



**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ**



**TÜRKİYE İŞİ SENDİKALARI
KONFEDERASYONU**



**HAK İŞİ SENDİKALARI
KONFEDERASYONU**



**DEVRİMCİ İŞİ SENDİKALARI
KONFEDERASYONU**

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI-2

Editörler

**Av. Prof. Dr. Necdet BASA
Av. Sema UŐAKHAN GÜLEŐ**

**27 Mayıs 2016
ANKARA**

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 341

Emeğin Hukuku Kurultayı-2

ISBN: 978-605-9446-39-6

Yayıncı Sertifika No: 15566

© Türkiye Barolar Birliği
Mayıs 2017, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)

Faks: 312 286 55 65

www.barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

Baskı

Şen Matbaa

Özveren Sokağı 25/B

Demirtepe-Ankara

(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

Sertifika No: 14251

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI-2



AÇILIŞ VE SAYGI DURUŞU 09.30-10.30

Sunuş Konuşması

Av. Kürşat KARACABEY TBB Yönetim Kurulu Üyesi
Emek Komisyonu Koordinatörü

Açış Konuşmaları

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Ergün Atalay TÜRK-İŞ Genel Başkanı

Mahmut Arslan HAK-İŞ Genel Başkanı

Kani Beko DİSK Genel Başkanı

BİRİNCİ OTURUM 10.30- 12.00

"BİREYSEL İŞ HUKUKU"

Katılımcılar:

Oturum Başkanı: Mesut BALCI, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

"Özel İstihdam Büroları"

Prof. Dr. Levent AKIN, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

"Kıdem Tazminatı"

Prof. Dr. Cem KILIÇ Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F.

"Atipik İş Sözleşmelerinde İşçinin Korunması"

Prof. Dr. Kadir ARICI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

"Eşitlik Kurulu Kanunu ile Anayasa ve İş Kanunu'nun
İlgili Hükümleri Üzerine Bir Değerlendirme"

Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ÖĞLE ARASI

(12.00 - 13.00)

İKİNCİ OTURUM 13.00 – 15.00

“SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU”

Katılımcılar :

Oturum Başkanı: Halil ÖZDEMİR, Yargıtay 10.Hukuk Dairesi

“Part-Time’a Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği (SGK)”

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmet Tespit Davaları”

Prof. Dr. Ufuk Aydın

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“İş Kazalarında SGK'nın Rücu Davaları”

Doç.Dr. Gaye BAYCIK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”

Av. Kürşat KARACABEY

TBB Yönetim Kurulu Üyesi, Emek Komisyonu Koordinatörü

“SGK’da Farklı Emekli Aylıklarının Hesap Yöntemleri”

Okan AYDIN

SGK Aktüerya Uzmanı,

OTURUM ARASI

(15.00 – 15.15)

ÜÇÜNCÜ OTURUM 15.15 – 17.00

TOPLU İŞ HUKUKU

Katılımcılar

Oturum Başkanı: Seracettin GÖKTAŞ

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı

Sendika Genel Kurul Kararlarının İptali Davası ve Şartları

Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi ve Ortaya Çıkan Sorunlar

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

Gazi Üniversitesi i.İ.B.F

Sendika Yöneticisinin Güvencesi

Prof. Dr. Şükran ERTÜRK

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sendikal Tazminatlar

Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ

Av. Kürşat KARACABEY TBB Yönetim Kurulu Üyesi, Emek Komisyonu Koordinatörü..... 13

AÇIŞ KONUŞMALARI

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU, Türkiye Barolar Birliği Başkanı 18

Ergün Atalay, TÜRK-İŞ Genel Başkanı22

Mahmut Arslan, HAK-İŞ Genel Başkanı28

Kani Beko, DİSK Genel Başkanı39

BİRİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Mesut BALCI, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI

Prof. Dr. Levent AKIN, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi50

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Kadriye Bakırcı, HÜ Hukuk Fakültesi65

KIDEM TAZMİNATI

Prof. Dr. Cem KILIÇ, Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F.76

ATİPİK İŞ SÖZLEŞMELERİNDE İŞÇİNİN KORUNMASI

Prof. Dr. Kadir ARICI, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi84

İKİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Halil ÖZDEMİR, Yargıtay 10.Hukuk Dairesi

KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇİŞ VE YARIM ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU, M.Ü. Hukuk Fakültesi 115

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA HİZMET TESPİTİ DAVALARI

Prof. Dr. Ufuk AYDIN153

İŞ KAZALARINDA SGK'NİN RÜCU DAVALARI

Doç.Dr. Gaye BAYCIK, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 182

İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUK <i>Av. Kürşat KARACABEY, TBB Yönetim Kurulu Üyesi, Emek Komisyonu Koordinatörü</i>	195
SOSYAL GÜVENLİK KURUMU'NDA FARKLI EMEKLİ AYLIKLARININ HESAP YÖNTEMLERİ VE AYLIKLARI FARKLILAŞTIRAN SEBEPLER <i>Okan AYDIN, SGK Aktüerya Uzmanı</i>	204

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Oturum Başkanı: Seracettin GÖKTAŞ, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı

SENDİKA YÖNETİCİSİNİN GÜVENCESİ <i>Prof. Dr. Şükran Ertürk</i>	219
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARINDAN SONRA İŞ GÜVENCESİ KAPSAMI DIŞINDA KALANLARIN SENDİKAL FESHE KARŞI KORUNMASI <i>Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA</i>	233
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİNDEKİ TEMEL SORUNLAR ve SENDİKAL HAKLARA OLUMSUZ ETKİSİ <i>Prof. Dr. Aydın Başbuğ</i>	266
6356 SAYILI KANUN AÇISINDAN SENDİKA GENEL KURULUNUN İPTALİ DAVASI <i>Prof. Dr. E. Tuncay Senyen Kaplan, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>	286

EMEĞİN HUKUKU
KURULTAYI-2

Sunuş ve Açış Konuşmaları

SUNUCU- Türkiye Barolar Birliğinin Sayın önceki Başkanı, Türkiye Barolar Birliğinin Sayın Başkanı, konfederasyonların değerli başkanları, sendika başkanlarımız ve değerli konuklar; hepiniz hoş geldiniz.

Türkiye Barolar Birliği Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu ve Devrimci İş Sendikaları Konfederasyonları arasında ortaklaşa düzenlenen Emegın Hukuku Kurultayına hepiniz tekrar hoş geldiniz.

Öncelikle toplantımızın sunuş konuşmalarını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi ve Emek Komisyonu Koordinatörü Sayın Av. Kürşat KARACABEY’i kürsüye davet ediyorum.

Av. Kürşat KARACABEY (TBB-Emek Komisyonu Koordinatörü)- Türkiye Barolar Birliğinin Sayın Başkanı, TÜRK-İŞ, HAK-İŞ ve DİSK işçi konfederasyonlarının saygıdeğer başkanları, yürekleri emekle emekçiden yana çarpan değerli katılımcılar; sizleri gelenekselleşme yolunda ikincisini gerçekleştirmekte olduğumuz Emegın Hukuku Kurultayının düzenleme kurulu adına saygıyla selamlıyor, hoş geldiniz diyorum. (Alkışlar)

Değerli katılımcılar, emegın ve emekçilerin mutlak ve tartışma götürmez bir övüncü vardır. Bugün kısaca medeniyet veya kültür olarak tanımladığımız, insanoğluluyla yaratılan üretilen minimum maddi manevi değerler toplamındaki her bir unsurun harcı emekle yoğrulmuştur. Her bir değerın altında emekçilerin alın terleriyle attıkları imzalar bulunmaktadır.

Toplumsal vicdan bu sonucu “emeksiz yemek olmaz” özdeyişiiyle sinesine kazımış, emegın kutsallığını takdir ve teslim etmiştir. Dolayısıyla insanlık alemi emeğe ve emekçiye çok şey borçlu olduğunun yeterince bilincindedir.

Esasen bu bilinç ve anlayışın bir yansıması olarak, Fransız Devrimiyle başlayan demokratikleşme sürecinin tetikleyici etkisiyle, son birkaç yüzyılda emegın hukukuna yönelik belki yetersiz ve fakat bir hayli önemli kazanımlar hayata geçirilmiş-

KÜRŞAT
KARACABEY’İN
KONUŞMASI

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

KÜRŞAT
KARACABEY'İN
KONUŞMASI

tir. Gel gelelim ki, son 25-30 yıldır kapitalizmin küreselleşme seyrini hızlandırmasıyla birlikte, emek ve emekçinin her alanda ve her anlamda hep kaybeden olduğunu, üstelik bu kaybetme sürecinin her geçen gün daha bir ivme kazandığına tanık olmaktadır.

Büyük balığın küçük balığı yutmasının âdeta mukaddes kabul edilmesinin, insanlığın evrenin ahlakın ve bütün bu değerlerin koruyucusu olarak, hukukun devre dışı bırakılmasını anlatan “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” anlayışına işaret eden bu sözüm ona liberal gidişat doğrultusunda tanık olduğumuz olay ve olgulara kısaca bir göz atacak olursak şunları görmekteyiz.

Üretim endüstrisinde mekanizasyona geçiş engeline rağmen işçi sayısı artmakta ve fakat örgütlü sendikalı işçi oranı giderek azalmaktadır. Hem köylü üretimin tasarlanmasından tüketiciye ulaştırılmasına değin, asli yaratıcı unsurun sadece emek ve emekçiler olması gerçeğini âdeta tersyüz eden adaletsiz bir sonuç olarak gerek evrensel, gerekse ülkemiz ölçeğinde gayrisafi milli ücretin içinde emeğin payı süratle azalmaktadır. Elbette ki işçi adına artan oranlar da var. Örneğin, patronun kâr hırsını gerilemesi halinde önlenabilir nitelikteki iş kazaları baş döndürücü bir hızla artmaktadır. İstatistiklere göre her 15 saniyede bir işçi, iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu yaşamı yitirmektedir.

Sermayenin serbest dolaşımı için ulusal ve uluslararası ölçekte her türlü önlem alınırken, benzer duyarlılık emekçilerin yaşam hakkının güvenceye alınması yolunda birtakım kâr ve rant kaygılarıyla olsa gerek, kararlılıkla sergilenememektedir. Kayıtsızlıktan kaynaklı işçi ölümleri, esasında insanlığın ölümüdür, medeniyetin ölümüdür, ahlak ve vicdanın ölümüdür. Bu insanlık dışı sonuçta birincil etken, kuşkusuz ki sayısal azlığına karşın sermayenin siyaseti etkileme ve ona yön verme yeteneğinde saklıdır. Unutulmamalı ki, günümüzde geçerli olan post modern demokrasi anlayışında, örgütlü azınlıkların örgütsüz çoğunlukları bertaraf etmesi karşı konulamaz bir sonuçtur.

İşçinin emekçinin bu olumsuz gidişat karşısında, haklarını savunabilme yolunda yegâne mekanizması kuşkusuz ki hukuktur ve hukuksal düzlemde örgütlenme şansını kullanmaktır. Yani gerçekten sendikalaşması, sendikaların etkinlik alanında güçlendirilmesidir.

Bu yapılmazsa ne olur? İnsanlık aleminin dökülen onca kan ve gözyaşıyla yarattığı sosyal devlet anlayışı, anayasa metinlerini süsleyen harf kümelerinden ibaret bir süs olarak kalır o kadar. Bütün bu ulusal gerçekliğe karşın işçi inisiyatifinin dahil olmadığı sistem tarafından bugün işçiler hukuk eliyle dışlanmakta, yok hükmünde sayılmaktadır. Güncel örneklerine şöyle bir bakalım. Önce ne yapıldı? İnsani yaşam standartlarının altındaki asgari ücrete bile razı olan insanların emek birikimlerinin ihale ya da pazarlık usulüyle toptan satışa sunulduğu emek taşeronluğu ihdas edildi.

Emeğin piyasalaştırıldığı, ticari bir meta haline indirgendiği bu gelişme, elbette ki köleliğin modern görüntü altında yeniden ihya edilmesinden başka bir şey değildi. Emeğin hakkını hukukunu yok saymakta sınır tanımayan sermaye, bu uygulamayla artık emeği sömürmekle yetinmeyip, bir de sömürdüğü emek üzerinden doğrudan ticaret yapan ve kâr sağlayan konumuna yükseldi.

Evet, emek taşeronu sermaye emek alıp emek satıyor ve bunun üzerine kâr elde ediyorlar. Söyler misiniz, emeğin ticaretin meta haline indirgeyen bu hal, sinsî yöntemlerle ve modern sunumlarla çağdışı kölelik anlayışını yeniden diriltmekten başka ne anlama gelmektedir. Olay insanların medeniyetin ahlakın ve vicdanın iflası değilse nedir? Sınırsız kâr ve gam kaygısıyla insanlığı gerisin geriye bu kadar ilkel anlayışlara taşımaya kimin hakkı olabilir? Böyle bir istismara hak diyebilmek ne kadar mümkündür? Üstelik insanlık tarihi adına utanç verici bir noktaya işaret eden emek taşeronluğu sistemi, bu girdaba dahil olmaya mecbur kılınan emekçileri sömürmekle de yetinmemiş, aynı zamanda bu yöntemi örgütlü sendikalı emeğe karşı bir tehdit aracı haline de getirmiştir.

Âdeta grev kırıcı veya grevin anlamını sıfırlayıcı bir unsur olarak değerlendirilmiş ve kullanmıştır. Şu günlerde sütlüman bir ortamda yasalaştırılarak özel istihdam büroları adlandırılmasıyla yürürlüğe konulan kiralık işçi sistemi de, genel anlamda örgütlü işçiye ve özellikle de taşeron işçilerine karşı bunların hukukunu tehdit eden bir başka rakip alternatif araç olarak piyasaya sürülmüş bulunmaktadır.

Bu suretle kapitalist anlayış tarafından bütün bu yöntemlerle sermayenin yönüne emeğine iliğine değin sömürebilmek üzere pek çok sayıda seçenek üretilmiş olmaktadır. Özellikle söylersek yapılan şudur: Sendikalı işçi yerine sendikasız işçiyi, sendikasız işçi yerine taşerondan temin edilen işçiyi, taşerondan temin edilen işçi yerine kiralık işçiyi tercih ve ikame etme şansı sunulmaktadır sermayeye.

Maalesef büyük bir umursamazlık ve sükûnetle karşılanan bu gelişmeler karşısında, işçinin emekçinin bugün sahip olduğu mevzileri de kaybetmesi elbette ki kaçınılmazdır. Nitekim hukuk anlamında emekçiler aleyhine yürürlüğe konulan düzenlemeler, maalesef bunlarla da sınırlı değildir. Son günlerde Arabuluculuk Kanununda esasında değişiklikler yapılması gündemdedir. Konuyla ilgili kurum ve kuruluşların katkılarını önemsemez bir anlayışla, siyasal iktidar tarafından hazırlanan taslağa göre, gerek kanundan gerek toplu iş sözleşmesinden gerekse bireysel iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi işveren uyumsuzluklarının tamamı, herhangi bir değer sınırlaması gözetilmeksizin zorunlu arabuluculuğa tabi kılınmak isteniyor.

Buna göre işverenden alacak hakkı bulunduğu iddiasındaki bir işçi, doğrudan bağımsız mahkemeye dava açamayacak, bundan önce arabulucuya müracaat etmek ve bu yolla öngörülen prosedürü tamamlamak zorunda kalacaktır. Bu sistem uyarınca atanan arabulucu, tarafların pazarlığını kolaylaştırmakla görevli bağımsız tarafsız ve seyirci konumunda kalmakla yetinecek, işçi ve işveren eşit yani aynı kurallarla ve fakat elbette ki birçok farklı donanım bilgi delil üretme güç ve yeteneğiyle serbestçe pazarlığa tutuşacaklardır. Böyle bir pazarlıkta, kimin hakkından azına razı olacağına, kimin kay-

bedip kimin kazanacağına, bir an önce evine ekmek götürme kaygısındaki işçinin hakkının ne kadarına razı olacağıının özellikle büyük balığın hangi taraf olduğunu tahmin etmek sanırım zor olmasa gerektir.

Nitekim sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak, mahkemelerin işçinin hakkını gözeten duyarlı tutumundan bir hayli şikâyetçi olan işverenlerin, arabulucu marifetiyle pazarlık usulünü tercih etmeleri karşısında, yaklaşık son iki buçuk yıllık Türkiye arabuluculuk uygulamasında, 32 farklı uyuşmazlık türü içinde arabuluculukta çözülen uyuşmazlıkların yüzde 73'ünün işçi işveren uyuşmazlıkları oluşturmaktadır.

Bu gelişmeler paralelinde arabulucuya başvuru zorunluluğunun işverenlerce, örneğin Türkiye Odalar Borsalar Birliği tarafından hararetle savunuluyor olmasının -tırnak içinde- anlayışla karşılıyoruz ve fakat bu gelişmeye karşı işçi örgütlerinin yeterli tepkiden uzak oluşlarını anlamlandırmakta zorlandığımızı belirtmek istiyoruz.

Ne yazık ki hukuksal alanda yaşanılmakta olan emek ve işçi aleyhine gelişmeler bunlarla da sınırlı değildir. Yakın gündemimizde sıradan bir işçinin hayatının son deminde olsun bir ev edinebilme hayalini temsil eden kıdem tazminatını sınırlamaya yönelik yasa çıkarma hazırlıkları bulunmaktadır. Diliyoruz ki, bu noktada olsun emekçiler üretimden gelen meşru savunma güçlerini sonuna kadar kullanarak, emeğin hukukuna sahip çıkma kararlılığını ortaya koyacaklardır.

Sermaye adına olumlu, işçi emekçi adına olumsuz gelişmeleri daha burada listelemek maalesef bu kısa sunuş konuşmasına sığamayacak denli kapsamlıdır. Emeğin hukukuna sahip çıkma kararlılığıyla ikincisi düzenlenen bu kurultayda, başlıklara verilen konu sorunlar enine boyuna tartışılacaktır.

Son sözlerimiz şu olacaktır: Çözüm halkçı ve halkça bir sistemin ülke yönetimlerine egemen olmasında ve bunu sağlamak üzere işçilerin örgütlü mücadelesindedir. Kapitalizmin kurallarını daha doğru bir deyimle kuralsızlığını sorgulamak, özel-

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

KÜRŞAT
KARACABEY'İN
KONUŞMASI

likle her bir emekçi ve genel olarak her bir insan için göz ardı edilemez bir ahlaki ve vicdani sorumluluktur. Türkiye Barolar Birliği bünyesinde Değerli Başkanım Metin Feyzioğlu'nun istek ve önerisiyle ilk kez kurulmuş bulunan Emek Komisyonu, sonuna kadar emek ve emeğin hukukunun yanında ve onun aktif destekçisi olacaktır.

Teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

SUNUCU- Sayın Karacabey'e konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Şimdi açış konuşmalarını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'nu kürsüye davet ediyorum. (Alkışlar)

METİN
FEYZİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU (Türkiye Barolar Birliği Başkanı)- Sayın başkanlar, çok değerli yüksek yargı mensupları HSYK üyeleri, öğretim üyeleri, meslektaşlarım, çok değerli emekçiler; hepinizi saygıyla selamlıyorum. Şu panodaki bizim yanıımızdaki üç logoya bir kez daha bakmanızı rica ediyorum. İşte bu önemli; Türkiye'nin üç işçi konfederasyonu yan yana. Bu yan yanılığı, emekçilerin sorunlarını her zaman gösterebilsek, doğruya doğru yanlışa yanlış derken ortak akla ulaşabilsek, Türkiye çok daha yaşanabilir, çalışma barışını sağlamış, iş istihdamı ve refahta önemli adımlar atmış olur. Dilerim ikincisini düzenlediğimiz Emeğin Hukuku Kurultayı buna vesile olacak.

Değerli dinleyenler, Türkiye'nin yatırıma ihtiyacı var, Türkiye'nin işe istihdama ihtiyacı var. Emeğin hukukundan söz etmemiz için, öncelikle yatırım olacak ki iş olsun istihdam olsun. Ancak Türkiye'nin yatırıma ihtiyacı var, istihdama ihtiyacı var derken, bu emeğin hukukunun sömürülmesini, iş sağlığının iş güvenliğinin görmezden gelinmesini ve vahşi bir kapitalizmin şartlarının teşvik edilmesini ifade etmek değil kuşkusuz.

Değerli dinleyenler, sanıyorum karşımızdaki temel sorun, Türkiye'de bir yandan hukuka ve yargıya güvensizlik her geçen gün aşağılara iniyor, diğer yandan da sendikalara sendika-

ların emekçiye güvence sağladığına dair inanç bir türlü arzu ettiğimiz seviyeye gelmiyor. Bu ikisinin de birbirinden ayrı düşünülmesi gerektiği kanaatindeyim. Hukuk devletinin egemen olduğu bir sistemde, hiç kuşkusuz sendikal örgütlenme demokrasinin en önemli garantisi olur. İşte o yüzden üç büyük konfederasyonun ve Türkiye Barolar Birliğinin aynı çatı altında böyle bir toplantıyı yapmasında büyük fayda var.

Sayın hazirun, şöyle sadece çok kısa dönem geçmişe baktığımızda, iş sahaları iş güvenliği anlamında ülkemizin büyük felaketler yaşadığını görüyoruz. Ancak acılar birazcık küllenip unutulmaya başlandığında, ilk yapılanın iş sağlığı iş güvenliği düzenlemelerinden geri adım atılması olduğunu da üzülerek izliyoruz. Maalesef işlerini kaybetme korkusuyla emekçilerin de bu geri adımlara ses çıkarmadıklarını izliyoruz. Örneğin, Soma faciasından sonra gündeme gelen madencilik ilişkili düzenlemelerden yürürlüğe girmeden önce vazgeçildiğini, "erteleme" adı altında rafa kaldırıldığını herhalde hatırlamamız lazım. Buna isyan etmesi gerekirken emekçilerin, iş ihtiyaçları sebebiyle sineye çektiğini üzülerek görüyoruz.

Gündemde kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler var. Eminim konfederasyonlarımız konunun içinde. Ancak ne kadar sağlıklı tartışma ortamı sağlanabiliyor? Ne kadar olması gereken de buluşuluyor? Ne kadar ideolojik tartışma ortak aklın üstüne geçiyor? En azından benim kuşkuvarım var. Kıdem tazminatı fonunun kurulması gerçekten işçilerin lehine midir değil midir? Böyle bir fon acaba bütçe açığını kapatmakta örtülü bir kaynak olarak mı kullanılacaktır? Yoksa işçilerin idaresinde mi olacaktır? Bu konular ne kadar sağlıklı yerli yerinde değerlendirilebiliyor? Ne kadar sloganların ötesine geçilebiliyor? Türkiye'nin genel tartışma ortamının sertliğinde maalesef endişelerim var.

Taşeron düzenlemesi, açıkçası apar topar geçirildi, konfederasyonların itirazına rağmen öyle sanıyorum ki seçim öncesinde verilen vaatlerin hiçbiri gerçek anlamda tutulmadı. Kadro bekleyen işçiler, sadece geçici süreliğine kendileriyle sözleşme yapılacağını görüp hayal kırıklığına uğradılar. Ama

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

METİN
FEYZİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Türkiye'nin gündemi o kadar tüketici ki, iki gün ya da üç gün tartışıp bir başka konuya geçiyoruz ve on binleri yüz binleri milyonları kendi kaderlerine terk ediyoruz.

Şu anda Zonguldak'ta bir maden ocağında vahşi kapitalizme sömürü düzenine tepki olarak işçiler açlık grevindeler. Acı olan şu ki, sendikalı değiller. Bu işçilerimizi niçin sendikalı yapamadığımızdan başlayarak işe girmemiz gerekmez mi? İşçiler feryat ediyor. Bana haber göndermişler, "öldüğümüzde haber oluyorum, illa ölmemiz mi lazım?" işte "açlıktan ölüyoruz" diyor.

Ekme, ay sonunu getirmek, insanca yaşamak, bunların ne siyasi partisi var ne ideolojisi var? İnsanların temel ihtiyaçları bunlar; dolayısıyla hepimizin ortak sorunu, her konfederasyonun her sendikanın ortak sorunu.

Son olarak, bugün son derece önemli konular konuşulacak, ama arabuluculuk meselesine birkaç cümleyle değinmeyi görev biliyorum. Hükümetin gündeminde iş davalarından başlayarak, zorunlu arabuluculuğu getirmek var. Arabuluculuk tartışmaları sırasında, zaman zaman açıktan zaman zaman satır aralarında gündeme getirilen bir düşünceden fevkalade rahatsız olduğumuzu bilmenizi isterim. O da şu: Türkiye'de yargıya taşınan iş uyuşmazlıklarında, yargının kasıtlı olarak işçi tarafını tuttuğu iddiası. Hele hele bu iddia arabuluculuğun takdim edilmesinde bir satır arası, ama belki de gerçek mazeret olarak kullanıldığında, kaygılarımızı iyice artırmakta.

Sendikasızlaştırma, örgütlenmeye engel olma, grev hakkını yok etme çabaları karşısında, Türkiye'de Yargıtay ve özelde Yargıtay'ın iş daireleri, hukuk devletinde hak mücadelesi tarihinde altın harflerle anılacak önemli içtihatlarla imza atmaktadır. Maalesef örgütsüzlüğün yol açtığı boşluğun, kısmen de olsa doldurulması yüksek yargıya bırakılmıştır. İşçilerin örgütlü olduğu, sendikaların bilinçli bir şekilde işçilerin haklarını savunabildiği ve başarı elde ettiği bir düzende, zaten hukuksuzlukların sayısı azalacağı için, yargıya intikal eden uyuşmazlıklarda farklı sonuçlar elbette elde edilebilirdi. Ama

hâlihazırda işçilerin hakları gasp edilerek, daha fazla kâr elde etmek üzerine kurulmuş bir sistemde, elbette yüksek yargı hukuksuzlukları tespit ettikçe, ihlal kararları vermekte ve gereğini yapmaya gayret etmiştir.

Bu husus gerekçe gösterilerek, yargının budanması kanaatimizce fevkalade sakıncalıdır. Arabuluculuğu zorunlu hale getirirken, göz önünde gerekçe ise, Yargıtay'ın iş yükü sebebiyle tıkanma noktasına geldiğidir. Doğru, Yargıtay'ın iş yükü sebebiyle tıkanıdığı hepimizin malumlarıdır. Ancak bir taraftan istinafların takdirinin, diğer taraftan hâkim açığının kapatılması oldukça önemli sonuçlar elde etmeye elverişlidir. İlla sorunlu arabuluculuk verilecek olursa, yeterli hazırlık yapılmadan bu sisteme geçilmesinin Türkiye'de başta konfederasyonlarımız ve sendikalarımız olmak üzere çok kişinin başını ağrıtaçağını ve çalışma barışını kökünden zedeleyeceğini ifade etmek isterim. Çünkü karşılaşılabilecek manzara şudur: İşçi arabulucusuyla ve işverenin avukatıyla karşı karşıya kalacak ve üzerinde anlaşma konusunda görülmemiş bir baskı kurulacaktır. Bu sırada işçinin destek isteyebileceği kimse yoksa yanında, arabuluculuk barışçıl bir çözüm değil, tam aksine baskıcı zorla aranının bulunmasına neden olan ve çalışma barışını zedeleyen bir kuruma dönüşecektir.

Arabuluculuğun yaygınlaştırılarak toplumsal barışın sağlanması ayırdır ve buna desteğimiz de vardır. Zorunlu tutularak doğasına aykırı bir şekilde ve özellikle işçilerin hakları üzerinden yaygınlaştırılması ise, toplumsal barışa zarar verecek bir potansiyel taşımaktadır. İlla zorunluluk denilecek olursa, bu durumda konfederasyonlardan ve sendikalardan değerlendirmelerini talep ettiğimiz husus, işçilerin yanında zorunlu avukatlığın getirilmesidir. Her işçinin zorunlu arabuluculuğa giderken, yanında mutlaka zorunlu avukatı olmalıdır. Bu hususu avukatlara daha fazla iş sağlamak için dile getirdiğimi sakın düşünmeyin. Bu toplumsal barış için zorunludur. Bir de "arabulucu doğru mu söylüyor, arayı bulalım mı, anlaşalım mı?" diye soracağı kimse yoksa işçinin, arabulucu işverenin etkisi altında gibi bir görüntü arz ediyorsa, öyle bir toplumda

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

METİN
FEYZİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

nasıl çalışma barışı olsun? Bütün uyuşmazlıkların tamamı şimdiden ifade edeyim, konfederasyonları gelip bulacaktır.

Tarihe not düşmek ve henüz vakit varken gereğini yapmak adına bilgilerinize sunmak istedim.

Emeklilikte yaşa takılan mağdurların sorunu ise, yine toplumumuzda kanayan bir yaradır. Sorunlar söylemekle bitmez, vakit sınırlı. Ben bu çok önemli sempozyumun hayata geçirilmesinde emeği geçen herkese, başta Sayın Karacabey ve onun şahsında Emek Komisyonu olmak üzere tüm gayret sarf edenlere ve elbette olmazlarsa olmaz diyeceğim TÜRK-İŞ'e HAK-İŞ'e ve DİSK'e. Bunların başkanlarının şahıslarında tüm mensuplarına en içten teşekkürlerimi sunuyorum. En azından biz dördümüz başkanlar düzeyinde son iki yılda ciddi bir mesafe kat ettiğimizi, birbirimizle dost olmayı, insan olarak birbirimize değer vermeyi ve anlamayı öğrendiğimizi ve ardından da düşüncelerimizi daha sağlıklı tartışıp, karşılıklı görüş alışverişinde bulunduğumuzu bilmenizi isterim. Her şey insani ilişkiyle başlar. Biz bu aşamayı başardık, şimdi de bu adımdan sonra işimiz bu başarıyı tüm topluma toplumsal barış olarak takdim edebilmekte.

Gerçekten yan yana gelerek, salt bu birlikteliğin görüntüsünü vermek suretiyle bile çok büyük bir iş yaptığınız için, üç konfederasyonun genel başkanına şükranlarımı sunuyorum. Sağ olsunlar, var olsunlar. (Alkışlar)

Burada iki genel başkanı görüyorsunuz, Kani Başkan uçakta geliyor.

SUNUCU- Sayın Başkanımıza konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Konuşmalarını yapmak üzere Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Genel Başkanı Ergün Atalay'ı kürsüye davet ediyorum.

ERGÜN ATALAY'IN
KONUŞMASI

Ergün ATALAY (TÜRK-İŞ Genel Başkanı)- Barolar Birliğinin Değerli Başkanı Kıymetli Hocam, yüksek yargının değerli temsilcileri kıymetli hukukçular değerli hocalarım, kıymetli meslektaşlarım, değerli basın mensupları; hepinizi Türkiye İşçi

Sendikaları Konfederasyonu adına yönetim kurulu adına şahsım adına saygıyla sevgiyle selamlıyorum.

Değerli katılımcılar, bu ikincisini yapıyoruz. Sayın Metin Hocam, Kürşat Hocam, biz bu üç konfederasyonun değerli hocalarımı bu salonda bizlerle beraber topladığı için bir kere daha teşekkür ediyorum.

Değerli katılımcılar, bu salonda yüksek yargının değerli mensupları var, öğretim üyeleri var, sendikalar var, çalışanların temsilcileri var. Her gün gündemin değiştiği bir ülkede yaşıyoruz. Yarın ne olacağını bilmiyoruz. Ortalama günde son altı ayda 6 tane şehidimiz geliyor. Ondan kısa bir zaman evvel de Baro Başkanımız Sayın Tahir Elçi Allah rahmet eylesin, meslektaşınızdı bizim de dostumuzdu, rahmetli oldu. Kim vurdu hâlâ belli değil. Belli olacağını da düşünmüyorum. Nasıl biz Taksim'i hâlâ kim organize etti, Taksim'le ilgili 37 tane insanımızı kim öldürdü halen bilmiyorum. Aradan çok uzun yıllar geçti.

Şimdi üç tane konfederasyonuz Türkiye'de işçi konfederasyonu. Bu ülkede 1980 senesinde –her yerde ifade ediyorum– ülkenin nüfusu 44 milyonken 2,5 milyonu örgütlüydü. Şimdi 79 milyonluk ülkede yaşıyoruz, maalesef yüzde 11,6 civarında örgütlü sendikalar. Bundan ülkeyi yönetenler sorumlu olduğu kadar, biz sendikalar da bunlardan pay almamız gerektiğini ben biliyorum. 3 milyon misafirimiz var Suriyeli. Kilis bizim 81 vilayetimizin 80'nci sırasında, yüzölçümü açısından en ufak vilayetlerimizden bir tanesi. Nüfusu 90 bin, 130 bin misafiri var. 100 sene sonrayı planlarsanız, ne altyapısı ne üst yapısı 220 bin nüfusa uygun bir tablo yok orada.

Hemen Kilis'in yan tarafında 120 bin kişi daha var misafir, 10 kilometre dışında Suriye sınırında. Orada da 120 bin kişi her gün iki öğün yemek yiyor. 900 bin kilometre sınırın 111 kilometresi Kilis sınırlarında. Terörün bu seviyeye geldiği, Türkiye'de problemlerin bu noktaya geldiği bu ülkede, sendikalar sendikacılar, kitle örgütleri problemlerini nasıl tartışacaklar? Hangi platformda tartışacaklar? İyi düşünmek lazım!

Dün gazeteci arkadaşımızın bir tanesi bir bant izletti bana. Hollandalı gazeteci Güneydoğu'da bomba düzeneğini nasıl kuruyorlar, nasıl bombayı kamufle ediyorlar? Orada insanlara 15-20 kişi, Hollandalı televizyoncu çekiyor, işte kendi ülkesinden televizyondan bunu veriyor. Orada bomba düzeneği hazırlıyorlar. Ne olacak orada? Ya askeri öldürecekler, ya polisi. Şimdi bizim Hollanda'da yahut Belçika'da buradan gazetecimizin biri gitsin oraya, oradaki terör örgütüyle beraber bir bomba düzeneği yapsın bakalım, hangi ülke buna müsaade eder?

Ben her ortamda söylüyorum, Avrupa Birliğiyle ilgili, gayret ediyoruz. Hiç kusura bakmayın, Türkiye'nin tapusunu versek dahi bizi Avrupa Birliğine almazlar. O kadar gayret etmemize rağmen almazlar, ötesi berisi yok bu işin. Biz evvela bu ülkede yaşıyoruz, Kürt'ü Türk'ü Sünni'si Alevi'si Laz'ı Gürcü'sü. Bu salonda bulunanların hiç kimse annesini babasını filan seçme şansı olmadı ki.

Değerli katılımcılar, ben ilkokul mezunuyum, çırak okulu mezunuyum. İşte 4 yıllık Demiryollarının meslek okulunda okudum. Ama bir sendikanın, Türkiye'nin en büyük sendikalarının başında görev yapıyorum. Benim çocuğumun bir tanesi hukukçu, bir tanesi öğretim üyesi. Benim o dönemde öyle bir imkânım yoktu ki. Ayağımda lastik ayakkabı vardı, okula giderken ne param vardı ne pulum. Biz bu ülkede işçiler, çiftçiler, memurlar, dar gelirliler, biz bu ülkenin yüzde 75'iyiz. Bundan 25 sene evvel işçinin çocuklarının yüzde biri üniversite bitiriyordu. Şimdi yüzde 27 civarındayız. Sendikalar sendikacılar bütün imkânlarını kullanarak, çocuklarını en iyi okullarda okutacaklar. Biz bu ülkede ancak o zaman söz sahibi oluruz. Biz bunu temin etmeden, bu çocuklarımızı evlatlarımızı okullara götürmeden, iyi tahsil aldirmeden, biz bu meclisten 5 kişiden fazla, ileriye say 5 kişi geriye say 5 kişi, hiç ileriye gitmeyiz. Onun için de bizimle ilgili müspet bir kanun Meclisten çıkmaz.

Kürşat Hocam demin ifade etti, esnek çalışma kiralık işçilik; adı bir kere kötü ülkenin gündeminde. İşte 5 ay içerisinde

kanun yasallaştı, Sayın Cumhurbaşkanı geçen hafta onayladı imzaladı. Biz hemen bir araya geldik oturduk üç sendikanın başkanı, uzmanlarımız beraber oturdu, beraber anlaştık. Sonra üç gün sonra anlaşamadık. Ana muhalefetle de öbür muhalefetle de oturduk, ama maalesef Meclise geldiği zaman dört saatte geçti komisyonlardan bizim bu esnek çalışma kiralık işçilik; dört saatin içinde. Sonra bize diyor ki, “durdursanıza bunu, mani olsanıza” diyor. Yanlış bir şey konuştuğu zaman öbür parti razı olmuyor, başka bir şey konuştuğun zaman öbür parti razı oluyor. Muhalefetin de gafleti var, iktidarın gafleti var, anlat bakalım derdini nasıl anlatıyorsun?

İşte kısa bir zaman evvel 1 Mayıs vardı. İşte üç işçi sendikası Çanakkale İstanbul İzmir, memur sendikamız Maraş'taydı. Biz TÜRK-İŞ olarak Çanakkale'ye bir yere gitmemiz lazım, ülke yanıyor. Her gün 7 tane 8 tane şehit var. Dedik ki Çanakkale'ye gitmemiz gerekiyor. Ankara Çanakkale 600 kilometrenin üzerinde, İstanbul'a 350 kilometre, Bursa'ya 350 kilometre. 550 otobüs arkadaşımızı oraya taşıdık, o bölgedeki arkadaşlarımız hariç.

Değerli arkadaşlar, değerli katılımcılar; işine gelen televizyonların belli bölümü bizim orada, öbür bölümü İstanbul'da, öbür bölümü Adapazarı'nda, öbür bölümü Maraş'ta, herkes böyle bizi panzerlemiş. Hangi siyasi kanada daha yakınsa, ona göre hareket ediliyor. Ama biz de buna çanak tutuyoruz zaman zaman, biz sendikalar da buna çanak tutuyor.

Değerli katılımcılar, belediye başkanının sendikası olur mu? Bağ-Kur'un sendikası olur mu? Hükümetin sendikası olur mu? Öyle olursa işler de böyle olur. İşte biz de bunun bedelini ödemeye devam ederiz.

Şimdi gündemde taşeronla ilgili yasa çıktı. Ne çıkartan memnun, ne biz memnunuz, ne işçiler memnun; kiralık işçilikle ilgili. Şimdi Metin Hocamla Kürşat Hocam da ifade etti, bu şimdi kıdem tazminatıyla ilgili de hazırlık yapıyorlar. Şimdi bitirdiler, bizim önümüze getirmediler daha. Bizim önümüzde bir şey yok.

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

ERGÜN ATALAY'IN
KONUŞMASI

Şu bulunduğumuz noktada arpa boyu kadar geriye bizi götüremezler. Bu kadar iddialı konuşuyorum. Arpa boyu kadar, bakın burada söylüyorum. Bütün hukukçular burada, herkes burada, arpa boyu kadar bulunduğumuz noktadan bizi geriye götüremezler, yapamazlar. Esnek çalışmada öyle oldu böyle oldu, sorumluluğumuzu biliyorduk. Bundan evvel zaman zaman kamuoyu bizi tenkit ediyor “sendikalar yeterli tepkiyi göstermedi” diye. İşte kıdem tazminatı önünüzde, sendikaların başkanları da burada; kıdem tazminatından sendikadan istemedi, işin aleyhine olan bir işi yapamazlar, yaptırmayız. Almayanlar var mı? Var. Onlarla ilgili bir düzenleme yapılması gerekiyor. Bunlarla ilgili düzenleme olsun, biz de katkı sağlayalım, ama bizim bulunduğumuz noktada arpa boyu geriye gidiş yok.

Diyor ki, 30 bini aşağı çekin. Biz de razı değiliz, ama birileri pişirip pişirip ülkenin gündemine getiriyorlar. Diyorlar ki, biz işçiler en fazla 2 bin lira maaş alıyoruz. 40 sene bizi çalıştırırsanız, 40 sene sonra alacağımız tazminat 110 bin lira 120 bin lira. İki oda alamayız, 2 bin lira maaşla da ayda iki lira biriktiremeyiz. Onun için bu meselede Türkiye’de sağduyulu herkes bizim bu meselede aramızda olur yanımızda olur.

Gazeteler istediğini yazsın, siyasi iktidar istediğini yapsın, Meclis istediğini yapmaya gayret etsin bakalım. İnşallah seneyi yine bu toplantı olur da, ölmezsek yaşarsak buraya gelebilirsek bu konuyu bir daha tartışırız. Ama kıdem tazminatıyla ilgili olumsuz bir mesele içinde olmayız.

Değerli misafirler, değerli katılımcılar; şu anda ben burada konuşurken ülkemizde ortalama 4 kişi iş kazasından can veriyor. Her gün 4 kişi... 170 insanımız yaralanıyor, bunun 50 tanesi sakat kalıyor. En önemli meselelerin başında bu geliyor. Kim sorumlu? Ülkeyi yönetenler, işverenler, sendikalar, işçiler. En son sorumlu olan işçiler. Hepimizin üzerine düşen işler var. Bizim ülkemizde işyerlerinin yüzde 85’i bir kişiyle 10 kişinin arasında çalışan ufak işyerleri. Bu işyerlerinin sahipleri de, genellikle patron oluyor. Hem usta oluyor, hem patron oluyor. Bu

işyerlerinden işçi sağlığı iş güvenliği yasalarına uymayı bekleyemezsiniz, bekleyemeyiz. Adamın aldığı ücret ortada, adamın ürettiği ortada, onunla ilgili ne tedbir alacak? Ancak bu Suriyeli mülteciler meselesinde gündeme geldi, can yelekleri can alma yelekleri. Baretler, gözlükler, ayakkabılar, bunlar bizim kullandığımız, arkadaşlarımızın kullandığı koruyucu malzeme.

Bir örnek vereceğim. Bundan bir buçuk ay evvel İzmit'te bir patlama oldu petrol rafinerisinde. Üç kişi öldü, iki tane yaralı var. Ölen üç kişi taşeron işçisi, üzerindeki tulum 60 yıllık tulum. Yaralanan işçi bizim sendikalı işçi, üzerindeki koruyucu malzeme 600 liralık malzeme. Soma bir ders oldu, sendikalara da ders oldu, ülkeyi yönetenlere ders oldu. Gereken tedbir alındı mı? Yeterli mi? Değil, ama Soma'dan sonra sendikaların da, işçinin de, siyasi iktidarın da tam olmasa da bakışı değişti. Peki, buradan ayın ortasında ayın 12'isinde Soma'daydık. Her bayram arifesinde... Dört bayram geçti Soma'dayız, her yıldönümü oradayız. Meseleyi çözdük mü, hallettik mi? Halletmedik. Her yerde ifade ediyorum. Orada bizim arkadaşlarımızın da sorumlu olan, bizim arkadaşlarımız da sorumlular. Aradan iki sene geçti, halen Soma'nın sorumluları ortada yok.

Gerede Ankara'ya 100 kilometre mesafede güzel bir ilçemiz. Gerede 170'in üzerinde deri sanayinde çalışan, tabak ifade edilen derici var. 3 bine yakın işçi var. O bölgede çalışanların dörtte biri sigortalı. Yaşama koşulları çok kötü şartlarda. Ne koruyucu malzeme var, ne yelek var, ne servis var, ne tuvalet var, ne banyo var. Burada niye bunu anlatıyorum? Televizyonlar burada, gazeteler burada, emeği idare eden hukukçularımızın tamamına yakını burada. Bu bölgeyle ilgili geçen İşçi Sağlık Kongresinde Sayın Cumhurbaşkanının bulunduğu ortamda anlattım, her yerde anlatıyorum dikkat çekmek için. Sayın Baro Başkanımızın ifade ettiği gibi, bir kişi öldü iki kişi öldü haber olmuyor. Ölü 30-40 olduğu zaman haber oluyor. İlla Gerede'de toplu bir yaralanma ölüm olunca mı bu ülkenin gündemine gelecek? Onun için bununla ilgili bir an evvel gerekenleri yapması gerekenler Çalışma Bakanı. Ülkeyi yönetenler bir an evvel o bölgede bir tedbir almamız gerekiyor.

ERGÜN ATALAY'IN
KONUŞMASI

Örgütlenmeyle ilgili sıkıntılarımız devam ediyor, had safhada. 1960 senesinde Adapazarı'nda o zaman idam serbestti. Adamın biri adam vurmuş, biz de o zaman çocuğuz dediler ki idam var, böyle böyle. İdam yapılmadı, kurtardı idamdan. Aradan iki sene geçti, benim yaşım biraz daha büyük, yine aynı adam yine idamla karşı karşıya. İşte mahkeme sonuçlandı. İfade şu: Bundan evvelki olayı ben yapmıştım beraat ettim, ama bunu ben yapmadım. Belki bugün paçayı kurtarabiliriz, belki kurtarabilirsiniz, ama yarın öbür gün bunun bedelini bu dünyada da ahrette de herkes öder. Yargıya öyle çok ihtiyacımız var ki, o kadar çok ihtiyacımız var ki yargıya. Onun için size çok ihtiyacımız var.

Hepinize saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

SUNUCU- Sayın Atalay'a konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Şimdi de Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonuna Genel Başkanı Mahmut Arslan'ı kürsüye davet ediyorum.

MAHMUT ARSLAN'IN
KONUŞMASI

Mahmut ARSLAN (HAK-İŞ Genel Başkanı)- Türkiye Barolar Birliğinin Değerli Başkanı, Yönetim Kurulu üyeleri, TÜRK-İŞ Genel Başkanı, HAK-İŞ TÜRK-İŞ DİSK konfederasyonunun değerli yöneticileri, Türkiye Barolar Birliğinin değerli üyeleri, değerli akademisyenler, değerli konuklar, değerli basın mensupları; sizleri HAK-İŞ adına ben de saygıyla selamlıyorum. Kolay gelsin, iyi günler diliyorum.

Barolar Birliği Başkanımızı tebrik ediyorum. Üç konfederasyonla Türkiye Barolar Birliğinin birlikte -kendisinin ifadesiyle- bir araya gelmelerinin bile keyifli ve güzel bir şey olduğunu ifade ettiler. Evet, bunu önemsiyoruz. Biz aslında işçi sendikaları olarak, Türkiye'nin siyaset kurumunda ve diğer denge alanlarında olmayan bir işi başardığımızı düşünüyorum. Üç işçi konfederasyonu kuruluş felsefeleri, tarihsel yürüyüşleri, sosyal ve siyasal farklılıklarına rağmen ortak sorunlarında bir araya gelebilme başarısını her zaman gösterebilmiştir.

Bu esasında çok kolay bir iş değil. Siyasetçilerin bırakınız gelmelerini, aynı platformda bir arada bulunmaları bile ger-

çekten zaman zaman büyük sorunlara yol açıyor. Bazı farklı grupların bir arada olmasının neredeyse imkânının olmadığı bir dönem, Türkiye’de üç işçi konfederasyonunun sadece Barolar Birliğinin organizasyonunda değil, pek çok alanda birlikte bulunabiliyoruz, birlikte ortak çalışmalar gerçekleştirebiliyoruz, bazı önemli kazanımları elde edebiliyoruz; bu önemli.

Zaman zaman bizim “neden üç ayrı konfederasyon, neden birlikte değilsiniz, tek konfederasyon niye değilsiniz?” sorularına, artık bu sorular fazla sorulmuyor. Bunu zorlamak, belki olağanüstü dönemlerde gerçekleşiyor. Bence bunu zorlamadan farklı yapılarıdaki örgütlerin birlikte çalışma geleneğini, birlikte çalışma alışkanlıklarını kültürünü yerleştirebilmesi. Bu farklılıklar aslında belki çalışanlar için bir zenginliğe de dönüşebilir. O nedenle aynı çatı altında değil, ama farklı da olsak birlikte iş yapmak, sorunları çözme azmimiz gayretimiz çabamız, birlikte bir şeyleri elde etme çabamızı ben çok daha önemli görüyorum.

Onun için Barolar Birliğimizin de bu ikincisini gerçekleştirdiğimiz Emek Kurultayında üç konfederasyonun yine bir araya gelmiş olmasına katkı sağladılar. Bunun için teşekkür ediyorum.

Çalışma hayatının ve ülkemizin gerçekten çok yoğun gündemleri var. Ben de konuşmamın başında, her gün ne yazık ki arzu etmediğimiz, ama bu ülkenin bir gerçeği haline dönüşen terörle ilgili kaybettiğimiz askerlerimize polisimize korucularımıza sivil vatandaşlarımıza buradan Allaha rahmet dileyerek başlıyorum. Terörün ve terörizmini sonlandırılması için konfederasyonumuz HAK-İŞ olarak her konuda katkı ve destek vermeye devam ediyoruz.

