ayrılmayacağı,

* Cinsel tacizde mağdurun beyanının esas alınabileceği (bu karine ile birlikte ilk görünüş ispatı karinesi de dikkate alınarak) (9. HD, 12.10.2009 gün, 2009/115 E., 2009/24348 K. "Cinsel suçların, işleniş şekli dikkate alındığında, mağduru tek başına kollama ve görgü tanığına olanak bırakmama gerektiren bir özelliği vardır. Nitekim olay tutanağını düzenleyen tanıklar, davacı ve diğer bayan işçiyi tartışırken ve karşılıklı birbirlerine hakaret ederken gördüklerini, daha öncesini bilmediklerini belirtmişlerdir. Bu tartışma ve hakaret olayının herhangi bir neden olmadan çıkması hayatın olağan akışına aykırıdır").

* Her gün normal mesaisinin üzerinde sürekli olarak fazla çalışma yapılamayacağı, bütün tatillerde çalışılmayacağı, ara dinlenme yapılmadan çalışılmayacağı (9. HD 03.03.2011 gün, 2009/5204 E, 2011/5925)

c) İspat yükü konusunda genel ispat kuralı dışında kanunlarda açıkça ispat yükünün tarafa yüklendiği durumlar getirilmiş, bunun yanında genel ispat kuralının istisnası olan birçok karine kabul edilmiştir. (4857 sayılı İş Kanununun 20/2 maddesi -Geçerli nedenle feshi işverenin ispatlayacağı, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi- iş güvencesi kapsamında kalmayan işçinin sendikal tazminat isteğinde bulunması halinde işveren feshin sendikal nedene dayanmadığını kanıtlamak zorundadır.

HMK 194. maddede vakıaları somutlaştırma yükü getirilmiştir. Gerekçede, genel geçer ifadelerle, somut vakıalara dayanmadan dava açılıp yürütülemeyeceği belirtilmiştir. Örneğin davacının uzun süre işyerinde çalıştığı ve yasal haklarının ödenmediği belirtilerek, feshin kim tarafından ve ne şekilde yapıldığı açıklanmaksızın kıdem, ihbar, izin, fazla çalışma vs. işçilik alacaklarının talebi yasaya uygun değildir. Böyle bir durumda hâkimin HMK 31. madde kapsamında davayı aydınlatması gerekir.

İş davalarında, işçinin işe giriş ve varsa ara verme ve fesih tarihleri, unvanı, aldığı ücret ve varsa ekleri açıklanmalı, iş sözleşmesi feshedilmişse kim tarafından hangi nedenle feshedildiği belirtilmeli, çalışma düzenine dair somut açıklamalara yer verilmeli, uyuşmazlıkta önemli ise çalışma koşulları açıklanmalıdır. Talep kısmında ise davaya

konu tazminat ve alacaklar isimlendirilerek miktarlar gösterilmelidir. Örneğin işçinin çalışılan dönemde sürekli fazla çalışma yaptığı şeklindeki beyan yeterli görülmemelidir. Günlük, haftalık veya aylık olarak fazla çalışma süreleri açıklanmalıdır. En azından günde 3 saat fazla çalışma yaptığı şekilde bir talepte bulunulmalıdır.

HMK 194. maddesinin 2. fıkrasına göre, ayrıca tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delili hangi vakianın ispatı için gösterdiklerini açıklamaları gerekir. Delillerin gösterilmesi ve deliller ile ispatı gereken vakıalar arasında bağ kurulması somutlaştırma yükümünün gereğidir. Örneğin aylık ücret ispatı konusunda banka kayıtlarına dayanılacağı, işe giriş tarihinin tanıkla ispatlanacağı, fazla çalışma yönünden puantaj kayıtlarına tutunacağı vb. belirtilmelidir.

İş görme borcu işçi tarafından kanıtlanmalıdır. İş sözleşmesinin varlığı, sözleşmenin türü kural olarak işçi tarafından ispatlanmalıdır. Bu konuda yazılı iş sözleşmesi veya diğer yazılı deliller yoksa tanık delili ile iş ilişkisinin varlığı kanıtlanmalıdır. Sözleşmenin belirli süreli olup olmadığı noktasında ispat yükü davanın türüne göre değişebilir. İşçinin bakiye süre ücreti talep ettiği davada, ispat yükü işçidedir. Ancak işe iade davasında iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu konusunda ispat yükü işverende sayılabilir.

İşyerinde işe başlama süresi ile işten ayrılma süresinin yine aralıklı çalışma olup olmadığına dair ispat yükü, işçi üzerindedir.

Ücretin miktarını ispat yükü de işçi üzerindedir. Bireysel ya da toplu iş sözleşmesi, ücret hesap pusulası, ücret bordrosu, bankaya işçi adına ödemeyi gösteren kayıtlar yazılı delil niteliğindedir.

Bu noktada HMK 199. maddesi değerlendirilmelidir. Madde “belge” başlıklı olup, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü ve ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve benzeri bilgi taşıyıcıları belge niteliğinde sayılmıştır. Görüldüğü üzere senetten çok daha kapsamlı bir tanım yapılmış ve örnek kabilinden ispat araçları sayılmıştır.

Yapılan düzenlemelerin işçinin ücretinin belirlenmesi noktasında işverence düzenlenen ve işçinin imzasını taşıyan bordroların delil değerini arttırdığı tartışılabilir ise de, çalışma yaşamındaki kayıt dışılık ve denetim

eksiklikleri en aza indirilmeden salt yasal düzenleme ile gerçeğe ulaşmanın mümkün olmadığı yönündedir.

Ücretin ispatı ile ilgili en temel sorun, işveren kayıtlarında ücretin düşük gösterilmesi iddiasına dayalı ispat yükü üzerindedir. Bu noktada işçinin imzasını içeren iş sözleşmesi, ücret bordroları hatta banka kayıtlarının gerçeği yansıtmaması ihtimal dâhilindedir. Yazılı delille ortaya konulan bir vakianın aksinin tanık beyanları ya da meslek örgütünden ücret araştırması gibi delillerle kanıtlanması, medeni usul hukuku ilkelerine uygun değildir. Ancak konu çok sayıda Yargıtay kararında açıklandığı üzere *"çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir"*⁸¹. Yargıtay'ın, ücret konusunun tartışmalı ve taraf delillerinin eşdeğer olduğu durumlarda ilgili meslek kuruluşunda ücret araştırması yapıldıktan sonra tüm delillerin yeniden değerlendirilmesi gerektiği yönünde çok sayıda kararı vardır⁸².

Şu hale göre meslek örgütlerinin bildirdiği ücretler takdiri delil niteliğindedir. Mahkeme diğer yazılı ve sözlü delilleri de değerlendirmeli ve gerçek ücreti belirlemelidir.

Mahkemelerin bu yönde yapacakları araştırmanın yasal dayanağı Türk **Borçlar Kanununun 401. maddesidir**. Yazılı delil bulunmayan ya da yazılı delillerin çelişkili ve inandırıcı olmadığı hallerde mahkeme, emsal (daha önce adet) olan ücreti tespit için meslek örgütlerinden araştırma yapmalıdır.

81

Y. 9. HD, 07.12.2009 gün, 2008/11830 E., 2009/33853 K.

82

Yargıtay 9. HD 12.02.2009 gün, 2007/34495 E, 2009/2359 K; Yargıtay 9. HD 10.04.2006 gün 2005 /29688 E, 2006/8901 K. ve

Yargıtay 9. HD 05.05.2003 gün 2002/24400 E, 2003/7635 K.

Bu konuda en önemli sorun ücretin ispatı konusunda Yargıtay İş Daireleri arasında bir uygulama birliğinin bulunmamasıdır.

İş yargılaması ilkelerinden biri emredicilik ilkesi olup, bu ilke gereği bazı dava türlerinde resen araştırılma yapılması gerekir. Hizmet tespiti davası da bu türdendir⁸³.

İş hukukunun kamusal yönü nedeni ile kendiliğinden harekete geçme ilkesi (kural olarak çekişmeli yargı da uygulanmaz ise de) yeri geldiğinde iş yargılamasında uygulanmaktadır. İş görme unsurunun sigorta primleri, ücret unsurunun da aynı prim yanında, gelir vergisi, işsizlik sigortası primi açısından önemli olması nedeni ile kamusal tarafı da bulunmaktadır. Bu nedenle işçinin hizmet süresinin ve gerçek ücretinin tespiti önemlidir.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Hukuki fiil olduğu için, kural olarak her türlü delile kanıtlanabilir.

Ancak, imzalı ücret bordrolarında fazla çalışma tahakkuku yer almaktaysa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi halinde **yazılı delil aranmaktadır.** İşçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki **ihtirazi kaydının** bulunması halinde, **bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir.** Yargıtay'a göre işçiye **bordro imzalatılmadığı halde,** fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren **her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla**

83

"Sosyal güvenliği oluşturan birtakım hukuk kuralları bulunmaktadır ve söz konusu kurallar yönünden incelendiğinde sosyal güvenliği bir hukuk dalı olduğu sigortalar; sosyal koruma, dayanışma, sosyal denkleştirme, zorunluluk ilkelerine dayanmakta olup, özellikle inceleme konusu 5510 sayılı Kanunun 56'ncı maddesi yönünden önem arz eden sosyal koruma ilkesiyle, toplumun ekonomik ve sosyal yönden en fazla gereksinimi olan bireylerini/gruplarını koruma, güvenceye kavuşturma ve onlara hizmet amaçlanmakta, yaşamlarını sürdürebilmeleri için bu kişilerin sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınması hedefi öne çıkmaktadır. (10. HD 24.01.2012 gün ve 2010/11457 E, 2012/929 K).

"01.10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri esas alınarak kendiliğinden araştırma ilkesi benimsenmeli, sigortalılığın kabulü ve hüküm altına alınabilmesi için mutlak koşul niteliğindeki hizmet akdinin ve eylemli çalışmanın varlığı ortaya konulmalıdır. Y. 10. HD 29.11.2011 gün ve 2011/14935 E, 2011/16540 K.

yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde **fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması** gerektiği sonucunu doğurmaktadır⁸⁴. Ancak Dairenin bu kararından sonra özellikle bordrolarda ayda 1 veya 2 saat fazla mesai ödemesi görünmesi üzerine, Yargıtay hakkın kötüye kullanılamayacağı ilkesinden hareketle, bu kararını yumuşatmış ve tahakkuku aşan çalışmaların tanıkla ispatının mümkün olduğunu kabul etmiştir⁸⁵.

Son zamanlarda (özellikle devredilen küçük beldelerde) kamu işverenlerine karşı işçilerin açtığı fazla mesai ücret isteğini içeren davalarda, fazla mesai yapıldığının kayıt ve belgelerle kanıtlanması gerektiği şeklinde içtihat oluşturulmuştur⁸⁶.

Keza bu tür kararlarda şunlara da vurgu yapılmıştır.

* Yerleşim ve nüfus yoğunluğu bakımından da iddia edildiği gibi tatil günleri dahil fazla mesai yapılmasını gerektirecek yoğunlukta çalışmayı gerektirmediği,

* Davalının kamu kurumu olduğu, işçi çalıştırma ve çalışma usullerinin kayıtlara dayanması gerektiği için, özellikle puantaj kayıtları, varsa fazla mesai çizelgeleri, işyerine giriş çıkış kayıtları, görevlendirme yazıları, ücret bordroları getirtilip yasal ve hukuksal gerekçelere göre incelenip değerlendirilmesi gerektiği.

Vurgulanan bu karineler isabetli olmakla birlikte; bu kararların genel kuralı değiştirmemesi ve genele teşmil etmemesi gerektiğini düşünüyorum. Zira belirtildiği gibi çalışma olgusu hukuki fiildir ve her türlü delille kanıtlanabilir. Bu tür kararların, işyerinin küçük olması, tanıkların aynı konumda dava açan kişiler olması dikkate alınarak verildiği gözden uzak tutulmamalıdır.

⁸⁴ 9.HD 04.11.2010 gün, 2009/38709 E, 2010/31550 K.

⁸⁵ 9.HD 31.03.2009 gün 2008/12950 E, 2009/8944 K.

⁸⁶ 9. HD 21.03.2013 gün ve 2013/2561 E, 2013/2302 Karar. "davacının fazla çalışma yaptığı, ulusal bayram genel tatil günlerinde çalıştığı yazılı kayıtlar ile ispatlanamadığı için bu taleplerin reddine karar vermek gerekirken soyut tanık beyanlarına itibar edilerek" şeklinde).

Fesihte ispat:

İş sözleşmesini fesheden tarafın belirlenmesi, ispat yükünün kimde olduğunun tespiti noktasında çok önemlidir. Gerçekten, çoğu zaman, **işçi tarafı, iş sözleşmesinin işverence nedensiz ve bildirimsiz olarak feshedildiğini** iddia ederken, **işveren tarafıysa işçinin istifa ederek veya işyerini terk ederek iş sözleşmesi kendisinin feshettiğini** ileri sürebilmektedir. Yargıtay bu gibi durumlarda, tarafların karşılıklı olarak birbirlerine gönderdikleri **iharnameler, tutanak ve fesih yazıları, tanık beyanları**, Bölge Çalışma müdürlüklerine yapılan **şikâyet ve yapılan soruşturma** evrakı gibi delillere göre iş sözleşmesini fesheden tarafın kim olduğunu belirlemektedir (9. HD 11.11.2010 gün, 2008/ 43820 E, 2010/33694 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 497).

4857 sayılı İş Kanununun 20/II.c.1 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu kanıtlayacaktır. Buna göre fesih işlemi yazılı yapmış olması, belli durumlarda işçinin savunmasını istediğini belgelemesi, yazılı fesih işleminin içeriğinde dayandığı fesih sebeplerini somut ve açık olarak göstermiş olması gerekir. İşverenin biçimsel koşulları yerine getirdiği anlaşıldıktan sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunun kanıtlanması aşamasına geçilecektir. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz (9. HD, 30.06.2008 gün, 2007/42772 E, 2008/18082 K).

Sendikal fesih karinesi; işçi ve işveren tarafın işverenin görünüşteki fesih iradesinin arkasına geçerek, gerçek fesih iradesi ve amacını sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, iş ilişkisinin devamı sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiği şeklinde hâkimin çıkardığı sonuçlardır. Sendikal fesih karinesi iş hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının doğruluğu hakkında hâkimin kanaat oluşturmaya yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam,

toplu görüşmeler, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu sonuçlar ve değer yargıları feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığı iddiasını arttırıyorsa sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmeli; işverenin feshin başka bir nedene dayandığını ispatlayamaması halinde uyusmazlık işçi lehine çözümlidir⁸⁷.

8. İslah ile ilgili sorunlar:

a) Bozmadan sonra ıslah yapılıp yapılmayacağı sorunu:

Bu konuda Daireler arasında farklı görüşler vardır. 4. HD 1086 sayılı HUMK dönemi gibi bozma esasa yönelik ise ıslah yapılmayacağı yönünde kararlarını devam ettirirken⁸⁸, Yargıtay 9. HD HMK döneminde tahkikatın bozmadan sonra da devam ettiğini ve tahkikat tamamlanincaya ıslah yapılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁸⁹.

⁸⁷

9. HD 14.04.2008 gün ve 2008/5098 Esas, 2008/8319 Karar "fesih tarihi itibari ile çalışanlardan kaç işçinin sendika üyesi olduğu, kaçının üyelikten çekildiği, üyelikten çekilip de çalıştırılan işçi olup olmadığı, çıkarılan sendika üyelerinin toplu iş sözleşmesi yetkisini etkileyip etkilemediği, kaç işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği ve işten çıkarılanların tamamının sendika üyesi olup olmadığı, halen işyerinde çalışan sendikalı işçi bulunup bulunmadığı"

⁸⁸

Dava tarihinde yürürlükte bulunan HUMK'un 84. maddesi ile bu konuya ilişkin 04/02/1948 tarih ve 1944/10-1948/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca; bir yargılama işlemi olan ıslah, soruşturma ve yargılama bitinceye kadar yapılabilir. Karar, temyiz incelemesi sonucunda bozulduktan sonra artık ıslah yapılamaz. Aynı düzenleme, yargılama aşamasında yürürlüğe giren 6100 sayılı HUMK'un 177/1. maddesinde de yer almıştır. Davacı, bozma kararından sonra ek dava yolu ile istemde bulunabilir. Şu durumda, ıslah dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekir. Karar, açıklanan nedenlerle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir". (07.02.2012 gün ve 2011/14957 E, 2012/1589 K)

⁸⁹

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, ıslah tahkikatın sonuna kadar yapılabilecektir (m. 177). 27.10.2009 gün ve 2008/11352E, 2009/29488 K. sayılı dairemiz bozma ilamı hükmün esasına ilişkin olması ve Yargıtay kararına uyularak yapılan yargılamada tahkikatın devam etmesi karşısında, 07.01.2011 tarihinde yapılan ıslah yasaya aykırı görülmemiştir. Kaldı ki tek bir dava ile halledilebilecek bir uyusmazlığın bir başka dava konusu olması da usul ekonomisine uymamaktadır. Bu düşünce Hukuk Muhakemeleri Kanunu Usul Ekonomisi ilkesi başlıklı 30. maddesinde ki "Hakim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür." düzenlemesi ile de örtüşmektedir. (Oy çokluğu. 01.11.2011 gün ve 2011/33835 E, 2011/42324 K)

Kanımcı, önceki karar ister usulden bozulsun, isterse esastan bozulmuş olsun bozmadan sonra deliller toplanacak veya araştırılacak bir husus, kısaca tahkikatın bittiği taraflara tefhim edilecek bir durum var ise bozmadan sonra ıslah yapılabileceği kanısındayım. Ancak bozma istek konusunda kesin bir yargı verilmesini gerektiriyor, tahkikat yapılmasına engel bir durum oluşturuyor ise bu durumda ıslahın mümkün olmadığı düşüncesindeyim.

b) Dava dilekçesinde vakıa ıslah edilmeden, dava konusu ıslah ile arttırılması mümkün değildir⁹⁰.

Islah ile dava dilekçesinde istenmeyen, ancak aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan başka bir alacak istenebilir⁹¹.

d) İtirazın iptali davasında ıslah:

İtirazın iptali davasında, işçilik alacaklarıyla ilgili olarak tahsil hükmü kurulması mümkün olmaz. Yargılama sonunda icra takibine itirazın kідeme ya da tamamen iptali ile takibin devamına ya da davanın reddine dair karar verilmelidir.

İtirazın iptali davasında dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması mümkün olup, arttırılan kısım yönünden tahsil davası olarak hüküm kurulmalıdır. Davaya konu miktarın ıslah yoluyla arttırılması itirazın iptali davasının niteliğini değiştirmez ve tamamını tahsil davasına dönüştürmez⁹².

V. İŞ YARGILAMASINDA KISA KARARIN TEFHİM VE TEBLİĞİNE İLİŞKİN DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

6100 sayılı HMK'nın 297, 298 ve 321. maddeleri kısa karar, kısa karar-gerekçeli karar ve kısa kararın tefhimine ilişkin düzenlemelere yer

⁹⁰

Y. HGK 10.10.2012 gün ve 2012/9-853 E, 2012/706 K)

⁹¹

Y. 9. HD 17.07.2007 gün ve 2007/19071 E, 2007/24482 K. "Davacı işçi dava dilekçesinde fazlaya dair haklarını saklı tutarak isteklerde bulunmuş, yargılama sırasında ıslah dilekçesi vererek izin ücretini de talep etmiştir. Mahkemece, davaya konu olmayan izin ücreti talebinin ıslah ile istenemeyeceği gerekçesiyle ek dava açma konusunda muhtariyetine dair karar vermiştir. Kısmi davada fazlaya dair haklar saklı tutulmuş olmakla ıslah dilekçesi verilerek daha önce talep edilmemiş olan izin ücretinin yargılamaya getirilmesi olanaklıdır, Davacının izin ücreti isteği ile ilgili olarak değerlendirme yapılarak bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir

⁹²

Y. HGK 13.10.2010 gün ve 2010/9-424 E, 2010/511 K.

vermiştir. Özellikle kısa kararın en azından hüküm özetini içermesi gerekmektedir. Zira asıl olan kısa karardır. Kısa kararın hüküm özetini içermemesi veya gerekçeli karardaki hüküm fıkrası ile çelişki yaratması, HMK.'un belirtilen maddeleri uyarınca salt bozma nedeni yapılmalıdır.

Taraflar hükmün tefhiminin HMK'nın 297/2. maddesinde sayılan unsurları taşınamaması halinde hak ve borçlarını bilemeyeceklerinden temyiz süresini kaçırmamak, hak kaybına uğramamak için kararı gereksiz yere temyiz etmek zorunda kaldıkları bir gerçektir.

Bu nedenlerle hükmün tefhimi sırasında HMK'nın 297/2. maddesinde belirtildiği üzere "taleplerden her biri hakkında verilen hükümlerle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.

HMK'nın 298/2 (HUMK'un 382) maddesi gereğince sonradan yazılacak gerekçeli kararın kısa karara uygun olması, tefhim edilen kısa karara aykırı olmaması gerekir. Aksi halde, yargılamanın aleniyeti ilkesi zedelenmiş ve mahkeme kararına güven sarsılmış olacaktır. Asıl olan tefhim edilen kısa karardır. Gerekçeli kararın kısa karara uygun olmaması, çelişki yaratır ve gerekçeli kararın yok hükmünde olduğu anlamına gelir. Belirtmek gerekir ki, kısa karar ile gerekçeli karar çelişkisi, Yargıtay İçtihadı Büyük Genel Kurulu'nun 10.04.1992 gün ve 1991/7 Esas, 1992/4 Kararı gereğince bozma nedenidir.

Yargıtay'ca bozulan yerel mahkeme kararı ortadan kalkar ve hukuki geçerliliğini yitirir. Bozulan karar sonraki kararın eki niteliğinde olmadığından bu karara atıf yapılarak hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi, bozulan karardaki gerekçeye atıf yapılması da yasal dayanaktan yoksundur⁹³.

Ödeme Belgesi konusu:

Ödeme belgesinin yargılamanın her aşamasında dikkate alınabileceği ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi

⁹³

Y. HGK Kararı: (22.02.2012 gün ve 2011/13-747 E, 2012/84 K.

yaşagina girmeyeceği Y. HGK tarafından kabul edilmiştir⁹⁴. Kararın ilginç tarafı HUMK zamanında açılan davada geçerli olan bu durumun, HMK hükümlerine atıf yapılarak, HMK zamanında açılan ve derdest davalarda da uygulanacağını belirtilmesidir.

Gerekçeleri:

* Kural olarak, yargılama aşamasında dayanılıp sunulmayan deliller, temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar; sunulmuş olsalar bile, bu aşamalardaki incelemeler sırasında dikkate alınamazlar. Bu kuralın tek istisnası, dayanılıp sunulan delillin, o davaya konu borcu söndüren bir nitelik taşıması; örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu gösteren makbuz, ibraname gibi bir belge olmasıdır. (Hukuk Genel Kurulu'nun 05.04.2000 gün ve 2000/11-745 E, 734 K.; 28.05.2003 gün ve 2003/13-354 E, 368 K.; 27.01.2010 gün ve 2009/9-586 E, 2010/31 K. sayılı Kararları).

* İbra sözleşmesi, İş Kanunu ve Borçlar Kanununda düzenlenmediği halde özellikle iş hukuku uygulamasında önemli bir yere sahiptir. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay uygulamasında borcu sona erdiren hallerden birisi olarak kabul edilmektedir. İbra, alacak ve borcu doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kaldırmaktadır. Tam ibrada borcun tamamı, kısmi ibrada ise borcun ibra edilen kısmı sona ermektedir. Bunun sonucu olarak da, borçlu borcundan kısmen ya da tamamen kurtulmaktadır.

* Hukuk Muhakemeleri Kanununun (Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 188.) 114. maddesinde, "Hâkimin re'sen nazarı dikkate alması kanunen iktiza eden hususlar" deyimi ile dava şartlarının kastedildiği ve bu nedenle dava şartlarının mahkemece kendiliğinden gözetileceği hususu öğretide de kabul edilmektedir (Prof. Dr. Baki Kuru; Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001 Bası, Cilt 2, s.1343; Prof. Dr. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku Cilt 1-II, İstanbul, 1997 s.28 ve 871). Bu noktada, dava hakkının bir anlamda dava şartı olduğu da dikkate alınmalıdır. Dava hakkının varlığı ya da yokluğunun incelenmesi, doğrudan hakime verilmiş ödevlerden olması karşısında, Özel Dairece, önceden ileri sürülmemiş olsa

94

Y. HGK. 27.02.2012 gün ve 2012/9-842 E, 2013/291 K.

bile temyiz aşamasında dava şartının var olup olmadığını kendiliğinden gözetmesinde bir usuli engel bulunmamaktadır.

* Davanın hukuksal niteliği ve somut olayın özelliği gereği davalı, temyiz aşamasında dava konusu borcu söndüren nitelikte bir belge vermişse, bu belge üzerinde gerekli inceleme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekir. Diğer bir anlatımla yargılama aşamasında, borcu itfa eden belge değerlendirilmeye alınmalıdır. Gerçekten de, yargılamada davayı inkâr eden davalının savunması borcun bulunmadığı savunmasını da kapsar. O nedenle, davalının borcun ne sebeple bulunmadığını açıklama ve iddianın aksine, delillerini ikame etme hakkının ortadan kalktığından söz edilemez. Belirtilen nedenlerle, temyiz aşamasında sunulan ve borcu söndüren bir belgenin varlığı karşısında savunmanın genişletilmesi yasağından söz edilemeyeceğinin (HMK 140, mülga HUMK m. 202) kabulü zorunludur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.02.2011 gün, E:2011/13-29 K:2011/56 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir.

VI. İŞ MAHKEMELERİ KARARLARININ TEMYİZİ:

Normatif hükümler:

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu

Madde: 8 "İş mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Şu kadar ki, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararlar kesindir.

İstinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür.

Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beş bin lirayı geçen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

Kanun yoluna başvuru kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ca iki ay içinde karara bağlanır.

Yargıtay'ın kararlarına karşı **karar düzeltme (*)** yoluna başvurulamaz.

(*) Ancak Daire kararı maddi hataya dayalı ve bu konuda düzeltme talebi var ise bu talep, 6100 sayılı HMK'nın 183. maddesi kabul edilerek, karar düzeltilmektedir.

Geçici Madde 1- (Ek: 2.3.2005-5308/2 m.)

Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında yapılan temyiz başvuruları, kesinleşinceye kadar Yargıtay tarafından sonuçlandırılır. Bu kararlar hakkında İş Mahkemeleri Kanununun bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümleri uygulanır.

Geçici Madde 2- (Ek: 2.7.2012-6352/40 m.)

"Bölge adliye mahkemelerinin, 5235 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, Yargıtay'ın bozma kararlarına karşı verilen direnme kararının temyizi halinde dava dosyası, önce kararı veren daireye gönderilir. Direnme kararları daireler tarafından öncelikle incelenir. Kararı veren daire, direnmeyi yerinde görürse kararı düzeltir; yerinde görmezse talebi on gün içinde Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna iletir".

Madde gereğince;

Direnme yerinde ve bozma içeriğine göre esastan doğru ise yerel mahkeme kararı onanacaktır.

Direnme yerinde, ancak bozma içeriğine göre başka nedenlerle bozma gerekli ise bu husus belirtilmek sureti ile karar direnme kabul edilerek bozulacaktır.

Gönderme kararı verilecek durumlar:

- * **Direnmenin yerinde olmadığı,**
- * **Kesin olarak karar verildiği, kesinlik konusunda kararın değerlendirilmesinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yetki ve görevi dâhilinde olduğu,**
- * **Yeni bir gerekçe ile karar verildiği, yeni hüküm olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği,**

*** Bozma kararından sonrada Mahkemece HUMK'un 388 vd., HMK'nın 297. maddelerinde belirtilen unsurları taşıyacak şekilde yeni bir karar verilmek zorunluluğu bulunduğu, kararın bu hükümlere aykırı verildiği durumlarda dosya HGK'ya gönderilir.**

4857 sayılı İş Kanunu:

Madde 20/3. "Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir".

Feshin geçersizliği davalarında Yargıtay'ın araştırmaya yönelik verdiği bozma kararlarına karşı direnilemeyeceği:

İş güvencesi kapsamında, İş Kanununun 20. ve 21. maddelerine göre mahkemelerce verilen kararların Yargıtay'ca kesin olarak karara bağlanacağı açıkça düzenlenmiştir. Kesin olarak karar verilmesi kuralının en önemli sonucu, bu kararlara karşı **direnme kararı verilmesinin de mümkün** olmamasıdır. İkincisi de iş mahkemelerinde görülen diğer davalarda olduğu gibi, bu kararlara karşı da karar düzeltme yolunun kapalı olduğudur.

Miktar itibari ile kesinlik:

(2012 yılı için 1.690,00 TL, 2013 yılı için 1.822,00 TL)

Miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar HUMK'un 426/A maddesi uyarınca temyiz edilemez. Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkâr) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.06.1975 gün ve 1975/6-8 sayılı içtihadında, 5521 sayılı yasada açık düzenleme olmamakla birlikte, bu yasanın 15. maddesindeki düzenleme gereği HUMK'un 426/A maddesindeki kesinlik sınırının iş mahkemelerinde verilen kararlarda da uygulanması gerektiği, grup halinde açılan davaların salt iş mahkemelerine özgü bir dava türü olmadığı, bu nedenle seri olarak açılan davalarda her dosya için kesinlik sınırına bakılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Kesinliğin istisnaları:

1. Davaya konu olayda davacı işçinin halen işyerinde çalışmaya devam ettiği ve uyuşmazlığın toplu iş sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklandığı anlaşılmakla verilen kararın ileriye dönük sonuçları olacak veya

2. Aynı zamanda verilen karar ile toplu iş sözleşmesinin ilgili hükmünün yorumu da yapılmakta ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 gün ve 2009/9-531 E, 2009/532 K. sayılı kararında da belirtildiği gibi, toplu iş sözleşmesinden doğan isteklerde verilen kararın özel bir tespit içermesi sebebiyle kesinlik sınırına bakılmamaktadır (Y. 9. HD 24.04.2012 gün ve 2012/14072 E, 2012/14110 K).

VII. GİDER - DELİL İKAMESİ AVANSI

Genel olarak iş yargılaması ilkeleri içinde yer alan ve özellikle idari yoldan işçilik alacaklarının belirlenmesinde uygulanan ucuzluk ilkesinin, adli yargıdaki dava türlerinde adli yardım (HMK 334 ve devamı) dışında pek de uygulanma imkânı kaldığı söylenemez.

Özellikle HMK'nın bu konuda dava şartı olarak getirdiği ve HMK Uygulama Yönetmeliği ile de düzenlenen gider avansı kurumu, iş yargılamasında hak arama özgürlüğü önünde engel gibi görünmektedir. Ayrıca gider avansı ile delil ikamesi avansının iç içe değerlendirilmiş ve yönetmelikte delil ikamesi avansını ilgilendiren kalemlerin gider avansı içinde sayılmış olması da kanımca yasaya açıkça aykırılık teşkil etmektedir (03.04.2012 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan HMK Uygulama Yönetmeliği m. 45).

Gider avansı içinde delil avansı için gerekli giderlerde gösterilmiştir. Gider avansının yatırılmaması **halinde açılan dava, dava şartı yokluğu** nedeni ile reddedilir. Delil ikamesi avansının yatırılmaması ise o delilden vazgeçilmiş sayılma sonucunu doğurur. Ayrıca delil avansı, dilekçelerin verilmesi, ön inceleme ve tahkikat aşamasında istenebilir.

Yasadaki bu aykırılığı fark eden Yargıtay HGK ve Daireleri dahil, 9 dava şartı olan gider avansı ile vazgeçilme sayılan delil ikamesi avansını

ayırması ve delillerle ilgili avansın gider avansı içinde yer alamayacağına hükmetmiştir⁹⁵.

HGK daha da ileri giderek, gider avansı ile ilgili hükmün, 1086 sayılı yasa döneminde açılan davalar için uygulanamayacağına karar vermiştir⁹⁶. Y. HGK aynı kararda özellikle kesin sürenin nasıl olması gerektiğine de vurgu yapmış ve önceki kararlarına atıf yaparak, **“Kesin süreye ilişkin ara kararında, yapılması gereken işlerin neler olduğunun ve her iş için ne miktar ücret yatırılacağına belirtilmesi, özellikle tanınan sürenin yeterli ve elverişli olması, ayrıca kesin süreye uyulmamasının yaptırımları ayırım yapılmadan açıklanması gereklidir”** şeklindeki içtihadını HMK zamanında da devam ettirmiştir.

Delil avansı konusunda Yargıtay 9. HD’nin önemli bir kararı üzerinde de durmak gerekir. Daire deliller toplandıktan sonra bilirkişi hesap raporu alınmasının delil avansı değil, gider avansı niteliğinde olduğuna vurgu yapmıştır⁹⁷.

⁹⁵ Yargıtay 9. HD 20.03.2012 gün ve 2012/10115 Esas, 2012/9215 Karar. “HMK’nın 120. maddesindeki gider avansı ile ilgili düzenlemenin 324. Maddedeki delil ikamesi için avans kuralı ile birlikte değerlendirilmesi ve dava şartı olan gider avansının delillerin ikamesi dışındaki yargılama giderleri için dikkate alınması gerekir. Dolayısı ile delil ikamesi için alınacak avans ile dava şartı olan gider avansının birbirinde ayrılması, delillerin ikamesi için alınacak avansın gider avansı içinde yer almaması zorunludur. Tanık dinlenmesi, bilirkişi raporu alınması ve keşif gideri gibi delil ikamesine yönelik giderlerin gider avansı içinde değerlendirilmesi olanağı HMK’nın 324. maddesi düzenlemesi karşısında yoktur. Ayrıca delil ikamesi avansının da ispat külfetine göre taraflara yükletilmesi gerekir. Diğer yandan örneğin resen hesap raporu alınacaksa giderin 325. maddesi kapsamında değerlendirilmesi isabetli olacaktır. ... gider avansı ile delillerin ikamesine yönelik avans ayrılmalı, gider avansının da nelerden ibaret olduğu net olarak belirlenmeli ve tarafa da hem gider avansının hem de delil ikamesi avansının hukuki sonuçları konusunda uyarı yapılmalıdır”.

⁹⁶ Y. HGK 12.12.2012 gün ve 2012/9-1170 Esas, 2012/1172 Karar.

⁹⁷ “Fazla çalışmanın bu delillerle kanıtlanması halinde kanunun belirtilen esaslarına ara dinlenmesi süreleri de dikkate alınarak fazla mesai ücretinin hesaplanması, bilirkişiden hesap raporu alınmasına bağlıdır. Hesap raporunun ise kanuna ve yönetmeliğe uygun olması gerekir. Hesap raporunun belirtilen esaslara uymaması halinde, bilirkişiden ek rapor alınması veya yeni bir bilirkişiye rapor düzenlenmesi gerekir. **Hesap raporu alınması için verilen kesin süre içinde giderinin yatırılmaması, fazla çalışmanın kanıtlanmadığı anlamına gelmez. Bu şekildeki gider delil ikamesi avansı değil, gider avansı**

Yargıtay 21. HD hizmet tespiti konusunda, delil avansı konusunda önemli bir karar vermiştir. Hizmet tespit davasının kamu düzeninden olduğu ve resen araştırılma yapılması nedeni ile delillerin toplanması için giderin HMK'nın 325. maddesi uyarınca karşılanması gerekliliği belirtilmiştir⁹⁸.

IX. İHTİYATİ TEDBİR - İHTİYAT HACİZ:

a) Kanunu yolu tartışması:

Burada tartışmalardan biri, kanun yoluna tabi bu tür kararların incelemesinin Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyet geçinceye kadar, Yargıtay tarafından yapıpı yapılmayacağı konusudur.

Bazı Daireler, Yargıtay'ın Bölge Adliye Mahkemeleri görev başlayınca kadar temyize ilişkin 1086 sayılı HUMK hükümlerinin devam edeceğini, ihtiyati tedbir ve hacze ilişkin kararlara karşı istinaf yolunun öngörüldüğünü, HUMK'ta yer verilmediği için bu tür kararlara karşı Yargıtay denetiminin kapalı olduğunu belirtirken, Dairemiz 341 ve HMK'nın geçici 3. maddesi yolu ile ilk derece mahkemelerinin bu tür kararlarına karşı kanun yolu öngörüldüğüne ve İstinaf Mahkemeleri görev

niteliğindedir. Kaldı ki hesap raporu alınması için gider yatırılmış, ancak bilirkişi hatalı hesaplama yapmış ise ek rapor için ücret yatırılmasına karar verilmeden ek rapor alınmalıdır. Bu durum 6100 sayılı HMK'nın 30. maddesi uyarınca usul ekonomisi ilkesinin gereğidir. Hakim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür. Y. 9. HD 21.05.2012 gün ve 2011/22582 E, 2012/17763 K.

98

"Eldeki **dava "kamu düzenine" ilişkin olup "tafafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde"; davacı tarafın dayandığı bir kısım delillerin delil avansı yatırılmaması nedeniyle toplanamadığı hallerde, mahkemece resen toplanması gereken deliller toplanarak dosyada bulunan diğer deliller ile birlikte davanın esası hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekir.** Mahkemece davanın kamu düzenine ilişkin olduğu gözetilerek re'sen toplanması gereken deliller toplanarak dosyada bulunan diğer deliller ile birlikte davanın esası hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken "delil avansına" dair ara kararının hatalı biçimde "gider avansına" dair olduğu düşüncesi ile davanın kamu düzenine ilişkin olduğu da gözetilmeden yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Y. 21. HD 10.10.2012 gün ve 2012/11444 E, 2012/17031 K.

başlayınca kadar incelemenin Yargıtay tarafından bakılacağına belirtilmesi nedeni ile denetimini yapmaktadır.

Zira bir karar için kanun yolu öngörülmuş, ancak bölge mahkemeleri faaliyete geçmemiş ise kanun yoluna başvuranın adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı kapsamında başvurusunun sonuçlandırılması gerekir.

HMK hükümleri dikkate alındığında para alacaklarında ihtiyati tedbir isteminde bulunması mümkün görünmemektedir. Zira HMK 389. maddesi ile ancak “uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı” istenebileceği belirtilmektedir. Para alacakları için, İİK’nın 257. maddesi uyarınca ihtiyati haciz isteminde bulunmak gerekir.

b) Para alacaklarında ihtiyati tedbir istenip istenmeyeceği sorunu:

Para alacaklarında özellikle belirsiz alacak davası ve kısmi dava türlerinde ihtiyati haciz istemenin getirdiği sakıncalar bulunmaktadır. Zira alacak dava açıldığında belirsiz ise davadan önce belirlenmeyen ve belli olmayan bir alacak için ihtiyati haciz isteminde bulunma olanağı yoktur. İhtiyati hacizde ancak belirli olan alacak miktarı kadar istenip, bu miktar kadar menkul veya gayrimenkul haczedilebilir. Örneğin iş kazası nedeni ile maddi ve manevi tazminat isteyen işçi veya ölen işçinin mirasçılarının maddi zararları belli olmadığı için dava açmadan önce ihtiyati haciz istemeleri olanağı bulunmamaktadır. Peki, bu durumda, alacaklı hukuki koruma tedbirlerinden davanın başlangıcında mahrum mu kalacaktır?

1086 sayılı HUMK zamanında ihtiyati tedbir ile ilgili düzenlemede de “Münazaalı şeyin muhafazası için” (madde 101/3) tedbir istenebileceği yazılıdır. Aslında HMK zamanında da değişen bir durum yoktur. Peki, HUMK zamanında para alacakları için istenen ve münazaalı olmayan menkul veya gayrimenkul üzerine konulan ihtiyati tedbir kararı neden 6100 sayılı HMK zamanında istenememektedir?

Kanımcı belirsiz alacak davası veya kısmi dava türlerinde dava açmadan önce veya dava açılırken, alacaklıya ihtiyati tedbir isteme olanağı sağlamak gerekir. Zira ihtiyati tedbir ihtiyati hacizden daha hafiftir. Para alacaklarında borçlu aleyhine daha ağır olan ihtiyati haczi talep eden alacaklının daha hafif ve borçlu lehine olan (tasarruf etme yönünden) ihtiyati tedbir istemesinden yasaya aykırı bir durum

bulunmamalıdır. Aksi halde belirsiz alacak davası veya kısmi dava açan alacaklıyı, hukuki koruma tedbirlerinden mahrum bırakmış oluruz.