Çözüm süreci ve o süreçte ortaya çıkan gelişmeler ve bugün karşılaştığımız çatışma döneminin mutlaka, ama mutlaka sona ereceği ve bu terör belasından Sayın Başbakanın ifade ettiği gibi bir şekilde kurtulacağımız günleri sabırsızlıkla bekliyoruz. Bu zor bir iş, bunun çözümü çok kolay gözüküyor. Ama Türkiye bu işin üstesinden mutlaka gelmesi gerekiyor. Biz bütün bu

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

MAHMUT ARSLAN'IN
KONUŞMASI

tartışmaları, bütün bu yaşadığımız özellikle çalışma hayatında yaşadığımız sorunların çözümünü, ülkenin barış ortamı içerisinde ancak gerçekleştirebiliriz. Eli silahlı canilerin gerçekten ülkenin bir bölümünü yaşanmaz, bir bölümünü bu ülkeden koparma anlayışına karşı bizlerin sendikaların sivil toplum örgütlerinin yapacakları, sadece bu konuları konuşmak tartışmak ve bununla ilgili yol göstermek olabilir. Onun için bu sorunun çözümü hepimiz açısından son derece önemli, çalışma hayatının geleceği açısından da bunu önemli görüyoruz.

Bugün 27 Mayıs, tabii bu organizasyon yapılırken bu tarih özellikle belirlenmiş olduğunu zannetmiyorum. Ama bundan 56 yıl önce Türkiye'de bir darbe yapılmıştır. Bu askeri darbe ne yazık ki uzun süre devrim olarak tanıtılmış. Buna halen devrim diyenler olabilir. Elbette ki bu tercihidir. Ama seçimle iktidara gelmiş bir hükümetin askeri darbeye ortadan kaldırılması, üstelik o hükümetin Başbakanı Maliye Bakanı ve İçişleri Bakanının Dışişleri Bakanının idam edilmesi, gerçekten demokrasi tarihimizin en karanlık günlerinden, en karanlık dönemlerinden birisi.

Onun için bugün de yarın da gelecekte de kim tarafından, hangi amaçla, hangi gerekçeyle olursa olsun, demokratik yolları ve teamülleri, demokratik kültürü, demokratik yapıyı ortadan kaldıracak her türlü darbe girişimine karşı biz dik durmak zorundayız. Bizimkilerin darbe yapmasına alkış tutup, başkalarının geldiği zaman diktatörlük tanımları yapanların, bu çifte standarttan da kurtulması gerekiyor.

Onun için ben 27 Mayıs'ın 56'ncı yılında, kaybettiğimiz başta Adnan Menderes olmak üzere, idam edilenlere Allaha rahmet diliyorum. Bir daha böyle olayların yaşanmamasını umut ediyoruz. Çünkü en son darbe 12 Eylül 1980, bugün yaşadığımız sorunların 1980'de başlayan yürüyüşün, 12 Eylül 1980'le önemli bir aşamaya getirilmesi ve 89'da ortaya çıkan yeni dünyadaki küresel değişimin, bugün biz sonuçlarını tartışıyoruz. O nedenle 12 Eylül darbesi salt bir terörün ve Türkiye'nin istikrarını sağlamak için onların gerekçeleri bile daha ötesinde bir şey ifade ediyor. Türkiye'nin küresel kapitalist ve adaptas-

yonunun gerçekleştirilmesi için, var olan engellerin ortadan kaldırılması hedeflenmiştir.

O yüzden bugün yaşadığımız pek çok sorunun, başta sendikalar üzerindeki dezenformasyonu, sendikalara güvenin ortadan kalkması, sendikal hareketin güçsüzleştirilmesi zayıflatılması, bütün bunların aslında geriye dönüp baktığımızda, 12 Eylül darbesinin ve onun getirdiği hukukun sonuçları olarak görmek gerekir. Onun için bütün darbelerin en büyük faturasını çalışanlar ödüyor. Biz hem 1980 darbesiyle, hem daha sonra post modern darbeler dönemindeki, özellikle 28 Şubat sürecinde de hep kaybeden, hep mağdur edilenler çalışanlar olmuştur. Bir işçi örgütü olarak her şartta ve her zaman demokrasi-den yana ve darbelere karşı durmak zorunda olduğumuzu bu vesileyle ifade etmem gerekiyor.

Değerli katılımcılar, değerli başkanlar; çalışma hayatıyla ilgili elimde çok uzun bir liste vardı, ama zaman sınırlı. Sayın Başkanın ifade ettiği birkaç konuda ben de bir şeyler söylemek istiyorum.

Öncelikle olarak biz Türkiye, yaklaşık 63 yıldır, bir başka ifadeyle en hafifinden 60 yıldır Avrupa Birliği sürecini sürdürüyoruz. Herhalde dünyada bir ilktir. AB üyeliklerinde kesin de, belki dünyada başka bir ülke yoktur ki bir kuruluşa üye olmak için 60 yıldan fazla bekliyor. Bu üye olmak istediğimiz Avrupa Birliğinin ve onun müktesebatının çalışanlar açısından ne anlam ifade ettiğinin farkındayız. O yüzden AB'nin keşfetmiş olduğu, bizim de belki gerçekleştirmemiz gereken olumlu gördüğümüz hususları var. Bunları yok saymadan, Avrupa Birliğinin siyasi duruşunu ve Türkiye'ye bakışını bir kenara koyarak, çalışanlar olarak Avrupa Birliği bizim için ne ifade ediyor? Avrupa Birliğine baktığımız zaman, bir çalışanlar açısından önemli kazanımların ve önemli kısım imkânların bizim için olduğunu görüyoruz. Bunu fark etmemiz gerekiyor.

Bakınız, Avrupa Birliği Komisyonunun Ekonomik Sosyal Komitenin çalışma usulünü pek çok hocalarımız arkadaşlarımız bilir. İşçi ve işveren örgütlerinin birlikte çalışıp uzlaştığı

konular, Avrupa Birliğinin doğrudan direktifidir. Bakınız, hükümetler müdahil olamıyor. Ekonomik Sosyal Komitede işçi ve işveren örgütlerinin üzerinde anlaştığı konular ki, Ekonomik Sosyal Komitenin çalışma usulü bellidir. Ortak uzlaştıkları konular Avrupa Birliğinin direktifidir, yani kanundur. Dolayısıyla biz gerçekten Türkiye gibi henüz gelişmekte olan ülkeler sınıfında olan bu ülkenin çalışma hayatının hakikaten bir kurallar manzumesine kavuşturulmasının yollarından bir tanesi, AB müktesebatının bu konuda bizim için önemli bir çıkış olduğunu düşünüyorum.

Biz sosyal diyalog mekanizmalarının nasıl işlediğini, o mekanizmaların hangi sorunları nasıl çözdüğünü görüyorduk. Dışarıdan müdahalelere kapalı bir yapıyı bizim kurmamız gerekiyor. Bizdeki sosyal diyalog mekanizmaları, evet var. Üçlü yapımız az, ikili yapılarımız toplu sözleşmeler, üçlü yapımız asgari ücret tespit komisyonu, benzeri üçlü danışma kurulu, Ekonomik Sosyal Konseyi. Ama bunların hiçbirisinin işlevsel olmadığını görüyoruz. 2009'dan bu tarafa Ekonomik Sosyal Konseyi toplanamıyor. Hâlbuki bu geniş platform çalışma hayatının, iş dünyasının en önemli konularının tartışılacağı, en önemli konularının gündeme geleceği bir platform. Biz 2010 referandumunda Ekonomik Sosyal Konseyi anayasal kurum haline getirdik. Hâlâ Ekonomik Sosyal Konseyi toplanamıyoruz.

Zihin dünyamızda sosyal diyalog mekanizmaları sadece bir garnitür. Bunun gerçekten sorun çözmek için çok önemli bir kurum olduğu konusunda maalesef belli çevrelerin inançlarının olmadığını görüyoruz. O nedenle bizim sorunlarımızın çözümü için, 21.Yüzyıldı 20.Yüzyılın 19.Yüzyılın kavramlarıyla, o dönemin bir kısım sloganlarıyla gerçekten sorunları çözmek imkânımızın olmadığını görmemiz gerekiyor.

Sendikal dünyanın kendisini geliştirirken, bilgisine tecrübesine ve olaylara hâkimiyetine bakarak, masada müzakere yolunu en önemli kurumlardan bir tanesi sosyal diyalogdur. Sosyal diyalog mekanizmaları tek taraflı işlememeli. Bugün ne yazık ki temel sorunlarımızı sosyal diyalog mekanizmalarıyla

tartışarak çözmek gibi bir ifade olsa da, bu konuda düzenlemeler yapsak da, istediğimiz sonucu elde edemiyoruz. Neden? Bu kurumlardan kaynaklı değil, zihin dünyamızdan kaynaklı. Bu zihin dünyamızdaki kalıpları değiştirmeden bu sorunları keşke çözebilsek, ama maalesef bunların çözümü de kolay değil.

Onun için bize getirilen 1980 darbesinin bize getirmiş olduğu, özellikle hukuki anlamda zihin dünyamızdaki ciddi değişim, ciddi savrulma, ciddi yozlaşma ve bunun sonuçları elde ettiğimiz bugünkü başarısızlıklar, yeni dönem için de maalesef ortaya getirilen önümüze getirilen sorunların çözümü konusunda da sendikaları güçsüzleştiren mecalsizleştiren bir noktada.

Bu arada “sendikal hareket kendisini sorgulamıyor” eleştirilerine de ben katılmıyorum. Gerçekten sendikalar kendisini sorgulayan, bu konuda bütün bu olup bitenlere rağmen çözümler üretmeye çalışan yerler. Ama başardık mı? Asla başaramadık. Bugün hâlâ 13 milyon sigortalının 1,5 milyonu sendikalıysa, elbette ki burada biz de üzerimize düşen payı alacağız. Vazgeçmeyeceğiz, teslim olmayacağız. Bundan dolayı bir umutsuzluğa kapılmayacağız, mücadelemiz devam edecek. Bu mücadeleyi biz mutlaka çalışanların bütününün sendikal dünyaya dahil edilmesi hedefimizden geri durmadan devam edeceğiz.

Elbette ki küresel gelişmeler, Türkiye'nin yaşadığı değişim, ekonomik sosyal politikaların bizim önümüze getirdiği zorluklar, bütün bunların farkındayız. Ama bütün bunlara rağmen vazgeçmek teslim olmak, geriye gitmek söz konusu olamaz. Spesifik olaylardan birkaç tanesinden bahsedeyim. Kıdem tazminatı Sayın Başkanın, özellikle o dönem Başbakan şimdiki Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip Erdoğan'la bir toplantı yapmış İstanbul'da. O toplantı sonunda Sayın Başbakan beni aradı. Sayın Baro Başkanımızın yanından aramıştı. Fen-İş Alüminyum Türkiye'nin alüminyum konusundaki en gözde şirketlerinden bir tanesi, gerçekten Türkiye'nin yüz akı bir kurumdur. Ama bu kurumu kötü yönetim veya başka nedenler, finansal neden mi biliyorum. Bu kurumu çok etkiledi. 600

arkadaşımız orada çalışıyordu ve öyle bir sistem öyle bir yapı var ki, hâlâ Fen-İş Alüminyumdaki arkadaşlarımız kıdem tazminatlarını alamadılar biliyor musunuz? Neden? Öyle bir sistem içerisine, öyle bir oyun tezgâhlanmış ki, bütün varlıklarını koysanız bankalara borcunu karşılayamıyordu. İpotekli alacaklar var sırada. Sayın Bakanımız da o zamanki Faruk Çelik'le konuştuk, Barolar Birliğinden de bir heyet oluşturduk birlikte. "Acaba dedik işçi alacaklarını kamu alacaklarının önüne koyabilir miyiz?" dedik, kıyamet koptu. Faruk Çelik geri adım atmak zorunda kaldı. Denildi ki, o zaman Türkiye'de bankacılık sistemini çökertirsiniz. Peki, nasıl çözeceğiz? Hukukçu arkadaşlarımızla çalıştık, çözüm bulalım. Çözüm bulamadık. En son çözüm nedir biliyor musunuz? Düştüğümüz hale bakın. Kocaeli Büyükşehir Belediye Başkanıyla görüşüyoruz. O fabrikanın olduğu sahada bir farklı imar değişikliği gerçekleştirilebilirse, bu imar değişikliğiyle oradan ciddi bir rant elde ederse, o rantlarla acaba bizim kıdem tazminatı alacaklarımızı alabilir miyiz? Bu bizim bedelimiz mi Allah aşkına? Ama sistem tıkalı, alacak bir şey bulamıyorsunuz.

Sedat Karaoğlu kirada oturan bir zavallı görüntüsünde. Öyle diyor. "Evim de kira, hiçbir şeyim yok" diyor. Türkiye'nin yüz akı bir kurum çökertiliyor, işçilerinin 20 yıllık kıdem tazminatları yok ediliyor. Sonra da biz diyeceğiz ki "dokundurmamız" dokunuyorlar. Yüzlerce... Ben o zaman bir araştırma yaptım, 20 bin tane işyerinde benzer durumlarla karşılaştık. Peki, bu sorunu biz yok mu sayacağız arkadaşlar. Bu sorunun çözümü için tartışılması gereken, çözümler bulmak zorunda değil miyiz? Bunu dediğimiz andan itibaren HAK-İŞ'e bir klişe yapıştırma, "HAK-İŞ kıdem tazminatı fonunu savunuyor, kıdem tazminatı elimizden alınacak." Bu kadar da dezenformasyona isyan ediyorum.

Ben diyorum ki, Türkiye'de emekçilerin özel sektörde çalışanların yüzde 80-85'i kıdem tazminatı alamıyor. SGK verilerini açıkladılar. 2014 yılında 18 milyon işten çıkış bildirgesi vermiş Sosyal Güvenlik Kurumuna işverenler. 18 milyon, 12 milyon sigortalımız var, 18 milyon çıkış bildirgesi veriyor bir

yılda Sosyal Güvenlik Kurumuna. Bu ne demektir? Bunları duyun ki, kıdem tazminatı alamıyor dedik; bir yıldan az çalıştığı için. Bunu görmezden gelemeyiz. Onun için sorunların çözümü ayrı bir konu, var olan sorunları tespit etmek ayrı bir konu. Biz bugünkü kıdem tazminatı sisteminin sürdürülebilir, çalışanların emekçilerin sorunlarını çözmeye yetmediğini görüyoruz. Bunun iyileştirilmesini istiyoruz. Kazanılmış haklarımız korunarak, daha ileriye götürelim istiyoruz. Ama bunun yolu, bunun yöntemi neyse konuşup tartışalım. Konuşmayacağız! Konuşmazsanız birileri yapıp götürüyor. Oturup konuşalım, tartışalım, önerilerimizi koyalım ve bu sorunun çözümü için elimizi taşın altına koymak gerekiyorsa koyalım. İnanın kamunun dışında örgütlü olduğumuz işler dışında kıdem tazminatı ödenmiyor. Avukatlarımızın büyük çoğunluğunun açtığı davalar, özellikle bireysel hukukla ilgili kıdem tazminatı konusu. Bunu görmezden gelemeyiz, bunu tartışmamız gerekiyor.

Bunu yaparken, Sayın Başkanın da ifade ettiği gibi, kıdem tazminatı konusunda elde ettiğimiz kazanımların gerisine düşmeden, ileriye götürecektür düzenlemeleri biz bu konuda tartışılmasından yanayız, konuşulmasından yanayız. Bundan dolayı bir rahatsızlığımız yok.

Taşeron konusu, bakınız biz HAK-İŞ olarak şunu savunduk: Kamuda taşeron uygulamalarının sürdürülebilir olmadığını, kamu maliyesi açısından da emekçiler açısından da, Türkiye'deki endüstri ilişkileri sistemi açısından da sürdürülebilir olmadığını altını defalarca çizdik. Bu sistemin gerçekten modern çağdaş kölelik olduğunu gördük. HAK-İŞ'in ilk defa yapmış olduğu taşeron araştırmasında, taşeron işçilerin yüzde 10'unun asgari ücretin altında ücret aldığını gördük. Bu Kamudaki bir taşeron firma, kamuya hizmet satan bir taşeron firmasının bu imkânı yok aslında, ama ne yapıyorlar? İşçiler aldıkları asgari ücretin bir bölümünü taşeron firmaya iade ediyorlar. Bunu gördük. Onun için bu sistemin sürdürülebilir olmadığını, Türkiye'ye yakışmadığını ve bu sistemden vazgeçmemiz gerektiğini söyledik.

Ahmet Davutoğlu Sayın Başbakanımız bir açıklama yaptı. Dedi ki, kamuda taşeron sisteminden vazgeçiyoruz. Heyecan duyduk. Bütün bu çalışanlar kamuda istihdam edilecek. Allah razı olsun dedik, çok teşekkür ederiz. Tam da bizim istediğimiz gibi. Sayın Maliye Bakanımız açıkladı ki, farklı bir şey düşünülmüş. Sosyal güvenlik hakları açısından işçi, özlük hakları açısından memur, ama ne 657'yi tam karşılıyor, ne de 4857'yi. Peki, nedir bu? Özel sözleşmeli personel. Niçin böyle yapıyor, niçin bu hilelere başvuruluyor? Hem denetlemek, hem kontrol etmek, hem de maliyeti düşürmek için getirilmiş bir model; gerçekten çağdaş Türkiye'ye yakışmayan bir model. İşçilerin örgütlülüğünden, serbest toplu pazarlık hakkından, kıdem tazminatından endişe ederek getirilen bu modelin sürdürülebilir olma imkânı yok. Biz özellikle 23 bin kişi civarındadır 4/C'liler. Bunların sorunlarını hâlâ çözememekten dolayı şikâyetler varken, binlerce kişinin bu statüye getirilmesine itirazımız var.

Onlarca defa konuştuk, Sayın Maliye Bakanımız, Sayın Çalışma Bakanımız, Başbakanımız ve Cumhurbaşkanımızla. Bu sorunun çözümü konusunda maalesef mutfakta pişiriliyor, biz en son duyuyoruz. Geçen gün açıklama yaptı Sayın Çalışma Bakanımız. Sonra gerçi bizim çalışmalarımız tamamlandı dedi. "Kıdem tazminatıyla ilgili çalışmalar tamam" diye bir gazete haberi... Soruyorlar bize çalışmalar bitmiş, nedir konu? Daha bizim haberimiz yok. Bizim elimizde kıdem tazminatıyla ilgili hükümetin bir taslağı gelmedi. Gelmeyen bir taslağı biz tartışmak durumunda kalıyoruz.

Onun için sosyal diyalog mekanizmaları işte burada devreye giriyor. Bütün tarafların olduğu ve özgürce müzakere ettiğimiz konuştuğumuz tartıştığımız her mesele için önerilerimizi ortaya koyduğumuz ve bununla birlikte bir uzlaşmayla bu sorunların çözümü olursa, bu sosyal mekanizmaların bir anlamı olduğunu görürüz.

Maalesef Sayın Başkan da ifade etti, üç konfederasyon belli bir noktada istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi kurması ko-

nusunda belli bir noktada konuştuk uzlaştık. Bu uzlaştığımız şey bizim baştan itibaren arzu ettiğimiz şey değildi, ama bir yerde uzlaşalım dedik. Daha sonra bir konfederasyonun bu konudan geri çekilmek zorunda kaldı. Tabii ki takdirleridir, mecbur değiller, ama bugün Sayın Başkanım da ifade etmişti, üçümüz birlikte bir tavır ortaya koyabilseydik, sanıyorum bugün gelinen mevzuatı biraz daha esnetme imkânımız olurdu. Yine de çaba sarf ettik sonuna kadar. Fakat bizim arzu ettiğimiz bir çözüm istediğimiz noktada gerçekleşmedi.

Fakat özellikle belli alanlarda HAK-İŞ olarak, TÜRK-İŞ Başkanı da bunu açıkladığı için söylüyorum. Belli alanlarda kayıt dışıyla mücadele için bir en azından kayıt altına almak için bir imkândı. Özellikle mevsimlik tarım işçileri, özellikle ev çalışanları. Yine doğum ve askerlik nedeniyle işyerinden ayrılanların yerine geçici iş ilişkisiyle bu sistem tamamlanabilirdi. Biz bunu desteklemiştik. Fakat gelen sürekliliği arz eden işyerleri için de getirilmesi, hem kaygılarımızı hem de gelecekle ilgili ortaya çıkacak sorunları maalesef olabileceği hususundaki kanaatlerimizi daha da pekiştirmiş oldu.

Biz hem taşeron uygulamada, hem kıdem tazminatında, hem özel istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi kurması konusunda ve diğer konuların her birisinde üçlü danışma kurullarının gerçekten demokratik şekilde ve arzu ettiğimiz sosyal diyalog mekanizması olarak kullanılmasını istiyoruz. Bu konuda evet şehir olarak yapılıyor. Sayın Bakanlara haksızlık etmemek lazım. Hem daha önceki Bakanımız Sayın Faruk Çelik, hem Süleyman Soylu Beyin gerçekten bu konudaki hassasiyetlerimizi dikkate alarak, bu tür özellikle üçlü danışma kurulu ve ikili ilişkiler konusunda iyi bir diyalogumuz var. Görüşmelerimiz var, konuşuyoruz, önerilerimiz dinleniyor, toplantılar yapılıyor. Ama bunu daha ileriye taşıyamıyoruz. Sayın Bakanların şahsından da öte bir şey, bu bir hükümet meselesi, bu bir zihniyet meselesi. Onun için bunun sosyal diyalog mekanizmalarını yeterince kullanıyoruz demek, gerçekten fazla iddialı bir ifade, ama hiç yok da diyemiyoruz. Olması gerekeni elde etmek için çaba sarf ediyoruz.

Bizim görevimiz HAK-İŞ olarak, HAK-İŞ Konfederasyonunun ilkeleri hedefleri ve yaklaşımları doğrultusunda getirilen bütün düzenlemelerin olumlu yönlerine bakıyoruz. Olumlu olanlarını destekliyoruz, eksiklerine de itiraz ediyoruz. Örneğin, son yaşadığımız dün sona eren bir durum... Tehlikeli işlerde çalışacakların, var olan çalışanların artık MYK belgesi olması gerekir diye bir düzenleme yaptık geçen sene. 26 Mayıs'ta da süre bitti. Bir ay öncesine kadar, işverenlerin büyük çoğunluğu bu konuyla ilgili hiçbir adım atmadı. Şimdi de süre bitti, yetişmiyor. Çünkü bunun bir cezası var, 26 Mayıs'a kadar belge almayanlar, hem işçiler açısından hem de işveren açısından bir yükümlülük getirdi. Ama bu yükümlülüklerin gereği yapılmadığı için şu anda ya bir yasal düzenlemeyle süre uzatılacak veyahut da şu anda Allah korusun ortaya çıkacak bir iş kazasında... Daha doğrusu sonuçları inanılmaz derecede problem oluşturacak.

Niye böyle peki? Bakın kanunu çıkartıyor. Bu kanun çıkarırken işverenlerin de hepsi biliyor ve düzenlemeyi de yaparken bir yıl süre verilirken de ortada. Ama işverenler bunları yapmıyor. Şimdi de diyorlar ki, yapmasak da bize bir müeyyide uygulamayacağına göre işler devam ediyor. Onun için yasal düzenlemeleri yapmak yetmiyor. Gerçekten özellikle Soma'dan sonra bizim ortaya koyduğumuz tavır, birlikte çalıştığımız ve ciddi şekilde madenlerle ilgili önemli düzenlemeler yaptık. Ama bu düzenlemelerin sonunda Ermenek'i yaşadık. Ermenek'teki olay şu, işçilerden istenilen şu: Evet, ücretiniz asgari ücretin iki katı olur, onun bir kısmından vazgeçeceksiniz. Vazgeçmezseniz, yemek paranız da yol paranızı da keseceğiz. İnsanlar kendi imkânlarıyla madenlere gelmek zorunda kaldılar ve yaşanan gelecek olan o felaketi göz göre göre maalesef seslerini çıkaramadılar. Çünkü o madenler kapandığı zaman Toroslarda aç kalmakla karşı karşıyalar.

Onun için salt yasal düzenlemeler yetmiyor. Bunun uygulamasının da yapılması gerekiyordu. Burada halen Türkiye bu kültürü, bu zihniyeti oluşturamadı. Biz iş kazalarında kaybettiklerimizi, iş kazası sonucu kaybettiklerimiz değil, aslında

iş cinayetlerinde kaybettiğimiz şehitler olarak görmek lazım. Gerçekten göz göre göre hayatlarının baharında göz göre göre ölüme gönderdiğimiz insanlar ancak şehit olurlar. Bu yüzden bunun ortadan kaldırılması için yasal düzenlemeler mevzuatlar arka arkaya geliyor, uygulamada bizim de sorumluluklarımız var. Bu konuyu ciddi şekilde takip etmemiz gerekiyor.

Daha çok şeyler var, ama zaman... Ben TÜRK-İŞ Başkanından daha fazla konuşmuş oldum, özür diliyorum. Ama şunu bilmemiz gerekiyor. Bu tür toplantıların ortaya çıkaracağı sonuçları çok önemsiyoruz. Burada her konuyu tartışmalıyız, tartışmaların sonunda elde edeceğimiz buradaki çıktıları, ben gelecek açısından önemli bir tarihe not düşme olarak görüyorum. Onun için Barolar Birliğinin bu çalışmasını tekrar tebrik ediyorum. Emeği geçen herkese saygılar sunuyorum. Kolay gelsin.

SUNUCU- Sayın Arslan'a konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Genel Başkanı Sayın Kani Beko aramıza teşrif ettiler. Kendilerini kürsüye davet ediyorum.

Kani BEKO (DİSK Genel Başkanı)- Sevgili katılımcılar, saygıdeğer konuklar, Türkiye Barolar Birliğinin Değerli Başkanı, basın dünyasının değerli çalışanları, konfederasyonlarımızın genel başkanları; öncelikle ben çok özür dilerim. Geçen yıl buraya en erken gelen bendim, çok önem verdiğim bir konu. Beni yanlış anlamayın, işçiler de "eğer gelmezsen biz de seni protesto edeceğiz" demişlerdi. Yenimahalle Belediyesinde 3 bin işçi arkadaşımızın toplu sözleşme töreni vardı. Ben oraya katılmak zorunda kaldım. Tekrar tekrar başta Barolar Birliği Başkanından, konfederasyon başkanlarından, çok değerli başkanlarımdan, konuklardan ben özür dilerim.

Emeğin Hukuku Kurultayının ikincisinin düzenlenmesini umutla karşılıyor ve emeği geçen bütün arkadaşlara çabalarından dolayı tekrar tekrar teşekkür ediyorum. Bu kurultayın hukuk ve sosyal güvenlik alanlarında yapılan ve kabul edilemez saldırılara karşı güçlü bir ses olması ve işçi sınıfına yol gösterecek sonuçlar çıkarmasını en içten dileklerle arzu ediyorum.

Saygıdeğer konuklar, değerli mücadele arkadaşlarım; küreselleşme sürecinin derinleştiği, yetki ve rekabet tüm dünyada örgütsel toplumsal ve ekonomik süreçleri parçalayıp yeniden kurgularken, siyasal ve toplumsal düzenlemeleri de bu gelişmelere uygun hale getirmektedir.

Teknolojik gelişmelerin koşullandığı yatırımlar baş döndürücü bir hızlı artarken, üretim süreçlerinde yer alan işçilerin çalışması daha fazla değer yaratmak uğruna tükenme noktasına maalesef gelmiştir. Bütün bunun uygun hale getirilmesi, parçalanmış üretim süreçleri, sendikalaştırma, sendikasızlaştırma, taşeronlaştırma, güvencesiz çalıştırma, kısaca örgüt-süzleştirme politikalarıyla pekiştirirken, hukuksal mevzuatın çerçevesi denetim ve yaptırımları esnekleştiriyor ve belirsiz hale getirmektedir. Sermaye için bunlar yetmiyormuş gibi, her türlü güvenlik ve güvencelerden yoksun kayıt dışı işçilik ve çocuk çalıştırma, toplumsal ve ekonomik yaşamın kaçınılmaz unsurlarından biri haline gelmiştir.

ILO'nun 2014 yılı Küresel İstihdam Eğilimleri raporuna bakıldığında, dünyada her 10 kişiden 5'i kırılgan işlerde çalışmaktadır. Gelişmekte olan üniteler söz konusu olduğunda, bunlar büyük olasılıkla kayıt dışı sektörde çalışmaktadır. Dolayısıyla yapılan işlerde yoksulluk, düşük kazanç, tehlikeli çalışma koşulları ve sağlık sigortası yokluğu gibi büyük riskler gündemdedir. Görüldüğü üzere kayıt dışılığın işçi sağlığı ve güvenliği uygulamaları açısından ne denli olumsuz etkiler yarattığı ve sorunlara yapısal özellik kazandırıldığı açık net bir şekilde ortadadır.

Bu çerçevede ekonomik büyüme tek başına ve durduk yerde insana yakışır iş olanakları yaratmadığı, var olan işlerin niteliğini geliştirmediği gibi, onları daha da taşeron ve güvencesiz ilişkilerin içine çekmeye çalışarak yoksulluğun daha derin yaşanmasına neden olmaktadır.

Gelişmiş ülkelerde daha az olmakla birlikte, gelişmekte olan ülkelerde yaratılan istihdamın önemli bir kısmının taşeron ve güvencesiz ekonomide olduğu herkes tarafından kabul

edilmektedir. Diğer yandan uygun olmayan istihdam sorunu yalnızca ekonomide kendini gösteren bir gerçek değildir. Aynı zamanda kurumsal ekonomi de dahil sosyal koruma eksikliği, istihdam hizmetlerinin zayıflığı, örgütlenme ve hakların korunmasında yetersizlikler vesaire uygun iş olanaklarındaki açıklara yol açmaktadır.

Değerli konuklar, sevgili katılımcılar; Türkiye’de taşeron ve güvencesiz çalıştırma ilişkileri 2000’li yıllarda dünya çapında üretim organizasyonunda yaşanan dönüşümün de etkisiyle gündemimizde daha fazla yer kaplamaktadır. Taşeron ve güvencesizlik, emeği disiplin altına alınıp, sömürülüp derinleştirmenin temel uygulaması haline gelmiştir. Şunu iyice anlamak gerekiyor. Ülkede sermaye birikim rejimi artık taşeron ve güvencesizlik üzerinde yükselmektedir. Sermayenin ve devletin temel tercihi olarak karşımıza çıkan bu birikim rejimi, sendikal hakların genişletilmesi, işçi sağlığı ve iş güvenliğinde kamusal bir anlayışın yerleştirilmesi, kıdem tazminatı hakkının korunması, asgari ücretin yaşamın gereklerine uygun düzeye çıkarılması, çalışma ortam ve koşullarının insana yakışır biçimde düzenlenmesi, güvenceli çalışmayı reddeden maalesef bir rejimdir.

Emeğiyle geçinenler açısından bu tablo, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının kendisinin de itiraf ettiği, kölelik gibi bir şeydir. Yani Ortaçağ’da köle satar gibi, bizim işçi arkadaşlarımızın önümüzdeki dönemde maalesef AKP mantığıyla bizim arkadaşlarımızı özel istihdam bürolarında satacaklar arkadaşlar.

İnsana yapılabilecek en büyük kötülük, onu üretken alanlardan çekmek, işsiz bırakmaktır. Aynı zamanda yasal düzenlemeyle insan ticareti yapmak, onu en kötü çalışma koşullarına mahkum etmek. Bize göre tarihin en büyük insanlık suçlarından biridir. Ne yazık ki uzun bir dönemdir sermaye de siyasal iktidarın el ele vererek çalışmaların kazanılmış olan haklarına azgınca saldırı devam etmektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülüp kabul edilen kiralık işçilik yasasıyla, bu insanlık suçu ne yazık ki bizi

geleceğimizi çok köklü bir şekilde tarif edecektir. Ardından kıdem tazminatına dönük bitip tükenmeyen düzenlemeler, sermayenin rekabet ve birikim için neleri göze aldığını bize göstermektedir. 4857 sayılı İş Kanunu yapılan esneklik düzenlemeleri, sermaye için yeterli olmamış, siyasal ve ideolojik çevresi alabildiğine makyajlanan özel istihdam bürolarına geçici iş ilişkisini kurmak için de işçi kiralama yetkisi vermesiyle, Türkiye’de emeğiyle geçinen milyonlar köle haline getirilmek istenmektedir.

İstihdamı ve rekabeti artıracığı, kayıt dışılığı azaltacağı, kadınlara gençlere mevsimlik işçilere güvence sağlanacak gibi argümanlarla önümüze gelen ve toplumsal yapımda rıza oluşturmaya çalışılan bu kölelik yasası, ülkenin geleceğini ve üretken emeği talan edecektir. Bu aynı zamanda ülkemizdeki yetersizliklerle mağdur olan, bireysel iş hukuku, toplu iş sözleşmesi, üzerine sosyal kölelik sistemini de tahrip edecektir.

Saygıdeğer konuklar, dünyada ve Avrupa Birliğinin 28 ülkesinde uygulamalara bakıldığında, bu kölece çalışma biçimlerinin istihdamı artırdığı iddiası hiçbir gerekçeye dayanmamaktadır. Son 10 yılın işsizlik verilerine baktığımızda, buna dair bir işaret söz konusu değildir. 2004 yılında Avrupa Birliği 28 ülkesinde yüzde 9,3 olan işsizlik oranı, 2014 yılında 10,2’ye yükselmiştir. Kiralık işçilik ve esnekliğin daha yoğun olduğu Avrupa Birliğinde ve İngiltere’de ise, aynı dönemde işsizlik oranları sırasıyla şöyle; yüzde 5,5 seviyesinden 6,2’ye çıkmıştır, yüzde 4,7’den 6,2’ye yükselmiştir. Diğer yandan kayıt dışılığı azaltacağı iddiası tamamen boş bir iddiadır. Dünya düzeninde kayıt dışılıkla mücadelede özel istihdam bürolarının nasıl bir etki yaptığı konusunda herhangi bir veri söz konusu değildir. Neden? Çünkü kayıt dışı ekonomi zaten tanımı gereği bütün kuralları ilişkileri kullanmaktadır. Esnekliğin her biçimi o alanda özgürce kullanılmaktadır. Bu yüzden esnek güvencesiz ve özel istihdam büroları ilişkisinin kullanılması o alanlarda gerekmektedir.

Özel istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi kurmasının düzenlenmesinin ana hedefi, formel ekonomiyi düzenli ekonomiyi

örgütlü yapıyı maalesef hedef almıştır. Bu haliyle ilgili yasa, kayıtlı çalışanların neredeyse yarısını kapsamış durumdadır ve kölece ilişkiler içine çekebilecektir. Mevsimlik tarım işçilerinin kayıt altına alınmasına çözüm özel istihdam büroları olmuştur. Kamusal istihdam yaratmakla görevli olan bir kurum, yani İş-Kur İşsizlik Fonundan aktarılan fonlarla devasa bir özel istihdam kurumuna dönüştürülmüştür. Yaptığı tek şey, aktif işgücü programları oluşturmak ve toplum yararına çalışma ilişkilerini düzenleyerek, güvencesiz örgütsüz ve kötü çalışma koşullarının yerleşik hale getirilmesine önayak olmuştur.

Mevsimlik tarım işçilerinin kayıt altına alınması, çalışma ve yaşama koşullarının düzeltilmesi için etkin bir politika gelişmesi beklenirken, yapılan sadece başarı sistemini dönüştürerek kayıt altına alınması derdine düşmüşlerdir. Aileleriyle birlikte 1 milyonu bulan bu kitlenin, çalışma ücret barınma eğitim sağlık örgütlenme nakil vesaire temel sorunları konusunda yapılan sahici bir düzenlemeden bahsetmek kesinlikle mümkün değildir.

Sözlerimi toparlayacak olursam, saygıdeğer konuklar, sevgili mücadele arkadaşlarım; çalışma ve koşullarını böylesine esnekleştirilmeye çalışıldığı toplu sözleşme düzeninin radikal değişikliklere uğrayacağı, sendikal örgütlenmenin işlevsiz hale getirilebileceği bir çalışma yaşamı, doğrudan sosyal güvenlik sistemini vuracaktır. Kayıt dışılığın yarattığı olumsuz durumdan zaten ciddi etkilenmekte olan sistem, hem çalışanların gelecek güvencesinin, hem sağlık hizmetlerini çok daha geriletecektir. Bu durum zaten yetersiz olan çalışma hukukunu belirsizleştirecek, kanunla özendirecek ve tarafların kesinlikle özel sağlık hizmetlerinden faydalanmasına engel olacaktır.

Geçen kurultayda geniş olarak işlenmişti, ama bu son gelişmeler ışığında işçi sağlığı ve iş güvenliği alanından da bahsetmek gerekmektedir. Düzenli ve kayıtlı istihdamın esnekleştirildiği bir üretim sürecinde, işçi sağlığı ve iş güvenliği uygulamalarının istenilen düzeyde olabilmesini beklemek bir hayaldir. Zaten devasa sorunlarla mağlup ve çökmüş bir alan olan işçi sağlığı ve iş güvenliği alanı, kitlesele iş cinayetleri ya-

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

KANİ BEKO'NUN
KONUŞMASI

şanmasına neden olmakta ve toplumsal yapıda ağır travmalar maalesef yaşanmaktadır.

Sonuçta iş hukuku açısından olsun, sosyal güvenlik hukuku açısından olsun, emekten yana düzenlemelerin yaşama geçirilmesi için çaba göstermek, mücadele etmek, hâlâ temel bir görevdir. Sendikalar olarak biz bu gidişe karşı güçlü bir duruş göstermek zorundayız. İşçi sınıfının ekonomik demokratik ve siyasal talepleri, onun temel örgütlenme araçları ve birleşik mücadele perspektifi mümkün olabilir, ancak özgürlük ve demokrasinin geliştirilmesi süreçler, işçi sınıfının ve emekçilerin bütün alanlarda haklarını kaybetmeleriyle sonuçlanmıştır.

Bunun için var olan korumak ve dahası geliştirmek için taşeron ve güvencesiz çalışma biçimlerinin yasaklanmasına karşı mücadele bir yaklaşım olmalıdır. Mevcut antidemokratik sendikal yasalar ve toplu sözleşme düzenine karşı verilecek mücadele, aynı zamanda iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanında emekten yana düzenlemelerin yaşama geçmesine mücadelesinde kesinlikle olacaktır.

Sözlerimi burada tamamlarken, bir kez daha bu kurultaya emeği geçen başta Barolar Birliği Başkanımıza ve yönetiminize DİSK adına teşekkür ederken, kısaca kendimle ilgili sadece bir cümle söyleyerek sözlerimi burada toparlamak istiyorum.

Sevgili mücadele arkadaşlarım, değerli kardeşlerim; biz işçi arkadaşlarımızın kıdem tazminatlarını leş kargalarına yetirmemek için, biraz önce söyledim özel istihdam bürolarında Ortaçağ'da işçi arkadaşlarımızı köle satar gibi satılmasını engellemek için ve bir de Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı biliyorsunuz bir çam devirdi. Bu anayasadan kesinlikle laikliğin kalkmasını istemişti. Ben bu konuları İstanbul'da 1 Mayıs Özgürlük Dayanışma Mücadele gününde haykırdım. Yani şunu söyledim: Biz kıdem tazminatlarımızı kesinlikle leş kargalarına yetirmemek için mücadeleye devam edeceğiz. Laiklik Mustafa Kemal'in bize emanet ettiği cumhuriyetimizin ilkesidir. Biz DİSK'iz, kurulduğumuz günden bugüne bu ülkenin bağımsız demokratik laik sosyal hukuk devleti olması

için mücadele veren bir konfederasyonuz ve bundan sonra da bu böyle olacak dedikten sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı beni kara listeye almış. İki kez Türkiye Büyük Millet Meclisine girmek istedim, ancak başta Cumhuriyet Halk Partisi Grup Başkan Vekili özel geldi içeriye aldı. Bir önceki girişimde de Musa Çam beni aldı.

DİSK Genel Başkanı olarak ben Türkiye Büyük Millet Meclisine buradan şunu seslenmek istiyorum. Siz de biliyorsunuz, Türkiye Cumhuriyetinde 17-25 Aralık'ta cumhuriyet tarihinin en büyük soygunu yapıldı. Evet, biz 17-25 Aralık'ta, başta dört bakanı ve o listede adı geçenleri yargılayamadık. Ama elin oğlu, Zaraf'ı Amerika'da yargılıyor. Ben Türkiye Büyük Millet Meclisi Meclis Başkanına buradan sesleniyorum. Keşke cumhuriyet tarihinin en büyük yolsuzluklarını yapanları kara listeye almış olsaydınız, biz genel başkan olarak ben de sizi alkışlardım. (Alkışlar)

Ben bu duygu ve düşüncelerle, bu görevimi yaptığım sürece, bu ülkenin tüyü bitmemiş evlatlarının hakkını hukukunu yiyenlere karşı mücadelemize devam edeceğiz. Ben genel başkan olduğum müddetçe, hırsıza hırsız, katile katil demeye devam edeceğimi buradan bir kez daha ifade etmek istiyorum ve bu Emek Kurultayını düzenleyen emeği geçen tüm arkadaşlarıma Devrimci İş Sendikalar Konfederasyonu adına saygılar sevgiler sunuyorum. Çalışmalarınızda başarılar diliyorum. Yolunuz açık olsun diyorum. Sağ olun, var olun.

EMEĞİN HUKUKU
KURULTAYI-2

Birinci Oturum

SUNUCU- Sayın Kani Beko'ya teşekkür ediyoruz konuşmalarından dolayı. Değerli konuklar, toplantımızın "Bireysel İş Hukuku" başlıklı birinci oturumunun oturum başkanlığını yapmak üzere Yargıtay 21.Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Mesut Balcı'yı davet ediyorum. (Alkışlar)

"Özel istihdam büroları" başlıklı sunuş için Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Dr. Levent Akın'ı, "Kıdem Tazminatı" başlıklı sunuş için Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesinden Prof. Dr. Cem Kılıç'ı, "Atipik iş sözleşmelerinde işçinin korunması" başlıklı sunuşu için Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Dr. Kadir Arıcı'yı, "Eşitlik Kurulu Kanunuyla, Anayasa ve İş Kanununun ilgili hükümleri üzerine bir değerlendirme" başlıklı sunuşu için Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI'yı kürsüye davet ediyorum.

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Salonda bulunan herkese saygılarımı sunuyorum. Emeğin Hukuku Kurultayını düzenleyen, başta Barolar Birliği olmak üzere tüm sendikalarımıza teşekkür ediyorum.

MESUT BALCI'NIN
KONUŞMASI

Üretmeden tüketemeyiz. Biz zaten öyle bir ülkede yaşamıyoruz. Biz sömürgeci bir ülke değiliz, yer altı kaynaklarımız yok. O halde biz üretmeliyiz ki, tüketelim. Üretirken de bu işçilerimizin haklarını, sosyal güvenliklerini sağlamamız lazım. Yargıya güvenen azaldı denildi, ben en azından iş ve sosyal güvenlik konusunda yargıya son derece güvenildiğini ben biliyorum. Bizim böyle güvensizlik problemimiz yok. Fakat biz bazen yasaların da önünde gidiyoruz.

İş kazası ve meslek hastalığı gerçekleştikten sonra bizim önümüze geliyor. Bizim önümüze geldiği zaman, mevzuatta yer almasa bile, tüzüklerde yönetmeliklerde yer almasa bile, biz "işveren teknolojinin geliştirdiği her türlü önlemi almak zorundadır" diye onlarca yıldır kararımızı yazıyoruz. Keşke içtihadımız kazadan önce oraya gidebilse, biz kazadan sonra bunu yapabildiğimiz için, ancak mevzuat bizim içtihadımız doğrultusunda daha genişlerse, o zaman işverenler bu önlem-

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

MESUT BALCI'NIN
KONUŞMASI

leri alacak. Sonradan cezasını çekiyorlar, ama bizim içtihatlarımız sonradan o almadıkları önlemlerin sorumluluğunu onlara hissettiriyor.

Bir de yasal düzenlemeler yapıyor şimdi bu alanda. Bunun iyi tarafları var, kötü tarafları var. Herkes kendi bakış açısından... Sabahki konuşmalarda da bunu dinledim. Şimdi daha işin teknik kısmına geçtik, sabahki biraz bizim sendikacılarımız hatip oldukları için, biraz ona göre hitap ettiler. Biz şimdi işin teknik değerlendirmesi kısmına geçtik. Artık o politik kısımlar dışarıda kaldı, onlar bizim dışımızda zaten. Şimdi o yüzden hemen, süremiz de ne kadar olduğu da belli değil. Şimdi 20'şer dakika vermeyi düşündüm, ama ne kadar kısa anlatabilirlerse bilemiyorum.

Şimdi öncelikle buradaki sıraya göre, "özel istihdam büroları" konusunda açıklamalar yapmak üzere sözü Sayın Prof. Dr. Levent Akın arkadaşımıza bırakıyorum.

Prof. Dr. Levent Bey- Başkanım emin misiniz bırakmak istediğinize? Süre sınırı yok dediniz gibi geldi de.

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Yok efendim.

LEVENT AKIN'IN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Levent AKIN- Teşekkür ederim, bunu siz istediniz. Çok teşekkür ederim Sayın Başkan. Bugün tabii biraz önce Ali Beyle konuşurken şöyle bir önereceğiz Barolar Birliğine. Bundan sonra açış konuşmaları yapılırken bir oturum başkanı belirlemek gerekiyor sürelere uyulmasını sağlamak için. Bunu hemen hayata geçirmek lazım herhalde...

Özel istihdam bürolarıyla ilgili konuşulacak oldukça fazla şey var. Yasa yeni çıktı zaten. Yasayı da okuduk, içeriğine baktık, biraz bir şeyler anlatabiliriz bugün sizlere. Burada şöyle bir şey yapmayı düşünüyorum. Bilmiyorum ne dersiniz, ama şimdi karşımızda avukat arkadaşlarımız meslektaşlarımız var. Dolayısıyla ben genellikle yasanın getirdiği şeyleri yasa üzerinden size göstermeye çalışacağım. Yasadaki durum nedir ne değildir ki, herkes okuyabilsin, başka fikirler önerilebilsin. O anlamda örneklerimiz vardır gördüklerimiz yanı sıra. Ben böy-

le bir imkânı da yaratmaya çalışacağım, çok da uzun konuşmayacağım zaten.

Yalnız bununla ilgili bence özel istihdam bürolarıyla ilgili yasa zaten çok daha yeni, bir haftalık daha. Muhakkak çok üzerinde durulup yazılacak şeyler de olacak. Ama olayın temel meseleleriyle ilgili küçük bir bilgi vermek istedim. Çünkü bence yasanın getiriliş sebebini anlamak için, belki daha iyi bir veri olur o. Şu an sözde istihdam büroları yeni bir kavram değil. 1930'larda bu iş başlamış, ilk sözleşme 33'de çıkmış. Sonra 1997'de de şimdi asıl konuya düzenleme getirdiler, ama henüz Türkiye onaylamadığı 181 sayılı sözleşme çıkmış. Yani 33'lerden beri bu iş var dünya gündeminde.

Şimdi bununla ilgili dünyadaki durumu, özel istihdam bürolarıyla ilgili durumu belirleyen bazı veriler okumak isterim. Bunlar çünkü yasanın Meclis görüşmelerine sunulan bilgiler. Şu anda ekranda gördüğünüz kuruluş, özel istihdam hizmetleri konfederasyonunun Avrupa merkezi. Onların 2015 verileri doğrultusunda Meclisteki görüşmelerde bazı şeyler söylenmiş.

Onlar şunlar, bakın diyor ki; dünya genelinde yaklaşık 260 bin özel istihdam bürosu varmış. Bu şirketlerde toplam 1,66 milyon kişi personel olarak çalışıyormuş. Toplam hasılatı 415 milyar dolarmış bu sektörün. Bu alanda birden fazla değişik hizmet verdiği için bu bürolar, bir tanesi ödünç iş ilişkisi geçici iş ilişkisi kavramı, sırf o alanda yapılan faaliyetin toplam değeri 232 milyar dolarmış. Meclisteki gerekçelerden okuyorum size.

Bunlardan en büyük 10 tane özel şirket bu işte faaliyet gösteren dünya çapında, yüzde 25'ini bu rakamın kontrol ediyormüş, 3'ü de yüzde 16'yı kontrol ediyormüş bunun. Şimdi karşımızda böyle bir tablo var. Bu raporunda, yine bazı noktaları size sadece göstereceğim, konuyu belki daha rahat görebilmenizi sağlamak için. En azından bu ne açıdan değerlendiriliyor? Bunu görmek bence yararlı olur.

Bu onların sunduğu 2012 tarihli -daha yenisi yok çünkü- bir rapor. Rakamlara girmeyeceğim, çok zamanımız yok çünkü.

Şimdi burada çeşitli veriler belirlemişler. Bir kere şu gördüğünüz veriler, şu anda okuyamıyorsunuz, ama en azından cetvel olarak görmenizi sağlamak istiyorum. Ne açıdan değerlendiriliyor yıllık bunu görün diye. Bu günde istihdam edilen büro işçilerini gösteriyor. Yani günde kaç kişi istihdam ediliyor? En yukarıda Amerika var, en aşağıda Litvanya vesaire küçük ülkeler var. Bunları özellikle şundan gösteriyorum. Bu ajanslar bu bürolar bu açılardan sürekli değerlendiriliyor. Bundan sonra bir sonuca varacağız zaten. Burada Avrupa'daki istihdam bürolarından kaydedilen işçi sayısı veriliyor. Şuradaki rakam bizi ilgilendiriyor, şu kolonda. Yani ne kadar istihdam ediliyor? Yüzde 1-2 oranında bu rakamlar. Yani sıfır küsuratlı genellikle, yani yüzde 3 yok. Toplamda istihdama katılan bu kulvardan yüzde 3 yok; 2,0'lar, 2,7'ler, 0,7'ler o civarda bir rakam gidiyor.

Şurada Avrupa dışındaki işçi sayılarını gösteriyor. Yani Avrupa Birliğine dahil olmayan ülkelerden, Amerika'daki Asya'daki. Orada da rakam aynı, yani 2,7'ler, 3'ler yok burada da. Yani rakamlar yüzde 2, yüzde 1, yüzde 1,5, yüzde 0,6 civarında sisteme katkı sağlayan bir yapıdır bu rakamlara göre.

Şimdi şöyle bir verisi var yine kurumun. Burada ajanstaki bekleme süresini gösteriyor. Yani gelen işçi ne kadar bekliyor? Ne kadar sonra teklif geliyor? Bu mavi en kısa bekleyenler, genelde şu kırmızı bölge ortalama, bu 1 ilâ 3 ay arasındaki bekleme süresini kast ediyor. Şu yeşil de 3 aydan fazla bekleyenler. Aşağıda ülkeler var. Yani çok önemli değil şu anda ülkeler bizim açımızdan, ama kısa beklenmesi, orta beklenmesi, uzun beklenmesi de söz konusu. Uzun bekleme dediğim 3 ay ve sonrası. Genellikle de 1 ilâ 3 ay arasında beklendiğini söylüyor ajans dünyada bu rakamın.

Şurada cinsiyet durumu var. Yani bu alandaki bürolardan işe giren kimler, hangi cinsiyetler? Yeşil olan erkekler, şunlar bayanlar. Bu da gösteriyor ki, bayan sayısının istihdamda git-tikçe arttığını görüyorsunuz. Yani bu anlamda özel istihdam bürolarının bayanlara hitap etme kabiliyeti olduğunu düşünüyor ajans, öyle bir verisi olduğu söyleniyor.

Bu da yaş durumunu dikkate alan bir cetvel bunu değerlendirmişler ve hangi yaş grubu içine giriyor? Burada önemli olan şu ikisi, yani şu mor gibi olan ve yeşil olan; bu 21 ilâ 35 yaş arasını kapsayan asıl bu. Yani bu büroların hitap ettiği yaş grubu 20-30 yaşlar sonu gibi değerlendiriliyor. Yani en verimli çağ aslında bakarsınız kuruma göre de. Bu Avrupa dışındaki yerlerde; orada da var fakat orada daha küçük yaşta girenler olduğunu görüyoruz; Asya ülkelerinde, Afrika ülkelerinde, Amerika'da.

Neticesinde eğitim düzeyi, bence çok önemli bu. Eğitim düzeyinde burada şöyle bir şey yapmışlar. En alt düzey eğitim, orta düzey eğitim, üst düzey eğitim. Farkındaysanız bu büroların dünya çapında hizmet verdiği alan şu mor olan, bu da orta düzey eğitim kapsamındakiler. Aşırı vasıfsızlarla aşırı vasıflılar genellikle bürolarla muhatap olmuyorlar gibi görünüyör ajansın verilerine göre.

Şurası sektörlerdeki dağılım, hangi sektör bu bürolar ne kadar hizmet alıyor? Bu da onu veriyor. Burada maviler tarım alanındakiler, bu kırmızı gibi olan şurası üretim sektörü, yeşil olanlar inşaat sektörü ve devam ediyor. Zaten geri kalanlar sarılar diğerleri. Burada hedef gösterilen ya da özellikle büronun söyledi şey şu: Hizmet sektörü çok ağır bir yer tutuyor burada. Özellikle kısa çalışmadan kaynaklanan bir durum.

Şunu özellikle söylemek istiyorum, buna gösterirken sizlere. Bu özel bürolar bu noktalardan değerlendiriliyor dünyada. Bizde de muhakkak yapılacaktır bu. Göreceğiz biz de, birkaç yıl sonra bununla ilgili veriler geldiğinde işe yarayıp yaramadığını. Boş konuşmaktansa, bakalım ne olmuş gibi göreceğiz. Bu veriler muhakkak Türkiye'de yapılacak.

Şimdi kanunumuz şu: Bu kanun 6711 sayılı Kanun, şimdi özel istihdam büroları var. Şimdi ben bu yasaya size böyle anlatabilirdim, ama şöyle anlatmaya karar verdim. İşte bu maddeye bakarsak pek anlaşılacak gibi değil, onu şöyle hale getirdim. Güzel olmuş mu? Çok uğraştım. Şimdi durum şu: Bizim yasanın, aslında konuşmaya başlamadan önce yasanın ge-

tirdiği yapıyı birkaç cümleyle özetlemem lazım size ki, yasayı benden sonra okuduğunuzda daha bir anlam taşıyan ifadeler bulabilirsiniz.

Şimdi burada özel istihdam büroları açısından iki grup işçi var. Bunu madde olarak görmeyeceksiniz de, gerekçe gibi, Meclis görüşmelerini, alt komisyon raporlarını tüm okuyup geldiğim için, şunu görüyorsunuz. Diyorlar ki, burada bir kere kısa bir iş için büroya adam gelebilir, uzun iş için adam gelebilir. Kısa iş için giden adamlar, zaten kayıt dışındalar dolayısıyla kayıt içine girecekler, ama iş bitiminde de tekrar kayıt dışına gidecekler. Yani oradan da kayıt içi gidiş arasında böyle gidiş geliş yaşayan işçi grubu öngörülüyor. 3 aylık 4 aylık 2 aylık iş için gelenler. Zaten bunlar kayıt dışıydı, bürodan iş teklifi geldi, gidiyor çalışıyor 3 ay, tekrar bulduğu başka bir işe gidiyor filan, bu gruplar.

İkinci grup önemli grup bu; aslında uzun süreli işler için bunlardan yararlanılması, çünkü yasanın temelde düzenlediği, bugüne kadar yararlanabilen ve süreli yararlanabilen... Burada da bir soru şu: Uzun süreli işçiler temelde işyerinin gerçek elemanları olduğu için, yani kadroluları olduğu için, o grubun yerine özel istihdam bürosundan kişi çağrılmasının büyük problem yaratacağı öngörüsü var. Dünyada da vardı, Türkiye'de de var. Zaten yasanın gerekçelerini, dünyada özellikle bu konuda yazılmış olanlara baktığınız zaman, hemen her ülke özel istihdam bürolarına geçerken bunun kötüye kullanılacağı kaygısını taşıdı zaten, bizde de var o. Eyvah bunu koyuyoruz, ama... Hatta 2009'da yasa ilk çıktığında, Cumhurbaşkanlığına sunulmak üzere benden bir rapor talep etmişlerdi. Birebir bana söylendiği için biliyorum sebep oldunuz diye. O zaman yazmıştık bunları. Şimdiki yasa bunun biraz da önüne geçmiş görüntüsü veriyor. O nedenle üzerinde çok düşünmek lazım, daha çok erken, birçok şey söylenebilir. Ama temel mantığının ne olduğunu söyleyebiliriz. Temelde bir kaygı var yasanın içinde de, gerekçede de onu görüyorsunuz. Sürekli bir önlem almaya çalışıyor. Maddede de göreceksiniz zaten.

Bunun dışında yasanın özel istihdam bürolarını geçici iş ilişkisi kurulması noktasında temelde üç unsur barındırıyor özel istihdam bürosu, onun çalıştırdığı işçisi ve onun gideceği işverenler. Üçlü bir yapılanma var. Borçlar hukukunda üçlü yapılanma gibi değil, ama sorumluluk anlamında Borçlar Kanununa atıf yaptığı için çok kullanacağız orayı. Dolayısıyla bu üçlü yapılanma var. Özel istihdam bürosuyla, büroyla işçi arasında bir iş sözleşmesi var –birazdan göreceksiniz- büroyla onu çalıştıran işveren arasında bir hizmet sözleşmesi var, bu hizmet alımı sözleşmesi şeklinde. Dolayısıyla bu yapı sürekli böyle dönüşüm halinde. Göreceksiniz, ciddi problem barındırabilir ifadesi var.

Bunun dışında yasada, önce geçici iş ilişkisini anlatıyor. Aslında konumuz bu değil gibi gelebilir, ama büronun temel işi bu olacağı için, ilk önce iki maddeyi size göstermeye çalışacağım. Ondan sonra da bürolarda üç madde getiriliyor. Bu maddelerin bir tanesinde, özel istihdam bürolarının kurulması, faaliyet alanı, geçici ilişki kurma yetkisi verilmesi ve denetimi; iki sayfalık madde zaten, her şey orada. İkincisi, özel istihdam bürosu kurma izni, geçici ilişki kurma yetkisi. Burada önemli kaygılar var, göreceksiniz birazdan. Bir de özel istihdam bürolarına ilişkin üç maddeden bahsedeceğiz. Bir de buna 7'yi ekleyeceğiz, İş Kanunu 7'yi. Dört maddede bizim temel konumuz.

Şimdi şöyle lütfen göz atın siz de. Geçici iş ilişkisiyle başlıyoruz bakın. Normalde eski 7.maddemizde, geçici iş ilişkisi işveren bizzat da kurabiliyordu, bu kurumlar vasıtasıyla da kurabiliyordu. Bunu bölmüşler, geçici iş ilişkisi diyorlar. Bakın burada, özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulabilir ya da görevlendirme yapmak suretiyle kurulabilir diyor. Yani bizim işverenin resen kendiliğinden yaptığı görevlendirme yok gibi duruyor burada. Var, o da aşağıda. Onu en sona koymuşlar. O da bakın şurada, 15.madde. Yani bunu işveren kendisi de yapabiliyor. Yani bizim 7.maddedeki ilk fıkramız ikiye bölünmüş. 21. Fıkra, bir 15.fıkra. Aklınızda kalsın, çünkü okunduğunda işverenin sorumluluğu sanki kaldırılmış gibi geliyor, aşağıda var o, aklınızda olsun. Yani temelde 7.madde, geçici iş

ilişkisinden biraz daha değişti. Geçici iş ilişkisi başka bir kavrama oturuyor.

Şimdi bakın “özel istihdam bürosu aracılığıyla iş ilişkisi” diye ifade var ki, bu yeni artık. Olay şu: Geçici işçi sağlama sözleşmesi, yeni duyacağınız sözleşme bu. Bu nedir? İşverenler arasındaki, yani büroyla işçiyi çalıştıran işveren arasındaki sözleşme bu; bütün problem bunu düzenlemekte.

Şimdi burada özellikle bir işçinin geçici olarak işverene devri için neler lazım diyor. Burada bakın bazı bentler var g'ye kadar. Bakıyoruz, bakın şunlar, tek tek saymış. Bunlar devredilebilir geçici işçiyi işveren devredebilir diye, Bunlarla ilgili çok tartışma var, gerekçede bunları dile getiriyorlar komisyonlarda; uzun uzun girmeyeceğim onlara, belki başka bir toplantı yaparız orada konuşuruz bunu. Bunların tümüyle ilgili birtakım eleştiriler var. Özellikle eski çalışanlarla ilgili. Bu eski çalışanların acaba kayıt dışına alınabilmesi mümkünken, bu tamamen mi onları kayıt dışı bırakıyor? Kimisi diyor, hayır kayıt içine böyle alınır vesaire. Hizmetler özellikle burada çok önemli sorun var, ARGE hizmetleri aşağı olduğu zaman bizde sigorta kapsamında bile değil. Burada onları işçi sayıyoruz. Bir tuhaf bir durum var orada, onlar muhakkak böyle yargı kararıyla çözülmesi gerekecek.

Bir başka önemli sorun, bakın burada diyor ki -bu önemli bir tartışma, bu e bendi- iş sağlığı güvenliği bakımından acil olan işlerde ya da zorlayıcı nedenler çıkması halinde bürolardan adam çağırılabilir diyor. Burada çok ciddi eleştiri var. Niçin? Çünkü acil durum ve zorlayıcı hallerde işi bırakma varken, kendi işçi orada dururken başka işçiyi nasıl çalıştıracaksın diye eleştiriliyor. Burada bir düzenleme ihtiyacı var gibi görünüyor. Onu söylemekte yarar var.

Bunların hepsiyle ilgili çok uzun konuşabiliriz, ama zaman dar, sadece net görün diye özellikle bunu konuşuyorum. Burada bunların hangisine yönelik olabileceği söyleniyor. Yani bu özel ilişkiyi sözleşmeyle ne kadar süreli kullanabilir? Bölmüşler, a bendi iş ilişkilerinin devamı süresince, b-c işçi süresi

dolmaksızın, diğerleri için 12'ye vardiıyorlar. Süre var, yani yukarıdaki her bendin büroyla ilişki kurabilmesi için süreler getirilmiş. Burada yasaklama var, üçlü bir yapılanma. Toplu işten çıkarılan kişilerle ilgili, kamu kurumlarında ve yer altı madenlerinde bu ilişki kurulamıyor diyor yasa. Bu zaten Meclis görüşmelerinde çok tartışılmış, olmadığı eleştirisi gelince konulmuş bu, onu size söyleyeyim.

Burada özellikle eleştirilen nokta şu: Kamuda kullanılamaz deniyor, fakat kamunun alt işverenleri var. Kamu alt işverenleri bunu alırlarsa baypas edilmiş diye eleştiriliyor bu durum. Dolayısıyla muhakkak orada da belki yargı kararıyla alt işvereni kamu sektörü gibi görüp, belki orada bir yasaklamaya gidilebilecektir. Yine grev lokavt uygulanması sırasında bildiğimiz bir kavram zaten, buraya da konulmuş durumda.

Şimdi bu özellikle 7.madde önemli. Lütfen buna çok dikkat edelim, bu çok önemli bir madde çünkü. Geçici işçi çalıştıran işveren, iş sözleşmesini fesheden işçisini, fesih tarihi itibarıyla altı ay geçmeden geçici işçi çalıştıramaz. Bu çok eleştiri üzerine gelmiş bir maddedir. Sebebi şu, şunu söylüyor. Yani ben işçilerimi var olan kadrodan işçilerimi çıkarttım, büroya gönderip bürodan geçici işçi olarak almayı ilgilendiren bir düzenleme gibi görülüyor. İsaletli olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Süre konusu belki eleştirilebilir. Altı ay az denilebilir, daha uzatılabilir, ama böyle bir... Zaten bu özellikle söylüyorum, yasanın kaygısı olduğunu çok net görün. Yasa koyucuda o kaygı var, bunu çok hissediyorsunuz zaten.

Yine bu sonuçta işveren üye olduğu için, çalıştığı işverenden avans ve borç para alamayacağını özellikle söylediğini duyuyoruz. Bu ilişkide en temel nokta büro işveren durumunda. Onu atlamamak gerekiyor.

Şimdi geçici işçi çalıştıran işveren, yani bunu alan arkadaş... Burada onu anlatıyor. Bir kere neler yapabilir? İşverenin hakları buradakiler, gittiği işverenin hakları. Talimat verebilir, onun belgelerini saklayabilir, birtakım 5510 kapsamındaki iş kazası vesaire Şu çok önemli, sosyal hizmetler de olsa kendi işçilere

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

LEVENT AKIN'IN
KONUŞMASI

eşit davranmak zorunda ki, bu ana taslakta yoktu, sonradan komisyondayken eklenmiş bir şeydi, isabet olmuş. Çünkü eşitsizlik ihtimali çok kaygı vericiydi. Onu çok hissediyorsunuz. Koymuşlar onu.

Bilgi varsa, sendika temsilcisine bilgi vermesi gerekiyor ve o 6331 kapsamı, yani İSG kapsamındaki eğitimini verme mükellefiyeti gittiği yere bırakılıyor gittiği yere. Fakat burada zannetmeyin ki işverenin yok. Birazdan göreceğiz, işverenin zaten 506-6331 4857 anlamında işveren sayıldığı, bütün mükellefiyetler üzerinde olduğu söyleniyor, ama ekstra olarak. Yani İSG konusunda ödünç alana da yükümlülükler getiriyor. Zaten vardı bizim İş Kanununda, buraya da konulmuş, muhafaza edilmiş o.

Şimdi geçici işveren özel istihdam bürosu; bu çok önemli 11.madde. İşveren o, bunda bir tereddüt yok. Zaten yasaya getirilen çok önemli eleştiriler de zaten daha yeni, eleştirilecekse komisyonlarda çok eleştirilen noktalardan. Bu özellikle bazı noktalarda açıklık olmaması konusunda eleştiriler var. İşte sosyal güvencesi ne olacak, dönünce ne olacak, toplu iş anlamında ne olacak? Aslında bunların tümüne bu ifadeden hareketle varabilirsiniz. İşveren dedikten sonra, muhatabı belirledikten sonra... İSG Kanunu da onu yapmıştı, işvereni belirledikten sonra birçok hüküm zaten otomatikman gerçekleşecek. O nedenle kazuistik yöntemin belirlenmemesi, şu tercih yapıldıktan sonra çok önemli.

İş sözleşmesi, -bu önemli- iş sözleşmesinden kastımız büro işçi arasındaki sözleşme. Burada şöyle bir sorun var. Büroyla yapılmış iş sözleşmesinde neler olacağını söylüyor bu madde. Neler olacak? İşte süresi olacak, bilmem nesi olacak. Diyorlar ki, bizim bunların hukukuyla ilgili bazı eksiklerimiz var onlar da bu sözleşmede düzenlenebilmeliydi deniyor. Böyle bir eleştiri var. Olabilir, bazıları eksik gerçekten, o bir handikapı. Niye? İşveren saydıktan sonra zaten büroyu, işveren vasfıyla bütün yükümlülükler üzerindeyse, biz onları zaten yeni yasalardan kendilerine ulaşabiliriz. Büyük bir beyiz görmüyorum, ama böyle bir kaygı var.

Onun dışında şurası önemli, çok çok önemli burası zaten. Bakın şurası özellikle. Geçici işçiyle yapılacak iş sözleşmesinde, -bu bence yaşamsal madde- işçiyi ne kadar süre içerisinde işçi çağırılmazsa geçici iş sözleşmesini feshedebileceği belirtilir. Yani şunu söylüyor. Ben gittim bir yerde çalıştım 4 ay sonra ne olacak? Belli değil bu yasada. Yani ben dururken para verilecek mi, yoksa beni hemen çıkaracaklar, geri mi çağıracaklar? Bu belli değil. Orada bir cevaplarımız var, ama yasada şu anda yok.

Peki, böyle bir durumda ne kadar süre çağırılmazsa diye düşünüyoruz? Üç ay demişler. Yani özetle şunu söylüyorlar. Geldiniz büronuza, belli süre iş vermezlerse haklı fesih hakkı veriyorsunuz. Bu taslakta yoktu, sonradan konuldu, iyi de olmuş. Çünkü sadece muğlak durumu vardı, fesih nasıl olacak diye de belli değildi, yani iş güvencesi olacak mı hâlâ muğlak. O yüzden de bitirebilme imkânı belirlenmiş durumda. Mesela bir tanesi var en azından, hepsi olmasa da bir tanesi var.

Şimdi burada geçici işçi çalıştıran işverenin, işçinin ücretlerini ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmesi gerekiyor diyor. Ücret en temel alacak olduğu için, büroyla da kontrol mükellefiyeti getiriliyor. Özel istihdam bürosuna da getiriyor. Yani aslında hep yasanın kaygısı var. Bunlar her an bir yere toz olabilirler diye teminat getiriyor, kontrol imkânı getiriyor, bildirim mükellefiyeti getiriyor. İşlerse kendine yönelik bir tedbir olarak görülebilir bu.

Onun dışında şurası önemli, biraz önce bahsettiğim şey. Bizim İş Kanununun 7.maddesinde olan Bunun dışında bürolar marifetiyle bunu yapabilme imkânı getirildi. Yani aslında 7, size ait olan işçiyi başkasına ödünç vermeyi düzenlerken, şimdi siz başka bir şirketteki kişiyi ödünç alabilir hale getirildiniz yasada. Bunun hukuki yapısı oluşturulmuş durumda, ama tabii çıkacak sorun var, zaman içinde hep beraber konuşacağız onu.

Şimdi bundan sonra şurada düzenleme var. Çağrı üzerine çalışma uzaktan çalışma, yeni başlığımız bu. Burada bakın şu

4.madde, buna bir göz atarsanız önemli bu çünkü. Bu işçiyle yapılan iş sözleşmesi, büroyla işçi arasındaki sözleşme. Neler var ekipmanlar korunması vesaire. Ama burada sosyal güvenlik, toplu iş vesaire yok, iş güvenliği yok. O nedenle diyoruz ki biz, kaygılanma koymamışlar, fakat bu bir eksiklik olarak görülebilir ya da eleştirebiliriz bunu, ama sonsuz bir sorun yaratacak değil. Sonuçta herhalde işverenin sorumluluklarına gidebiliyoruz.

Bir başka problem, bu emsal işçi meselesi; bürodan gelen işçi, gittiği yerdeki emsal işçiyle eşit muamele görmelidir diyor yasa. O da yoktu, sonradan konuldu yasaya. Problem şu, hangi emsal işçi tartışması çıkmış. O da söylüyor zaten, senin çalışacağın emsal işçiyi. Yani sen hangisini bu emsal işçiyle bütün çalışma haklarının aynı olması gerekiyor. Fakat burada soru işareti şu, cevabı yok. Gittiğiniz yerde bir emsal işçi olmayabilir. Yani o departmanda bir tane emsal işçisi yoksa emsal kim Bunun cevabı yok. Muhtemelen onu ileride belirleyecektir.

Şimdi gidiyoruz hızla, söylediğim üç maddeye, yani özel istihdam bürolarıyla ilgili üç madde, 17-18-19.madde. Şöyle başlıkları biraz okuyayım size. Burada kurulması, faaliyet alanı, nasıl harekete geçeceği vesaire söyleniyor. Bir kere prosedür var ki, özellikle bu bürolarda kimlerin çalışması gerektiğini söylüyor. Kilit bilgi şu: Bir kere aracılık hizmeti için büro kurmuş olabilir, bunun yetkisini almış olabilir. Diyor ki yasa, sen eğer kendi yetkini ispatlarsan diyor, sana aracılık dışında adam alıp başkasına gönderme imkânı da sunacağım diyor. Bunu belli şartlara bağlıyor ve teminat getiriyor. Artı, sen çok vasıflı bir kuruluşsun, çok tekemmül etmişsin, kendini iyi hissediyorsun, altı aydır bu işi yapıyor olsan bile, çok daha yüksek bir teminat yatırarak aynı yetkiyi alabilirsin diyor. Bunun gerekçesine baktığımız zaman, iki yıl nereden geliyor altı ay nereden geliyor diye. Şunu söylüyor yasa koyucu. Diyor ki, biz iki yılı koyduk, yasada bir alışın görsün, biz inanalım bu işe, yani aracılık dışındaki istihdam edip başkasına gönderme işini görelim, ondan sonra o yetkiyi verelim.

Ama bazı gerçekten yıllardır bu işi yapıyor, muhtemelen yurtdışına da yapıyor olabilir. Onlar altı ay içinde kendini ispat edebilirler. Kurumsaldırlar, çok 200 katı tutarında bir teminat yatırabilirler. O zaman bu imkân daha da güçlü olarak gerçekleşir. Yani seçimli getirmiş. O halde ne getirmiş? Bir kere kendi yetkini ispatlayacaksın ve en az iki yıl çalışacaksın, bir de teminat yatırırsan sana diyor aracılık komisyonu dışında adam alıp başkasına gönderme imkânı vereceğim diyor, onu düzenliyor bu maddede. Zaten göreceksiniz beceri gösterme vesaire.

Özel istihdam bürolarıyla ilgili böyle bir tanımlama var. Bence bu önemli, konuyu tanımanız için, yani yasada böyle görüyoruz istihdam bürolarını. Bakın aracılık faaliyeti yapar diyor, hizmet temini hizmeti, sigorta primi her neyse, şu anda bunlardan bir sürü var çünkü. Aracılık faaliyeti yapamadıkları için bunu yapıyorlar. Bunun dışında mesleki eğitim düzenleyebilen, sektör Kilit nokta bu, yani bu yasanın getiriliş şeyi şu. Daha öncekiler vardı zaten. Dünyada özel istihdam bürolarına baktığınız zaman, 15-20 tür özel istihdam bürosu var. İşçi eğiten, yurtdışından getiren, yurtdışına götüren, istihdam edip veren, kiralayan, ara dönemde adam ihtiyacını sağlayan gibi çok değişik tür bürolar var. Ama en etkin görevi bu, yetki verilmesi halinde geçici iş ilişkisi kurabilmek; bu en önemli yetki, yasa ile bu getiriliyor. Bahsettiğim gibi iki yıl çalışma şartı, yüksek teminat ama tabii nasıl işleyeceğini göreceğiz zaman içinde.

Bunun dışında hızla geçeyim, özel istihdam bürosu konusunda burada şu var: Şimdi bakın, ben size bahsettiğim kaygılar burada çok tezahür ediyor artık. Yasa koyucu bu büroların kötüye kullanılacağını, istihdam edip başkasına gönderdiği işçilerin geldiklerinde paralarını vermeyebileceğinden kaygılı. O nedenle teminat alıyor, tecrübe arıyor, ama her şeye rağmen bu izni iptal edebilme hakkını da elinde tutuyor. Yani eğer işçiler ücret alırsa, normalde işverenden alması lazım, bağlantısını yanlış kurarsa, döndüğünde alacaklarının ödenmemiş olduğunu görürse, sigorta bildirimini yapmamışsa iptal edelim diyor.

Fakat burada enteresan bir şey, okuduğunuzda göreceksiniz yasayı. Buradaki yaptırıma tabi tutulan fiilleri tekerrüre bağlamış. Yani bir kere yaptığınızda olmuyor bu, altı ay içinde bir daha yaparsan, bir yıl içinde bir daha yaparsan, üç kere yaparsan gibi bazı tekerrür hükümleri koymuş. Öyle bir durum olduğunda zaten ceza verilmez diyor. Bu ikinci bent çok çok önemli, bu geçici iş kurma izni iptali. Şu özel istihdam bürosu kurma izni iptaliydi, şimdi asıl tehlikeli olan bu. Bunun iptali de için de aynı şey geçerli.

Bizim özellikle büroların kurulmasından sonra şube kurabilme izni de veriyordu ki, bu çok amaçlanan bir şeydi zaten. Özellikle yetkin personel ihtiyacı var, fakat şube kurulurken yetkin personel ihtiyacını kaldırmışlar. Onu anlamakta güçlük çekiyorum. Çünkü gerçekten yetkinlik isteyen bir iş, ama şurada yok. Bu ihtimali belki gözden geçirirler tekrar.

Nihayetinde sonuna geldik, bitiriyorum. Özel istihdam bürolarının hak ve yükümlülükleri; hakları da var, yükümlülükleri de var. Okuduğunuzda konuşuruz.

Çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Levent Hocama çok teşekkür ediyorum. Gayet güzel anlattılar. Devam etseydi kesmeyecektim zaten, çünkü çok güzeldi. Çok teşekkür ederim sunumunuz için.

Bu özel istihdam büroları yasası çıktı, ama çıkmadan varmış Türkiye'de de bizim haberimiz yokmuş. Size ben bir şey anlatabayım. Şimdi İncirlik Üssünde Amerikalılar kendisine çocuk bakmaya gelen kadınları bulmuşlar, bunlara giriş kartı vermişler. Sen şu subayın evinde çocuk bakacaksın paranı ödeyecek, sen şu subayın evinde, orada iş bitince de başka subayın evine sokmuşlar. Böyle böyle çalıştırmışlar kadınları. Subaylar çekmiş gitmiş, hizmet tespit davası açmışlar üsse karşı. Biz de buna bakıyoruz, işveren kim? Bu yasadaki kişiler mi, yoksa onlar işveren mi? Yoksa subaylar mı işveren? Daha sonuçlanmadı. Sonuçlanmadığı için bu kadarını çok rahatlıkla söylüyorum,

böyle bir şey var. Varmış, Türkiye’de uygulanmış, Amerikalılar getirmiş bunu.

Ama şu yasada benim açımdan rahatlatıcı bir şey var. Sosyal güvenlikleri garanti altına alınmış gibi görünüyor, ücretleri garanti altına alınmış gibi görünüyor işçilerin. Hem ücretlerini alamama problemleri olmayacak, sosyal güvenlikten yoksun kalmaları söz konusu olmayacak gibi görünüyor. Kendim de okudum buraya gelmeden önce, hocamın da anlattığından anladığım bu.

Ben de çok zaman almayayım. Şimdi bu sırayı değiştirdik, Sayın Prof. Dr. Kadriye Bakırcı Hanımefendinin başka bir programı olduğu için, şimdi sözü ona vereceğim. Eşitlik Kurulu Kanunuyla, Anayasa ve İş Kanununun ilgili hükümlerinin değerlendirmelerini sunacaklar. Buyurun hocam, söz sizde.

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Kadriye Bakırcı
HÜ Hukuk Fakültesi

I.GİRİŞ

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (TİHEKK), 20.4.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun’un amacı, insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir (m. 1/1).

Kanun’un isminden ve amaçla ilgili 1.maddesindeki vurgudan ötürü “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu” (TİHEKK), yalnızca Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun (TİHEK), kurulması, teşkilat, görev ve yetkileri, başvuru ve inceleme usullerine ilişkin esasları düzenlemek amacıyla kabul edilmiş bir Kanun izlenimi yaratmaktaysa da, Kanun’daki düzenlemeler bundan ibaret değildir. Kanun ayrıca, Kurum’a başvuruların kapsamı açısından ayrımcılık yasağı ile ilgili yeni düzenlemelere de yer vermektedir.

Kanun’un Birinci Bölümü’nde, Kanun’un amaç ve kapsamına (m.1) yer verildikten sonra, Kanun’un uygulanması açısından ayrımcılık yasağı ve eşitlikle ilgili tanımlara (m.2) yer verilmektedir.

Kanun'un İkinci Bölümü'nde, **eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı (m.3)**, **ayrımcılık türleri (m.4)**, ayrımcılık yasağının kapsamı (m.5), istihdam ve serbest meslekte ayrımcılık (m.6) ve ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller (m.7) yer almaktadır.

Kanun'un Üçüncü Bölümü, Kurum'un "Kuruluş, Teşkilat Yapısı ve Görevler"ine, Dördüncü Bölümü "Personel Rejimi"ne, Beşinci Bölümü "Başvurular ve İnceleme Usulleri"ne, Altıncı Bölümü "Çeşitli ve Son Hükümler"e ilişkindir.

Bu nedenle Kanun'un iki açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir: Birincisi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun kurulması, teşkilat, görev ve yetkileri, başvuru ve inceleme usulleri açısından; ikincisi, ayrımcılık yasağı ve eşitlikle ilgili düzenlemeler açısından.

Sunuşumda zaman sınırı nedeniyle Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun kurulması, teşkilat, görev ve yetkileri açısından kısa bir değerlendirme yapıldıktan sonra; ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemeler açısından değerlendirme, Kanun'un kapsamındaki sektörler ve kişiler, Kanun'un kapsamındaki çalışanlar ve Kanun'un kapsamındaki ayrımcılık temelleriyle sınırlı olarak yapılacaktır.

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU'NUN KURULMASI, TEŞKİLAT, GÖREV VE YETKİLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Günümüzde uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözülmesi, tek yol olmaktan çıkarılmaktadır. Çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yavaş yavaş yargısal yolların yerini almaya başlamıştır.

Kökenleri 1713 yılına dayandırılan, başta kamu denetçiliği (ombudsperson) kurumu olmak üzere "ulusal insan hakları kurumları" olarak ifade edilen çeşitli kurumlar, özellikle 1970'li yıllardan itibaren Dünya'da hızla yaygınlaşmakta ve insan hakları ihlallerinin ortaya çıkarılması, mağduriyetlerin

giderilmesi, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi noktasında işlev üstlenebilmektedir.

Türkiye açısından ulusal insan hakları kurumlarının hukuksal dayanakları, uluslararası sözleşmeler, eşitlikle ilgili kurumların dayanağı ise hem uluslararası sözleşmeler hem Avrupa Birliği (AB) Yönergeleridir.

Ulusal insan hakları ve eşitlik kurumları pek çok devlette farklı isimler ve biçimler altında kurulmuştur. Bazı devletlerde mücadele konularına göre ayrı ayrı, bazı devletlerde ise tek çatı altında toplanmış yapılar oluşturulmuştur.

Dünya üzerinde ve dolayısıyla Avrupa coğrafyasında farklı idari ve hukuki gelenekler söz konusu olduğundan, ulusal insan hakları kurumlarıyla ilgili tek bir standart yapı ortaya koymak olanaklı değildir. Bu durum, Viyana Bildirgesi ve Eylem Programı tarafından, her devletin kendi ihtiyaçlarına en uygun yapıyı seçme hakkına sahip olduğu şeklinde ifade edilmiştir (Bölüm I, par. 36). Ancak ulusal kurumlar konusunda uygulama ve üstlendikleri işlevler hakkında standartlar oluşturmak üzere Birleşmiş Milletler (BM) tarafından 1970'li yıllarda başlayan çalışmalar sonucunda 1991 yılında İnsan Hakları Komisyonu tarafından yapılan bir toplantı sonucunda bugün "Paris İlkeleri" olarak anılan "Ulusal Kurumların Statüsü ile İlgili İlkeler" ortaya konulmuş ve bu ilkeler 1993 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Paris İlkeleri ile ulusal insan hakları kurumlarının statüleri, sahip olmaları gereken standartlar ve tanımı netleştirilmeye çalışılmıştır. Paris İlkeleri tavsiye niteliğindedir, hukuken bağlayıcı değildir. Ancak benzer nitelikteki diğer birçok belge gibi bu İlkeler de önemli bir siyasi ve ahlaki ağırlık kazanmıştır.

Paris İlkeleriyle işleyen etkili bir ulusal insan hakları kurumu için, özerklik, açıkça belirlenmiş bir yetki alanı ve görevlerini yerine getirme noktasında yeterli güce sahip olma, erişilebilirlik, diğer ilgili kurumlarla işbirliği, etkili faaliyet yürütme ve hesap verebilirlik gibi unsurlara dikkat edilmesi önerilmektedir.

Ayrımcılıkla mücadeleye yönelik ulusal koruma mekanizmaları oluşturulmasının gerekliliğini ortaya koyan AB Yönergeleri bu kurumların yetki ve görevleri bağlamında Paris İlkeleri'ni çağrıştıran düzenlemeleri içermesi bakımından dikkat çekicidir. Bu yönüyle de, yönergeler ulusal kurumların oluşumu açısından Paris İlkeleri paralelinde geliştirilen belgeler olarak değerlendirilmektedir.

Çeşitli ülkelerdeki ayrımcılıkla mücadele kurumları incelendiğinde, eşitlik kurumlarının ayrımcılık vakaları ile hukuki zeminde mücadelesinin farklı biçimlerde gerçekleşebildiği görülmektedir. Eşitlik kurumları hukuki alanda mağdurlara hukuki yardım sağlamak ve uzlaştırma, kurum adına yargısal veya idari yollara başvurma, müdahil olma veya ayrımcılıkla mücadelede tester kullanma gibi yöntemlere başvurabilmektedir.

Türkiye'de ayrımcılığı da kapsayan insan hakları ihlalleri ile ilgili (yargısal denetim dışında yer alan) mevcut ulusal mekanizmalar, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları ve Kamu Denetçiliği Kurumu'dur.

Bunlara ek olarak, TİHEKK ile idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli ve kamu tüzel kişiliğine haiz, Başbakanlıkla ilişkili (m.8/1) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur.

Bu Kanun'un 28. maddesiyle 21.6.2012 tarihli ve 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek amacıyla kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu ilga edilmiştir. Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun yetki alanına giren iki konuya (insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, işkence ve kötü muameleyle mücadeleye) ayrımcılıkla mücadele konusu da eklenecek, üç fonksiyon birleştirilmiş ve tek bir kurumsal çatı olarak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur.

Her ne kadar Kanun'la tek bir kurumsal çatı olarak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuş olsa da, mevcut durum düşünüldüğünde, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, işkence ve kötü muameleyle ve ayrımcılıkla mücadele alanlarında başvurulacak mekanizmalar konusundaki dağınık yapının devam ettiği görülmektedir.

Ancak TİHEK, aşağıda da üzerinde durulacağı gibi yargısal benzeri yetkilerle donatılmış olması nedeniyle bağlayıcı kararlar alma yetkisi olmayan diğer ulusal mekanizmalardan ayrılmaktadır. TİHEK'in, Kanun'un öngördüğü usuller çerçevesinde resen insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerini incelemek ve karara bağlamak (m.9/f ve g; 1776), ihlale son verilmesi veya mağdura tazminat ödenmesini içeren uzlaştırma (m.18/3) ve itiraz yolu açık olmayan bin liradan beşbin liraya kadar idari para cezası verme yetkileri vardır (m.25).

Vurgulamak gerekir ki, Kurum'un yapısı ve işleyişine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, Paris İlkeleri ve AB Yönergeleleriyle uyumlu olduğu görülmektedir.

AYRIMCILIK YASAĞIYLA İLGİLİ DÜZENLEMELER AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Çalışma yaşamında kişilerin mensup oldukları gruplara ilişkin özelliklerden ötürü (ırk, etnik köken, renk, din, dil vb. nedenlerle) ayrımcılığın yasaklanmasının nedeni, kişinin, örneğin çalışma yaşamında iş için gerekli özelliklerinin değil, bir gruba veya kategoriye bağlı olduğunu gösteren kişisel veya diğer özelliklerinin, karar ve uygulamalarda esas alınması; bu özelliklerin çoğunun, örneğin cinsiyet, ırk, renk gibi nedenlerin, kişilerin tercihleriyle, yetenekleriyle, kapasitesiyle, liyakatıyla ve yapılacak veya yapılan işle hiçbir ilgisinin olmaması; bu tür özelliklerin gözönünde bulundurulmasının kişilerin bireysel olarak ve sahip oldukları yetenek, kapasite ve liyakatla değerlendirilmesini engellemesi; bunun keyfiliğe yol açması ve etik dışı olması; belli gruplar için dezavantajlı ve insanlık onuruna aykırı sonuçlara yol açması ve ayrıca gruplar arasında yol açtığı tarihsel köklü farklılıklardır.

Yukarıda belirtildiği gibi Kanun'un İkinci Bölüm'ü ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemeleri kapsamaktadır.

TİHEKK, AB Hukuku'na paralel biçimde üç alandaki ayrımcılığı yasaklamaktadır:

- Mal ve hizmetlere erişimde ayrımcılık (m.5/1 ve 3),
- Çeşitli örgütlere katılma ve olanaklarından yararlanmada ayrımcılık (m.5/4).
- Çalışma yaşamında ayrımcılık (m.6).

Aslında ideal olan, Türkiye'de yetersiz ve dağınık bir biçimde düzenlenmiş olan ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin, hem özel sektör hem kamu sektöründeki istihdamı ve hizmetleri kapsayacak, mevzuattaki boşlukları dolduracak, uluslararası sözleşmeler ve AB mevzuatıyla uyumlu çerçeve bir kanunda düzenlenmesiydi. TİHEKK ile de yalnızca TİHEK'in kurulması, teşkilat, görev ve yetkileri düzenlenebilirdi. Ancak böyle yapılmamış, iş ve kamu personeli mevzuatındaki mevcut boşluklara dokunulmadan, yalnızca Kurum'a şikâyet edilebilecek ayrımcılık biçimleri düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Bununla da yetinilmemiş, İş Kanunu (İŞK) kapsamına giren ayrımcılık biçimleri açısından bir istisnaya yer verilmiştir. TİHEKK m.17/5 uyarınca, "4857 sayılı Kanunun 5 inci maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular, 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabilir". Ancak İŞK'nun 18. maddesinin kapsamına giren ayrımcılık iddialarıyla ilgili bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla İŞK'nun 5. maddesinin kapsamına giren ayrımcılık iddialarıyla ilgili önce yargı yoluna başvurulacak ve ancak yargı tarafından herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde Kurum'a başvurulabilecek, diğer ayrımcılık iddialarında (Kanun tarafından öngörülen usuller izlendikten sonra) yargı yoluna başvurmaya gerek olmadan Kurum'a başvurulabilecektir.

Bu istisnaya neden yer verildiği anlaşılammıştır. Burada öngörülebiilecek tek istisna, İstanbul Sözleşmesi'ne aykırılık oluşturmamak için taciz, cinsel taciz, işyerinde yıldırma bağlamında psikolojik, cinsel, fiziksel şiddet içeren suçlara ilişkin olabilirdi. İstanbul Sözleşmesi uyarınca, Taraf devletler, Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinde arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere, gerekli hukuki veya diğer önlemleri alacaklardır (m.48/1). Bent 1, Tarafların kendi iç ceza ve medeni hukuklarında alternatif herhangi bir çözüm sürecine katılmayı zorunlu tutmamalarını talep eder. Çünkü özellikle bu tür alternatif çözüm yöntemleri zorunlu tutulduğunda ve mahkeme süreçlerinin yerini aldığında, olumsuz birtakım sonuçlar ortaya çıkabilir. Şiddet mağdurları, alternatif çözüm süreçlerine, hiçbir zaman faillele eşit düzeyde giremezler. Mağdurların utanç, çaresizlik ve güçsüzlük duygularıyla baş başa bırakılmaları, buna karşılık faillelerin güç ve egemenlik duygusuna kapılmaları bu tür suçların doğasında vardır. Mağdurun adalet arayışını güçlendirmek açısından, başında doğal yargıcın yer aldığı yargı süreçlerine erişimin sağlanması devletin sorumluluğundaki bir iştir.

Kanun, uluslararası sözleşmelerden çok, AB Yönergeleri esas alınarak düzenlenmiştir.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlikle ilgili yukarıda sözü edilen AB Yönergeleri, eşit muamele ilkesinin sağladığı koruma bakımından asgari standartları öngörmektedir, üye devletler söz konusu Yönergelerle öngörülenden daha avantajlı hükümler öngörebilir, olanları uygulamaya devam edebilir. Nitekim aşağıda üzerinde durulacağı gibi, Kanun'da eksiklikler mevcut olmasına, AB Yönergeleriyle çelişen veya uyumlu olmayan düzenlemeler bulunmasına rağmen, bazı konularda daha geniş haklar tanıyan düzenlemeler de öngörülmüştür.

Kanun'la ilgili vurgulanması gereken bir başka husus, Kanun'da yer verilen ayrımcılık biçimlerinin çoğunun şu anda Türk Hukuku'nda yaptırımı bağlanmamış ayrımcılık biçimleri olduğu ve Türk Hukuku'na yeni bazı kavram ve kurumların kazandırılmış olduğudur.

2. KANUN'UN KAPSAMINDAKİ SEKTÖRLER VE KİŞİLER

A. SEKTÖRLER

TİHEKK, Kanun'da öngörülen istisnalar dışında, hem özel sektördeki hem de kamu sektöründeki ayrımcılık yasağı ihlallerini kapsamaktadır (m.5 ve 6). Dolayısıyla hem özel hukuka hem kamu hukukuna tabi gerçek ve tüzel kişilerin ayrımcılık oluşturan eylem, işlem ve hareketsizliğini kapsamaktadır.

Böylece bir yandan gerçek ve tüzel kişilerin ayrımcılık yapması yasaklanırken, diğer yandan

ayrımcılığa uğrayan hem gerçek hem tüzel kişiler için koruma sağlanmış bulunmaktadır. Kanun uyarınca, ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir (m.17/1 c.1).

B. KİŞİLER

TİHEKK,

-Mal ve hizmetlere erişmek isteyenleri (m.5/1 ve 3),

-Çeşitli örgütlere katılmak ve olanaklarından yararlanmak isteyenleri (m.5/4).

-Çalışanları (m.6)

kapsamaktadır.

3. KANUN'UN KAPSAMINDAKİ ÇALIŞANLAR

TİHEKK AB yönergelerine paralel bir biçimde hem bağımlı hem bağımsız çalışanları kapsamaktadır (m.6).

A. Bağımsız Çalışanlar

TİHEKK m.6/4 uyarınca serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz.

TİHEKK madde 5/6 uyarınca “4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü ... iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır”.

B.Bağımlı Çalışanlar

TİHEKK tüm bağımlı çalışanlara koruma sağlamaktadır.

a.Kamu Görevlileri

TİHEKK'nun “ İstihdam ve serbest meslek” başlıklı 6. maddesinin 6 bendi uyarınca

kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir.

b.İşçiler

TİHEKK, İşK'nun kapsamındaki (m.6/1,2,3) ve kapsamı dışındaki tüm işçileri kapsamaktadır (m.6/5).

TİHEKK madde 5/6 uyarınca “4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ... sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır”. Böylece Kanun, İşK kapsamı dışında bırakılmış Deniz İş Kanunu (DenişK), Basın İş Kanunu (BasışK), Borçlar Kanunu (BK) ve diğer özel mevzuat kapsamındaki işçileri de kapsamaktadır.

İşK dışındaki işçilerle ilgili kanun ve düzenlemelerde ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemeler mevcut değildir. Yalnızca BasışK'nun 6. maddesinin son fıkrasında İşK'nun 18, 19 ve 20. maddelerinin kıyas yoluyla uygulanacağına dair bir hüküm vardır. Bu nedenle

TİHEKK'in bu grubu kapsamaması son derece önemlidir.

Bağımlı çalışanların ayrımcılığa karşı korunmaları konusu aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

3. KANUN'UN KAPSAMINDAKİ AYRIMCILIK TEMELLERİ

Ayrımcılığa karşı koruma konusunda uluslar arası hukuk, AB Hukuku ve ulusal hukuklarda iki eğilim göze çarpmaktadır: Birincisi, bazı belgelerde veya mevzuatta ayrımcılık nedenleri sınırlı sayılı olarak yasaklanmışken, bazılarında açık uçlu düzenleme yoluna gidilmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (UÇÖ) 111 sayılı Ayrımcılık (İstihdam ve Meslek) Sözleşmesi'nde, AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'da, AB Yönergelerinde ve ABD mevzuatında ayrımcılık yasakları sınırlı sayılı (numerus clausus) olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anayasa'da (AY) (m.10) ve İşK'nda (m.5 ve 18), Asgari Ücret Yönetmeliği'nde (m.5) dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve "benzeri sebeplerle" ayırım yasaklanmıştır. Dolayısıyla sınırlı sayı yoluna gidilmemiş, "benzeri sebepler" ibaresiyle yasaklanmış olan temellere başka temellerin dahil edilmesine olanak tanınmıştır.

Bunlardan farklı olarak TİHEKK, ayrımcılık temellerini sınırlı sayılı olarak düzenlemiştir. TİHEKK m.3 uyarınca, herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir (b.1). Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır (b.2). Madde 6 (3) uyarınca, işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez.

Dolayısıyla TİHEKK, AB Yönergelerinin yasakladığı ayrımcılık temellerinden cinsiyet, ırk ve etnik köken, din veya inanç, engellilik ve yaşa dayalı ayrımcılığı yasaklamakta, ancak cinsel yönelime dayalı ayrımcılığı yasaklamamaktadır.

TİHEKK, AB Yönergelerinden farklı olarak dil, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu temellerine dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır.

TİHEKK'nda sınırlı sayı ilkesinin benimsenmesinin sonucu şudur: Kanun kapsamındaki kişiler, sayım yoluyla düzenlenmiş nedenlere dayalı ayrımcılık iddiasıyla Kurum'a başvurabilecekler, diğer temellere dayalı ayrıma uğrayanlar Kurum'a başvuruda bulunamayacaklardır.