Nitekim Yargıtay 9. HD "Asıl olan bir hakkın bulunması ve ihtiyati tedbir sebebinin ortaya çıkmasıdır. Gerekçe bu iki hususu yeterli kabul etmektedir. Kaldı ki ihtiyati tedbir, ihtiyati hacze göre daha hafif sonuçları olan bir koruma tedbiridir. İhtiyati tedbirde borçlu yönünden sadece kayden tedbir konulmakta ve borçlu tedbire konu mal üzerinde sınırlı da olsa tasarrufuna devam edebilmektedir. O halde kısmi dava veya belirsiz alacak davasında, hakkın bulunması ve sebebin ortaya çıkması halinde borçlunun taşınır veya taşınmaz malları üzerine ihtiyati tedbir konulmasında ve karar verilmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır." gerekçesi ile iş ilişkisi nedeni ile işçilik alacaklarını talep edenin, bir anlamda bir hakkının bulunduğu hakkının olması nedeni ile işverenin uyuşmazlık konusu olmayan aracı üzerine ihtiyati tedbir konulmasını istemesinde yasal bir engel bulunmadığını belirtmiştir⁹⁹.

Bu konuda 20. HD ilginç bir karar vermiş ve iş kazası nedeni ile maddi ve manevi tazminat istemi ile açılan davada yaklaşık ispat teorisi¹⁰⁰nden hareketle "ihtiyati tedbir isteminin ihtiyati haciz mahiyetinde olması nedeni ile" ihtiyati haciz istemi olarak değerlendirilmesi ve hukuki koruma tedbirinin bu şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁰¹.

⁹⁹

Y. 9. HD 01.10.2012 gün ve 2012/31576 E, 2012/32462 K.

Y. 9. HD 02.07.2012 gün ve 2012/24239 E, 2012/25011 K. "Somut uyuşmazlıkta davacının iş ilişkisi nedeni ile işçilik alacaklarını talep ettiği, bu anlamda bir hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bu hak nedeni ile ihtiyati tedbir kararı uygulanması doğrudur. Ancak hakkın bulunması yeterli değildir. Ayrıca ihtiyati tedbir için yasadaki sebeplerin de ortaya konulması veya çıkarılması gerekir. Bu nedenle Mahkemece davacının iddia ettiği gibi davalının alacakların tahsilini imkânsız hale getirmek için taşınmaz ve araçlarını elden çıkarıp çıkarmadığı, hakkında birden fazla dava olup olmadığı yönündeki sebepler ortaya çıkarılmalı ve var ise ihtiyati tedbir kararı verilmelidir. İhtiyati tedbir sebepleri ortaya konulmadan eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

¹⁰⁰

"İddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa, aksinin mümkün olduğunu göz ardı edilmemesi"

¹⁰¹

Y. 21. HD 20.02.2013 gün ve 2013/980 E, 2013/2982 K.

c) İhtiyati haciz ve tedbir istemlerinde görevli mahkeme:

Dava açıldıktan sonra, ihtiyati haciz ve ya ihtiyati tedbir konusunda karar vermeye, HMK 390. maddesi uyarınca dava açılan mahkeme görevlidir¹⁰².

Karar verildikten, ancak karar kesinleşmeden icra takibi üzerine teminat sureti ile ihtiyati tedbir kararı veya ihtiyati haciz kaldırılması isteminde görevli ve yetkili mahkemenin İİK'nın 266. (ihtiyati haczin teminat karşılığında kaldırılmasına yönelik olduğunda ve takibe başlanmasından sonra ileri sürüldüğünde, yetkili ve görevli mahkeme) uyarınca İcra Mahkemesi olacağı açıktır¹⁰³.

İcra İflas Kanununun 72/3 maddesi uyarınca "İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulmasına karar verilemez. Ancak, borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında mahkemeden ihtiyati tedbir yolu ile icra vizesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir" hükmü nedeni ile icra takibinden sonra takibin durdurulması için ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği, icra takibi nedeni ile satışın ihtiyati tedbir yolu ile durdurulması isteminin bu gerekçe ile reddi gerekir¹⁰⁴.

Sabırınız için çok teşekkür ederim, benim sunumum bu kadar.

Ömer Hicri Tuna :

Değerli hâkim arkadaşımız Sayın Bektaş Kar'a seri ve doyurucu anlatımları için teşekkür ediyoruz. Vaktini de çok yerinde kullandı. Az önce de arz ettiğim gibi şimdi bir on beş dakika çay kahve molası vereceğiz, saat 15.10'da lütfen herkes toplanabilirse daha soru cevap olacak.

¹⁰² Y. 9. HD 16.01.2012 gün ve 2012/1297 E, 2012/1 K.

¹⁰³ Y. 9. HD 13.02.2012 gün ve 2012/4891 E, 2012/3111 K;

Y. 9. HD. 18.03.2013 gün ve 2013/5611 E, 2013/9292 K.

¹⁰⁴ Y. 9. HD 06.02.2012 gün ve 2012/3094 E, 2012/3110 K.

Ömer Hicri Tuna :

Sanıyorum toplantı yeter sayımız var. Dolayısıyla daha fazla vakit kaybetmeden sayın meslektaşım Şahin Çil'e sunumunu vermek üzere mikrofonu tevdi ediyorum. Bu arada önceden soru hazırlamak isteyen olursa onları bize iletsinler, biz burada tasnif etme imkânı bulalım. Beklemeyelim illaki Şahin Bey'in sunumunun sonunu.

Şahin Çil:

YARGITAY İLKE KARARLARI¹⁰⁵

Konu Başlıkları

1-Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi

2-Eşit Davranma Borcu

3-İşyeri Devri

4-Belirli Süreli İş Sözleşmesi

5-Kısmi Süreli İş İlişkisi

6-İhbar Tazminatı

7-İşçinin Haklı Feshi

8-İşverenin Haklı Feshi

9-Ücret

10-Fazla çalışma

11-Kıdem Tazminatı

Giriş :

Teşekkür ederim; Sayın Başkan, Sayın Yargıtay 1. Başkanvekili, Sayın Yargıtay daire başkanları, Yargıtay üyeleri, çok değerli akademisyenler, İzmir Barosu'nun seçkin yöneticileri ve mensupları ve değerli meslektaşlarım. Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Benim konum çok kapsamlı. O yüzden sunumuma

¹⁰⁵

Şahin Çil, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi.

geçmek istiyorum ancak öncelikle ilke kararı ne demek, nasıl gelişti buna birazcık değinmek isterim.

İlke kararları Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin köklü bir geleneğinin ürünüdür. Bugün için 200'den fazla matbu, kaleme alınmış ilke kararı vardır. Yol gösterici bir karar vermek gerektiğinde bu ilke kararları içine o somut olaya ait maddi olgular eklenerek karar formatına getirilmektedir. Öyle ki bu kararlar dediğim gibi bir birikimin ürünüdür. Belki bu salonda bulunan herkesin doğrudan ya da dolaylı emeği vardır. Bir avukatın yazdığı bir dilekçe, bir beyan zaman içinde oraya yerleşmiştir. Ya da bir seminerdeki bir soru orada ifadesini bulmuştur. Özellikle akademisyenlerin çalışmaları burada yol gösterici tarzda bizi etkilemiştir. Tabii Yargıtay'ın çok değerli mensupları da bu konuda katkılarda bulunmuşlardır.

Bugün için Yargıtay'ın diğer İş Daireleri olan 22. ve 7. Hukuk Dairesi'nin de aynı karar formatını benimsediğini görmekteyiz. Daireler arasında ayrılan noktalar konusunda ileride açıklamalarda bulunacağım.

Yargıtay ilke kararlarının tamamına değinmem mümkün olamayacaktır. Ancak çok önemli olanlara vurgu yaparak geçmek istiyorum. Fakat soru cevap kısmında her türlü konu ile ilgili açıklamalarda bulunmamız mümkün olabilir. Daha çok kanundaki sistematığe göre bir anlatım yapmaya çalışacağım. İş Kanunu'nun 1. maddesi İş Kanunu'nun kapsamını belirlediğinden ve görevi ilgilendirdiğinden bu konuya Bektaş Bey değindiği için girmiyorum. İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan asıl işveren alt işveren ilişkisiyle başlamak istiyorum.

5. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNE DAİR İLKE KARARLARI

A- Alt İşverenlerin Değişmesinin İşyeri Devri Sayılması

Alt işverenlerin değişmesi ve işçinin yeni alt işveren yanında ara vermeksizin çalışmaya devam etmesi, Yargıtay ilke kararlarına göre alt işverenler arası işyeri devri niteliğindedir. Hukuki ilişki devir olarak belirlendikten sonra uyumsuzluk bu çerçevede değerlendirilmekte ve sorumluluk da devir esasına göre belirlenmektedir.

Yargıtay kararına konu olayda, işçi, temizlik işini alan alt işveren işçisi olarak Adana ilinde çalışmış, işveren ihale bitiminde Adana ilinde işçileri çalıştırabileceği başka işyeri olmadığını belirterek İzmir’de alınan bir iş kapsamında çalışmak üzere işçiyi İzmir’de görevlendirmiştir. İşveren, görevlendirmede, işçinin Türkiye sınırları içinde geçici veya daimi olarak görevlendirilebileceği şeklindeki iş sözleşmesinin ilgili hükmüne dayanmıştır.

İşçi, İzmir’de çalışmamış, işverence haksız feshe dayanarak ihbar, kıdem ve kötü niyet tazminatlarını istemiştir.

Mahkeme işçinin ailesiyle beraber başka şehre naklinin ağır ekonomik yük getireceği, işe ihtiyacı olan işçinin işe girerken imzaladığı iş sözleşmesinin nakli öngören hükmüyle bağlı olamayacağı gerekçesiyle işveren feshi haksız bulunmuş, istek konusu ihbar, kıdem ve hatta kötü niyet tazminatı kabul edilmiştir.

Yargıtay, “...İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğini korumasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre, maddî ve maddî olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri, işgücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinde devirden önce ve sonra yürütülen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmişse bunun süresi işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir (Süzen, v. Zehnacker Krankenhauservice, Case 13/95, 1997, ECR I-1259. ; Spijkers v. Benedik, Case 24/85, 1986, ECR 1119).

Avrupa Adalet Divanı, maddî ve maddî olmayan unsurların devri söz konusu olmaksızın da işgücünün önem taşıdığı sektörlerde, ekonomik birliğin önemli unsuru olan işçilerin devri yoluyla da işyeri devrinin gerçekleşebileceğini kabul etmektedir (ATAD, 10.12.1998, 173/96, Hidalgo, para. 26, NZA 199, H.4, 189 vd.).

Avrupa Adalet Divanının kararlarında, “hukukî işlemle devir” ifadesi geniş şekilde değerlendirilmekte, yazılı, sözlü veya zımnî bir anlaşma da yeterli görülmektedir. Yine üye ülkeler uygulamasında, ihale yoluyla bir işin alınmasında, devreden işveren bilmese dahi işyeri devrinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Avrupa Birliğine üye olmayan ancak benzer hükme sahip İsviçre’de Federal Mahkeme, devreden ve devralan arasında doğrudan hukukî işlemin bulunmasının şart olmadığı sonucuna varmıştır (Bkz. Yenisey, K. Doğan: İşyeri Devri Çerçevesinde İşyeri ve İşyeri

Bölümü Kavramları, Kadir Has Üni. İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, s. 135).

Yapılan bu açıklamalara göre; işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekmektedir. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılırlar. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz.

Buna karşın, süresi sona eren alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, yapılan fesih bildirimi ile iş ilişkisi sona ereceğinden, işçinin daha sonra yeni alt işveren yanındaki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekecektir.

*Somut olayda, davacı işçinin asıl işveren F. A. Ş.'den temizlik işi ihalesini alan alt işveren davalı şirket nezdinde çalıştığı, bu şirketin ihale süresinin **01.10.2008** tarihinde sona ermesi üzerine yeni dönemde başka bir şirkete ihalenin verildiği anlaşılmaktadır.*

*Davacı işçinin Sosyal Güvenlik Kurumundan celp edilen hizmet cetveline ve işe giriş bildirgesine göre davalı şirketteki çıkışının 22.10.2008 tarihinde verilmesine rağmen daha önce **01.10.2008** tarihinde 1041005 no.lu işveren S.G. Hizmet ve İşlt. A.Ş. nezdinde çalışmaya başladığı görülmektedir. Dinlenen davacı tanıkları da **davacının ihaleyi yeni alan şirket nezdinde çalışmasını sürdürdüğünü beyan etmişlerdir.***

Bu durumda, öncelikle mahkemece davacının yeni dönemde ihaleyi alan şirket nezdinde çalışmasına devam edip etmediğinin tereddütsüz bir şekilde belirlenmesi amacı ile dava dışı asıl işverenden ihaleyi alan yeni şirket sorularak hizmet alımı sözleşmesi celp edilmeli, davacının ihaleyi alan yeni şirket nezdinde çalışmaya devam ettiğinin anlaşılması durumunda yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda alt işverenler arasında İş Kanununun 6 ncı maddesi anlamında bir işyeri devrinin

olduğu, davalı işverenin daha sonraki fesih beyanının sonuca etkisinin olmadığı kabul edilerek feshe bağlı alacaklar olan dava konusu isteklerin dava edilebilme şartı oluşmadığından reddi gerekirken, eksik inceleme ile isteklerin kabulüne karar verilmesi hatalıdır".

(Yargıtay 9. HD. 17.05.2012 gün 2010/10634 E, 2012/17479 K.)

Yargıtay kararlarında, işçinin değişen alt işverenler yanında çalışmaya devam etmesi halinde işyeri devri vurgusu yapıldıktan sonra feshe bağlı, ihbar, kıdem tazminatı ile yıllık izin gibi hakların talep edilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Yoksa çalışırken de talep edilmesi mümkün olan ücret, fazla çalışma vs gibi hakların talebi mümkündür.

"...Somut olayda; davacının, davalı alt işveren ile iş ilişkisinin sona erdiği tarih olan 31/01/2008 tarihinden bir gün sonra 01/02/2008 tarihinde aynı işyerinde faaliyet gösteren dava dışı diğer alt işveren Asiya A.Ş. yanında işe başladığı ve aynı işi kesintisiz olarak yapmaya devam ettiği davacı vekilinin beyanları, davacı tanıklarının anlatımları ve hizmet cetveli ile tüm dosya kapsamından anlaşılmıştır.

Davalı alt işverenin de açık bir feshi söz konusu değildir. Bu nedenle davacının iş sözleşmesinin alt işverenler arasında işyeri devri olgusuna göre dava dışı diğer alt işveren Asiya A.Ş. nezdinde devam etmesi nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı taleplerin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 10.05.2012 gün 2010/7933 E, 2012/16614 K.)

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararları da aynı yöndedir. İlgili Daire bir kararında alt işveren işçilerinin kaçının değişen alt işveren yanında çalıştığının belirlenmesi gerektiği vurgulamış, işçilerin çoğunluğunun yeni alt işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde, alt işverenler arası işyeri devri olgusunun kabul edilmesi gerektiğini açıklamıştır.

"Somut olayda, davacının iş sözleşmesinin davalı alt işverenin ihale süresinin bitiminde feshedildiğine ilişkin yazılı bir bildirim bulunmamaktadır. Davacı işçi, ihale süresinin 05.08.2009 tarihinde sona ermesinden sonra 14.04.2010 tarihinde ihaleyi alan yeni alt işveren işçisi olarak çalışmasını sürdürmüştür. Ancak, dosya içeriğinden davalı alt işverenin işyerinde kaç işçi çalıştığı, bu işçilerin kaçının yeni alt işverende çalışmaya devam ettiği anlaşılamamaktadır. Öte yandan, davalı alt işverenin ihale

süresinin bittiği 05.08.2009 tarihi ile yeni alt işverende işe başlama tarihi olarak görülen 14.04.2010 tarihi arasındaki dönemdeki pozisyonu da açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu durumda, hizmet alımı sözleşmelerinin ve eki belgelerin de celp edilerek, davalı alt işveren işyerinde kaç işçi çalıştığı, bu işçilerden çoğunluğun yeni alt işveren nezdinde çalışmaya başlayıp başlamadığı, davacı işçinin 05.08.2009 tarihi ile 14.04.2010 tarihi arasındaki dönemde asıl işveren Antalya Büyükşehir Belediyesi'ndeki aynı işyerinde çalışmasını sürdürüp sürdürmediği araştırılarak, sonucuna göre işyeri devri olup olmadığı tespit edilmelidir. İşyeri devrinin tespiti halinde ise, devralan alt işveren işçisi olarak çalışmaya devam eden davacı işçi yönünden ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti koşulları oluşmayacağından, bu alacakların reddine karar verilmeli; aksi takdirde şimdiki gibi karar verilmelidir. Mahkemece, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 22. HD. 04.05.2012, gün 2012/4107 E, 2012/8724 K.)

Yargıtay'ın inceleme konusu yaptığımız bir kararında, alt işveren ihaleyi kaybetmiş ve işçi yeni alt işverende bir gün sonra işe başlamıştır. Ancak açılan davada ihbar kıdem tazminatı ile izin alacakları istenmiştir. Davacı işçi, iş sözleşmesinin ihale süresi sona eren alt işverence feshedildiğini ileri sürmektedir. Davalı ise işçinin kendisinin ayrıldığını savunmuştur. Yargıtay ilke kararlarında, sadece fiili durumun yeterli olmadığı, tarafların iradelerinin de önemli olduğu vurgulanmaktadır. Süresi sona eren alt işveren işçiye bir **fesih bildiriminde** bulunmuşsa, (bu yönde **ibraname** veya **iradeler birleşmişse**) yapılan fesih sonuçlarını doğuracağından, işçinin bir gün sonra yeni alt işveren yanında çalışması Yargıtay'a göre yeni bir iş ilişkisi niteliğindedir. (Süresi sona eren alt işverenin fesih bildiriminde bulunmaksızın kıdem tazminatı ödemiş olması ise **avans** mahiyetinde değerlendirileceğinden yine iş sözleşmesinin feshedildiğini göstermemektedir)

"İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar

olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın iş sözleşmesinin feshi yönünde bir irade açıklamasının kanıtlanması durumunda iş sözleşmesi bildirimin karşı tarafa ulaşması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun incelenmesi gerekir.

Somut olayda davalı belediyeden ihale ile iş aldıklarını, ihale sona erdiğinde davacının ihaleyi alan yeni firmada başlamak için ayrıldığını savunmuştur. Gerçekten de SSK hizmet döküm cetveline incelendiğinde davacının davalı işyerinden ayrıldıktan bir gün sonra başka yerde başladığı görülmektedir. Mahkemece yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda araştırma yapılarak davalı ile belediye arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi olup olmadığı belirlenmelidir. Bu konu açıklığa kavuşturulduktan sonra alt işverence yapılan fesih varsa şimdiki gibi; fesih işlemi yoksa ve asıl işverene ait işte başka bir alt işverene tabi çalışma varsa feshe bağlı haklardan kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin alacağının reddi gerekeceği de göz önüne alınarak karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 01.10.2010 gün, 2008/ 35444 E, 2010/ 26679 K.)

Alt işverenler arasında işyeri devri olgusu yönünde değineceğimiz son karar, kıdem tazminatı hizmet birleştirmesiyle ilgilidir. Örnekte işçi 1991-2008 yılları arasında aynı asıl işverene bağlı olarak değişen alt işverenler nezdinde çalıştığını ileri sürmüş ve asıl işveren hakkında açtığı davada, kıdem tazminatı talep etmiştir. Ancak sigorta kayıtlarında işçinin ara vermeleri söz konusu olup, bozma kararında bu durumun alt işverenler arasında işyeri devri olgusu yönünden tereddüt yarattığı belirtilmiş, aynı zamanda süresi sona eren alt işverenlerce fesih yapıp yapılmadığı ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle belli dönemlerin tasfiye edilip edilmediğinin araştırılması istenmiştir.

*"Somut olayda davacı işçinin 1991- 2008 yılları arasında davalı işyerinde değişen alt işverenler nezdinde aralıksız çalıştığı ileri sürülmüş olsa da işyeri ve Sosyal Sigortalar Kurumu kayıtlarına göre 1997 – 2001 yılları arasında 3 yıldan fazla süreyle ara vermiş olup, yine davacının alt işverenlerin değişmesi sırasında bazen kayden 15 güne varan sürelerle ara verdiği görülmektedir. Bu durumda alt işverenler arasında işyeri devri olup olmadığı, davacının varsa bu devirler sırasında **çalışmaya devam***

edip etmediği, iş sözleşmesinin devreden işveren tarafından feshedilip feshedilmediği ya da devri aşamasında bir ödeme yapıp yapılmadığı konularında tereddüt ortaya çıkmıştır. Belirtmek gerekir ki değişik alt işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabında birleştirilmesi için yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda alt işverenler arasında işyeri devir koşullarının bulunması gerekir. Mahkemece, bu yönlerden gerekli araştırmaya gidilmeli ve sonucuna göre gerekirse ek hesap raporu da alınarak davaya konu işçilik alacakları bakımından bir karar verilmelidir. Konu ilgili şirketler yönünden ve tüm alt işverenlik sözleşmeleri bakımından ele alınmalı ve gerekirse davanın ilgili şirketlere ihbarı da sağlanarak sonuca gidilmelidir”.

(Yargıtay 9.HD. 21.02.2012 gün, 2009/43203 E, 2012/5062 K)

B- Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa yargının en sorunlu alanları arasındadır. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde çok yaygın olarak muvazaalı uygulamalara gidilmekteydi. O dönemde alt işverene bırakılacak işler yönünden asıl iş - yardımcı iş ayrımı olmadığı için bazı sektörlerde çalışanların % 94 ü alt işveren işçisi olarak işlem görebilmekteydi¹⁰⁶. 4857 sayılı Yasa muvazaalı alt işverenlik ilişkisine tepki olarak düzenlemeler içermekle birlikte daha fazla tartışmaları beraberinde getirdi¹⁰⁷.

Yargıtay incelemesinde ilk değerlendirilen konu alt işverene bir iş verilip verilmediğidir. Alt işveren bırakılan bir iş bulunmayıp, işçilik temini yoluna gidilmişse ortada muvazaa dahi yoktur. Muvazaada bir başka işlem gizlenmek istenmektedir. Oysa işçilik temini yönünde yapılan sözleşmede muvazaa tartışmalarına gerek olmaksızın işçilerin doğrudan asıl işverenin işçisi oldukları kabul edilmelidir.

Yargıtay, resen araştırılan muvazaa kapsamında ikinci olarak alt işverene bırakılan işin asıl iş olup olmadığını incelemektedir. Zira Yargıtay’a göre işin alt işverene bırakılması son derece sınırlı olarak mümkün olabilir. Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren

¹⁰⁶

Bkz. Çankaya/ Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Ankara 2011. s. 16.

¹⁰⁷

Bkz. Çankaya/ Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Ankara 2011. s. 32 vd.

işler” ölçütünün bir arada olması gerektiği ilke kararlarında vurgulanmaktadır.¹⁰⁸

Yargıtay, banka işyerinde otomatik para çekme makinelerinin tanıtımı ve kullanımının yaygınlaştırılması işini asıl iş olarak değerlendirmiş ancak, işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler kapsamında ele almıştır¹⁰⁹. Asıl işin alt işverene verilebildiği işler kapsamında başkaca karara da rastlanmamıştır.

Yargıtay kararlarına göre güvenlik ve itfaiye işleri¹¹⁰, otomasyon veri hazırlama ve kontrol işleri¹¹¹, kreş ve bakımevi hizmetleri¹¹², nakit taşıma ve güvenlik hizmetleri¹¹³, temizlik işleri¹¹⁴, forklift hizmetleri¹¹⁵, şubeler arası evrak toplama ve dağıtım işleri¹¹⁶, otel işyerinde garaj ve oto yıkama işleri¹¹⁷ yardımcı iş kapsamındadır. Yine torbalama, tahmil ve tahliye ile yükleme işleri yardımcı işler olarak değerlendirilmektedir¹¹⁸.

¹⁰⁸ Yargıtay 9. HD. 04.06.2012 gün, 2011/6281 E, 2012/19235 K.

¹⁰⁹ Yargıtay 9. HD. 26.2.2007 gün, 2006/34992 E, 2007/5176 K.

¹¹⁰ Yargıtay 9. HD. 1.6.2005 gün, 2005/12985/2005/20130 K.

¹¹¹ Yargıtay 9. HD. 8.5.2006 gün, 2006/10001 E, 2006/12997 K.

¹¹² Yargıtay 9. HD. 8.5.2006 gün, 2006/10002 E, 2006/12998 K.

¹¹³ Yargıtay 9. HD. 2.5.2006 gün, 2006/10516 E, 2006/12278 K.

¹¹⁴ Yargıtay 9. HD. 21.3.2006 gün, 2006/4306 E, 2006/7133 K.

¹¹⁵ Yargıtay 9. HD. 13.2.2006 gün, 2005/37239 E. 2006/3456 K.

¹¹⁶ Yargıtay 9. HD. 23.1.2006 gün, 2005/39106 E, 2006/933 K.

¹¹⁷ Yargıtay 9. HD. 19.12.2005 gün, 2005/35194 E, 2005/39733 K.

¹¹⁸ Yargıtay 9. HD. 26.2.2007 gün, 2007/2709 E, 2008/5125 K.

Yargıtay tarafından tekstil işyerinde iplik üretim bölümü, asıl iş olarak değerlendirilmiştir¹¹⁹.

Yargıtay'a göre öğrenci yurdu işyerinde çamaşır hizmetleri¹²⁰, hastane işyerinde hemşirelik işleri¹²¹ asıl iş konumundadır ve alt işverene verilemez.

Muvazaayla ilgili Yargıtay ilke kararlarında muvazaanın tanımı yapılmış, İş Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen muvazaa kriterlerinin adi kanuni karine olduğu açıklanmıştır. Başka bir anlatımla, **asıl işverenin bir işçisiyle alt işveren ilişkisi kurulması** ve asıl işveren **işçilerinin hakları kısıtlanarak alt işverene bırakılması** durumlarında muvazaanın kesin olarak kabulü şeklinde uygulamaya gidilmemekte, işlemin muvazaaya dayanmadığının kanıtlanabileceği benimsenmektedir. Örneğin devlet üniversitesinde bir süre çalışmasının ardından alt işverene verilen temizlik işlerinde çalışmaya başlayan işçi yönünden 6772 sayılı yasaya dayanan ilave tediye uygulamasından mahrum kalması ve bu yolla haklarının kısıtlanmış olması yeterli görülmemiş, genel muvazaa kriterlerinin araştırılması gerektiği vurgulanmıştır.

"Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

...

Somut olayda davalı üniversite temizlik ve ilaçlama hizmetlerini ihale yoluyla alt işverenlere vermiş, alt işverenler zaman zaman değişmiştir. İşçilerin aynı şekilde yardımcı iş niteliğindeki bu işlerde çalışmaya devam

119 Yargıtay 9. HD. 6.3.2006 gün, 2006/2582 E, 2006/5499 K.

120 Yargıtay 9. HD. 7.5.2007 gün, 2007/1469 E, 2007/14248 K.

121 Yargıtay 9. HD. 21.5.2007 gün, 2007/6421 E, 2007/15598 K.

etmeleri yukarıdaki hükümler ile Borçlar Kanunu genel muvazaâ kriterleri açısından muvazaanın kanıtı sayılamaz. İşçilere işin yürütümü ile ilgili bazı talimatların asıl işveren yetkililerince verilmiş olması da başlı başına muvazaayı göstermez. Temizlik işinin gereği gibi yapılmaması karşısında asıl işveren yetkililerinin işin kontrolünü üstlenmesi ve alt işveren yetkilileri ile işçileri bu yönde uyarmaları imkân dâhilindedir.

Dosya içinde alt işverenlik sözleşmeleri de bulunmakta olup yardımcı işlerin alt işverene bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı ile alt işverenler arasında yapılan sözleşmelerin muvazaaya dayanıp dayanmadığı yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde mahkemece değerlendirilmeli ve aynı sözleşmelerin muvazaaya dayandığı yönünden daha önce mahkemelerce verilerek kesinleşen dosyaların olup olmadığı araştırılmalıdır. Davaya konu dönem içinde davacının çalışmasının geçtiği tüm alt işverenler ile asıl işveren arasındaki sözleşmeler muvazaâ yönünden ayrı ayrı değerlendirilmeli, davacı işçinin alt işverene verilen iş kapsamında çalışıp çalışmadığı da araştırılmalıdır.

Mahkemece davacının işyerinde fiilen yaptığı iş, olumsuz yetki tespitine ilişkin dava dosyası, asıl - alt işveren arasında yapılan ihale sözleşmeleri dikkate alınarak dosya kapsamı yeniden bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve davalı üniversite ile alt işvereni arasında muvazaâ olup olmadığı tespit edilmelidir. Keza bu tespit davacının belirli dönemler asıl işveren işçisi olarak çalışıp çalışmadığı, davalının taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlandırılıp fark ödenip ödenmediği de asıl - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı veya unsurlarını taşıyıp taşımadığı yönünden de dikkate alınmalıdır. Bu hususlar tespit edilmeden davacının başlangıçta üniversite işçisi olup sonradan alt işveren yanında çalıştırılmaya devam edildiğinden toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiği yönündeki mahkeme değerlendirmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 04.06.2012 gün, 2011/6281 E, 2012/19235 K.)

Üzerinde durmak istediğimiz Yargıtay kararına konu olayda, PTT Genel Müdürlüğü posta dağıtım işini ihale yoluyla bir şirkete vermiş, bu kapsamda çalışan işçi işe iade davasını her iki işverene yöneltmiştir. Mahkemece alt işverene bırakılan posta dağıtım işinde asıl işverenin **kendi işçilerinin de çalışması** ve alt işverende çalışacak işçilerin

seçiminde asıl işverenin **uygun görüşünün alınması**, görev yerlerinin asıl işveren bilgisi dahilinde değiştirilmesi gibi şartname hükümleri gereği ilişki muvazaalı olarak nitelendirilmiş ve alt işveren yönünden husumetten redde karar verilmiş, işçi PTT işyerine iade edilmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararında,

*"Taraflar arasında kanuna uygun olarak kurulduğu anlaşılan asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı da uyuramazlık konusudur. Mahkemece davacının davalı PTT Genel Müdürlüğü'nün kadrolu işçilerinin yaptığı işi yapması, asıl işverenin işçi alma yetkisini ve alt işveren işçilerine talimat verme yetkisini kendinde bulundurması nedeniyle alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu sonucuna varılmıştır. **Hizmet alım sözleşmesinde, idari ve teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin yüklenicinin bilgisi olmadan değiştirilmemesi, yıllık izin kullanma sürelerinin belirlenmesi konusunda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda hareket edilmesi gibi düzenlemeler yer almakta ise de asıl işverenin denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğu nedeniyle bu tür düzenlemelere yer verilmesi olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle sözü edilen hükümler alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez. Keza, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olması da alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli değildir.***

Yine 5584 sayılı Posta Kanununun 10. maddesine 5893 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenen fıkra ile PTT idaresinin postaların ayırım ve dağıtım işlerini ihale yolu ile 3. şahıslara gördürebileceği hüküm altına alınmıştır. Mevcut olgulara göre davalı işverenler arasında geçerli ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işverenlik sözleşmesi bulunmaktadır. Mahkemece asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu sonucuna varılarak davacının davalı kuruma ait işyerine iadesi doğru olmamıştır".

(Yargıtay 22. HD. 20.03.2012 gün, 2011/12944 E, 2012/4929 K.)

Yukarıda belirtilen Yargıtay kararına konu olayda dikkati çeken bir başka yn, posta dağıtım işi asıl iş olmasına rağmen alt işverene nasıl bırakılabildiği noktasındadır. Dağıtım işinde işletmenin ve işin gereği ile

uzmanlık gerektiren ve teknolojik nedenlerin olmadığı açıktır. Ancak 5584 sayılı Posta Kanunu'nun 10. maddesine 5893 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenen fıkra ile PTT idaresinin postaların ayırım ve dağıtım işlerini ihale yolu ile 3. şahıslara gördürebileceği hüküm altına alınmıştır. Benzer düzeleme **5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesinde vardır.** Kamu kurumları açısından asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakılabilmesi yolu bazı yasalarla açılmıştır.

Buna rağmen 5538 sayılı Yasa ile İş Kanunu'nun 2. maddesine eklenen fıkralardaki düzenleme, Yargıtay'a göre kamu kurumlarına ayrıcalık tanımamaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında geçtiği gibi 22. Hukuk Dairesi de,

"...5538 sayılı Yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayırık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaalı öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur" (Yargıtay 22. HD. 28.12.2011 gün, 2011/4640 E, 2011/8638 K.) şeklinde açıklamalara yer vererek, muvazaalı durumlarda 5538 sayılı Yasa ile eklenen fıkraların bir değerinin olmayacağını vurgulamıştır.

5538 sayılı Yasa ile İş Kanunu'na eklenen fıkraların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş ancak yüksek mahkeme uyumsuzluk konusu olayda uygulanan kural olmaması sebebiyle isteği reddetmiştir. Bu arada kararın gerekçesinde 5538 Sayılı Yasa ile eklenen fıkraların muvazaalı olmayan alt işveren ilişkilerinde geçerli olacağı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 13 Şubat 2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan kararında, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na eklenen bent ile elektrik üretimi su yapılarının denetimi işi DSİ ya da bu kurumun yetkilendireceği denetim şirketine verileceği yönündeki hüküm Anayasa'ya aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. (AYM 28.09.2012 gün, 2012/6 E, 2012/ 131 K.)

Muvazaa bölümünde son olarak değineceğimiz karar, temizlik işini alan alt işveren işçisi olmasına rağmen büro işçisi olarak çalışan bir işçiyle ilgilidir. Kamu kurumu işyerinde temizlik işi alt işverene verilmiş ancak alt işveren işçisi büro elemanı ve bilgisayar operatörü olarak çalıştırılmıştır. Yargıtay işçiyi asıl işverenin gerçek işçisi olarak değerlendirmiştir. Kararda muvazaaya dair açıklamalar yapılmışsa da düşüncemize göre karara konu olayda asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaasından söz edilemez. Bir işçinin alt işverene bırakılan işler dışında çalıştırılması, temizlik işlerinin gördürülmesine dair sözleşmeyi bütünüyle geçersiz kılmaz. Sadece büro işyerinde çalışan işçinin asıl işveren alt işveren ilişkisinin kapsamının dışında kaldığı söylenmelidir. Zira işçi alt işverene bırakılan işlerde çalıştırılmamakla alt işveren işçisi değildir, örnekte alt işveren ücreti ödeyen 3. kişidir.

İlgili karar,

"Somut olayda davalılar arasında imzalanan sözleşme ile temizlik işinin davalı G. Tarımsal Yapı Müh. Müt. Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti. ye açılan ihale sonucu verildiği, davacı ile G. Tarımsal Yapı Müh. Müt. Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti. arasında imzalanan hizmet sözleşmesinde davacının temizlik işçisi olarak işe alındığının belirtildiği görülmüştür.

Hizmet sözleşmesinde davacının görev tanımı temizlik işleri olarak belirlenmişse de dosya kapsamında ifadesine başvurulmuş davacı tanıkları ve hizmet cetvelinden davacının işe ilk giriş tarihi olan 02.02.1998 tarihinden akdin feshedildiği tarihe kadar kayden davalı İller Bankası'ndan ihale ile temizlik işini alan şirketlerin işçisi gösterilerek aslen büro elemanı-bilgisayar operatörü olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu haliyle yukarıda sıralanan ilkeler ışığında davacın başlangıçtan itibaren davalı İller Bankası işçisi olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple Mahkemece davalı İller Bankası Genel Müdürlüğü hakkında açılan davanın kabulüne, diğer davalı şirket hakkında açılan davanın ise husumet yokluğu nedeniyle

reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 05.05.2011 gün, 2009/ 13250 E, 2011/ 13602 K.)

C- Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Sorumluluk

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinde sorumlulukla ilgili değineceğimiz ilk karara konu olayda, üniversite hastanesinde değişen alt işverenler nezdinden çalışan temizlik işçisi emekli olmuştur. Kıdem tazminatı istekli davayı asıl işveren ve alt işverenlerin tamamına yöneltmiştir. Mahkemece tüm davalılar müstereken müteselsilen sorumlu tutulmuştur.

Yargıtay, asıl işveren ile son alt işverenin işyeri devri hükümlerine göre kıdem tazminatından sorumlu olduğunu belirtmiş ancak önceki alt işverenlerin kendi çalıştırdıkları süre ve devir tarihindeki ücretle sınırlı olarak sorumlu olduklarını kabul etmiştir. Hesaplama tüm süre ve fesih tarihindeki ücretten yapılmalı, asıl işveren ile son alt işveren tamamından birlikte sorumlu tutulmalıdır. Ancak önceki alt işverenler için sorumluluk kendi çalıştırdıkları süre ve çalıştırdıkları dönemdeki son ücretle sınırlı olmalıdır.

"Somut olayda davalı Dicle Üniversitesi asıl işveren diğer davalı firmalar ise alt işverendir. Davalı Dicle Üniversitesi asıl işveren olması, yine T. Temizlik firmasının da son alt işveren olması nedeniyle davacının kıdem tazminatının tamamından sorumludur. Buna karşın diğer davalı firmaların ise davacıyı çalıştırdıkları dönemle ve devir sırasındaki ücret ile sınırlı olmak üzere kıdem tazminatından sorumlu olmalarına rağmen bu husus dikkate alınmaksızın davacının kıdem tazminatının tamamından tüm davalıların sorumlu tutulması hatalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 04.04.2012 gün, 2010/1308 E, 2012/11257 K.)

Yargıtay ilke kararlarında asıl işverenin işe iadeden sorumlu olmaya-acağı açıklanmış, alt işverence işe başlatılmaması halinde işe başlatmama- nın sonuçlarından birlikte sorumluluk esası benimsenmiştir. Düşüncemize göre işe başlatmama tazminatından sorumlu olabilmesi için işe başlatma- ma anında asıl işveren alt işveren ilişkisinin devam ediyor olması gerekir.

"...Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfat bulunmadığından, asıl işverenin işe iade

yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm sebebi ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır”.

(Yargıtay 22. HD. 22.03.2012 gün, 2011/12797 E, 2012/5096 K.)

Asıl işveren - alt işveren ilişkisi yönünden değineceğimiz son karar, asıl işveren alt işveren ilişkisinin bitmesine rağmen işçinin bir süre daha alt işverenin değişik işyerlerinde çalıştırılması haliyle ilgilidir. Örnekte işçi A-B şirketleri arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında bir süre çalışmış, alt işverenlik sözleşmesi sona ermiştir. İşçinin iş sözleşmesi feshedilmemiş ara vermeksizin alt işverenin (B), başka işverenlerden aldığı iş kapsamında bir süre daha çalışmasının ardından kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde iş ilişkisi sona ermiştir.

Yargıtay bu örnekte,

*“...Alt işveren işçisi, alt işveren tarafından alt işverenin aldığı işten dolayı bu süre zarfında sadece bu işte çalışmış ve alt ve asıl işveren arasındaki ilişki sona erdiğinde veya asıl işveren alt işveren ilişkisi devam ederken iş ilişkisi sonlanmış ise, işçinin feshe bağlı alacakları dâhil tüm işçilik alacaklarından asıl işveren, alt işverenle birlikte sorumludur. İşçi asıl işveren ilişkisi başlamadan önce de alt işveren işçisi olarak, alt işverenin kendi işinde veya alt işverenin üstlendiği farklı bir asıl işverende çalışmış ve işçinin iş sözleşmesi sonra kurulan asıl alt işveren ilişkisi sırasında veya bitiminde sonlanmış ise, **alt işveren tüm süre üzerinden işçilik alacaklardan sorumlu iken, asıl işveren sadece kendi dönemindeki süre ve ücret üzerinden alt işverenle birlikte sorumludur.** Asıl işveren ilişkisi sona ermesine rağmen, işçi alt işverenin kendi veya alt işverenin yeni yüklendiği farklı bir asıl işverene ait işte çalışıyor ise, fesih olgusuna bağlı haklar hariç, asıl işverenin kendi dönemindeki ücret ve süre üzerinden ücret ve diğer işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumluluğu devam eder. **İşçinin iş sözleşmesinin daha sonra sonlandırılması halinde ise asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona erdiği tarihteki süre ve ücret üzerinden, sadece kıdem tazminatı ve gerçekleşen işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır.** Fesih olgusu asıl alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra gerçekleştiği için, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağından asıl işveren sorumlu tutulamayacaktır.*

Somut olayda, mahkemece, kıdem tazminatından alt işveren konumundaki Y... Petrol Ltd. şirketinin sorumluluğu yoluna gidilmişse de, yukarıda değinilen ilkeler ışığında, asıl işverenler arasında işyeri devri olgusunun bulunmadığı ve davacının asıl işveren A...sped Ltd. şirketindeki toplam çalışma süresinin bir yılın altında olduğu anlaşılmakla, davacı lehine hükmedilen kıdem tazminatından adı geçen şirketin sorumluluğuna hükmedilmemesi doğru olmakla birlikte, bir yılın üzerinde çalışmasının bulunduğu A... Ulaştırma AŞ. nin de alt işverenle birlikte kıdem tazminatından sorumluluğuna hükmedilmesi gerekirken kıdem tazminatı alacağının tek başına alt işverenden tahsiline karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 1.2.2010 gün, 2008/ 16427 E, 2010/ 1888 K.)

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinde sorumluluk bahsinde son olarak değineceğimiz tartışma, müşterek müteselsil sorumluluğun eksik ya da tam teselsülden hangisi olduğu yönündedir.

Yargıtay'ın 2008 yılına kadar kararlarında bu yönde bir açık hüküm yokken, 2008 yılında kadar verdiği kararlarında tam teselsülün anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir¹²².

Konu 2010 yılında da Yargıtay kararlarına yansımış ve alt işveren hakkında kesinleşen hükme rağmen tahsil edilemeyen işçilik alacakları bu defa asıl işverenden talep edilmiş, asıl işveren de zamanaşımı defini ileri sürmüştür. Yerel mahkeme, müşterek müteselsil sorumlulardan alt işveren hakkında açılan davada zamanaşımının kesildiği ve asıl işveren hakkında açılan dava için yeniden işleyen beş yıllık zamanaşımı süresinin dolmadığı, asıl işverenin zamanaşımı definin sonuca etkisiz olduğu gerekçesiyle daha önce kabul edilen işçilik alacaklarından bu defa asıl işverenin de sorumlu olduğuna dair karar verilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında¹²³, asıl işveren - alt işveren ilişkisinde kendine özgü teselsül hükümlerinin uygulandığı ve müşterek

¹²²

Yargıtay 9. HD. 9.6.2008 gün, 2007/ 40942 E, 2008/ 14420 K. Karar için bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2010, 2. Baskı, s. 107.

¹²³

Yargıtay 9. HD. 15.6.2010 gün, 2010/5634 E., 2010/18763 K.

müteselsil borçlulardan biri hakkında açılan davanın diğer yönünden de zamanaşımını **kestiği sonucuna varmıştır**.

Karşı oy yazılarında ise, asıl işveren alt işveren ilişkisinde eksik teselsül hükümlerinin uygulanması gerektiği ve sözü edilen ilişkide Borçlar Kanunu'nun 134. maddesi hükmünün uygulanmayacağı belirtilerek, alt işveren hakkında açılan davanın asıl işveren yönünden zamanaşımını kesen bir neden olamayacağı kabul edilmiştir.

Yargıtay 2013 verdiği kararlarında karşı oy yazısındaki görüşü benimsemiş ve aradaki ilişkiyi eksik teselsül olarak değerlendirmiştir¹²⁴. Kararda uyuşmazlığın 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde ortaya çıkmasına dikkat çekilmiş ve alt işverene karşı açılan davanın sadece alt işveren bakımından zamanaşımını kestğini, asıl işverene karşı daha sonra açılan davada ileri sürülen zamanaşımı definin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun¹²⁵ 60. maddesinin gerekçesinde, *"818 sayılı Borçlar Kanununun 51 inci maddesinin birinci fıkrasındaki hâl için "eksik teselsül", aynı Kanun'un 50 nci maddesindeki hâl için de "tam teselsül" şeklinde yapılan ayırımın öğretide eleştirildiği göz önünde tutulmuş ve Yasada bu ayırıma yer verilmemiştir. Buna bağlı olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu'un ikili teselsül sistemi terkedilmiş ve her iki teselsül durumu bir bütün olarak değerlendirilip, aynı hükümlere tâbi tutulmuştur"* şeklinde açıklamaya yer verilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve 62. maddelerinde birlikte sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Buna karşın 155. maddede birlikte sorumlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesinin, diğer borçluya da etki edeceği açıklanmış olmakla, hükmün yürürlüğe gireceği 01.07.2012 tarihinden itibaren yukarıda açıklanan eksik teselsül tam teselsül ayırımına bağlı tartışma, ortadan kalkmış olacaktır.

¹²⁴ Yargıtay 9. HD. 11.03.2013 gün, 2010/1204 E, 2013/ 8277 K.

¹²⁵ Yeni Borçlar Kanunu 11.01.2011 tarihinde TBMM de kabul edilmiş olup, yürürlüğü 01.07.2012 tarihi olarak belirlenmiştir.

6. EŞİT DAVRANMA BORCUYLA İLGİLİ İLKE KARARLARI

Yargıtay ilke kararlarında, İş Kanunu'nun 5. maddesindeki düzenlemeye göre **iş ilişkisinde**, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım ile **iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde**, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı ayırımın yasaklandığı belirtilmektedir. Mutlak ayırım yasağı ancak maddede sayılan hallere münhasır olarak kabul edilmekte, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep veya gebelik gibi nedenlerle ilgili olmaksızın, örneğin aynı durumdaki işçiler arasında nedensiz yere farklı ücret ödenmesi yasağın ihlali anlamında değerlendirilmemektedir.

Yargıtay kararına konu örnekte, işveren yeni işe aldığı işçilere daha yüksek ücret uygulamış, davacı kıdemli işçi, Kanununun 5. maddesine dayalı ayrımcılık tazminatını talep etmiştir. Mahkeme ayrımcılık tazminatını reddetmiş ancak ücret farkı ve buna bağlı isteklerin kabulüne karar vermiştir.

Yargıtay,

"... Ayırım yasağının mutlak olduğu sınırlı nedenler dışında eşit davranma borcu nispi bir nitelik taşır; eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisellik özelliğini ortadan kaldırmadığından işveren, farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisine son verme konularında nispi bir eşit davranma borcu altındadır. İşverenin, işyeri düzeyindeki tüm işlem ve uygulamaları eşit davranma borcuna tabidir. Ancak, kanunun kendisine tanıdığı kimi haklara ilişkin işlemlerinde, işletmenin riskini üzerinde taşımasının karşılığı olarak, işveren takdir hakkına sahip olup, buna göre hareket etmesi eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirilemez.

Eşit davranma borcu, işverenin, aynı işyerinde çalışan işçilerine karşı yükümlü olduğu bir borçtur. Dolayısı ile aynı işyerinde çalışmakla beraber işçi niteliği taşımayanlara karşı, yani işyerinde bulunmaları iş sözleşmesine dayanmayanlara karşı bir yükümlülük içermez. Esas itibarı ile işveren, henüz işe alınmamış kişilere veya iş sözleşmesi sona ermiş işçilerine karşı da eşit davranmakla yükümlü değildir. Bu nedenle 5 inci madde iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır. Kısaca işverenin

çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında özellikle ücret yönünden eşit davranma borcu bulunmamaktadır.

Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için kararlaştırılan ücretin daha yüksek olması eşit işlem borcuna aykırı olmadığından, işverenin bu işlemde farklı davranması sözleşme serbestisi kapsamında kaldığından, davacının fark alacaklarının reddi gerekir. Esasen davacının temyiz etmediği eşit işlem borcu tazminat isteğinin reddine karar verilmesi ile bu olgu mahkemenin de kabulündedir. Fark alacakların kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 07.05.2012 gün, 2011/14167 E, 2012/15810 K.)

Yargıtay bir başka kararında gebelik nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçi yönünden 5. maddedeki tazminatın koşullarının oluştuğunu belirtmiş, maddede 4 ay olarak üst sınır belirlenmiş olması karşısında mahkemece hükmedilecek tazminat miktarının da belirlenmesi gerektiği açıklanmıştır.

“...Somut olayda, davacı dava dilekçesinde gebelik nedeniyle işten haksız olarak çıkartıldığını iddia ederek 4857 sayılı Yasa’nın 5. maddesinde belirtilen tazminata hükmedilmesini talep etmiştir. Mahkemece işverenin eşit davranma yükümlülüğünü ihlal etmesinin kötü niyet tazminatı gerektirdiği kabul edilerek 100,00 TL kötü niyet tazminatı hüküm altına alınmıştır.

Mahkemece davacının iş akdinin fesih sebebine bağlı olarak eşit davranmama tazminatı hakkı doğduğuna ilişkin kabulü yerindedir.

Öncelikle mahkemenin doğru saptadığı eşit davranmama tazminatını İş Kanunu 17. maddesinde açıklanan kötü niyet tazminatını çağrıştıracak şekilde “kötü niyet tazminatı” olarak nitelendirmesi hatalıdır.

Ayrıca mahkeme kısmi dava nedeniyle 100 TL sine hükmetmiş fazlaya ilişkin hakları saklı tutmuştur. Mahkeme, kararında kabul edilen eşit davranmama tazminatının toplam miktarı belirtilmemiştir.

Her eda davası aynı zamanda tespit hükmü de içerdiğinden mahkemece kabul ve takdir edilen eşit davranmama tazminatının miktarının belirlenmemesi hatalıdır.

Bu tazminat 5. madde uyarınca 4 aylık ücretle sınırlı olmak kaydıyla başka bir deyişle 4 ayı geçmemek üzere belirlenmek durumundadır.

Mahkemece buna göre eşit davranmama tazminatının miktarının kararı davacının temyiz etmemiş olması ve kazanılmış hak ilkesi gözetilerek belirlenmesi gerekir”.

(Yargıtay 9. HD. 07.03.2012 gün, 2009/46881 E, 2012/7621 K.)

Henüz Yargıtay kararına yansıyan bir olay olmasa da, İş Kanunu 5. maddeyle ilgili Yargıtay’ın ilke kararlarında işçinin cinsel eğilimleri sebebiyle de ayırım yapılamayacağı vurgulanmıştır.

“...Bundan başka 4857 sayılı Kanun’un 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayırım yasağı da mutlak ayırım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Yasanın 5 inci maddesiyle 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasî sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayırımcılık da korunmamalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 15.02.2012 gün, 2009/40818 E, 2012/4135 K.)

7. İŞYERİ DEVRİYLE İLGİLİ İLKE KARARLARI

Yargıtay’ın işyeri devrine dair bazı kararlarında **önce işyerinin ne olduğu açıklanmış** ve buna göre devir olgusunun olup olmadığı belirlenmiştir.

Yargıtay’a göre “...4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinde işyeri, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” olarak tanımlanmıştır. İşyerinin maddi unsurları, bina, arsa, makine, büro malzemeleri, her türlü alet ve hammadde olarak ifade edilebilir. Maddi olmayan unsurlar ise, müşteri çevresi, yayın hakkı, marka patent hakkı, ticaret unvanı ve know how hakkı olarak belirtilebilir. Gazete işyeri bakımından marka, logo ve yayın imtiyaz hakları bir işyerinin en belirleyici unsurları arasındadır.

Somut olay yönünden davacı işçi marka ve logo ile yayın hakkının yeni kurulan ortak girişim şirketine devrinin ardından çalışmasına devam ettiğine göre, devir tarihi ile fesih tarihi olan 11.05.2000 tarihine kadar olan hizmetlerini, yayın hakkı sahibi olan D... D... N... Anonim Şirketi’ne karşı yerine getirmiş durumdadır”.

(Yargıtay 9. HD. 19.01.2010 gün, 2009/42958 E, 2009/354 K.)

İşyeri devrinde işçilik alacaklarından sorumluluk ise Yargıtay kararlarında şu şekilde açıklanmıştır¹²⁶:

"İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur.

1475 sayılı Yasa'nın 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı Yasa'nın 6 ncı maddesinde sözü edilen devreden işveren için öngörülen iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir.

Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden son işveren sorumlu olup, devreden işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır.

Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır. ..."

(Yargıtay 9. HD. 12.04.2012 gün, 2010/5250 E, 2012/12562 K.)

Ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil gibi işçilik alacaklarında devreden sorumluğu 2 yılla sınırlı olup bu süre hak

¹²⁶

İşyeri devri ve sorumluluk konularında ayrıntılı bilgi için bkz. Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Ankara 2011, s. 559 vd.

düşürücü niteliktedir. Bu yüzden hakim tarafından resen dikkate alınmalıdır. Örneğin ıslah ya da ek dava tarihinde bu süre geçmişse devredenin sorumluluğu daraltılmalıdır.

Yargıtay'ın diğer bir kararında, işyerinin cebri icra yoluyla satılarak dev-ri halinde sorumlulukların İş Kanunu'nun 6. maddesine göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir¹²⁷. Ancak konu öğretide tartışmalıdır¹²⁸.

Yasada eksik kalan bir yön de devirden önce sona eren iş sözleşmelerinde doğmuş bulunan işçilik alacaklarından devralan işverenin sorumlu olup olmayacağı noktasındadır. Gerçekten İş Kanunu'nun 6. maddesindeki düzenlemeye göre, devir anında devam eden iş sözleşmeleri –devirden önce doğmuş olan işçilik alacaklarıyla birlikte– devralana geçecektir. Oysa iş sözleşmesi devreden işverende feshedilmiş ve daha sonra bir işyeri devri yapılmışsa doğmuş bulunan işçilik alacakları mevcut hükme göre devralana geçmeyecektir.

İşyeri devri, iş sözleşmesi devreden işverence devirden önce feshedilmiş olan işçinin alacaklarına ulaşmasını zora sokabilir. Devredilen işyeri devredenin malvarlığında çıkmış olmakla ilama bağlanmış olsa dahi kesinleşen işçilik alacaklarının tahsili ciddi bir sorun olabilir. Bu açıdan Yargıtay, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde 179. madde ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde ise 202. maddeye göre devirden önce feshedilen iş sözleşmelerine bağlı işçilik alacaklarının dahi devralan işverenden talep edilebileceğini kabul etmektedir¹²⁹. Konu öğretide tartışmalıdır¹³⁰.

¹²⁷ Yargıtay 9. HD. 16.6.2008 gün, 2008/20332 E, 2008/15696 K.

¹²⁸ Bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İşyerinin Cebri İhale ile Satımı Suretiyle Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi, Sicil, sayı 16, s. 52.

¹²⁹ Bkz. Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, s. 460.vd.

¹³⁰ Bkz. Özkaraca, Ercüment: İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Kadir Has Üni. Sempozyum, 4 Nisan 2009, s. 212 vd.

8. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİYLE İLGİLİ İLKE KARARLARI

A- Belirli Süreli İş İlişkisinin Unsurları

Yargıtay belirli süreli iş sözleşmesini istisna olarak kabul etmektedir. Bu yüzden 1475 sayılı Yasa dönemindeki ikiden fazla yenileme halinde belirsiz süreli hale dönüşür şeklindeki uygulama 4857 sayılı Yasa döneminde geçerliliğini yitirmiştir.

Yargıtay bir kararında, avukatlık mesleğinin niteliği gereği belirli süreli iş sözleşmesine konu olamayacağını kabul etmiştir.

"...Somut olayda davacı avukatın işçi statüsünde çalıştığı sabittir. Avukatlık niteliği gereği belirli süreli bir iş değildir. Her ne kadar taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi imzalanmış ise de yapılan işin niteliği gereği taraflar arasındaki iş sözleşmesi başından beri belirsiz süreli olduğundan mahkemece bakiye süre ücretine hükmedilmesi hatalıdır".

(Yargıtay 9. HD. 30.05.2012 gün, 2012/16589 E, 2012/18956 K.)

Yargıtay, yurtdışı işyerinde Türk şirket işçisi olarak çalışan işçiler yönünden de kural olarak sözleşmeyi belirsiz süreli saymaktadır.

Karara konu bir olayda işçi, Türk şirketinin Kuzey Irak şantiyesinde altyapı ustası olarak çalışmış, sözleşmenin süresinden önce feshi sebebiyle kalan süreye ait ücretlerini talep etmiştir. Mahkeme bakiye süreye ait ücretleri kabul etmiştir. Yargıtay, 11. maddede yazılı belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulların bulunmadığı olayda sözleşmeyi belirsiz süreli olarak değerlendirmiştir. (Yargıtay 9. HD. 10/04/2012 gün, 2010/5999 E, 2012/12208 K.)

Libya, Katar, Ürdün gibi ülkelerle Türkiye arasında ikili işgücü antlaşması olup, sözü edilen antlaşmalar ve ekindeki tip sözleşmeler gereği bazen Türkiye İş Kurumu bu ülkelere gidecek olan Türk işçileri için belirli süreli sözleşme yapılması zorunluluğunu aramaktadır. Ancak aynı kurumun adı geçen ülkeler için belirsiz süreli olarak yapılan sözleşmeleri onayladığı da temyize konu dosyalardan anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın konuyla ilgili kararlarında tam bir uyum olmasa da, son dönemde verilen kararlarda yurt dışında çalışacak işçiler yönünden İş Kanunu'nun 11. maddesinin hükümlerinin uygulanacağı, işçilerin salt yurt dışında

çalışmasının belirli süreli sözleşme yapılması için yeterli olmadığı kabul edilmiştir. Ancak yurt dışında yürütülen işin proje bazlı olması ve belli bir süreye bağlı olması halinde işçi ile yapılan sözleşmenin, işin süresi ile uyumlu olarak belirli süreli yapılabileceği de kabul edilmelidir.

Yargıtay, Deniz İş Kanunu'nun 7/2. maddesine dayalı olarak gemi adamının sefere bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışabileceğini kabul etmiştir. Kararda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi hükümlerinden söz edilmesi ise bize göre isabetli değildir. Zira Deniz İş Kanunu'na tabi çalışanlar bakımından 4857 sayılı Yasa'nın uygulanma imkânı yoktur. Belirli süreli iş sözleşmesi yapma koşulları, gemi adamları yönünden Deniz İş Kanunu ve boşluk olan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenmelidir.

"...Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, özellikle Deniz İş Kanunu'nun 7/2 maddesine göre sefere bağlı iş sözleşmelerinin geçerli olduğu, ancak davacının dosyada mevcut sözleşme örneklerine göre sefere bağlı sözleşmelerle çalışmadığı göz önüne alındığında davacı ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için objektif nedenler bulunmadığından, ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir".

(Yargıtay 9. HD. 17.05.2012 gün, 2010/11214 E, 2012/17556 K.)

Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesi kapsamında yapılan sözleşmeler belirli sürelidir.

"...5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 1'nci fıkrasına göre, Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece özel okul öğretmenleri, müdür ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan az süreli olmaması zorunludur".

(Yargıtay 9. HD. 15.02.2012 gün, 2009/43210 E, 2012/4229 K.)

Yargıtay'a göre iş sözleşmesi belirli süreli olma koşullarını haiz değilse, sözleşmenin süresinden önce feshi durumuna bağlı cezai şart talebinin reddi gerekir.

"...Somut olayda davacının belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmasını gerektirir objektif nedenlerin bulunmadığı, sözleşmenin başından itibaren belirsiz süreli olduğunun kabulü ile bunun sonucu olarak bakiye süre ücreti alacağı ve sözleşmenin süresinden önce feshi durumuna bağlı cezai şart talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozma nedenidir".

(Yargıtay 9. HD. 10.05.2012 gün, 2012/14468 E, 2012/16630 K.)

Yargıtay başka bir kararında ise aksi yönde karar vermiş, hekim ile yapılan sözleşmenin belirsiz süreli olması gerektiğini kabul ederek bakiye süre ücreti isteğini reddini kabul ederken aynı süreye bağlı cezai şartın geçerliliğini benimsemiştir.

"...Somut olayda; davacı doktor davalı hastanede çalışmak üzere bir yıl süreli hizmet akdi imzalamıştır. İşyeri bir hastane, davalı da bir doktordur, işin niteliğinde ve iş sözleşmesinde 4847 sayılı İş Yasası'nın 11. maddesinde sayılı olan, akdin belirli süreli sayılması için bulunması zorunlu olan koşullar mevcut değildir, akit baştan itibaren belirsiz sürelidir. Böyle olunca bakiye süre ücret alacağı isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

Hizmet akdinde davacının belirli bir süre çalışmasına bağlı olan ve karşılıklı olarak öngörülmüş cezai şarta hükmedilmesi ise, akit, işverence ve haklı nedene dayanmadan feshedildiğinden, yerindedir".

(Yargıtay 9. HD. 12.03.2012 gün, 2009/48252 E, 2012/8025 K.)

Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi son olarak verdiği kararında, tarafların belirli süreli olduğunu belirttikleri sözleşmede objektif nedenlerin yokluğu halinde süreye bağlı şartın gerçekleşmediğini, sözleşmenin asgari süreli olarak kabulünün mümkün olamayacağını benimseyen yerel mahkeme kararını onamıştır¹³¹.

Tarafların asgari süreli iş sözleşmesi düzenleme yönünde bir iradeleri olmadığı halde yasaya aykırı şekilde belirli süreli yapmak istedikleri sözleşmedeki süreye bağlı cezai şartın istenemeyeceği düşüncesindeyiz. Gerçek

¹³¹

Yargıtay 9. HD. 15.01.2013 gün, 2010/ 33981 E, 2013/ 586 K. sayılı onama kararı, Yerel Mahkeme, İstanbul 2. İş Mah. 14.06.2010 gün 2008/ 589 E, 2010/ 494 K.

amaç cezai şart ise taraflar asgari süreli bir sözleşme yaparak süreye bağlı şekilde bir cezai şart kararlaştırmalıdır. Tarafların yasaya aykırı şekilde ve belirli süreli sözleşme niteliği taşımayan sözleşmeyi hakimın resen asgari sürekli olarak kabul etmesinin doğru olmayacağı kabul edilebilir.

Bakiye Süre Ücreti

İş sözleşmesi belirli süreli ise süresinden önce işverence ve haklı neden olmaksızın feshine bağlı olarak kalan süreye ait ücret ve diğer hakların işçiye ödenmesi gerekir. Yine bakiye süre ücretinden **oransal indirim yerine** sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler indirilmelidir.

Yargıtay'a göre

" ...Somut olayda mahkemece bakiye süre ücretine bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmiş olup, yukarıda açıklandığı üzere sözleşmenin kalan süresine ait ücret genel anlamda ücret kapsamında değildir. Böyle olunca İş Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen faize karar verilmesi doğru olmaz. **Mahkemece bakiye süreye ait ücret için yasal faiz yerine bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi hatalıdır.**

Mahkemece, daha önce benzer şekilde verilen kararların Yargıtay tarafından onandığı gerekçesiyle bakiye süreye ait ücretlerden % 40 oranında indirimle gidilerek istekle ilgili karar verilmiştir. Her dosya kendi içindeki delillerine göre değerlendirilmelidir. Sözleşmenin süresi ile çalışılan ve çalışılmayan süreler her dosyada birbirinden farklıdır. İş sözleşmesinin kalan kısmının az olması halinde somut olayın özelliğine göre bozma nedeni yapılmamış olan oransal indirimin, olması gerekenmiş gibi tüm benzer dosyalarda uygulanması doğru olmaz.

Borçlar Kanununun 325 inci maddesine göre işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak usulü kazanılmış hak ilkesi de gözetilerek sonuca gidilmelidir. Kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir".

(Yargıtay 9.HD. 22.05.2012 gün, 2012/779 E, 2012/17960 K.)

Uygulamada, iş sözleşmesinin süresinin **karar anında dahi devam etmekte olduğu durumlarda işçinin ilerideki gelirleri bilinemeyeceğinden** oran kurularak indirimler yapıldığı da görülmektedir. Yine, yurt dışında çalışan işçinin **bu işi yapmamasından kaynaklanan yapmamış olduğu giderlerinin tam olarak tespiti mümkün olmadığına** göre bakiye süre ücretinden oran gösterilmek suretiyle indirimin kabul edildiği Yargıtay kararları da vardır.

Türk Borçlar Kanunu'nun **438. maddesinde indirim kriterleri, işçinin hizmet süresinin sona ermesi sebebiyle tasarruf ettiği miktar, başka bir işten elde ettiği gelirler ve bilerek elde etmekten kaçındığı gelirler** olarak açıklanmıştır. İndirimin maddede yer alan sıralamayla yapılacağını da söylemek yanlış olmaz.

Belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından muhik bir nedenle feshinde ise, Borçlar Kanunu'nun 345. maddesi uygulama alanı bulabilir. Anılan hükme göre işçi, akit ile müstahak olduğu haklarının ferî menfaatler de dahil olmak üzere tam olarak karşılığını tazminat olarak talep edebilecektir. İşçinin haklı sebeple iş sözleşmesini feshi Türk Borçlar Kanunu'nun 437. maddesinde, 818 sayılı Yasa'nın 345. maddesine paralel şekilde düzenlenmiştir.

Yargıtay, asgari ve azami süreli olarak yapılan iş sözleşmesinde asgari süreden önce gerçekleşen fesih sebebiyle bakiye süre ücretinin istenebileceğini kabul etmiştir.

"...Davacı işçi, davalı nezdinde asgari 3 yıl süreli olarak yapılan iş sözleşmesi ile çalıştığını ve sözleşmenin süresinden önce feshedildiğini ileri sürerek kalan süreye ait ücretlerini talep etmiştir. Mahkemece, iş sözleşmesinde herhangi bir sürenin öngörülmediği ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının bakiye süre ücreti alamayacağı gerekçesiyle isteğin reddine karar verilmiştir.

Davacı işçiye Jotun Boya San AŞ. tarafından 05.06.2000 tarihinde yazılı olarak iş sözleşmesi teklifinde bulunulmuş ve bahsi geçen teklifte aylık ücreti 82.000 Norveç Kronu olarak belirlenmiştir. Aynı zamanda sözleşme süresi 3-5 yıl olarak öngörülmüştür. Adı geçen şirketin genel müdürü imzalı 01.07.2000 tarihli yazıda, davacının anılan teklifi kabul ederek asgari 3 yıl ve azami 5 yıllık süreli sözleşme ile göreve başlaması

sebebiyle memnun olunduğu bildirilmiştir. Söz konusu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği ve davacıya belirtilen ücretin ödendiği, yine öngörülen görevin ifa edildiği anlaşılmaktadır.

Davacı işçi ile davalılardan Jotun Boya San. AŞ. arasında iş sözleşmesinin 3 yıl azami süreli olarak yapıldığı dosya içeriği ile sabit olup, sözleşmenin süresinden önce işverence feshi sebebiyle kalan süre ücretinin ödenmesi gerekir. Borçlar Kanunu'nun 325/son maddesi uyarınca indirim yönünden gerekli araştırmaya da gidilerek istekle ilgili bir karar verilmelidir”.

(Yargıtay 9. HD. 27.09.2005 gün, 2005/7279 E, 2005/31416 K.)

Aynı yönde, (Yargıtay 9. HD. 21.06.2005 gün, 2004/25647 E, 2005/22392 K)

5- KISMI SÜRELİ İŞ İLİŞKİSİYLE İLGİLİ İLKE KARARLARI

İşçinin kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığı ve işçilik alacaklarının hesabı konuları zaman zaman uyumsuzluk konusu olabilmektedir. Yargıtay haftada 30 saatin altında çalışmayı kısmi süreli olarak değerlendirmektedir. İnceleme konusu yaptığımız olayda işçi, işverence kısmi statüde çalıştırılmış olsa da haftalık çalışma süresi 30 saati aşmıştır. İşveren 30 saati aşan kısım için fazla sürelerle çalışma ücreti ödemiştir. İşyerinde sadece tam süreli çalışanlara özgü ikramiye hakları vardır. Davacı işçi haftada 30 saati aşan çalışmaları sebebiyle tam süreli olarak çalıştığını ileri sürerek ikramiye alacaklarını talep etmiştir. Yerel mahkeme isteği kabul etmiş, Yargıtay davacının tam süreli çalıştığı yönünde yerel mahkeme tespitini yerinde bulmuş ancak hesap yönünden kararı bozmuştur.

"..Somut olayda, davacı işçinin haftada 30 saati aşan çalışmalarının varlığı kanıtlanmıştır. Bu durumda tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığının kabulü ile hesaplamaların buna göre yapılarak sonuca gidilmesi yerindedir.

Davacı işçi tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına göre sosyal yardımlardan da tam süreli diğer işçiler gibi yararlanmalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 19.01.2012 gün, 2009/34023 E, 2012/908 K.)

Aynı kararda kısmi süreli iş sözleşmesinde işçilik alacaklarının hesabı da özetlenmiştir.

Yargıtay'a göre,

"...Kısmî çalışma Kanunda yer almasına rağmen kıdemin nasıl belirleneceği, ihbar izin gibi haklardan nasıl yararlanılacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normatif olarak düzenlenmemiştir.

Konu, yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Buna göre, kısmî çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 12.02.2008 gün, 2007/31462 E, 2008/108 K.). Hesaplama esas alınacak ücret ise işçinin kısmî çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır.

Kısmî süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi yönünden ihbar önelinin de iş ilişkisinin kurulduğu tarih ile feshedilmek istendiği tarih arasında geçen süre toplamına göre belirlenmesi gerekir.

1475 sayılı Yasa'nın 41 inci maddesinde, hafta tatiline hak kazanabilmek için önceki altı günde günlük iş sürelerine göre çalışmış olmak şartı bulunmaktaydı. 4857 sayılı Kanun'da ise, haftalık iş süreleri çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabileceğinden, hafta tatili tanımı değişmiş, işçinin 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olması kaydıyla, yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz yirmi dört saat dinlenme hakkı öngörülmüştür. 63. maddede, genel bakımdan iş süresinin haftalık en çok kırk beş saat olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Yasa'nın uygulandığı dönemde, haftalık çalışma süresi kırk beş saati bulamayacağından, kısmî süreli iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanması mümkün olmaz(Yargıtay 9. HD. 08.12.2009 gün, 2009/ 44744 E, 2009/ 33940 K).

Yıllık Ücretli izin Yönetmeliğinin 13 üncü maddesinde, kısmî süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin izin hakkı bakımından tam süreli işçilere göre farklı bir uygulamaya tabi olamayacakları açıklanmıştır. Bu durumda bir yıllık çalışma süresini dolduran kısmî süreli çalışan işçinin izin hakkı vardır".

(Yargıtay 9. HD. 19.01.2012 gün, 2009/34023 E, 2012/908 K.)

6- İHBAR TAZMİNATIYLA İLGİLİ İLKE KARARLARI

İhbar tazminatıyla ilgili en güncel tartışma, geçersiz sayılan fesih bildirimi öncesinde işçiye tanınan ihbar önelinin geçerliliği noktasındadır.

Yargıtay, mahkemece verilen feshin geçersizliği kararıyla işveren feshinin ortadan kalktığını belirterek aynı feshe bağlı ihbar önelinin bir değeri olmayacağını, işe başlatılmayan işçiye işe başlatılmama anına göre ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğini kabul etmekteydi. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu görüşü de aynı doğrultuydaydı¹³². (Yargıtay HGK., 23.12.2009 gün, 2009/9-524 E., 2009/581 K.)

Ancak Yargıtay 9. HD. ve 22. HD. bu görüşlerini değiştirmişler ve geçersiz sayılan feshe bağlı ihbar önelinin geçerli olduğunu, işe başlatılmayan işçiye işverenin ayrıca ihbar tazminatı ödemek zorunda olmadığını kabul etmişlerdir¹³³. Yargıtay'ın son kararı öğretide de olumlu karşılanmıştır¹³⁴.

Son kararlar, İş Kanunu'nun 21/4. maddesinde öngörülen, işçiye geçersiz sayılan fesihte ihbar öneli verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, "bu süreler ait ücret tutarı ayrıca" ödenecektir şeklindeki düzenleme ile son derece uyumludur. Ancak Yargıtay'ın işe başlatmamayı fesih sayan görüşü ile çelişmektedir. Düşüncemiz, feshin geçersizliğinin tespitine dair kararın işveren feshini kendiliğinden ortadan kaldırmadığı, işe başlatmamanın da fesih niteliğinde olmadığı yönünde olup, Yargıtay'ın son kararları görüşümüzü desteklemektedir.

Yargıtay'ın önceki uygulamalarında, işverence ihbar tazminatı ödenmemişse ve ihbar öneli içinde yaşlılık aylığı için tahsis talebinde bulunması halinde işçinin emeklilik suretiyle iş sözleşmesini feshettiği kabul edilmekteydi. Bu yolla kıdem tazminatı hesabında askerlik

¹³² Karar için Bkz. Çil,Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. Baskı, Ankara2012, s. 273 vd.

¹³³ Yargıtay 22. HD. 14.05.2012 gün, 2012/ 6929 E, 2012/ 9822 K. Karar için bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 280 vd. ; Yargıtay 9. HD. 24.12.2012 gün, 2012/ 5080 E, 2012/ 43839 K. kişisel arşiv.

¹³⁴ Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 657.

borçlanması dikkate alınmakta ancak emeklilik suretiyle fesih olmakla işçi ihbar tazminatı isteyememektedir.

Yargıtay 2008 yılı sonrasında bu yöndeki kararlarında değişikliğe gitmiştir. Değişiklik gerekçesinde işveren feshinin işçiye ulaşmakla sonuçlarını doğurduğu, işçinin daha sonra yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girdiği dönemden sonra feshin emeklilik sebebiyle gerçekleştiği şeklindeki önceki yorumun işçi yararına olmaktan çıktığı belirtilmiştir.

Yargıtay ilke kararlarında aynı uygulamanın devam ettiği, ihbar tazminatı ödenmediği sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işveren feshini ortadan kaldırmadığının kabul edildiği görülmektedir.

"...Somut olayda, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi sonucunda, sunulan delillerden, işverence davacıya bildirim öneli verilerek, 17.01.2006 tarihinde iş akdinin feshedileceğinin tebliğ edildiği, davacının ihbar öneli sona ermeden emeklilik için 09.01.2006 günü dilekçe verdiği anlaşılmaktadır.

Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmeden yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının, işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmeyen ihbar tazminatının kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir".

(Yargıtay 9. HD. 31.05.2012 gün, 2010/7368 E, 2012/19127 K.)

Yargıtay önüne, toplu iş sözleşmeleriyle ihbar önelinin fahiş şekilde arttırıldığı uygulamalar gelmiştir. Yargıtay 90 hafta olarak kararlaştırılan ihbar önelini fahiş bulmuş ve hakim in indirim yapması gerektiğini belirtmiştir. Sonraki kararlarda bir ölçüt de getirmiş ve üst sınırın yasal sürelerle göre hesaplanacak olan ihbar ve kötü niyet tazminatının toplamı kadar olabileceğini kabul etmiştir. Yasal önelin 8 hafta olduğu bir örnekte arttırılmış ihbar öneli 32 haftayı geçemeyecektir.

"...Bu açıklamalara göre ihbar önellerinin artırılmasını öngören 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde bir üst sınır belirlenmemiş olması, kanunda bu yönde bir boşluk bulunduğu şeklinde değerlendirilmemelidir.

Kanunlarımızda boşluk bulunan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesine göre hakim, örf ve adete bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak ise ona göre bir karar vermek durumundadır. Aynı maddenin son fıkrasında, hakim yasalarda boşluk bulunan hallerde uygulanması gereken kuralı belirlemekte, bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanılması gerektiği de açıklanmıştır. Bu durumda, iş sözleşmesi ile belirlenen ihbar önellerinin üst sınırını hakim tayin etmek durumundadır.

Somut olayımızda her ne kadar iş sözleşmesinde 8 ay tutarında ihbar tazminatı kararlaştırılmışsa da, yukarıda anlatılan ilkeler ışığında yasal ihbar süresinin 4 katından daha fazla olacak şekilde belirlenen ihbar tazminatından hakkaniyete uygun bir oranda indirim yapılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir”.

(Yargıtay 9. HD. 10.05.2012 gün, 2010/7691 E, 2012/16608 K.)

Yargıtay kararlarında iş sözleşmesini haklı olarak fesheden tarafın karşı taraftan ihbar tazminatı isteyemeyeceği, işçinin emeklilik, muavazaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda işverenin ihbar tazminatı talep hakkı bulunmadığı açıklanmıştır.

“...İşçinin 1475 sayılı Yasa'nın 14 üncü maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muavazaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

...

Haklı nedenle de olsa iş sözleşmesini fesheden tarafın ihbar tazminatı talep hakkı bulunmadığı gözetilmeksizin ihbar tazminatının kabulü hatalıdır”. (Yargıtay 9. HD. 09.05.2012 gün, 2010/4721 E, 2012/16359 K.)

Yargıtay kararına konu bir başka olayda, işveren iş akdini bildirimli olarak feshetmiş ve işçiye toplu iş sözleşmesi ile tanınmış 12 haftalık ihbar öneli tanımıştır. İşçi önel içinde çalıştığı sırada gelişen bir nedene dayalı olarak kendisi haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiştir. İşverenden ihbar tazminatı talep etmiştir. Mahkeme isteği hüküm altına almıştır. Yargıtay, işverence tanınan bildirim süresi içinde işçinin haklı feshinde işçinin ihbar tazminatı talep edemeyeceğini kabul etmiştir.

"...Somut olayda; davalı işveren tarafından davacının iş sözleşmesi 15.05.2009 tarihli fesih bildirimi ile toplu iş sözleşmesinde öngörülen 12 haftalık önel sonunda 07.08.2009 tarihi itibarıyla İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshedilmiş olup, fesih bildiriminin tebliğinden sonra davacı belde belediyesinde görevlendirilmiştir. İhbar öneli içinde bu kez davacı iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca haklı nedenle feshetmiştir.

İhbar tazminatının haksız feshe muhatap olan tarafça talep edilebileceği, davacı işçi tarafından verilen dilekçenin irade fesadına yol açacak şekilde elinden alındığı yolunda herhangi bir tanık da bulunmadığı göz önüne alındığında davacının ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken feshin işverence bildirim süresine uyulmaksızın yapıldığı kabul edilerek bu alacağın hüküm altına alınması bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 09.04.2012 gün, 2010/46810 E, 2012/11899 K.)

Yargıtay ilke kararında yer alan ifadeye göre, ihbar önelinin bölünmezliği kuralı gereği ihbar tazminatından tenkis yapılarak hüküm kurulması doğru değildir.

"...Somut olayda, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi sonucunda, ihbar tazminatından tenkis yapılarak hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, ihbar tazminatı bölünemez. İhbar tazminatının tamamına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde noksan hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 01.03.2012 gün, 2009/45151 E, 2012/6667 K)

7- İŞÇİNİN HAKLI FESHIYLE İLGİLİ İLKE KARARLARI

A- Ücret ve Diğer Hakların Ödenmemesi

Yargıtay ilke kararlarında sık sık vurgulandığı üzere, işçinin SSK primlerinin gerçek ücretten yatırılmaması ve fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesinin işçiye iş akdini haklı nedenle fesih imkanı verir. Sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel

tatil gibi alacakların ödenmemesi durumunda da işçinin haklı fesih imkânı bulunmaktadır.

"...4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 üncü maddesinin (II) numaralı bendinin (e) alt bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların ödenmemesi durumunda da işçinin haklı fesih imkânı bulunmaktadır (Yargıtay 9. HD. 16.7.2008 gün, 2007/22062 E, 2008/16398 K.).

...

İşçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik bildirilmesi, sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir durum olsa da Dairemizin 1475 sayılı Yasa döneminde istikrar kazanmış olan görüşü, 4857 sayılı İş Kanunu döneminde de devam etmekte olup, sigorta primlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya düşük ücretten yatırılması hallerinde de işçinin haklı fesih imkânı vardır (Yargıtay 9. HD. 18.01.2010 gün, 2009/24286 E, 2010/74 K.).

...

İşçinin SSK primlerinin gerçek ücretten yatırılmaması ve fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesinin işçiye iş akdini haklı nedenle fesih imkanı verdiği tartışmasızdır. Davacı da buna dayanarak iş akdini haklı nedenle feshettiğinden kıdem tazminatının kabulü yerine, normal ücretlerinin ödendiği gerekçesi ile reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 07.06.2012 gün, 2010/13886 E, 2012/19879 K.)

Ancak Yargıtay, yıllık izin kullandırılmaması nedenine bağlı haklı feshi, çok uzun süre hiç izin kullandırılmaması ya da işçi talep edildiği halde gerekçesiz olarak izin hakkının verilmemesi hallerinde mümkün saymıştır.

"...Her ne kadar fesih sebepleri içerisinde yok ise de yıllık ücretli iznin kullandırılmamasının haklı fesih sebebi oluşturabilmesi için çok uzun süre hiç izin kullandırmama ya da talep edildiği halde gerekçesiz olarak izin kullandırılmaması gereklidir.

Somut olayımızda hiç izin kullandırmama, işçi tarafından talep edildiği halde iznin kullandırılmaması halleri de söz konusu değildir.

Bu açıklamalar ışığında davacının haklı fesih sebepleri yerinde olmadığından kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 05.03.2012 gün, 2009/45818 E, 2012/6984 K.)