Diğer nedenleri dışlayarak belli bazı nedenleri yasaklayan düzenlemeler, ayrımcılığı atomize ettiği, diğer keyfi ayrımcılık nedenleriyle bağlantıyı kestiği için eleştiriyeye açıktır.

KAYNAKLAR

- Bakırcı, Kadriye (2015), İstanbul Sözleşmesi, Sayı:4, s.133-204.
- Bakırcı, Kadriye (2012), Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Karan, Ulaş (2009), Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara.
- Oğuşgil, V.Atilla (2015), Avrupa Birliği Belgelerinde Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Yeri ve Önemi, Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, Yıl:7, Sayı:14, Kış 2015, s.257-276.

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyorum. Ben şimdi kadınlara ayrımcılık örneği vereyim. Eskişehirliyim ben. Annemin okuryazarlığı yok. Bunlar geziye gidiyorlar, Ege Bölgesine. Yanındaki kadınlar diyor ki, buralar ne kadar güzel yemyeşil, bizim orası çorak. Annem de bakıyor diyor ki, bak diyor tarlaları gördünüz mü hep kadınlar topluyor, adamlar kahvelerde oturuyor. Onun için diyor bizim orası daha güzel diyor. Şimdi ayrımcılık var. Erkekleri çalıştırmıyoruz, iş vermiyorlar onlara. Bunu biraz gülelim diye söyledim.

Avrupa Birliği bize diyor ki, ayrımcılık yasanızı yapın, kanun çıkartın filan. Ama Suriyeli sığınmacılar gelince, hepsini parayla bize satmaya çalışıyorlar. Hassasiyetleri yok aslında. Önce insana ayrımcılığı önleyeceksiniz. (Alkışlar)

Şimdi ben fazla vakit almayayım, biraz gevezelik yapmak istiyorum, ama vaktinizi çalmak istemiyorum. Prof. Dr. Cem Kılıç Gazi Üniversitesinden konuşumuz. Bize kıdem tazminatıyla ilgili yapılmak istenilen düzenlemelerin ne olduğunu... Bana göre bazı yerleri olumlu. Yani güçsüz işverenlerden para alamadıkları gerçeğini sendika başkanı da söyledi, bunlar açısından olumlu gözüküyor. Ama bazı diğer yönden de paralar içeride kalacağı için olumsuz gözüküyor. Ben iki taraflı baktım böyle gördüm. Hocam ne görüyor? Hocamı dinleyelim. Buyurun hocam, süre 20 dakika.

CEM KILIÇ'IN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Cem KILIÇ (Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi)- Levent sağ olsun üstüme titrer, bu konuyu bana vermiş. Belki de en ikircikli konulardan birisi, en çok tartışılacak konulardan birisi. Konuyu görünce zaten bir şaşır-dım. Dedim ki eyvah, baktım DİSK var, HAK-İŞ var, TÜRK-İŞ var; yandık, ne konuşacağız orada? Ortalama bir şeyler söylememiz gerekir diye. Sonradan dün seyahat esnasında dedim ki çok söyleyecek şey var. İnşallah hepsini de söylerim, ama söyleyeceğimiz de gittiler kimse kalmadı.

Tabii hocam yasa metni üzerine konuştu. Yasa metni var mı ortada? Yok. Kıdem tazminatı fona dönüşecek, değişecek. İşte bu İşsizlik Sigortası Fonu gibi mi olacak? Bireysel bir hesaba

dayalı fon mu olacak? Bunların hiçbirini bilmiyoruz. O zaman neyi konuşacağız, neyin üzerinden argümanlarımızı geliştireceğiz? Bu çok belli değil. Ama var olan, biraz da ben şimdi akademisyen kimliğimin yanında, gazeteci köşe yorumcusu kimliğiyle istihbarata dayalı bilgilerim çerçevesinde bir şeyler söylemeye çalışacağım.

Bu tartışma aslında yeni değil, 2012-2013 yılında da konuşuyorduk biz bunu. Hatta şöyle bir anım var. 2012 yılında Cenevre'ye gittiğimde, yan odamda ismini vermeyeyim, bakanlık üst düzey bürokratlarından biri kalıyordu akademisyen. Akşamları o bizim odamıza geliyor, biz ona gidiyoruz filan böyle sohbet ediyoruz. Bazen bilgisayarı kullanıyoruz, yazıyoruz. Bunun bilgisayarı açık, baktım masaüstünde bir takım belgeler var. O dönemde de Dünya Gazetesinde yazıyorum. Böyle kendimizi ispatlama dönemi, bir şeyler çıkaralım. Bir baktım kıdem tazminatı taslak tasarısı. Çaktırmadan ben böyle açtım, 40 küsur madde vardı, 40'ı da aşkın madde vardı. Tabii o halde yakalandım arkadaşına. Aman dedi sakın sen bunu alma, bunlar daha çok yeni ham veriler, sen bunu kullanırsın şimdi. Yok dedim, söz veriyorum kullanmayacağım.

Maddelerin içeriğine şöyle bir baktığımız zaman, aslında bugün söylenilenden çok da farklı değil. İşte birey hesabına dayalı, aynı bireysel emeklilik sistemi gibi bir sistem kurguluyor ki, kişinin hesabında birikecek primler, gelecekte onun bir anlamda kıdem tazminatını oluşturacak. Ama hak kazanma koşullarına göre bir şeyler görmüştüm. Ne bileyim ev alırken kullanabileceksiniz onu, ne bileyim askerlik zaten var, evlilik var. Onları da dışarı çıkarmışlar burada. Ev alırken kıdem tazminatını kullanırsınız, ama ikinci evi alırsan yok, o zaman vermeyeceğiz gibi böyle tuhaf tuhaf şeyler vardı. Hayretler içerisinde okumuştum onu.

Söz verdim tabii kullanmayacağız diye, ama aradan bir ay geçti, bu sefer Star Gazetesi bunları boy boy yayınladı. Aradım arkadaşını dedim ki, biz de tam o sırada Milliyet'e geçiyoruz filan, ne güzel flaş haber yapacaktık bunu. Dedi ki, ben vermedim Maliye Bakanlığında çalmışlar dedi. Orayla paylaşmışlar herhalde. Neyse, şimdi hâlâ o taslak üzerinden gidiyor.

Geçenlerde yine bakanlığı şöyle bir yoklayayım istedim. Dedim ki, çıkıyoruz televizyonlara konuşuyoruz şuraya buraya. Beni gören bir defa “bizim kıdem tazminatı hakkı ne olacak?” Kameraman mesela orada çekim yapıyor, “ağabey evleneceğim, hemen hemen bir an önce evleneyim mi? Çünkü bu gelirse herhalde bizim kıdem tazminatı hakkı ortadan kalkacak” gibi birçok soru ortaya çıkıyor konuşuluyor.

Bu neyi gösteriyor? Bu aslında bir kargaşayı, kaotik bir durumu gösteriyor ki, belki de çalışma yaşamının en temel konularından birisi olan kıdem tazminatı konusu. Maalesef işte sabah da konuşma yaptı sayın başkanlar, kıdem tazminatının fona geçeceği vesaire. Bunları bile konuşurken, bir başka noktaya değineceğim şimdi. Aradan öyle önemli yasalar geçti gitti ki, yani kıdem tazminatıyla şöyle siz oynayın bununla uğraşın derken, işte Levent Hocamın söylediği geçici iş ilişkisi, kiralık işçilik, taşeron düzenlemesi. Yani çok önemli, çok hakikaten devrim niteliğinde şeyler bir anda su gibi geçti; kıdem tazminatı tartışmalarının gölgesinde. Bir parça da hani öyle çok şey yapmak istemiyorum, ama acaba diyorum bunu böyle gösterirken diğerlerini oradan geçiriyorlar mı? Onu da düşünemedim edemiyorum.

Şimdi yine sabahki konuşmalara atıfla, mesela Mahmut Arslan Beyin yaklaşık bir buçuk yıl önce kullandığım jargonu kullandı. Dedi ki, işte “Türkiye’de her 10 çalışandan biri kıdem tazminatını alamıyor”. Ben de hep bunu söyledim. Hatta fona geçilmesi yolunda önemli destek argümanlarından biri olarak ortaya koyardım. Ama onun öyle olmadığını, aslında bana Sosyal Güvenlik Kurumunun bizzat içinde çalışanlar söylediler ve hakikaten ODTÜ’de Ekonomi Bölümündeki birkaç arkadaşımızın yapmış olduğu bir çalışma var. O çalışma gösterdi ki, aslında 10 kişiden biri filan değil. Normal koşullarda ortalama olarak onda dört civarında kişi aslında kıdem tazminatını alabiliyor.

Hele sektörel olarak baktığımızda, bazı sektörlerde ki, özellikle finanstır medya turizm gibi sektörlerde bu oranın daha da yükseldiğini görüyoruz. “Her 10 çalışandan sadece birinin

kıdem tazminatı alıyor” cümlesi –ben de kullanıyordum bunu-yanlışmış. “18 milyon işten ayrılış bildirgesi veriliyor” dedi Sayın Arslan bir yıl içerisinde kuruma. Evet, doğru veriliyor. Türkiye’nin işgücü piyasası çalışanlar Türkiye’de işgücü devir oranı, çok yüksektir. Şimdi kıdeme hak kazanmadan, işte ben bildireceğimi hesap ettiğiniz zaman, 18 milyonun neredeyse 10 milyonu, zaten bir yılı tamamlamadan işten ayrılanların işten ayrılış bildireceğini veriyor. Dolayısıyla buradan yola çıkarak, kıdem tazminatı tamamen ortadan kalkmıştır gibi bir düşünce yanlış.

Şunu da tabii ki söyleyemeyiz. Türkiye’de kıdem tazminatı hakkıyla alınıyor mu? Alınmıyor. Hak etmiş 100 kişiden bir kişi bile alamamış olsa, orada kıdem tazminatı sorunu vardır. Türkiye’de de yapısal sorun olarak ortaya çıkıyor. Bunun elbette ki uzun uzadıya konuşmak, sosyal diyalog mekanizmalarını geliştirerek tartışmak gerekir.

Bir de bu yapısal sorun nereden kaynaklanıyor? Kısaca ona bir değinmek istiyorum. Türkiye’de 1 milyon 762 bin işyeri var. Sigorta sicil numarası almış, 1 milyon 762 bin işyeri var. Bu işyerlerinin yüzde 98’i küçük ölçekli orta ölçekli işletmelerden oluşuyor. Yani 10 ve daha az çalışanı olan işyerlerinden oluşuyor. Bu da şunu gösteriyor aslında, biz modern çağın, sanayi döneminin, dördüncü sanayi dönemine evriliyor, bu dönemin gerektirdiği profesyonel işletmecilik anlayışına hâlâ sahip bir ülke değiliz. Küçük ölçekli işletmelerde geleneksel üretim biçimleriyle, aile tipi bir örgütlenmeler ve yönetimi söz konusudur.

Hal böyle olunca, aslında bu tip işyerleri bakımından bizim tabii işgücü piyasası dediğimiz, doğal işgücü piyasası dediğimiz, vahşi kapitalizmin sınırlarını zorlayan çalışma koşulları mevcuttur. Bırakın kıdem tazminatını almaya, sigortasızlığa varan, çalışma süreleri açısından son derece çalışanı istismar edici, emeği istismar edici uygulamalar söz konusu. Oysa kıdem tazminatı önemli bir sorun olmakla birlikte, aslında daha buraya gelene kadar Türkiye’nin Türk çalışanın emeğinin çok daha güç sorunları olduğunu vurgulamamız lazım.

Örgütlülüğün sınırlı olması, evet en büyük problemlerden birisi; şimdi 13 milyon sigortalının, yaklaşık 2,5 milyonu sendikalı deniyor. Bu resmi rakamlar, yani resmi veriler. Oradaki önemli bir bölümü bilir ki bu konuları çalışanlar, kişilerin bu sendika üyelikleri çok yaygındır. Şimdi e-sendika dönemine filan geçildi, ama ben hâlâ daha reel anlamda yüzde 10'lar civarında ifade edilen sendikalaşma oranının yüzde 5 ilâ 7 arasında olduğunu düşünüyorum Türkiye'de.

Durum böyle olunca, tabii ki örgütlülüğün son derece düşük olması, çalışma ortamlarında elde edeceğimiz hakların da kısıtlanması anlamına geliyor; başta kıdem tazminatı olmak üzere. Dolayısıyla örgütlülüğün bu derece düşük olması, kıdem tazminatının yapısal bir sorun olarak ortaya çıkmasındaki en büyük sebeplerden biridir. Zaten yine yapılan birkaç araştırma Türkiye'ye ilişkin, belki sektör boyutunda yapılan araştırma şunu göstermektedir. Sendikalının olduğu yerde, örgütlülüğün olduğu yerde kıdem tazminatı konusu bir problem olmaktan çıkmıştır. O işte 1,5 milyon kişi için aslında kıdem tazminatı bir problem değildir. Önemli olan bizim örgütlülük dışındaki unsurlara bakmamızdır.

Güncel aktüel konular çerçevesinde değinecek olursak, bir defa çalışan işçi kesiminin konfederasyonuna HAK-İŞ de bugün onu ifade etti. Mevcut kazanımlarından geri adım atmamak istemiyor. Nedir mevcut kazanımı? En basit, en yalın haliyle bir yıla karşılık gelen işte 30 günlük kıdem tazminatı imkânı.

Buradan geri adım atmamak kaydıyla, yeni bir şeyler konuşulabilir mi? Ben bu noktadayım açıkçası. Biraz önce söylemiş olduğum endişeler çerçevesinde. İşte Sayın Başkan da söyledi, o da yargının içerisinde bu konuların içerisinde konuşulabilir. Bunun konuşuluyor olması, yapılacağı anlamına gelmez ya da yapılacak olması işçinin aleyhine gelişecek olması anlamına da gelmez. Yeter ki siz ülkedeki sosyal diyalog mekanizmalarını çalıştırın.

Ekonomik Sosyal Konsey 2010 referandumuyla işte anayasal bir kurum haline geldi, ama toplanmıyor. Toplanmadıktan

sonra biz bunu ne yapabiliriz? Kıdem tazminatı konusunda bütün başkanlar söylediler, hatta kendim işte TÜRK-İŞ'in uzmanlarını da sürekli arıyorum. Arkadaşlar, size gelmiş bir me-tin bir taslak var mı? Konuşacağınız bir şey var mı? Yok hocam diyorlar. Bakanlığı biraz sıkıştırıyorum, bakanlıktaki sınıf arkadaşlarımızı filan yokluyorum, diyorlar ki yok öyle bir şey. Peki, nedir o zaman, neyin üzerine konuşacağız da, neyin üzerine sosyal diyalog mekanizmasını geliştireceğiz? Hiçbir şeyin.

Ama bir yandan da bakıyoruz demeçlere, özellikle hükümet tarafından gelen demeçlere. Bakanlar, ilgili olsun olmasın bütün bakanlarda maalesef bu kıdem tazminatı konusunu dillerine dolamış durumdalar. Kıdem tazminatı yakında Meclise gelecek. Geçen hafta öyle bir şey söylendi. Eyvah dedim, baktım telefon çalıyor. Bizim gazetenin ekonomi müdürü "hocam ne var, bunları yarına yetiştirebilir misin?" Kardeşim öyle bir şey yok. Televizyona hep gidiyorsun diyorlar ki, "haftaya gündeme geliyormuş hocam tasar" böyle bir şey yok.

Şimdi bu kavram kargaşası, bu taslak kargaşası içerisinde işçi kesimimizin tavrı belli, en azından belli olduğunu biliyorum. 30 günden geri adım atmayacağı şeklinde yeni bir düzenek kurmak. Peki, niye devlet en çok bunu istiyor, niye hükümet bunu hep sürekli önümüze getiriyor? Yani bu konuda da kuşku oluşmaya başladı açıkçası. Sadece çalışan cephesinden bir bakış açısı değil, makro ekonomik birtakım endişelerin var olması da bende endişelerin ortaya çıkmasına sebep oldu. Nitekim bu konuda bir söyleşi yaptık bizim gazetede, o da ifade etti. Özellikle tasarruf miktarının Türkiye'de çok düşük oranlarda seyrediyor olması, cari açık başta olmak üzere makro istikrarsızlıklara neden olabiliyor, yatırıma dönüştürüyor.

Bu nedenle bir anlamda fon açığını kapatmak ve ekonomiye kaynak yaratmak acaba bunun gerekçelerinden birisi olabilir mi devlet açısından? Elbette olabilir. Benim son dönemde ağırlıklı olarak üzerinde durduğum düşünce de budur. Yani kıdem tazminatı fonunun gelmesinin önemli unsurlarından birisi budur. Hatta biraz önce hocaya döndüm dedim, bizim

başkanların acaba şeyden haberleri var mı? Şimdi bu Türkiye Sigortalar Birliği vesaire çalışıyoruz üzerinde; kanun taslağı hazır Maliye Bakanlığında, bütün çalışanlardan emekçilerden bireysel emeklilik sistemine katkı payı kesilecek.

Ben bunu ilk duyduğumda, ilk önce dehşet vericiydi 100 lira. Zaten 1300 lira olmuş asgari ücretlinin ücreti. O da yani seçimler vesaire 1300 lira olmuş, 100 lira kesinti yapacağız. Kime sordunuz? Çalışana sordunuz mu? Yok. Nasıl olacak bu? Biz getiriyoruz bunu, tasarruf fonunu artıracacağız. Yani bu mantık orada da işliyor ve o devam ediyor. Bunun belki farkında değiller. Gerçi ben başkana bunu söylediğimde telefonda, öyle şey olur mu dedi, o Maliye Bakanı mı dedi. Biz Meclise sokmayız vesaire böyle şeyler söyledi, ama bakıyoruz ki şimdi 50 liraya inmiş tutar en son aldığım duyum ve devam ediyor. Çıktı çıkacak. Asgari geçim indirimi için AĞİ için bu kadar mücadeleler verilirken, bir yandan da usul usul bir şeyler gidiyor. Bunların hepsinin farkına varmak lazım. Bu söylediklerim işte kıdem tazminatı fon şeklinde ortaya konulması için de, devlet tarafından baktığımızda önemli gerekçelerinden bir tanesi.

Şimdi 30 günden geri adım atılmazsa, -kısaca buraya gelip özetleyeceğim- işçi işverene ne sağlar? Birtakım faydalar elbette sağlayacaktır. İşveren açısından bakarsak, şimdi işveren de hakikaten, biraz önce söylediğim o geleneksel üretim yapısı içerisindeki işverenler kıdem tazminatı karşılıklarını ayırmıyorlar. Ayırmadıkları için de, bir anda önemli miktarda kıdem tazminatı yüküyle karşı karşıya kalabiliyorlar. Sırf kıdem tazminatı yükü sebebiyle iflas eden, işyerini kapatan işverenler bile olabiliyor. Dolayısıyla fon tarzı bir uygulama, belki işveren açısından bir maliyet planlaması hesabı getirebilir. En azından maliyet planlaması hesabında böyle bir faydasının olabileceğini düşünüyorum.

Tabii ki işverenler başlangıçta buna hemen atladılar. Ben ilk günlerdeki tartışmaları hatırlıyorum. Aslında fona çok sevindiler. Şimdi son dönem şöyle bir bakın, aslında işveren çevresi fon şeklindeki bir örgütlenmeyi istemiyor şu anda. Niye istesin? Başkan bile söylüyor, çünkü eğer ödenmeyen bir sistem

içerisinde ödemediği bir şeyi niçin bundan sonra ödemeye başlasın? Şimdi eğer mevcut benim edindiğim bilgiler doğru ise – ki, doğru, sadece rakamı bilmiyorum, oranı bilmiyorum- bizim sigorta primleri, kısa ve uzun vadeli sigorta primlerinden bir de böyle bir prim gelecek. Şu anda 30 gün üzerinden gittiğimizde 8,33 olan prim oranı... Öyle hesap ediyoruz, Mevcut getirilmesi istenilen sistemde 4,5'e geliyor. Bu ne anlama geliyor? 30 günlük tutar, 14-15 günler civarına düşecek.

Bunu nasıl telafi edeceğiz? Kafalardaki mekanizma şu, bildiğim için Maliyede de öyle görüşülüyor. Bu geri kalan 14-15 günü de, işte 10 yıllık fonda birikip nemalanma faiz getirerek kafa kafaya getirmek, yani 10 yıl sonra 30 güne tamamlamak. Şimdi ben size soruyorum. Ben hatta iki ay önce Sigortalar Birliğinin toplantısına katıldım İstanbul'da. Bireysel emeklilik sistemi külliye Türkiye'de yanlış işliyor ve katılımcıların aleyhine. Ben de katılmıştım, eşimi çocukları soktum, hepimiz zarar ettik aslında. Şimdi böyle bir ortamda sizin bunu nemalandırarak, bu fonu getireceğim de, bu 15 günü de ben böyle telafi edeceğim, Bence hiç getirmesin. Burada ya devlet kendisi bir şey yapacak ya da bu yol yol değil. Bu anlamda çalışan da kaybedecek.

İşveren açısından mesela şey çok önemli kritik, işgücü devir oranı çok yüksek dedim. İnanın bu sistem gelirse işverenler elinde eleman tutmakta zorlanacaklar. Ben mesela güvenlik sektörünü biliyorum...

Peki, hemen kısaca şey yapıyorum. İşgücü devir oranını yükseltecek vesaire. Bunlar tabii ki işgücü piyasası açısından ciddi rahatsızlıklar getirebilir. Ama sözlerimi şöyle bağlamak istiyorum. O noktada asla taslak tasarı hiç kimseyle paylaşılmadı. İşte sümen altında duruyor, bazılarını bir kısmını biliyoruz. Onlar da onun olacağını bilmiyor bürokratlar, onlar da şaşkın durumdadır. Bu 8,33 4'e mi iner, 5'e mi iner? Onun telaşı içerisindedir şu anda. Ne var ki Türkiye'deki sosyal diyalogsuzluk, sosyal diyalog mekanizmalarının işlememesi, maalesef beni bugün böyle bir tebliğ sunmaya itti. Keşke Levent Hoca gibi işte maddeler üzerinden gidip gidip yorum yapabilmiş ol-

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

CEM KILIÇ'IN
KONUŞMASI

saydım, bunu yapma imkânımız olmadı. Aslında bu çok takip edilen, toplumsal anlamda da yani toplum barışını, bireylerin birbirine, kurumların birbirine güvenini zedeleyici bir tutum; kıdem tazminatı gibi önemli bir konuda muhakkak bir metin ortaya konulmalıdır. Tarafların görüşünün yanı sıra, toplumun görüşü alınmalıdır diye düşünüyorum ve sözlerimi sonlandırıyorum.

Herkese saygılarımı sunuyorum. (Alkışlar)

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Cem Hocama çok teşekkür ediyorum. Hayalet bir tasarı, bu konuyu güzel anlattı. Tahminlere göre zaten konuşuluyor. Şimdi söz değerli hocam Prof. Dr. Kadir Arıcı'da, Prof. Dr. Kadir Arıcı Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi. O da bize Atipik iş sözleşmesinde işçinin korunmasına dair görüşlerini açıklayacak. Kendisine söz hakkı onun için sınırsız söz hakkı var. Buyurun hocam, söz sizde.

KADİR ARICI'NIN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Kadir ARICI (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Sayın Başkan, değerli katılımcılar; hepinizi saygıyla selamlıyorum, teşekkür ediyorum.

Şimdi atipik iş sözleşmelerinde işçinin korunmasını özellikle seçtim. Çünkü aslında burada ben huzuruna bir farklı konuyu getirmek istedim. O da şu: İş hukuku nereden nereye geldi, nereye gidiyor? Aslında tartışılması gereken soru bu. Çünkü biz her ne kadar kamuoyunda en üst düzeyden demokrasiden katılımdan sosyal diyalogdan... Mesela son dönemde milli iradede çok söz ediliyorsa da, Türkiye'de bunların bence hiçbir anlamı yok. Çünkü büyükler her şeyi çok iyi biliyor. Onlar bir yerlerde pişiriyorlar, usul usul da mühendislik yaparak bize yediriyorlar. İkna ediyorlar yediriyorlar. Yani böyle bir garip bir iş var.

Şimdi bakın, atipik iş sözleşmeleri dediğimiz şey nedir? Gerçekten tanımı o kadar zor ki, ama biz şunu biliyoruz. Tam gün süreli tek bir işverene bağlı çalışmak; yani bizim bildiğimiz tam gün süreli iş sözleşmesinin dışındaki bütün iş sözleşmeleri bana göre atipik iş sözleşmeleridir.

Peki, buraya niye geldik? Dünyada birtakım gelişmeler var. Dış ticarete ciddi artışlar var bütün dünyada, globalleşme dediğimiz süreç var. Bunun beraberinde global rekabet var. Bunlar aslında bizim dışımızdaki olaylar. Biz çünkü “global rekabette henüz aktör durumuna geldik mi?” sorusu tartışmıyoruz. Rahmetli Sabancı'nın bir sözü vardı, “benim öyle dünya çapında bir tane şirketim yok” demişti de, o zaman gazetelere konu olmuştu. Ama siz biliyor musunuz ki, mesela 2001 krizinde dediler ki, Türkiye'deki bütün bankaların öz kaynaklarının toplamı Deutsche Bank kadar etmedi. Yani Türkiye'de o kadar çok fazla banka vardı. Ama bir tane Alman bankası kadar etmiyordu.

Şimdi biz bu boyutlarda ne yaptık? Aslında bu atipik iş sözleşmeleriyle ilgili gelişmeler, Avrupa Birliği'nin ortak pazardan başlayan süreç içerisinde kendi içindeki rekabet şartlarıyla gelen birtakım gelişmeler. Avrupa Birliğinde yaşandı. Neler yaşandı? İşverenler Avrupa Birliğinde iş hukukunda işçinin korunmasına ilişkin çok ciddi gelişmeler oldu. Çok güçlü sendikalar var. Sendikalar sadece işçi haklarını değil, insan haklarının gelişmesine de çok büyük hizmet ettiler vesaire. Fakat bu rekabette Avrupa geri kalınca, güçlerini birleştirip yeniden dünyada güç olma mücadelesine girdi, pazarını büyüttü. Ortak pazar burada çok önemli, ama batıdaki işçiyi koruyucu kurumaların karşısında çok ciddi bir direnç var. Bu direnci birden Ne yaptı? Mevcut imkânlarla bunu nasıl paklarız dedi. Mesela belirli süreli iş sözleşmeleri, iş güvencesini baypas edebilmek için kullanmaya başladı. Mesela toplu işçi çıkarma; çünkü Avrupa Birliği'nin ekonomik bütünleşme süreci içerisinde çok ciddi bütünleşmeler var. Büyük işçi çıkarmaları oldu. Burada bütün üye ülkeler arasında çok farklı sistemler var. Bunlar nasıl ortam hale getirilir? Bunlar oldu.

Sonra baktılar ki rekabette biz geri kalmamız için, işçiden aldığımız emeğin tam karşılığını ödememiz lazım. Yani karşılığını almadığımız tek kuruş ödememiz lazım. Bunun yolu ne? Ne kadar benim işgücüne ihtiyacım varsa, o kadar ücret veriyorum. Şimdi bu kısmi süreli çalışmanın yaygınlaşmaya başlamasının temel sebeplerinden bir tanesi bu.

Sonra baktılar ki, biz maliyeti aşağıya çekebilmek için başka yollar bulmamız lazım. Taşeronlaşma dediğimiz, alt işveren ilişkisi bunlardan bir tanesi olarak karşımıza çıktı ve gün geçtikçe yaygınlaştı. Bu da bitmeli. Daha sonra denildi ki, ben o hizmeti bizzat vermek yerine, dıştan alırım. Son dönemde bu dış alım dediğimiz kavram, mesela işletmecilikteki bütün gelişmeler karşımıza birer iş hukuku problemi olarak çıkmaya başladı.

Sonra burada tabii bunlar yetmedi. Çünkü Avrupa Birliği'ndeki o güçlü işçi mücadelesi, sendikal mücadele bunlara karşı. Dediler ki, o zaman biz burada ortak noktalarda buluşalım. Avrupa Birliği bir sosyal diyalog süreci yaşadı ve toplumsal sözleşme, yani işçi işverenlerin sözleşmeleri direktif haline getirildi ve Birliğin bir ortak iş hukuku oluşmaya başladı; bu da tamam. Bu direktif için buradan geliyoruz biz, biz ne yaptık? Biz şimdi diyoruz ya, milli hâkimiyet bilmem ne, hepsi hikâye. Arkadaşlar, hiçbir Avrupa Birliği üyesi ülke, üye olmadan Gümrük Birliğine vergi de vermiyor. Ama biz Gümrük Birliğine veriyoruz üye olmadan. Dolayısıyla şu anda Avrupa Birliğinin sınırları Hakkâri'ye kadar ulaştı. Biz hâlâ bize vize versinler mi vesaireyi tartışıyoruz. Lütfen bunu düşünelim.

İki, Arkadaşlar bakın, 28 ülkeden hiçbirisi müzakereye başladığından üyelik tarihi aldığı anda müzakereye başlamadı. Bunları halka niye sormadınız, hani milli hâkimiyet? Bunun sonucu ne oldu biliyor musunuz? Bunun sonucu, haklı olarak Avrupalı şirketler Hakkâri'ye kadar dayandı. Dediler ki, Avrupa'da biz bu hakları aldık, siz bize niye vermiyorsunuz? Çünkü gerçekten alındı. Şimdi en son burada Levent hocamın anlattığı, bakın 2003 yılında biraz benim de katkım vardı, tasarıda biz bunu çıkarttık. Tasarıda vardı bu. Yani ödünç il ilişkisi tasarıda vardı. O dönemde çıkarttık biz bunu. Sonra tekrar zorladılar ve en sonunda şimdi son dönemde bunu hallettiler.

Hâlbuki 1980'den 2008'e kadar tam 28 yıl Avrupa bu direktifi çıkartabilmenin mücadelesini verdi. Gidin bakın makalelere. Çünkü bu en çok suiistimal edilen bir alandı. Avrupa 28 yıl sonra 2008'de ancak direktif haline geliyor; bu ödünç iş ilişkisi. Şimdi buradan şuraya gelmek istiyorum. Tabii şu anda Türk

ekonomisinde uluslararası şirketler, özellikle Gümrük Birliği ve biz bu arada tabii Dünya Ticaret Örgütüyle de anlaşmalar yaptık gümrüklerimizi indirme konusunda. Dolayısıyla Türkiye çok kolay bir şekilde dışa açıldı. Dışa açılınca, bu gelişmeler Türkiye'de yaşanmak zorunda. Öyle dışarı açılmak demekle olmuyor, hesap kitap işi olması lazım, ama yaptı.

Şimdi dolayısıyla şu anda şöyle bir atmosfer içerisindeyiz. İş hukukunda esneklik araçları bütün batıda korkunç bir şekilde ağırlık kazanmaya başladı; çünkü onlar dünyada kendi aralarında rekabet ediyorlar. Yani biz bu rekabetin bir parçası olmadık, biz bu rekabetin alanı olduk. Bakın, esnek firma kavramları ortaya çıktı ve burada dediğimiz bizim müşterek iş ortaklıkları, birebir iş hukukunu aşmanın araçları olarak karşımıza çıktı. Endüstri ilişkilerinden kaçış yaşandı ve insan kaynakları yönetimi onun yerine ikame edilmeye çalışıldı ve sendikası işyeri politikaları açıkça uluslararası çok uluslu şirketlerin bazılarında resmi politika haline geldi.

Şimdi bütün bunların sonunda, batı literatüründe iş hukukunun sonu mu geliyor? Hani bir tarihin sonu meselesi vardı ya, son dönemde "iş hukukunun sonu mu geliyor?" tartışmaları başladı. Gerçekten iş hukukunda toplu iş hukukundan ferdi iş hukukuna doğru bir kayış başladı. Yani iş hukukunda böyle belli bir süreç yaşadık. Tabii bu arada çok uluslu şirketler, dünyada devletlerin ekonomik politikalarını yönlendirecek büyüklüklere ulaştı. Biz bunların hesabını yapmadan bütünleşme sürecine girdik. Tabii bunun yanında, Türkiye'de bu uluslararası firmaların etkisiyle tasarruf etme, bolca tüketen, üretim ve yatırımı unutmuş bir ekonomiye doğru gittik ve bunu da allayıp pulladık.

Şimdi bütün bunlar sonunda başka alanlara yansımaları olduğu gibi, iş hukukunda da yansımaları oldu. 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı Kanun, aslında iş hukukunda esnekliği Türkiye'ye getiren kanun. Orada bizim sendikalarımızın baskısını azaltmak için, iş güvencesiyle birlikte süslediler. Ama biliyorsunuz son dakikada Mecliste bir oy attılar, tasarı 10 sayısıyla gelmişti. Bu iş güvencesi kapsamındaki işçiler 30'a çıktı.

Dolayısıyla aslında çalışma süreleri bakımından esneklik ve bu yeni çalışma şekilleri, Avrupa Birliği direktiflerinde ne varsa, aynen bizim hukukumuza aktarıldı.

Şimdi burada ne oldu? Burada şöyle bir şey oldu. Bu arada tabii 1980'den sonra rahmetli Özal'ın hükümetleriyle birlikte, bu Thatcher'in politikaları Türkiye'ye taşındı. Hele bu 2003'den sonra -ben bir-iki yerde söyledim bunu- herhalde Fredman başbakan olsaydı, bundan daha liberal olma şansı yoktu.

Şimdi bakın burada bu politikalar şöyle bir dayatmayla geldi. Türkiye nüfusu fazla, istihdam yaratamıyor. Bizim işverenlerimiz, çok ciddi de bir işsizlik baskısı var. Yani son 15 yılda neredeyse yüzde 10'da sabitledik biz işsizlik bakımından. Bunlar resmi rakamlar. Hele şimdi son yıllarda üniversitelerde... Bakın yıllardır üniversitedeyim. Bizim arkadaşların yaptığı araştırmada yüzde 44 üniversite mezunlarındaki işsizlik. Resmi rakamlar yüzde 27. Böyle bir süreçte bu baskılar Türkiye'ye atipik iş sözleşmeleriyle ilgili batıda ne varsa, tamamının taşınmasında ve bu konudaki direncin kırılmasında çok etkili oldu.

Şimdi biz bunları bitirdik. Peki, şöyle bir şey düşünebiliyor musunuz? Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı kamu spotu yayınladı. Ne diyor? Kiralık iş sözleşmesi çok iyidir, istihdam yaratır. Yani böyle şey olabilir mi? Çünkü bizim üye olduğumuz ILO düzgün işi teşvik ediyor. Yani düzgün, bir işçi doğru dürüst çalışacak, başka iş aramadan bütün işgücünü o işe tahsis edecek. Hiçbir atipik iş sözleşmesinde böyle bir şey söz konusu değil. Bir de atipik iş sözleşmesi, şu anda bir mühendislik yapıyor. Bakın bunların istihdama katkısı yok mudur? Vardır. Bunların işverenlere faydası yok mudur? Vardır. Ama bunlar Türkiye'de istihdamı çözecek, işçinin problemlerini ortadan kaldıracak ve işçiyi koruyacak diye yansıtılırsa, bence yanlış olur.

Niçin diyeceksiniz. Bakın, şimdi atipik iş sözleşmeleriyle ilgili; bir, bir defa bu insanların iş hukuku bakımından korunmasızlığı çok açık. Bütün çalışanlar, kağıt üzerinde çalışanlar da dahil hepsi. Bunların örgütlenmesi çok zor, yani bunlar sen-

dikaya nasıl olacak üye olacaklar? Dolayısıyla sadece şu olacak ben size söyleyeyim. Onlarla ilgili kanuni düzenlememiz var. Peki, direktiflere bakıyoruz. Direktif diyor ki, bunlar kilit iş sözleşmeleri. Yani diğer normal iş sözleşmeleriyle çalışanlarla eşit muamele görecektir, ayrımcılığa uğramayacak.

Peki, bunun ayrımcılığa uğradığı bir grup, yargının önüne nasıl taşıyacak bu işçi? İki, yargının önüne taşıdı, ispatı nasıl yapacak? Üç, öyle bazı alanlar var ki, mesela yıllık ücretli işe, bunların yıllık ücretli izin hakkı olmayacak mı? Mesela şimdi torba kanunla böyle... Bu torba kanunları da ne zaman sona erdireceğiz anlamıyorum. Şimdi torba kanunlarla toplumun gözünden pek çok şey kaçırılıyor. Bakıyorsunuz hiç düşünmediğiniz düzenlemeler yapılmış. Mesela yıllık ücretli izinleri eskiden en fazla şu kadar verilebilir diyordu. Şimdi onu kaldırmışlar, 10 gün olmak üzere istediğin kadar paylaşabilirsin. Bu işçiyi koruma mı? Değil.

Onun için geçici iş ilişkisi düzenlendi, kağıt üzerinde çalışma düzenlendi, toplu işçi çıkarmayla ilgili kısmi süreli iş sözleşmeleri, belirli süre iş sözleşmeleri ki, bunlar da aslında atipik çalışmadır hukukumuz bakımından. Bunlar düzenlendi, ama bunların çalışma hayatında korunması konusu, bu alanda getirilen hiçbir şey yok. Alt işveren ilişkisiyle ilgili koruma kanunu çıkardık biz, milleti aptal yerine mi koyuyorsunuz kardeşim? Kamudaki alt işveren işçisini biz mi çıkardık. Onun hakkını koruma gibi problemi yoktur. Koruyan özel sektör. Şimdi biz kamudakini koruyacak yasa çıkardık; iki, bu arada da kamuda asıl işverenin alt işverene verilmesinin yolunu açtık. Böyle garipli bir süreç içinde yaşıyoruz.

Bu noktada bakın, bir defa atipik sözleşmelerle çalışanlar, kendilerini doğru dürüst iş sahibi olarak görmüyorlar. Fazla çalışmada problemler var, ücretli izin haklarında problemler var, sendikalılık örgütlenmede problemler var. Bunların iş güvencelerinde problemler var. Çünkü biz eğer 30 işçi şeyi... Şimdi bakın, ben bunu her yerde söylüyorum. İş sağlığı ve iş güvenliğinde bile siz sayıyı kaldırdınız. Yanımda benim bir çırak bile olsa, hatta çırak değil stajyer bile olsa o kanun kapsamına giriyor.

Peki, iş güvencesinde niye aynı mantığı getirmiyorsunuz? Niye 30? 30 sayısının mantığı var mı? Ben geçen Özürlüler İdaresine, gidin dedim hiç olmazsa 50 işçi sayısını 30'a indir. Bir mantığı olsun, yani mevzuatta bir dayanağı olsun.

Bakın, kendi içinde bizim tutarlı olmamız lazım. Dolayısıyla burada atipik iş sözleşmelerinde çalışanlar iş güvencesi imkânlarından büyük ölçüde mağdurlar. Kayıt dışı çalışma atipik iş sözleşmelerindeki çalışmada en fazla... Çünkü bakın, bunlar niye getiriliyor biliyor musunuz? Bunları uluslararası şirketler talep ediyor, batılı büyük şirketler talep ediyor. Ben onlara hiç haksız demiyorum. Çünkü biz Gümrük Birliğiyle sınırlarımızı Hakkâri'ye açtıysak, bizden birileri o tarafa geçemiyoruz, ama bunlar Hakkâri'ye kadar geliyorlar. Bu da bizim aşık mantığımız, batı aşkımız var ya. Halbuki Avrupa Birliği bir akıl projesidir, ama biz serseri aşık gibi yaklaşıyoruz Avrupa Birliğine.

Şimdi dolayısıyla burada atipik iş sözleşmeleriyle korunma konusu, gerçekten ne yaparsanız yapın, sadece hukuken korumamız var. Kanunu var kardeşim diyeceğiz, ama kanunun hayata aktarılması söz konusu değil. Peki, gelelim sosyal güvenliğe. Şimdi sosyal güvenlikte kayıt dışı çalışma bu kadar yaygınsa, bu insanların sadece iş bulma bakımından korunması değil ki, atipik çalışma ILO'nun bütün ortaya koyduğu bir düzgün işle ilgili, çalışmalarında ortaya koyduğu şey bu.

Şimdi bu kanunları çıkaranlara şunu sormak lazım: Siz böyle bir işte çalışmak ister misiniz kardeşim? Çocuklarınızın böyle bir işte çalışmasını ister misiniz? O zaman benim önüme niye bunu getiriyorsunuz? Ama bunu özendirecek, bunun sanki istihdama çözüm getirecekmiş gibi. Çünkü sosyal güvenlikte batı bu formülü tartıştı. Ondan sonra dedi ki, kurtulma ve kaçma arayışı içerisinde, vatandaşlık haklarına yönelik; yani asgari bir geliri herkese garanti edelim, ondan sonra da iş hukukunun kapsamını Hatta İngiltere'de bu diye ifade edilmeye başlandı. Dolayısıyla tamamen sıfırlayalım. İşverenin önünde iş hukuku bir engel haline geliyor. Adamı işten çıkarılıyormuş, oraya çıkıyormuş, tekrar giriyormuş.

Ancak şunu göz ardı ediyoruz. 65 yaşını doldurmuş, muhtaç ve güçsüz Türk vatandaşlarına bizim verdiğimiz aylık 120 lira. Peki, vatandaşlık yeminini nasıl yapacağız? Ülkenin ekonomik imkânları buna müsaade edecek mi? Kesinlikle bu mümkün değil. O bakımdan atipik iş sözleşmeleriyle ilgili bütün düzenlemeleri Türk hukukuna aktarmak ve bu konuda da kuralcı davranmak, bence Türkiye’de yapılabilecek en büyük yanıltır.

Bu 2008’deki, adamlar Avrupa Birliği üyeliği 2008’de çıktı diyorum. Ben devletin yerinde olsaydım, bu devleti yönetenlerin yerinde olsaydım şunu yapardım. Avrupa Birliğine üye olduğumuz zaman yürürlüğe girmek şartıyla, bu mevzuatları çıkarın dedik. Avrupa Birliğine ne zaman üye olursak, Avrupa mevzuatına uymak zorundayız. Bu direktifleri okuyun bakın, direktifler üyelikten sonraki iki yıl içerisinde bizim için bağlayıcı kural olarak. Çünkü direktiflerle ilgili bir geçici maddeleri de vardır. Her direktif için uyum süresi iki yıllık süre tanınıyor, en az iki yıl süre. Şimdi biz niye bu kadar gayretli iş içerisindeyiz.

Bu neye benziyor biliyor musunuz? Ben Birinci İşçi Seminerinde de anlasınlar diye bunu çok açık söyledim. Arkadaşlar, imam nikâhıyla biz Avrupa Birliğiyle evlendik. Üstelik de 2005 yılında bu müzakereye imza atarken dedik ki, sen nikâh cüzdanımı ne zaman istiyorsan, paşa gönlün ne zaman istiyorsa o zaman ver dedik. Türkiye’nin hali bu; dolayısıyla biz niye bütün mevzuatın yüklerini alalım? Ondan sonra da bu yükün altında ezilelim. Çünkü bu yüklerin hepsi birtakım finans yükleri vesaire getiriyor. Onun için şu anda Avrupa Birliğinden sorumlu bakanımız diyor ki, bizim için tek alternatif değil diyor. Peki, biz bu kadar yükün altına niye giriyoruz kardeşim?

Halbuki şunu demeliler. Arkadaş bize üyelik tarihi verin, 5 yıl 10 yıl, ama ben ucu açık artık ben bunu götüremiyorum demesi lazım Türkiye’nin. Ama biz... Gerçekten insan üzümlüyor.

Başkanım son bir-iki cümle söyleyip bitiriyorum. Bu düzenlemede, bakın kıdem tazminatında da aynı mantık var. Yani bütün kıdem tazminatı da dahil, son dönemdeki şeyler işçilerin lehine olmaktan çok, bu büyük şirketlerin talebi du-

rumunda ve bu büyük şirketler artık basında da çok ciddi şekilde hâkimler. Vatandaş da ikna edecek bir noktaya doğru geliyorlar. Yargı içtihatlarına bakıyoruz, ellerindeki bilgi belge delillerle gerçekten yargı o işçiyi korumak için sanki çaba gösteriyor. Bunu gözlüyorsunuz Başkanım, ama atipik sözleşmeler yaygınlaştığı müddetçe, yargının da yapabileceği fazla bir şey olmadığını söylüyorum.

Dolayısıyla işçilerin, tabii sendika desteğinin de gün geçtikçe azaldığını düşünürseniz. Çünkü sendikalaşma gerçekten çok geriledi. Bu politikalarla bir yere varmanız mümkün değil. Hedef ne olmalı? Çalışma Bakanlığının ve ülkemizi yönetenlerin, iş sözleşmelerini öne çıkararak ve düzgün işi öne çıkaran politikalar olmalı. Atipik iş sözleşmeleriyle çalışma konusunda Avrupa Birliği mevzuatının sadece 2003 yılında aldık, kalanları en son bu vardı zaten, 2008'de çıkmıştı. Onu da aldık. Burada çok etkin bir kamu denetimi, iş teftişi, çok etkin bir iş teftişinin ve sendikalaşma konusunda da şunu söyleyeyim. Bir garip süreç yaşanıyor. Hükümetler memur sendikalarına üye olanların aidatlarını ödemeye başladılar ve sendika desteği diye bir şey çıkarttılar. Dikkat ederseniz yine bu sendikalar sayıları 1,5 milyonu geçti üye sayıları. İşçi sendikaları da üye kaybına devam ediyor. Herhalde bu adaletsizliği önlemek için Anayasanın 11.maddesi çerçevesinde işçi sendikalarına üye olanlara da sendika desteği... 15 lira veriyorlar ya, memurlara 15 lira veriyorlar aylıkta üye olanlara. Onu da işçiler talep etmeli. Dolayısıyla orada bir belge belki sağlanır. Atipik iş sözleşmesiyle çalışanların korunması konusunda da sendikalar biraz daha güçlenirlerse, onların da katkısı olur diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

ATİPİK İŞ SÖZLEŞMELERİNDE İŞÇİNİN KORUNMASI

Prof. Dr. Kadir ARICI

GİRİŞ

İşçinin korunması, iş hukukunun varoluş sebebidir. Bilindiği gibi işçiyi işveren karşısında korumak maksadı ile devlet, sözleşme yapma hürriyetine müdahale etmiş ve sözleşme yapma serbestisini sınırlamıştır¹. İş sözleşmesi yapma serbestisi sınırlandırılmak suretiyle işçiler, işveren karşısında asgari ölçüde koruma altına alınmıştır².

İşçinin korunmasına yönelik devlet müdahalesi, bir sosyal politika tedbiri olarak gerçekleştirilmiştir. Devletin bu alana müdahalesi kanunlarla gerçekleştirilmiştir. Bu kanuni müdahale ile ortaya çıkan mevzuat iş hukukunun alt yapısını oluşturmuş; iş hukuku bu mevzuat temelinde doğmuş ve gelişmiştir. İş hukuku işçiyi koruma arayışının ürünü olan doğmuş ve gelişmiş yeni ve genç bir hukuk dalıdır.

Tarihi gelişim içinde devletlerin işçi işveren ilişkilerine müdahalesi; işçiyi azami değil asgari ölçüde koruma maksadı ile sınırlı bir müdahale olmuş; düzenlemeler yapılırken işçi işveren ilişkilerini her yönden düzenleme gayesi taşınmamıştır. Dolayısı ile işverenin sözleşme yapma serbestisi ve hürriyeti bu anlamda yalnızca işçinin asgari ölçüde korunmasını sağlamaya matuf bir sınırlama olarak kalmıştır.

Devlet sosyal politika araçlarından birisi olarak kendi kendine yardım mekanizmalarını da işletmiş; işçilere sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme özerkliğini de tanımıştır. Bu su-

¹ Geniş bilgi için bkz.: SÜZEK, Sarper : İş Hukuku 12.Bası, İstanbul 2016, s.8-9.; ÇELİK, Nuri, CANBOLAT, Talat : Caniklioğlu, Nurşen : İş Hukuku Dersleri, 28.Bası, İstanbul 2015., 3 v.d. ;

² MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, Baysal Ulaş : İş Hukuku, Ankara 2014., s.14 v.d.

retle sendikal hakların güçlendirilmesi suretiyle sendikaların gücü ve etkinliği de artırılmıştır.

İşçinin korunması, örgütlenme hak ve hürriyetinin de verdiği güçle artmış; sendikal hakları kullanan işçiler kendi kendine yardım mekanizmasının imkanları ile devletin sağladığı koruma seviyesini işçi lehine yani kendi lehlerine daha da yükseltme imkanını elde etmişlerdir³.