Yargıtay kararında ücret ödenmemesinin işçiye fesih hakkı doğurması için ücret alacağının "muaccel" olması gerektiği vurgulanmıştır. Örnekte, son ay 4 gün çalışmış olan işçinin henüz ücret ödeme dönemi gelmediği için ödenmeyen ücrete bağlı feshi haklı olarak değerlendirilmemiştir.

"...Yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilke kararı uyarınca ücret ödenmemesinin işçiye fesih hakkı doğurması için ücret alacağının "muaccel" olması gerekir.

Davalı tarafça davacının Kasım ayına ait 4 günlük ücret alacağının ödendiğine ilişkin bir belge ibraz edilmemesi karşısında, Kasım ayı ücretinin ödenmediği anlaşılmış ise de Kasım ayı ücreti fesih tarihi itibarıyla muaccel değildir.

Mahkemece öncelikle davacıya feshe dayanak yaptığı ücret alacağının hangi yıl ve hangi aylara ait olduğu açıklatılıp, davacının iş akdini feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı buna göre değerlendirilip karar gerekçesinde açıklaması yapılarak hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır”.

(Yargıtay 9.HD. 24.01.2012 gün, 2009/43307 E, 2012/1592 K.)

Bu bölümde **belirsiz süreli iş sözleşmeleri** bakımından Yargıtay'da güncel bir tartışmaya değinmek isterim. İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle ve **derhal fesih hakkı İş Kanunu'nun 24. maddesinde** öngörülmüştür. İşçinin aynı hakkı, feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı yönündeki tereddütleri veya kendisini hatta işvereni fesih sonrasındaki duruma hazırlamak için **işverene bildirim süresi tanıyarak** kullanıp kullanamayacağı tartışma konusudur.

Örneğin ücreti ödenmeyen işçi derhal fesih yerine işverene bildirim süresi vererek süre sonunda iş ilişkisini feshedebilecek midir? Bu tür bir hak kullanıldığında İş Kanunu'nun 26. maddesinde yazılı olan 6 işgünlük hak düşürücü sürenin geçtiği söylenebilecek midir?

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2010 yılında verdiği kararında, işçinin derhal fesih imkanı varken iyiniyetli olarak ihbar öneli tanımasının haklı feshi

ortadan kaldırmadığını İş Kanunu 26. maddesindeki 6 işgünlük hak düşürücü sürenin de geçmediğini kabul etmiştir¹³⁵.

2013 yılında da aynı yönde bir karar bu defa oy çokluğuyla verilmiştir¹³⁶. Karşı oy yazısında, bildirim süresi verilerek yapılan fesihlerde işçinin kıdem hakkının olmadığı açıklanmıştır.

İş Kanunu'nun 24. maddesi "***işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı***" başlıklı olup ilk fıkrada "***aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir***" sözcüklerine yer verilmiştir. Cümlelerin "***feshedebilir***" şeklinde tamamlanmış olması, işçinin önelli feshedemeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Asıl olan işçinin bildirim süresi tanımak suretiyle iş sözleşmesini feshetmesidir. Bu hak her zaman için geçerlidir. Yasa koyucu belli nedenlerin varlığı halinde işçiye bildirim süresini beklemezsizin fesih hakkını da tanımıştır. Ancak işçinin haklı fesih nedenlerinin varlığına rağmen nasıl ki fesih hakkını kullanmayabileceği varsayılıyorsa, işçinin derhal fesih yerine İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca tanınmış olan bildirim süreli fesih hakkını kullanması her zaman mümkün sayılmalıdır. İşçinin bildirimli fesih hakkını kullandığı sırada var olan haklı fesih nedenine dayanması da mümkün kabul edilmelidir.

B- Şeref ve Namusa Dokunan Sözler Söylenmesi

Yargıtay kararına konu olayda, işçiye, işyeri çalışanı olan ustabaşı şeref ve namusa dokunan sözler sarf etmiştir. İşveren bu konuda aynı eylemin tekrarlanmaması için önlem almadığı gibi, işçiye aynı ustabaşı ile çalışmaya zorlamıştır. Yargıtay işverenin bu davranışını işçiye gözetme borcunun bir ihlali olarak değerlendirmiştir. Kararda, yasal düzenlemenin işverence işçiye veya ailesi üyelerinden birine hakaret halini düzenlemiş olmasına rağmen, işverenin diğer bir işçisinin benzer eylemleri karşısında da işçinin korunması gerektiği vurgulanmıştır¹³⁷.

¹³⁵ Yargıtay 9. HD. 02.12.2010 gün, 2008/ 40944 e, 2010/ 35592 K. Karar için bkz. (Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 444.)

¹³⁶ Yargıtay 9. HD. 14.03.2013 gün, 2010/ 48444 E, 203/ 9413 K.

¹³⁷ Yargıtay 9. HD. 24.02.2011 gün, 2009/4745 E, 2011/4868 K. (Karar için bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 443.)

Yargıtay'ın bir kararında, işçiye hakaret eden işveren vekilinin beraat etmiş olması sonuca etkili görülmemiş ve eylemin iş yargılamasında kanıtlanmış olmasına göre işçinin haklı feshi kabul edilmiştir.

"...Her ne kadar işveren vekili hakkında, davacı yönünden verilen beraat hükmü kesinleşmiş ise de, olayın oluşumu, davacının aynı gün birlikte hareket ettiği diğer işçilerle birlikte Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne gidip şikayetçi olması ve ertesi gün de C.savcılığı'na şikayet dilekçesi verip 15 gün sonra bu davayı açması, davacının bozulan makinenin bakımından sorumlu olmamasına rağmen tamir ücretinin maaşından kesilmesinin istenmesi, diğer işçilerin açtığı ve Dairemizce aynı gün onanmasına karar verilen aynı mahkemenin 2004/127-128-129 Esas sayılı dosyaları dikkate alındığında, davacının yaptığı fesih İş Kanunu'nun 24/II uyarınca haklı nedene dayanmakta olup kıdem tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerekirken mahkemece bu talebin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 05.03.2012 gün, 2009/46833 E, 2012/6971 K.)

Yargıtay'ın dikkat çekici bir kararı da, işyerinde işverenin hakaretine uğrayan işçinin iş sözleşmesini önelli feshetmesiyle ilgilidir. İşveren işçiye bir toplantı sırasında hakaret etmiş, işçi iki gün sonra tazminat talebini de iletmek suretiyle ve haklı nedene dayanarak sözleşmesini feshettiğini bildirmiştir. Ancak işçi aynı bildirimde işverene ihbar öneli tanımıştır. 13 gün daha çalışmış ve ayrılmıştır.

Yargıtay, işçinin derhal fesih imkanı varken iyiniyetli olarak ihbar öneli tanımmasının haklı feshi ortadan kaldırmadığını İş Kanunu 26. Maddesindeki 6 işgünlük hak düşürücü sürenin de geçmediğini kabul etmiştir¹³⁸.

C- İşçiye Cinsel Tacizde Bulunulması

Yargıtay kararlarında, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi cinsel tacizin önlenmesi konusunda 2002/73 sayılı Direktif'e de atıf yapılarak cinsel tacizin tanımı, *"insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, sözlü veya fiziksel ve özel olarak,*

¹³⁸

Yargıtay 9. HD. 02.12.2010 gün, 2008/ 40944 E, 2010/ 35592 K. (Karar için bkz. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 444.)

aşağılayıcı utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan cinsel nitelikte her türlü davranış” olarak yapılmıştır.

Yine çok sayıda Yargıtay kararında, işçinin cinsel tacize ait olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması, yaşamın olağan akışına aykırı bulunmuş ve ispat noktasında tacize uğrayan yararına çözümlere gidilmiştir.

Örneğin, genel müdüre bağlı asistan olarak çalışan işçi, kendisine genel müdürün cinsel ilişki teklif ettiğini, kabul etmeyince performans notunu düşürmekle tehdit ettiğini, kötü davranmaya ve küçük düşürmeye başladığını, yaşananlara ve baskılara dayanamayarak sinir krizi geçirdiğini ve depresyon teşhisi konulduğunu, çalışamayacağını anlayınca akdi haklı nedenle kendisinin feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı talep etmiştir. Mahkemece tacizin kanıtlanamadığı belirtilerek istek reddedilmiştir.

Yargıtay’a göre, *“...Cinsel tacizin öncelikle işyeri dışında gerçekleştiğinin ve işveren vekili konumundaki genel müdür tarafından yapıldığının iddia edilmesi karşısında gerçekliğinin ve ispatının güçlüğü ortadadır.*

Davacının taciz olayını insan kaynaklarını bildirerek amiri konumundaki genel müdürden şikayetçi olarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi, arkadaşlarına olayın ayrıntılarını ve gizli yönlerini anlatması, yaşamış olduğu psikolojik bunalım ve depresyon teşhisi nedeniyle alınan doktor raporları, olayın yaratmış olduğu netice ile performans notunun düşük gösterilmesi davacının iddialarının ciddi ve olayın gerçekliği konusunda kanaat oluşturmaktadır.

Dosya içerisinde mevcut delillerin ve tanık anlatımlarının bütünlük içinde değerlendirilmesi neticesinde; davacının olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması yaşamın olağan akışına aykırıdır. Öte yandan özellikle işçinin işyerinde ve işyeri dışında amiri tarafından tacize uğradığını belirtip ihtarname göndererek tüm detayları belirtmesi ve tacizde bulunanın amiri konumunda olan genel müdür olması karşısında taraflar arasındaki iş ilişkisinin varlığı işverenin konumunu daha da ağırlaştırmaktadır. Davacının arkadaşı olan tanıklar davacı gibi işyerinde çalışırken tacize uğrayıp performans notu düşük gösterilen başka bir işçinin ismini de bildirmişlerdir. Taciz olayının etki ve sonuçları temadi etmekte olup davacının olayların vehameti neticesinde psikolojik bunalıma

girmesi, daha evvel performansına ilişkin olumsuz bir değerlendirme bulunmamasına rağmen bu olaylardan sonra performans notunun düşürülmesi, 21.07.2006 tarihinde işyerine ihtarname çekerek işverenden amiri hakkında soruşturma başlatılarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi ve akabinde 01.08.2006 tarihinde de iş akdini bu olaylar nedeniyle feshetmesi nedeniyle temadi eden ve sonuçları itibarıyla bir nevi mobbinge dönüşen eylemler karşısında 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiğinden de bahsedilemez. Akdin davacı kadın işçi tarafından feshi haklı olup kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekirken hatalı değerlendirme ve gerekçe ile reddi bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 04.11.2010 gün, 2008/ 37500 E, 2010/ 31544 K.)

Ç- Mobbing

Mobbing, psikolojik taciz ifade edilmekte ise de Türk Dil Kurumu “bezdiri” sözcüğünü önermektedir.

Yargıtay kararına konu olayda işçi ODTÜ mezunu endüstri mühendisi olup, işe iade sonrası işverence işe başlatılmıştır. Ancak bu defa fabrikanın tüm çalışanlarından soyutlanacak şekilde en ücra ve en gürültü bölümüne gönderilmiş ve köpek kulübesi yanında bir odada çalışması istenmiştir. Davacı işçi üzerinde sürekli baskı kurulduğunu ileri sürerek kıdem tazminatı ile manevi tazminat istemiştir. Mahkemece davacının 4 ay süreyle işyerine gidip geldiğini ve bu çalışma koşullarını kabullendiği gerekçesiyle isteklerin reddine karar verilmiştir.

Yargıtay,

“...Öte yandan ispat kurallarının zorlanan sınırları usul hukukunda yeni arayışlara yol açmıştır. Olayın meydana geldiğine ilişkin emarelere itibar edilmesi bu anlayışın bir sonucudur. Olayların tipik akışı, tecrübe kuralları göz önüne alınarak varılacak sonuçla ispat gerçekleşir. Başka bir anlatımla bu ilk görünüş ispatıdır. (Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku B.6, İstanbul 1997 ; sh.622)

Somut olayda; 22.06.2005 tarihinde davacının iş akdine son verildiği, Yargıtay onamasından geçerek kesinleşen işe iade kararı üzerine tekrar işe başlatıldığı, ancak daha önce çalıştığı yerde çalıştırılmayıp, keşif sırasında çekilen fotoğraflara ve dosya kapsamına göre kapısı olmayan,

içerisinde sadece bir masa ve hijyenik olmayan tuvalet bulunan, köpek kulübesine yakın bir yerde çalışmaya zorlandığı, anlaşılmıştır.

Davacının yaptığı iş, mezuniyeti ve kariyeri dikkate alındığında; olumsuz koşullar taşıyan, kapısı dahi olmayan bu yerde çalışmaya zorlanması açıkça mobbing uygulaması olup, işini kaybetme korkusuyla belli bir süre çalışmanın süreklilik arz eden bu uygulamayı kabul anlamına gelmeyeceği açıktır.

Somut olaydaki bu olumsuzlukların, iş koşullarında aleyhe değişiklik kapsamında olmayıp, mobbing kapsamında değerlendirilmesinin gerektiği anlaşılmakla, davacının bu nedenle iş akdini feshinin haklı nedene dayandığı; Ortadoğu Teknik Üniversitesi mezunu olan, endüstri mühendisi olarak görev yapan davacının yukarıda özellikleri sayılan olumsuzlukları taşıyan bir yerde görev yapmaya zorlanmasının, diğer işçiler nezdinde onur kırıcı bir durum olarak değerlendirilip hakkaniyete uygun bir miktar manevi tazminatı da gerektireceği düşünülmeden kıdem tazminatı ve manevi tazminat taleplerinin tümüyle reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 05.04.2012 gün, 2010/1911 E, 2012/11638 K.)

Yargıtay'ın başka bir kararına göre de, 56 yaşında evli bir kadın olan işçinin, 14 yıl aralıksız olarak davalı bankanın İstanbul işyerinde avukat olarak çalışmasının ardından Adana ve farklı illerde kısa sürelerle 9 ay boyunca ve 30 kez yer değiştirmek suretiyle görevlendirilmesi, mobbing niteliğindedir. İşçinin manevi tazminata hak kazandığı kabul edilmelidir.

"...Somut olayda, 56 yaşında evli bir kadın olan davacının, 14 yıl aralıksız olarak davalı bankanın İstanbul işyerinde avukat olarak çalışmasının ardından Adana ve farklı illerde kısa sürelerle 9 ay boyunca ve 30 kez yer değiştirmek suretiyle görevlendirildiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Davalı işveren yapılan görevlendirmenin olağan bir uygulama olduğu ve diğer benzer durumda çalışanlara da uygulandığı yönünde bir savunma getirmemiştir. Davacının risk tasfiye ekibi içinde tek avukat olarak görev yaptığı anlaşılmaktadır. Bankanın diğer avukatlarının aynı dönemde benzer şekilde görevlendirildikleri ileri sürülmüş ve kanıtlanmış da değildir. Davacının iş sözleşmesinin feshi öncesinde 9 aylık sürede

gerçekleşen görevlendirmelerin hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı somut biçimde ortaya konulmamıştır.

Dosyadaki delil durumuna göre davacı işçinin uzun süre İstanbul'da sabit bir görevde avukat olarak çalışmasının ardından Adana ilinde görevlendirildiği, ardından sürekli olarak değişik illerde kısa sürelerle çalışmasının istendiği, işverenin bu uygulamalarının davacıyı yıldırma, bezdirme amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemece psikolojik tacizin varlığı kabul edilse dahi Borçlar Kanunu'nun 41. ve 49. maddelerine göre manevi tazminatın koşullarının oluşmadığı yönündeki kabulü de doğru değildir.

Psikolojik taciz (mobbing) olarak değerlendirilen uygulamaların oluş şekli ve süresi dikkate alındığında manevi tazminatın kabulüne karar verilmelidir. Mahkemece uygun bir miktar manevi tazminat takdir edilerek bu yönde hüküm kurulmalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 28.02.2012 gün, 2009/30916 E, 2012/6093 K.)

D- Sağlık Nedenleri

İşin yapılması işyerinden kaynaklanan nedenlerle işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olursa İş Kanunu 24/1.a maddesine göre işçinin haklı fesih imkanı vardır.

Yargıtay kararına konu olayda Türk işçileri Kazakistan'da çalışırken şantiyeyi basan yüzlerce Kazak'ın saldırısına maruz kalmışlar ve çok ağır şekilde darp edilmişlerdir. Davacı işçi işverence can güvenliğinin sağlanmaması ve sağlık sebepleriyle iş sözleşmesini feshetmiş ve manevi tazminat talep etmiştir. Mahkeme manevi tazminat isteğini reddetmiştir.

Yargıtay'a göre, "...Dosya içeriğine göre davacının davalıya ait yurtdışı işyerinde çalışırken, işyerinde yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralandığı, işverenin gerekli güvenlik önlemlerini almaması nedeni ile bu saldırı sonunda kişilik haklarının hukuka aykırı şekilde ihlal edildiği, davacının işverenin güvenlik önlemlerini almaması ve kişisel güvenliğinin tehlikede olması nedeni ile belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği anlaşılmaktadır.

Öncelikle kişilik hakları, beden bütünlüğü işyerinde gerekli iş güvenliği önlemleri nedeni ile zarara uğrayan, bu nedenle elem ve acı duyan işçinin Borçlar Kanunu'nun 322. maddesi yolu ile aynı kanunun 47, 4857 sayılı İş

Kanunu'nun 77 ve 24/II.a maddeleri yolu ile aynı kanunun 26/2 maddesi uyarınca davacı işçi, davalıya ait işyerinde işverenin gerekli güvenlik önlemleri almaması nedeni ile yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralanması nedeniyle acı ve üzüntü duyduğunu belirterek manevi tazminat talep etmiştir. Davalı işverenin çalışanları gözetme ve koruma borcu kapsamında işyerinde gerekli güvenlik önlemleri almadığı, davacının işyerinde yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralandığı anlaşıldığından, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre cismani zarara uğrayan kişiye zararın ağırlığına ve diğer tazminat öğeleri dikkate alınarak yargıç tarafından adalete uygun bir tazminat verilmelidir. Mahkemece yazılı gerekçe ile manevi tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 13.02.2012 gün, 2009/42452 E, 2012/3132 K.)

8- İŞVERENİN HAKLI FESHIYLE İLGİLİ İLKE KARARLARI

A- Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlar

İşçinin davranışına dayanan haklı fesih nedenlerinin başında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar gelir.

Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararında, mağaza çalışanları tarafından, mağaza satılan ürünlerin indirimde girmesini beklemek için veya indirimde girmiş ürünlerin tükenmemesi için, satışı, avans alınca yapmak veya kredi kartının hesap kesim tarihinin geçmesi ile ödemeyi bir sonraki ekstreye aktarmak gibi nedenlerle mağaza içinde gizlenmesini, doğruluk ve bağlılığa aykırı eylem olarak nitelendirmiştir.

“...İşyerinde çalışan işçilerin indirim döneminde veya indirimsiz satışlarda %15 iskontolu olarak satış haklarının olduğu her iki taraf tanıklarınca ifade edilmiştir. Bu durumda satışta olan bir ürünlerin işçiler tarafından satın alınmasında bir usulsüzlük yoktur. Temel sorun mağaza çalışanlarının, indirimde girmesini beklemek için, ürünün satılarak tükenmemesi için, satışı, avans alınca yapmak veya kredi kartının hesap kesim tarihinin geçmesi ile ödemeyi bir sonraki ekstreye aktarmak gibi nedenlerle satışta ürünün mağaza içinde gizlenmesi olayıdır. Bu noktada işçinin menfaatinin az olup olmasının veya ilk defa bu yola gitmiş olmasının bir önemi yoktur. Satış mağazasında satışta olması gereken ürünün her ne maksatla olursa olsun işyeri yetkilisi bilgisi ve izni dışında gizlenmesi doğruluk ve bağlılığa aykırılığı oluşturur. Ürünlerin, depo

içerisinde üzeri askılık veya kartonlarla gizlenmiş kolilerde saklanması dahi işverenin bilgisi haricinde ve menfaat teminine yönelik bir davranışı ortaya koymaktadır.

Davacı işçi, olayla ilgili olarak yazılı savunmasında, indirimden birkaç gün sonra koli yapıldığını öğrendiğini, yapanların da Hatice Özbek, Aylin Kuruçim, Gonca Güler olduğunu, kendisinin de banka kartı hesap kesim tarihine göre almak üzere iki pantolonu ayırdığını kabul etmiştir. Yazılı ifadesi alınan diğer bazı işçiler de davacının koli içinde ürün ayırdığını belirtmişlerdir. Bu konuda ifadesi alınan işçilere baskı uygulandığı da yöntemince kanıtlanamamıştır. Davacı tanıklarının olay tarihinde davalı işyerinde çalışmaları olmadığından uyumsuzluk konusu olaya dair somut bilgileri yoktur. Buna karşın, davalı tanıkları olayın ayrıntılarını net biçimde açıklamışlardır.

Öte yandan yazılı ifadeleri ile ürün gizlediklerini kabullenen bazı işçiler, açık biçimde avans alınca satın alma işlemi yapılmak üzere ayırdığını veya kullandığı kredi kartını belirterek hesap kesim tarihinin geçmesinin ardından satın almak için ayırdığını açıklamış olmakla, bu şekilde ayrıntılı beyanlar da işverence baskı yapılmadığının göstergesidir.

Yapılan açıklamalara göre davacının doğruluk bağıllığı aykırı eylemi kanıtlanmış olup, ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir. Mahkemece iddiaların kanıtlanamadığı veya daha makul yaptırımlar yerine feshin haksız olduğu şeklinde gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 29.05.2012 gün, 2012/4765 E, 2012/18802 K.)

Yargıtay’ın bir başka kararına konu olayda, su endeksi okuma ve fatura tahakkuk işçisi olan davacı, su abonesi olan şahsın kiracısının eşiyle anlaşarak gerçeğe aykırı şekilde düşük su tüketimi göstermiştir. Yargıtay olayda eylemi doğruluk ve bağıllığı aykırı bulmuştur.

“...İşverence fesih yazısında ağırlıklı olarak 23.06.2008 tarihli tutanak üzerinde durulmuştur ki sözü edilen belge ve eklerinin incelenmesinden, durumun ev sahibinin şikayeti ile ortaya çıktığı, davacının olay yerine tekrar gönderilmesi üzerine bu defa gerçek endeksi yazdığı ancak belge üzerine, kiracının eşinin beyanı üzerine endeksi, yazdığını ve musluğun bozuk olduğu bilgisini girdiği, savunmada ise kiracının eşine güvendiği için sayacı okumadan verilen bilgi üzerine belge düzenlediğini açıkladığı

anlaşılmaktadır. Oysa, abonelere ait sayaçların evin içinde değil, apartman girişinde ve görünür vaziyette olduğu dosyadaki delillerle sabittir. Davacının ev sahibi olan abonenin kiracısının eşiyle anlaşarak su tüketimlerini düşük gösterdiği dosya içeriği ile sabit olmuştur.

Davacının feshe konu edilen son iki eylemi işveren açısından doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışı oluşturur. Ayrıca abonelerin gerçek su tüketimi faturalandırılmadığı için bu yönde de bir zarar oluşmaktadır. İşverence yapılan fesih haklı nedene dayandığından davacının ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanması mümkün olmaz. Mahkemece ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmektedir”.

(Yargıtay 9. HD. 08.05.2012 gün, 2009/40420 E, 2012/16089 K.)

Yargıtay, eşinden boşandığı ve çocukların velayetinin annelerine bırakıldığı ve nafaka ödemediği halde, beyanı esas alınarak eş ve çocuk yardımı alan işçinin davranışını doğruluk ve bağlılığa aykırı olarak değerlendirmiştir.

"...Somut olayda, Tarsus 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 10.01.2002 Tarih, 51 E. sayılı dosyasının incelenmesinde davacının eşinden boşandığı, çocukların velayetinin annelerine bırakıldığı ve nafaka ödemediği görülmektedir.

Buna rağmen davacı tarafından Ocak 2002 ve Ocak 2003'te düzenlenen Aile Yardımı Bildirim belgelerinden davacının evli olduğu, eşinin çalışmadığı ve yardım alacak 2 çocuğunun bulunduğunu beyan ettiği sabittir. Davalı işveren tarafından bildirimler esas alınarak Şubat 2002 tarihinden fesih tarihine kadar davacıya çocuk ve aile yardımı yapıldığı sabittir. Davacının bu eylemi doğrulukla bağdaşmadığından iş akdinin davalı işveren tarafından haklı sebebe dayalı feshedildiği anlaşılmaktadır”.

(Yargıtay 9. HD. 22.02.2012 gün, 2009/41271 E, 2012/5553 K.)

Başka bir olayda evli olan işçi, işyerinde çalışan bir bayan işçiyle gönül ilişkisine girmiş ve daha sonra işçiye kaçırmış, hakkında ceza davası açılmıştır. Mahkeme gönül ilişkisinin özel hayatı ilgilendirdiği ve kaçırılma olayının da işyeri dışında olduğu gerekçesiyle feshi haksız bulmuştur. Bu

olayda Yargıtay eylemi doğruluk ve bağlılığa aykırı olarak değerlendirmiş, ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddinin gerektiğini kabul etmiştir.

"...Davalı, evli olan davacının aynı işyerinde çalışan ve iş arkadaşı olan H. K. adlı kadın işçiyle işyerinde, gönül ilişkisine girdiğini ve bir süre sonra davacının bu kadın işçiye kaçırıldığını, kaçırma olayı ile ilgili olarak ceza davası açıldığını, evli olan davacının aynı işyerinde çalışan ve iş arkadaşı olan kadın işçiyle işyerinde gönül ilişkisine girmesinin ve sonrasında bu kadın işçiye kaçırılmasının doğruluk, iyiniyet ve ahlak kurallarıyla bağdaşmadığını, iş akdinin bu olay nedeniyle haklı olarak feshedildiğini ileri sürmüştür.

Davacı, evli olduğunu ve aynı işyerinde çalışan ve iş arkadaşı olan H. K. adlı kadın işçiyle gönül ilişkisine girdiğini kabul etmiştir.

Mahkeme kaçırma olayının işyeri dışında gerçekleştiğini, işyerinde davacının kaçırıldığı iddia olunan H. K. adlı işçiye davacının cinsel tacizde bulunduğu dair dosyada bir delilin bulunmadığını gerekçe gösterip davalının feshinin haksız olduğunu kabul etmiştir.

Dosya içinde mevcut, ceza dava dosyası incelendiğinde; davacının, aynı işyerinde çalışan ve iş arkadaşı olan H. K. adlı kadın işçiye bir arkadaşı ile birlikte kaçırıldığı hususunun iddianamede anlatıldığı, davacının da adı geçen kadın işçi ile gönül ilişkisine girdiğini kabul ettiği yine davacının evli olduğunun dosya kapsamından anlaşıldığı, evli olan davacının aynı işyerinde çalışan ve iş arkadaşı olan kadın bir işçiyle işyerinde gönül ilişkisine girmesinin ve sonrasında işyeri dışında olsa bile bu kadın işçiye kaçırılmasının yukarıda değinilen ilke kararında da açıkça ortaya konduğu üzere doğruluk ve iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağı ve ayrıca davacının bu fiillerinin ahlaki açıdan da kabul görmeyeceği, davacının bu fiilleri ile davalı işverenin kendisine duyduğu güveni sarstığı, davacının bu eylemlerinin davalı işverene hizmet sözleşmesini haklı olarak feshetme imkanı verdiği, dolayısıyla somut olayımızda işveren tarafından yapılan feshin haklı olduğu anlaşılmasına rağmen mahkemece hatalı değerlendirme ile kaçırma olayının işyeri dışında gerçekleştiği gerekçesiyle feshin haksız olduğunun kabulü sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 15.02.2012 gün, 2009/41054 E, 2012/4305 K.)

Yargıtay kararlarına göre, işçinin, iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içerisinde müstehcen nitelikli internet sitelerine girmek için kullanması, işyerinde olumsuzluklara yol açtığı için haklı fesih nedenidir.

"...Davacı el yazısı ile düzenlediği savunmasında, geçici olarak görevlendirildiği 02.07.2007 - 06.07.2007 tarihlerinde işi ile ilgili olmayan bir kısım internet sitelerine girdiğini kabul etmektedir.

Somut uyuşmazlıkta, davacının iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içerisinde müstehcen nitelikli internet sitelerine girmek için kullanmasının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, bu davranışının işverenin mesaisinden çalmak niteliğinde olduğu ve iş ilişkisinin davalı işveren tarafından sürdürülmesinin beklenemez bir hale geldiği anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin (II- e) alt bendinde, doğruluk ve bağlılığa uymayan işçi davranışlarının işverene haklı fesih imkânı verdiği ifade edilmiştir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, kıdem ve ihbar tazminatları istemi yönünden davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir".

(Yargıtay 9. HD. 01.02.2012 gün, 2009/38310 E, 2012/2613 K.)

B- Hatırlatıldığı Halde Görevleri Yapmama

Yargıtay, görevlerini yapmayan işçiye görevlerini yapması aksi halde iş sözleşmesinin feshedileceği yönünde hatırlatmanın ardından verilen işin yine de yapılmamasını aramaktadır. Hatırlatmanın ardından yeni bir eylem olmaması durumunda fesih haksız sayılmaktadır.

"...İşveren, 25.11.2008 tarihli ihtarnamesini takiben 28.11.2008 tarihli fesih bildirimiyle davacı işçinin iş akdinin önceki ihtarlara konu "İşten sıklıkla süresinden önce ayrılmak" gerekçesiyle feshetmiştir.

Davacının son ihtarı 25.11.2008 tarihli olup, bu tarih ile fesih bildiriminin yapıldığı 28.11.2008 tarihi arasında davacının yeni bir eylemi söz konusu değildir. İşçinin ihtara konu eyleminden sonra yeni bir eylem olmadığı takdirde ihtarlara konu eylem nedeniyle iş akdinin feshi haklı sayılamaz. Bu nedenle davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken reddi bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 04.04.2012 gün, 2010/4892 E, 2012/11435 K.)

Yargıtay'ca işçinin, önceki vardiyada görevli olan diğer işçinin yapması gereken depo sayım işini yapmasının istenmesi üzerine "işin bir önceki günkü işçinin görevi olduğu" belirtilerek yeni bir uyarı olmaksızın işi yapmamasında, haklı fesih koşulları olmadığı kabul edilmiştir.

"...Somut olayda davacı işçiden bir önceki vardiyada görevli olan işçinin yapması gereken depo sayım işini yapmasının istenmesi üzerine davacının "bu işin bir önceki günkü işçinin görevi olduğunu" belirterek yapmadığı anlaşılmakta olup, bu konuda daha önce kendisine herhangi bir uyarıda bulunulması söz konusu değildir.

Olay anındaki kızgınlığın sonucu davacının iş akdinin feshedilmesini talep etmesi tazminatlarının ödenmesi kaydıyla iş akdinin feshedilmesine yöneliktir.

Olayın gelişimi dikkate alındığında işçinin eylemi feshi gerektirecek ağırlıkta olmayıp eylemle ceza arasında açık bir oransızlık vardır. Mahkemece somut olay hatalı değerlendirilmiş olup, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 28.02.2012 gün, 2009/45080 E, 2012/6361 K.)

C- İşin Güvenliğinin Tehlikeye Düşürülmesi

Araç muayene uzmanı olan işçinin, araç muayenesinde 7 ağır kusurun hiçbirini tespit edememesi ve bu şekilde araca onay vermesi, işin güvenliğini tehlikeye düşüren hal olarak kabul edilmiştir.

"...Somut olayda, davacının araç muayene uzmanı olarak çalışmaktayken 34 J 2376 plakalı aracın muayenesinde yedi ağır kusurun hiçbirini tespit etmediği ve on dört hafif kusurdan yedisini tespit ettiği, muayene prosedürünü eksik ifa ederek aracın muayenesini onayladığı, iş güvenliğini tehlikeye düşürür nitelikteki araç muayene prosedürlerine aykırı şekildeki tutum ve davranışları sebebiyle iş sözleşmesi feshedilmiştir. Davacının belirlediği yedi adet kusurun hafif kusur olarak takdir edilip, aracın muayeneden geçer şekilde onay yaptığı, oysa araçta davacının yaptığı tespit dışında yedi adet hafif kusur ve yedi adet ağır kusurun daha bulunduğu, dolayısıyla davacının iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü anlaşıldığından davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 22. HD. 20.04.2012 gün, 2011/14780 E, 2012/8166 K.)

Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamasına göre güvenlik görevlisinin mesai saatleri içinde uyuması işin güvenliğini tehlikeye düşürür.

"...Davacının itiraz etmeden imzaladığı ve yargılama sırasında da inkar etmediği 19.10.2008 günlü tutanağa göre, güvenlik görevlisi olmasına rağmen mesai sırasında uyuduğunun sabit olmasına ve bunun mahkemenin de kabulünde bulunmasına rağmen, Dairemizin yerleşik kararlarında belirtildiği gibi güvenlik görevlisinin mesai sırasında uyuması bir kez de olsa iş güvenliğini tehlikeye düşüreceğinden işverence yapılan fesih haklı olup kıdem ve ihbar tazminatı isteğinin reddi yerine kabulüne karara verilmesi bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 02.04.2012 gün, 2010/3203 E, 2012/11014 K.)

İşçinin, Karayolları Trafik Kanunu'nda emredici olarak düzenlenen emniyet kemeri takma zorunluluğuna aykırı hareket etmesi şeklindeki davranışı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallara da aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtay kararında trafik kazalarıyla ilgili istatistiki bilgilere yer verilerek şoför olan işçinin emniyet kemeri takmaması, doğrudan haklı fesih nedeni olarak değerlendirilmiştir.

"...Trafik kazaları ülkemiz açısından büyük bir sorundur. Son yıllarda artan trafik kazaları nedeniyle birçok insan hayatını kaybetmiş veya ciddi şekilde yaralanmıştır. Emniyet Genel Müdürlüğü'nün verilerine göre 2010 yılında bildirilen trafik kazası sayısı 1.104.388 olup, bu kazalarda 4.045 kişi yaşamını yitirmiş ve 211.496 kişi yaralanmıştır (Erişim: http://www.trafik.gov.tr/istatistikler/istatistikler_s.asp).

Trafik kazalarının sonuçlarının bu ölçüde vahim olmasında ise emniyet kemeri takılmamasının ve diğer koruyucu tedbirlerin alınmamasının etkisinin büyük olduğu bilinen bir gerçektir. Bu nedenledir ki, mevzuatımızda emniyet kemeri takılması bir zorunluluk olarak öngörülmüş ve bu zorunluluğa uyulmaması ise para cezasını gerektiren kabahat türünden bir eylem olarak düzenlenmiştir.

İş sağlığı ve güvenliğinin temini açısından işverenler gerekli her türlü önlemi araç ve gereçleri eksiksiz bulundurmakla, işçiler ise alınan önlemlere uymakla yükümlü tutulmuşlardır. Bu yükümlülükler işverenler açısından işçilere gerekli eğitimlerin verilmesini, işçiler açısından ise söz konusu eğitimlere katılarak eğitimlerin gereğinin yapılmasını da kapsamaktadır. Bu noktada iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında,

işçilerin korunmaları gerekli pasif sùjeler olmaktan çıkarılarak kendileriyle işbirliğı yapılan aktif elemanlar konumuna getirilmeleri önem arz etmektedir (Mollamahmutoğlu M./Astarlı M., İş Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2011, s. 1196). İş sağığı ve güvenliğıne ilişkin kurallara uymakla yükümlü tutulan işçilerin bu kurallara uymamasının en önemli hukuki yaptırımı ise işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshidir. Bu bağlamda İş Kanunu m. 25/II-h bendi uyarınca uyarıya rağmen işçinin iş sağığı ve güvenliğıne ilişkin kurallara uymaması ve İş Kanunu m. 25/II-i bendi uyarınca işçinin kusuruyla iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi işveren açısından iş sözleşmesinin feshinde haklı neden oluşturmaktadır.

Somut olayda, şoför olarak çalışan davacı işçiye davalı işveren tarafından iş güvenliğı eğitimi kapsamında; emniyet ve kaza önleme tedbirleri, sürüş teknikleri, emniyet kemeri takma zorunluluğı ve önemi ile ilk yardım konularında yazılı ve uygulamalı eğitimler verildiğı anlaşılmaktadır.

Feshe konu olan olayda davacının emniyet kemeri takmadan araç kullandığı tespit edilmiş ve davacı yazılı olarak uyarılmak istenmiş, ancak davacı uyarıyı imzalamaktan ve almaktan imtina etmiştir. Bu nedenle davalı işveren tarafından davacının iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25/II-h-i maddesi uyarınca derhal sona erdirilmiştir.

Davacı, Karayolları Trafik Kanunu'nda emredici olarak düzenlenen emniyet kemeri takma zorunluğına aykırı hareket etmiştir. Bu davranış aynı zamanda iş sağığı ve güvenliğıne ilişkin kurallara da aykırılık teşkil etmektedir. Davacının, işyerinde şoför olarak çalışması da dikkate alındığında emniyet kemeri takmadan araç kullanması ağır kusur teşkil ettiğı gibi objektif olarak iş güvenliğini de tehlikeye düşürecek niteliktedir”.

(Yargıtay 9. HD. 12.12.2011 gün, 2009/37034 E, 2011/47935 K.)

D- İşe Devamsızlık

İşçinin işe devamsızlığı konusu ispat hukuku açısından iş yargısını en çok zorlayan konular arasındadır. Genelde işçi iş sözleşmesinin yazılı bir bildirim olmaksızın feshedildiğini ileri sürmekte ve işveren ise sözü edilen tarih ya da sonrasına ait devamsızlık olgusuna dayanmaktadır. İşçi belirtilen günde işyerini terk etmiş olabileceğı gibi, işverence işten çıkarılmış da olabilir. Bu yönde Yargıtay işçinin fesih tarihi olarak açıkladığı

tarih ile işverenin devamsızlık tutanağı düzenlediği tarihler arasındaki uyum, tarafların karşılıklı olarak belirtilen tarihlerde ihtarname düzenleyip düzenlemedikleri, ihtarnamelerin içeriği, BÇM'ye başvuru olup olmadığı varsa tarihi ve şikayet dilekçesindeki açıklamalar, tanık beyanları gibi yan delillerden yola çıkarak aydınlatmaya çalışmaktadır.

Yargıtay'a göre, işçinin ihtarnamede fesih tarihi olarak açıkladığı tarihten sonrasına ait devamsızlık tutanaklarına göre sonuca gidilmesi doğru olmaz.

"... Davacı tanıklarının fesih konusunda açık beyanları olmasa da, davalı işveren tarafından davacı işçinin fesih tarihi olarak açıkladığı tarihten, dolayısı ile ihtarname tarihinden sonrasına ait devamsızlık tutanaklarına göre iş akdinin haklı nedenle feshedildiği kabul edilerek sonuca gidilmesi doğru olmaz. Davacının iş sözleşmesinin 16.11.2007 tarihinde işverence haksız olarak feshedildiği kabul edilmeli ve buna göre istek konusu ihbar ve kıdem tazminatları hüküm altına alınmalıdır".

(Yargıtay 9. HD. 24.04.2012 gün, 2009/38454 E, 2012/14065 K.)

Yargıtay, işçinin kalp hastası olan babasının rahatsızlığı sebebiyle işe devamsızlığını, mazerete dayanan devamsızlık olarak değerlendirmiştir.

"... Taraflar arasındaki iş sözleşmesi, işverence 30.07.2007 günü feshedilmekle sona ermiştir. Bu olaydan 3 gün sonraki icap ve kabul ile yeni bir sözleşme kurulmuştur. İlk sözleşmede, davacı ardı ardına 2 gün işe gitmemiştir ve mazeret olarak babasının hastalığını ve miras paylaşımını göstermiştir. Dosya içeriğine göre davacının babası 2005 yılında kalp rahatsızlığı geçirmiş olup tedavisinin devam ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, işverence 30.07.2007 günü devamsızlık nedeniyle yapılan fesih işlemi, davacının geçerli mazeretine dayandığından haksız olup davacının bu tarihteki kıdem ve ücretine göre hesaplanacak kıdem-ihtar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken talebin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 26.03.2012 gün, 2009/49614 E, 2012/9973 K.)

Yargıtay başka bir kararında, devamsızlık tutanakları ardından işverence işe dönmesi için gönderilen çağrıya rağmen işe dönmeyen cevap da vermeyen işçi yönünden işveren feshini haklı saymıştır.

"...Somut olayda, davacının 08.10.2005 - 21.10.2005 tarihleri arasında yıllık izne ayrıldığı, davacı hakkında 21.10.2005 tarihi ile 24.10.2005 - 28.10.2005 tarihleri arasında devamsızlık tutanakları tutulduğu, davacıya 31/10/2005 tarihinde ihtarname gönderilerek mazeretini bildirmesi ve işbaşı yapmasının istendiği, aksi halde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedileceğinin belirtildiği anlaşılmıştır.

Davalı taraf davacının bir ay içinde ardı ardına iki iş günü işe gelmediğini ispatlamış olup davacı tarafca işverenden izin alındığı ya da devamsızlığın haklı bir nedene dayandığı ispatlanamadığından davalının iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğinin kabulü ile davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 20.02.2012 gün, 2009/44436 E, 2012/4936 K.)

E- İşyerine Zarar Verme

Hastane işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan işçiye, işveren, hasta yakınlarının araçlarını park etme görevini de vermiş, işçi de bir park sırasında hasara neden olmuştur. Olay sebebiyle % 100 kusurlu kabul edilerek işten çıkarılmıştır. Ancak yapılan yargılamada işçi % 40 kusurlu bulunmuştur. Belirtilen kusura göre de bir aylık ücretin üzerinde zarar olduğu belirtilerek mahkemece kıdem ve ihbar tazminatları reddedilmiştir.

Yargıtay'a göre, zarar miktarının brüt aylık ücreti geçip geçmediğine bakılmalıdır. Somut olayda zarar miktarı brüt ücretin altında kalmakla fesih haksızdır.

"... Somut olayda olayın meydana gelmesinde iş güvenliği uzmanı tarafından alınan rapor doğrultusunda davacının %40 kusurunun olup, kusura isabet eden zarar miktarının 599,22 TL olduğu mahkemenin kabulündedir.

Dosya içeriğine göre davacıya düşen zarar miktarı bir aylık brüt ücretini aşmadığı anlaşılmakla hesap bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak kıdem ve ihbar tazminatlarına ilişkin talepler hakkında hüküm kurulması gerekirken bu taleplerin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 08.05.2012 gün, 2010/7969 E, 2012/16071 K.)

Yargıtay'ın başka bir kararında, tır şoförlerinin ücretlerinin aylık garanti ücret ve bir ay için ödenen sefer priminin toplamında oluştuğu belirtilerek zarar tutarının 30 günlük ücreti aşip aşmadığını bu ilkeye göre incelenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Zarar sebebiyle fesihte zararın miktarı, 30 günlük brüt ücret olarak belirlenmelidir. *"...İşçinin kusuru oranında sorumlu olacağı işveren zararının miktarı uyuşmazlık konusudur. Bu noktada zarar tutarı ile karşılaştırılacak olan işçinin 30 günlük ücretinin brüt ya da net ücret olduğu noktasında 4857 sayılı İş Kanunu'nda herhangi bir açıklık olmasa da, bu durumda işçi lehine yorum ilkesi uyarınca brüt ücretin esas alınması gerekir.*

30 gün, bir aydan farklı bir kavramdır. Bu noktada işçiye aylık olarak ödenen ücret yerine, günlük yevmiyesinin 30 katı tutarı dikkate alınmalıdır. Maddede sözü edilen ücret dar anlamda ücrettir. İkramiye, prim, fazla çalışma ücreti ve benzeri ödemeler bu maddede yer alan 30 günlük ücret içerisinde değerlendirilmemelidir. Ancak ücretin garanti ücret üzerine yapılan işe göre ilave ücret veya satış primi olarak belirlendiği hallerde gerçek ücreti bu ödemeler toplamı olarak değerlendirilmesi yerinde olur. Örneğin uygulamada uluslararası yük taşıyan tır şoförleri asgari ücret ve sefer primi karşılığı çalışmaktadır. Sefer primi olarak adlandırılan kısım da, dar anlamda ücrettir. Bu durumda maddenin uygulanması anlamında 30 günlük ücret, tır şoförleri yönünden her iki ödemenin toplamına göre belirlenmelidir.

Dosya içeriğinden davacının son ücreti net olarak anlaşılamamaktadır. İşçinin son bordrosu dosya arasına alınarak, uygulamada tır şoförlerinin ücretine sefer başına aldıkları harcırahın da dahil olduğu değerlendirilmeli, davacının fesih tarihindeki aylık brüt ücreti saptanmalıdır. Buna göre işveren zararının bilirkşi incelemesi sonucu belirlenen işçi kusurunun tekabül ettiği meblağ belirlenmeli ve 30 günlük ücret tutarı ile karşılaştırılarak bir karar verilmelidir. Yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 22. HD. 15/12/2011 gün, 2011/3546 E, 2011/7504 K.)

F- Sağlık Sebepleri

İşçinin iş yerindeki çalışma süresine göre belirlenen bildirim süresini altı hafta aşan süre boyunca işyerinde çalışmaması sonucunu doğuran

sağlık nedenleri derhal fesih nedenidir. Ancak fesih sonucunda işverenin kıdem tazminatı ödemesi gerekir.

"...Davacının işyerindeki çalışma süresine göre belirlenen bildirim süresini altı hafta aşan süre boyunca işyerinde çalışmaması nedenine dayalı olarak gerçekleştirilen fesih sonucunda davalının kıdem tazminatı ödemesi gerekir ise de, yukarıda belirtildiği üzere ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir".

(Yargıtay 9. HD. 21.12.2011 gün, 2009/31114 E, 2011/49075 K.)

G- Zorlayıcı Nedenler

İşçinin işyerinde bir haftadan fazla süreyle çalışmasına engel bir durumun ortaya çıkması halinde işverenin İş Kanunu'nun 25/III. maddesi kapsamında feshinde kıdem tazminatı ödenmelidir.

Yargıtay kararına konu olayda, işçinin kendisine ait aracı alkollü kullandığı sırada yaptığı kaza sonucu ehliyetnamesine 6 ay süreyle el konulmuş ve davalı tarafından bu nedenle iş sözleşmesi feshedilmiştir. İşçi işyerinde şoför olarak çalışmaktadır. Ehliyetnameye 6 ay süreyle el konulması işçinin işini yapmasına engeldir ve bu süre bir haftadan fazladır. Yargıtay bu olayda işverenin derhal feshini kabul etmiş, yasa gereği ihbar tazminatı talep edemeyen işçi kıdem tazminatına hak kazanmıştır.

"...Somut olayda, davacı işçinin kendisine ait aracı alkollü kullandığı sırada yaptığı kaza sonucu ehliyetnamesine 6 ay süreyle el konulmuş ve davalı tarafından bu nedenle iş sözleşmesi feshedilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, işverence yapılan bu fesihte ispat yükü işverende olup, mahkeme gerekçesinde feshin haksız olduğunun işçi tarafından kanıtlanamadığından söz edilerek sonuca gidilmesi hatalıdır.

Yine mahkemenin gerekçesinde belirtildiği üzere işçinin işyerinde bir haftadan fazla süreyle çalışmasına engel bir durumun ortaya çıkması halinde işverenin İş Kanunu'nun 25/III. maddesi kapsamında fesih hakkı bulunmaktadır.

Davalı işverenin anılan maddeye uyan feshinde, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükmü gereği işçinin ihbar tazminatına hak kazanmasına imkan bulunmamaktadır. Mahkemenin ihbar tazminatı isteğinin reddi yerindedir. Ancak sözü edilen hükme göre işverenin derhal fesih hakkı olsa da İş Kanunu'nun 25/III. maddesine göre yapılan fesihlerde işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekir. Mahkemece kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 17.04.2012 gün, 2009/36275 E, 2012/13236 K.)

H- İşçinin Göz Altına Alınması ya da Tutuklanması

Tutukluluk sebebiyle işe gidememe halinde işverence tutulan devamsızlık tutanaklarının değeri yoktur. İşveren feshi İş Kanunu 15/IV maddesine uygun olup işçi kıdeme hak kazanır.

“...Somut olayda, davacının iddiası, işveren savunmaları, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamından, davacı işçinin bir suç nedeniyle 18/11/2002 tarihinde tutuklandığı, işveren tarafından dosyaya sunulan devamsızlık tutanaklarının, işbu tutuklama tarihi ve sonrasına ilişkin olduğu, bir başka anlatımla, tutukluluk durumu nedeniyle davacının işe gidemediği ve devamsızlık yaptığı anlaşılmıştır.

Yukarıda yazılı ilke kararımızda da açıkça belirtildiği üzere bu durumda yerel mahkemece davacının kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, talebin reddi hatalı olup bu husus bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 16/05/2012 gün, 2010/9402 E, /17267 K.)

I- Şeref ve Namusa Dokunan Söz veya Davranışlar

İşçinin işyerinde satışa sunulan biradan da 3 adet içip işveren yetkilisine hakaret etmesi, işverene haklı fesih imkanı verir.

“...İşçinin işyerinde satışa sunulan biradan da 3 adet içip işveren yetkilisi H. F.'ye sinkaflı sözlerle hakaret etmesi nedeniyle feshedildiği, 15.01.2009 tarihli tutanağa bağlanan ve taraf tanıklarınca doğrulanan davacının bu eylemleri işverene haklı fesih imkanı tanıyıp, bu hakkın işveren tarafından yasal süresi içinde kullanılması nedeniyle kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken, davacı tarafından dahi iddia edilmeyen, oluşa aykırı bir sebebe göre (fazla çalışmaların ödenmemesi

nedeniyle iş sözleşmesini davacının feshettiğinin) kabul edilmesi hatalı olup bozma nedenidir.

(Yargıtay 9. HD. 24.05.2012 gün, 2010/11217 E, 2012/18401 K.)

İşçinin işverene yönelik hakaret eylemi üzerine disiplin kuruluna sevk edilmesi gerekirken bu kural işletilmeden iş sözleşmesinin feshedilmesi, yapılan feshi haksız hale getirir.

"...Davacı, davalı işyerinde faaliyette bulunan sendikanın üyesidir. Davalı işveren ile davacının üyesi olduğu Belediye - İş sendikası arasında 01.08.2002-31.7.2004 dönemi için imzalanan toplu iş sözleşmesinin disiplin hükümleri başlıklı 48. maddesinde disiplin kurulu şartı getirilmiştir. Toplu iş sözleşmesinde belirtilen bu düzenleme işverenin yönetim hakkını kısıtlayıcı bir hükümdür. Toplu iş sözleşmesinde disiplin kurulunun uygulayacağı cezalar arasında işten çıkarma da bulunmaktadır. Bu düzenleme karşısında davacının işverene yönelik hakaret eylemi üzerine disiplin kuruluna sevk edilmesi gerekirken, bu kural işletilmeden iş sözleşmesinin feshedilmesi yapılan feshi haksız hale getirmiştir. Dosya içindeki bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının kıdem ve ihbar tazminatı talepleri hakkında bir karar verilmelidir".

(Yargıtay 9. HD. 01.02.2012 gün, 2009/38889 E, 2012/2553 K.)

İşçi işverence tahsis edilen bilgisayarı kullanarak daha önce iş sözleşmesi feshedilen bir işçiyle internet ortamında yazışmalar yapmış ve bu yazılarda işveren hakkında hakaretlerde bulunmuştur. İşveren yazışmaların içeriğine ulaşarak işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir.

İşçinin açtığı davada yerel mahkeme, işçinin yazışmalarının özel hayatın dokunulmazlığı kapsamında olduğu, işverence işçinin mail adresinin şifresi kırılarak bilgilere ulaşıldığı gerekçesiyle yazışmaların içeriğinin hükme esas alınamayacağını kabul etmiştir.

Yargıtay'a göre, işverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır. Bu yüzden işveren feshi haklıdır.

"...Somut uyuşmazlıkta, dosya kapsamına göre davacının görevi gereği işverenin işlerini yürütmesi için kendisine verilen bilgisayar ve e-mail adreslerini kullanarak iş akdi daha önce feshedilen S. A. ile işle ilgili olmayan elektronik yazışmalar yaptığı, bu yazışmalar sırasında

işverenin şahsına yönelik hakaret niteliğinde sözler sarf ettiği, işyeri sırrı sayılabilecek konularda da yazışmalar yaptığı anlaşılmıştır.

İşverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır. Davalı işverene ait bilgisayarları ve e-mail adreslerini özel yazışmalarda kullanıp, işverene hakaret niteliğinde sözler sarf etmenin, işveren açısından 4857 sayılı Yasa'nın 25/II-b. maddesi uyarınca sataşma niteliğinde haklı fesih nedeni oluşturacağı anlaşılmakla davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 13.12.2010 gün, 2010/ 447 E, 2010/ 37516 K.)

9- ÜCRETLE İLGİLİ İLKE KARARLARI

A- Ücretin İspatı

TÜİK verilerine göre Türkiye’de kayıt dışı çalışma oranı 2011 yılında % 41,8’dir¹³⁹. Kayıtlı çalışanların da belli bir bölümünün gerçek ücretlerinin SGK’ya bildirilmediği, çalışma hayatı denetimlerinin yeterli, olmadığı Yargıtay kararlarında vurgulanmaktadır. Bu noktada işçinin işçilik haklarının kazanımı ile hesap yönlerinden gerçek ücretinin tespiti önem kazanır.

Çalışma yaşamının nerdeyse yarısı kayıt dışıdır. Yan yana iki işletmeden birinin yasalara uygun şekilde tüm işçileri gerçek ücret üzerinden sigortaya bildirdiği, diğerinin ise az sayıda işçiyi üstelik asgari ücretten gösterdiği bir örnekte, yasalara saygılı işverenin diğer işverenle rekabet edebilmesi mümkün değildir. Bir süre sonra kayıt dışına yönelmesi mümkündür. Bu noktada çalışma yaşamı denetimlerinin etkin ve caydırıcı olması yanında yargıya da bir görev düştüğü düşüncesindeyiz. Gerçek ücretin tespiti noktasında olabildiğince titiz davranılması halinde bu durum kayıtlı istihdamın arttırılması yönünde olumlu etki yapabilecektir.

Yargıtay bu noktada bazı ilkeler belirlemiştir. İlk olarak ücretin işçi ve işveren kuruluşları ile sendikalardan araştırılması benimsenmiştir.

139

Bkz. www.tuik.gov.tr

Yargıtay bir kararında, tüm çalışanlara kıdem farkı gözetmeksizin asgari ücret üzerinden ödeme yapıldığı dikkate alındığında işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceğinin detaylı bir şekilde araştırılması gerektiğini, sadece asgari ücreti bildiren İTO cevabi yazısı yetinilerek sonuca gidilmesinin hatalı olduğunu kabul etmiştir.

"...Somut olayda; davacı asgari ücret yanında verilen prim esasına göre çalıştığını ve ortalama 1.250,00 TL ücret aldığını iddia etmektedir. Davalı taraf davacının asgari ücretle çalıştığını savunmuş ve dosyaya asgari ücret üzerinden düzenlenmiş imzalı bordrolar sunmuştur. Söz konusu bordroların incelenmesinden tüm çalışanlara kıdem farkı gözetmeksizin asgari ücret üzerinden ödeme yapıldığının kaydedildiği görülmektedir. Dinlenen davalı tanıkları davacının aldığı ücret hakkında beyanda bulunmamışlardır. Davacı tanıklarından Oğuz Milli ise davacının ortalama 1.500,00 TL ücret aldığını belirtmiştir. Ücret araştırması amacıyla yazılan yazıya İTO; davacının asgari ücret alabileceği şeklinde cevap vermiştir. Yapılan bu tespitler ve yukarıda sıralanan ilkeler ışığında ve özellikle bordrolarda tüm çalışanlara kıdem farkı gözetmeksizin asgari ücret üzerinden ödeme yapıldığının kaydedildiği de nazara alındığında işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği detaylı bir şekilde araştırılması gerekirken sadece İTO cevabi yazısı yetinilerek davacının ücreti hakkında sonuca varılması isabetsizdir".

(Yargıtay 9. HD. 29.2.2012 gün, 2009/45076 E, 2012/6466 K.)

Yargıtay ilke kararlarında, İş Kanunu'nun ücreti ilgilendiren maddeleri yer almaktadır. İş Kanunu'nun 8. maddesinde yazılı sözleşme yapılan hallerde sözleşmede ücretin belirleneceği, yazılı sözleşme yapılmaması durumunda en geç iki ay içinde işçiye ücret ve eklerini bildiren bir belge verme yükümünün olduğu, İş Kanunu 37. maddede, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde, ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir. Ücretin miktarını ispat yükü işçide olsa da yasal yükümlüklere uymayan işveren açısından işçinin ispat yükünün bir miktar hafifletilmesi mümkün olabilir.

Yargıtay ücretin ispatıyla ilgili ilke kararlarının tamamında, *"Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmesi, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında delillerin değerlendirilmesi sırasında, işverence bu konuda belge düzenlenip, düzenlenmediğinin de araştırılması gerekir.*

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir.

Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır".

(Yargıtay 9. HD. 13.02.2012 gün, 2009/42766 E, 2012/3444 K.)

Yargıtay, işyerinde fotoğraf çekimi ve kasa işlerine bakan 10 yıl kıdemi olan bir personelin ücret bordrolarının asgari ücretten imzalanmış olmasının, bu ücretin gerçek olduğu sonucunu doğurmadığı, meslek odası yazısı ile de kısmen doğrulanan iddia edilen ücrete göre hesaplama yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir.

"...Davacı, 10 yıl kıdemi olan ve işyerinde fotoğraf çekimi ve kasa işlerine bakan tecrübeli bir personeldir. Ücret bordrolarının asgari ücret üzerinden düzenlenmesi yaygın bir uygulama olup sırf imzalanmış olması bu ücretin gerçek olduğu sonucunu doğurmayacağından mahkemece emsal ücret yerine asgari ücretin esas alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 13.02.2012 gün, 2009/39012 E, 2012/3398 K.)

Yargıtay kararlarına konu olayda, dersane işyerindeki tüm çalışanların ücretleri asgari ücret üzerinden gösterilmiş, davacı ise edebiyat öğretmeni ve müdür yardımcısı konumunda görev yaptığı halde mahkeme bordrodaki asgari ücreti esas almıştır. Yargıtay, tüm işçilerin asgari ücret almasının hayatın olağan akışına aykırı olması sebebiyle ücret araştırmasına gidilmesi gerektiğini bildirmiştir. Kararda, ücret araştırmasının dayanağı da Borçlar Kanunu'nun 323. maddesi olarak açıklanmıştır.

"...Davacı 12 yılı aşkın hizmeti bulunan müdür yardımcısı görevini yürüten nitelikli çalışan olup bordrolardan işyerindeki tüm çalışanların asgari ücret üzerinden ücret aldığı görülmektedir.

Mahkemece, yukarıdaki ilkeler doğrultusunda araştırma yapılarak davacının ücreti tam olarak belirlenip alacakları buna göre hesaplanması gerekirken asgari ücret seviyesinden yapılan hesaplamaya itibar edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 15.12.2011 gün, 2009/32777 E,2011/48439 K.)

Yargıtay’da temyiz incelemesine konu dosyalarda, işçi ücretlerinin bankaya yatırılması zorunluluğu sebebiyle tüm işçiler için bankamatik kartı çıkartıldığı ancak işverence kartlara el konulduğu, şifreleri bir kağıda yazılarak muhasebe yetkilisine kartlarla birlikte verildiği ve aynı gün tüm işçilerin maaşlarının çekildiği örneklerle dahi rastlanmıştır.

(Elazığ İş Mah. 2009/504 E, 2011/255 K.; Yargıtay 9. HD. 29.11.2012 gün, 2011/32506 E, 2012/40012 K sayılı onama kararı)

Yine bir başka örnekte, işveren işçi ücretlerini bankaya her bir işçi hesabına yatırmakta ancak ilk zamanlar işçilere dekont imzalatılarak sonraları imza dahi alınmadan bankadan işveren yetkilisi olarak ücretler çekilmekte ve yine elden ödendiği davalı tanıklarınca dahi doğrulanmış ve mahkeme banka kayıtlarına itibar etmemiştir. Yargıtay da yerel mahkeme kararını isabetli bularak onamıştır.

(Diyarbakır 1. İş Mah. 2010/696 E, 2011/1106 K. sayılı kararı, Yargıtay 9. HD. 10.10.2012 gün, 2012/6954 E, 2012/33840 K. Onama kararı)

Yargıtay, işçinin bilinen dönem ücretinin, bilinmeyen döneme uyarlamasını kabul etmektedir. İşçinin son ücretin bilindiği veya belirlenebildiği bir durumda bilinmeyen döneme ait ücretleri de son ücretin asgari ücrete oranına göre belirlenmektedir. Ancak işçinin unvanının değiştiği hallerde bu yöntem uygulanmaz. Bir de işçinin gerçek dönem ücretlerinin belirlenmesi imkanı varken bu oran yöntemine başvurulmaz.

Yargıtay kararında, “...*Davalı işyeri kamu kurumu niteliğinde belediye olup aynı zamanda toplu iş sözleşmelerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı işveren bakımından işçinin önceki dönem ücretlerinin belirlenemediğinin kabulü doğru olmaz. İşçinin bilinen ücretinin asgari ücrete oranına göre bilinmeyen dönem ücretlerinin belirlenmesi, ücretlerin tespitinin mümkün olamadığı hallerde geçerlidir. Hesaplama konu dönemde yürürlükte olan toplu iş sözleşmeleri ile gerekirse ücret bordroları getirtilerek gerçek ücreti belirlenmeli ve yine gerektiği takdirde*

bilirkişiden ek hesap raporu alınarak fazla çalışma ücreti hesabı yapılmalıdır” şeklinde ifadeler yer almaktadır.

(Yargıtay 9. HD. 19.06.2012 gün, 2012/7944 E, 2012/23675 K.)

B- Ücretin Ödenmesi

Yargıtay’a göre, ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. İşveren davacının talep ettiği son 1 yıllık döneme ilişkin olarak işçinin ücretinin ödendiğine ilişkin herhangi bir belge sunamadığına göre ücret isteği hüküm altına alınmalıdır.

*“...Uzun süre ücretlerinin ödenmediği iddiası karşısında, işverence cevap dilekçesinde dayanılmak kaydıyla yemin teklifi hakkının olduğu hatırlatılmalı ve gerekirse bu yönde usulü işlemler tamamlandıktan sonra sonuca gidilmelidir. Dairemizce, çok uzun süre ücret ödenmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilerek, **hakimce resen yemin teklifinde** bulunulabileceği de kabul edilmektedir (Yargıtay 9. HD. 18.10.2004 gün, 2004/7006 E. 2004/23275 K).*

Somut olayda ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. İşveren davacının talep ettiği son 1 yıllık döneme ilişkin olarak işçinin ücretinin ödendiğine ilişkin herhangi bir belge sunamamıştır. Bu itibarla ücret alacağına ilişkin talebin kabulü yerine reddi isabetli değildir”.

(Yargıtay 9. HD. 02.04.2012 gün, 2010/4557 E, 2012/11058 K.)

İşçiden ücret alacağı talebinin hangi yıl, hangi aya ait ve ne kadar olduğu sorulup buna göre ödeme durumu değerlendirilmelidir.

“...Bilirkişi hesap raporunda, hangi döneme ait olduğu belli olmayan 100 TL ücret alacağı hesaplanmış ve mahkemece gerekli araştırma yapılmadan bu alacak hüküm altına alınmıştır.

Mahkemece, davacıya, ücret alacağı talebinin hangi yıl, hangi aya ait ve ne kadar olduğu sorulup gerekirse bilirkişiden ek hesap raporu alınmadan bu alacağın hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 19.03.2012 gün, 2009/48901 E, 2012/8938 K.)

Bordrolarda işçinin imzası bulunmasa da istek konusu döneme ait ücretlerin banka aracılığı ile ödenip ödenmediği araştırılmadan karar verilmesi hatalıdır.

"...Uzun süre ücretlerinin ödenmediği iddiası karşısında, işverence cevap dilekçesinde dayanılmak kaydıyla yemin teklifi hakkının olduğu hatırlatılmalı ve gerekirse bu yönde usulü işlemler tamamlandıktan sonra sonuca gidilmelidir. Dairemizce, çok uzun süre ücret ödenmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilerek, hakimce resen yemin teklifinde bulunulabileceği de kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 18.10.2004 gün,2004/7006 E. 2004/23275 K).

6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalar açısından re'sen yemin usulü kaldırılmıştır.

Somut olayda davalı işveren tarafından dosya içerisine ibraz edilen 2006 yılı Eylül ve Ekim aylarına ilişkin bordrolarında davacının imzası bulunmamaktadır. Bu ücretlerin banka aracılığı ile ödenip ödenmediği araştırılmadan hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu aylara ait ücret alacağının ödendiği kabul edilerek, hesaplama dışında bırakılması hatalıdır".

(Yargıtay 9.HD. 15.02.2012 gün, 2009/40399 E, 2012/4163 K.)

Yargıtay'a göre, ödeme def'i itiraz niteliğinde olup mahkemece her aşamada re'sen dikkate alınması gerekir.

"... Somut olayda, davalı vekili, Garanti Bankası Mecidiyeköy Şubesi'nin fesihten 2 ay sonraki 21.05.2008 tarihli avans ödemesi adıyla davacı adına yapılan 2.000 TL bedelli banka dekontu sunmuştur. Bilirkişi, raporunda bunun mahsubunu mahkemeye bırakmış; ancak mahkeme davacıdan diyeceklerini sormamış ve mahsup işlemi yapmamıştır. Oysa ödeme def'i itiraz niteliğinde olup mahkemece her aşamada re'sen dikkate alınması gerekir. Bu nedenle mahkemece verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 16.01.2012 gün, 2009/34555 E, 2012/206 K.)

Uzun süre ücretlerin ödenmediği iddiasında, HMK'da resen yemin kaldırılmış olsa da, cevap dilekçesinde her türlü delile dayanıldığına göre davalı tarafa yemin teklif etme hakkı hatırlatılmalıdır.

"...6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra açılan davalarda re'sen yemin usulü kaldırılmıştır.

Somut olayda, davalı işveren tarafından davacı işçinin 01.01.2003 - 31.12.2003 arası dönemde ücretlerinin ödendiği yazılı belge ile ispat

edilmemiştir. Söz konusu dönem için sunulan ücret bordrolarında davacının imzası bulunmadığı gibi, diğer çalışan tarafından tahakkuk edilen ücretin bankadan çekildikten sonra davacıya ödendiğine dair de belge sunulmamıştır.

Bu durumda, yukarıdaki esaslar doğrultusunda, davalının cevap dilekçesinde tüm yasal delilere dayandığı göz önüne alındığında davalıya yemin teklif etme hakkı hatırlatılıp, ücret alacağı hususunda sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelenme ile karar verilmesi isabetsizdir”.

(Yargıtay 9. HD. 22.12.2011 gün, 2009/29342 E, 2011/49168 K.)

Ücretin ödendiğini ispat yükü işverendedir. Mahkemece ödenmeyen ücret alacağından yarı oranında takdiri indirim yapılması hatalıdır.

”...Mahkemece, belirlenen ücret alacağında yarı oranında takdiri indirim yapılmasına karar verilmiştir.

Yukarda açıklanan ilkeler gereğince, ücret alacağında takdiri indirim uygulamasının hiç bir yasal dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkemece ücret alacağında indirim yapılması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 06.07.2011 gün, 2009/ 18259 E, 2011/ 22330 K.)

C- Ücret Alacağında Faiz

Yargıtay’a göre, ücret alacağının hangi tarihte ödeneceğine ilişkin yazılı bir akit veya yönetmelik ya da dava tarihinden önce de temerrüt olmadığında, kısmi dava ile istenen miktara dava tarihinden, ıslahla istenen miktara da ıslah tarihinden itibaren faize karar verilmelidir. Esasen konu öğretide tartışmalıdır. İşçi ücretlerinin en geç ayda bir ödeneceğine dair yasa hükmü ve gününde ödenmeyen ücretler için İş Kanunu 102. maddesinde yaptırım öngörülmüş oluşu sebebiyle ödeme tarihinin yasada belirlendiği de ileri sürülebilir. Ancak Yargıtay 1475 sayılı Yasa döneminde olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanunu uygulamasında da temerrüdü aramaktadır.

”...Mahkemece davacının fark ücret alacağının da bilirkişi raporunda belirlenen temerrüt tarihlerinden itibaren yürütülecek faiziyle tahsiline karar verilmiştir. Bilirkişi raporunda ise fark ücret alacağının tamamı için dava tarihi temerrüt tarihi olarak yazılmıştır. Ücret alacağının hangi tarihte

ödeneyeğine ilişkin yazılı bir akit veya yönetmelik ve dava tarihinden önce de temerrüt olmadığına göre ilk kısmi dava ile istenen miktara dava tarihinden, ıslahla istenen miktara da ıslah tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde faiz yürütülmesi yerinde değildir”.

(Yargıtay 9. HD. 02.04.2012 gün, 2010/1110 E, 2012/10818 K.)

İş Kanunu'nda ücret ve ücret benzerleri alacaklara uygulanacak faiz türü en yüksek mevduat faizi olup, dava dilekçesinde "yasal faiz" tabiri ücret ve ücret benzerleri için yasadaki faiz anlamında algılanmalıdır.

"...İş Kanunu'nda ücret ve ücret benzerleri alacaklara uygulanacak faiz türü en yüksek mevduat faizi olup, dava dilekçesinde "yasal faiz" tabiri ücret ve ücret benzerleri için yasadaki faiz anlamında algılanarak, hüküm altına alınan fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ve ücret alacaklarının dava dilekçesi ile istenen miktarlarına en yüksek mevduat faizi hükmedilmesi, ancak ıslah dilekçesinde faiz talep edilmediğinden, ıslahla artırılan miktarlara faiz yürütülmemesi gerekirken yukarıda sayılan alacaklara yasal faiz yürütülmesi talep edilmeden faiz uygulanması hatalı ise de, bu yanlışlıkların düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden HUMK. 370/2 maddesi uyarınca DÜZELTİLEREK ONANMASINA karar vermek gerekmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 08.03.2012 gün, 2009/47929 E, 2012/7712 K.)

Dayanağı toplu iş sözleşmesi olan alacaklar için en yüksek işletme kredisi faizinin uygulanmalıdır.

"...Davacının talep ettiği alacakların bir kısmı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle anılan alacaklara TİS ile getirilen düzenlemeler uyarınca en yüksek işletme kredisi faizinin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 22.12.2011 gün, 2009/43777 E, 2011/49236 K.)

10- FAZLA ÇALIŞMAYLA İLGİLİ İLKE KARARLARI

A- Fazla Çalışmaların İspatı

Fazla çalışmaların ispatı ve hesabı çok sayıda Yargıtay kararına konu olmaktadır. Konuyla ilgili ilke kararlarında sürekli bir güncelleme yapıldığı söylenebilir. Yargıtay'ın son kararlarında kamu kurumları hatta kurumsal

yapıya sahip şirketler yönünden fazla çalışmaların tanıkla ispatın yetersiz sayıldığı söylenebilir.

Hukuk Genel Kurulu'nun 2012 yılında verdiği kararda, "...Somut olayda davacının imzasını taşıyan ücret bordrolarında fazla çalışma yapıldığına dair kayıt bulunmamaktadır. Keza davacının müdür olarak düzenlediği mağaza seyir defteri fotokopilerinden fazla çalışma yapan işçilerin ve fazla çalışmanın niteliğinin ayrıntılı olarak belirtildiği görülmektedir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise davacı tanık beyanlarına itibar edilerek davacının kaç saat fazla çalışma yaptığı belirlenip hesaplama yapılmıştır. Ancak **davalı şirketin kurumsallaşmış bir yapısı olduğu göz önüne alındığında işyerinin çalışma sistemine ilişkin belgeler ile sorumlu müdür ve yardımcısının görev ve sorumluluklarına ilişkin belgeler celp edilip irdelenmeden**, davacının fazla çalışma yapıp yapmadığı kesin olarak belirlenmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." gerekçesiyle verilen bozma kararı üzerine direnme kararı bozulmuştur.

(Yargıtay HGK 28.03.2012 gün, 2012/9-2 E, 2012/250 K.)

Fazla çalışmanın ispatı ilke kararında,

"...Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu **iddiasını ispatla** yükümlüdür.

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 anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağını 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.

*İşyerinde **üst düzey yönetici** konumunda çalışan işçi, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir **başka yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde**, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.*

***Satış temsilcilerinin** fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, **günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak** belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İşçiye ödenen **satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması** halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir.*

*İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete **dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir**. Dairemiz, yıllık **iki yüz yetmiş** saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. (ücretin asgari ücret + aylık 22.5 saat fazla çalışma karşılığının % 50 zamlı ücretini aşması kaydıyla)*

*Günlük çalışma **süresinin on bir 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, md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırk beş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedi buçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9. HD. 23.6.2009 gün, 2007/40862 E, 2009/17766 K).

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'in 4 üncü maddesine göre, günde **yedi buçuk saat çalışılması gereken işlerde çalışan işçinin, yedi buçuk saati aşan çalışma süreleri ile yedi buçuk saatten az çalışması gereken işler bakımından Yönetmelik'in 5 inci maddesinde sözü edilen günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar**, doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırk beş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur.

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanunu'nun 41 inci maddesindeki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya **rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde**, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir (Yargıtay 9. HD. 18.11.2008 gün, 2007/32717 E, 2008/31210 K.).

Fazla çalışmanın belirlenmesinde, 4857 sayılı Yasa'nın 68 inci maddesi uyarınca **ara dinlenme** sürelerinin de dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet **indirimi** yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9. HD. 11.02.2010 gün, 2008/17722 E, 2010/3192 K; Yargıtay, 9. HD. 18.07.2008 gün, 2007/25857 E, 2008/20636 K.). Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir.

Dairemizin önceki kararlarında; fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davalı tarafın kendisini avukatla temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım

için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmekteydi (Yargıtay 9. HD. 11.02.2010 gün, 2008/17722 E, 2010/3192 K.). Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilenemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekâlet ücretine hükmedilmekle birlikte, Borçlar Kanunu'nun **161/son, 325/son, 43 ve 44** üncü maddelerine göre, yine 5953 sayılı Yasa'da öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemektedir. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve **fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği** kabul edilmiştir.

Somut olayda, mahkemece dosya arasında bulunan bordrolarda fazla çalışma ücreti ödendiği iddia edilmiş ise de bordrolar üzerinde davacının herhangi bir imzasının bulunmadığı, bu fazla çalışma ücretlerinin davacıya ödendiğine dair herhangi bir belgeye rastlanılmadığından bordrolar delil niteliğinde sayılmamış, tanık beyanları doğrultusunda fazla çalışma alacağı kabul edilmiştir.

Davalı bir **kamu kurumu** olup işçi çalıştırma ve çalışma usulleri kayıtlara dayalıdır. Nitekim davalı işveren tarafından **muntazam olarak düzenlenmiş puantaj kayıtları ve bordrolar dosyaya sunulmuştur**. Davalı Belediye kayıtları resmi kayıt niteliğindedir. Puantaj kayıtlarında davacının fazla çalışmaları gösterilmiş, bordroda tahakkukları da yapılmıştır.

Davacıya alacakların ödenip ödenmediği banka kayıtları da getirilerek değerlendirilmeli sonucuna göre davalıya yemin teklifi delili de hatırlatılarak bir karar verilmelidir” yazılıdır.

(Yargıtay 9. HD. 15.05.2012 gün, 2012/16593 E, 2012/17141 K.)

Yargıtay, fazla çalışma tahakkuku içeren bordroların ihtirazi kayıtsız olması halinde fazlasının yazılı delille ispatı konusunda ilkeyi koymuş olsa da, bir başka kararda, İlkeye bağlanan hususların kötüye kullanımının korunmayacağı da vurgulanmıştır.

“...İş Hukuku, işçi haklarının korunması noktasında sürekli ileriye dönük ve gelişimci bir karaktere sahiptir. Değişen çalışma koşulları ve ekonomik göstergelere göre yeni kurallara ihtiyaç duyulsa ve esnekleşme çabaları İş Hukukunun diğer bir yönü olsa da, işçinin korunması temel amaç olarak varlığını hissettirir. Yasal bir hakkın kötüye kullanımının dahi korunmadığı bir hukuk düzeninde, içtihat birliğinin sağlanması temel amacına yönelik olarak Dairemizce ilkeye bağlanan hususların kötüye kullanılamayacağı açıktır”.

(Yargıtay 9. HD. 31.03.2009 gün, 2008/12950 E, 2009/8944 K)

İşçinin müdür vekili olarak görev yaptığı dönemde en üst düzey yetkili olduğu kabul edilmeli ve fazla çalışma hesabı yapılmamalıdır.

“...Somut olayda, davacı işçinin hesaplamaya konu dönem içinde müdür yardımcısı ve müdür vekili çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan raporda zamanaşımı defiiyle sınırlı olarak son beş yıl içinde müdür yardımcısı ve müdür vekili olarak çalışılan dönemler için fazla çalışma hesabı yapılmıştır.

Davacı işçinin, Zeytinburnu mağazasında müdür yardımcısı olarak çalışırken 01.04.2006 tarihinde tayin ve terfi işlemi uygulanarak ve aylık ücretinde de artış yapılarak Çorlu mağazasına müdür olarak atandığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Müdür vekili olarak görev yapılan dönemde de görev yapılan mağazada en üst düzey çalışanın davacı olduğu kabul edilmelidir. Davacının müdür vekili olarak çalıştığı 01.04.2006 sonrasında fazla çalışma ücreti hesabı ile bu yönde isteğin kabulü hatalı olmuştur.

3- Hükme esas alınan bilirkişi raporunda zamanaşımı defiiyle sınırlı olarak son beş yıl için haftada 18 saat fazla çalışma ücreti hesabı

yapılmış, mahkemece %10 indirimle gidilerek 33.904,64 TL olarak isteğin kabulüne karar verilmiştir. Genel tatil ücretinden de aynı oranda indirim yapılmıştır. Hesaplamaya konu çalışma süreleri ve hesaplanan tutar dikkate alındığında yapılan indirim oranı düşüktür.

Yukarıdaki bent uyarınca fazla çalışma ücretleri belirlendikten sonra Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamalarına göre fazla çalışma ile genel tatil ücretlerinden % 30 oranında indirim yapılmalıdır”.

(Yargıtay 9.HD. 05.06.2012 gün, 2009/50037 E, 2012/19513 K.)

Yargıtay’a göre, “Karayolları Trafik Yönetmeliği’ne göre ağır vasıta şoförlerinin araç üzerinde çalışma süresinin 9 saati aşamayacağı düzenlemesi de göz önüne alınarak, takograf kayıtları sunulan aracın, sürekli olarak davacı tarafından kullanılıp kullanılmadığı, aracın çift şoför ile sefere çıkması halinde çalışma sürelerinin de değişebileceği göz önüne alınarak gerektiğinde işyeri kayıtları üzerinde ve yerinde inceleme yapılarak fazla çalışma ücret alacaklarının hesaplanması yukarıdaki ilkeler doğrultusunda ara dinlenme süresi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 28.05.2012 gün, 2010/9776 E, 2012/18560 K.)

Yargıtay, belediye işyeri yönünden verdiği bir kararında, belge sunama-yan kamu kurumunda dahi işçinin tanıkla ispatını yeterli saymamıştır.

“...Somut olayda, mahkemenin önceki kararı davalı kamu kurumu olduğu, işçi çalıştırma ve çalışma usullerinin kayıtlara dayanması gerektiği, işyeri kayıtları, özellikle varsa fazla mesai çizelgeleri, işyerine giriş çıkış kayıtları, görevlendirme yazıları, ücret bordroları getirtilip yasal ve hukuksal gerekçelere göre incelenip değerlendirilmesi, neticede getirtilen kayıtlar ile ispatlandığı takdirde dava konusu fazla çalışma ücreti isteğinin kabulüne karar verilmesi, aksi taktirde soyut tanık beyanlarına dayanarak eksik inceleme ile karar verilemeyeceği yönünden bozulmuştur.

Davalı işverenin kamu kurumu oluşu nedeni ile, işçi çalıştırma ve çalışma usullerinin kayıtlara dayanması gerektiği için, özellikle puantaj kayıtları, varsa fazla mesai çizelgeleri, işyerine giriş çıkış kayıtları, görevlendirme yazıları, ücret bordroları getirtilip yasal ve hukuksal gerekçelere göre incelenip değerlendirilmelidir.

Davalı cevap dilekçesinde davacının fazla çalışma yaptığına ilişkin kurum içerisinde herhangi bir kayıt bulunmadığını beyan etmiştir. Belediye de davacının fazla çalışmasının olmadığına ilişkin müzekkereye cevap vermiştir. Bu durumda davacının fazla çalışma yaptığına ilişkin kayıt bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Çalışma yapılan işyeri kanunla kapatılmasına karar verilen belde Belediye Başkanlığı olup yerleşim ve nüfus yoğunluğu bakımından da iddia edildiği gibi haftada 6 gün çalışmayı ve haftanın 3 günü 21:00'e kadar sürecektir fazla mesai yapılmasını doğuracak yoğunlukta çalışmayı gerektirmeyeceği aşkırtır.

Fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatil günlerinde çalışıldığının ispat külfeti davacı işçiye aittir. Somut olayda, davacının fazla çalışma yaptığı ve genel tatillerde çalıştığı yazılı kayıtlar ile ispatlanamadığından bu taleplerin reddine karar vermek gerekirken soyut tanık beyanlarına itibar edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”

(Yargıtay 9. HD. 08.05.2012 gün, 2012/15451 E, 2012/16036 K.)

Yargıtay'a göre günde 24 saat çalışan işçinin fiilen 14 saatinin mesaide geçmiş sayılacağı kabul edilmelidir.

“...Hukuk Genel Kurulu'nun 05/04/2006 tarih ve 2006/9-107 Esas, 2006/144 Karar sayılı kararında, uyku ve sair ihtiyaçlar için geçen zaman çıkarıldığında, günde 24 saat çalışan işçinin fiilen 14 saat çalıştığı belirtilmiş ve bu karar Dairemizce de benimsenmiştir.

Somut olayda, yerel mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, tanık anlatımları nazara alınarak, davacının 24 saat nöbet tuttuğu yani çalıştığı, sonraki 24 saat ise istirahat ettiği, davacının nöbet tuttuğu yani çalıştığı 24 saatlik sürede, çeşitli ihtiyaçları için çalışmadığı süreler düşüldüğünde davacının 24 saatin 20 saatinde çalıştığı, Yargıtay uygulamasına göre günlük 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayıldığı, netice olarak davacının 9 saat (= 20 saat – 11 saat = 9 saat) fazla çalıştığı belirtilmiş ve 9 saat üzerinden fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır.

Yukarıdaki ilke kararlarımızdan ve Hukuk Genel Kurulu'nun kararından da açıkça anlaşılacağı üzere, hükme esas alınan bilirkişi raporunda yapılan

bu fazla çalışma hesabı hatalı olup, hatalı bu rapora itibarla hüküm kurulması bozma sebebidir”.

(Yargıtay 9. HD. 02/05/2012 gün, 2010/4316 E, 2012/15157 K.)

Üçlü vardiya sisteminin olduğu işyerinde, işçinin görevli olduğu vardiya saatleri dışında çalıştığı yazılı delillerle ispat edilmelidir.

“...Somut olayda, davalı işyerinde üçlü vardiya sistemi ile çalıştığı dosya kapsamından anlaşılmakta olup, bu husus mahkemenin de kabulündedir.

Buna göre, davacının görevli olduğu vardiya saatleri dışında çalıştığı yazılı delillerle ispat edilmemiştir. Yine, hafta tatili çalışmalarına talep halinde ayrıca hükmedilmesi gerekirken, hafta tatili çalışmalarının fazla mesai çalışmaları içinde değerlendirilmesi hatalı olup hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmektedir”.

(Yargıtay 9. HD. 30.04.2012 gün, 2010/7747 E, 2012/15054 K.)

Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Tüzüğün 21. Maddesi kapsamında kalan çalışmalarda günlük en fazla çalışma süresi 5 saat olup bunun üzerindeki çalışmalar, fazla çalışmadır.

“...Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, HGK kararına göre günlük 24 saat çalışma yapılan günlerde fiili çalışma süresi 14 saat olduğundan, davacının Pazar günü çalışmaları buna göre hesaplanmalıdır. Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Tüzüğün 21. maddesinde “röntgen ve radyom ile daimi olarak günde beş saatten fazla çalışmaz ve pazardan başkaca ayrıca bir gün daha öğleden sonra tatil yapılmalıdır” hükmü bulunduğundan, günlük 5 saatin üzeri yapılan çalışmalar fazla çalışma süresi olarak hesaplanmalıdır. Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda değinilen kararlarına göre ise 4857 sayılı Yasa döneminde yapı-lan günde 24 saat çalışmaların 14 saat ile sınırlandırılarak somut olaya gö-re 5 saat üzerinin (9 saat) fazla çalışma süresi olarak dikkate alınmalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 26.04.2012 gün, 2010/7250 E, 2012/14552 K.)

Turizm tesisi olan işyerinde, yoğun sezon tespit edilerek bu dönem için fazla çalışma kabul edilmelidir.

"...Somut olayda davacının fazla çalışma yaptığı sabittir. Ancak mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda yapılan fazla çalışma alacağı fahiştir. Davacının çalıştığı işyeri turizm tesisidir. Bu durumda mahkemece işyerinin bulunduğu yerdeki yoğun sezon tespit edilerek bu dönemde davacının günde 3 saat üzerinden fazla çalışma alacağı hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır".

(Yargıtay 9. HD. 25.04.2012 gün, 2011/10542 E, 2012/14219 K.)

Şantiye şefi olarak üst düzey yönetici konumunda olduğu kabul edilerek fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği dikkate alınmalıdır.

"...Somut olayda, davacı davalı Ortek ve Tekeşinler firmalarının şantiye şefi olarak çalışmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında davacının şantiye şefi olarak üst düzey yönetici konumunda olduğu kabul edilerek fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği dikkate alınmadan fazla çalışma isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsizdir".

(Yargıtay 9. HD. 15.03.2012 gün, 2010/69 E, 2012/8564 K.)

İşyerinde mağaza müdürü olarak çalışan işçinin fazla çalışma talebi mümkün değildir.

"...Somut olayda davacı işçi davalıya ait işyerinde mağaza müdürü olarak çalıştığını belirterek fazla çalışma ücreti isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren davacının işyerinde en yetkili konumda çalıştığını ve çalışma saatlerini kendisinin belirlediğini savunmuştur.

Mahkemece, dosyaya sunulmuş olan tamim ve mail yazışmalarına göre çalışma saatlerinin davalı işverenin belirlediği gerekçesiyle fazla çalışma ücreti isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Davalı şirketin merkezinin İstanbul'da olduğu ve davacının son olarak Bursa'da bulunan mağazada en yetkili konumda çalıştığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu husus mahkemenin de kabulündedir. Aynı işverene karşı açılan emsal nitelikteki davalarda mağaza müdürü olunan dönem için fazla çalışma ücreti istekleri kabul edilmemiş ve taraflar temyizi üzerine bu husus bozma nedeni yapılmamıştır

(Yargıtay 9. HD. 15.11.2011 gün, 2009/ 18683 E, 2011/43383 K).

Dosyaya sunulan tamim ve mail yazışmaları ise çoğunlukla başka mağazalar ve işyerleri ile ilgilidir. Bu yazışmaların davacının mesaisini kendisinin belirleyemediği şeklinde değerlendirilmesi doğru değildir. İşyeri genel merkezinin farklı işyerleri için ortak bir işleyiş belirlemesi ve bunu ilgili birimlere duyurması yönetim hakkı kapsamındadır. Her bir mağazanın kendine özel çalışma koşullarını belirlemesi mümkün olmaz.

Ancak dosyaya sunulan delillerin davacı işçiyi ilgilendiren yönlerinin delil değeri vardır. Yazışmalar ve tamimler içerisinde davacının görev yaptığı mağaza ile ilgili olanlar belirlenmeli ve buna göre davacının sözü edilen belge ve kayıtlara göre saptanan fazla çalışmaları varsa hesaplama yapılarak hüküm altına alınmalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 13.12.2011 gün, 2009/22751E, 2011/47952 K.)

İşyerinde davacı ile aynı dönemde çalışması olmayan tanık beyanına itibar edilerek fazla çalışma tespiti hatalıdır. Ancak Yargıtay işyerindeki çalışma düzeninin bilebilecek konumda olan komşu işyerinde çalışmış tanıkların beyanlarını da yeterli görmektedir.

“...Somut olayda mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacı tanığının beyanına göre fazla çalışma alacağı hesaplanmıştır. Ancak davacı tanığı işyerinde 2002 Mayıs veya Haziran ayında çalışma başladığını ve 19 ay çalıştığını belirtmiştir. Bu durumda davacı tanığının çalışması 2003 yılı sonu veya 2004 yılı Ocak ayına kadardır. Buna karşın davacı davalı işyerinde 19.01.2005 tarihinde çalışmaya başlamıştır. Davacı ile tanığının davalı işyerinde aynı dönemde birlikte çalışmaları bulunmamaktadır. Bu tanık beyanına itibar edilerek fazla çalışma alacağının hüküm altına alınması hatalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 07.03.2012 gün, 2009/46814 E, 2012/7495 K.)

B- Fazla Çalışmada Hesap Yöntemi

Yüzde usulü olan bu çalışmada fazla çalışmanın zamsız kısmını günlük yevmiye içinde almıştır. Fazla çalışma hesabının % 50 zam kısmına göre yapılması gerekirken % 150 zamlı ücrete göre hesaplama yapılması hatalıdır.

“... Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma

veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen durumlarda, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu şekilde bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmi beş fazlası ise fazla sürelerle çalışma ücretidir. İşçinin parça başı ücreti içinde zamsız kısmı ödenmiş olmakla, fazla çalışma ücreti sadece yüzde elli zam miktarına göre belirlenmelidir.

Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde müşterilerin hesap pusulalarına belirli bir yüzde olarak eklenen paraların, işverence toplanarak işçilerin katkılarına göre belli bir oranda dağıtımı şeklinde uygulanan ücret sistemine "yüzde usulü ücret" denilmektedir. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı Kanun'un 51 inci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir. İşveren, yüzde usulü toplanan paraları işyerinde çalışan işçiler arasında, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma saatlerine ait puanları normal çalışma puanlarına eklenir (Yönetmelik m. 4/1). Yüzdelerden ödenen fazla saatlerde, çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark ödenir. Zira yüzde usulü ödenen ücret içinde fazla çalışmaların zamsız tutarı ödenmiş olmaktadır. Yapılan bu açıklamalara göre; yüzde usulü ya da parça başı ücret ödemesinin öngörüldüğü çalışma biçiminde fazla çalışmalar, saat ücretinin % 150 zamlı miktarına göre değil, sadece % 50 zam nispetine göre hesaplanmalıdır.

...

Somut olayda davacının davalıya ait minibüste mutad olduğu üzere günlük hasılatın bir kısmının işverene ayrılması ve kalan kısmının kendisine ödenmesi yöntemine göre çalıştığı anlaşılmaktadır. Böyle olunca bir tür yüzde usulü olan bu çalışmada, fazla çalışmanın zamsız kısmını günlük yevmiye içinde almıştır. Fazla çalışma hesabının % 50 zam kısmına göre yapılması gerekirken % 150 zamlı ücrete göre hesaplama yapılması hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 08.05.2012 gün, 2009/39637 E, 2012/16082 K.)

İş sözleşmesi hükmü gereği her ay ödenen ücretin içinde bir miktar fazla çalışma ücreti yer almakla, hesaplamanın yılın 12 ayına dağıtılarak yapılması gerekir.

"...Öte yandan iş sözleşmesi hükmü gereği sabit ücret içinde ödendiği kabul edilen yıllık 270 saatlik fazla çalışmanın indirilmesi yönünden de hesap hatalıdır. Hükme esas alınan raporda 270 saatlik fazla çalışma yılın ilk ayları fazla çalışmalarından düşülmüştür. Bu şekilde Ocak, Şubat, Mart ayı için fazla çalışma hesabı yapılmamış, Nisan ayı bakımından ise kısmen hesaplamaya gidilmiştir. İş sözleşmesi hükmü gereği her ay ödenen ücretin içinde bir miktar fazla çalışma ücreti yer almakla hesaplamanın yılın 12 ayına dağıtılarak yapılması gerekir. 270 saat olan yıllık fazla çalışma 12 aya bölündüğünde aylık 22.5 saat fazla çalışma belirlenir ve davacının aylık fazla çalışma süresinden bu süre indirilerek bakiyesi yönünden hesaplamaya gidilmelidir".

(Yargıtay 9. HD. 03.04.2012 gün, 2009/32074 E, 2012/11113 K.)

Fazla çalışma hesabında her dönem ücreti belirlenip buna göre hesaplama yapılması gerekir.

"...Somut olayda davacının fazla çalışma ücretinin hesabında fazla çalışma yapılan her dönem ücreti belirlenip buna göre hesaplama yapılması gerekirken tüm çalışma dönemi için son ücret üzerinden hesaplama yapılması hatalıdır.

4- Davacının yaptığı fazla çalışmaların süreleri dikkate alındığında daha makul bir indirim yapılması gerektiği gözetilmeksizin %50 hakkaniyet indirimi yapılması da fahiş olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 16.01.2012 gün, 2009/37374 E, 2012/160 K.)

C- Fazla Çalışma Alacağında Faiz

Fazla çalışma ücreti geniş anlamda ücret niteliğinde olup, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34 üncü maddesi gereğince, gününde ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

"...Fazla çalışma ücreti geniş anlamda ücret niteliğinde olup, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34 üncü maddesi gereğince, gününde ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Somut olayda hüküm altına alınan fazla çalışma ücreti için bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi gerekirken yasal faize hükmedilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 14.12.2011 gün, 2009/31154 E, 2011/48171 K.)

D- Fazla Çalışma Ücretlerinden İndirim

Fazla çalışma alacaklarının tanık beyanı ile kanıtlanması gözetilerek makul bir indirim yapılması gerekir. Yıllık izinde olunan dönem için fazla çalışma kabul edilmemelidir.

“...Davacının yıllık izinde olduğu günler dışlanmadan yapılan hesaplamaı itibar edilmesi ve davacının fazla çalışma alacaklarının tanık beyanı ile kanıtlanması gözetilerek yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda makul bir indirim yapılması gerektiğı düşünölmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır”.

(Yargıtay 9. HD.30.05.2012 gün, 2010/11565 E, 2012/19034 K.)

Fazla çalışmadan indirimin hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde 4/5 oranında fazla yapılması hatalıdır.

“...Kabule göre; tanık beyanııla ispatlanan fazla çalışma ücretinden takdiri indirim yapılması yerinde ise de indirimin hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde 4/5 oranında fazla yapılması bozmayı gerekmıştır”.

(Yargıtay 9. HD. 24.05.2012 gün, 2010/11929 E, 2012/18417 K.)

Mahkemece tanık beyanları dikkate alınarak hesaplanan fazla çalışma ücretinden %70 indirim yapılması hatalıdır.

“...Somut olayda, mahkemece tanık beyanları dikkate alınarak hesaplanan fazla çalışma ücretinden %70, genel tatil ve hafta tatili ücretlerinden %40 oranında indirimler yapılarak hüküm kurulmuştur. Yapılan bu indirim oranları hakkın özünü ortadan kaldıracak nitelikte fahiştir.

Bu nedenle fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinden makul bir oranda indirim yapılarak hüküm kurulması gerekir”.

(Yargıtay 9. HD. 21.03.2012 gün, 2009/49488 E, 2012/9435 K.)

Fazla çalışma ücretinden yapılan %50 oranında indirim hakkın özünü etkileyecek düzeyde fazladır.

"...Somut olayımızda, mahkemece fazla çalışma ve genel tatil ücretlerinden % 50 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak hüküm kurulmuş ise de yapılan bu indirim hakkın özünü etkileyecek düzeyde fazladır. Bu nedenle bu iki kalem ücretten daha makul bir oranda indirim yapılması gerekirken yazılı şekilde fazla bir indirim yapılması bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 21.03.2012 gün, 2009/48913 E, 2012/9400 K.)

E- Fazla Çalışma Alacağında Zamanaşımı

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerine göre sözlü yargılama usulü geçerli olmakla ıslaha karşı takip eden ilk oturumda sözlü olarak ileri sürülen zamanaşımı defi, süresindedir.

"...Islah yoluyla dava konusunun artırılmasının ardından davalı vekili ilk oturum öncesinde ve ilk oturumda sözlü olarak zamanaşımı defini ileri sürmüştür. İşlemin gerçekleştiği dönemde 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerine göre sözlü yargılama usulü geçerli olmakla ıslaha karşı ileri sürülen zamanaşımı defi süresindedir. Mahkemece ıslaha karşı zamanaşımı defi yönünden ek rapor alınarak hesaplama gidilmesi gerekirken isteğin reddi hatalıdır".

(Yargıtay 9. HD. 26.06.2012 gün, 2011/20846 E, 2012/24447 K.)

1086 sayılı Yasa döneminde yasal süresi geçtikten sonra ileri sürülen zamanaşımı define davacı tarafça açıkça karşı çıkılmadığı taktirde, zamanaşımı savunmasına değer verilmelidir.

"...Bilirkişi raporu verildikten sonra davalı vekilinin yazılı olarak zamanaşımı savunmasında bulunduğu, davacı tarafça zamanaşımı savunmasına açıkça karşı çıkılmadığı anlaşılmakla, davalının zamanaşımı savunmasına bu nedenle değer verilerek zamanaşımına uğrayan alacak miktarı belirlenip bakiyesinin hüküm altına alınması gerekirken savunmaya değer verilmemesi hatalıdır.

4-Davacı tarafça ıslah dilekçesinde faiz talebinde bulunulmamasına rağmen ıslah edilen kısma da faiz yürütülmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 23.05.2012 gün, 2010/9424 E, 2012/18265 K.)

Cevap dilekçesinin ıslahı ile zamanaşımı definde bulunması mümkündür.

"... Somut olayda davalı vekili 31.12.2008 tarihli ek bilirkişi raporuna karşı 12.01.2009 tarihli itiraz dilekçesi ile cevap dilekçesini ıslah ettiklerini belirterek zamanaşımı definde bulunmuştur.

Davalının zamanaşımı defi üzerinde durularak dava konusu yapılan fazla çalışma, ulusal bayram, genel tatil ve hafta tatili ücretleri yönünden bir değerlendirme yapılmalı, gerekirse bilirkişiden ek rapor alınarak istekler yeniden hesaplanmalıdır. Yazılı şekilde davalının zamanaşımı defi değerlendirilmeden sonuca gidilmesi hatalıdır".

(Yargıtay 9. HD. 01.12.2011 gün, 2009/29268 E, 2011/46760 K.)

11- KIDEM TAZMİNATIYLA İLGİLİ İLKE KARARLARI

A- Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve Hesapta Süre

Yargıtay ilke kararlarına göre, işçinin çalışması kıdem tazminatı tam olarak ödenerek tasfiye edilmediği sürece, hizmetinin tüm süre üzerinden değerlendirilmesi gerekir. Ödenen kıdem tazminatı da avans niteliğindedir.

Örnekte: işçi 2003 - 2008 yılları arasında çalışmış, iş sözleşmesi feshedilmiş, bir aya kadar ara verdikten sonra yine aynı işveren nezdinde bir yıl kadar çalışmıştır. İlk çalışma dönemi için bir miktar kıdem tazminatı ödenmiş ancak ibraname ikinci kez çalışmaya başladığı sırada düzenlenmiştir. Mahkeme kıdem tazminatı hesabında her iki dönem çalışmasını ayrı ayrı değerlendirmiş, ödeneni düşerek karar vermiştir.

Yargıtay, ilk dönem çalışması tam olarak ödenerek tasfiye edilmediği için aralıklı çalışmaya ve feshe rağmen her iki sürenin birleştirilmesi suretiyle son ücretten kıdem hesabı ve daha önce ödenenin avans sayılması yönünde karar vermiştir.

"... İlke kararı doğrultusunda Mahkemenin davacının iki dönem çalıştığının kabulü doğru değildir. Davacının çalışması tamamen tasfiye edilmediği için hizmetinin tüm süre üzerinden hesaplama yapılması gerekir. Davalının ödemiş olduğu miktar da avans niteliğinde olduğundan faizi ile birlikte kıdem tazminatından mahsup edilmelidir.

Mahkemece; davacının çalışma süresi belirlenip kıdem ve ihbar tazminatları ile izin ücretlerinin ve diğer işçilik alacakları da bu süreye göre değerlendirmeye tabi tutularak hesaplama yapılması gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 08/05/2012 gün, 2010/3097 E, 2012/16063 K.)

İşçinin sigorta kayıtlarında geçen dava dışı işverenler ile davalı arasındaki hukuki veya organik bağın tespiti açısından söz konusu işyerlerinin faaliyet alanları, temsile yetkili şahısları, adresleri tespit edilmeli, işyeri devrinin söz konusu olup olmadığı araştırılmalı ve kıdeme esas süre buna göre belirlenmelidir.

“...İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, derhal fesihlerde feshin bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirimini muhataba ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Bildirimli fesihler yönünden ise ihbar öneli süreye dahil edilir.

İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresine eklenmesi gerekir. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini altı hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

2822 sayılı Yasa’nın 42 nci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınamaz.

*İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. **Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün değildir.** Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında **"şirketler***

arasında organik bağ'dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9. HD. 26.03.1999 gün, 1999/18733 E, 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 28.11.2005 gün, 2005/34442 E, 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün, 2007/ 5762 E, 2007/ 30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. **Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.**

İşçinin alt işverende geçen hizmet süresinin (işyeri devri ayrık olmak üzere), asıl işverene ait işyerinde geçmiş olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir.

1475 sayılı Yasa'nın 14/2 maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. **O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında, işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi, hizmet birleştirmesi için şarttır. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden, tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz.** Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. **Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde,**

önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem on yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

*İşçinin iş sözleşmesi **feshedilmediği halde çeşitli nedenlerle kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemeler avans niteliğinde sayılmalıdır.** İşçinin iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatına hak kazanılması durumunda, işyeri ya da işyerlerinde geçen tüm hizmet sürelerine göre kıdem tazminatı hesaplanmalı, daha önce avans olarak ödenen miktar yasal faiziyle birlikte mahsup edilmelidir. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulaması bu doğrultudadır (Yargıtay 9. HD. 2008/18826 E, 2008/14859 K).*

*Yargıtay uygulaması, kamu kurum ve kuruluşlarından emeklilik sebebiyle ayrılan işçi yönünden **borçlanılan askerlik süresinin** de kıdem süresine ekleneceği şeklindedir. İşçinin ölümü halinde de mirasçıların talep edebileceği kıdem tazminatı hesabında borçlanılan askerlik süresinin dikkate alınması gerekir (Yargıtay HGK 09.04.2004 gün, 2004/9-339 E, 2004/357 K.).*

Somut olayda davacı 20.04.1994 tarihinden itibaren davalı şirkette çalıştığını ileri sürerek kıdem tazminatı talep etmiştir. Dinlenen bir kısım davacı tanıkları ise davacı iddiasını doğrulamışlardır. Davacıya ait SGK kayıtlarının incelenmesinde davacının çeşitli işverenler nezdinde çalıştığı anlaşılmaktadır.

Davalı ise, davacının 25/07/2001 tarihinde çalışmaya başladığını, mevsimlik işçi olduğunu, başka işyerlerinde çalıştığını ve bu işyerleri ile herhangi bir ilişkilerinin olmadığını savunmuştur.

Mahkemece, "her ne kadar davacının çalışmaları aralıklı olarak gözükmekte ise de davacının çalıştırıldığı işyerinin özelliği icabı zaman zaman değişik işyerleri nezdinde gösterilmek kaydıyla aslında davalı firmanın işinde çalıştırıldığı dosyada elde edilen tüm delillerden anlaşılmaktadır" gerekçesiyle davacının kesintisiz olarak davalı nezdinde çalıştığına karar verilmiştir.

Ancak mahkemece davalı şirketle dava dışı işverenler arasında hukuki veya organik bir bağ bulunup bulunmadığı hususu aydınlığa kavuşturulamamıştır.

Bu nedenle davalı şirket ile dava dışı işverenler arasındaki hukuki veya organik bağın tespiti açısından söz konusu işyerlerinin faaliyet alanları, temsile yetkili şahısları, adresleri tespit edilmeli, işyeri devrinin söz konusu olup olmadığı araştırılmalı, davacının aynı adreste kurulu işyerinde çalışıp çalışmadığı, çalışma tarihlerine göre işyeri ve işverenin kim olduğu, ünvan değişikliği veya işyeri devri suretiyle işyeri ve işverenin değişip değişmediği, değişmişse hangi tarihlerde işyerinin hangi işveren tarafından işletildiği, iş sözleşmesinin devamlılık arz edip arzetmediği ve kim tarafından sona erdirildiği, davalı şirketin çalışma dönemi içerisinde davacının işvereni olup olmadığı, olmuşsa süresi ve bu süreye ilişkin davalının dava konusu alacaklarla ilgili sorumlu bulunup bulunmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 27.04.2012 gün, 2010/6598 E, 2012/14880 K.)

İşçinin grevde geçirdiği süreler ile istirahatli olduğu günlere ilişkin deliller celp edilip, bu süreler belirlenerek ilkeler doğrultusunda kıdem tazminatına esas süre tespit olunmalıdır.

"...İşçinin işyerinde çalıştığı sırada aldığı istirahat raporlarının kıdem süresine eklenmesi gerekir. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini altı hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

...

Somut olayda, davalı davacı işçinin grevde geçirdiği süreler ile hastalık izni kullandığı, raporlu olduğu günlerin olduğunu ileri sürerek bu sürelerin kıdem tazminatına esas süreden düşülmesi gerektiğini savunmuş ise de mahkemece bu hususta bir inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır.

İşyeri sicil kayıtlarına göre davacı işçinin 20.09.1995 - 27.10.1995 tarihleri arasında grevde bulunduğu görülmektedir.

Bu durumda mahkemece, davacının grevde geçirdiği süreler ile istirahatli olduğu günlere ilişkin deliller celp edilip, bu süreler belirlenerek yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda kıdem tazminatına esas süreden düşülerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile

tüm süre üzerinden yapılan hesaplama esas alınarak karar verilmesi isabetsizdir”.

(Yargıtay 9. HD. 26.04.2012 gün, 2010/6738 E, 2012/14478 K.)

Emekli olan işçiye kıdem tazminatı ödenmemiş olması halinde emeklilik öncesi dönemin tasfiye edildiğinden söz edilemez.

“...Somut olayda, davacı işçinin davalıya ait işyerinde 01.09.1977 tarihinde işe başlayıp 06.11.1996 tarihinde yaşlılık aylığı almak için emekli olduğu ancak çalışmasına devam ettiği tartışmasızdır.

Davacıya emekli olduğu tarihte kıdem tazminatı ödenmeyip, 27.01.1998 tarihli belge ile 70.000.TL., 09.09.1999 tarihli belge ile 110.000.000.TL., 30.12.1999 tarihli belge ile de 160.000.000.TL. kıdem tazminatına mahsuben ödeme yapılmıştır.

Mahkemece söz konusu ödemelerin emeklilik öncesi dönem için kıdem tazminatı alacağı olarak yapıldığı kabul edilmiştir.

Ancak söz konusu ödemeler davacının emeklilik sonrası çalışmasına devam ettiği süre içinde yapılmıştır. Bu durumda, emeklilik tarihinde herhangi bir kıdem tazminatı ödemesi yapılmaması nedeni ile tasfiye edilen bir dönem olmadığından 01.09.1977 - 31.12.2003 arası tüm süre için kıdem tazminatı hesaplanarak, yapılan ödemeler avans olarak kabul edilip faizi ile birlikte mahsup edilerek hesaplama yapılması gerekirken hatalı değerlendirme ile davacının emeklilik öncesi dönemin hesaplamaya dahil edilmemesi hatalıdır”.

(Yargıtay 9. HD. 02.02.2012 gün, 2009/38847 E, 2012/2895 K.)

Avans niteliğinde ödenen kıdem tazminatının ödendiği tarihten itibaren yasal faiz işletilerek işyerinde geçen tüm hizmet sürelerine göre hesaplanan kıdem tazminatından mahsubu gerekirken ödenen kıdem tazminatının faiz işletilmeksizin mahsubu hatalıdır.

“...Somut olayda, davacıya davalı işveren tarafından 31.10.1988 tarihinde 957,409 (eski) TL kıdem tazminatı ödemesi yapıldığı dosyadaki evraktan anlaşılmaktadır. Ödenen kıdem tazminatının ödendiği tarihten itibaren yasal faiz işletilerek işyerinde geçen tüm hizmet sürelerine göre hesaplanan kıdem tazminatından mahsubu gerekirken ödenen kıdem tazminatının faiz işletilmeksizin mahsubu sonucu fazla kıdem tazminatına hükmedilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”.

(Yargıtay 9. HD. 26.12.2011 gün, 2009/39035 E, 2011/49712 K.)

İşçinin aynı işyerinde aralıklı çalışmalarında, ara verilen dönem 10 yılı aşmadığından davalının zamanaşımı defii yerinde değildir. Örnekte işçi 1989-1993 arası çalışmış, ikinci kez 1995-2005 arası çalışmış, kıdem tazminatı talep etmiş davalı işveren zamanaşımı defini ileri sürmüştür. İlk dönem çalışması için kıdem isteği zamanaşımı sebebiyle reddedilmiştir.

Yargıtay, işçinin 1993 yılında feshin ardından 1995 yılında yeniden çalışmaya başlaması sebebiyle 1475 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde hizmetlerin birleşmesi gerektiğinden zamanaşımı süresinin işlemeyeceğine karar vermiş ve zamanaşımı sebebiyle red kararını bozmuştur.

"...Somut olayda davacı, davalı K. P.'ye ait işyerinde 01.05.1986 tarihinden itibaren çalışmaya başladığını, çalışmasının fasılasız olarak 05.07.2005 tarihine kadar sürdüğünü, davalı K.P.'nin işyerinde bir çok farklı işverenler adına faaliyette bulunduğunu, davalı ise davacının E. Örme San. Ve Tic. Ltd. Şti.'de 01.11.1995 - 15.03.2005 tarihleri arasında kesintisiz çalıştığını, Kadir Pakdemir işverenliği nezdinde ise 15.06.1989 - 29.12.1993 tarihleri arasında çalıştığını savunmuştur. Mahkemece, davalı K.P.'ye karşı açılan davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Davacının aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde ise önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmayacaktır. Davalının savunmasında olduğu gibi davacının, davalı K. P.'ye ait işyerinde 15.06.1989 - 29.12.1993, diğer davalı şirkette ise 01.11.1995 - 15.03.2005 tarihleri arasında çalıştığının kabulü halinde dahi yukarıda açıklanan ilke kararı gereğince ara verilen dönem 10 yılı aşmadığından davalının zamanaşımı defii yerinde değildir. Mahkemece davalı K. P.'ye karşı açılan davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 11.07.2011 gün, 2009/18988 E, 2009/24347 K.)

B- Kıdem Tazminatına Hak Kazanma – İşçinin Emekliliği

Emekli olan işçilerin daha önce memuriyet ve işçilikte geçen hizmet sürelerinin son çalışma süresine katılarak kıdem tazminatı hesabına dahil edilmesinin temel koşulu, önceki çalışmaların kıdem tazminatını hak edecek şekilde sona ermesidir.

"...Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının davalı Hereke Belediyesi'nde değişik dönemlerde işçi ve memur statüsünde çalıştırıldığı, işçi statüsünden memur statüsüne geçirilirken veya memur statüsünden işçi statüsüne geçirilirken davacının istifa ettiği yönünde dosyaya yazılar ibraz edilmişse de, bu istifanın ertesi günü tekrar işe başlatıldığı ayrıca 17.08.1992 tarihli tutanakta "SSK'lı olarak çalışan bir kısım işçilerin belediyeye memur olarak geçtikleri kıdem tazminatlarını almadıkları tutanak altına alınmıştır" şeklinde davacının da içinde bulunduğu işçilerin memuriyete geçtiklerinin belirtilmiş olması, davacının geçişleri sırasında davalı işverenin isteği ve talimatı doğrultusunda bu yazıları yazdığı, gerçek istifa iradesi bulunmadığı, ayrıca son olarak iş sözleşmesinin kıdem tazminatını hak edecek şekilde emeklilik nedeniyle son bulduğu, davacının davalı işyerindeki tüm hizmetlerinin birleştirilmesi sonucu belirlenen kıdem süresine göre hak kazandığı kıdem tazminatının ödeme düşüldükten sonra kalan 13.245,11 TL'lik kısmının kabulüne karar verilmiştir.

...

İşyerinde memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışmış olan ve kendi isteği ile ayrılarak başka bir kamu kurumunda işçi olarak çalışmaya başlayan işçi yönünden yapılan işlemin prosedür gereği olduğunda söz edilemez. İşçi daha iyi şartlarda ve ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir.

Bu itibarla istifa ile sona eren memur ya da sözleşmeli personel döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararları da bu doğrultudadır (Yargıtay HGK 15.10.2008 gün, 2008/9-586 E, 2008/ 633 K. ; 28.11.2007 gün, 2007/9-814 E, 2008/896 K.).

İstifa ile sona ermeyen memuriyet dönemi ile sözleşmeli personel olarak çalışılan süreler, 1475 sayılı Yasa'nın 14 üncü maddesinin altıncı

fıkrasında sözü edilen özel tavan gözetilmek suretiyle tazminat hesabında dikkate alınmalıdır.

...

Davacının ilk iki dönem çalışması istifa ile sona erdiğinden, "istifa" kıdem tazminatına engel bir hukuki işlem olup, bu çalışma sürelerinin kıdem tazminatına esas alınan son dönem çalışma süresine dahil edilerek fark kıdem tazminatının hüküm altına alınması hatalıdır".

İşçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması halinde kıdem tazminatı ödenmelidir.

"...Somut olayda, davacının 22.01.2007 tarihinde sigortaya başvurduğu, başvuru üzerine davacının yaş şartı dışında yaşlılık aylığı için gerekli olan sigortalılık süresi ve sigorta prim ödeme gün sayısı şartlarını yerine getirdiğini tespit eden 23.02.2007 tarihli yazının davacıya verildiği ve davacının bu yazıya dayanarak kıdem tazminatının ödenmesi koşuluyla iş sözleşmesini feshettiğini 28.02.2007 tarihinde davalı işverene yazı ile bildirdiği anlaşılmıştır.

Davacı yaşlılık aylığı için gerekli olan yaş dışındaki şartları taşıdığını belgeleyerek davalı işverenden kıdem tazminatı ödenmesini talep etmiş ve iş sözleşmesini bu amaçla feshetmiştir. Koşulları oluşmasına rağmen kıdem tazminatı talebinin kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

(Yargıtay 9. HD. 05.03.2012 gün, 2009/45410 , 2012/6994 K.)

1475 sayılı İş Yasası'nın 14/5. maddesi gereğince emekliliğe dair yaş hariç diğer kriterleri haiz olan işçinin kıdem tazminatı hesabında, askerlik borçlanması süresi de dikkate alınmalıdır.

"... Somut olayda; işyerinden emekli olarak ayrılan davacı borçlandığı 1 yıl 8 ay askerlik süresinin de kıdem tazminatına esas süreye dahil edilmesini talep etmiştir. Askerlik süresi yönünden 1475 sayılı İş Yasası'nın 14/5. maddesi gereğince bir değerlendirme yapılmadan bu talebin de reddine karar verilmesi hatalıdır".

(Yargıtay 9. HD. 16.01.2012 gün, 2009/31730 E, 2012/141 K.)

C- Kıdem Tazminatına Hak Kazanma – Kadın İşçinin Evliliği

Kadın işçinin evlilik sebebiyle evlenmeyi izleyen bir yıl içinde iş akdini feshinde işçiye kıdem tazminatı ödenmelidir.

"...Davacı işçinin 05.07.2004 tarihinde evlendiği sabittir. Davacı tarafından işverene verilen istifa dilekçesinde evliliği nedeniyle iş sözleşmesini Temmuz 2004 tarihinde feshedeceğini belirtmiştir. Davalı işveren tarafından kıdem tazminatı ve izin alacağı ödenmemesi üzerine davacı işçi Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurmuştur. Bölge Çalışma Müdürlüğüne yapılan soruşturma esnasında işyerinde tutulan 05.11.2004 tarihli tutanakta işveren vekili tarafından işçinin kıdem tazminatının ödeneceği kabul edilmiştir. Dosya kapsamına göre davacının iş sözleşmesini evlilik nedeniyle feshettiği sabittir. Davalı işveren vekilinin Bölge Çalışma Müdürlüğü müfettişine yaptığı beyan da dikkate alındığında dosya içindeki bilirkişi raporu değerlendirmeye tabi tutulmak suretiyle davacının kıdem tazminatının kabulü gerekirken reddi hatalıdır".

(Yargıtay 9. HD. 14.03.2012 gün, 2009/48779 E, 2012/8419 K.)

D- Kıdem Tazminatına Hak Kazanma – İşçinin Ölümü

İşçinin ölümü ile iş ilişkisinin sona ermesi halinde kıdem tazminatı hesabında, murisin daha önce borçlandığı askerlik süresinin dikkate alınması gerekir.

"...Uyuşmazlığın çözümünde, işçinin ölümü ile iş ilişkisinin sona ermesinde farklı kamu kurumlarında geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabında birleştirilip birleştirilemeyeceği hususu önem kazanmaktadır. Dairemiz, kanuni mirasçılara ödenmesi gereken kıdem tazminatı hesabında işçinin farklı kamu kurumunda geçirdiği sürelerin toplanacağını kabul etmiştir (Yargıtay 9. HD. 10.03.2000 gün, 1999/19876 E, 2000/2415 K.).

Somut olayda, davacıların murisinin 05.11.1970 - 05.07.1972 tarihleri arasında gerçekleşen askerlik süresini borçlandığı dosya içerisine celp edilen kayıtlarla sabittir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, kıdem tazminatı hesabında , murisin daha önce borçlandığı askerlik süresinin dikkate alınması gerekirken, hizmet akdinin ölümle sonlandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir".

(Yargıtay 9. HD. 15.02.2012 gün, 2009/40035 E, 2012/4161 K.)

E- Kıdem Tazminatına Hak Kazanma – Muvazzaf Askerlik

Yargıtay’ca inceleme konusu yapılan olayda, işçinin muvazzaf askerlik görevini ifa ettiği dönemde SGK primleri ödenmeye devam olunmuştur. Mahkeme bu nedenle kıdem hesabında askerlik süresini dikkate almış, Yargıtay, taraflarca askerlik süresince iş sözleşmesinin askıya alınmadığı, fiilen çalışılmayan sürenin kıdem hesabında dikkate alınamayacağını kabul etmiştir.

"...Somut olayda davacı işçi 23.11.2003 tarihine kadar işyerinde çalışmış gibi işlem gördüğü halde, aynı yıl Mayıs ayında muvazzaf askerlik görevi için askere gittiği dosyadaki davacı beyanları ile sabit olmuştur. Davalı belediye başkanlığı yazılarında askeri birimlerin yazılarına gönderme yapılarak davacının 27.05.2003 tarihinde birliğine katıldığı ve 27.08.2004 tarihinde terhis olacağı bilgisine yer verilmiştir. O halde davacı işçi fiilen askerde olduğu dönemde de sigortalı gösterilmiş ve ücreti ödenmeye devam edilmiştir. İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde de muvazzaf askerlik süresince ücretin ödenmeye devam edeceği yönünde bir kurala yer verilmemiştir. Yine muvazzaf askerlik süresince iş sözleşmesinin askıya alınacağı yönünde toplu iş sözleşmesinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle olunca kıdem tazminatı hesabında, çalışılmayan sürenin dikkate alınması yasal değildir. Davacı işçi aynı dönemde muvazzaf askerlik görevini yapmakta olup işçi sıfatını taşımamaktadır. Kıdem tazminatının davacının işyerinde fiilen çalıştığı ve askerlik sebebiyle ayrıldığı tarihe kadar hesaplanması gerekir".

(Yargıtay 9. HD. 02.05.2011 gün, 2009/ 12918 E, 2011/ 12793 K.)

F- Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret

Düzenlilik göstermeyen prim ödemelerinde son bir yılda yapılan ödemeler toplamı 365'e bölünerek hesaplamaya gidilmelidir.

"...Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32 inci maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İşçiye sağlanan özel

sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası pirim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dahil olup, tazminata esas ücrete eklenmelidir. Satış rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan pirim değişkenlik gösterse de, kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir.

İşçiye sağlanan koruyucu elbise, işyerinde kullanılmak üzere verilen havlu, sabun yardımı, arızı fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil, hafta tatili alacakları dikkate alınmaz.

Uygulamada ağır vasıta ve özellikle tır şoförleri bakımından gidilen mesafeye göre yol primi adı altında ödemeler yapıldığı görülmektedir. Çoğunlukla asgari ücret seviyesinde sabit ücret ödenmekte ve ücretin esaslı kısmı belirtilen primlerle sağlanmaktadır. Yurt dışına sefer yapan bir tır şoförünün sadece asgari ücretle çalıştığının kabulü mümkün değildir. Bu itibarla, tazminata esas ücretin tespitinde yol primi adı altında yapılan ödemelerin de dikkate alınması gerekir. Dairemiz kararları bu yönde kökleşmiştir. (Yargıtay 9. HD. 07.02.2005 gün, 2005/950 E, 2005/3328 K.)