Bilim ve teknolojinin desteğinde sanayileşme, haberleşme, ulaştırma ve nakliyat alanındaki gelişmeler; dünyamızda, adına globalleşme süreci denilen yeni bir sürece kapı aralamıştır. Globalleşme sürecinin başlaması, çalışma hayatında da pek çok imkanlar ve fırsatlar yaratmıştır.

Globalleşme süreci sağladığı imkanlar ve fırsatlar yanında; çalışma hayatı, iş piyasası ve istihdam alanında yarattığı sıkıntılar ve değişikliklerle devletleri ve kişileri pek çok mesele ile karşı karşıya bırakmıştır.

Türkiye'nin Dünya Bankası ile yaptığı ticaretin serbestleştirilmesine ilişkin anlaşmalar ve Avrupa Birliği ile yapılan Gümrük Birliği Anlaşması Türk çalışma hayatında sanayileşmiş ülkelerde ve Batı Dünyasında çalışma ilişkilerinde yaşanan gelişmelerin ve orada yaşanan meselelerin ülkemize de taşınmasına neden olmuştur.

İşverenler iş ilişkilerini düzenleyen mevcut hukuki düzenlemelerinin globalleşme sürecinde ortaya çıkan ve gün be gün artan rekabet şartları içinde ihtiyaçlarına cevap veremez duruma geldiğini dile getirmeye ve iş hukukunda esneklik taleplerini kamuoyunda seslendirmeye başlamışlardır⁴. Başlangıçta iş hukukunda esneklik talepleri kamuoyundan büyük tepki almıştır.

³ KESSLER, Gerhard (Çev.Orhan Tuna):İçtimai Siyaset : İstanbul 1945., s.13 v.d.

⁴ ARICI,Kadir :Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 sayılı İş Kanununda Çalışma Süreleri, Ankara 1992., s.66 v.d.

Bu arada iş hayatında normal iş ilişkilerinden farklı çalışma biçimleri ve iş ilişkileri ortaya çıkmaya başlamıştır. Yeni çalışma biçimlerinin doğuşu ve gün be gün yaygınlaşmasında daha ziyade işverenlerin artan rekabet ortamından kaynaklanan ihtiyaçları önemli ölçüde rol oynamaktadır. İşverenlerin çalışma ilişkilerine ilişkin esneklik taleplerinin zamanında karşılanması onları mevcut hukukun imkanlarını kullanmak suretiyle ihtiyaç duydukları esneklik arayışlarına bir çözüm bulmaya yöneltmiştir.

Yeni çalışma biçimlerinin gelişmesinde çalışanları etkileyen değişikliklerin rolü de göz ardı edilemez. İşsizlik ve kentleşme ve sanayi toplumu olmaktan kaynaklanan ihtiyaçlar bu anlamda önem taşır. Çekirdek ailenin yaygın aile biçimi olarak ortaya çıkması; her iki eşin de çalıştığı aile biçiminin yaygınlaşması; hem çalışma hem de okuma ihtiyacının doğması, ev kadınlarının çocuklarının bakımın sürecinde aile bütçesine katkı yapma ihtiyaçlarının artması gibi muhtelif sebepler de yeni çalışma biçimlerinin doğuş ve benimsenmesinde etken olmuştur.

Taleplerine kamuoyundan karşılık görmeyen işverenler, ihtiyaçlarına cevap bulabilmek için öncelikle mevcut iş hukukunun imkanlarından faydalanma yoluna girmişlerdir.

İşverenlerin bu arayışı sürecinde buldukları muhtelif yollar olmuştur. Bunlardan belli başlıları aşağıda sıralanmaktadır :

- (i) **Belirli süreli iş sözleşmesi** : Bu yollardan birisi belirli süreli iş sözleşmelerini öne çıkarmak ve işçilerini belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmaktır. İşverenler belirli süreli iş sözleşmesini amacı dışında kullanma yolunu seçmişlerdir. Böylece işçinin iş sözleşmesinin keyfi feshine karşı iş hukukundaki hukuki koruma yollarını aşma ve işçinin iş sözleşmesini istediği zaman fesih imkanını bulmuşlardır.
- (ii) **Kısmi süreli iş sözleşmeleri yolu** : Kısmi süreli iş sözleşmesi yaparak işverenler ne kadar iş ihtiyacı var ise o kadar işçi çalıştırma; dolayısı ile üretim maliyetlerinin artmamasını sağlama yolunu benimsemişlerdir.

- (iii) **Alt işveren ilişkisi yolu:** İşverenler bu yolu seçerek işyerlerinde sendikasızlaştırma, kayıt dışı çalıştırma ve işçi meselesinden kaynaklanan bazı meseleleri üstlerinden atma; kanunlardan doğan bazı sosyal yükümlülüklerden (Engelli çalıştırma gibi) kurtulma gibi iş hukukundaki bazı kanuni yükümlülüklerden kurtulma imkanını elde edebilmişlerdir.
- (iv) **Hizmet alımı yolu:** İş hukukunun korumasından ve işçiyi korumaya ilişkin sınırlamalarından kurtulmak maksadı ile izlenen yollardan birisi ise; işverenlerin işçi ihtiyacını, kendi işçi çalıştırmak yerine, başkasından hizmet satın almak (outsourcing) suretiyle karşılanması yoludur.

Bu tebliğde üzerinde durmak istediğimiz husus yeni çalışma biçimleri içinde adına atipik iş sözleşmesi denilen iş sözleşmeleri ile çalıştırma ve bu çalıştırma sürecinde işçilerin korunmasıdır.

Atipik sözleşmelerle çalıştırma her geçen gün yaygınlaşmakta; atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sayısı da gün be gün artmaktadır. Gün be gün sayıları artan bu işçi kitlesinin haklarının korunması ve emeklerinin karşılığını almalarının sağlanması ihtiyacı her geçen gün artmaktadır. Bu nedendir ki atipik iş sözleşmeli işçilerin korunması üzerinde durulması ve incelenmesi gereken bir mesele haline gelmiştir.⁵

I - ATİPİK İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

1- Atipik İş Sözleşmesi Kavramı :

Globalleşme süreci içinde normal iş ilişkisinden sapmalar ortaya çıkmıştır. Tek bir işverene bütün iş gününü tahsis ederek çalışmayı ifade eden normal iş ilişkisi dışında yeni çalışma ilişkileri ve normal iş ilişkisine benzemeyen iş ilişkileri görül-

⁵ GALLINA, Paul Leonard :” Social Protection For Atypical Workers : The Canadian Experience to Date “, Sosyal İnsan Hakları Uluslararası sempozyumu VII Bildiriler, Denizli 2015. , s.74., s.67.

meye başlamıştır. Bu ilişkiler esnek çalışma şekilleri olarak da adlandırılır⁶.

Atipik iş sözleşmeleri, tam gün süreli iş ilişkisi dışında diğer bütün iş ilişkilerinin kurulmasını sağlayan iş sözleşmelerinin genel adıdır. Bu sözleşmelerle çalışanlar standart dışı istihdam şekilleri içerisinde de ele alınmaktadır⁷. Bu sözleşmeler kapsamına kısmi süreli iş sözleşmeleri de dahil olmak üzere yeni çalışma şekillerini düzenleyen bütün iş sözleşmeleri dahil edilebilir.

Atipik iş sözleşmeleri iş ilişkisinin taraflarının çeşitli ihtiyaçlarını karşılama arayışının doğurduğu iş sözleşmesi türleridir. Bu sözleşmeler en geniş anlamı ile tek bir işverenle ve bütün iş gücünü tam gün süreli o işverenin emrine tahsis eder nitelikte olmayan bütün sözleşmeleri ifade eden bir kavramdır.

İş sözleşmesi ile kurulan iş ilişkisi, tek bir işverene tam gün iş gücünü tahsis ederek çalışma ilişkisi olarak ortaya çıkmıştır. Tek bir işverene bütün gün çalışma taahhüdü ile kurulan iş sözleşmesi hukukumuzda tipik iş sözleşmesi olarak adlandırılır. Atipik iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri içinde bir grup iş sözleşmesini ifade eden bir kavramdır⁸.

İş sözleşmesi sayılmayan, iş sözleşmesinin unsurlarını ihtiva etmeyen çalıştırma ve çalışma şekilleri bu kavramın dışında kalır.

⁶ YAVUZ, Arif :Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkileri, Ankara 1995. , s.37 v.d.

⁷ İş hukukunun modernleştirilmesi ve çağdaş ihtiyaçlara uygun hale getirilmesi arayışları özellikle AB iş hukukunun önemli gündem konuları arasında yer almakta ve çözüm üretme arayışları sürmektedir. İş hukukunda işverenlerin esneklik ihtiyacı ile işçilerin istihdam teminatı ihtiyacının karşılayacak bir çalışma ilişkileri sistemi arayışı sürmektedir. Flexisicurity kavramı bu anlamda tartışılan yeni çözüm arayışının sembolü olan bir kavramdır. Bkz.: BLAINPAIN, Roger : European Labour Law, 13.th Edition, 2012, p. 270-275.

⁸ Atipik iş sözleşmeleri kavramı bir grup iş sözleşmesini anlatmak için kullanılan bir kavram olduğu için haklı olarak iş hukuku doktrininde bir iş sözleşmesi türü olarak nitelendirilmemekte ve sınıflandırılmamaktadır. Bkz. SÜZEK, Sarper :a.g.e s. 260 v.d.; ÇELİK-CANBOLAT-CANIKLIOĞLU :a.g.e s.124 v.d.

Atipik iş sözleşmeleri, en geniş ve genel anlamda tipik iş sözleşmesi dışında kalan bütün iş sözleşmelerini ifade için kullanıldığı için; kısmi süreli iş sözleşmeleri, yeni çalışma biçimlerini düzenleyen iş sözleşme tipleri (çağrı üzerine çalışma, ödünç iş ilişkisi, belirli süreli iş sözleşmeleri, v.b.) atipik iş sözleşmeleri olarak nitelendirilebilir. Atipik iş sözleşmelerini iş süresinin ve istihdamın esnekleştirilmesi maksadı ile farklılaştırılan iş sözleşmeleri olarak nitelendirenler de vardır ⁹.

Atipik iş sözleşmeleri ile kurulan iş ilişkisinde çalışan bir işçinin aynı anda birden çok işverenin olması ve birden çok iş ilişkisi kurması tabiidir.

2- Atipik İş Sözleşmelerinin Özellikleri :

Atipik iş sözleşmelerinin temel özellikleri nedir? Atipik iş sözleşmelerinin temel özelliği tipik iş sözleşmelerinden farklılıkları olarak da nitelendirilerek incelenebilir.

Atipik iş sözleşmeleri yeni çalışma türlerini düzenleyen iş sözleşmeleridir. Bu sözleşmelerle kurulan iş ilişkilerinde tam gün süreli ve tek bir işverene bağlı bir çalışma söz konusu olmaz. Bu sözleşmelerde günlük çalışma süresi kısmi süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi tamgün çalışmaya göre önemli ölçüde daha az bir çalışma süresini ihtiva edebilir.

Tipik iş sözleşmelerinde olduğu gibi düzenli ve sürekli bir iş ilişkisi, atipik iş sözleşmelerinde istisnaidir. Atipik iş sözleşmeleri ile çalışma, düzenli ve sürekli bir çalışma olmaktan da ekseriyetle uzaktır. Bu nedenlerle atipik iş sözleşmesi ile çalışanlar düzgün bir işte çalıştıkları kanaatini taşıamazlar. Atipik iş sözleşmesine konu işler, işçilerin çoğunda düzgün iş olarak görülmez. En azından bu işçiler düzgün bir işlerinin olduğu duygusunu taşıamazlar.

İşverenler bakımından da atipik iş sözleşmesi ile çalıştırılanlar işverenin düzenli ve sürekli işçileri olarak nitelendirilmeyen işçiler olarak görülür. İşverenin tipik iş sözleşmesi ile çalışan

⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU-ASTARLI-BAYSAL : a.g.e. s. 485.

bir işçi kadrosu vardır. Bir de istisnai durumlarda ihtiyacı olduğunda çağıracağı ya da ihtiyacı kadarı ile çalıştıracağı ancak tipik iş sözleşmesi ile çalıştırma bakımından ihtiyaç hissetmediği; ihtiyacını karşılamakta kullandığı çalışan işçi kadrosu vardır. İşte atipik iş sözleşmeleri ile çalıştırılan işçiler bu işçilerdir.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışanlar işyerinde sanki ikinci sınıf işçi gibi algılanabilir. İkinci sınıf işçi gibi muameleyle de tabi tutulabilir. Atipik işçilerin korunma ihtiyacının gerisinde yatan sebeplerden birisi de budur.

II-ATİPİK İŞ SÖZLEŞMELERİ İLE İLGİLİ GELİŞME SÜRECİ

Atipik iş sözleşmelerinin doğuşunda globalleşme sürecinin önemli etkisi olmuştur. Globalleşme süreci beraberinde dış ticareti yaygınlaştırmış ve artırmış; dünya çapında büyük bir rekabete yol açmıştır. Global ölçüde artan rekabet, işverenleri iş ilişkilerinde rekabet şartlarına uygun tavır almaya sevk etmiştir. İşte işçinin korunmasına ilişkin hukuki korumalar; işverenin rekabet şartlarında iş ilişkilerini düzenleme bakımından serbestiyi sınırlayan bir duruma yol açmıştır¹⁰.

Atipik iş sözleşmeleri, iş hukukunda esneklik ihtiyacını karşılamak maksadı ile bağitlanan sözleşmelerdir. A tipik iş sözleşmeleri ile çalışma her geçen gün artmaktadır. Bu sözleşmelerle çalışanlardan haklarının verilmediği ve ayrımcılığa uğradıklarına dair şikayetler kamuoyunda seslendirilmeye başlamıştır.

Sendikal çevreler bu işçilerin korunmasına yönelik taleplerin kamuoyunda duyulması ve seslerinin karar mercilerine ulaşmasında önemli rol oynamışlardır.

İşverenler ise atipik iş sözleşmeleri ile çalıştırmanın rekabet ortamında ihtiyaçlarına cevap verdiği hatta istihdama katkı sağladığı yönünde tezleri dile getirmeye başlamışlardır.

¹⁰ GÜVEN, Ercan, AYDIN, Ufuk :Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2007., s. 20 v.d.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışanların korunması yönünde işçilerin ve sendikaların da baskısı ile yasa koyucu;

(i) iş hukuku kurallarının amacı dışında kullanılmasının engellenmesi

(ii) Ayrımcılığın önlenmesi ve eşit muamele yapılmasının sağlanmasını sağlamak için tedbir alma yoluna gitmeye başlamışlardır.

Gelinen son noktada bir realite olarak atipik iş sözleşmeleri gün be gün yaygınlaşmaktadır. Atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçi sayısı da her geçen gün artmaktadır. Atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçi sayısı arttıkça, işçilerin korumasızlığının da arttığı gözlemlenmektedir. Sendikasızlaştırma da gittikçe artmakta; sendikalı ve toplu sözleşmeli işçi sayısı da hızla azalmaktadır.

Bu noktada iş hukukunun sonu mu geliyor tartışmaları gündeme girmiştir. İş hukuku ferdi iş hukukundan ibaret bir hukuk alanı mı oluyor; toplu iş hukukuna veda mı ediliyor soruları kamuoyunda tartışılmaktadır.

Çok uluslu firmaların faaliyet alanı genişlemekte; istihdam ve işsizlik bütün ülkeler için çok önemli bir sosyal ve iktisadi mesele haline gelmiş durumdadır. Özellikle gelişmekte olan ülkeler kalkınma meselesinde ciddi sıkıntılarla karşı karşıyadır. İşsizlik ve istihdam meselesinin yükünü taşımakta güçlük çeken ülkelerde siyasi iktidarlar; bu meselelerin çözümüne yönelik baskı ve dayatmalarla karşı karşıya kalmaktalar.

Dünya ekonomisi ile bütünleşme teşvik edilirken; neoliberal çözüm yolları parlatılmakta ve bu çözüm yolları sosyo ekonomik meselelerin yegane çözüm yolları olarak kamuoyuna sunulmaktadır. Bu anlamda istihdam ve işsizlik meselesinin çözümü için iş hukukunda esneklik ve bu anlamda atipik iş sözleşmelerinin önünün açılması birer çare olarak kamuoyuna takdim edilmekte ve bu anlamda yasal alt yapının oluşturulması için hükümetler doğrudan veya dolaylı olarak baskı altına alınmaktadır.

Milletlerarası şirketlerin(The multinationals) de katkıları ile gelişmekte olan ülkelerde atipik iş sözleşmeleri istihdamın artırılması için bir çare olduğuna dair fikirler; bir sosyal mühendislik yapılarak, kamuoyu oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu mühendislik te o denli mesafe almıştır ki ülkemizde kamu spotu olarak televizyon kanallarında işsizlik meselesinin çözümü için atipik çalışma şekilleri ve mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik yeni uygulamalar, yeni çalışma şekilleri hükümet çevreleri tarafından da kamuoyu oluşturmak için kullanılır olmuştur.

Bu gelişmeler sonucunda ülkemizde de görüldüğü gibi atipik çalışma biçimleri ve atipik iş sözleşmeleri iş kanunları ile düzenlenerek; fiili durumlara meşruiyet kazandırılmakta; atipik iş sözleşmeleri ile çalışan işçilerin haklarının korunması temin edilmeye çalışılmaktadır¹¹.

Bu anlamda 2003 yılında Türk hukukunda da Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu yeni baştan düzenlenmiş; yapılan değişiklikler ile Pazarlamacılık sözleşmesi, Evde Hizmet sözleşmesi, Kısmi süreli iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesi, geçici iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışma gibi atipik iş sözleşmeleri ve iş hukukunda esneklik alanında gerekli düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.

Gelişmeler, talep edenlerin talepleri doğrultusunda ilerlemektedir. Geriye kalan en önemli soru atipik iş sözleşmeleri ile çalışan işçilerin hakları korumasız kalacak mıdır? Bu işçilerin hak istismarları nasıl önlenecektir? Özellikle de tipik ve atipik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayrımcılık olduğunda bu ayrımcılığa karşı atipik iş sözleşmesi ile çalışanlar nasıl korunacaklardır ? Cevap bekleyen sorular bu ve benzeri sorular-

¹¹ Doktrinde de bu gelişmelerin sosyolojik bir olgu olduğu ve çalışanları koruma ilkesi gözardı etmeden mevzuatta gerekli değişikliklerin yapılması yoluna gidilmiş olduğu ifade edilmektedir. Bkz.: ULUCAN, Devrim: AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve İş Kanunu taslağında Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri ", Toprak İşveren : Çalışma Mevzuatında Yeni Dönem (Seminer Notları) 25 - 29 Eylül 2002, Marmaris 2002, s. 97- 115, s. 97.

dır. Atipik iş sözleşmesi ile çalışmak zorunda kalan işçilerin düzgün iş özelemlerinin ne zaman sona ereceği sorusu ise atipik iş sözleşmesinin faydalarını saymakla bitiremeyenlerin cevaplaması gereken bir sorudur.

III - ATİPİK İŞ SÖZLEŞMELERİNDE İŞÇİNİN KORUNMASI

Atipik iş sözleşmeleri, tipik iş sözleşmelerine kıyasen işçilere daha az korumalı bir iş ilişkisi sağlar. Atipik iş sözleşmesi ile çalışmanın istihdam yaratması ve işsizliği önlemeye katkı sağlaması iddiası tartışmalı bir iddiadır. Bu iddianın bütünüyle yanlış olduğu da söylenemez; ancak, şu husus da gerçektir ki atipik iş sözleşmeleri ile çalışan işçilerin iş hukuku ile sağlanan korumadan tam anlamda istifade ettiği görüşü de doğru ve savunulabilir bir görüş değildir.

Milletlerarası Çalışma Teşkilatı (ILO) bu nedenledir ki globalleşme sürecinin getirdiği yeni çalışma ilişkileri ve atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin korumasız ve güvensiz çalıştıklarını kabul ederek; düzgün işin öne çıkarılması; istihdamda talep edilenin doğru dürüst iş olması gerektiğini belirterek düzgün iş haftaları ilan etmiş; bütün dünyada kutlanmasını yaptığı bu haftalarla asıl olanın düzgün ve tipik iş sözleşmesi ile çalışmak olduğu atipik iş sözleşmeleri ile çalışmanın düzgün iş sayılmayacağına yönelik bir kamuoyu oluşturma mücadelesi vermeye başlamıştır.

ILO düzgün iş haftaları ile globalleşme sürecinin aktörleri olan çok uluslu şirketlerin de maddi ve manevi desteği ile atipik iş sözleşmeleri ile çalışmanın bütün dünyada yaygınlaştırılmasına karşı mücadele vermektedir.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin korunması bütün dünyada bir mesele olarak kabul görmüş ve bu alanda tedbirler alınmaya çalışılmıştır. Atipik çalışmaya bütünüyle karşı çıkmanın mümkün olmayacağı durumda yapılacak şey bu işçilerin korunmasının sağlanması olmalıydı.

Aşağıda bu alanda atılan adımlar kategorik olarak ele alınacak ve kısa kısa açıklanacaktır.

1- Kanuni Tanım Ve Koruma Tedbirleri

Atipik iş sözleşmeleri ile çalışan işçilerin korunması bakımından atılan ilk adım bu sözleşmelerin hukuken tanımlanması ve düzenlenmesi olmuştur.

Atipik çalışma şekilleri uygulanmaya başlanmış; işçiler bu tür çalışma ilişkilerinde hak ve çıkarlarını koruyamaz hale gelmişler; işçilerin emeklerinin istismarının önlenmesi bakımından bu çalışma biçiminin iş hukuku mevzuatını içinde düzenlenmesi bir ihtiyaçtı. Kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımlanması (İ.K. m.13), çağrı üzerine çalışma (m.14), geçici iş ilişkisi (İşsizlik Sigortası kanunu m.ek m.2), denkleştirme sürecine (İ.K. m. 6362) ilişkin düzenlemeleri bu anlamda değerlendirilmelidir.

Atipik iş sözleşmelerinin tamamının olması da belli türlerinin mevzuatla düzenlenmesi, bu sözleşmelerle çalışanların hukuklarının korunması alanında önemli bir adım olarak mütalaa edilmelidir.

2- EŞİT MUAMELE MESELESİ

Çalışma hayatında işçilere işyerinde eşit davranılması ve ayrımcılık yapılmaması ve her türlü ayrımcılığa karşı korunması çağdaş iş hukukunun en önemli konuları arasında yer alır¹². Atipik iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler, işyerinde işveren nezdinde daimi kadrolu işçi olarak nitelendirilmez. Bu işçiler ekseriyetle ihtiyaç duyulduğu zaman ve ihtiyaç sürdüğü müddetçe istihdam edilen ve daha sonra ise işten çıkarılan işçilerdir. Bu itibardır ki atipik iş ilişkisi ile çalışan işçilerin karşı karşıya kaldıkları en önemli mesele ayrımcılık meselesidir.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçilere işverenlerin tipik iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçilerle eşit işlem yapılması ve

¹² PLAINPAIN, Roger : a.g.e. s. 539 v.d.

ayrımcılık yapılmaması iş hukuku mevzuatı ile kanuni anlamda koruma altına alınmış ve işverenlerin farklı muamele yapmaları ve ayrımcı bir tavır takınmaları bu suretle önlenmeye çalışılmıştır¹³.

3- İSTİHDAMDA KAYIT DIŞILIK MESELESİ :

Atipik iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçiler; kayıt dışı istihdamın da en fazla hem kaynağı hem de mağduru olan kimselerdir. Atipik iş sözleşmesi ile çalışanların kayıtlı çalışmasının sağlanması bu işçilerin haklarının korunması yönünden alınması gerekli ilk tedbir olmak durumundadır.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışmanın kanunen düzenlenmesi ve işverenlere bu işçileri bildirme yükümlülüğü getirilmesi bu kitlenin hukuken korunması ve kayıt dışı istihdamın mağduru olmalarının önlenmesi bakımından önem taşır. Ancak kayıt dışı istihdam bu kitlenin hukuk korumasından mahrum kalmasına neden olmaktadır. Bu itibardır ki kayıt dışılıkla mücadele atipik iş sözleşmesi ile çalışanların hukukunun korunmasına da katkı sağlar.

5- YARGI İÇTİHATLARI İLE KORUMAK

Atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin korunması çabalarının yetersizliği karşısında hak kaybına uğrayan işçiler, her hukuk devletinde olduğu gibi, haklarını aramak için yargıya başvururlar. Atipik iş sözleşmeleri ile ilgili açılan davalar bu alanda yargı içtihatlarının ortaya çıkmasına katkı sağlar.

Yüksek yargının içtihatları atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin korunması bakımından önemli bir katkı sağlamaktadır. İşçinin korunması kapsamında yargıçlar işçi lehine karar vermekte ve atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin hukuklarının korunmasına katkı sağlayan içtihatlar bu çabaların ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.

¹³ İnsanların eşitliğinin sağlanması insan hakları mücadelesinin en önemli hedeflerinden birisidir. İşyerinde işçilere eşit muamele yapılması ve ayrımcılığa karşı korunmaları da iş hukukunun amaçlarından birisidir. İnsan hakları alanındaki gelişmeler iş hukuku alanında da karşılık bulmaktadır.

IV- ATİPİK İŞ SÖZLEŞMELERİNDE İŞÇİNİN KORUNMASI HUSUSUNDA YETERLİLİK MESELESİ

Hemen ifade edelim ki Atipik iş sözleşmesi ile çalışanların korunmasına ilişkin atılan adımlar ve kanunen getirilen koruma kalkanı; bu iş sözleşmesi ile çalışanların korunması bakımından bütünüyle yeterli olmamıştır ve de olmamaktadır.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin haklarının korunması bakımından yargı yolu da sınırlı bir koruma sağlayıcı olarak kalacaktır. Atipik iş sözleşmesi ile çalışmada işçinin hak mücadelesinde en önemli mesele hakkın varlığını ispat meselesidir.

Atipik iş sözleşmelerinde işçinin korunması meselesi iş hukukunda esneklik ve işçinin korunması meselesi ile birlikte ele alınmak zorundadır. Esneklik talepleri sürekli olarak da artmaktadır. Öyle ki bu gelişme o noktaya varmıştır ki iş hukukunun sonu mu geliyor sorusu tartışılmaya başlanmıştır.

Bu durumda işçiler nasıl korunacaktır ? Bu soruların cevaplarını vermekte zorluk çekenler işçinin korunması meselesini çözmek için yeni bir teklif ile kamuoyu huzuruna çıkmışlardır. Beklenti İş hukukunu ferdi iş hukuku seviyesine çekmek; işçi alma ve işçi çıkarmayı önleyen ve sınırlayan bütün düzenlemelerden iş hukukundan arındırmak; atipik iş sözleşmelerinin önünü bütünüyle amaçtır.

Esnek iş hukuku ortamında işçinin korunması ne olacak sorusuna verilen cevap vatandaşlık geliri ya da temel gelir teklifidir. Kısaca ifade etmek gerekirse her vatandaşa devlet temel bir vatandaşlık gelirini garanti edecek; iş değişikliği, işten çıkarma v.s. durumlarda bu temel gelir ile vatandaşlar koruma altına alınmış olacağı için de ne olacak soruların cevabı verilmiş olacaktır.

Biz bu teklifi meseleyi çözmekten uzak ve uygulanması mümkün olmayan bir teklif olarak görmekteyiz. Zengin kalkınmış ve refah devleti düzeyinin üzerinde bir ekonomik gücü olan devletlerde bu teklifin kısmen uygulanması mümkündür.

Bu da yalnızca mali sürdürülebilirlik bakımındandır. Ancak işçi hakları ve hukukun korunması noktasında bu çözümün uygulama şansı yoktur. İşverenlerin iki dudağı arasında yaşamak zorunda kalacak bağımlı çalışanların halini hukuk ve insan hakları ile bağdaştırmak nasıl mümkün olabilecektir?

Günümüzde atipik çalışmalar bir gerçekliktir. Atipik iş sözleşmesi ile çalışanların korunması bakımından insan hakları ve hukuk çerçevesinde iş ilişkilerini düzenleyen çözümler üzerinde durulmalıdır.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin korunması bu anlamda her dönemde eksik koruma olarak kalacaktır. Şu halde bu alanda mikro ve makro planda koruyucu adımların atılması gerekir.

1- Düzgün İş Kavramı

İstihdam piyasasında devlet bir sosyal politika tedbiri olarak düzgün işi öne çıkaran ve destekleyen bir makro politika benimsemelidir. Atipik iş sözleşmesi ile çalışmaya işsizlik ve istihdam meselesinin çözümünde bir umut ve bir sihirli değnek olarak görülmemelidir. Düzgün işi destekleyen politikalar atipik iş sözleşmesi ile çalışmayı özendirmeyen politikalar olur. Dolayısı ile bu tip çalışmanın teşvik ve destek görmemesi atılacak ilk adım olmak gerekir.

Bu adım aynı zamanda atipik iş sözleşmelerinin özendirilmesi, teşvik edilmesi ve istihdam ve işsizliğe bir çözüm olarak takdim eden uluslararası mühendisliğe karşı da bir tedbir alma anlamı taşır.

2- İstihdam Yaratıcı Yatırımların Teşviki :

İşçinin korunması bakımından atılması gereken en önemli adım ülkedeki işsizlik oranının azaltılması ve istihdam seviyesinin artırılmasıdır. İstihdam meselesi çözülmedikçe gerek tipik gerekse atipik istihdam edilen işçilerin korunması sınırlı bir koruma olarak kalacaktır.

İşçinin korunması bakımından devlet düzgün işi teşvik ederken aynı zamanda istihdam yaratıcı yatırımları özendirmeli ve destek ve teşvik etmelidir.

Böylece kişiler atipik iş sözleşmesi ile çalışmak zorunda kalmayacakları bir ortam oluşturmuş olacaktır. Atipik çalışmayı seçenler, serbest iradeleri ile seçmiş bu tür çalışmayı seçmiş olacaklardır.

3 - Etkin Denetim

Atipik iş sözleşmesi ile çalışanlar her dönemde olacaktır. Bu kitlenin korunmasında etkin denetim başat bir tedbirdir. Atipik iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin haklarının korunması bakımından atılması gereken bir önemli adım da bu işçilerin çalıştığı işyerlerinde hem iş hukuku hem de sosyal sigorta hukuku bakımından etkin bir denetim sistemini hayata geçirmeleridir. Bu denetim kayıt dışılıkla mücadele yanında çalışanların haklarının korunmasına da katkı sağlar.

4- Örgütlenmenin Desteklenmesi :

Sendikal hürriyetlerin hayata geçirilmesi işçinin korunması bakımından önemli bir adımdır.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışanların tipik iş sözleşmesi ile çalışanlara göre örgütlenme ve örgütlü mücadele ile hak ve menfaat mücadelesine girişmesi nispeten zor bir olaydır.

Sendikal örgütlenmenin desteklenmesi atipik işçilerin korunması bakımından katkı sağlar. Örgütlenme hürriyeti esas olduğu için bu alanda zorlayıcı bir müdahalenin yapılması mümkün değildir. Ancak sendikasız işyeri düzeninin baskıcı yöntemlerle kurulmasına imkan verilmemelidir. İşçilerin örgütlenmesinin önündeki engellerin kaldırılması ve örgütlenme hürriyetinin hukuken korunmasını sağlayıcı mevzuatın düzenlenmesi; atipik iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler bakımından da bu hürriyetin hayata geçmesine katkı sağlar.

SONUÇ

Atipik iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçilerin korunma meselesinin başarı ile çözülmesi mümkün olamaz. Ancak bu korumanın sağlanması için atılacak adımlar bu işçilerin korunması bakımından önemli bir merhale sağlaması mümkündür. Atipik iş sözleşmelerinin mevzuatla tanınması ve düzenlenmesi en azından bu alandaki kayıt dışılık meselesinin ortadan kaldırılması bakımından önemlidir.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışmanın kanunlarla düzenlenmesi bu korumasızlığın meşruiyet kazandırılması anlamına gelmez mi sorusu üzerinde durulmaya değer bir sorudur.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışanların haklarının korunması sürecinde özellikle ispat önemli bir meseledir. Bu sözleşmelerle çalışanların fazla çalışma yapıp yapmadıklarının; ücretli izin haklarını kullanıp kullanmadıkları, sigortalı çalıştırılıp çalıştırılmadıkları, iş güvencesinden faydalanıp faydalanmaları gibi meselelerin çözülmesinde kayıtlı çalış çalıştırılmadıkları önemli bir konudur. Bu çalışanların sendikal haklarının kullanmaları da doğrudan ya da dolaylı olarak engellenebilmektedir.

Hukuklarının korunmasında kayıtlı çalıştırma önemli bir katkı sağlar. Dolayısı ile kayıt dışılıkla mücadele en çok atipik iş sözleşmeleri ile çalışanların korunmasına katkı sağlar.

Atipik iş sözleşmesi ile çalışma bir gerçekliktir. Bu tür çalışmalar işçi yönünden ne özenilecek ne de özendirilecek çalışma biçimleridir. Ancak işçiler ve işverenler yönünden bazı durumlarda kesimler için istihdam yaratıcı ve dolayısı ile işsizliğin azaltılmasına katkısı olan bir çalışma biçimidir.

Tipik iş sözleşmelerine tanınan bütün haklardan atipik iş sözleşmesi ile çalışanlar da istifade ettirilmelidir. Atipik iş sözleşmeleri ile çalışanların mesele yıllık ücretli izin haklarının olmayacağına dair istisnai düzenlemeler bu alanda çalışanların aleyhinde bir adım niteliğindedir.

Hükümetlerin atipik çalışmaları teşvik eden politikaları benimsemesini doğru bulmamaktayız. Hedef düzgün iş ve tipik iş sözleşmeleri ile çalışmayı teşvik ve desteklemek olmalı; atipik iş sözleşmesi ile çalışanların iş ilişkisinde emeklerinin korunmasını sağlayıcı tedbirlerle iş mevzuatı zenginleştirilmelidir. Zenginleşme emeğin korunmasını esas alan bir çalışmanın bir ürünü olmalıdır. Emek sömürsü üzerine kurulu zenginleşmenin sosyal barışa katkısı söz konusu değildir. Dolayısı ile çalışma hayatında muhtelif çalışma biçimleri hayata geçebilir. Bu ekonominin ve işletmeciliğin bir gereği de olabilir. Bu alanda göz ardı edilmemesi gereken husus; yeni çalışma biçimleri ile çalışan ve atipik iş sözleşmeleri ile istihdam edilen kişilerin haklarının korunması ve istismar edilmeyecek bir düzende değişikliklerin gerçekleşmesidir.

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Sayın Hocam Prof. Dr. Kadir Arıcı beyefendi, makro düzeyde çok güzel sözleşmenin sakıncalarını bize izah etti. Bu arada sendikaların aidatı konusunda bilgilendirdi.

Sabrınız için çok teşekkür ediyorum. Değerli hocalarımıza da çok teşekkür ediyorum. Artık öğleden sonraki sunuma kadar ne kadar zaman verecekler? Bizim yönettiğimiz birinci oturum burada sona ermiştir.

(Ara verildi)

EMEĞİN HUKUKU
KURULTAYI-2

İkinci Oturum

Halil ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Hepinizi selamlıyorum. Emegın Hukuku Kurultayını hazırlayan Barolar Birliği ve işçi konfederasyonlarını öncelikle tebrik ediyorum, teşekkür ediyorum. Katılımcı sayımız epey düşmüş, vakit de ilerledi, program biraz sarktı. Ben kendi konuşma hakkımı kullanmadan, direkt konuşmacılara söz vermek istiyorum.

Öncelikle iş ve sosyal güvenlik hukukunda devamlı artan bir grafikte çalışma yapan ve birçok sunumunu dinledik, Nurşen Canıklıoğlu hocama söz vermek istiyorum. Ben yine başarılı bir sunum yapacağını tahmin ediyorum. Buyurunuz hocam.

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOğLU (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan, güzel sözleriniz için de ayrıca teşekkür ediyorum.

Esasında benim konuşmam, her ne kadar sosyal güvenlik hukuku bölümünde olsam da, hem iş hukukunu hem sosyal güvenlik hukukunu ilgilendiriyor. Bir anlamda bir sosyal güvenlik hukukuna böyle bir geçiş yapmış, yumuşak bir geçiş yapmış olacağız. Onu söyleyebilirim. Herkesi saygıyla selamlayarak, konuşmama başlıyorum. 20 dakika içinde de toparlamaya çalışacağım.

Bilindiği gibi son dönemde hakikaten iş hukukunda oldukça önem yasal değişiklikler, düzenlemeler oluyor. Bu bağlamda yapılan düzeltmelerden bir tanesi de, İş Kanununun 13.maddesinde 74.maddesinde ve bunlarla bağlantılı olarak ek 5.madde, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu yapıldı. Buradaki amaç neydi? Özellikle kadına özgü değil esasında, kadın erkek ebeveyne özgü biçimde gelen bir düzenleme, ama yine de odağında kadın olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır diye düşünüyorum. Çocuk sahibi olanların, o çocuklara daha çok zaman ayırmasını temin etmek amacıyla bir imkân tanındı. Ancak son dönemde sıklıkla gördüğümüz bir yanlışlık olduğunu düşündüğüm durum da söz konusu. Yasada sadece genel bazı hükümler konuldu. Bunun ayrıntıları, nasıl uygulanacak? Uygulamada ne gibi sorunlar sebebiyet verecek vesaire

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

NURŞEN
CANIKLIOĞLU'NUN
KONUŞMASI

gibi hususlar, benim gördüğüm ve tespit edebildiğim kadarıyla hiçbir şekilde düşünülmemiş.

Benzer düzenlemeler var, biraz sonra bahsedeceğim Alman hukukunda. Orada bu hakkın kullanıldığı işyerlerine ilişkin, işçiye ilişkin özellikler yasada açıkça düzenlenmiş. Nasıl uygulanacağını açık ve net olarak orada belirtilmiş.

KİSMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇİŞ VE YARIM ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

M.Ü. Hukuk Fakültesi

I. GİRİŞ

Çocuğun bakımıyla ilgilenmek ona özel zaman ayırmayı gerekli kılmaktadır. Gerçekten çocuğun ilk aylarında onun beslenmesinin sağlanması ya da sağlığı için gerekli kontrollerin yapılması gibi pek çok sebeple anne ve/veya babanın çocuğun yanında olması büyük önem taşır. Nitekim bu nedenle Kanunda kadınların doğumdan sonra belirli bir süre çalıştırılması yasaklanmış, onlara izin verilmesi öngörülmüştür (m.74/1). Bunun dışında kadın işçiye isteği halinde altı aya kadar ücretsiz doğum izni alma hakkı da tanınmıştır.

Bu haklar çok önemli olmakla birlikte yeterli olduğundan söz edilemez. Zira çocuğun belirli bir yaşa kadar anne ya da baba ile daha çok zaman geçirmesi onun bedensel, zihinsel ya da psikolojik açıdan gelişimine büyük bir katkı sağlar. Ayrıca bazen anne ya da babanın çocuğun bakımı ile ilgilenmesi için onun yanında bulunması bir ihtiyaç olarak ortaya çıkar.

Toplumsal bakış açısıyla bu gibi görevler kadına/anneye aitmiş gibi düşünülse de baba da çocuğun bakımı ile ilgilenmek isteyebilir ya da ilgilenmek zorunda kalabilir. Esasında bu görev anne ya da babanın değil, ebeveynindir. Nitekim Türk Medeni Kanununa göre “*Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar*” (m.335).

Anayasamızın 41. maddesine göre de; “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır./ Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar./ Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma,*

yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir./ Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır”.

Tüm bu anayasal ve yasal esaslar dikkate alınarak 6663 sayılı Kanunla İş Kanununun 13. maddesinde değişiklik yapılmış ve anne/babalara bazı koşullarla tam süreli iş sözleşmesinden kısmi süreli iş sözleşmesine geçme hakkı tanınmıştır. Yapılan değişiklik bununla da sınırlı kalmamış, İş Kanununun 74. maddesine eklenen bazı fıkralarla anne ve/veya babaya doğum sonrasında yarım çalışma izin hakkı verilmesine ilişkin hükümler öngörülmüştür. Tüm bu değişikliklerle bağlantılı ve özellikle doğum sonrası yarım çalışma iznini tamamlayan bir sosyal sigorta hakkı öngörülmüş ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa bir madde eklenmiştir.

Ekleyelim ki, 6663 sayılı Kanunla düzenlenen haklar sadece biyolojik yollarla anne ve baba olanlara ilişkin değildir. Çağdaş hukuk sistemlerindeki gelişmelerle uyumlu bir şekilde bu haklar evlat edinme yoluyla anne ve/veya baba olanlara da tanınmıştır. İşte bu tebliğde 6663 sayılı Kanunla tanınan yukarıda sözü edilen haklar üzerinde durulacak, olası sorunlara dikkat çekilecek ve değerlendirmeler yapılacaktır.

II. KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇİŞ HAKKI

1. Genel Olarak

6663 sayılı Kanunla yapılan yeniliklerden ilki ebeveynlere kısmi süreli istihdama geçiş hakkı tanınmasıdır. Ancak aşağıda daha geniş bir şekilde üzerinde durulacağı üzere bu konudaki düzenleme pek çok soru işaretine sebep olacak tarzda kaleme alınmıştır. Gerçekten konu İş Kanununun 13. maddesine eklenen tek bir fıkra ile düzenlenmiş, bazı ayrıntıların düzenlenmesi ise konuya ilişkin çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır.

Sözü edilen yönetmelik Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik adı ile 08.11.2016 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlü-

ğe girmiştir¹. Yönetmelik duraksama yaratacak bazı hususları düzenlemiş ve açıklığa kavuşturmuş olmakla birlikte yine de bazı konulara çözüm getirmemiştir. Esasında kanaatimizce bu konulara yönetmelikle çözüm getirilmesi zaten mümkün de değildir. Zira örneğin kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine işe alınan işçinin haklarına ilişkin sorunlar zaten Kanundaki düzenlemeden kaynaklanmaktadır.

Bunun gibi, bu haktan yararlanacak işçilerin çalıştığı işyerine ilişkin temel sınırlandırmaların da yönetmelikle değil kanunla düzenlenmesi gerekirdi. Bu nedenle böylesine önemli ve işçi-işveren ilişkilerinde önemli sonuçları olacak bir konunun Alman Hukukunda olduğu gibi ya ayrı bir kanunda düzenlenmesi ya da İş Kanunundaki düzenlemenin daha geniş ve ayrıntılı bir şekilde yapılması çok daha isabetli olurdu.

2. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkından Yararlanma Koşulları

a) İlköğretim Çağını Doldurmamış Çocuğu Olma

Kısmi süreli iş sözleşmesine geçiş hakkından mecburi ilköğretim çağını henüz doldurmamış çocuğa sahip olan tüm ebeveynler yararlanabilirler. İlköğretim ve Eğitim Kanununa göre² mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar ve bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter (m.3).

Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği³ ise daha ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, ilkokulların birinci sınıfına, kayıtların yapıldığı yılın eylül ayı sonu itibarıyla 66 ayını dolduran çocukların kaydı yapılır. Gelişim yönünden ilkokula hazır olduğu anlaşılan 60-66 ay arası çocuklardan, velisinin yazılı isteği bulunanlar da

¹ RG., 08.11.2016, 29882.

² RG., 12.01.1961, 10705.

³ RG., 26.07.2014, 29072.

ilkokul birinci sınıfa kaydedilir (m.11/6, a). Okul müdürlükleri, yaşça kayıt hakkını elde eden çocuklardan 66, 67 ve 68 aylık olanları velisinin vereceği dilekçe; 69, 70 ve 71 aylık olanları ise ilkokula başlamaya hazır olmadıklarını belgeleyen sağlık raporu ile okul öncesi eğitime yönlendirebilir veya kayıtlarını bir yıl erteleyebilir (m.11/6, b).

Bu hükümlerin de ortaya koyduğu gibi, çocuk, kural olarak 60 ayını tamamladığında veya bazı koşulların mevcudiyeti kaydıyla en geç 72. ayını tamamladığında ilköğretim çağına gelmiş olacaktır. Bunun sonucunda 60 aydan veya istisnai olarak 72 aydan küçük çocuğu olan ebeveynler kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabileceklerdir. Bu açıdan çocuğun okul öncesi eğitim alması önem taşımaz. Zira bu çocuklar henüz zorunlu ilköğretim çağını doldurmadıkları için bunların ebeveynleri de kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilirler.

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı sadece kadın işçiye değil, kadın ya da erkek oluşuna bakılmaksızın ilköğretim çağını doldurmamış çocuğu olan tüm anne ve babalara tanınmıştır. Bilindiği gibi ebeveyn deyimi anne-baba'yı ifade etmektedir. Bu hakkın hem kadına hem de erkeğe tanınmış olmasının eşitlik ilkesi açısından isabetli olduğunda ise şüphe yoktur. Daha önce de ifade edildiği gibi, çocuğa bakma zorunluluğu ve ihtiyacı sadece kadına özgü değildir. Bir erkek işçi de hukuken çocuğun bakımı ile ilgilenmek zorundadır ve bu haktan yararlanması gerekir. Ancak uygulamada bu haktan yararlanmak isteyen işçilerin genellikle kadın olacağı da tahmin edilebilir.

Alman Hukukunda da ebeveyn izin hakkı bulunmaktadır ve Almanya'da konu ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. Alman Ebeveyn İzin Parası ve Ebeveyn İzni Kanununa (Bundeseltern-geld- und Elternzeitgesetz- BEEG) göre ebeveyn izni, tanınan veya tam zamanlı bakımı üstlenilen veyahut evlat edinilen çocuk için ebeveyn izni toplamda çocuğun en fazla 8 yaşını tamamlamasına kadar kullanılması gerekir ve üç yıllık bir süre

için söz konusudur. İşçi istediği takdirde, bu iznin 24 aya kadar olan bir bölümü, çocuğun üçüncü ve sekizinci yaş günleri arasındaki bir süre içinde kullanılabilir (BEEG § 15/2). Bu hakkın sözleşme ile kaldırılması veya sınırlandırılması ise mümkün değildir (BEEG, § 15/2). Bu hak ebeveynlerden biri tarafından veya birlikte kullanılabilir (§ 15/3)⁴.

İş Kanunu m.13/5 hükmünde işçinin bu haktan yararlanabilmesi için o işyerinde belirli bir süre çalışması ya da işyerinin belirli bir büyüklükte olması aranmamıştır. Dolayısıyla işe girdikten çok kısa bir süre sonra da işçi kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanmak isteyebilir. Bunun gibi, o işyerinde bir işçi çalışıyor olsa dahi işçi bu haktan yararlanabilir. Oysa Alman Hukukunda işçinin çalışma süresinin azaltılması hakkında yararlanabilmesi için işverenin, eğitim görenlerin sayısı hariç, kural (düzenli) olarak onbeşten daha fazla işçi çalıştırıyor olması (BEEG § 15/7, 1) ve ayrıca işçinin iş ilişkisi aynı işyerinde ya da işletmede kesintisiz bir şekilde en az altı aydan daha uzun sürmesi gerekir (BEEG § 15/7, 2). Bizim hukukumuzda da bu gibi sınırlamaların getirilmesi, özellikle çok küçük işyerlerinin bu hakkın kapsamı dışında bırakılması isabetli olurdu kanaatindeyiz.

Nihayet ekleyelim ki, Kanunda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışma hakkı sadece ilköğretim çağına gelmemiş çocukların bakımına yönelik olarak öngörülmüştür. Bu nedenle söz konusu yaşı geçmiş, ancak bakıma muhtaç çocuklar için ebeveynlerin bu haktan yararlanamazlar. Oysa kanaatime göre bu hakkın bu yaşı geçmiş olmakla birlikte örneğin % 50 ya da daha fazla engelli olduğu tespit edilen çocuğu olan ebeveynlere tanınması da isabetli olurdu.

⁴ Bu hak, çocuğun ebeveynlerinin ebeveynlik iznini kullanmadığı takdirde büyükanne ve büyükbaba tarafından talep edilebilir. Bunun için çocukla aynı evde yaşamaları ve çocuğa kendilerinin bakması ve yetiştirmesi gerekir. Ayrıca, ebeveynlerden birinin ergin olmaması ya da genç ebeveyn henüz 18 yaşını doldurmadan başladığı bir meslek eğitimine devam ediyor olması gerekir (BEEG §15/1a).

b) Eşin Çalışıyor Olması

aa) Genel Kural

Kanun bu haktan yararlanabilmek için işçinin henüz ilköğretim çağına gelmemiş çocuğu olmasını yeterli görmemiş, aynı zamanda *eşin çalışıyor olmasını da* aramıştır. Kanuna göre; “Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz” (İş K., m.13/5, c.6).