Dairemiz kararlarında, ücret dışındaki para veya para ile ölçülebilen menfaatlerin, tazminata yansıtılmasında son bir yıl içinde yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne düşen miktarın belirleneceği kabul edilmektedir (9. HD. 29.09.2005 gün, 2005/342 E, 2005/31714 K., Yargıtay 9. H.D. 12.04.1999 gün, 1999/5910 E, 1999/7119 K.). Dönemsel bir niteliği olmayan parasal haklar bakımından, yıl içinde yapılan ödemelerin 365 güne bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutarın belirlenmesi yerindedir. Örneğin tır şoförünün yıl içinde aldığı sefer (yol) primi sürekli değişiklik gösterebilir ve belli bir dönemin hesaplamada esas alınması zorluk taşıyabilir. Öte yandan, işçiye dini bayramlarda yılda iki kez ödenen harçlığın belli bir dönem için yapıldığını söylemek pek olası değildir. Burada yıllık ödeme tutarının 365 rakamına bölünmesi yerinde olur. Son olarak belirtmek gerekir ki, yılda bir kez yapılan parasal yardımların (yakacak yardımı gibi) tazminata esas ücrete yansıtılacağı ve yıllık tutarın 365'e bölünmesi suretiyle gerçekleştirileceği tartışmasızdır.

Yıl içinde düzenli ve belirli periyotlarla ödenen parasal haklar bakımından ise, kıdem tazminatının son ücrete göre hesaplanması gerekir. Gerçekten işçinin son ücreti üzerinden kıdem tazminatı hesaplandığına ve yıl içinde artmış olan ücretlerin ortalaması alınmadığına

göre, ücretin ekleri bakımından da benzer bir çözüm aranmalıdır. Örneğin işçinin yıl içinde aldığı üç ikramiye'nin eski ücretten olması sebebiyle daha az olması ve fakat son ikramiye'nin işçinin son ücreti üzerinden ödenmesi halinde tazminata esas ücretin tespitinde dikkate alınması gereken ikramiye de bu son ikramiye olmalıdır. Hesaplamanın, son dilim ikramiye'nin ait olduğu dönemdeki gün sayısına bölünerek yapılması hakkaniyete de uygundur. Daha somut bir ifadeyle, yılda dört ikramiye ödemesinin olması durumunda her bir ikramiye 3 aylık bir dönem için uygulanmaktadır. İşçinin artmış olan ikramiyesinin ait olduğu doksan güne bölünmesi suretiyle, bir güne düşen ikramiye tutarının bulunması, kıdem tazminatının son ücretten hesaplanacağı şeklinde yasal kural ile daha uyumlu olacaktır. Aynı uygulamayı yol ve yemek yardımı gibi ödemeler için de yapmak olanaklıdır. İşçiye aylık olarak yapıldığı varsayılan bu gibi ödemelerin son ay için ödenen kısmının fiilen çalışılan gün sayısına bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutar tespit edilmelidir. Buna göre, periyodik olarak ödenen ve yıl içinde artmış olan parasal haklar yönünden son dönem ödemesinin ait olduğu dilim günlerine bölünmesi ile tazminata esas ücrete yansıtılacak tutar daha doğru biçimde belirlenebilecektir. Dairemizin kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9. HD 10.10.2008 gün, 2007/27615 E, 2008/26209 K.).

Somut olayda, mevcut bordroların incelenmesinde son 1 yıllık dönemde sadece bazı aylarda prim ödendiği, çoğunda prim ödemesinin bulunmadığı gözlemlenmiştir. Primin giydirilmiş ücrete katkısının yukarıdaki ilkeler doğrultusunda değerlendirilmesi gerekirken düzenli olarak her ay 142 TL prim ödemesinin yapıldığı kabulüyle hesaplama yapan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması hatalıdır".

(Yargıtay 9. HD. 02.07.2012 gün, 2010/18004 E, 2012/25532 K.)

G- Kıdem Tazminatı Faizi

Kıdem tazminatı için bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi gerekse de, taleple bağlılık kuralı gereğince kıdem tazminatına dava tarihinden itibaren "reeskont faizini aşmayacak şekilde" faiz uygulanmalıdır.

"...4857 sayılı İş Kanunu'nun 120 nci maddesi yollamasıyla, halen yürürlükte bulunan 1475 sayılı Yasa'nın 14 üncü maddesinin on birinci fıkrası hükmüne göre, kıdem tazminatının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. Faiz başlangıcı fesih tarihi olmalıdır. İş sözleşmesinin ölüm ya da diğer

nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde, işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarihtir.

Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için faiz başlangıcı sayılmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin yapıldığı tarihtir.

İşe iade davası sonrasında işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağının açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonudur.

...

Kıdem tazminatına uygulanması gereken faizi düzenleyen ilgili hükümde özel banka ile kamu bankası ayrımı yapılmamıştır. Yasada, "uygulanan en yüksek faiz" sözcüklerine yer verilmiş olmakla sözü edilen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı tespit olunmalıdır. Bankaların belli dönemlerde T. C. Merkez Bankasına uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı filen uygulanmış olmadıkça dikkate alınmaz.

Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da birkaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda kıdem tazminatı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün geręekleřtięi zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı miktar için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yöntemle başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

Dava dilekçesinde belli bir faiz oranı ya da başka bir faiz türü gösterilmişse, istekle bağlılık kuralından hareket edilerek bu faiz oranını aşmayacak şekilde faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini kabul eden işçi, bu konuda iradesinin fesada uğratıldığını ileri sürüp kanıtlamadığı sürece faiz hakkından vazgeçmiş sayılır. Taksitlerin zamanında ödenmesi durumunda ayrıca faize hak kazanılamaz. Bu konuda daha sonraki taksitlerin ödemesi sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmesinin sonuca bir etkisi yoktur. Ancak, taksitlerden bir ya da bazılarının gününde ödenmemesi durumunda hak kazanılan kıdem tazminatının tamamı için faize karar verilmelidir. İşçinin taksitli ödemeyi öngören ödeme planını kabulü, ancak taksitlerin gününde ödenmesi halinde işveren yararına sonuç doğurur. Taksitler gününde ödenmediğinde işçinin taksitli ödeme anlaşmasıyla bağlı olduğundan söz edilemez. İşçi, işverence anlaşmaya uyulacağı varsayımı ile taksitli ödemeyi kabul etmiş sayılmalıdır. İş hukukunda işçi yararına yorum ilkesi de bunu gerektirir. Bu itibarla, kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini öngören anlaşmanın işverence ihlali halinde işçi, kıdem tazminatının tamamı için fesih tarihinden itibaren faize hak kazanır. Daha önce yapılan ödemeler de Borçlar Kanunu'nun 84 üncü maddesi uyarınca öncelikle faize ve masraflara sayılmalıdır.

Kıdem tazminatı faizi gecikme faizi niteliğinde olduğundan, faize faiz yürütülmesi mümkün olmaz. Dairemiz kararları bu yönde kökleşmiştir. (Yargıtay 9. HD. 27.6.2005 gün, 2005/19196 E, 2005/22752 K.). Faiz alacağı başlı başına icra takibi ya da davaya konu olmuş olsa dahi, faiz niteliğini kaybetmediğinden ayrıca faize hak kazanılamaz.

Davacı vekilince, dava dilekçesinde, alacak kalemlerine dava tarihinden itibaren reeskont faizi talep edilmiş, ıslah dilekçesinde "dava dilekçemizdeki talep veçhile faiziyle birlikte" alacakların tahsiline karar verilmesi istediği, buna göre taleple bağlılık kuralı gereğince kıdem tazminatına dava tarihinden itibaren "reeskont faizini aşmayacak şekilde" faiz uygulanması gerekirken, fesih tarihinden itibaren en yüksek mevduat faizine hükmedilmesi hatalıdır".

(Yargıtay 9. HD. 12.04.2012 gün, 2010/3829 E, 2012/12610 K.)

H- Kıdem Tazminatı Tavanı

399 sayılı KHK kapsamında kalan dönem için, kıdem tazminatında 1475 sayılı Yasa'nın 14/6. maddesinde öngörülen özel tavan yerine genel tavanın gözetilmesi hatalıdır.

"...4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğü öncesinde, 1475 sayılı Yasa'nın 98/D maddesi uyarınca, kıdem tazminatının yasaya aykırı olarak

ödenmesi cezai yaptırıma bağlanmıştı. Sözü edilen hüküm 4857 sayılı İş Kanunu döneminde yürürlükten kaldırılmış olsa da, tavanı öngören 14 üncü madde halen yürürlüktedir. Buna göre kıdem tazminatı tavanını öngören kuralın mutlak emredici olduğu kabul edilmelidir.

Somut olayda 399 sayılı KHK kapsamında kalan dönem için kıdem tazminatında 1475 sayılı Yasa'nın 14/6. maddesinde öngörülen özel tavan yerine genel tavanın gözetilmesi hatalıdır. Gerekirse bu yönden bilirkişiden ek hesap raporu alınarak kıdem tazminatı, 1475 sayılı Yasa'nın "Ancak, bu tazminatın T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktar, yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamaz" hükmü gereğince hesaplanmalıdır".

(Yargıtay 9.HD. 19.06.2012 gün, 2010/2624 E, 2012/23693 K.)

SORU - CEVAP BÖLÜMÜ :

Ömer Hicri Tuna

:

Sayın meslektaşım Şahin Çil'e bu akıcı ve güncel konulardaki anlatımı için teşekkür ediyorum. Çok sayıda soru geldi. Sanıyorum Bektaş Bey onları sınıflandırdı, ama bu arada Şahin Bey de bakacaktır. Yalnız ben kendimi birazcık kötü hissettim. Yani Daire'nin aykırı adamıymışım gibi geldi. Aslında gayet uyumluyumdur. Yani beraber çalıştığım Sayın Başkan ve büyüklerimiz burada ama kafama yatmayan şeylerde elimden geldiğince bir şeyler yazmaya çalışıyorum. Bundan kaynaklanan bir sıkıntı var. Dairedeki arkadaşlarımız da sabırla benim bu karşı çıkışlarımı dinliyorlar, onlara da müteşekkirim. İlk günlerde Sayın Kılıçoğlu, Tuncer Bey burada hatırlar, ben geldim. Sonradan fark ettim, Yargıtay'da adamı terbiye metotları var. İşte şu şöyle olur mu sayın başkan, başkan koydu dosyayı siz inceleyip getirin dedi, güzel. Şu şöyle, şunu da siz inceleyin. Bir hafta sonra benim elimde 15-20 tane dosya oldu. Yirmi gün sonra rakam ikiye katlandı. Ha dedim bu iş böyle değil, Her şeye kalkıp da itiraz edersen bu işin altından kalkamazsın. Şimdi çok emin olduğum konularda karşı oy şeklinde bir şeyler geliştirmeye çalışıyorum. Ama dediğim gibi her yerin kendine özgü bir çalışma metodu var. İnsan zaman içinde bazı incelikleri öğreniyor. Ben şimdi soruları cevaplamak üzere Sayın Kar'a söz vermek istiyorum. Buyurun efendim.

Bektaş Kar :

Sayın Başkan teşekkür ederim. Sizle müzakere yapmaktan çok memnunuz. Tabii hukukta yorum farklı olacak. Sayın Tuna'nın gerçekten karşı oyları hep hukukidir biz de çok faydalıyoruz, dolayısıyla kendisine çok teşekkür ediyoruz.

Soru (Av. İmdat Ataş) :

Bozma kararları sonrasında mahkemelerin temyiz giderlerinin yargılama giderlerine dahil edilmesi konusunu nasıl değerlendiriyorsunuz?

Bektaş Kar :

Bu soru için teşekkür ederim. Aslında tebliğimde vardı. Ama zaman sınırlaması nedeniyle biraz da konular çok geniş olduğu için atlamak zorunda olduğum bir konu idi. Tebliğin tamamı yayınlanacaktır. Şu hususu vurgulamakta fayda var. Yargıtay'ca verilen bozma kararı ile önceki mahkeme kararı ortadan kalkar ve hukuki geçerliliğini yitirir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu karardır. Bozulan karar, önceki kararın eki niteliğinde olmadığından bu karara atıf yapılarak hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi, bozulan gerekçeye atıf yapılması da yasal değildir. Yani birden fazla talepli dava açtınız. Kıdem, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin alacağı, fazla mesai vs. gibi. Verilen karar kıdem ve ihbar tazminatı yönünden bozulmadı, yıllık ücretli izin ve fazla mesai yönünden bozulmuşsa, bozmadan sonra yaptığınız yargılama sonunda kıdem ve ihbar tazminatındaki gerekçenizi ve hükmü yeniden yazmanız ve kurmanız gerekiyor. Önceki kararda bu kesinleşmiştir, bu nedenle karar verilmesine yer olmadığına şeklindeki bir hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına aykırı olur, bu nedenle yeniden hüküm kurulması, dolayısıyla o ana kadar ki tüm yargılama giderlerinin de ki bozmadan önceki ve temyizle ilgili yargılama giderlerinin de tüm giderlere dahil edilerek kabul ve red oranına göre taraflara yüklenilmesi gerekir. Bunu belirtmekte fayda var.

Bunun dışında Sayın Hukuk Genel Kurulu Başkanımıza teşekkür ederim. Tebliğde vardı. Gider avansı bir dava şartıdır. Gider avansı ile ilgili HMK'nın 120. maddesini Dairemiz 1086 sayılı Yasa döneminde açılan davalara da uyguladığı halde Hukuk Genel Kurulu daha da ileri giderek, gider avansı ile ilgili 120. maddenin 1086 sayılı Yasa döneminde açılan

davalarda tahkikat aşamasına geçilmiş ise uygulanamayacağını, sadece 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu zamanında açılan davalarda uygulanabileceğine karar vermiştir.

Soru (Av. Hatice Aslan Atabay) :

Belirsiz alacak davası olarak açılan işçilik alacakları ile ilgili bir davada, belirleme imkanı dava tarihi itibarıyla olan miktara göre asgari bir belirleme yapılmamışsa nasıl bir yaptırımla karşılaşılabilir ? Bu konuda davanın usulden reddi kararı verilebileceği veya kısmi dava olarak yorumlanabileceği şeklinde değişik fikirler var. Sizin bu konudaki yorumunuzu öğrenmek istiyorum.

Bektaş Kar :

Tebliğimde belirttiğim gibi belirsiz alacak davası üç türlü açılabilir. Davanın türünü dava dilekçesinde açıkça belirtmeniz gerekir. Kısmi dava mıdır, tahsil amaçlı belirsiz alacak davası mıdır, kısmi eda külli tespit niteliğindeki belirsiz alacak davası mıdır yoksa salt tespit niteliğindeki belirsiz alacak davası mıdır? Siz tahsil amaçlı eda davası niteliğinde belirsiz alacak davası açtığınızda, dava dilekçesinde belirleyebildiğiniz miktarı belirterek açmak zorundasınız. Ama şu andaki mevcut hukuk sistemimizde belirsiz alacak konusunda bunu belirleme imkanı olmadığı için, bu tür davayı kısmi eda, külli tespit davası olarak açmak daha isabetli olacaktır. Bir miktar belirterek tahsil amaçlı belirsiz alacak davası açtığınızda belirleyebildiğiniz miktarı belirtmeden açtıysanız hakimin süre vererek onu belirleyebildiğiniz takdirde tahsil amaçlı belirsiz alacak davası olarak devam edilmesi, aksi takdirde ise kişisel görüşüm bu süre içinde belirlediniz belirlediniz, belirlemediğiniz takdirde de kısmi eda külli tespit davası olarak devam edilmesidir. Yoksa davanın usulden reddine dair bir hüküm kurulmaması gerekir. Çünkü en azından çoğun içinde az, ağır olanın içinde daha hafif olan vardır kuralı gereğince, kısmi eda külli tespit davası, tahsil amaçlı belirsiz alacak davasına göre daha az, hafif olduğundan, tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında verilen süre içinde alacağın belirlenmesi gereken miktarı belirlemez ise dava usulden reddedilmemeli, davaya kısmi eda külli tespit davası olarak devam edilmesi gerekir. Kısaca tahsil amaçlı belirsiz alacak davasının, kısmi eda külli tespit talebini de kapsadığından, bu şekilde değerlendirilmesi gerekir düşüncesindeyim.

Soru (Av. Berfu Şenyer) :

İş güvencesine tabi olmayan işçiler sendikal tazminat isteyebilir mi ? Nasıl değerlendirilecek ? Teşekkür ederim.

Bektaş Kar :

Bu dünkü tebliğlerde de geçen bir konuydu. Sayın Çil de biraz değindi, kişisel görüşünü de belirtti. Benim kişisel görüşüm bu konuda 6356 sayılı Yasa'da açık bir şekilde alamayacağına dair, aynı zamanda alacağına da dair bir hüküm yoktur. Sendikal haklar gerek Anayasa'da gerekse, Sayın Hocam Mesut Gülmez'in deyişiyle ulusalüstü sözleşmelerde kabul edilmiştir. Anayasa'nın 90. maddesi yollamasıyla iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçinin de sendikal tazminat isteyebileceği görüşündeyim. Şu anda bu kişisel görüşüm. Uyuşmazlık konusu henüz gelmedi Yargıtay'ın bir kararı da yoktur.

Soru (Av. Berfu Şenyer) :

Yargıtay sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini, buradaki haklı sebeple 25/2 anlamında mı değerlendiriyor ? Teşekkür ederim.

Bektaş Kar :

Konu gelmedi Yargıtay'ın önüne. Ama kişisel görüşüm 6356 sayılı Yasa'nın 24/1 maddesindeki haklı nedenin 4857 sayılı Kanun'un 25/2 maddesindeki haklı neden olduğuna hiç şüphe yoktur. Kişisel düşüncem de bu yöndedir, hocalarımız da bu şekilde belirtmişlerdir.

Soru (Doç. Dr. Mine Akkan):

Hesap raporu alınmasını gerektirmeyen işçilik alacaklarına ilişkin dava var mıdır?

Bektaş Kar :

Elbette şimdi bu konuda Sayın Çil'le birlikte yazdığımız belirsiz alacak ve kısmi tespit davası ile ilgili kitapta örnekleme yöntemiyle belirttik. Eğer kişinin hizmet süresi belli, kıdem tazminatı da tavana takılıyorsa hesaplama süre ve tavan belli olduğundan kolaydır. Dolayısıyla hesap raporu alınmasını gerektirmeyen bir durum söz konusudur. O durumda, doğrudan belirli alacak davası açılabilir. Keza ücreti bellidir, altı aylık ücreti talep ediyordur, o durumda da alacak belirlidir. Bunları bu şekilde saymak

mümkündür. Kayda dayanan her alacak, yasadaki gerekçeye de bakarsanız belirli olacaktır. Dolayısıyla bu tür dava olabilir düşüncesindeyiz.

Soru (Cem Demirtaş) :

Uygulamada, belirsiz alacak davası açıldığı dava dilekçelerinde belirtildiği halde fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğundan bahisle dava ikame edilmektedir. Bu durumda aynı dilekçede hem belirsiz alacak davası hem de kısmi dava görülmektedir. Bu usulü karmaşa nasıl giderilebilir, Dairenizin buna ilişkin görüşü nedir?

Bektaş Kar :

Şimdi 109. maddedeki düzenlemeye bakarsanız artık kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına gerek yoktur. Yani kısmi dava fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadan da açılabilir. Kısmi davada, sadece belli bir miktar talep ediyorsunuz ama belirsiz alacak davasında durum tam tersinedir. Tespitini istediğiniz alacağın ya tahsil amaçlı hüküm altına alınmasını ya da tespitini talep ediyorsunuz. Dolayısıyla belirsiz alacak davasını, üç türünden birinde nitelendirmeniz gerekiyor. Ama bir taraftan kısmi dava demişseniz diğer taraftan belirsiz alacak davasıdır şeklinde belirtmişseniz, hakim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesi gereği aydınlatma görevi içerisinde dava türünü de belirtin açıklamasını taraf veya taraf vekilinden istemesi, kısaca bu davanın türünü açıklattırması gerekir. Dolayısıyla dava türünü açıkladıktan sonra davaya o şekilde devam edilmesi gerekir.

Soru (Onat Öztürk - Kocaeli Üniversitesi):

Dava asıl işverene açılmış, muvazaa tespit edilmiş, karar bozulup alt işverenin davaya dahil edilmesi için dosya mahkemesine iade ediliyor. Gerekçe de, usul ekonomisine dayanıyor ilke kararlarında olması nedeniyle. Bu durumu, usul ekonomisi ile baktığımızda değerlendirir misiniz?

Bektaş Kar :

Aslında bu 22. Hukuk Dairesi'nin uygulamasıdır. Bizim 9. Hukuk Dairesi'nin böyle bir uygulaması yoktur. Muvazaa tespiti yapılırsa zaten alt işverenin davaya dahil edilmesine gerek yoktur. Dediğim gibi 22. Hukuk

Dairesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu'nda müteselsil sorumluluk ile ilgili hükümlerde yer almayan şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı diye bir kavramdan söz ederek, şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı getirerek bir tür yaklaşım içerisine girmiştir. Ama 9. Hukuk Dairesi'nin böyle bir uygulaması yoktur. Bunu da açıklamakta fayda vardır. Tebliğimde de açıkça belirtilmiştir.

Soru (Pınar Selen Yenal) : İşçinin çalıştığı yer Manisa şubesidir. İşyerinin bölge müdürlüğü İzmir'de olup işçilerin tazminatlarının ödenmesi, işçilerin işe alınması, işten çıkartılması ve özlük işleri bölge müdürlüğünün yetkisinde olduğundan işçi alacak davasında yetkili mahkeme İzmir mahkemesi olabilir mi?

Bektaş Kar :

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 5. maddesi bu konuda açık. İkametgah mahkemesi ya da işin yapıldığı yer, davalının ikametgahı. Şimdi Manisa işin yapıldığı yer ama Manisa aynı zamanda İzmir Bölge Müdürlüğü içerisinde işin yapıldığı bir yer şeklindedir. Çemberci'nin bu konuda çok ince içtihatları yansıyan görüşü de vardır. İş hukukunun sadece maddi hukuka ilişkin kurallarının değil, iş yargılamasına ilişkin kuralların da nisbi emredici kural niteliğinde olduğunu ve dolayısıyla bu tür yetki ile ilgili kuralların da işçi lehine yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Dairemiz 1998 yılında bir uyuşmazlıkta bu görüşü kabul etmiştir. Yanılmıyorsam birden fazla çalışma bölgesi vardı ve hepsinde çalışma söz konusuydu. Sorduğunuz soruda, çalışma geçen bölgede kabul edilir midir? İzmir mahkemesinde de açılabilir. Kişisel görüşüm bu yönde ama dersiniz sadece Manisa işin yapıldığı yerdir. O zaman, bölge müdürlüğü, ikametgâh genel merkez İzmir değilse, kısaca eğer bunu dar yorumlarsanız o zaman İzmir iş mahkemesinin yetkili olmadığını kabul edersiniz. Ama ben de Çemberci gibi düşündüğümü belirteyim. Burada madem Manisa işyeri İzmir Bölgesi'ne bağlıdır. Bütün işlemler de bölge müdürlüğü tarafından yapılmaktadır. İzmir İş Mahkemesi'nin yetkili olabileceğini düşünüyorum.

Soru (Av. Seda Sevim) :

İşçi tarafından açılan maddi manevi tazminat davasında işverenin malvarlığına tedbir konulduktan sonra hüküm verilip

alacağın icra takibine konu edilmesi üzerine, icra takip dosyasında, temyiz yapıp işçinin mahkeme kararıyla hüküm altına alınan alacağı teminat olarak depo edildiği takdirde ihtiyati tedbirin kaldırılması gerekmez mi?

Bektaş Kar :

Bununla ilgili talepte, tebliğde belirttiğim gibi icra aşamasında olduğu için artık iş mahkemesi yetkili değildir. Bu konuda dairenin önünde gelen bir uyuşmazlık da yoktur. İcra mahkemesi görevli ve yetkilidir. Teminat gösterildikten sonra zaten ihtiyati tedbir bu teminat karşılığında da kaldırılabilir. Dolayısıyla teminat yatırılırsa icra mahkemesinde bu tedbirin kaldırılması istenebilir, ama bu iş mahkemesinin görevine girmemektedir. Bunu belirtelim.

Soru (Av. Arzu Demirci) :

Yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle dava şartı yokluğundan verilen görevsizlik kararlarında yargılama giderleri ve avukatlık ücretinin hükmedildiğini söylediniz Yargıtay görüşü olarak.

Belediye Kanunu geçici 5. maddesine göre, uzlaşmayı kabul eden belediye bakımından tasarruf teşvik ve nema alacaklarından hazinenin sorumlu olduğu yönündeki Yargıtay görüşüne göre uyuşmazlık mahkeme kararı ile davalara idari yargıda bakılmak üzere görevsizlik yargı yolunun caiz olmadığı kararı verilmektedir. Bu sonuç yüksek yargının bir anlamda görüş değişikliğinden kaynaklandığından ve davacının kusuru bulunmadığından yargılama gideri ve avukatlık ücretine hükmedilmemesi mümkün olur mu? Zira dava açıldığı tarihte adli yargı mahkemesi görevli olup, yargılama sonrasındaki yasal değişiklikten sonra yasal değişiklik görevsizlik kararı verilmesine neden olmuştur. Görevsizlik kararı davacı dışındaki nedenlere bağlı olarak verilen yargılama giderlerinin takdirinde değerlendirilebilir mi?

Bektaş Kar :

Konu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanımca 327/2 maddesi kapsamında değerlendirilebilir. Orada ne diyor? Bir kişi davada sıfatı

olmadığı halde davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi yanıltıp kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verirse davanın sıfat yönünden reddi halinde davalı yararına yargılama giderlerine hükmedilemez. Belki bu madde yorum yolu ile kıyasen uygulanabilir. Burada bir görüş değişikliği vardır. Ama zaten kişisel düşüncem burada bir içtihat gerektiğini, eski HUMK zamanındaki içtihadı birleştirmenin yargı yolunun caiz olmaması halinde gönderme kararlarının da uygulanması ve yargılama gideri ve vekalet ücretinin gönderilen yargı yolunda değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Ancak belirttiğim gibi burada bir içtihat değişikliğine gerek vardır. Dava açılmasına sebebiyet verilmeme söz konusu ise zaten genel uygulama, yargılama giderine ve vekalet ücretine karar verilmemesi yönündedir.

Soru (Av. Oya Türkoğlu) :

Bir asıl işverenin her yıl her yıl ihaleye çıktığı alt işveren işinde, alt işveren değişiyor veya değişmiyor, aynı işveren devam ediyor. Her alt işverenin sözleşmesi bittiğinde alt işveren işçilerine kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi halinde o dönem kesin tasfiye olur mu? İhbar tazminatı her sözleşme bitiminde ödenir ise asıl işveren örneğin on yıl sonraki alt işveren işçisine fark tazminatı ödemek zorunda kalır mı?

Bektaş Kar :

Şimdi asıl-alt işveren ilişkisinde alt işverenlerin değişmesi durumunda kıdem tazminatı ödemesinde Daire'nin genel uygulaması şudur: Eğer kıdem tazminatı ödenip ertesi gün de işçi işe devam ediyorsa orada bir avans niteliğinde ödemeyi kabul ederek yasal faiziyle en son kıdem tazminatı ödemesinde mahsup edilmesi gerekir. İhbar tazminatı ödemesi var ise iş sözleşmesinin kesin şekilde tasfiye edilmesi niteliğinde kabul edilmektedir. Sadece hakkın kötüye kullanılması söz konusuysa bu durumda ihbar tazminatı ödense dahi tasfiye sayılmamıştır. Bu tür bir ihbar tazminatı ödenmesi, kıdemi sıfırlama, kıdemi sonlandırma şeklinde değerlendirildi. Çünkü işçi aralıklı çalışma şeklinde yurtdışına gönderiliyordu. Döndüğünde ihbar tazminatı önel verildi ya da ihbar tazminatı ödemesi yapıldı denilerek, çalışmasına devam eden işçinin önceki kıdemi sıfırlanmakta idi. Bu şekilde bir uygulamada, Sayın Kılıçoğlu döneminde hakkın kötüye kullanımı kabul edilerek o durumda ödenen ihbar tazminatının iş ilişkisini sonlandırılmadığı kabul edildi. Ama bunun

dışında Daire'nin genel uygulaması kıdem tazminatı ile birlikte ihbar tazminatı ödenmişse iş sözleşmesinin tasfiye edildiği, artık ertesi gün işe başlamanın yeni bir iş sözleşmesi niteliğinde olduğu şeklindedir.

Soru (Av. Oya Türkoğlu) :

Asıl işveren yardımcı işlerinde taşeronlaşma kararı alıyor. Ancak aynı işçilerle devam etmek istiyor. Kendi işçilerini ihbar kıdem gibi tüm haklarını ödeyerek iş ilişkisini tasfiye ediyor. Bu işçilerin asıl işverendeki son ücretleri ile alt işverende işe başlıyorlarsa hakların kısıtlanmasından bahsedilir mi?

Bektaş Kar :

Tabii bu konuda, 2. maddeden Sayın Çil bahsetti. Birtakım muvazaa kriterlerini yasa kendi içerisinde saymıştır. Bunlardan biri de asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanarak alt işveren işçisi olarak işe alınması şeklindeki bir kriterdir. Ama Daire bunu dar anlamda yorumlayarak uyguluyor. Alt işverende çalışmaya devam eden işçilerin ücretleri aynı olarak devam ediyorsa, haklarının kısıtlandığından söz edilemez, kişisel görüşüm burada bir muvazaadan bahsedilemez.

Soru :

İhbar tazminatı bölünebilir mi?

Bektaş Kar :

Hayır. Daire'nin şu andaki uygulaması bu şekilde bir uygulamanın doğru olmadığı şeklindedir. Ancak feshin geçersizliğine karar verildiğinde, geçersizliğine karar verilen fesihte ihbar öneli verilmişse daire daha önceki görüşünden Hukuk Genel Kurulu kararı olmasına rağmen, 22. Hukuk Dairesi ile birlikte bir görüş değişikliğine gitti. Şu andaki uygulamada, o durumda ihbar öneli verilmişse geçersizliğine karar verilen fesihte verilen ihbar önelinin geçerli olduğunu, dolayısıyla işe başlatılmama halinde ihbar tazminatı ödenmeyeceğini belirtmiştir. Burada tabii dört ay ilave ettiğimizde eğer ihbar önel süresi değişir ve artarsa ne olacaktır? Bölünebilir mi bölünemez mi? Bu tartışmaya hiç girilmedi ama verilen ihbar önelinin geçerli olduğu kabul edildi.

Soru (Av. İkbâl Damcıdağ) :

İşveren ile anlaşarak istifa eden bir işçi elden tüm alacaklarını aldığı ve sonrasında tüm alacaklar için dava açtığı anda, elden yapılmış olan ödemeyi gösteren ıslak imzalı makbuz sunulabilir mi? Bankadan ödenmemiş olması nasıl bir sonuç doğurur?

Bektaş Kar : Şimdi burada elden almışsa, istifa etmişse bakmak gerekir. Hangi alacaklar dava konusudur, belge hangi alacaklarla ilgilidir. İstifa eden işçi kıdem ve ihbar tazminatı alamaz. Ama diğer işçilik alacakları ile elden yapılan bir ödeme var ise zaten o zaman belge olmaması gerekiyor. Belge var ise elden değil, makbuz-belge ile aldığından söz edilir. İbraname varsa zaten Borçlar Kanunu 420. maddesi çok açık. İbranamenin şartları orada belirtilmiştir ve maddeye göre artık ibraname değil bir ifa söz konusudur. Belgenin 420. madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Ömer Hicri Tuna :

Evet Bektaş Bey çok seri bir şekilde sonuçlandırmaya çalıştı ama soru adedimiz çok fazla. Bir o kadar da galiba Şahin Bey de var. Sabrınızı biraz zorlayacağız. Şahin Bey’de söz, buyurun efendim.

Şahin Çil :

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Sanırım salon mevcudundan daha fazla soru var. Sorulara göz attığımda, sunumla bağlantılı çok güzel sorular olduğunu gördüm. Bu da izleyici kalitesini ortaya koyuyor.

Ben Bektaş Bey’in bıraktığı yerden başlamak istiyorum zira benim ilk sorum da bu yönde.

Kıdem tazminatı yönünden Yargıtay’ın 1475 sayılı Yasanın 14. maddesine 4447 sayılı Yasa’yla eklenen 5. bentle ilgili olarak Yargıtay’ın ilkel duruşunu açıklamak isterim. 1999 yılında 4447 sayılı Yasa’yla o zamanki İş Kanunu’na eklenen 5. bent, yaş hariç emeklilik kriterlerine haiz olan işçinin yaşı beklediği bir aşamada kıdem tazminatı alabileceği ve bu şekilde işyerinden ayrılabilmesi öngörülmüyordu. Uzun süre bu hüküm uygulama alanı bulmadı. Yargıtay bu konuda önceden beri madem yasa koyucu size böyle bir hak sağladı, bu işçi çalıştı, yoruldu, yıprandı, diğer koşullar tamamsa salt yaşı bekleyen işçinin çalışmadan emeklilik hakkını kazanabileceği varsayımıyla kıdem hakkının tanınması gerektiğini kabul

etmektedir. Ancak işçi bunu bir iş değiştirme aracı olarak kullanamaz. Zira yasa koyucunun temel mantığı işçinin çalışıp yorulduğu ve emeklilik için ötelenen yaş kriteri sebebiyle işçinin çalışmadan dahi bu hakkını iktisap edebileceği şeklindedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin istikrarlı uygulamasında, işçinin 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesine 4447 sayılı yasa'yla eklenen 5. bende göre ayrılmasının ardından hemen başka işe girmesinde yasal hakkın kötüye kullanımını kabul ettiğini görüyoruz. İşçinin diğer işe başvurusunun önceden olması da kötü niyeti gösterebilir. Ancak hiç şüphe yok ki çalışma hakkı anayasal bir hak olup işçinin yaşı beklemek üzere ayrılmasının ardından bir süre sonra yeniden çalışma ihtiyacı ortaya çıkabilir. Emekli olanların dahi çalışmasının mümkün olduğu çalışma yaşamında bu hakkı tanımamak mümkün olmaz. İşte işçinin yeni işte çalışmasının bir veya birkaç hafta sonra olması durumunda işçinin kötü niyetli olduğundan söz edilemez. Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nce 1475 Sayılı Kanun 14/5. bende göre ayrılan işçinin bir gün sonra diğer işte çalışmasında dahi kötü niyetinden söz edilemeyeceğine dair karar verilmiştir. Bu çözüm tarzı kadın işçinin evlilikten itibaren bir yıl içinde ayrılması ve hemen başka işverende işe girmesi halinde benimsenen çözüm tarzına da uygundur.

Soru

:

Elli işçisi olan bir işyerinde bankaya olan borçları sebebiyle cebri icra yoluyla bir satış söz konusu olduğunda, devralan işverenin işçilik alacaklarından sorumluluğu var mıdır?

Şahin Çil

:

Evet Yargıtay'ın kararında cebri icra ile yapılan satışlarda devralanın sorumluluğunun devam ettiği açıklanmıştır. Burada bu örnekte de devam edeceği kabul edilmelidir.

Soru (Av. Sevil Altun)

:

Aralıklı çalışma durumunda kıdem tazminatında olduğu gibi tüm hizmet süresi için son ücret üzerinden ihbar tazminatı istenebilecek midir?

Şahin Çil

:

Soru güzel. Kendi içinde belki şöyle bir cevabı var. Aralıklı çalışma. Aralıklı çalışmışsa işçi, aynı işverenin, aynı ya da değişik işyerlerinde farklı

farklı zamanlarda çalışmışsa, yani bu çalışmalar fesihle sonuçlanmamışsa, aralıklı çalışmadan anladığımız budur zaten temel olarak, tabii ki tüm süre toplanacak, kıdem hesabında olduğu gibi ihbar da toplam süre üzerinden, diyelim ki 56 gün üzerinden ödenecektir. Ancak bu çalışmalarda o arada geçen çalışmaların fesihle sonlandığını kabul edelim. Yani işçi bir Türk şirketinin yurtdışı işyerinde önce Kuzey Irak'ta sonra Türkistan'da, sonra Kazakistan'da farklı dönemlerde çalıştı ve her birinde iş bitimi sebebiyle bir fesih var. Burada aynı sonuca varmak mümkün değildir, çünkü hizmet birleştirmesini öngören yasa hükmü 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 14/2 maddesi kıdem bakımından birleştirilmesini öngörüyor, ihbar yönünden bir kural yok. İşte burada ayrı ayrı bir fesih bildirimini varsa ihbar tazminatlarının tabii taleple bağlılık ilkesini de unutmamak lazım. Şayet işçinin talebi buysa tüm süre üzerinden hesaplanan, tabii çok daha düşük bir rakam olacaktır ama ayrı ayrı dikkate alınırsa belki daha yüksek bir rakam olabilecektir. Ancak işçi, ayrı ayrı fesihle bağlı dönemler için ihbar tazminatı talep edilebilir. Tabii ki burada on yıllık zamanaşımı süresini gözetmek kaydıyla.

Soru (Onat Öztürk) :

Haklı olarak tabii çok güncel tartışma 6356 sayılı Kanun'un 25/5. bendinden söz ediyor. İlk cümlede İş Kanunu 18. madde ve devamının tekrarı ibaret oradaki hüküm. Dolayısıyla sendikal nedenle ayrımcılık halinde devamında bir tazminat öngörülmüş. Bu hükümden hareketle iş güvencesi kapsamında olsun ya da olmasın hepsinin sendikal tazminat alması gerekmez mi?

Şahin Çil :

Belirttim, umarım böyle bir değerlendirme yapılır. Çünkü çok açık, çok yanlış bir hüküm var kanunda. Fakat, gerekçeye baktığımızda sadece iş güvencesinden yararlananlar için bir koruma getirildiği açık. Maksatlı bir düzenleme. Bu maksadın ötesine geçmek yargıcın görevi midir? Burada bir kötü niyet varsa bunu aşmak görev midir? Bu konuda tereddütlüyüm. Çünkü 4. bentte fesih dışındaki yukarıdaki ayırım nedenlerine bağlı sendikal tazminat açıklanmıştır. Yargıcın bir karar verebilmesi için sendikal tazminata karar vereceği o nedenleri, o koşulları ve tazminatı yasal düzenlemede görmesi gerekir. Uluslararası normlara giderek sorunun çözümü mümkün değil. Zira orada doğrudan bir sendikal tazminat yok.

Yasal düzenleme, açıkça sadece güvence kapsamındakiler için sendikal tazminatı getirmiştir. İlk cümleden sonra yeni bir paragrafla, yeni bir bentle yeni bir fıkrayla başlamış olsaydı belki bu ifade tamamını kapsamış olabilirdi. Bu noktada yine aynı şekilde düşündüğümü belirtmek istiyorum.

Soru (Onat Öztürk) :

İşe iade davasında işçi işverene başvurduğunda ilk fesih geçersiz sayılır. Bu yüzden fesih bildirimi sonuç doğurmaz. İşçinin çalıştığı süre bildirim süresi olarak değerlendirilemez. Buna rağmen önelsiz fesihte tanınan bildirim geçerli sayılabilir mi?

Şahin Çil :

Şimdi çok haklı, Yargıtay'ın önceki kararları da bu yöneydi. Geçersiz sayılan bir fesih var ama o fesih öncesi bir bildirim süresi tanınmış. Zaten işçi o süre içerisinde çalıştı. Şimdi bu süreyi hatta o çalışılan süre içerisinde ihbar önelinin temel mantığı nedir? İşçi dışarıdaki hayata hazırlamaktır. Hatta iş arama izinlerini falan kullanacaktır bu süre içerisinde yasa gereği. Şimdi bu bildirim süresi, bu fesih geçersiz sayıldı ve işe iade kararı verildi. Artık buradan beklenen gaye hasıl oldu. Yani işçinin iş arama izni kullanması mümkün değil. İşçinin amacı zaten dava açarak işe dönmek. Dolayısıyla burada Yargıtay'ın önceki görüşünü sayın Hocam haklıdır, doğrudur yani çünkü o madem geçersiz sayıldı dolayısıyla oradaki ihbar önelinin de bir değeri yok. Çünkü o süreçte zaten işçi çalıştı, ücretini aldı. Bunu hiçbir şeye sayamayız. İşe başlatmama fesihse buna bağlı doğar sonuç diyor. Yargıtay'ın son verdiği karar İş Kanunu 21/4 uygun. Ama diğer verdiği sonuçlara uygun değil. İşe başlatmamayı fesih sayan görüşle uyumlu değil. Madem işe iade davası açıldığında önceki fesih geçersiz sayılıp kaldırılıyor ve işe başlatmama bir fesihtir, o zaman bu sorun ortadadır ve benim işte kişisel görüşüm işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı yönündedir. Bu nedenle kararı destekliyorum ama bu varılan sonucun kendi içinde yani Yargıtay'ın genel tavrı içinde bir çelişki oluşturduğunu da kabul ediyorum.