Bu düzenlemenin temelinde çalışmayan eşin çocuğa bakabileceği, dolayısıyla da çalışan eşin kısmi süreli iş sözleşmesine geçişte bir menfaati olmadığı düşüncesi yatmaktadır. Bu hükmün gösterdiği bir diğer sonuç da m.13/5 hükmünün esas itibariye çocuğun bakım ihtiyacını giderme amacına yönelik olduğudur. Daha açık söyleyişle kanun koyucu işçinin çocuğuna daha çok zaman ayırma, onunla olan bağlarını güçlendirmesini değil, onun bakımı ile ilgilenebilecek zamana sahip olmasını sağlamak istemiştir. Belirtelim ki, benzer bir düzenlemenin olduğu Alman Hukukunda böyle bir koşul aranmamaktadır.

Hükümden yararlanmanın eşin çalışmaması koşuluna bağlanması nedeniyle işveren kısmi süreli iş sözleşmesine geçmek isteyen işçinin bu talebini kabul etmeden önce ondan eşinin çalıştığına ilişkin belge isteyebilir. Nitekim Yönetmeliğe göre, işçi, eşinin çalıştığına dair belgeyi kısmi süreli çalışma talebine eklemek zorundadır (KSCY, m.9/2). Eşin çalışması iş sözleşmesi ile sınırlı olarak anlaşılmalı, eşin devlet memuru ya da kamu görevlisi veyahut bağımsız olarak çalışıyor olması da yeterli sayılmalıdır.

İşçi işverene eşinin çalıştığına ilişkin bir belge getirmezse işveren işçinin talebini kabul etmek zorunda değildir.

Nihayet maddedeki “eş” deyimini Medeni Kanuna göre resmi nikâhlı eşi ifade eder. Bunun sonucunda işçinin resmi nikâhlı olmadığı ve birlikte yaşadığı kişinin çalışıp çalışmaması önem taşımaz⁵. Ayrıca Kanunda ebeveyn deyiminin kulla-

⁵ Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 29.

nılmış olması işçinin halen evli biri olması zorunluluğunu da göstermez. Aksinin kabulü medeni durum temeline dayanan bir ayrımcılık oluşturur.

bb) Eşin çalışıyor olma koşulunun aranmayacağı haller

Boşanmış olup velayeti kendisine verilen çocuğu olan işçi de kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışma hakkından yararlanabilir⁶. Kanunda bunu engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda eşin çalışıyor ya da çalışmıyor olmasının bir önemi olmaz. Nitekim Yönetmelikte de görüşümüz doğrultusunda düzenleme yapılmıştır. Yönetmeliğe göre, velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi ve çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması halinde eşin çalışmamasına ilişkin koşul aranmaz (KSÇY, m. 10/1, b).

Bu konuda henüz boşanmamakla birlikte ayrı yaşayan ve bu süreçte mahkeme kararıyla çocuğun velayeti kendisine verilen işçinin ayrı yaşadığı eşinin çalışıyor olmasının işçinin talep hakkına etkisi üzerinde de durulmalıdır. Kanun koyucu bu olasılığı düzenlememiştir. Fakat uygulamada önem taşıyabilecek bir husustur. Hemen belirtelim ki, Kanun hükmünün anlatımı kesin olup, bu durumdaki işçinin kısmi süreli iş sözleşmesine geçme hakkı olmadığı sonucunu çıkarmaya müsaittir. Ancak kanaatimize göre bu durumda Kanunda bir boşluk olduğunun kabul edilmesi ve bu boşluğun hakim tarafından hakkaniyete uygun bir şekilde doldurulması gerekir. Bizce bu durumdaki işçinin ayrı yaşadığı eşinin çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın talebi kabul edilmelidir.

Yönetmelikte, ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi halinde eşin çalışma koşulunun aranmayacağı hükmüne yer verilmiştir (KSÇY,

Bası, İstanbul 2016, 153.

⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 153.

m.10/1,a). Yönetmelikteki hüküm bizce de isabetlidir. Zira, Kanundaki düzenlemenin temelinde eşin çalışmaması halinde çocukla çalışmayan eşin ilgilenebileceği ve işçinin kısmi süreli istihdama geçişteki menfaatinin işverenin işin aksamadan yürütmesindeki menfaatine göre artık korunmaya değer olmadığı düşüncesi yatmaktadır. Oysa eşin sağlık sebebiyle çocukla ilgilenebilme olanağının olmadığı ya da çok güç olduğu durumlarda eşin çalışmamasının bir önemi kalmamaktadır. Bu nedenle Yönetmelikteki hüküm yerindedir.

İşçinin kısmi süreli istihdama geçme hakkı sadece biyolojik olarak anne ve baba olanlara değil üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinen işçilere de tanınmıştır. Kanuna göre, üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun *füilen teslim edildiği tarihten itibaren* bu haktan faydalanırlar. Madde metninde bu hükme işçinin eşinin çalışıyor olması koşulunun öngörüldüğü cümleden sonra yer verilmiştir. Bu durumda da, üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen işçinin eşinin çalışmasının gerekip gerekmediği duraksama yaratabilecektir.

Kanaatimize göre bu durumda da, kural olarak, eşin çalışıyor olması koşulu aranmalıdır. Biyolojik anne ve baba için aranılan koşulun evlat edinme sonucu anne ve baba olan işçiler için aranmamasının bir anlamı yoktur⁷. Kaldı ki, 4721 sayılı Medeni Kanuna göre eşler ancak birlikte evlat edinebilirler (TMK m.306/1). Bu durumda diğer eşin çalışıyor olması koşulunun aranmaması anlamlı olmayacaktır. Kuşkusuz Yönetmelikte öngörülen istisna hükümleri bu durumda da dikkate alınacaktır.

Buna karşılık çocuğun tek başına (münferiden) evlat edinilmesi durumu özellik arz edecektir. Zira Türk Medeni Kanununa göre, *ancak evli olmayan kişi otuz yaşını doldurmuş ise tek başına evlât edinebilir* (TMK, m.307/1). Bu durumda tek başına üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinen işçi zaten evli olamayacağı için eşin çalışması koşulunun aranması da mümkün değildir.

⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 154.

Öte yandan Medeni Kanunda tek başına evlat edinmeye ilişkin olarak bir istisna hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, otuz yaşını doldurmuş olan eş, *diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması* yüzünden birlikte evlât edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi hâlinde, tek başına evlât edinebilir (m.307/2). Bu özel koşulların olduğu durumlarda eşin çalışması koşulunun aranması herhalde mümkün değildir. Dolayısıyla tek başına evlat edinme halinde ister genel kural uyarınca ister istisnai olarak evlat edinmenin öngörüldüğü durumda diğer eşin çalışıp çalışmaması önem taşımaz. Bu itibarla tek başına evlat edinmelerde eşin çalışması koşulu aranmamalıdır. Nitekim Yönetmelikte de, üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi halinde eşin çalışması koşulunun aranmayacağı belirtilmiştir (KSCY, m.10/1, c).

cc) Eşin çalışıyor olma koşulunun sadece başvuru sırasında aranması

İş Kanunu m.13/5 hükmünde eşin çalışıyor olması koşulu işçinin *talepte bulunduğu sırada* aranmıştır. İşçinin kısmi süreli iş sözleşmesine geçişinden sonra eşinin işsiz kalmasına ilişkin olarak ise maddede herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Gerçekten madde metninde ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eşin kısmi süreli çalışma *talebinde* bulunamayacağı belirtilmesi ile yetinilmiş, bu koşulun sözleşmenin devamı sırasında da mevcut olmasına ilişkin bir koşul ise aranmamıştır.

Belirtelim ki, konu Yönetmelikle açıklığa kavuşturulmuştur. Konuya ilişkin hükme göre, eşin çalışma koşulu ile bu koşulun aranmayacağı haller sadece başvuru sırasında aranır ve bu şartların kısmi süreli çalışma sırasında kaybedilmesi durumunda söz konusu hak devam eder (KSCY, m.10/2). Kanaatimizce Yönetmelik hükmü yerindedir. Gerçi bu hakkın temelinde yatan düşünce dikkate alındığında işçinin eşinin işsiz kalması halinde işverenin işçinin *tekrar tam süreli iş sözleşmesine*

geçmesini isteme hakkına sahip olması gerektiği ileri sürülebilir⁸. Fakat bu istikrarsız bir iş ilişkisi meydana getirir ve çok da uygulanabilir olmaz. Bu nedenle Yönetmelikteki hükmün isabet taşımaktadır.

Esasında kanaatimize göre bu hakkın, bakım yükümünden ziyade çocukla ebeveynler arasındaki bağın güçlendirilmesi amacıyla yönelik olarak kurgulanması daha çağdaş bir yaklaşım olurdu. Bir diğer deyişle bu hakkın eşin çalışmaması koşuluna bağlanmaması gerekirdi kanaatindeyiz. Eşin çalışıyor olması koşulunun uygulanmasındaki güçlük de bu görüşümüze destek olarak değerlendirilebilir.

c) Talepte Bulunma

aa) Genel olarak

Kısmi süreli iş sözleşmesine geçiş hakkı küçük yaştaki çocukların bakımı amacıyla hizmet ettiği için kanun koyucu işçinin bu yöndeki talebini belirli bir tarihe kadar kullanması zorunluluğunu öngörmüştür. Buna göre, “*Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir*” (İş K., m.13/5, c.1).

Hüküm birçok açıdan duraksama yaratacak niteliktedir ve oldukça kötü kaleme alınmıştır. Fıkranın en tartışma yaratacak hükmü işçinin çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar işverene başvuru imkânı tanıyan düzenlemesidir. Bunun üzerinde aşağıda ayrıntılı bir şekilde durulacağı için burada bu düzenlemedeki diğer duraksama yaratacak hususlara değinilecektir.

⁸ Böyle bir görüşün benimsenmesi halinde işçinin *aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebileceğine* ilişkin hükmün uygulanmaması gerektiği gözden uzak tutulmalıdır. Dolayısıyla işçi eşi işsiz kaldığında tekrar kısmi süreli iş sözleşmesine geçme hakkını kullanabilir. Görüldüğü gibi, bu görüşün benimsenmesi istikrarsız bir iş ilişkisi yaratır.

Bilindiği gibi, 13. maddenin atıfta bulunduğu 74. maddede işçiye birden fazla izin hakkı tanınmış olup, bunlardan bazıları sadece kadın işçiye özgüdür. Gerçekten 74. maddede düzenlenen ilk izin hali, kural olarak, sadece kadın işçilerin yararlanabileceği -evlat edinme ile kadının doğum sırasında ölümü hariç- doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz haftalık⁹ analık iznidir¹⁰. Bunun dışında maddede evlat edinme hali hariç kadın işçilerin yararlanabileceği altı aya kadar ücretsiz doğum izni düzenlenmiştir. Nihayet maddede düzenlenen bir diğer izin hali ise 6663 sayılı Kanunla, yine evlat edinme hariç kadın işçilere tanınan doğumun ilk ya da ikinci veyahut sonraki doğumlar olmasına göre değişen sürelerde *doğum sonrası yarım çalışma* iznidir.

Kısmi süreli çalışmaya geçebilmek için 74. maddedeki tüm izin sürelerinin kullanılması gerekip gerekmediği akla gelebilecek sorunlardan biridir. Belirtelim ki, 74. maddede düzenlenen izinlerden analık izninin kullanımının zorunlu olduğunda şüphe yoktur, zira bu süre içinde işçinin çalıştırılması yasaktır (İş K., m.74/1; m.104/1). Ancak diğer izinlerin kullanımı zorunlu değildir. Gerçi *doğum sonrası yarım çalışma izni* alan işçi bu sırada *yarım çalışma ödeneğinden* de yararlanabileceği için işçinin bu izni kullanmak istemesi çok muhtemeldir; fakat şart değildir. Dolayısıyla işçi bu izinlerden yararlanmadan da doğrudan kısmi süreli iş sözleşmesine geçiş yapmak isteyebilir ve kanaatimize göre bu mümkün sayılmalıdır. Gerçekten işçinin öncelikle 74. maddede tanınan tüm izinleri tüketmesini

⁹ Çoğul gebelik halinde doğumdan önceki çalıştırılmayacak süreye iki hafta daha eklenmesi gerekir (m.74/1,c.2).

¹⁰ Kanunda "analık izni" terimi kullanılmamakta, buna karşılık ücretsiz doğum izninden söz edilmektedir (m.74/6). Dolayısıyla bu süreyi doğum izni olarak adlandırmak isabetli olmaz. Bu durumda doğumdan önce ve sonra kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu süreyi isimlendirmek gerektiğinde en isabetli terim analık izni olacaktır. Bu terminoloji 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri de uyumludur. Gerçekten 5510 sayılı Kanuna göre, doğumdan önce ve sonra kadın sigortalının çalıştırılmasının yasak olduğu, bir diğer deyişle zorunlu olarak izinli sayılması gereken süre için "analık sigortasından" yardım yapılmaktadır. Nitekim Yönetmelikte de, analık izninin kadın işçinin doğum nedeniyle çalıştırılmadığı süre için verilen izni ifade ettiği belirtilmiştir (m.4/1,a).

istemenin hiçbir amacı yoktur. Bu nedenle işçi isterse sadece analık iznini kullandıktan hemen sonra isterse diğer izinleri de kullandıktan sonra kısmi süreli iş sözleşmesine geçmek için talepte bulunabilir. Hatta Yönetmelikte de isabetle düzenlendiği gibi, kısmi süreli çalışma talebi, ücretsiz doğum izni kesilerek de yapılabilir (KSCY, m.8/2). Yönetmeliğe göre, ücretsiz iznin tamamının kullanılması şartı aranmaz.

Ayrıca işçi kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını bu izinlerin bitiminin ardından kısa bir süre sonra kullanmak zorunda da değildir. Çocuk ilköğretim çağına gelinceye kadar bu hakkını her zaman kullanabilir.

bb) Talepte bulunulabilme süresi

Yukarıda da belirtildiği gibi, Kanun çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar işçiye kısmi süreli çalışma talebinde bulunma hakkı tanımıştır (KSCY m.13/5, c.1). Yine Kanuna göre bu haktan faydalanmak isteyen işçi bunu en az bir ay önce *yazılı olarak* işverene bildirmek zorundadır (KSCY m.13/5, c.5). Kanun koyucu işverenin işyerinde gerekli organizasyonu yapabilmesi için işçinin en az bir ay önceden işverene başvurmasını istemiştir. Ancak Kanundaki düzenleme çok da iyi kaleme alınmamıştır.

Daha önce de ifade edildiği gibi, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının temelinde yatan gerekçe onun küçük yaştaki çocuğunun bakımı ile ilgilenmeye daha fazla zaman ayırabilmesidir. Bu amaç, işçinin bu haktan yararlanabileceği sürenin sınırını da çizmektedir. Yani kanun koyucunun amacı işçiye çocuğu ilköğretim çağına gelinceye kadar kısmi süreli çalışma hakkı tanımaktır. Nitekim madde gerekçesinde bu husus açıklıkla ifade edilmiştir. Gerekçede, "*Analık izni ve yarı zamanlı çalışma sonrasında çocuğun mecburi ilköğretim çağına gelmesine kadar ebeveynlere İş Kanununda düzenlenmiş olan kısmî süreli çalışma hakkı verilmesi ve bu durumun iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep oluşturmayacağı düzenlenmiştir*" denilmiştir. Buna karşılık işçinin talepte bulunabileceği süreye ilişkin düzenleme bu amaçla çelişki oluşturacak şekilde kaleme alınmıştır.

Kanunun m.13/5, c.1 hükmüne göre işçi, çocuğun mecburi ilköğretim çağına gelmesini takip eden ay başına kadar kısmi süreli iş sözleşmesine geçmek için talepte bulunabilir. Bu durumda örneğin 2016 yılı için örnek vermek gerekirse, ilkokulların açıldığı tarih olan 19.09.2016 tarihinde ilköğretim çağına gelen çocuğu olan işçi bu tarihi takip eden 01.10.2016 tarihine kadar kısmi süreli istihdama geçmek için talepte bulunabilecektir. Oysa bu tarih, normun amacı dikkate alındığında kısmi süreli istihdamın normal olarak sona ereceği/ermesi gereken süreyi de ifade etmektedir. Bu durumda bu biçimiyle madde nin lafzının amacı ile örtüştüğünü söyleyebilmek güç görünmektedir. Daha da önemlisi bu düzenleme işçinin Kanunun sağladığı bu olanaktan ne zamana kadar yararlanabileceği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Gerçekten bu durumda işçinin, çocuğunun örneğin liseye gitmesine kadar ya da istediği herhangi bir zamana kadar kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmayacağı sorusunun da değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Kanaatimce düzenleme ile kast edilen, işçinin 74. maddede ki izin ya da izinlerin bitiminden itibaren en az bir ay önceden talepte bulunmak kaydıyla çocuğunun mecburi ilköğretim çağına gelmesine kadar kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışma hakkına sahip olduğudur. Bu durumda işçi çocuğunun ilköğretim çağına gelmesine çok az bir zaman kala bu hakkını kullanacaksa geri kalan sürenin kısalığına göre kısmi süreli istihdamda kalma süresi de oldukça kısa olabilecektir. Kuşkusuz işçi ve işverenin anlaşarak çocuğun ilköğretim çağına gelmesinden sonra da bu çalışma biçimini devam ettirmeleri, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde mümkündür.

Öte yandan Kanundaki düzenlemeyle, işçinin kısmi süreli iş sözleşmesine geçişi için işverene bir aylık süre verilmesi yeterli görülmüştür. Oysa bu süre benzer düzenlemenin olduğu Alman Hukukunda, kural olarak, yedi haftadır. Eğer işçi çocuğun 8. doğum gününe kadar bu hakkı kullanmak istiyorsa bu durumda talebini 13 hafta önceden işverene iletme zorundadır.

d) İşçinin Yönetmelikte belirtilen işlerde çalışıyor olması halinde işverenin uygun bulması

Kanunda, kısmi süreli istihdama geçiş hakkının hangi sektör veya işlerde uygulanacağına ilişkin esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür (KSCY m.13/son). Yönetmeliğe göre;

- a) Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde,
- b) Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen *sanayiden sayılan işlerde*,
- c) Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde,
- ç) İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesi nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde,

işverenin uygun bulması hâlinde kısmi süreli çalışma yapılabilir (m.12/1).

Bu Yönetmeliğin uygulanmasında, sağlık hizmetinden sayılan işler tabipler ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, hemşire, ebe ve optisyenler ile 1928 tarihli ve 1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”un ek 13. maddesinde tanımlanan diğer meslek mensupları tarafından yerine getirilen işleri ifade etmektedir (KSCY. m. 16).

1219 sayılı Kanunun Ek 13. maddesinde sağlıkla ilgili pek çok farklı işe yer verilmiş, bu bağlamda örneğin, klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri; tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri;

adli tıp teknikeri, diyaliz teknikeri, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, hemşire yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni gibi pek çok sağlıkla ilgili işler bu kapsamda sayılmıştır. Bu itibarla bu işlerde çalışanların kısmi süreli çalışmaya geçiş hakları ancak işverenin bu talebi uygun bulması halinde söz konusu olacaktır. Buna karşılık Yönetmelikte sayılmayan işlerde, işverenin, -diğer koşulların da mevcut olması kaydıyla- işçinin talebini uygun görme ya da görmeme gibi hakkı bulunmamaktadır (KSCY. m.12).

Ekleyelim ki, Yönetmeliğe göre, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre bağitlanan toplu iş sözleşmelerinde kısmi süreli çalışma yapılabilecek işler, 12. madde hükümlerine bağlı olmaksızın ayrıca taraflarca da belirlenebilir (KSCY m.13).

3. İşçinin kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışma hakkının kullanımı

Yukarıda da vurgulandığı gibi, işçi işverene kısmi süreli iş sözleşmesine geçmek için talepte bulunduğunda, kural olarak, işveren bu talebi kabul etmek zorundadır. Bu konuda işverene bir takdir hakkı tanınmamıştır. Kanunda, “*Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz*” denilmek suretiyle bu husus ifade edilmek istenmiştir. Kuşkusuz bunun için işçinin başvuru koşullarını taşıdığını, bu bağlamda eşinin çalıştığını ve henüz ilköğretim çağına gelmemiş çocuğı olduğunu veya üç yaşından küçük bir çocuğı evlat edindiğini ispatlayan belgeleri işverene vermesi gerekir.

İşçinin yukarıda belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen işverenin bu talebi kabul etmemesi halinde kanaatimize göre işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir¹¹. Ayrıca işçi ile yapılan iş sözleşmesine konulacak bir hükümlerle bu haktan baştan feragat edilmesine ilişkin kayıtlar da bir geçerlilik taşımaz.

¹¹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 152.

Kanunda bu iznin nasıl kullanılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiş, konunun ayrıntıları Yönetmeliğe bırakılmıştır. Kanuna göre m.13/5 kapsamında hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir (m.13/son).

Kanunda sözü geçen Yönetmelikte konuya ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Buna göre, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde, kısmi süreli çalışmaya *başlayacağı tarih ile* tüm iş günlerinde çalışılacak olması hâlinde çalışmanın başlama ve bitiş saatleri, haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması hâlinde ise *tercih edilen iş günleri* yer alır (m.9/1). Yine Yönetmeliğe göre, “kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir” (m.15).

Yönetmeliğin 15. maddesinin çok açık olduğundan söz etmek mümkün değildir. Gerçekten Yönetmelikte çalışmanın “günlük çalışma süresi” ya da “haftalık çalışma süresi” içinde hangi zaman aralığında yapılacağından söz edilmesinde karşısında bu konuda işçinin haftanın her günü ama günlük çalışma süresi içinde kısmi süreli bir çalışma yapabileceği veyahut haftanın sadece belirli günlerinde işe gelmeyi tercih edebileceği sonucu çıkmaktadır. İşveren de bu tercihe göre, işçinin hangi günlerde ya da günlük çalışma süresi içinde hangi saatler arasında çalışacağına o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebini dikkate alarak karar verecektir.

Kanaatimizce işçinin hangi günlerde ya da saat aralıklarında çalışacağına karar verme hak ve yetkisinin işverene bırakılması, kural olarak, isabetli olmamıştır. Zira normun temelinde işçinin ihtiyacı bulunmaktadır ve bu açıdan çalışılacak zaman aralığının tespitinde belirleyici olan işçinin talebi olmalıdır. Gerçekten Kanundaki düzenleme işçiyi dikkate almakta, geçici bir süre için -her ne kadar Kanunda bu geçici süreye ilişkin bir düzenleme bulunmasa da- onun çalışma hayatı ile çocuğunun bakımını, bu bağlamda da özel yaşamını uyumlu hale getirme-

sine fırsat vermektedir. Bunun sonucunda haftanın kaç günü ve kaç saat işe geleceğine karar verme hak ve yetkisinin işçide olması gerektiği gibi bunun hangi zaman aralığı içinde olması gerektiğini de işçi belirleyebilmelidir. Kaldı ki, aksinin kabulü kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının işverenin takdirine bırakılması anlamına da geleceği kanaatindeyiz. Zira işçinin talebini kabul etmek istemeyen işveren işçinin çalışacağı zaman aralığını onun koşullarına uymayacak şekilde belirlediğinde işçi ya bu haktan vazgeçecek ya da iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalabilecektir. Kanaatimize göre, somut olayın özelliklerinden işverenin işçiyi feshe zorlamak istediğinin anlaşıldığı hallerde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi baskı altında iş sözleşmesini feshettiği iddiası ile işe iade davası da açabilecektir.

Öte yandan şunu da eklemek gerekir ki, işçi de bu hakkını kullanırken dürüstlük kuralı uyarınca işverenin durumunu göz önünde tutmalıdır. Örneğin işçi işverenin adeta ifa menfaatinin kalmayacağı kadar kısa bir çalışma süresi¹² için talepte bulunmamalı, işverene aşırı yük getirecek bir çalışma düzeni talep etmemeli, işyerinin ve işin özelliklerini dikkate almalıdır.

Alman Hukukunda ise konu daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, karşılaştırılan çalışma süresinin iki aylık bir süreçteki en az aylık ortalamasının 15 saatten daha az 30 saatten daha fazla olmayacak şekilde belirlenmesi gerekir. Bunların dışında işçinin zorunlu işletmesel sebeplere (gerekliklere) aykırı olmayacak ve Kanunda belirtilen süreye uyacak şekilde talepte bulunması gerekmektedir. İşçinin talebi eğer kısmi çalışmanın başlamasından a) çocuğun üçüncü yaş gününü tamamlamasına kadarki süre içinse 7 hafta; b) çocuğun üçüncü yaş gününden sekizinci yaş gününü tamamlamasına kadarki süre için ise 13 hafta önceden işverene yazılı olarak bildirilmelidir.

¹² Bu hakkın 13. maddede düzenlendiği dikkate alındığında işçinin kısmi süreli iş sözleşmesi otuz saati geçemeyecektir. Buna karşılık işçinin en az ne kadar süre çalışmayı talep edebileceği konusunda Kanunda bir sınırlama yer almamaktadır. İşçi haftada sadece bir gün birkaç saat gelmeyi talep ettiğinde işverenin bu talebi kabul etmeme hakkı olmalıdır.

Alman Hukukuna göre işçi talebinde azaltılmış çalışma süresinin başlangıcını ve içeriği ile talep edilen azaltılmış çalışma süresi, bunun işgünlerine dağılımını açıkça bildirilmelidir. Eğer işveren talep edilen çalışma süresindeki azaltmayı veya dağılımı reddederse bunu yasada belirtilen süre içinde yazılı olarak sebepleriyle işçiye bildirmelidir. İşveren, izin talebi çocuğun doğumu ile 3. yaş günü arasındaki süreye ilişkinse en geç dört; çocuğun üçüncü yaş gününden sekizinci yaş gününü tamamlamasına kadarki sürede kullanmaya yönelikse en geç sekiz hafta içinde yazılı olarak reddetmelidir. Bu süre içinde işçinin talebini reddetmeyen işveren talebi kabul etmiş sayılır. İşveren işçinin çalışma süresinin azaltılması ve iş günlerine dağılımı konusundaki talebini zamanında reddederse bu durumda işçi sorunu iş mahkemesinde çözümlenmek zorundadır.

Görüldüğü gibi Alman Hukukunda yasa düzeyinde ve daha ayrıntılı bir şekilde işçi ve işverenin menfaatini uyumlaştıran bir düzenleme yapılmıştır. Esasında bizim hukukumuz açısından da bu yönde düzenleme yapılması, konunun esaslarının daha ayrıntılı olarak Kanunda düzenlenmesi ve uygulama ve usul ve esaslarının yönetmeliğe bırakılması gerekirdi. Bu bağlamda kısmi süreli çalışmaya geçme hakkının uygulanacağı işyeri ile işçilere ilişkin koşulların ve bu hakkın kullanımına ilişkin hak ve yetkilerin kural olarak kime ait olduğu Kanunda düzenlenmeliydi.

Öte yandan ekleyelim ki, işçinin kısmi süreli iş sözleşmesine geçmesi ile birlikte sözleşmenin türünün değişmesine bağlı olarak tarafların hak ve borçları da değişikliğe uğrayacaktır. Her ne kadar Kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da işçinin ücret ve diğer hakları Kanunun 13. maddesi hükümleri uyarınca tekrar belirlenebilecektir. Bunun sonucunda kısmî süreli iş sözleşmesine geçen işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenecektir¹³. Taraflar şüphesiz bu konuda eski üç-

¹³ Kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 141 vd.; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 12 Baskı, İstanbul 2016, 283 vd.; Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş:

retin aynen ödenmesini de kararlaştırabilirler. Ancak işveren işçinin haklarının kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümlere göre belirlenmesini talep ettiğinde işçi bu talebi kabul etmek zorundadır. İşçinin ücret dışındaki sözleşmeden doğan diğer hakları da, örneğin hafta tatili, yıllık izin, bayram ve genel tatil günlerine vs. ilişkin hakları da kısmi süreli iş sözleşmesine göre belirlenecektir.

Bunun gibi, işçi salt kısmi süreli iş sözleşmesine geçtiği için farklı muameleye tutulamayacaktır. Kanunda kısmî süreli iş sözleşmesine geçen işçinin, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamayacağına ilişkin hükmü bu kapsamdaki işçiler için de uygulanacaktır (m.13/2,3).

4. İşçinin Tekrar Tam Zamanlı Çalışmaya Geçme Hakkı

Kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir (m.13/5, c.3). Belirtelim ki, bu konuda da işverene takdir hakkı tanınmamıştır. İşveren işçinin kısmi süreli iş sözleşmesine geçme talebini kabul etmek zorunda olduğu gibi tam zamanlıya geçme talebini de kabul etmek zorundadır.

İşçi kısmi süreli iş sözleşmesine geçme hakkını bir defa kullanabilir. Kanunda bu husus açıkça belirtilmiştir (m.13/5, c. 3). Dolayısıyla işçi tam süreliye geçtikten sonra bu talebinden vazgeçerek tekrar kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışma talebinde bulunamaz. Buna karşılık, maddede “aynı çocuk için” tekrar kısmi süreli iş sözleşmesine geçilemeyeceğinin belirtilmesi karşısında işçi başka bir çocuk sahibi olduğunda

İş Hukuku, Ankara 2014, 443 vd.; *Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan*, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2016, 81 vd.; *Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul 2016, 70-71; *Şaribay, Gizem: Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri*, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, 267-326; *Canıklıoğlu, Nurşen: İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar*, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016, 179 vd.

işverenden tekrar kısmi süreli iş sözleşmesine geçiş için talepte bulunabilir¹⁴.

Kanunda tam süreli iş sözleşmesine geçme talebi işçiye tanınmış, işverene böyle bir yetki tanınmamıştır. Hatta öyle ki, Kanunda, çocuğun ilk öğretim çağına gelmesi ve okula başlaması halinde de işverenin böyle bir yetkisi bulunduğu ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda da işverenin bu yönde bir yetkisinin olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Her ne kadar Kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da çocuğun ilköğretim yaşını tamamlaması ile birlikte işveren işçinin tam süreli iş sözleşmesine geçmesini isteyebilir ve kanaatimizce işçi bu isteğe olumlu cevap vermek zorundadır¹⁵. Buna karşılık işçi ve işveren bu konuda anlaşmadıkça çocuğun ilköğretim yaşını tamamlaması işçinin iş sözleşmesinin kendiliğinden tam süreliye dönüşmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü Kanunda çocuğun ilköğretime başlaması ile birlikte sözleşmenin kendiliğinden tam süreliye geçeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar pekala susarak kısmi süreli iş sözleşmesini devam ettirebilirler. Kanunda sözleşmenin belirli bir tarihte kendiliğinden sona ereceğine ilişkin bir hüküm olmadığı dikkate alındığında bu sonuca ulaşılmalıdır.

Ayrıca belirtilelim ki, tam zamanlı iş sözleşmesine geri dönmek isteyen işçi bunu işverene en az bir ay önce yazılı olarak bildirmek zorundadır. Kanaatimizce burada da işverene gerekli organizasyonu yapması için daha uzun bir süre tanınması daha isabetli olabilirdi.

5. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışan İşçi Yerine Alınan İşçinin Durumu

Kanunda kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesinin *kendiliğinden* sona ereceği belirtilmiştir

¹⁴ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 156.

¹⁵ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 156.

(m.13/5, c.4). Bu düzenlemenin isabetli olmadığı ve adaletsiz sonuçlara neden olacağını belirtmek gerekir. Gerçekten sözleşmenin *kendiliğinden sona ereceğinin* öngörülmesi karşısında iş sözleşmesi bir yıldan uzun sürse de bu durumdaki işçi, 1475 sayılı Kanununun 14. maddesi dikkate alındığında kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Bunun gibi, sözleşme bir fesih beyanı ile sona ermediğine göre işçiye ihbar süresi ya da iş arama izni verilmeyecek, daha da önemlisi işçi iş güvencesinden yararlanamayacaktır.

Kanundaki düzenleme işçiyi İş Kanunundan doğan hakları konusunda olumsuz bir duruma düşürdüğü gibi sözleşmenin bu şekilde sona ermesinin Sosyal Güvenlik Hukuku açısından da olumsuz sonuçları olacaktır. Gerçekten bilindiği gibi, işçi (sigortalı), iş sözleşmesi 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda belirtilen sebeplerle sona ermesi ve yine Kanunda öngörülen prim ödeme gün sayısını yerine getirmesi kaydıyla işsizlik ödeneğine hak kazanabilir (4447 s.lı K. m.50)¹⁶. İşte bu noktada kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçi yerine işe alınan işçinin (ikame işçinin) iş sözleşmesinin Kanundaki hüküm uyarınca kendiliğinden sona ermesi karşısında onun işsizlik ödeneğinden yararlanıp yararlanamayacağı sorusu da akla gelebilecek ve duraksama yaratacak niteliktedir. Esasında İşsizlik Sigortası Kanununa göre belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçiye işsizlik ödeneğine ödenir (4447 s.lı K. m. 50). Ancak, aşağıda ayrıca tartışılacağı üzere, 13. madde uyarınca kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçi ile kurulan sözleşme, eğer taraflar sözleşmeyi açıkça sürelendirmemişlerse ya da azami süreli iş sözleşmesi olacak şekilde bir kararlaştırma yapmamış-

¹⁶ İşsizlik sigortası hakkında geniş bilgi için bkz. *Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canıklıoğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2016, 667 vd.; *Tuncaç, A. Can/Ekmeççi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 18. Bası, İstanbul 2016, 617 vd.; *Şakar, Müjdat: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul 2014, 301 vd.; *Uşan, M. Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, Ankara 2009, 345 vd.; *Alper, Yusuf: Sosyal Güvenlik Hukuku*, 7. Baskı, Bursa 2015, 369 vd.; *Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2015, 495 vd.; *Arıcı, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara 2015, 398 vd.; *Korkusuz, Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2013, 417 vd.; *Üçışık, Fehim: Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul 2015, 306 vd.

larsa- belirli süreli iş sözleşmesinin unsurlarını taşımamaktadır. Bu durumda işçinin işsizlik ödeneği alması da mümkün olmayacaktır.

Herhalde Kanundaki düzenlemenin temelinde kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçinin yerine işe alınan işçinin sözleşmesinin belirli süreli olduğu düşüncesi yatmaktadır. Ancak kanaatimizce kural olarak bunu kabul etmek mümkün değildir. Zira bir iş sözleşmesinin belirli süreli olduğundan söz edebilmek için o sözleşmenin ne zaman sonra ereceğinin önceden bilinmesi ya da bilinebilir, öngörülebilir olması gerekir¹⁷. Oysa m.13/5 uyarınca kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçinin ne zaman tam zamanlı sözleşmeye geçeceği önceden belli değildir. İşçi istediği herhangi bir zamanda tam süreli iş sözleşmesine geçebilir. Eğer bu hak, Alman Hukukunda olduğu gibi, hukukumuzda da başlama ve bitiş zamanı önceden belirlenmiş bir şekilde kullanılıyor olsa idi o zaman ikame işçinin sözleşmesinin belirli süreli olduğunu kabul etmek mümkün olurdu.

İkame işçinin sözleşmesinin azami süreli iş sözleşmesi¹⁸ niteliği taşıdığı da kanaatimizce tartışmaya açıktır. Zira daha önce de değinildiği gibi, Kanunda kısmi süreli sözleşmeye geçiş talebinin ne zamana kadar yapılabileceği hüküm altına alınmış, ancak kısmi süreli iş sözleşmesinden tam süreli sözleşmeye en geç ne zaman geçilmesi gerektiği ya da kendiliğinden tam süreli sözleşmeye dönüş zamanı konusunda bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, taraflarca sözleşmeye özel bir

¹⁷ Belirli süreli iş sözleşmesi hakkında bkz. Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 127 vd.; Süzek, 262 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Ulaş, 417 vd.; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, 64 vd.; Alpagut, Gülsevil: Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, 3 vd.; Bozkurt Gümrikküoğlu, Yeliz: Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012, 115 vd.; Güzel, Ali/Özkaraca, Ercüment/ Ugan, Deniz: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları, Sarper Süzek'e Armağan, I, İstanbul 2011, 475-566; Canıklıoğlu, 160 vd.

¹⁸ Bilindiği gibi azami süreli iş sözleşmesi, sözleşmenin en fazla hangi tarihe kadar devam edeceğinin taraflarca kararlaştırıldığı ve kararlaştırılan süre içinde sözleşmenin bildirimli fesih hakkının saklı tutulduğu sözleşmedir. Azami süreli iş sözleşmesi konusunda açıklamalar için bkz. Bozkurt Gümrikküoğlu, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 28 ve ayrıca dn. 79'da belirtilen yazılar.

hüküm konulmadığı sürece bu sözleşmenin ne zaman sona ereceği belli değildir. Dolayısıyla ikame işçi ile yapılan sözleşme belirli süreli sözleşme olarak kabul edilemeyecektir.

Buna karşılık şunu da eklemek gerekir ki, eğer kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçinin bu çalışmasının ne zamana kadar devam edeceği açıkça belirlenmiş, işçinin yerine işe alınan işçi ile yapılan sözleşme de buna uygun olarak sürelendirilmişse o zaman ikame işçi ile işveren arasındaki sözleşme azami süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir¹⁹.

Somut olayın özelliğine göre işçinin yerine işe alınan işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi klasik bir belirli süreli iş sözleşmesi de olabilir. Bu durumda ikame işçinin hakları belirli süreli iş sözleşmesine göre belirlenebilecektir.

Kanaatimize göre, işveren ile ikame işçi arasında açıkça belirli süreli bir iş sözleşmesi yapılmadığı sürece sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak bu yöndeki yorum da bu konudaki sorunu çözemeyecektir. Zira madde metninde açıkça işçinin iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği belirtilmektedir. Bu durumda işçinin İş Kanunundan doğan hakları “feshe bağlı hak” kapsamında değil, “kendiliğinden sona erme” konusundaki esaslara göre belirlenecektir. Kanun metninin açıklığı karşısında işçi lehine yorum yapılması bize oldukça güç görünmektedir. Bu nedenle maddede yer alan “sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğine” ilişkin ibare metinden çıkarılmalı ve işçinin hem sözleşmeden hem de sözleşmenin sona ermesine ilişkin Kanundan doğan hakları buna göre belirlenmelidir. Bir diğer deyişle işçi hem kıdem ve ihbar tazminatı hem de iş güvencesi hakkından yararlanmalıdır. Bunun sonucunda da kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçinin tam süreliye geçmesi halinde işveren ikame işçinin iş sözleşmesini feshederek sona erdirmeli, ancak fesihten önce son çare ilkesine uygun olarak işçiyi çalıştırabileceği başka bir iş olup olmadığını araştırmalıdır. Kuşkusuz işçinin bu durumda feshe bağlı tüm hakları da ödenmelidir.

¹⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 157.

Son olarak ekleyelim ki, Yönetmeliğe göre, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde, yerine alınan işçinin iş sözleşmesi, yazılı onayı olması koşuluyla, fesih tarihinden itibaren belirsiz ve tam süreli sözleşmeye dönüşür (m.14/4). Bilindiği gibi, İş Kanununa göre, “İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmî süreli den tam süreliye veya tam süreli den kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur” (m.13/4). Yönetmelikteki düzenleme Kanunun 13. maddesinin bir yansıması gibi görünmektedir. Ancak Kanundan oldukça farklıdır. Gerçekten Kanun hükmü işveren için tam süreliye geçmek isteyen işçilerin bu isteklerini dikkate alma ve boş yerleri zamanında işçilere duyurma yükümlülüğünden söz ederken Yönetmelik ikame işçiler açısından sözleşmenin kendiliğinden “belirsiz ve tam süreliye” dönüşmesi esasını benimsemiş ve bu durumu işveren açısından bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Hüküm, böyle bir konunun Yönetmelikle düzenlenmesinin yerinde olmadığı eleştirisi bir kenara bırakılırsa, bizce isabetlidir. Zira işverenin iş sözleşmesi sona eren işçisi yerine yeni bir işçi almak istediğinde bu kişinin ikame işçi olması gerektiği –işçi de bunu istediği takdirde– dürüstlük kuralı gereğidir. İşverenin böyle bir durumda işçinin niteliklerinin bu işe uygun olmadığını ileri sürerek başka bir işçiyi işe alması her şeyden önce dürüstlük kuralına uymaz. Bu nedenle hüküm, kural olarak, isabetlidir. Ancak Yönetmelikle böyle bir düzenleme yapılması eleştiriye açık olup, bunun Kanunda düzenlenmesi daha isabetli olurdu. İşverenin bu yükümlülüğüne rağmen tam süreli iş sözleşmesiyle başka bir işçiyi işe alır ve ikame işçinin iş sözleşmesini feshederse bu feshi geçersiz fesih saymak gerekir kanaatindeyiz.

Bu konuda son olarak ekleyelim ki, Yönetmelik hükmünde sadece işçinin feshinden söz edilerek ikame işçinin iş sözleşmesinin belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesine dönüşmesinin işçinin feshine özgülenmesi de eleştirilmesi gereken bir başka husustur. Sözleşmeyi işverenin feshetmesi ya da sözleşmenin işçinin ölümü veyahut ikale ile sona ermesi halinde de aynı çözümün benimsenmesi isabetli olurdu.

III. DOĞUM SONRASI YARIM ÇALIŞMA İZİNİ VE YARIM ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

1. Genel olarak

Bilindiği gibi kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Yine Kanuna göre kadın işçinin erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır (m.74/1).

6663 sayılı Kanunla analık iznine ilişkin olarak bir değişiklik yapılmış ve analık izninden yararlanabilecek işçilerin kapsamı genişletilmiş, bu bağlamda babaya da analık izin hakkı tanınmıştır. Ancak baba olan erkek işçinin bu haktan yararlanabilmesi için annenin doğumda veya doğum sonrasında vefat etmiş olması gerekir. Kanuna göre, "Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır" (m.74/1, c.6).

Madde metninde babanın bu haktan yararlanabilmesi için çocuğun ölümünün en geç ne zaman gerçekleşeceğine ilişkin açık bir düzenleme yer almasa da bunun doğum sonrası annenin kullanabileceği analık izni sırasında olması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Zira babaya tanınan hak "... doğum sonrası kullanılmayan süre"ye ilişkindir. Yani baba olan erkek işçi sadece bu süre içinde analık izninden yararlanabilecektir. Bu itibarla analık izin süresinin bitiminden sonra bebeğin ölümü halinde bu iznin kullanılmasından söz edilemeyecektir.

6663 sayılı Kanunla, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık izni verilme-

si de kabul edilmiştir. Belirtelim ki, bu hak kadın olsun erkek olsun üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen tüm işçilere tanınmıştır. Eğer çocuğu her iki eş birlikte evlat edinmişse analık izni her iki işçiye; sadece bir eş çocuğu evlat edinmişse bu durumda sadece evlat edinen eşe tanınacaktır. Ayrıca bu izin hakkı sadece evlat edinme tarihinden sonrası ile sınırlı olup, süre de bir ya da birden fazla çocuğun evlat edinilip edinilmediğine bakılmaksızın sekiz haftadır.

Kanaatimize göre işçilere yukarıda sözü edilen hakların tanınması isabetli olmuştur. Ancak bu düzenlemelerle bağlantılı olarak kanunlarda başka bazı düzenlemeler daha yapılması gerekirdi ki, bunlar gözden kaçırılmıştır. Öncelikle bu yükümlülüğüne aykırı davranan işveren için bir yaptırım öngörülmemiştir. İş Kanununun 104. maddesinde, Kanunun "...74 üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış *kadınları çalıştıran* veya ücretsiz izin vermeyen" işverene idari para cezası öngörülmüştür (m.104/1). Görüldüğü gibi bu hüküm kadın işçiyi çalıştıran işveren için öngörülmüş bir cezadır. Erkek işçiye ya da evlat edinen işçiye izin vermeyen işveren için de idari para cezası öngörülmesi isabetli olacaktır. Bunun gibi bu haklar diğer iş kanunları kapsamındaki işçilere de tanınmasına rağmen söz konusu kanunlarda da herhangi bir idari para cezası öngörülmemiştir.

Daha da önemlisi konunun Sosyal Güvenlik Hukuku boyutu düzenlenmemiştir. Zira bilindiği gibi analık izni sırasında işverenin işçiye ücret ödemesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalıştırmanın yasak olduğu bu sürede işçinin kesilen gelirin yerini tutmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumunca 5510 sayılı Kanun uyarınca sadece kadın sigortalıya geçici işgöremezlik ödeneği ödenmektedir²⁰. Bu konuda 5510 sayılı Kanuna özel bir hüküm konulmadıkça Kurumun bu durumdaki işçiye/si-

²⁰ Analık sigortasından ödenen geçici işgöremezlik ödeneği hakkında bkz. *Güzel/Okur/Canıklıoğlu*, 426 vd.; *Tuncay/Ekmekçi*, (2016) 437 vd.; *Şakar*, 271; *Uşan*, 190 vd.; *Alper*, 242 vd.; *Arıcı*, 348 vd.; *Sözer*, 234 vd.; *Korkusuz/ Uğur* (2013), 325-326; *Üçışık*, 192 vd.

gortaliya geçici işgöremezlik ödeneği ödemesi mümkün değildir. Bu nedenle bir an önce konunun Sosyal Güvenlik Hukuku boyutunun da düzenlenmesi ve anılan durumlara özgü olarak geçici işgöremezlik ödeneği ödenmesi 5510 sayılı Kanunda açıkça öngörülmelidir.

Bunların dışında 6663 sayılı Kanunla getirilen önemli bir başka yenilik de, kadın işçiye ya da üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinmesi halinde kadın ve erkek işçiye talebi halinde, analık izninin kullanımının ardından haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verme zorunluluğudur (m.74/2). Yine bu hükümlerle bağlantılı olarak 4447 sayılı Kanuna bir madde eklenmiş ve bu durumdaki sigortalılara yarım çalışma ödeneği ödenmesi öngörülmüştür (Ek m.5). Aşağıda önce doğum sonrası yarım çalışma izni, ardından da yarım çalışma ödeneği üzerinde durulacaktır.

2. Doğum Sonrası Yarım Çalışma İzni

a) Genel olarak

İş Kanununun 6663 sayılı Kanunla değişik m.74/2 hükmüne göre, analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda (*ya da ilk evlat edinmede*) altmış gün, ikinci doğumda (*ya da ilk evlat edinmede*) yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda (*ya da ilk evlat edinmelerde*) ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır.

Önemle ekleyelim ki 74. madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan tüm işçiler için uygulanır (m.74/son). Bir diğer deyişle Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olanlar da dahil Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu hükümlerine tabi olan tüm işçiler bu hükümlerden yararlanacaklardır.

Kanunda “bu madde hükümleri” denildiği için diğer kanunların kapsamına giren işçiler sadece 6663 sayılı Kanunla tanınan yeni haklarla, yani doğum/evlat edinme sonrası yarım çalışma ücretsiz izin hakkı ya da eşi ölen erkek işçiye tanınan analık izin hakkı ile sınırlı olmaksızın maddede düzenlenen tüm haklardan yararlanacaklardır. Bu bağlamda, analık izni, altı aya kadar ücretsiz doğum izni, süt izni, periyodik muayene iznine ilişkin hakların yanında 6663 sayılı Kanunla düzenlenen diğer tüm yeni haklardan Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamında olan işçiler de aynen yararlanabileceklerdir²¹. Bunun hukukumuz için çok büyük bir yenilik olduğunda şüphe yoktur.

Bu noktada analık izninin her ne kadar Borçlar Kanunu ile Deniz İş Kanununda açıkça düzenlenmemiş olsa da 5510 sayılı Kanun kapsamına giren tüm sigortalıların yararlanabildikleri bir hak olduğunu da belirtmek gerekir. Gerçekten 5510 sayılı Kanunun 15., 16 ve 17. maddelerinde analık geçici işgöremezlik ödeneğinden bu Kanunun kapsamına giren tüm sigortalılar/işçiler (m.4/I, a bendi kapsamında olup analık sigortasından yararlananlar) yararlanabilmektedirler. Zira bilindiği gibi 5510 sayılı Kanun uyarınca söz konusu sigortalılar doğum öncesi ve doğum sonrası hekimlerin verdiği sağlık raporları uyarınca çalıştırılmamaktadırlar. Ancak bu süreçteki çalıştırma yasağının açıkça düzenlenmesi yine de olumludur ve isabetli olmuştur.

Basın İş Kanununda ise; “Kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin 7 nci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır. Bu müddet zarfında müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını öder. Doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücret ödenir. Gazetecinin sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardım, bu ödemeye tesir etmez.” hükmü yer almaktadır (m.16/son). Dolayısıyla

²¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 599.

Basın İş Kanunu kapsamına giren işçiler zaten söz konusu kanun uyarınca da çalıştırılmamakta ve izinli sayılmaktadır.

Ancak belirtelim ki, 4857 sayılı İş K. m.74'deki analık izni Basın İş Kanunundaki izinden daha kısadır. Ayrıca Basın İş Kanununda bu süre içinde gazeteci kadına ücretinin yarısının ödenmesi de gerekmektedir. Nihayet Basın Kanununa göre, işçinin Sosyal Güvenlik Kurumundan ödenek alması işverenin ayrıca ücret ödeme yükümünü etkilememektedir. İşte bu noktada 6663 sayılı Kanunla yapılan bu düzenlemenin Basın İş Kanunundaki düzenlemeyi değiştirip değiştirmediği sorusu akla gelebilir. Ancak kanaatimize göre buna olumsuz cevap vermek gerekir. Bir diğer deyişle Basın İş Kanunu kapsamına girenler eskiden olduğu gibi yine Basın İş Kanunundaki süre kadar analık izninden yararlanmaya devam etmelidirler.

b) Yarım çalışma iznine hak kazanma koşulları

aa) Doğum yapma ya da üç yaşından küçük çocuğu evlat edinme

Doğum sonrası yarım çalışma izninden yararlanabilmek için doğum yapan kadın işçi ya da üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçi olmak gerekmektedir. Doğum yapan kadın işçinin bu haktan yararlanabilmesi için çocuğun hayatta olması da şarttır (m.74/2, c.1).

Evlat edinme sırasında çocuğun üç yaşından küçük olması yeterli olup, talep sırasında bu yaşı tamamlamış olması önem taşımaz kanaatindeyiz²².

bb) Talepte Bulunma

Doğum sonrası yarım çalışma izni işçiye kendiliğinden verilmesi gereken bir izin değildir. İşçi bu yönde talepte bulunmalıdır. Bu izin talebinin ne zamana kadar yapılması gerektiği konusunda Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Kuşkusuz

²² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 599.

Kanunda bir süre öngörülmemiş olması işçinin bu yöndeki talebini sınırsız bir şekilde kullanabileceği anlamına gelmez. Kanaatimize göre bu başvurunun yarım çalışma ödeneği ile bağlantısı da düşünüldüğünde analık hali izninin bitiminden itibaren otuz gün içinde kullanılması isabetli olacaktır. Ancak bu süre hak düşürücü süre olmayıp, tıpkı yarım çalışma ödeneğinde olduğu gibi gecikilen her günün hakkı azaltacağına kabul edilmesi isabetli olacaktır²³.

c) Yarım Çalışma İzninin Süresi ve Kullanılması

Kanuna göre doğum yapan kadın işçilerle üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir (m.74/2, c.1). Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır (m.74/2, c.2). Görüldüğü gibi, bu hakkın kullanımı işverenin takdirine bırakılmamıştır. İşçi bu yönde talepte bulunduğu işveren bunu kabul etmek zorundadır²⁴.

Kanunda işçiye haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verileceğinden söz edilmiştir. Bu durumda kanaatimize göre işçi yarım çalışma iznini birleştirerek toplu olarak kullanamaz²⁵. Daha açık deyişle örneğin yüz yirmi günlük sürenin altmış gününü izinli, altmış gününü de çalışma suretiyle geçiremez. Buna karşılık işçi haftalık çalışma süresinin yarısındaki çalışmasını üç gün çalışmak ya da her gün yarım gün çalışma biçiminde kullanabilir.

Nihayet Kanuna göre bu süre içinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz (m.74/2, son cümle). Yani işveren kadın işçinin yarım çalıştığı süre içinde ona süt izni vermek zorunda değildir. Öte yandan süt izninin uygulanmaması sadece yarım

²³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 600.

²⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 600.

²⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 601.

çalışma izni sırasındadır. Bu izin bittikten ve işçi çalışmaya başladıktan sonra çocuk bir yaşını tamamlayıncaya kadar işveren işçiye süt iznini kullandırmalıdır.

3. Yarım Çalışma Ödeneği

a) Genel olarak

Daha önce de belirtildiği gibi, doğum sonrası yarım çalışma izni ile bağlantılı olarak 4447 sayılı Kanuna bir madde eklenmiş ve sigortalılara yarım çalışma ödeneği adı ile yeni bir hak tanınmıştır. Buna göre, işçiye 4857 sayılı Kanun m.74/2 uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası İşsizlik Sigortası Fonundan yarım çalışma ödeneği ödenir (Ek m. 5).

Kanundaki düzenlemenin ayrıntılarına geçmeden önce dikkat çekmek istediğimiz ilk husus terminolojik olarak isabetli bir düzenleme yapılmadığıdır. Zira bilindiği gibi sosyal sigorta kanunlarında hak süjesi “işçi” değil “sigortalı”dır. Nitekim 4447 sayılı Kanun da 46. maddesinin ilk fıkrasında söz edilen “sigortalıları” kapsamaktadır. Dolayısıyla 4447 sayılı Kanunda düzenlenen bir hakkın bu Kanunun kapsamına giren sigortalılar için bir hak öngörmesi gerekir. Buna karşılık Ek 5. madde de sigortalıdan değil işçiden söz edilmiştir ki, bu kanun yapma tekniği açısından isabetli değildir. Ancak şunu da eklemek gerekir ki, bu terim isabetsizliği kapsama giren kişiler açısından bir farklılık da yaratmamaktadır. Zira 4447 sayılı Kanunun 46. maddesi, hangi kanuna tabi olduğuna bakılmaksızın bir hizmet akdine (iş sözleşmesine) göre çalışanları kapsamına almaktadır. İş Kanununun 74. maddesinde düzenlenen yarım çalışma izni de hangi kanuna tabi olduğuna bakılmaksızın tüm işçileri kapsamaktadır. Bunun sonucunda yarım çalışma ödeneğinden İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanununa tabi olup olmadığına bakılmaksızın bir iş sözleşmesine tabi olan tüm sigortalılar yararlanacaklardır. Biz bu tebliğde söz konusu kişilerden söz ederken sigortalı terimini kullanmayı tercih edeceğiz.

Öte yandan Ek 5. maddeye göre, bu madde hükümleri 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personel için de uygulanır. Maddenin ilk fıkrasında yarım çalışma ödeneğinden tüm işçilerin yararlanacağı belirtilmesinin ardından zaten bir iş sözleşmesine tabi olarak çalışan ve geçici 20. madde kapsamında olanların da bu haktan yararlanacaklarının belirtilmesi gereksiz bir düzenleme olmuştur.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu, Kurum ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenecektir (Ek m.5/son).

b) Hak kazanma koşulları

4447 sayılı Kanuna göre yarım çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi için sigortalının adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanunun 63. maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması, doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunması şarttır (Ek m.5/1). Bu koşullarının tümünün birlikte gerçekleşmesi halinde sigortalıya yarım çalışma ödeneği ödenecektir.

Kanun koyucu yarım çalışma ödeneği için -işsizlik ödeneğinde de olduğu gibi- oldukça uzun süre prim ödenmesini aramıştır. Buna karşılık, bizce de isabetli olarak, son 120 günün kesintisiz olmasını aramamıştır.

Ödenekten yararlanabilmek için bildirilmesi gereken prim gün sayısının bu kadar yüksek olmasının isabetli olup olmadığı da kanaatimizce tartışılmalıdır. Hemen belirtelim ki, bu ödenekten yararlanabilmek için sigortalılar herhangi bir prim ödememekte, ödenek işsizlik sigortası fonundan karşılanmaktadır. Bu nedenle olsa gerek kanun koyucu Fonun gelir gider dengesini gözeterek ödeneye hak kazanmayı ağır koşullara tabi tutmuştur kanaatindeyiz. Ancak bizce işsizlik ödeneğine

hak kazanma koşulu olarak öngörülen 600 gün prim bildirilmiş olması gerekliliği bizce zaten bu haktan yararlanmalarını oldukça güçleştirmektedir. Aynı ağır koşulun yarım çalışma ödeneği için de aranmış olması bizce isabetli olmamıştır. Kaldı ki, doğum olayı bir işçinin yaşamında işsiz kalma kadar sık gerçekleşebilecek bir olgu da değildir. Bu nedenle söz konusu prim ödeme gün sayısının daha az belirlenmesi, örneğin doğum ya da evlat edinme tarihinden önceki bir yıl içinde 120 gün (ya da son üç yıl içinde 360 gün) prim ödenmiş olmasının öngörülmesi daha isabetli olurdu.

Yukarıda da belirtildiği gibi sigortalının ödeneğe hak kazanması için Kuruma başvurusu şarttır. Başvuru yokken Kurumun sigortalıya yarım çalışma ödeneği ödemesi mümkün değildir. Kanunda bu başvurunun nasıl yapılacağı da belirtilmiştir. Buna göre sigortalı “doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi” ile Kuruma başvuracaktır.

Sigortalı başvurusunu otuz gün içinde yapmak zorundadır. Otuz günlük sürenin başlangıcı ise analık izninin bitimi tarihidir. Eğer sigortalı üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edindiği için yarım çalışma izni almışsa bu durumda otuz günlük sürenin başlangıcı evlat edinme tarihinden itibaren başlayacaktır. Sigortalı mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikirse gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülecek ve sigortalıya buna göre ödeme yapılacaktır.

Kanunda yarım çalışma ödeneğine başvuru için doğumun Kanunun yürürlük tarihinden sonra gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Esasında konu oldukça büyük bir önem taşıyabilmektedir. Gerçekten örneğin 10 Ocak 2016 tarihinde doğum yapan ve engelli bir çocuğu olan kadın sigortalı analık izninin bitim tarihi olan (doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalıştığı ve doğumdan sonra 13 hafta analık izni kullandığı varsayımında) 11 Nisan 2016 tarihinden itibaren otuz gün içinde Kuruma başvurduğunda ödeneğe hak kazanabilecek ve 11 Nisan 2017 tarihine kadar ödenek alabilecekken Kurumun bu uygulaması karşısında ödenek hakkı olmayacaktır.

Kanaatimize göre bu konuda doğum borçlanması olduğu gibi ilgili maddenin yürürlüğe girmesinden önceki doğumlar için de ödenek hakkından yararlanmaya imkan tanınmalıdır. Buna karşılık sigortalının, otuz günden sonraki başvuru halinde, gecikilen her gün için ödenek alma hakkının düşmesine ilişkin hüküm de dikkate alındığında, artık sigortalının talep edebileceği bir ödenek kalmamışsa Kurum bu talepleri reddetmelidir. Belirtelim ki, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih dikkate alındığında bu yorum ancak ikinci ya da sonraki doğumu yapan işçiler ile engelli çocuğu olan işçiler bakımından önem taşıyacaktır.

c) Ödeneğin süresi

Kanuna göre, işçiye, 4857 sayılı Kanunun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenir. Ödenek süresi, 4857 sayılı Kanunun 63. maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır (Ek m.5/1, c.1-2).

Belirtelim ki, Kanundaki bu düzenleme yoruma muhtaçtır. Kanunda önce yarım çalışılan ücretsiz izin süresince ödenek verileceğinin, ardından ödenek süresinin İş Kanununun 63. maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar olduğunun belirtilmesi duraksama yaratacak niteliktedir. Madde gerekçesi de bu konuda yol gösterici değildir. Ancak kanaatimize göre, fıkranın ilk cümlesi ödenek verilme süresini, ikinci cümlesi ise ödeneğin hesaplanmasında haftanın tamamının değil yarısının esas alınacağını ifade etmektedir.

Yarım çalışma ödeneği İş Kanununun 74. maddesine yapılan atıf uyarınca ilk doğumda altmış, ikinci doğumda yüz yirmi, sonraki doğumlarda ise yüzseksen gün süreyle verilecektir. Her ne kadar Kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da aynı süreler evlat edinme halinde de geçerlidir. Çoğul doğum hâlinde ise bu süreler otuzar gün eklenir. Bu durumda örneğin ikinci doğumunda ikiz çocuğu olan kadın sigortalıya yüz yirmi gün değil, yüzotuz gün yarım çalışma ödeneği ödenecektir.

Öte yandan Kanunda “çoğul gebelik” denilmiş, artırım çocuk sayısı ile ilişkilendirilmemiştir. Bu nedenle çocuğun ikiz ya da üçüz oluşu bu açıdan önem taşımaz. Kanaatimizce aynı artırımın birden fazla çocuğun evlat edinilmesinde de yapılması gerekir.

Çocuğun engelli doğması hâlinde ise sigortalıya üç yüz altmış gün yarım çalışma ödeneği ödenir. Kanun koyucu bu durumda sigortalıya engelli çocuğun bakımı amacıyla daha uzun bir süre tanımayı tercih etmiştir.

İşte bu noktada çoğul doğum hâlinde yarım çalışma ödeneği sürelerine otuzar gün ekleneceğine ilişkin hükmün engelli çocuğu olan sigortalılar için uygulanıp uygulanmayacağına da üzerinde durulması gerekir. Zira İş Kanununun 74. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yarım çalışma izin süreleri düzenlendikten sonra çoğul doğum halinde bu sürelerin otuzar gün artırılacağı belirtilmiştir. Ardından engelli çocuklara ilişkin düzenleme yapılmıştır. Daha açık söyleyişle otuz günlük artırım hükmü engelli çocukları kapsayacak şekilde düzenlenmemiştir. Bunun bir unutkanlık mı yoksa bilinçli bir tercih mi olduğu ise açık değildir. Ancak kanaatime göre kanun koyucu uzun bir süre boyunca ödenek ödenmesini öngördüğü için bu durumda ayrıca bir artırım olasılığını düzenlememiştir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Kanuna göre yarım çalışma ödeneğinin süresi 4857 sayılı Kanunun 63. maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır. Bu hükmü yarım çalışma ödeneğinin ödeneceği sürenin haftalık çalışma süresinin yarısı biçiminde değil de, ödeneğin her hafta için o haftanın tamamını değil, yarısını karşılayacak şekilde ödeneceği biçiminde anlamak gerekir. Gerçekten haftanın yarısında sigortalı fiilen çalışacak ve primleri işverenince ödenmiş/bildirilmiş olacak, Kurum da haftanın diğer yarısı için ödenek ödeyecektir. Bu durumda Kurum her ne kadar örneğin ilk doğumda 60 gün ödenek ödeyecek gibi görünse de esasında sigortalıya 30 günlük asgari ücret tutarında ödenek ödemiş olacaktır.

d) Ödeneğin miktarı ve ödenmesi

Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır. Dolayısıyla bu konuda sigortalının prime esas kazancı herhangi bir önem taşımamaktadır. Ayrıca bu ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz (Ek. m.5/1, c.6).

Yarım çalışma ödeneği, çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde Fondan aylık olarak ödenir (Ek m.5/1). Ayrıca Kanuna göre, geçici işgöremezlik ödeneği almaya hak kazananlara, bu durumlarının devamı süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenmez. Herhalde bu hüküm sigortalının ödeneğe hak kazanması için fiilen çalışmış olması gerekliliğinin bir sonucudur. Kanaatimize göre hükmü sigortalının bu sırada Kurumdan zaten ödenek alıyor olması ile ilişkilendirmemek gerekir. Zira sigortalı bu sürede haftanın yarısında çalıştığı için alacağı geçici işgöremezlik ödeneği de azalacaktır. Dolayısıyla yarım çalışma ödeneği ödenmemesi sigortalı için gelir kaybı anlamına gelecektir.

İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan yersiz ödemeler kanuni faiziyle birlikte işverenden tahsil edilir (Ek. m.5/1, c.8).

e) Ödenek sırasında sigortalı adına prim ödenmesi

Yarım çalışma ödeneğinden yararlanan sigortalılar için, 5510 sayılı Kanununun 82. maddesinde belirtilen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden aynı Kanununun 81. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (f) bentleri uyarınca toplam %32,5 oranında sigorta primleri işçi ve işveren payları doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenen gün sayısı kadar Fondan Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenir (Ek. m.5/2, c.1).

Düzenlemeyle bu sürede sigortalının hem genel sağlık sigortasından yararlanması sağlanmış olmakta hem de malul-

lük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından herhangi bir hak kaybı yaşanmaması amaçlanmıştır. Gerçi Türkiye İş Kurumu bu sürede sigortalının gerçek prime esas kazancı üzerinden değil de asgari ücret üzerinden prim ödeyeceği için sigortalının aylığa esas kazancında bir miktar düşüklük olabilecektir. Buna karşılık prim gün sayısından herhangi bir eksiklik olmayacaktır.

Son olarak belirtelim ki, Kanuna göre, Kurum 5510 sayılı Kanun kapsamında prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte işyeri ve işveren sayılmaz ve bu kişiler için işe giriş ve çıkış bildirimini yapılmaz (Ek. m.5/2, c.2).

Sonuç olarak, ben bu düzenlemelerin isabetli olduğu kanaatindeyim. Batı hukukundaki gibi ileri hakların ülkemizde de düzenlenmesi doğrudur. Ama kapsam ve koşullarının yasada açık ve net olarak düzenlenmesi, hangi işverenler bu kapsamda olacak? Çok küçük işverenleri bu kapsama almamak herhalde daha isabetli olurdu diye düşünüyorum ve ne zaman nasıl kullanılacağına ilişkin konuların da yasada açıkça düzenlenmesi, olası uyuşmazlıkları ve bununla bağlantılı olarak uygulamada hep şunlar söyleniyor. Bu kadın istihdamını azaltacak bir hükümdür deniyor. Ben buna çok da katılmıyorum. Bizim zihniyetimizi değiştirmemiz gerekiyor o zaman diye düşünüyorum. Ama hakikaten sınırlar çizilseydi, daha makul çerçevede belirlenseydi, çok daha menfaatler uyuşturuldu diye düşünüyorum.

Sabrınız için teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Halil ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Sayın Nursen Caniklioğlu Hocamıza, bu dar zamanda sunumunu yapmaya çalışıp, başarılı bir sunum yaptığı için teşekkür ediyoruz.

Şimdi konuğumuz sosyal güvenlik hukukunda hizmet tespit davalarını Ufuk Aydın Hocam sunacak. Yasal düzenlemesi sosyal güvenlik hukukunda 4/1.a kapsamında olanları seçmiş tahminim. Yasal düzenlemesi yasada bir cümlelik düzenleme var. Ama dünya kadar sorun oluşturuyor bu bir cümlede düzenlemek. Şimdi Ufuk Hocam 20 dakikalık bir sürede bu sorunları toparlamaya çalışacak. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Ufuk AYDIN (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Sayın Başkan çok teşekkür ediyorum. Burada bulunmaktan çok mutlu olduğumu ifade edeyim. Türkiye Barolar Birliğine, TÜRK-İŞ HAK-İŞ ve DİSK konfederasyonlarına da tekrar teşekkür edeyim.

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA HİZMET TESPİTİ DAVALARI

*Prof. Dr. Ufuk AYDIN**

1. Genel Olarak

Türk sosyal güvenlik hukuku uygulamasının önemli sorunlarından birisi kayıtdışılıktır. Sosyal sigorta ilişkisinin kurulamamasına veya kesilmesine neden olan kayıtdışılıkla mücadelede başvurulacak çözüm yollarından bir tanesi sigortalı hizmetlerin idari ya da yargısal yolla sonradan tespit edilmesidir. Aslen sosyal sigortanın zorunlu olması karşısında sigortalı hizmetlerin sonradan tespiti önemli bir gereksinimdir. Doğrusu zorunlu sigorta çerçevesinde kişilerin sisteme girmeleri, kendileri için prim bildirilmesi ve ödenmesi; dolayısıyla herhangi bir kesintinin yaşanmamasıdır. Durum bu olmakla beraber, maalesef ülkemizde bu ilişkinin hukuka uygun biçimde kurulamaması ve kayıtdışılık sigortalı hizmetlerin sonradan tespitini zorunlu kılmaktadır.¹ Bu gerçeğe uygun biçimde 5510 sayılı Kanunda kayıtdışı istihdama karşı idari para cezası yanında sigortalı hizmetin sonradan tespiti de öngörülmüştür. Sigortasız (kayıtdışı) çalıştırma; ya işyerinin Kuruma hiç bildirilmemesi veya işyeri bildirilmekle birlikte sigortalının işe giriş bildirgesinin ve buna bağlı olarak da aylık hizmet ve prim belgelerinin verilmemesi şeklinde ortaya çıkabilir.² Öte yandan

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Ali Nazım SÖZER, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, B.2, İstanbul, 2015, s.453; Murat ÖZVERİ, "Yargı Kararları ve Sigortalı Hizmetlerin Tespiti", 7. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu, Denizli, 2015 (www.sosyalhaklar.net/2015/bildiriler/ozveri.pdf), s.224; Kadir ARICI, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara, 2015, s.480; Can TUNCAY-Ömer EKMEKÇİ, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, B.17, İstanbul, 2015, s.251; Ali GÜZEL-Ali Rıza OKUR-Nurşen CANIKLIOĞLU, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, B.15, İstanbul, 2014, s.334; Coşkun SARAÇ, "Sigortalı Hizmetleri Hükmen Tespiti", Osman Güven ÇANKAYA'ya Armağan, Ankara, 2010, s.453.

² TUNCAY-EKMEKÇİ, s.251.

sigortalının prim ödeme gün sayısının eksik gösterilmesi ya da prime esas kazancının düşük bildirilmesi sonradan gerçek durumun tespitini gerektirebilir.

SGK verilerine göre 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten 15 Şubat 2016 tarihine kadar geçen sürede açılan hizmet tespiti davası sayısı 55.352'dir. Bunlardan 7211 tanesi sigortalılık başlangıcının, 38398 tanesi sigortalılık sürelerinin (prim ödeme gün sayılarının) tespitine ilişkindir. Aynı tarihe kadar kesin karar verilen dosya sayısı 9.885'dir. 2015 yılında 1.868 dosyada verilen karar kesinleşmiştir. Hakkında karar verilen dosyalardan 4.075'i Kurum (işveren) aleyhine, 1.870'i Kurum (davalı) lehine sonuçlanmış; 2.072 dosya ise kısmi kabul kararı ile sonuçlanmıştır. SGK'nın 6552 sayılı Kanun değişikliği öncesi yaptığı hesaplara göre, bir hizmet tespiti dava dosyasının Kuruma ortalama maliyeti 6.054 TL'dir³. Bütün bunlar göstermektedir ki, hizmet tespiti davaları sosyal sigorta hakkına ilişkin önemli bir sorunu oluşturmakta; hem yargının, hem sigortalılar ve işverenlerinin, hem de Kurumun zaman, emek ve maddi kayıplarına yol açmaktadır.

Tebliğimizin ana konusunu sigortalı hizmetlerin yargı yoluyla tespiti oluşturmaktadır. Ancak sosyal güvenlik hukuku sistemimizde hizmet tespiti idari yolla da gerçekleştirilebilmektedir. Bu çerçevede önce kısaca sigortalı hizmetlerin idari yolla tespitine değinilecek, sonrasında da hizmet tespiti davalarına ayrıntısıyla yer verilecektir.

2. Sigortalı Hizmetlerin Tespiti

A. Sigortalı Hizmetlerin İdari Yolla Tespiti

5510 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanunla değişik 86/7. maddesine göre "Kurumun denetim ve kontrole görevlendirilmiş memurlarınca fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri

³ SGK'nın 17.02.2016 tarihli 01-hizmet tespiti kodlu sistem çıktısı ve SGK'nın 05.05.2016 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirdiği "Hizmet Tespit Davalarına İlişkin Yargı Kararları Ekseninde Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamalarına Yeni Yaklaşımlar" Çalıştayında Kurumca sunulan veriler.

kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligatlara rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir". Bu işlem, sigortalılığın ve buna bağlı olarak, sigortalı olarak geçmiş hizmetlerin Kurumca tespiti anlamına gelmektedir. Kurumun bu şekilde re'sen belge düzenleyebilmesi için sigortalının ismen belirlenmiş olması gerekir⁴.

Kanuni düzenlemeye göre, "Kurumun denetim ve kontrole görevli memurlarınca işyerinde fiilen yapılan tespitlerden veya kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden kayıt ve belgelere dayanmaksızın çalıştığı belirlendiği halde, hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının Kuruma bildirilmediği veya eksik bilgi verildiği anlaşılan sigortalıların geriye yönelik hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının, en fazla tespit yapıldığı tarihten geriye doğru bir yıllık süreye ilişkin kısmı dikkate alınır" (m.86/8).⁵ Bu düzenlemenin isabetli olduğunu kabul etmek güçtür. Söz konusu hükmün temel amacı sigortasız çalıştırmanın önlenmesi olduğuna göre Kurumca re'sen tespit her hangi bir süre sınırının olmaması yerinde olurdu. Her ne kadar Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde 2012'de yapılan değişiklikle Kurumun sigortalı çalışmayı re'sen tespitinde bir yıllık süreyi aşan hizmetlerin de (her zaman düzenlenebilir nitelikte olmayan kayıt ve belgelerle kanıtlanmak şartıyla) dikkate alınacağı öngörülse de (m.26/2), Kanuna aykırı Yönetmelik hükmünün hukuka uygunluğu tartışılabilir niteliktedir⁶.

⁴ GÜZEL-OKUR-CANİKLİOĞLU, s.334; Mehmet BULUT "Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları", TBB Dergisi, 2011/97, s.98.

⁵ Bkz. ve Karş. 506 sayılı Kanun m. 79/7; söz konusu hükme göre fiili tespit, işyeri kayıtları yada Kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge yada bilgilerden hareketle sigortalılığın Kurumca tespit edilebileceği düzenlenmekte ve bu konuda herhangi bir süre sınırlaması öngörülmemektedir.

⁶ BULUT, s.98; GÜZEL-OKUR s.334-335.

Özetle, sigortalı hizmetlerin sonradan Kurumca re'sen tespitinde bir yıldan daha fazla sürelerle ait tespitler Kanun gereği hizmet olarak değerlendirmeye alınamayacak, söz konusu süreler için aşağıda inceleyeceğimiz üzere yetkili mahkemede hizmet tespiti davası açılması gerekecektir⁷.

B. Sigortalı Hizmetlerin Yargı Kararı İle Tespiti

Sigortalılar ile bunların işverenleri hakkında sigorta hak ve yükümlülüklerinin sigortalının işe alındığı tarihten başlayacağına ilişkin uygulama sigortalının kayıt altına alınabilmesiyle mümkündür. Hizmetleri Kurum kayıtlarında görülmeyen kişiler Kurum hizmetlerinden yararlanamaz. Bu nedenle bildirim sigortalının Kurumun sağladığı hizmetlerden yararlanması için bir ön koşul olup son derece önemlidir⁸.

İşverenin işyeri bildirgesini, sigortalı işe giriş bildirgesini ve aylık prim ve hizmet belgesini vermesi bu bildirim gerçeğeleşmesi anlamına gelir ve böylece kayıtdışı çalışma engellenmiş olur. Anılan ilk iki bildirim verilmemiş durumda sigortalı tamamen kayıtdışı kalmakta; sonuncusu eksik veya içeriği yanıltıcı olarak düzenlendiğinde ise kısmi kayıtdışılık denilebilecek bir durum ortaya çıkmaktadır. Hizmet tespiti davalarıyla kısmen ya da tamamen kayıtdışı kalanlara bu durumu telafi imkânı sağlanmaktadır⁹. Kuruma bildirilmeyen sigortalıların sosyal güvenlik haklarının korunması için yıllar sonra dahi olsa mahkemeye başvurabilme (dava açabilme) imkânına, sigortalılığın hükmen tespiti (hizmet tespit davası) denilmektedir¹⁰.

Hizmet tespiti davalarının yasal dayanağını 5510 sayılı Kanununun 86. maddesinin 9. fıkrası oluşturmaktadır. Söz konusu hükme göre; *“Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl*

⁷ BULUT, s.98.

⁸ Halil YILMAZ, “Yargıtay Kararları Işığında Sigortalı Hizmetlerin Tespiti Davalarında Süre”, Çimento İşveren Dergisi, C.30, S.2, Mart 2016, s.11.

⁹ SÖZER, s.453-454; YILMAZ, s.11.

¹⁰ SARAÇ, s.453; ARICI, s.481; YILMAZ, s.11.

içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır”.

Sigortalının Kuruma bildirilmeyen geçmiş hizmetlerinin tespiti için işverene karşı açılan, Kurum’a da ihbarda bulunulan bu dava yeni bir durumu ortaya koymamakta, mevcut durumun tespitini sağlamaktadır. Bu nedenle, bu dava bir “olumlu tespit davası” niteliğini taşımakta, uygulamada “hizmet tespiti davası” olarak adlandırılmaktadır. Hizmet tespiti davasının amacı sigortalıların hizmetlerinin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır¹¹. Dava sonucunda sigorta primine esas matrah ve sigorta prim ödeme gün sayılarının belirlenmesiyle dava amacına ulaşılmış ve hak gerçekleşmiş olur¹².

a) Hizmet Tespiti Davasında Yetkili ve Görevli Mahkeme

Hizmet tespiti davası 5510 sayılı Kanunun uygulanmasından doğan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğundan yetkili ve görevli mahkemenin belirlenmesinde aynı Kanunun 101. maddesi uygulanır. Söz konusu hükme göre “*Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür.*” hükmü gereği görevli mahkeme iş mahkemesidir.

Yetkili mahkemeye gelince; 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesine göre, “İş mahkemelerinde açılacak her davaya, açıldığı tarihte dava olunanın ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir.”

5521 sayılı Kanunda 6552 sayılı Kanunla değişikliğe gidilmeden önceki dönemde hizmet tespiti davalarının davalıları arasında SGK da yer aldığından, Kuruma karşı açılacak davalarda

¹¹ GÜZEL-OKUR-CANIKLIOĞLU, s.337; SÖZER, s.454; TUNCAY-EKMEKÇİ, s.252; YILMAZ, s.11.

¹² SÖZER, s.456.

yetkili mahkemenin belirlenmesinde sorun yaşanmıştır. Ancak aşağıda inceleneceği üzere, 6552 sayılı Kanun değişikliğinden sonra SGK davalı olmaktan çıkıp fer'i müdahil haline geldiğinden, kanımızca artık bu tartışmaların anlamı kalmamıştır. Sonuç olarak, hizmet tespiti davalarında görevli mahkeme iş (sosyal güvenlik) mahkemesi, yetkili mahkeme ise 5521 sayılı Kanunun 5. maddesine göre belirlenen mahkemedir.

İş mahkemelerince verilen kararlara karşı ise Yargıtay'da (10. ve 21. HD) temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz yoluna başvurma süresi karar yüze karşı verilmişse tefhim, yoklukta verilmişse tebliğ tarihinden itibaren 8 gündür¹³.

b) Hizmet Tespiti Davasının Tarafları

Hizmet tespiti davasının yasal dayanağı, yukarıda da ifade edildiği gibi, 5510 sayılı Kanunun 86/9. maddesi hükmüdür. Maddenin başlığı "*Prim Belgeleri ve İşyeri Kayıtları*" olup madde başta işverenin Kuruma yönelik yükümleri olmak üzere, işveren ile SGK arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bahsi geçen 9. fıkrada sigortalılar ve işverenden bahsedildiği için davanın davacısının sigortalı, davalısının ise işveren olduğu söylenebilir. 6552 sayılı Kanunla 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun değiştirilen 7. maddesi hükmüne göre "*Hizmet akdine tabi çalışmalarını nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda...*" ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda hizmet tespiti davasının davacısının işçi, davalısının ise işveren olduğu açıktır¹⁴.

Öte yandan 5510 sayılı Kanunun m. 86/9 hükmü "... işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılardan" söz ettiği için işveren tarafından çalıştırılan kamu

¹³ BULUT, s.95-96; SARAÇ, s.457-458.

¹⁴ Murat ATALI, "Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C16, Özel Sayı, (Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan), 2014, s.639; SARAÇ, s.459-460.

görevlileri de hizmet tespiti davası açabilecektir¹⁵. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, kamu kurumlarında kayıt dışı personel çalıştırılması söz konusu olmadığı için kamu görevlileri bakımından bu davanın açılma ihtimali, bazı idari hatalar dışında, pek de bulunmamaktadır. Ancak yukarıdaki hüküm dikkate alındığında, kamu görevlilerinin de hizmet tespiti davasını açma haklarının bulunduğunu kabul etmek gerekir¹⁶. Düzenleme kapsamında bulunmamakla beraber uygulamada gereksinim duyduklarında bağımsız çalışanların da, özellikle "...çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar..." ifadesinden hareketle hizmet tespiti davası açtıklarına şahit olunmaktadır¹⁷.

Ekleyelim ki, her durumda 5510 sayılı Kanununun 6. maddesinde yer alan "sigortalı sayılmayanların" hizmet tespiti davası açma haklarının bulunmadığı kabul edilmelidir¹⁸.

Şu halde, istisnalar bir yana bırakılırsa hizmet tespiti davalarının davacısı hizmet akdiyle çalışan sigortalılardır. Bu sigortalıların ölmesi halinde ise, murisin hayattayken hizmet tespiti davası açma süresini kaçırmamış olması koşuluyla, mirasçılarının da hizmet tespiti davası açma hakları bulunmaktadır¹⁹. Yargıtay da bu görüştedir²⁰.

Hizmet tespiti davasının davalısına gelince; 5521 sayılı Kanununun, 6552 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde

¹⁵ Yargıtay bir çok kararında taraflar arasındaki ilişkinin niteliğinin belirlenmesine özel bir önem atfetmekte çıraklık eğitimi görmeyi (Yarg. 10. HD. T.02.04.2015, E. 2015/2020, K. 2015/6307; Yarg. 10.HD. T. 30.01.2015, E.2014/26434, K.2015/1716), işin hasılat kirası ilişkisine dayanmasını (Yarg. 10. HD. T.30.01.2015, E. 2014/26435, K. 2015/1649), istisna sözleşmesiyle çalışmayı (Yarg. 10. HD. T. 02.06.2015, E.2015/4259, K. 2015/10844) hizmet tespiti davası açılacak iş ilişkileri arasında değerlendirmemektedir.

¹⁶ SÖZER, s.459.

¹⁷ YILMAZ, s.11; SÖZER, s.458; ARICI, s.480; SARAÇ, s.459.

¹⁸ SARAÇ, s.460; YILMAZ, s.11; SÖZER, s.454.

¹⁹ BULUT, s.98; YILMAZ, s.17; GÜZEL-OKUR-CANİKLİOĞLU, s.340; TUNCAY-EKMEKÇİ, s.258.

²⁰ Örneğin bkz. Yarg.21.HD., 09.03.2009, E.2008/4572, K.2009/3399, (www.kazanci.com).

dava sonrasında verilen ilam doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olacağından, Kurumun da davalı olduğu/olması gerektiği kabul edilmekteydi. Yargıtay, hizmet tespit davalarında, bazı ayırık kararları olmasına rağmen, değişiklik öncesi son dönemde davanın işverenle birlikte Kuruma karşı da açılmasının zorunlu olduğunu belirterek, davanın salt işverene açılmış olması halinde husumetin Kuruma da yöneltilmesi için davacıya mehil verilerek Kurumun davaya dâhil edilmesi gerektiği yönünde karara varmıştır²¹. Durum bu olmakla beraber, 6552 sayılı Kanunun 5521 sayılı Kanunda yaptığı değişiklikle Sosyal Güvenlik Kurumunun hizmet tespiti davalarında davalı olma niteliği ortadan kalkmıştır. 6552 sayılı Kanunla değişik 5521 sayılı Kanunun 7. maddesinin 4. fıkrasına göre *“Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında fer’i müdahil olarak katılan Kurum...”* ifadesi ile hizmet tespiti davasında Kurumun fer’i müdahil sıfatı taşıdığı açıkça belirtilmiş ve fer’i müdahil davalı olmadığından hizmet tespiti davalarının davalısı sadece işveren haline gelmiştir²².

c) Hizmet Tespiti Davası Açma Süresi

5510 sayılı Kanunun 86/9. maddesi hükmüne göre aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.

Bu hükümden de anlaşılacağı gibi, 5510 sayılı Kanun hizmet tespiti davasının 5 yıllık süre içinde açılacağını ve sürenin ne zaman başlayacağını açıkça düzenlemiştir. Dolayısıyla sigortalılar hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5

²¹ Yarg.HGK, T.14.04.2004, E. 2004/21-226, K. 2004/223 (www.kazanci.com)

²² ATALI, s.639 vd; bkz. ve karşı. SARAÇ, s.465.

yıl içinde iş mahkemesinde dava açarak çalışmalarının tespiti isteyebileceklerdir. Mülga 506 sayılı Kanunda da yer alan aynı ifadeye göre, dava açma süresinin başlangıcı çalışma ilişkisinin son bulunduğu tarih değil, ilişkinin son bulunduğu yılın sonundan başlayarak 5 yıldır. Böylece süre fiilen 5 yılı aşabilir hale gelmektedir. Örneğin; Nisan ayında sona eren hizmete ilişkin hizmet tespiti davasının süresi o yılın 31 Aralık tarihinden başlayarak 5 yıl olacak, hizmetin son bulunduğu tarihten ise fiilen 5 yıl 8 ayı dahi geçebilecektir²³. Ekleyelim ki, sigortalının çalışmasını sürdürmekteyken dahi hizmet tespiti davasını açmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır²⁴.

5510 sayılı Kanununun 86/9. maddesinde sigortalının sahip olduğu tespit davasını açma hakkına, mirasçılardan sahip olup olmadıkları konusunda bir açıklık yoktur. Buna karşın maddenin amacına göre yorumundan sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin de bu davayı açabilecekleri kabul edilmektedir. Bu durumda 5 yıllık sürenin, sağlığında dava açma süresini geçirmemiş olması şartıyla, murisin ölüm tarihinde başlayacağı kabul edilmektedir²⁵.

Anılan 5 yıllık süre Kanun ve yönetmelikte tespit edilen belgelerin (aylık prim ve hizmet belgesi ve ekleri) işveren tarafından verilmemesi halinde ya da çalışmaları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar için geçerlidir. Başka bir ifadeyle bu süre, Kurumun sigortalıdan haberdar olmadığı, bildirimsiz kalan çalışmalar yönünden geçerlidir. Yoksa aylık prim ve hizmet belgesinin Kuruma verilmesi ya da çalışmaların Kurumca tespit edilmesi halinde Kurumca bilgi sahibi olunan çalışmalar bakımından 5 yıllık sürenin geçtiğinden söz edilemez²⁶. Yargı-

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER, s.455; SARAÇ, s.465vd.; TUNCAY-EKMEKÇİ, s.255 vd.; GÜZEL-OKUR-CANIKLIOĞLU, s.336vd.; BULUT, s.96 vd.; YILMAZ, s.13; Ayrıca bkz. Meltem NİZAMOĞLU ÖZTÜRK, "Hizmet Tespiti Davalarında Kesintili Çalışma Olgusu ve Hak Düşürücü Süre", İzmir Barosu Dergisi, S.3, Temmuz, 2010, s.79.

²⁴ YILMAZ, s.13.

²⁵ TUNCAY-EKMEKÇİ, s.258; GÜZEL-OKUR-CANIKLIOĞLU, s.340; SÖZER, s.457.

²⁶ Yarg. 21.HD., T.10.12.1996, E.6785, K.6844, Yargıtay Kararları Dergisi, Mayıs 1997, s.779; TUNCAY-EKMEKÇİ, s.255, ÖZVERİ, s.252; GÜZEL-

tayın süreklilik kazanmış kararlarına göre ise, müfettiş raporlarıyla çalışma tespit edilmişse, asgari işçilik tespiti yapılmışsa, işverenin sigorta primini kestiğini gösteren ücret tediye bodrosu mahkemeye sunulmuşsa, işe giriş bodrosu verilmiş ama sigorta primi SGK'ya intikal ettirilmemişse veya işçilik haklarına ilişkin kesin hüküm niteliği taşıyan yargı kararı varsa hizmet tespiti davasında sürenin geçtiğinden bahsedilemez²⁷.

Kanunda yer alan sürenin niteliği, özellikle hakkın sona erip ermediği, sorumluluk ve savunma sebepleri, def'i veya itiraz mı olduğu, dolayısıyla hakimce resen dikkate alınıp alınmayacağı bakımından önem taşır. Kanun hizmet tespitine ilişkin 5 yıllık süre öngörmüş olmasına rağmen bunun niteliği konusunda herhangi bir açıklık getirmemiştir. Görüş ayrılıklarına yol açan bu husus aşağıda ayrıntısıyla incelenecektir.

d) Davanın Konusu

Hizmet tespiti davası bir tespit davası olması sebebiyle daha önce kesinleşmiş bir hüküm bulunan uyuşmazlıklarda açılmaz. Başka bir ifadeyle, aynı uyuşmazlık yeniden dava konusu yapılamaz. O yüzden ki, bir hizmet tespiti davası açılabilmesi için daha önce açılmış ve kesinleşmiş aynı nitelikte bir davanın bulunmaması gerekir.²⁸ Öte yandan tespit davasının açılmasında davacının hukuki yararının da bulunması gerekir. Davada esasen ihlal veya tecavüz edilen bir hakkın korunması istenmektedir. Dolayısıyla böyle bir ihlal veya tecavüz yoksa hukuki yarardan da söz edilemez²⁹. Yargıtay'a göre, Kuruma bildirilmiş, prim ve hizmet belgesi verilmiş olan hizmetler bakımından tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur³⁰.

OKUR-CANIKLIOĞLU, s.337; YILMAZ, s.13.

²⁷ Yarg. 21.HD., T.12.02.2015, E. 2014/3245, K.2015/2326 (www.kazanci.com); BULUT, s.97.

²⁸ SARAÇ, s.455; BULUT, s.100.

²⁹ SARAÇ, s.455-456;

³⁰ Yarg. 10. HD.T. 03.05.1988, E. 1988/2991, K. 1988/3030 (Kamu İş D. S.5, 1988, s.29).

Genel olarak belirtmek gerekirse, hizmet tespiti davasının konusunu işverene ait işyerinde geçen ve sigortalı olduğu (olması gerektiği) halde Kuruma bildirilmeyen çalışma sürelerinin (prim ödeme gün sayılarının) tespiti oluşturmaktadır. Bununla birlikte bu davada Kurumca primlerin tahsili ve ayrıca sigortalıya Kurumca sağlanacak aylıkların tespiti açısından bildirilmeyen prime esas kazançların da dava konusuna dahil edilmesi gerekir³¹. Zira açılan bir hizmet tespit davasının uygulama yeteneğine sahip olabilmesi için sigortalının ne kadar ücretle ve kaç gün çalışmış olduğunun bilinmesi gerekir. Böylece sigorta primine esas matrah ve prim ödeme gün sayıları belirlendiğinde dava sonuca ulaşmış olacaktır³². Buna karşın, ücretin ödenmemesi sebebiyle İş K. m. 34 çerçevesinde işi bırakmış olan sigortalının, bu dönem için fiilen çalışma olmadığından hizmet tespiti talebi mümkün olamayacaktır³³.

Hizmet tespiti davası çalışma ilişkisine dayalı bir sosyal sigorta ilişkisinin varlığının saptanmasına yöneliktir. Bu ilişki içinde kısa ve uzun vadeli sigortalar yanında genel sağlık sigortası ve işsizlik sigortası da yer almaktadır. Bu nedenle hizmet tespiti davalarında tüm sigorta kolları bakımından prime esas kazanç ve buna dayalı prim ödeme gün sayılarının da belirlenmesi ve dava sonrası tahsili gerekir.

Hizmet tespiti davalarında sigortalının çalışma olgusunun ispatı her türlü delille gerçekleştirilebilir. Bu deliller yazılı olabileceği gibi tanık beyanlarını da kapsar. Yargıtay birçok kararında, sigortalı işe giriş bildirgesinin verilmesini yeterli görmemekte, davanın kabulü için eylemli çalışmanın tespitini aramaktadır. Yargıtay'a göre, hizmet tespitine ilişkin kararlar kamu düzenini ilgilendirdiği için özel duyarlılıkla ve özenle yürütülmeli; bu tür davalarda öncelikle davacının çalışması-

³¹ SARAÇ, s.465-466.

³² SÖZER, s.456 .

³³ Tankut CENTEL; "Ücreti Ödenmediği İçin Çalışmamış Olan Sigortalının Hizmet Tespiti İsteği", SİCİL, Aralık, 2007, s.178 vd. (Yarg.10.HD. T. 24.09.2007, E.2007/7349, K.2007/14363, s.Karar incelemesi)

na ilişkin belgelerin işverence verilir vermediği ya da Kurumca tespit edilip edilmediği yöntemince araştırılmalıdır. Bu koşullar oluşmuşsa işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı, Kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı; bu belirlemelerden sonra ise çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır³⁴.

Yargıtay'a göre; "Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilirse de çalışmanın konusu, sürekli/kesintili veya mevsimlik mi olduğu, başlangıç ve bitiş tarihleri ve alınan ücret konularında tanıkların sözleri değerlendirilirken bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, işveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri, bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli ve tanıklar buna göre isticvap olunmalı, işyerinin kapsam, kapasite ve niteliği ile bu beyanlar kontrol edilmeli, mümkün oldukça işyerinin müdür, amir, şef, ustabaşı ve posta başı gibi görevlileri ve o işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde bu yeri bilen ve tanıyanlar dahi dinlenerek tanık beyanlarının sağlığı denetlenmeli ve çalışma olgusu böylece hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak sağlıklı bir biçimde belirlendikten sonra ücret konusu üzerinde durulmalı, tespiti istenilen sürenin evvelinde ve sonrasında beyyine başlangıcı sayılabilecek ödeme belgeleri ve sair bu nitelikte bir belge yoksa Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun m. 288'de yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarında yazılı delil aranmalı, bu sınırlar altında kalan ücret alma miktarları tanıklardan sorulmalı, (506 sayılı Yasa'nın 3/B-D maddeleri ile 5510 sayılı Yasa'nın 6/a-c maddelerinde de olduğu gibi) ücretin sigortalı sayılmanın koşulu olan durumlarda ücret alma olgusunun var olup olmadığı özellikle saptanmalıdır. Bu davalarda işverenin kabulünün tek

³⁴ Yarg. HGK., T.16.09.1999, E. 1999/21-510, K.1999/527; Yarg.HGK., T.30.06.1999, E. 1999/21-549, K. 1999/555; Yarg. HGK., T.30.11.2004, K. 2004/10-480, K.2004/579; Yarg. 21. H.D. T.05.11.2015, E.2014/26659, K.2015/19469. (www.kazanci.com); Ayrıca bkz., ÖZVERİ, s.246-247; BULUT, s.101;

başına hukuki bir sonuç doğurmayacağı göz önünde tutulmalıdır³⁵. Ekleyelim ki, Yargıtay Kamuya ait işyerlerinde mahkemelerden özel bir titizlik beklemekte ve yazılı belgelere ağırlık verilmesini istemektedir³⁶.

e) Karar ve Kararın İcrası

Hizmet tespiti davaları, ayrık birkaç durum hariç, hukuk davalarının tabi olduğu genel ilkelere ve giderek HMK.m.294 ve devamında yer alan hükümlere tabidir. Bu çerçevede, hüküm veren mahkemenin talebi aşarak sigortalının talep etmediği dönem için hizmet tespitine ya da talep bulunmamasına rağmen yeni prime esas kazanç tespitine karar vermesi³⁷ bozma sebebidir. Hakim, tespit davalarında da ilke olarak taleple bağlıdır. Sigortalının açtığı dava sonunda mahkeme taleple bağlı kalarak sigortalı hizmetlerinin ve prime esas kazançların ya da bunlardan davacı tarafından talep edilmiş olanına karar verecek veya davayı reddedecektir.

SGK, sigortalılar hakkında gerekli işlemleri ve primlerin tahsilini, verilen prim ve hizmet belgeleri vasıtasıyla yerine getirebildiğinden; ilam, verilmeyen prim ve hizmet belgelerinde (5510 s. K. m.86) bulunması gereken bilgileri içermek zorundadır. O yüzden ilamda çalışılan günler ve prime esas kazanç tutarları açıkça gösterilmelidir³⁸. Yargıtay'a göre, mahkeme kara-

³⁵ Yarg. 21.HD., T.14.06.2012, E.2010/13708, K. 2012/11304; Ayrıca bkz. (aynı yönde)Yarg. 21. HD. T.23.03.2015, E. 2014/8915, K.2015/5843; Yarg. 21. HD. T. 19.02.2015, E. 2014/25805, K. 2015/2904; Yarg. 21. HD. T. 12.03.2015, E.2014/25644, K. 2015/5100; Yarg. 21. HD. T. 24.02.2015, E. 2014/25213, K. 2015/3355; Yarg. 10. HD. T. 12.01.2015, E. 2014/23506, K. 2015/2; Yarg. 10. HD. T. 01.06.2015, E. 2015/8244, K. 2015/10474; Yarg. 10. HD. T. 16.03.2015, E. 2014/26763, K. 2015/4731, (www.kazanci.com).