Soru :

İşçi kendi isteği ile istifa ediyorum demiş işverene, bir yazısı var, yani işveren bunu sunuyor belli ki buna dayanıyor, istifa etti diyor. Ama işveren SGK'ya gönderdiği bildirgede ise orada

işaretlediği kod ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık. Bu çelişki ne olur?

Şahin Çil

:

Şimdi zaten işverende bu ispat yükü. Tazminata hak kazandırmayacak şekilde sona erdiğini ispat yükü işverendedir. İşverenin bu çelişkisi şüphesiz bu ispat noktasında bir zafiyet ortaya çıkardı bir defa. Ama asıl olan işçiye yapılan bildirim ya da işçinin bildirimi. O iradeyi tartışmamız lazım. Kuruma yapılan bildirim çok önemli değildir. Burada işçinin istifa edip etmediği tartışılacaktır. Yani kuruma yapılan bildirim bir tereddüt doğurur ama salt bu nokta geçerli sayılmaz. Yani kuruma yapılan bu bildirimdeki bu ifade bu çelişki sebebiyle istifa yoktur demek doğru değil. Bu istifanın geçerli, gerçek istifa olup olmadığı yönünde dosyadaki diğer delillere bakmak gerekir. Yine de işvenin istifaya dayanmakla birlikte çelişkili davranışı aleyhine yorumlanabilir.

Soru (Av. Şinasi Topal - Bursa Barosu) :

Müfettiş raporu ile muvazaa olduğu yönünde tespitler yapılıyor ve kesin olarak bir karar veriliyor bu noktada. İdare makamlarının bu karar sonrasında ilave tediye yönünden bu tespit bağlayıcı olur mu?

Şahin Çil

:

İş Kanunu'nun 3. maddesi anlamında yapılan tespitlerin, daha sonra işçilik alacakları bakımından iş sözleşmesinin tarafları arasında bağlayıcı olup olmadığı temel bir tartışmadır. 3. maddedeki yetkiler, bana göre madde başlığı işyerini bildirmeyle ilgili olmakla esasen işyerinin kime ait olduğu noktasında sonuç doğurur ama muvazaa tespiti bu yönden önemlidir fakat işçilik alacakları bakımından işçinin taraf olmadığı bu uyumsuzlukta bu sonucun işçi açısından kesin hüküm oluşturduğunu kabul etmek yanlış olur. Aksinin kanıtlanması mümkündür. Salt orada yapılan bir tespit ile otomatik olarak bu işçi ilave tediye alır demek değildir. Ama dediğim gibi kuvvetli delil olarak esas alabiliriz.

Soru (Av. Evren Eren) :

Kısmi süreli iş ilişkisiyle çalışan işçinin işe iade davası açabileceğine ilişkin ilke kararı vardır doğru, bu durumda altı aylık hizmet süresi nasıl hesaplanacaktır?

Şahin Çil

:

Başta belirttim, hesap yöntemi şu: Kişinin işe girdiği tarih ile fesih tarihi arasında geçen takvim esas alınır. Altı ayını doldurmuşsa burada iş güvencesi kapsamındadır işçi. Fiilen çalışılan sürelerin toplanarak, mesela günde 2,5 saat çalışıyor, o süreleri topluyorsunuz 7,5 saat, 7,5 saati bir gün 369 veya altı ayı doldurup doldurmadığı buna bakılmıyor fakat sosyal güvenlik açısından yani sigortaya kayıt açısından o çalışılan sürelerin toplanması büyük bir sorun olarak karşımıza çıkıyor. Geçen hafta yapılan bir seminerde sunumlardan biri de buydu. Kısmi süreli çalışan bir işçinin emekli olması neredeyse imkansız.

Soru (Av. Ahmet Emer) :

Özelleştirme sonucu bir kuruma satış ve devriyle ilgili bir soru var. Kamuya aktarıldı, burada devralanın hiçbir sorumluluğu yok mu?

Şahin Çil

:

Tabii bu konumuzun dışında. Neden dışında? 4046 Sayılı Kanun madde 22'ye göre kapsam dışı personel nakle tabiidir ve nakiller gerçekleşti. Tabii bu naklin etkisinde mevcut mevzuata göre gittiği yerde maaşlar dondu. O seviyeye gelinceye kadar aynı ücreti almaya devam ediyor, emsallerinin seviyesine gelinceye kadar. Burada bir sistem sorunu olabilir ama yargının bu noktada yapacağı bir şey yok. Bu işçinin, şu anda memurun diyelim ki, geri dönüp devralan işvereni hiçbir şeyden sorumlu tutması mümkün görünmüyor.

Soru (Av. Meliha Yaman Yurdagül) :

Yargıtay'ın işçinin ihtirazi kayıtsız imzaladığı ücret bordrolarına karşı yazılı delille ispat yükü yönünden sorunlar yaşanmasını nasıl karşılıyorsunuz?

Şahin Çil

:

İşveren gerçek çalışma saatlerine uymayan bir şekilde ayda bir-iki saatlik fazla çalışma tahakkuku yapmakta ve işçiden bordroyu imzalamasını istemektedir. Yargıtay, yasal bir hakkın kötüye kullanımının korunmadığı bir hukuk düzeninde, ilke kararı ile getirilen bir uygulamanın korunmayacağını da belirtmiştir.

Soru (Av. İmdat Ataş) :

Taşeron şirket işçilerinin örgütlendiği yetkili sendikanın imzaladığı toplu iş sözleşmesindeki haklardan asıl işveren de soeumlu olur mu?

Şahin Çil :

Gerçekten İş Kanunu'nun 2. maddesinde çok açık düzenleme var. Eskisinde yoktu ama yine aynı yönde kararlar vardı. Taşeron işyerinde şayet örgütlenebilirse, buraya soru işareti koyuyorum çok zor da, şayet örgütlenebilirse bir sendika, yetki alırsa toplu iş sözleşmesi bağitlayabilir, bu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haklardan da asıl işveren yasa gereği sorumlu olur.

Soru (Av. İmdat Ataş) :

Asıl iş-yardımcı iş gibi ayırım, aslında esnek parçalı güvencesiz çalışma getirmektedir. Diyor ki örneğin bir bankanın güvenlik işini asıl işin alt işverene bırakılmasının çok büyük sakıncaları olduğunu ifade ediyor burada soru sahibi. Örneğin bir bankanın güvenlik işinin alt işverene verilmesi mümkün olabilir mi?

Şahin Çil :

Bahsettim, bu asıl iş-yardımcı iş kavramı çok temel bir sorun. Banka işyeri bakımından güvenlik hakikaten çok önemli. Mesele Yargıtay'ın hastane işyerinde temizlik işinin alt işverene verilemeyeceği yönünde bir kararı vardır. Çünkü temizlik sağlıkla ilgili vazgeçilmez bir unsur. Çünkü hastane temiz olacak. Hastane bunu kendisi yapsın demiştir ama sonra bu kararlar verilmedi. Burada da güvenlik işinin genel olarak yardımcı iş niteliğinde olduğunu kabul ediyor Yargıtay. Banka işyeri bakımından ayrı düşünülebilir mi? Zor. Ama şöyle düşünelim bizzat şirketin kendisi güvenlik şirketi olsa, o yüzden sektöre göre ve işverene göre değişir diyorum, bizzat kendisi güvenlik şirketi. Kendisi kendi binasının güvenliğini sağlamak için güvenlik işini alt işverene verebilir mi? Ya da kendisi temizlik şirketi olup temizlik işini alt işverene bırakmış. Burada farklı düşünmek lazım ve buna imkan vermemek lazım diye düşünüyorum. Bu üretim sürecinin nerede tamamlandığı ile ilgili olup Yargıtay da zorlanıyor. Örneğin bir kararda bir gübre fabrikası yönünden verdiği bir kararda üretim sürecinin nerede başlayıp nerede bittiği yönünde bir araştırma yapmıştı. Torbalama işi verilmiş alt işverene. Bu torbalama işi olmadan

gübre satılabiliyor mu? bunu sorguladı bozma kararında. Geldi cevap denildi ki satılabiliyor. Yani dökme tabir edilen kamyonu dökülerek de gübre satılabiliyormuş. O zaman bu üretim faaliyetinin zorunlu unsuru değildir. Dolayısıyla onu süsleyen ambalaja giren bir durumdur, dolayısıyla verilebilir demiştir. Bu tür incelemeler yapılabilen ama sektöre göre alana göre her zaman değişebilir.

Soru

:

Eski alt işveren, elektrik dağıtım şirketi, aldığı ihale süresini bitirmiş, çoğunluk işçiler yeni alt işveren yanında çalışmaya başlamışsa feshe bağlı alacaklardan kim sorumlu olacaktır? Eski alt işveren iflas ettiğinde rücu sorunu nasıl çözülecektir ?

Şahin Çil

:

Anlaşılan soruya göre iflas eden bir alt işveren var. Ama işçiler yeni alt işveren yanında çalışmaya devam etmişler. İşyeri devri kurallarını burada işletiyoruz. En sonunda bir fesih gerçekleştiğinde burada işçinin açacağı davada kim taraf? Asıl işveren taraf bir defa. Son alt işveren taraf gösterilebilir. Önceki alt işveren gösterilirse ne olur? İş Kanunu 6. madde gereği, artık iflas yoluyla tedbirler bakımından sorumluluğu yok. Dolayısıyla sadece son alt işveren ve son asıl işverene gidecektir. Rücu nasıl gerçekleşecek diye sorar soruda. Rücu da tabii iflas yoluyla ortadan kalkan tüzel kişiliği ortadan kalkan şirkete, rücu olmayacaktır. Bu kıdemli işçiyi çalıştırmanın riskidir. Her zaman vardır. Kamu kurumları yönünden bakılırsa da yirmi yıl sonunda bütün işçilerin kıdem haklarının dolduğunu varsayalım, kamu kurumu, asıl işveren ya da son alt işveren bir kıdem tazminatı ödemek zorunda kalsın. Kaçına geri dönüp rücu edebilir tartışmak lazım. Bence hiçbirine ulaşamayacaktır. Çünkü ihale mevzuatımıza göre bu kadar uzun sürelerle teminatın tutulması mümkün değildir. Alt işverenler bitmiş olacak, tasfiye edilmiş olacak öncekiler. Ama bu nedir? Dediğim gibi kıdemli işçiyi çalıştırmanın bir riskidir. Belki de son alt işveren belki de çoğu üzerinde kalacak bir riskle yaşıyor, hayatını idame ettiriyor.

Soru (Av. Yüksel Okyay Evren) :

Alt işverene verilen işin asıl iş olduğu, muvazaalı olduğu tespit edildiğinde aynı işi yapan işçi yok ise, emsal ücret nasıl belirlenecektir?

Şahin Çil

:

Bir muvazaa tespit edildi, gerçekten asıl işverenin işçisi olduğu saptandı. Dolayısıyla diyelim ki bu işçiye yapılan asgari ücret üzerinden ödemeler vardı alt işverenin işçisi olarak çalışırken. Ama gerçekte asıl işverenin işçisi olduğu saptandı. Şimdi bir ücret farkı gündeme gelecek belki veya diğer haklar gündeme gelecek. Ama açılan bu davada işçi asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesine üye değilse o toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı talep edemeyecektir. Ne yapacak? Emsal bir işçi bulmamız lazım. O işyerinde de işçilerin tamamının sendika üyesi olduğunu varsayalım. Bu örnekte emsal işçi sendikalı olup da buna göre ücret alan işçi olmaz. Emsal işçi bulamadığımız takdirde nasıl çözülür? Başka işyerlerinde emsal işçisi olur mu? Çok zor. Böyle bir noktada şayet işçi bir muvazaa iddiasındaysa daha önceki adımları atması ve o sendikaya üye olması gerekirdi. Bu noktada emsal işçi saptamasının da zor olduğunu düşünüyorum fakat Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmüne yine dönmek gerekir. Şimdi orada işçiyle muhtemelen bir iş sözleşmesi düzenlenmedi ya da yapılan sözleşmenin geçersiz olduğu saptandı. Acaba toplu iş sözleşmesi yok, bireysel iş sözleşmesi yok, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla emsal işçi diye bir ibare kullanmış Türk Borçlar Kanunu, buradan hareketle başkaca, mesela meslek örgütlerinden araştırma yapılabilir mi? Böyle bir örnek hiç gelmedi düşünmek lazım. Ancak bu kapının açılması biraz da riskli. Yargıtay'a göre bir yerde muvazaa varsa mutlak anlamda da ayrımcılık vardır, eşitlik, ayrımcılık tazminatının koşulları oluşur diye bir şey yok. Bunu kabul etmemektedir. Çünkü yasada belirtilen hallere dayalı olarak bir ayırmada bu tazminat devreye girer demektedir Yargıtay.

Soru (Onat Öztürk)

:

Kamu hizmetlerinin asıl işverenin teknolojik nedenler şartı aranmadan, başka alt işverenlere de devri bir nevi ödünç iş ilişkisi kurulmasının önünü açmaktadır.

Şahin Çil

:

Gerçekten bizim mevzuatımızda ödünç iş ilişkisi var. Ama uygulaması yok. 2008 yılında Yargıtay güzel bir ilke kararı oluşturdu. Bu budur diye tanımlar, kavramlar, sorumluluklar o günden beri bekliyoruz dört başı mamur bir olay gelmedi. Yani uygulanamıyor bu hüküm. Uygulanamadığı

için de kamu kurumları da bu şekilde farklı farklı yollarla, mevzuata hükümler koyarak asıl işin alt işverene verildiği örnekler üretiyorlar. Bu da Hocam, bu emek istismarıdır diyor, Filedelfiya Bildirisi'nden söz ediyor. Çok doğru. Anayasa Mahkemesi'nin son 2013 yılı Şubat ayında karar dikkat çekicidir. Anayasa'nın 128. maddesi anlamında tabii böyle süreçte işler mi bilmiyorum fakat ben de hocama katılıyorum bu konuda.

Soru (Av. Dilek Güzel Gürbüz) :

Belirsiz alacak davalarında asgari bir tutar gösterilmesi gerekir mi?

Şahin Çil :

Bektaş Bey anlattı. Tahsil amaçlı belirsiz alacak davası açıldığında hesaplayabildiği tutarı ortaya koyması lazım. Örnek işveren işçinin asgari ücretle çalıştığını söylüyor. Hizmet süresinin de beş yıl olduğunu savunuyor. Ya da kayıtlar böyle. Ama işçinin bunun 1500 lira olduğunu söylüyor ve yedi yıl çalıştığını öne sürüyor. Şimdi en azından tartışmasız konu ya da kayıtlarda geçen konu şudur: Sigorta kayıtlarına baktığımızda görünen konu odur. İşte orada geçen o süreyi ve o ücreti hiç değilse ortaya koyup, yani yeni sistemde belirsiz alacak davası gibi özel bir dava türünden yararlanmak istiyorsa biraz iyi niyetli birkaç adım atması lazım. Tahsil amaçlı davadan söz ediyorum. Onu belirleyip ben bu kadarını belirledim bunu istiyorum ama kalanını da yargılama seyri sırasında belirleyip talep edeceğim demek gerekir.

Soru (Av. Yaşar Kılınç) :

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında Yargıtay uygulamaları nelerdir?

Şahin Çil :

Yargıtay bu konuda zaman içinde değişen kararlar vermiştir. Sayın Çankaya, bu organik bağ kavramını hiç sevmezdi. Daha önceden kullanılırdı. Onun döneminde bu organik bağ, hukukta böyle şey mi olur. Hep araştırmaya yönelik ya bu ilişki, asıl işveren alt işveren ilişkisi mi, işyeri devri mi, hizmet akdi devri mi bu kavramlara göre bunu çöz. Böyle genel geçer organik bağ diye bir şey bunu çözemez, demektedir.

Ancak daha sonraki dönemde organik bağla ile ilgili birkaç ilginç karar verildi. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ifadesi de kullanıldı. Diğer

hukukçular, iş hukukçusu olmayanlar Yargıtay'ın bu organik bağla ilgili verdiği kararları seminerlerde hep konuşturlardı. Çünkü tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, o özel yöntemin en çok uygulaması iş hukukunda oluyor diye bunları gündeme alıyorlardı. Benim görüşüm, tüzel kişilik perdesinin aralanması veya organik bağ uygulamaları istisna teşkil etmelidir.

Soru

:

İşçinin alacaklarına ulaşmasını önlemek için işyeri devri yerine, şirketin ortakları farklı bir şirket kuruyor. Bu durumda yeni kurulan şirket işçilik alacaklarından sorumlu mudur?

Şahin Çil

:

Yukarıdaki soru ile bağlantısını kurduğumuzda işverenin gerçek amacının işçilik haklarını ortadan kaldırmak yani buna ulaşılmasını engellemek olduğunu anlayabiliyoruz eğer böyle seyretmişse. Bir şirket var. Alacaklar ödenmiyor, içi de boşaltılmış bir şirket belki. Ortakları hemen bir başka şirket kuruyorlar ve orada buradaki müşteri portföyünü oraya aktarıp devam ediyorlar faaliyetlerine. Şimdi burada gerçek amaç alacakları gizlemek vs. ise ve işyerinin faaliyet alanı ve kurulduğu yer anlamında da bir bağı varsa Yargıtay sınırlı olarak, yine bunu söyleyeyim tekrar söyleyeyim, organik bağ öyle birisini bir tane ortak aynı tamam hemen buradan yakalayalım diye bir şey yok. Çok sınırlı olarak, istisna olarak organik bağdan sorumluluğa gidebilmektedir.

Soru (Av. Oya Türkoğlu) :

50 kişilik bir alt işveren işyerinde beş kişi münhasıran alt işveren işçisi olarak çalışmıyorsa hukuki durum ne şekilde değerlendirilir.

Şahin Çil

:

Yargıtay'ın bu konuda çok sayıda kararı var. Elli kişi alt işverene verilmiştir. Temizlik işi verilmiştir hastanenin ama bunlardan beş tanesi sekreter, bilgi işlem memuru, yemekhanede vs. bu şekilde çalışmaktadır. Yargıtay bu gibi durumlarda asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak değerlendirmez. Sadece bu beş kişiyi ilişkinin kapsamı dışında tutar. Burada 45 kişilik asıl işveren alt işveren ilişkisi vardır. O beş işçi

açısından alt işveren üçüncü kişidir olsa olsa, işveren değildir. O işveren hastanenin veya Sağlık Bakanlığı'nın kendisidir demektedir Yargıtay.

Soru :

Bir alt işveren sözleşmesi düzenlenirken sözleşmenin salt işgücüne dayandırılması muvazaaya teşkil eder mi?

Şahin Çil :

Hayır etmez. Şartnamede çoğunlukla temizlik, güvenlik vs. işlerinde asıl olan işgücüdür zaten. Ona göre prim maliyetleri çıkarılır. Bu son derece doğaldır. Elli işçi çalıştırıyorsanız işçinin ücreti ve yol parasını koyarak belli bir kar marjını da koyarak bir birim fiyat belirlerseniz buna göre ihaleye çıkarsınız. Dolayısıyla bunun baz alınması işçilik birim maliyetinin baz alınması muvazaayı göstermez.

Soru (Av. Rahşan Şahin) :

Emeklilik hakkını kazanmış olan bir işçi, işyerine yanlışlıkla ayrılmak istiyorum der ve emeklilik dilekçesi verirse kıdem hakkı var mıdır?

Şahin Çil :

Yani bir dilekçe vermiş ayrılmak istiyorum, sebep yok, istifa da demiş de olabilir, öyle geliştirelim. Aynı gün SGK'ya emeklilik başvurusunda bulunmuş. Belli ki koşulları da var. Burada artık bu kadar aynı gün içinde olduğunda benim kişisel görüşüm bir emeklilik suretiyle bu feshin gerçekleştiği yönündedir. Ama araya bir süre girdiğinde bu kadar iyimser olmak mümkün değil diye düşünüyorum.

Soru :

Bazı işlerin doğası gereği her zaman günde 11-12 saat çalışılır. Bunlardan 1/3 indirim yapılmaktadır, bu mağduriyet fazladır.

Şahin Çil :

Fazla çalışma genelde tanık beyanlarıyla ispatlanmaktadır. Yargıtay eğer bir kayda dayanıyorsa, yani kayıt dediğim işe giriş çıkış saatlerini gösteren gerçek bir kayıt, gerçek hesaplama elverişli bir kayıt. Mesela işverenin işyerindeki çalışma saatlerini bildiren saat 08.00-17.30 astığı bir

yazı bu anlamda gerçek anlamda bir kayıt değildir. Çünkü işçinin çeşitli nedenlerle o şekilde çalışmaması mümkündür. Bizim söz ettiğimiz kart basma, parmak okuma vs. gibi nedenlerle elektronik olarak kişinin ya da çizelgede giriş çıkış saatlerinin saptandığı anlardır. Böyle bir saptama varsa hesaplama direkt kayda alınır ve indirim yapılamaz. Takdiri indirim yapılmaz. Ancak bunun dışındaki ispatlarda, tanık deliline dayalı ispatlarda az önce sözünü ettiğimiz o zayıf tanık delili sebebiyle indirime tabii tutulmaktadır. Hatta burada bir örnek daha verebilirim. Puantaj kayıtlarına dayalı bir hesapta dahi indirimi öngören Yargıtay kararı vardır. Büyük bir kuruluş, entegre bir tesis, Erdemir'le ilgili bir karardı, bir grup karar diyelim. İki milyon metrekare alanda kurulu bir tesis. İşçi girerken sadece ilk girişte kart basıyor ve ondan sonra belki vasıtayla belki başka yollarla 15-20 dakikada görev mahalline ulaşıyor, akşam tersi. Yine en son çıkışta karta basıyor. İşte bu örnekte Yargıtay, bu işyerinin özelliğine göre 15-25'er dakika giriş çıkışlarda o sürelerin fazla çalışma hesabında dikkate katılmayacağını kabul etti. Fazla çalışma eğer tanık deliline dayanıyorsa takdiri indirim yapılması bir kural artık, kesin uygulama halini aldı Yargıtay'da. Sadece değişiklik şu yönde oldu bu vesileyle onu değinmek gerekir. 2011 yılından önce fazla çalışmadan yapılan takdiri indirim fazla çalışma süresini, daha değişik ifadeyle yok bu işçi günde üç saat değil de iki saat yapmıştır, o nedenle 1/3 indiriyorum demek olmakla red sebebiyle vekalet ücretine de hükmedebilmekteydi. Çünkü vakaya dokunan bir durumdu bu. Ancak Yargıtay 2011 yılından itibaren takdiri indirimler sebebiyle fazla çalışma hafta tatili, bayram ve hepsi dahil indirimler sebebiyle, red sebebiyle, red vekalet ücretine hükmedilemeyeceğine karar verdi. Tartışılabilir ama bu karar üstelik tüm takdiri indirimlerde tüm hakkaniyet indirimlerinde kabul edilir oldu. Mağduriyetten bahsediyor yani 1/3 olmaması gerekir diyor. İşte ispatın zayıflığı noktasında karşımıza çıkıyor bu. Zaten eğer çalışılan süre kısaysa ve fazla çalışma hesabı da düşükse böyle bir indirimin yapılmadığı örnekler de karşımıza çıkıyor.

Soru

:

Hem prim alacağı hem de fazla mesai talebinde Yargıtay'ın uygulaması nasıldır?

Şahin Çil

:

Yargıtay ilke kararlarına göre, prim uygulaması varsa, bunun fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalı ve ancak fark varsa hüküm kurulmalıdır. Bu konu eleştiriliyor aslında primle fazla mesai eşleştirmek ne kadar doğrudur tartışılabilir. Çünkü prim ayrı bir şey, ayrı koşulları var, fazla çalışma ayrı bir şey. İşçi hiç fazla çalışma yapmadan yani 45 saati aşmadan da pekala prime hak kazanabilir. Ama Yargıtay özellikle satış temsilcileri bakımından ne kadar çok çalışırsa o kadar çok prim aldığı için bu eşleştirmeyi yapmıştır. Eğer bu primle karşılanıyorsa hesabını yap, fazla çalışma tutarı ne kadar hesapla, bu tutar ödenen primle karşılanıyorsa reddet, karşılanmıyorsa aradaki farkı kabul et şeklinde yorum yoluna gitmiştir.

Burada ikinci bir vurgulama şöyle olabilir. Gerçekten satışa bağlı primde çok çalışırsa çok ücrete hak kazanacağından bu primin bir nevi, aslında bu tür çalışmalarda genelde ücretler düşük, ücretler sabit ücret asgari ücret veriliyor ama prime bağlı olarak bunlar katlanıyor. İşte bu noktada primin ücretin eki ama kendisi gibi algılanarak bir nevi parça başı işlem görerek bu noktada fazla çalışma hesabının %50 zam kısmıyla yapılması söylenebilir. Yani aldığı primin içerisinde zaten ücretin zamsız kısmı var. Sadece %50 zam kısmına göre bir hesap yapılması gerektiği de bir düşünce olarak söylenebilir ancak Yargıtay'ın kararı az önce sözünü ettiğim gibidir.

Soru

:

Kamu kurumlarında fazla çalışma alacaklarının ispatı konusunda salt tanık deliline dayanılamayacağı, kurum kayıtlarının da dikkate alınması gerektiğinden bahsediliyor. Tanık deliline değer verilmeyecek midir?

Şahin Çil

:

Belirttiğim gibi, çok sayıda bu yönde kararlar var. Ancak bunun kesin bir ilke halini aldığını söylemek mümkün değildir. Çünkü Yargıtay ilke kararları belli bir kültürün, temelin ürünüdür. Henüz ilkesel anlamda bu şekilde bu şekilde yazılmış bir karar yoktur. Yani fazla çalışma ilke kararına bir paragraf ekleyerek kamu kurumlarında artık ispat budur diye bir ifade yoktur. Somut olayın özelliğine bakılmaktadır. Şayet tanık delilleri genelde zayıfsa, çoğunlukla işyerinde sadece işyerinden ayrılan kişiler

tanıktır, bu noktada zayıf olması sebebiyle bu tür kararların verildiğine vurgu yapmak isterim.

Soru (Av. Erkan Göbekçin) :

Yapılan emsal ücret araştırması sonucu tespit edilen ücret düzeyinin talep edilen ücretin üzerinde olması halinde fark ücret talebi mümkün müdür?

Şahin Çil :

Verdiği örnek şu: İşçi ücretini 1000 lira olarak belirtti davasını açarken, talep ederken, ücret araştırması yapıldı, 2000 liraymış. Aradaki farkı isteyebilir mi diyor. Hayır artık o kendisini dava dilekçesinde bağladı. Maddi hata müstesna, orada 1000, 1500 lira diyecekken, 1'i unutarak 500 lira demişse yani rakam hatası, maddi hata bunlar ayrı olmak üzere artık kendisini orada rakam itibarıyla bağlamıştır, şayet bir rakam bildirmişse.

Soru (Av. Erkan Göbekçin) :

Elektronik denetim sistemi yoluyla tutulan puantaj kayıtlarında kriterler nelerdir ve bunların değiştirilmesi ihtimali var mıdır?

Şahin Çil :

Çok haklı, sözünü ettik, elektronik kayıtlara dayalı giriş çıkışların kart okumaya dayalı sistemlerde bu kayıtlar esas alınır. Peki işveren bunlarda değişiklik yapamaz mı? Yapar. Böyle bir bozma kararı verdi Yargıtay. Burada dava açan işçinin talebi şuydu. Ben gerçekte çalıştım fakat her nasılsa o gelen kayıtlarda benim fazla mesailerim görünmüyor. Teknik araştırma yapılsın. Yargıtay ciddi buldu iddiayı araştırma yönünde karar verdi. Araştırma yapıldı, gerçekten bir bilgisayar mühendisi işyerine gidip kayıtları inceledi. Geçmişe dönük bilgisayarda izler kaldığından bu kayıtların davadan sonraki bir tarihte değiştirildiği saptandı. Tabii önceki bilgilere ulaşamıyor ayrı konu ama sistem olarak değişiklik yapıldığı bilgisine ulaştı bilgisayar mühendisi. Bunu not etti. O zaman Yargıtay hayır burada bu kayıtlar değil, tanık deliline göre yapılan fazla mesai kabul edilir dedi. Burada elektronik denetim sistemleri ile ilgili işçiye gerçekten bağlaması için işçiye bu kayıtların düzenli olarak verilmesi gerekir. Madem ücret bordroları veriliyor, bu noktada işçiye yapılan bu belgelerin sunulması, buna göre işçinin ileride açacağı fazla mesai vs.

taleplerinde de bu delillerin kullanılması, işte ancak o zaman fazla mesai ile ilgili alacağın belirli olduğu, belirsiz alacak davasının açılmayacağı kabul edilir.

Soru (Av. Pervin Özer) :

Prim ile fazla çalışma ücreti farklı nitelikte olmakla neden eşleştiriyorsunuz?

Şahin Çil :

Bu konuda cevap verdim. Kişisel görüşüm arada bağ olmadığı yönündedir.

Soru :

Apartmanda kapıcının günlük 7,5 saat çalışması gerçekte gerçekleşmiyor. Hafta sonuna kadar, özellikle Pazar günü çalışma, bir de kaloriferi yaktığında kendisi de ısınmıyor mu ayrı apartman içerisinde, dolayısıyla bu hizmeti biraz da kendine görmüyor mu, neden bu veriliyor?

Şahin Çil :

Yargıtay'ın kapıcılar ile ilgili belirlediği kriterler var. Bazıları ilke kararlarına geçmiş bazıları geçememiştir. Mesela görünmeyen bir kriterde şudur: Özellikle 20'nin altında veya 15'in altında bir bağımsız bölüme sahip olan apartmanlarda, eğer dükkan sayısı da çok değilse ve kapıcı etrafında bahçe de küçükse veya yoksa bu noktada kısmi çalışma benimsenmektedir. Yani bırakın tam süreli çalışmayı bu ilişkinin günde 7,5 saati bulmayacağı değerlendirilmektedir ve buna göre hesaplamalar yapılabilmektedir. Ancak bağımsız bölümleri 20'nin üzerinde olan apartmanlarda tam süreli çalışma kabul edilmekte ama sözünü ettiğim 50 ve üzeri, tabii bu her çalışma ilişkisine göre değişir. Mesela kapıcının günde üç defa servis yaptığı örnekler var. Burada hiç şüphesiz daha uzun zaman alır. Isınma sisteminin kombili oluşu, kömür kaloriferli oluşu her şeyi etkileyebilir. Burada kapıcının yaptığı çalışmadan kendisinin de faydalanması önemli değil, sonuçta apartmana yönelttiği bir hizmet var. Bu total hizmet süresi dikkate alınarak hesaplama yapılır ama kapıcının kendi evini temizlediği süre tabii ki hizmet süresine eklenmeyecektir.

Soru :

İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi durumunda işçinin açacağı işe iade davasında talep edeceği sendikal tazminat işe başlatmama tazminatının ağırlaştırılmış hali midir?

Şahin Çil :

Yasa'da var. 6356 sayılı Yasa'nın 25. maddesinde sendika neden varsa, iş güvencesi kapsamındaki işçinin talep edeceği sendikal tazminatı tutarı işte oradaki bir yıldan az olmayacak bir sendikal tazminattır. Bir anlamda ağırlaştırılmış halidir.

Soru (Av. Nilüfer Coşar) :

İşçinin daha yüksek ücret aldığına dair sunduğu bankaya hitaben yazdığı maaş bilgisi yazısına karşın işten ayrıldıktan sonra çalıştığı diğer şirketteki aldığı ücret nasıl değerlendirilir?

Şahin Çil :

Herhalde örnek şu: Dosyaya bir belge sunuyor. Bankaya hitaben yazılmış belgede, 3000 lira almaktadır diyor işçinin ücretine. Ama ayrıldıktan sonra başka bir yerde de çalışıyor orada asgari ücret gösterilmiş. Demek asgari ücretle çalışabiliyormuş deniyor. Bu bir gösterge değil. Neden değil? Bir defa işçilerin Türkiye'de büyük bir çoğunluğunun gerçek ücretlerinin sigorta kayıtlarına yansıtılmadığı sabit. Veya gerçek anlamda o eski ücretinde iş bulamamış da olabilir. Ama şuna katılıyorum özellikle bu bankaya hitaben kredi için verilen yazıların doğrudan, ücreti budur madem sen muvazaalı olarak bunu verdin, sonucuna katlan diye sorumlu tutmak çok doğru değil. Sayın Çankaya döneminde bu konuda verilen kararlarda bu konuyu da araştırdık titizlikle çünkü gerçek amacı orada işçinin gerçekten daha kolay ev, taşıt kredisi almasını sağlamaktır. Bu bilginin gerçeği yansıtmaması ihtimali de yüksektir. Doğrusunu saptamak kamu düzeni için de gereklidir. Çünkü doğru ücreti esas almak işçinin sosyal güvenlik haklarını da doğrudan ilgilendirir. Vergi hukuku bakımından da benzer yükümlülükler karşımıza çıkar.

Soru (Av. Ahmet Aksu) :

Norm kadro uygulaması sebebiyle kısıtlı sayıda işçi çalıştıran bir işletmenin hizmet alımıyla çalıştırdığı işçiler bu işletmenin

toplu iş sözleşmesi uygulamasından faydalanabilirler mi, muvazaalı değerlendirilebilir mi?

Şahin Çil

:

Şimdi norm kadrosu, zaten bu genel bir sorun. Yani kamu kurumlarında ya da özel sektörde norm kadro yapılır bu sayının üzerinde işçi çalışmaz denir. Ama gerçekte o hizmetin yürütmesi için daha çok işçiye ihtiyaç vardır. Bu işgücünü nereden, dışarıdan temin eder, eğer bir iş verilmemişse, alt işverene bırakılan bir iş yoksa zaten bu işçilik teminidir, muvazaaya bile gerek yok. Burada gerçek bir tane işveren vardır. Diyelim ücreti ödeyen üçüncü kişidir.

Ama verilen bir iş varsa o zaman bu işin asıl iş-yardımcı iş olup olmadığına göre değerlendirme yapmak gerekir. Zaten dediğim gibi alt işveren uygulaması tam da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Yani eleman ihtiyacını gidermek için bu yola gidilmektedir. Bu taktirde muvazaa değerlendirmesinden ziyade asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarının oluşmadığı düşünülmelidir.

Soru (Av. Sevil Altun)

:

Yurtdışı tır şoförlerine prim, harcırah tazminatı hesaplanan ücrete eklenir mi?

Şahin Çil

:

Evet bu konuda ilke kararında açık bir ifade var. Hızlı geçtiğim için anlatamadım. Ücret dediğimizde temel ücreti kastediyoruz, buna parayla ölçülebilir katkıları ekliyoruz kıdem hesabı yönünden. Yurtdışında çalışan tır şoförlerinin çalışma sistemi genelde şudur: Dosyaya yansıyan bilgiler ve uluslararası nakliyeciler derneğinden birer işveren kuruluşunun verdiği bilgiler bu yöndedir. Asgari ücret artı sefer harcırahıdır. Asgari ücretle uluslararası alanda çalışan bir şoförün buralara gidip gelmeyeceği açıktır. Dolayısıyla bunun ücreti her ikisinin toplamından oluşur. Yargıtay oradaki ücreti temel ücret olarak algılamaktadır. Ücretin eki bile değildir: Dolayısıyla tazminata esas ücrete eklenir. Ücretin eki bile değildir vurgusunu niye yaptım, yıllık izin hesabında da dikkate alınır. Yani eğer ücretin eki olsaydı o zaman tazminata eklenecekti kıdem hesabında ama yıllık izinde dikkate alınmayacaktı. Öyle ki ücretin kendisi olmakla yıllık izin de buna göre hesaplanır.

Soru (Av. Sevil Altun) :

Yurtdışı-yurtiçi tır şoförleri konusunda fazla çalışma konusunda ayırım var mı?

Şahin Çil :

Var. Bu aslında biraz acı bir durum. Türkiye’de çalışan işçiler bakımından, tır ve kamyon şoförleri bakımından fazla çalışmayı kabul ediyor Yargıtay. Çünkü Türkiye’de her ne kadar trafikle ilgili denetimlere rağmen bu denetimlerin layıkıyla olmadığı biliniyor. İşçi şayet takometre vs, hatta tanık beyanı ile fazla çalışmayı kanıtlarsa bunu alıyor. Ama yurtdışı bakımından birkaç yerde şöyle bir vurgu var: Özellikle Avrupa ülkelerine gidip geliyor bu işçiler ve günlük trafikte kullanılan araç kullanmanın süresi son derece sınırlı ve ağır yaptırıma bağlıdır. Onlar denetimlerini iyi yapıyorlar diye, bir anlamda fazla çalışma olmaz deniyor. Bir de burada yurtdışı tır şoförünün fazla mesai ile ilgili bir ispat sorunu var. Tır şoförü tek başına. Tek başına aracına biniyor kullanıyor ve İngiltere’ye gidiyor sonra geri geliyor. Şimdi ispat konusunda başka bir tır şoförünü tanık olarak gösteriyor. Bu tabii zayıf bir delil. Yani hani Yargıtay’ın şöyle bir yorumu var: Aynı işyerinde çalışıp da çalışma süreleri konusunda bilgisi olan kişilerin tanıklığına değer veriyor. Burada biraz ispat konusunda zayıflıyoruz. Bir de tır şoförleri ister istemez aslında aracını terk edemiyorlar. Aracına bindiğinde, kullandığında bir tır parkına çektiğinde dahi ayrılamıyor. Yemek için dahi ayrılamayan örnekler var. Çünkü belki arkada milyon dolarlık bir yük var, onun riski de üzerinde. Bütün bunlar hepsi emre amade, yani işveren nezdinde geçiyor, tamamı için dikkate alınır diye iddialar var ama ancak Yargıtay uluslar arası alanda çalışan tır şoförlerinde fazla mesai hem de bu prim esasının da devreye girmesi sebebiyle, harcırahtan bahsediyorum, kabul etmemektedir. Ancak hemen vurgu yapalım yurtdışında fiilen geçirdiği süreler pasaport kayıtlarında anlaşılmakla yurtdışında geçen sürelerde bayram ve genel tatillerde çalışıldığı kabul edilmektedir. Çünkü yurtdışında o anda diyelim ki Çekoslovakya Cumhuriyeti’nden geçen bir işçi bugün benim bayramım ülkemde bugün kullanmıyorum diye bir tır parkına çekmesi mümkün değil, fiilen çalışma devam ediyor. Sadece yurtdışında geçirilen süre içinde hesaplama yapıldığı kabul edilmektedir.

Sorularım bu kadar, sabrınız ve dikkatiniz için teşekkür ediyorum.

Ömer Hicri Tuna

:

Sayın meslektaşım Şahin Çil'e bu ayrıntılı açıklamaları için teşekkür ediyorum. Sabrınızın sonuna geldik farkındayım. Çok küçük bir açıklamam olacak Sayın Zeynep Şişli bir eleştiri getirdi sabahleyin. Samimiyet vurgusuna dikkat çekti. Burada amaçlanan şey şu: İşçinin işe başvurusu gerçekten işe başlamak için. Biz onu alıyoruz. Oradaki işe iade tazminatı veya boşa geçen süre ücretini alarak o arada girdiği işe dönmeyi amaçlayan bir başvuru varsa, nasıl ki işveren yönünden işçiye işe başlatmak için yaptığı çağrının gerçekten samimi olduğu, işe başlatmak amacıyla yapıldığı hususunu arıyorsa, işçinin de işe dönmek için yaptığı başvurunun dürüstlük kuralını araştırıyor. Oradaki samimiyet vurgusu bunun için yapılmıştır bunu açıklama ihtiyacı duydum.

Efendim, dediğim gibi katılımcıların sabrını zorladık. Bizi bu saate kadar dinlediğiniz için hepinize tek tek teşekkür ediyorum. Ben İzmirli bir iş hakimi olarak burada çok daha fazla sayıda iş hakimi görmek isterdim. Benim için hayal kırıklığı oldu. Ama umarım bundan sonraki toplantılarda bu sayı daha da artar. Çünkü burada gerçekten çok gelişen bir hukuk dalının, iş hukukunun uygulamacıları olarak her türlü bilgiye ihtiyacımız var. Diliyorum daha sonraki yıllarda yapılacak toplantılarda bu sayıyı arttırma imkânına erişiriz. Hepinize tekrar teşekkür eder, saygılar sunarım.