³⁶ Yarg. 21. H.D. T.10.02.2015, E.2014/22527, K.2015/2119; Yarg. 21. H.D. T. 19.02.2015, E.2014/24833, K.2015/2815, (www.kazanci.com).

³⁷ Yarg. 10. HD.T. 13.2.2015, E. 2014/26896, K. 2015/2236; Yarg. 21. HD.T. 15.12.2015, E. 2015/17901, K.2015/22653; Yarg. 21. HD.T.29.01.2015, E. 2014/14746, K. 2015/1610; Yarg. 21. HD.T. 10.2.2015, E. 2014/12089, K. 2015/2099 (www.kazanci.com)

³⁸ SARAÇ, s. 483; GÜZEL-OKUR-CANIKLIOĞLU, s. 351; TUNCAY-EKMEKÇİ, s. 265; SÖZER, s. 457; ÖZVERİ, s. 254; BULUT, s. 102.

rının sonuç kısmında davacının taleplerinin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan haklar sıra numarası ile açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmelidir. Hükümlerin çelişkiden uzak ve infaza elverişli olması kamu düzeniyle ilgili olup, bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Hükümün infaz kabiliyetinin bulunmaması ve bu özellikleri taşımaması bozma sebebidir³⁹.

Mahkeme kararı üzerine ve kararın gereği olarak tespit edilen hususlar ve tescil işlemleri Kurumca resen yapılır. Başka bir ifadeyle, kararda belirtilen aylık kazanç toplamları ve prim ödeme gün sayıları SGK tarafından dikkate alınır. Söz konusu sürelerle ilişkin sigorta primine esas kazanç tutarları üzerinden hesaplanacak prim tutarları ile 5510 sayılı Kanun m.89 uyarınca hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı işverenden tahsil edilir. Buna ek olarak belge verme yükümü süresi içinde yerine getirilmediğinden işveren aleyhine idari para cezası da uygulanır⁴⁰.

5510 sayılı Kanununun 88/15. maddesi gereği Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanununun (AATUHK) ilgili hükümleri uygulanır. Kurum bu çerçevede tespit kararının icrası amacıyla teminat isteme (AATUHK.m. 9-12), ihtiyati haciz (AATUHK.m. 13 vd.), ihtiyati tahakkuk (AATUHK.m. 17) gibi yöntemlere başvurabileceği gibi; işverenden mal bildiriminde bulunmasını isteyebilecek, AATUHK.m.27 vd. çerçevesinde işverence yapılmış bazı tasarruf ve muamelelerin iptali, ortaklığın feshinin talebi gibi işlemlere gidebilecektir. Ayrıca, primlerin tahsilinde Kurum alacaklarının rüçhan hakkına sahip olması ve devralanın sorumluluğunun işletilmesi de söz konusu olabilecektir⁴¹.

³⁹ Yarg. 10. HD.T. 09.11.2015, E. 2015/21178, K. 2015/18810; Yarg. 21. HD.T. 12.02.2015, E. 2014/4636, K. 2015/2404; Yarg. 21. HD.T. 26.11.2015, E. 2015/18874, K. 2015/21085 (www.kazanci.com).

⁴⁰ BULUT, s. 102; TUNCAY-EKMEKÇİ, s. 265; GÜZEL-OKUR-CANİKLİ-OĞLU, s. 351.

⁴¹ BULUT, s. 104-108.

İdari para cezası boyutuyla ise Kurumun hem sigortalılık tesciline bağlı olarak ve hem de prim belgelerinin verilmemesi nedenine dayalı olarak 5510 sayılı Kanun m.102 çerçevesinde uygulamaya gitmesi mümkündür. İdari para cezalarına esas asgari ücretin ise, cezanın Kurumca tahakkuk ettirildiği tarihteki asgari ücret olması gerekir⁴².

f) Hizmet Tespiti Davasında Karşılaşılan Uygulama Sorunları

Hizmet tespiti davaları önemli bir gereksinimi karşılamakta, kopmuş ya da başlaması gerektiği halde başlamamış sosyal sigorta ilişkisini tamamlamaktadır. Üç tarafın menfaatini ve haklarını ilgilendiren bu davalar, teori ve uygulamanın da katılımıyla sürekli gündemde kalmakta ancak bu durum uygulamada bazı sorunlara ve farklı yaklaşımlara yol açmaktadır. Bunları ele almak yararlı olacaktır.

Davaya müdahale: Yukarıda da ifade edildiği gibi, 5521 s. Kanunda (m.7/4) 6552 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe göre “*Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında fer’i müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi Kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek karar kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür.*” Değişikliğin gerekçesi incelendiğinde, değişiklikle Kurumun bu davalarda taraf olmaktan çıkarıldığı, fer’i müdahil haline getirildiği ancak yanında davaya katıldığı davalı başvurmasa dahi Kanun yoluna başvurma hakkına sahip olduğu, fer’i müdahil olduğu için Kurum aleyhine yargılama giderlerine hükümlenemeyeceği dile getirilmektedir⁴³.

⁴² Aksi görüş BULUT, s. 109: Yazara göre kıstas alınması gereken asgari ücret, bildirgenin verilmesi gereken son günde geçerli olan asgari ücret olmalıdır.

⁴³ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0931.pdf>

Bu düzenleme ile medeni usul hukukunun birbiriyle yakın ilişki içindeki iki kurumu olan davanın ihbarı ve davaya fer'i müdahale, yeni bir uygulama alanı ve genel işlev ve niteliğinden farklı bir boyut kazanmıştır.

Tarafı olduğu bir davayı kaybetmesi durumunda üçüncü kişiye rücu edebilecek durumda olan yahut üçüncü kişinin kendisine yönelik bir tazminat talebine muhatap olmaktan endişe eden taraf davayı 3. kişiye ihbar edebilir (HMK. m.61). Dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişi, kendisinin hukuki yararını gözeterek mevcut taraflardan hangisinin davayı kazanmasını lehine görürse, onun yanında davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılabilir (HMK. m.63). Ancak davaya fer'i müdahillik için ihbarın gerekli olmaması, ihbara rağmen üçüncü kişinin fer'i müdahaleye zorlanamaması, ihbar ile müdahalenin birbirini tamamlamadığının kanıtıdır⁴⁴.

Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi, genel anlamıyla davaya fer'i müdahale eden üçüncü kişi, bu sıfatla kimin yanında davaya katılmışsa o yanın davayı kazanmasını isteyecek ve ona yardım edecek, onun yanında usul işlemleri yapacaktır. Zira yanında davaya katıldığı taraf davayı kaybedecek olursa, kendisine (fer'i müdahile) rücu edecek ya da kendisi o tarafa dava açacaktır. Keza, davanın ihbarında da ihbar eden taraf, bu davanın sonucuna bağlı olarak, davayı ihbar ettiği üçüncü kişiye rücu edebilecek yahut üçüncü kişinin kendisine bir tazminat davası açabileceğini gözetecektir⁴⁵.

Bütün bu usul hukuku düzenlemeleri çerçevesinde 5521 sayılı Kanunda yapılan değişikliği değerlendirmek mümkündür: Bir kere 5521 sayılı Kanun m.7/4'de öngörülen davanın ihbarı, davada verilen karara bağlı olarak işverenin bir rücu ya da tazminat davası açması söz konusu olmadığından, HMK. m.61'de yer alan davanın ihbarından çok farklı bir nitelik taşımaktadır. İkincisi, fer'i müdahale ile amaçlanan sonuç ara-

⁴⁴ ATALI, s. 641-642.

⁴⁵ ATALI, s. 644.

sındaki çelişkili durumdur. Hizmet tespiti davasında sigortalı fiilen çalıştığını ama bunun Kuruma bildirilmediğini işverene karşı ileri sürecek, işveren ise davanın reddini isteyecektir. Fer'î müdahale, müdahale edenin kimin yanında yer alıyorsa onun davayı kazanmasını gerektirdiğinden, SGK'nın işverene yardımını ve sigortalının haksız çıkmasına yönelik işlemleri gerektirir. Oysa Kurumun menfaati davayı sigortalının kazanması ve primlerin davalıdan tahsilindedir; sigortalı davayı kaybederse Kurum herhangi bir kazanımda bulunamayacaktır. Bu anlamda Kurumun fer'î müdahil olarak davada yer alması ve işverene tabi kılınması ne sosyal sigorta hakkı, ne sigortalının hukuki yararı ve ne de kamu yararı bakımından anlamlıdır. Bu sebeple, Kurumun davada kendisiyle menfaati çelişen işveren yanında fer'î müdahil olarak yer alması hatta tarafı olmadığı bir davada kesinleşen tespit hükmünü uygulamakla yükümlü kılınması teknik olarak kanımızca çok da doğru olmamıştır⁴⁶. Eski uygulamadan gelen alışkanlıkların devamı olduğunu ve Kurumu yargılama giderlerinden kurtarmayı amaçladığını düşündüğümüz bu düzenleme yerine SGK'nın sigortalı yanında yer alması ya da davayla ilişkilendirilmemesi üzerinde düşünülebilecek uygulamalardandır. Ekleyelim ki, fer'î müdahillik uygulamasına ilişkin hüküm 6552 sayılı Kanun öncesine (11.09.2014) uygulanmaz⁴⁷.

Dava Açma Süresinin Niteliği: Yukarıda da belirttiğimiz gibi hizmet tespiti davası sigortalı hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren 5 yıl içinde açılmak zorunda olup; sigortalının sağlığında beş yıllık süreyi kaçırmamış olması koşuluyla mirasçılar da ölüm tarihinden başlamak üzere aynı süre içinde bu davayı açabilirler⁴⁸. Bu hususlarda gerek doktrin ve gerekse uygulama görüş birliği içindedir. Buna karşın 5 yıllık süre-

⁴⁶ ATALI, s. 642-648; ayrıca bkz. TUNCAY-EKMEKÇİ, s. 256.

⁴⁷ Yarg. 10. HD.T. 1202.2015, E. 2015/2513, K. 2015/1996; Yarg. 10. HD.T. 29.01.2015, E. 2015/1795, K. 2015/1564 (www.kazanci.com).

⁴⁸ GÜZEL-OKUR-CANIKLIOĞLU, s. 340; ÖZVERİ, s. 254; YILMAZ, s.13: YILMAZ'a göre sürenin yeniden 5 yıl olarak uygulanması yerine mirasçıların kalan süreyi kullanması hak düşürücü sürenin mantığına daha uygundur.

nin hukuki niteliği özellikle doktrinde oldukça tartışmalıdır. Gerçekten bazı yazarlar beş yıllık sürenin zamanaşımı süresi sayılmasının sigortalının haklarını korumak bakımından daha doğru olduğunu belirtirlerken⁴⁹; çoğunluktaki yazarlar ise hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olması, sigorta hakkının zarara uğramaması, yıllar öncesine ilişkin sigortalılık ilişkisinin delillendirilmesinde güçlükler yaşanması, hakkın takibinin etkin kılınması ve keyfiliğin önüne geçilmesi gibi gerekçelerle bunun hak düşürücü süre sayılması gerektiğini ileri sürmüştür⁵⁰. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, kamu yararı ve kamu düzenini ilgilendiren bu sürenin hak düşürücü olması (ve sürecin kesin) bir süreye tabi kılınması yerinde olacaktır. Çok eski olayların delillendirilmesinde yaşanacak güçlükler, sigortalılık hakkının ispatında yaşanacak sorunlar, primlerin 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması (5510 s. K. m.93) ve dolayısıyla hem sigortalı, hem de Kurumun yararları sebebiyle bu sürenin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır⁵¹. Böylece süre def'inin değil itirazın konusu olabilecek, hakimce resen dikkate alınacak ve herkes tarafından ileri sürülebilecektir. Öte yandan, zamanaşımının tersine, hak düşürücü sürenin kesilmesi ya da durması hukuken mümkün olmayacaktır⁵².

Önceleri bir kısım ayrık kararlarına rastlansa da Yargıtay bu sürenin hak düşürücü süre olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1998 yılında verdiği bir kararda, "... Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanunun 79/8. maddesine göre yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıkları yılın sonundan itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde dava açmadıkları takdirde sonradan

⁴⁹ GÜZEL-OKUR-CANIKLIOĞLU, s. 338; ÖZVERİ, s. 252; SÖZER, s. 427.

⁵⁰ TUNCAIY-EKMEKÇİ, s. 257; SARAÇ, s. 418; YILMAZ, s. 14; ÖZTÜRK, s. 80.

⁵¹ Gerekçeler için bkz. SARAÇ, s. 468; YILMAZ, s. 15.

⁵² Yarg. 21. HD.T. 11.05.2011, E. 201/3286, K. 2011/4498 (www.kazanci.com).

açılan dava dinlenmez”⁵³ diyerek görüşünü net biçimde ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme beş yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu yönündeki yaklaşımını hala sürdürmektedir⁵⁴. Öte yandan Anayasa Mahkemesi 5 yıllık sürenin sosyal güvenlik hakkı ve sosyal devlet ilkesine aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasını reddetmiştir⁵⁵.

Önemle belirtelim ki, beş yıllık hak düşürücü süre sadece aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar bakımından söz konusudur. Dolayısıyla söz konusu belgeleri işveren tarafından Kuruma teslim edilmekle birlikte, işverenin bu işlem sonrası yükümlerini yerine getirmediği hallerde ya da çalıştığı Kurumca tespit edilen sigortalılar bakımından hak düşürücü süre söz konusu olmayacak, sigortalı bu durumlarda 5 yıllık süreye tabi olmaksızın dilediği zaman hizmet tespiti davası açabilecektir. Başka bir ifadeyle işverenin işe giriş bildirgesi ya da sigortalıya ait belgeleri SGK’ya vermesi, sigortalı için prim kesintisi yapılmış olması ya da çalışmanın denetim ve kontrole görevli memurlarca tespit edilmiş olması halinde 5 yıllık hak düşürücü sürenin işlemesi söz konusu olmayacaktır⁵⁶.

Hizmet Tespiti Davasından Feragat: Bir yandan sosyal sigortalılığın zorunlu oluşu, vazgeçilmezliği ve devredilemezliği (5510 s. K. m.92), bir yandan Yargıtay’ın hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olduğu yönündeki kararları⁵⁷ karşısında hizmet tespiti davasından feragat edilip edilmeyeceği de tartışılmıştır. Niteliği gereği resen araştırma ilkesine tabi tespit davalarında hakim tarafların getirdiği delillerle bağlı olmaksızın, gerçek durumun açığa çıkması için her türlü

⁵³ Yarg. HGK. T. 02.12.1998, E. 1998/10-826, K. 1998/855 (www.kazanci.com).

⁵⁴ Örneğin bkz: Yarg. 21. HD.T. 19.01.2015, E. 2014/21895, K. 2015/354 (www.kazanci.com).

⁵⁵ AYM, T. 26.01.2011, E. 2008/109, K. 2011/25; RG.T. 02.04.2011, S. 27893.

⁵⁶ YILMAZ, s. 15-17.

⁵⁷ Örn. Yarg. 21. HD.T. 12.02.2015, E. 2014/4536, K. 2015/2406; Yarg. 21. HD.T. 27.01.2015, E. 2014/1415, K. 2015/1407; Yarg. HGK. T. 27.05.1992, E. 1992/10-295, K. 1992/353 (www.kazanci.com).

araştırma ve tespiti yapabilecek; hatta resen tanık seçip, dinleyebilecektir⁵⁸. Böylesi bir davada, sigortalının açtığı bir tespit davasından feragati görüş farklılıklarına yol açmıştır.

Yargıtay önceleri davadan feragat eden davacının sadece açtığı davadan değil, anayasal sosyal güvenlik hakkından da vazgeçmesi anlamına gelmesi yüzünden kamu düzenini ilgilendiren bu tür tespit davalarında hakim in feragat nedeniyle davayı reddetmemesi, özel bir duyarlılık gösteren delilleri kendiliğinden toplayıp sonucuna göre karar vermesi gerektiğini belirtmekteydi⁵⁹.

Ancak HGK'nın 2008 yılında verdiği bir kararla konunun boyut değiştirdiği söylenebilir. Söz konusu karara göre; "... bir davanın konusu kamu düzenine ilişkin olsa dahi, kanunda açıkça hakim in kendiliğinden işi inceleyip sonuçlandırması gerektiği şeklinde bir kural öngörülmediğinden; başka bir deyişle bir davanın açılması ve davaya devam edebilmesi için tarafların katılımı gerekli olduğundan HUMK. m. 409/son (HMK. m. 150) hükmünün hizmet tespiti davasında da uygulanması zorunludur"⁶⁰. Yargıtay'ın bugün için geldiği nokta, davacının hüküm kesinleşinceye kadar ancak davalının açık rızası ile davayı geri alabileceğine (HMK. m. 123/davanın geri alınması) ya da tarafların davayı takip etmek istememeleri durumunda davanın işlem den kaldırılabil eceğine (HMK. m. 150) dair hükümler karşısında; SGK'nın da bu işleme karşı çıkması halinde feragatin geçerli olduğu yönündedir. Şu kadar ki, mahkemenin feragat e giden tarafa HMK. m. 123 ya da HMK. m. 150'deki haklardan hangisini kullanacağını sorması zorunludur⁶¹. Yargıtay'a göre, HMK. m. 307 ve devamında yer alan

⁵⁸ Örn. Yarg. 21. HD.T. 17.02.2015, E. 2014/3465, K. 2015/2645; Yarg. 21. HD.T. 10.02.2015, E. 2014/22527, K. 2015/2119 (www.kazanci.com).

⁵⁹ Örn. Bkz. Yarg. 10. HD.T. 01.06.1992, E. 1992/301, K. 1992/6164 (Şebnem GÖKÇEOĞLU'nun incelemesi, İş Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 1993, s. 121); aynı yönde Yarg. 21. HD.T. 28.06.2004, E. 2004/6261, K. 2004/6324 (www.kazanci.com).

⁶⁰ Yarg. HGK. T. 05.03.2008, E. 2008/21-215, K. 2008/222 (www.kazanci.com).

⁶¹ Bkz. Yarg. 10. HD.T. 12.06.2013, E. 2013/11506, K. 2013/13291; Yarg. 10. HD.T. 03.03.2011, E. 2011/1912, K. 2011/2657; Yarg. 10. HD.T. 14.10.2010,

(Davaya Son Veren Taraf İşlemleri) maddelere göre feragat davacının talep sonucundan kısmen ya da tamamen vazgeçmesi olup; hizmet tespiti davasından feragat mümkün ise de, sosyal güvenlik hakkından feragat mümkün değildir. Davadan feragat eden davacı hak düşürücü süre içinde yine hizmet tespiti davası açabilir ve bu davada önceki feragate dayalı verilen red kararı kesin hüküm oluşturmaz⁶².

Durum bu olmakla beraber kanımızca, davanın takipsiz bırakılması ve açılmamış sayılması ya da geri alınması halinde, yeniden ileriki bir tarihte açılıp açılmayacağı belli olmadığından ve 5 yıllık dava açma süresinin de hak düşürücü süre niteliği taşıdığından; geri alınan ya da takip edilmeyen ve 5 yıllık süre içinde açılmayan davada hak düşeceğine göre, ortaya çıkan sonuç haktan feragat niteliğini taşıyacaktır⁶³. Kurumun bunu takibi ise hem hukuken, hem fiilen imkansızdır. Kanımızca, davanın kamu düzenine ilişkin olması ve anayasal sosyal güvenlik hakkının vazgeçilmezliği karşısında, Yargıtay'ın önceki görüşüne dönmesi ve HMK. m. 123 ve HMK. m. 150 yerine zaten bir çok ayrık özellik taşıyan hizmet tespiti davalarına farklı yaklaşması yerinde olacaktır.

Hizmet Tespiti Davası ile İşçilik Alacakları Davasının Birlikte Açılması: Gerek yargı organlarını ve gerekse doktrini meşgul eden konulardan biri de işçilik alacaklarına ilişkin dava ile hizmet tespiti davasının birlikte açılıp açılmayacağına ilişkindir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hizmet tespiti davasında Kurum fer'i müdahil iken, alacak davasında Kurum davalı ya da fer'i müdahil değildir. Öte yandan hizmet tespiti davası kamu düzenine ilişkin iken, alacak davası özel hukuk karakterli bir davadır. Hizmet tespiti davasında resen araştırma ilkesi geçerli iken alacak davasında bu ilke uygulanmaz.

E. 2010/2539, K. 2010/13641 (www.kazanci.com).

⁶² Yarg. 21. HD.T. 07.12.2012, E. 2011/13931, K. 2011/24885; Yarg. 21. HD.T. 16.01.2013, E. 2012/23860, K. 2013/424; Yarg. HGK. T. 29.05.2013, E. 2012/21-1698, K. 2013/779 (www.kazanci.com); ayrıca bkz. GÜZEL-OKUR-CANIKLIOĞLU, s. 348-349; TUNCAY-EKMEKÇİ, s. 260-261; SÖZER, s. 456.

⁶³ ATALI, s. 638.

Nihayet, hizmet tespiti davalarında verilen kararların temyiz merci Yarg. 10. ve 21. HD. iken; alacak davaları Yarg. 7, 9 ve 22. HD' de temyize konu olur⁶⁴.

Yargıtay HGK, 2003 yılında ve kanımızca yukarıda belirtilen farklılıkları gözetmeksizin verdiği bir kararda "...sigortalı hizmetin tespiti davası ile işçilik haklarından kaynaklanan tazminat ve alacak davalarının birlikte görülebileceğini" ifade etmiştir⁶⁵. Kanımızca bu karara katılmak yukarıdaki gerekçelerle mümkün değildir. Harçları farklı, konuları ve nitelikleri farklı iki tür talebin birlikte ileri sürülmesi mümkün olmayıp bunlar için ayrı davalar açılması gerekir⁶⁶.

Nitekim, zaman içinde, özellikle 21. HD'nin de istikrar kazanan yaklaşımı ağır basmış ve hem HGK, hem de hukuk daireleri bu iki davanın ayrı ayrı açılması gerektiğine yönelik kararları istikrarlı biçimde vermiştir⁶⁷.

Konu ile ilgili olarak üzerinde durulabilecek bir diğer husus işçilik haklarına ilişkin olarak kesinleşen hükmün hizmet tespiti davasındaki etkisidir. Yargıtay'a göre bu karar hizmet tespiti davasında kuvvetli delil niteliği taşır. Ancak her iki dava ayrı ayrı ama eş zamanlı açılmış ise bunlardan hangisinin diğeri bakımından bekletici mesele yapılacağı tartışılabilir. Kanımızca resen araştırma ilkesi, kamu düzeni ve feragat yasağı gibi gerekçelerle alacak davasını gören mahkemenin hizmet tespiti davasında verilecek kararı beklemesi, bekletici mesele yapması

⁶⁴ Ali Nazım SÖZER, "Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Hukuku ile ilgili 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", (Yayımlanmamış Tebliğ), Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara, 2015, s. 32 (SÖZER, Değerlendirme)

⁶⁵ Yarg. HGK. T. 15.10.2003, E. 2003/21-571, K. 2003/571 (Legal İSGH Dergisi, Yıl 2014, S. 2, s. 587; aynı yönde Yarg. HGK, T. 07.02.2007, E. 2007/21-69, K. 2007/69, Legal İSGH Dergisi, Yıl 2008, s. 17, 126; kararları yerinde bulan bir değerlendirme için bkz. Muhammet ÖZEKES, "Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespiti ve İşçilik Alacaklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması", Legal İSGH Dergisi, Yıl 2004, S. 4, s. 1384 vd.

⁶⁶ Aynı görüş TUNCAY-EKMEKÇİ, s. 264; GÜZEL-OKU-CANIKLIOĞLU, s. 350.

⁶⁷ Yarg. HGK. T. 10.04.2013, E. 2013/21-447, K. 2013/492; Yarg. HGK, T. 06.02.2013, E. 2013/21-746, K. 2013/215 (www.kazanci.com); Yarg. 21. HD.T. 06.03.2014, E. 2014/3840, K. 2014/4157 (SÖZER, Değerlendirme, s. 31-32).

daha makul ve daha adil bir çözüm olacaktır⁶⁸. Şüphesiz, tespit davasını gören mahkeme yargılama sürecinde alacak davası dosyasını celp edebilecektir⁶⁹.

Kesintili Çalışma: Kesintili çalışmanın hizmet tespiti davaları bakımından önemi hak düşürücü süreye etkisinde ortaya çıkmaktadır. Kesintili çalışma, yani bir işverene tabi olarak çalışan sigortalının işten ayrılıp daha sonra yeniden aynı işyerine girmesi halinde hak düşürücü sürenin her çalışma dönemi için ayrı ayrı mı, yoksa son çalışma dönemi için mi işletileceği yönünden tartışılmıştır. Önceleri, sigortalı işten ayrıldıktan sonra tekrar aynı işverenin yanında çalışmaya başladığında, dava açma süresinin en son kurulan hizmet ilişkisinin sona erdiği yılın sonundan itibaren işlemeye başlayacağını kabul eden Yüksek Mahkeme, 1990'ların sonlarından başlayarak tespit konusu her bir çalışma dönemine ilişkin hizmetlerin sona erdiği yılın bitiminden başlayarak hak düşürücü süre gözetilerek davanın açılması gerektiğini belirtmektedir⁷⁰.

Bunlara karşılık, sigortalının aynı işyerinde işçi olarak (m. 4/I-a) çalışmaktayken memur statüsüne geçirilmesi halinde (m. 4/I-c) 5 yıllık hak düşürücü süre işlemeye başlamayacaktır. Zira sigortalılıkla güdülen amaç dikkate alındığında, sigortalı bildirim yapılmış bir çalışmanın SGK kapsamında yer alan sigortalılardan birini bırakıp diğerine başlamasına engel olmalıdır. Çünkü SGK o sigortalıdan haberdardır ve başka bir sta-

⁶⁸ Bkz. ve karşı. Yarg. 7. HD.T. 13.02.2014, E. 2014/1209, K. 2014/3850; Yarg. 21. HD.T. 06.03.2014, E. 2014/3840, K. 2014/4157 (www.kazanci.com); ayrıca aynı görüşte bkz. SÖZER, Değerlendirme, s. 33.

⁶⁹ Yarg. 10. HD.T. 07.04.2015, E. 2015/3240, K. 2015/6650 (www.kazanci.com).

⁷⁰ Örn. Bkz. Yarg. HGK. T. 08.12.1999, E. 1999/21-1025, K. 1999/1025; Yarg. 10. HD.T. 01.09.1996, E. 1996/7556, K. 1996/6608; Yarg. 21. HD.T. 12.05.2008, E. 2008/7382, K. 2008/7633 (www.kazanci.com). Ayrıca bkz. SARAÇ, s. 471; GÜZEL-OKUR-CANİKLİOĞLU, s. 339; ÖZTÜRK, s. 81. Yargıtay yakın tarihli bir kararında oynadığı kulüpler nezdinde ve (mecburi dava arkadaşlığı oluşturacak biçimde) oynadığı tüm kulüpler aleyhine tek bir hizmet tespiti davası açan profesyonel futbolcu ile ilgili kararında davaların (HMK. m.167) ayrılması gerektiğini bildirmiştir. (Yarg. 21. HD.T. 19.03.2015, E. 2014/24683, K. 2015/5640: (www.kazanci.com)) Bu durumda her bir kulüp/davalı bakımından hak düşürücü sürenin ayrı ayrı işleyeceği açıktır.

tüde de olsa o sigortalıdan prim kesmeye devam etmektedir⁷¹. Yargıtay da aynı görüştedir⁷².

Son olarak ekleyelim ki, mevsimlik işlerde çalışılmayan dönemde iş sözleşmesi askıda olup aynı yerde tekrar çalışma yeni bir çalışma olarak nitelendirilemeyeceğinden, 5 yıllık hak düşürücü süre bu çalışmaların tamamen son bulduğu tarihten başlayacaktır⁷³.

İşverenin Değişmesi ve Niteliği: Hizmet tespiti davalarında işverenin değişmesi ilke olarak davaya ilişkin hak düşürücü süreyi etkilemez/başlatmaz. Birden fazla işverene (ya da alt işverene) karşı kesintisiz hizmet verilmesinde, işverenler nezdindeki çalışmaların bir bütün olarak değerlendirilip sonuca gidilmesi gerekir. Öte yandan işverenler arasında organik bağ bulunduğu tespiti halinde işyeri sicil numaraları farklı olsa da, bu işyerleri aynı kabul edilerek çalışmanın kesintisiz ve blok olduğu değerlendirilerek, kağıt üzerinde gerçekleşen işveren değişikliği 5 yıllık hak düşürücü süreyi başlatmayacaktır⁷⁴.

Hizmet tespiti davasına konu hizmetin bir alt işveren emrinde geçmesi halinde, alt işveren işçisi (sigortalı) olan davacının davasını hem alt işverene ve hem de asıl işverene yöneltmesi gerekir. Bunun hukuki dayanağı 5510 s. K. m. 12/son hükmünde yer alan müteselsil sorumluluktur. Eğer davacı asıl işverene (ya da alt işverene) dava açmış ve fakat alt işverene (ya da asıl işverene) husumet yöneltmemişse, kendisine süre tanınarak alt (ya da asıl) işverene husumet yöneltmesi olanağı

⁷¹ Levent AKIN, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi; 2010, Ankara, 2012, s. 448; YILMAZ, s. 18.

⁷² Yarg. 10. HD.T. 07.02.2012, E. 2011/2724, K. 2012/1597; Yarg. 21. HD.T. 14.11.2007, E. 2007/14964, K. 2007/20635 (www.kazanci.com).

⁷³ Yarg. 10. HD.T. 9.11.2006, E. 2006/10454, K. 2006/14271; aynı yönde Yarg. 21. HD.T.17.09.2015, E. 2014/21832, K. 2015/16273; Yarg. 10. HD.T. 30.03.2015, E. 2014/27160, K. 2014/5944 (www.kazanci.com); YILMAZ, s.19.

⁷⁴ YILMAZ, s. 21; ayrıca bkz. Yarg. 21. HD.T. 29.01.2015, E. 2014/1857, K. 2015/1514; Yarg. 21. HD.T. 23.01.2014, E. 2012/23863, K. 2014/1094 (www.kazanci.com)

tanınmalıdır⁷⁵. Öte yandan alt işveren emrinde çalışan sigortalı alt işverenle iş ilişkisi sona ermesine rağmen aynı işyerinde çalışmaya devam ediyorsa, bu bir işyeri devri olduğundan, 5 yıllık hak düşürücü süre işlemez⁷⁶. Belirtelim ki, asıl işveren-alt işveren ilişkisi dışında geçici iş ilişkisiyle çalıştıran ya da gönderen işveren; iflas halinde iflas idaresi ve devirde yeni ve eski işverenin hizmet tespiti davasının davalısı olması mümkündür⁷⁷.

Tespite Dayalı Primlerin Tahsili: Normal koşullarda SGK'nın tespit ilamı doğrultusunda işverenden geçmiş dönemlere ait sigorta primlerini, sigortalı ve işveren payı da dâhil olmak üzere (gecikme cezası ve gecikme zammı ile İPC dâhil) tahsil etmesi gerekir. Konu ile ilgili yaşanabilecek sorunlar SGK'nın işverene ulaşamaması/işvereni bulamaması, primlerin zamanaşımına uğraması ve işverenin primler için sigortalıya rücu edip edemeyeceğidir.

Sondan başlamak gerekirse; kanımızca, işverenin kendisinden tahsil edilen prim borcundan dolayı payı oranında sigortalıya rücu etme hakkına sahip olduğunu ileri süren görüşe⁷⁸ katılmak mümkün değildir. Zira, primlerin ücretten kesilerek yatırılması sigortalı ve işverenin değil sadece işverenin yükümlülüğündedir. 5510 s. K. m.88/I hükmü yeterince açıktır. İşverenin işçinin (sigortalının) ücretinden kesinti yapmaması, o miktarda ücreti kesinti yapmaksızın ödemekte anlaştıkları

⁷⁵ Yarg. 10. HD.T. 05.02.2013, E. 2013/1126, K. 2013/1322; Yarg. HGK. T. 10.11.201, E. 2010/10-497, K. 2010/590; Yarg. 21. HD.T. 15.11/2005, E. 2005/6488, K. 2005/12328. (www.kazanci.com) Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre: kurumla beraber yalnızca aracıya (alt işverene) yönelik açılmış davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksiklik bulunmadığı kabul edilmeli, davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükünü yüklenmemelidir. Şayet her iki işveren (alt-asıl) de taraf olarak gösterilmişse kurulacak hükümde sigortalıyı çalıştıran alt işveren özellikle vurgulanmalı, primler yönünden her iki işverenin müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu açıklanmalıdır. Murat ŞEN, "Hizmet Tespiti Davalarında Asıl İşverenin Taraf Sıfatı", Sİ-CİL, Eylül 2012, s. 224.

⁷⁶ YILMAZ, s. 22; ayrıca bkz. Yarg. 21. HD.T. 29.01.2015, E. 2014/14170, K. 2015/1593 (www.kazanci.com)

⁷⁷ SÖZER, s. 457.

⁷⁸ GÜZEL-OKUR-CANİKLİOĞLU, s. 351.

anlamına gelir ki, böyle bir anlaşma geçersizdir. Kusuruna dayanmayan bir durum nedeniyle, işçinin ödeme yükümlüsüyle karşı karşıya bırakılması düşünülemez. Öte yandan bu halde sigortalının da Kuruma karşı sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir ki, böyle bir durum kabul edilemez⁷⁹.

Primlerin tahsili bakımından önemli bir husus da primlerin tamamen ya da kısmen zamanaşımına uğramış olmasıdır. 5510 sayılı Kanununun 93/2. maddesi uyarınca, zamanaşımına uğramış prim borcunu, sigortalılık haklarından yararlanmak isteyen sigortalı ödemek zorunda kalacaktır⁸⁰. Buna karşın tespit kararına rağmen SGK primleri tahsil edememişse bunun sorumluluğunu sigortalıya yüklememek ve sigortalının hakkının doğumunu engellemek gerekir. Yapılması gereken tahsile bakılmaksızın tespite uygun işlem gerçekleştirmektir⁸¹. Zira prim tahsilatı SGK'nın yükümlülüğündedir. Yargıtay da aynı görüştedir⁸².

SONUÇ

Sosyal sigorta sistemimizdeki kayıtdışılık ve kaçak çalıştırmanın olumsuz sonuçlarından biri olan hizmet tespiti davaları, görüldüğü kadarıyla sigortalıların, işverenlerin, yargı organlarının ve Kurumun maddi ve manevi kayıplarına yol açmakta; zaman ve emek kaybı yaratmaktadır. Sosyal güvenlik hakkının ve sosyal devletin bir gereği olarak bu davaların engellenmesi ya da sınırlanması kabul edilemez ise de, dava sayısının azaltılması yolunda çaba sarf etmek tüm kesimlerin yararına olacaktır.

Hizmet tespiti davalarının bu denli fazla olmasının sebebini sadece kayıtdışılıkta aramamak gerekir. Mevzuatta sıkça yapılan değişiklikler ve buna hazırlıklı olmayan bürokrasi ve yargı, idarenin sıkça çıkardığı ve kanunlarla uyumlu olmayan iç idari

⁷⁹ TUNCAY-EKMEKÇİ, s. 265, dipnot.74; BULUT, s. 103-104.

⁸⁰ SARAÇ, s. 405.

⁸¹ ÖZVERİ, s. 254; SÖZER, s. 458; TUNCAY-EKMEKÇİ, s. 265; BULUT, s. 103; GÜZEL-OKUR-CANIKLIOĞLU, s. 351.

⁸² Yarg. 21. HDT. 27.11.2006, E. 2006/3757, K. 2006/13179; Yarg. 10. HD.T. 2003.2006, E. 2005/12426, K. 2006/2934 (www.kazanci.com)

düzenlemeler, idare ve yargı arasında sıkça yaşanan iletişim kopuklukları⁸³ ve kanun koyucunun temel hukuk ilkelerini zorlayan düzenlemeleri de bu davalardaki artışın sebepleri arasında yer almaktadır.

506 sayılı Kanun dönemi ile başlayıp 5510 sayılı Kanun döneminde de artarak devam eden hizmet tespiti davalarında birçok uygulama sorunu ile karşılaşılmakta olup; bu sorunlar karşısında doktrin, yargı ve Kurum işlemlerinin birbirine paralel olduğunu söylemek mümkün değildir. Bunlara ilişkin kişisel görüşlerimizi birkaç cümle ile sıralamak gerekirse;

- Hizmet tespit davasına ilişkin 6552 sayılı Kanunla getirilen fer'i müdahillik düzenlemesi sorunludur. Yeniden ele alınmalıdır.
- Hizmet tespit davası açma süresi niteliği itibarı ile hak düşürücü süredir. Böylesi bir uygulama davadan beklenen yara hizmet edecektir.
- Hizmet tespiti davalarında feragate ilişkin Yargıtay yaklaşımını riskli bulmaktayız. Bu anlamda HMK. m.123 ve m.150'nin uygulanması feragat sonucunu doğurabileceğinden, Yüksek Mahkemenin eski görüşe dönmesi yerinde olacaktır.
- Hizmet tespiti davası ile işçilik alacakları davaları ayrı ayrı açılmalıdır. Eş zamanlı açılmışsa işçilik alacakları davasında hizmet tespiti davasının sonucu beklenmelidir.
- Kesintili çalışmalarda her çalışma ayrı ayrı değerlendirilmelidir.
- Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olduğu durumlarda dava her iki işverene, birlikte açılabilir; müteselsil sorumluluk gereği tek bir işverene husumet yöneltilmesi de kabul edilmelidir.

⁸³ BULUT, s.113

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

UFUK AYDIN'IN
TEBLİĞİ

- Nihayet dava sonucu verilen kararın uygulanmasında (zamanlaşımına uğramış primler hariç) primler tahsil edilsin ya da edilmesin sigortalının sosyal güvenlik hakkını ihlal edecek uygulamalardan (primlerin sigortalıdan tahsili, işverenin payı oranında sigortalıya rücu etmesi gibi) kaçınılmalıdır.

Bunların dışında Kurumca zaman zaman dile getirilen sigortalı hizmetlerin tespitinde özel bir komisyon oluşturulması gibi idari bir süreç, idarenin her türlü eylemini yargı denetimine tabi tutan Anayasa hükmü (m.125) karşısında sürece katkı sağlamak bir yana, yeni uyuşmazlıkların kaynağı olacaktır. Buna karşın sürecin iyileştirilmesinde ve özellikle kötüye kullanımların önlenmesi adına 5510 s. K. m.8/3'de yer alan "... Ancak, sigortalının kendini bildirmemesi, sigortalı aleyhine delil teşkil etmez" ibaresi Kanundan çıkarılabilir ya da gözden geçirilebilir.

Sonuç olarak her yıl binlerce davanın konusu olan sigortalı hizmetlerin yargısal yolla tespiti uygulaması gelecekte de tarafları meşgul edecek gibi görünmektedir. Ancak, dava sayısının azaltılması ya da sürecin kısaltılması için gidilecek çeşitli yöntemler, başvurulacak önlemler bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

AKIN Levent, "*Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri*", Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi; 2010, Ankara, 2012.

ARICI Kadir, "*Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*", Ankara, 2015.

ATALI Murat, "*Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C16, Özel Sayı, (Prof.Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan), 2014.

BULUT Mehmet, "*Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları*", TBB Dergisi 2011/97.

- CENTEL Tankut; "Ücreti Ödenmediği İçin Çalışmamış Olan Sigortalının Hizmet Tespiti İsteği", SİCİL, Aralık, 2007.
- GÖKÇEOĞLU Şebnem , "Karar İncelemesi", İş Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 1993.
- GÜZEL Ali - OKUR Ali Rıza - CANİKLİOĞLU Nursen, "Sosyal Güvenlik Hukuku", B.15, İstanbul, 2014.
- NİZAMOĞLU ÖZTÜRK Meltem, "Hizmet Tespiti Davalarında Kesintili Çalışma Olgusu ve Hak Düşürücü Süre", İzmir Barosu Dergisi, S.3, Temmuz, 2010.
- ÖZEKES Muhammet, "Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespiti ve İşçilik Alacaklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması", Legal İSGH Dergisi, Yıl 2004, S. 4.
- ÖZVERİ Murat, "Yargı Kararları ve Sigortalı Hizmetlerin Tespiti", 7. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu, Denizli, 2015 (www.sosyalhaklar.net/2015/bildiriler/ozveri.pdf)
- SARAÇ Coşkun, "Sigortalı Hizmetleri Hükmen Tespiti", Osman Güven ÇANKAYA'ya Armağan, Ankara, 2010.
- SÖZER Ali Nazım, "Türk Sosyal Sigortalar Hukuku", B.2, İstanbul, 2015.
- SÖZER Ali Nazım, "Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Hukuku ile ilgili 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", (Yayımlanmamış Tebliğ), Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara, 2015.
- ŞEN Murat, "Hizmet Tespiti Davalarında Asıl İşverenin Taraf Sıfatı", SİCİL, Eylül 2012.
- TUNCAY Can - EKMEKÇİ Ömer, "Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri", B.17, İstanbul, 2015.
- YILMAZ Halil, "Yargıtay Kararları Işığında Sigortalı Hizmetlerin Tespiti Davalarında Süre", Çimento İşveren Dergisi, C.30, S.2, Mart 2016.

Halil ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Sayın Ufuk Aydın'a başarılı sunumu için çok teşekkür ediyorum. Değerli katılımcılar, sosyal güvenlik yasaları o kadar karmaşık ki, bir cümleyi bile anlatmakta zorlanıyoruz. Tümünü anlatmaya kalksak...

Şimdi sıra "iş kazalarından Sosyal Güvenlik Kurumu rücu davaları" konusunu Doç. Dr. Gaye Baycık Hocam anlatacak.

Arkadaşlar, rücu davaları sosyal güvenlik davalarının arasında yüzde 30 yüzde 40'ını teşkil etmekte ve kanımca bu davalar öğreti ve uygulamada hak ettiği yerini bulamamış, yeterince ilgi görmemiş davalardır. Gaye Hocam kısa sürede hızlı sunum yapabildiğine daha önce şahit oldum. Şimdi de 20 dakikalık sürede bunu başarabileceğine inanıyorum. Buyurun Sayın Hocam.

GAYE BAYCIK'IN
KONUŞMASI

Doç. Dr. Gaye BAYCIK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Çok teşekkür ederim Sayın Başkan. Hepinizi saygıyla selamlıyorum konuşmama başlamadan önce.

İş kazalarında SGK'nın rücu davalarında aslında rücu davalarının 21-23.madde, 76.maddeyi anlatmayacağım. Aslında özellikle en son müteselsil sorumluluk üzerinde durmak istiyorum. Biraz önce başkanla da görüştük. Ondan önce tabii kısa bilgiler vereceğim ve bazı önemli gördüğüm hususlara değinmeye çalışacağım.

Öncelikle kanunun uygulanmasıyla ilgili kısa bir hususa değinmek istiyorum. Biliyorsunuz önceden 506 sayılı Kanunun 10 ve 26.maddelerinde düzenleniyordu rücu, şu anda 21-23-76 ve tabii malum 39.maddeye kadar rücu konusunun düzenlendiğini görüyoruz.

Yine 506 sayılı Kanunun 26.maddesindeki sıkıntı, son peşin değer rücu edilmesiydi ve bunun yarattığı sorunlar dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin 2006 tarihinde vermiş olduğu bir iptal kararı vardı. Fakat bu da sorunlara çözüm olmamıştı. Nitekim bu sebeple 5510 sayılı Kanunun 21.maddesinde, ilk peşin sermaye değerinde rücu edeceği açıkça kanunda belirtilmişti. Yine eskiden olduğu gibi dış tavan korundu. Bunun sonu-

cunda da işverenin sürekli olarak dava tehdidi altında kalması engellenmiş oldu.

Peki, acaba bir iş kazası 506 sayılı Kanun döneminde meydana gelirse hangi kanunun uygulanması gerekir? Bu noktada aslında Yargıtay'da bir içtihat farklılığı yok. Yargıtay iş kazasının hangi kanun döneminde meydana geldiyse, o kanunun uygulanması gerektiği yönünde kararlar veriyor. Öğretide de açıkçası bu konuda çok fazla tartışma yok. Fakat bazı hocalarımız, burada kanunun derhal yürürlüğe girmesi gerektiğini ki, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin kanunların kamu düzeninden olduğunu. Burada bir kazanılmış hakkın da söz konusu olmaması ve geçiş hükmünün de bulunmaması nedeniyle, doğrudan 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi gerektiğini ve uygulanması gerektiği görüşündeler.

Açıkçası ben de bu kanaatteyim. Çünkü burada hem kamu düzenine ilişkin bir düzenleme var, hem de gerçekten Borçlar Kanununun 55.maddesinin şu an kamu düzeninden dolayı derhal uyguluyorsak, ben rücuya ilişkin düzenlemelerin derhal uygulanması gerektiğinin evleviyetle kabul edilmesi gerektiğini düşünüyorum. Nitekim Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarında, özellikle emekli ikramiyesine ilişkin ithal kararından sonra da, bir geçmişe yürüme değildir, artık düzenleme bu şekildedir ve kazanılmış haklar ihlal edilmiyorsa, kanun zaten yürürlüğe girer noktasında kararlar da çıkmış durumda. Dolayısıyla meydana gelen iş kazasına ilişkin rücu davalarında da 506 sayılı Kanunun iş kazası meydana gelse de 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyim.

Sosyal Güvenlik Kurumunda rücu manasında kimler muhatap olabilir diye baktığımızda, asıl işveren ve işletmenin bütününü yöneten işveren vekili müteselsil sorumluluğu gereği rücu davasına muhatap olabilir. Alt işverenle birlikte yine müteselsil sorumluluk dolayısıyla asıl işverenin muhatap olması mümkün. Üçüncü kişi ve üçüncü kişiyi seçiminde veya denetiminde kusurlu bulunan işyerine rücu davası açabilir, 21.maddenin 4.fıkrası uyarınca. Yine üçüncü kişi veya kişilerin mali

sorumluluk sigortası yaptırması durumunda, sigorta şirketleri rücu söz konusu olabiliyor.

Nitekim biraz önce yine başkanım ile görüştük, normal iş kazası kabul etmiş olmasına rağmen, basit rücunun olduğu durumlarda da mali hizmet sigortasına gidilebileceği yönünde kararlar veriyor. Burada da zaten birazdan değineceğim, halefiyet mi basit rücu mu? Bunun arasında gerçekten halefiyet denilse bile basit rücu gibi uygulama olduğunu görüyoruz.

Hepimizin bildiği gibi, 21.maddenin 1.fıkrası işverenin kusurlu sorumluluğunu düzenliyor ve burada bir halefiyet olduğu, fakat bunun kanundan doğan ve kendine özgü bir halefiyet olduğu yönünde kararlar var. 21.maddenin 4.fıkrası üçüncü kişinin kusurlu sorumluluğunu düzenliyor. Burada hukuki niteliğe ilişkin tartışmalar var, basit rücu mu halefiyet mi diye. Görüşün halefiyet olması yönünde, ama bunların da çok fazla detayına girmeyeceğim.

23.maddenin 2.fıkrasında ise, işverenin kusursuz sorumluluğu. Fakat burada iş kazasının meydana gelmesiyle ilgili bir kusursuzluk değil, işçiyi yani sigortalıyı sigortaya bildirmemeden kaynaklanan bir kusursuz sorumluluğu söz konusu. Bu sebeple yine ileride değineceğim, hâkimin tazminatta indirim yetkisinin bulunduğu kanaatindeyim ve 12.maddede madde müteselsil sorumluluklar düzenlenmiş.

Hangi kalemler rücu edilebilir, sendika hangi ödemeleri rücu edebilir diye baktığımızda; “ödemeler ve gelirler” başlığı altında iki ayrı ödeme kalemi görebiliyoruz. Geçici iş göremezlik ödeneği, cenaze masrafları yayınlanma ödeneğinde bir uyumsuzluk içtihat farklılığı söz konusu değil. Ödemeler toplanıyor, prim ödeme miktarı ve artışlar da istenebilecek şekilde rücu edilebiliyor.

Asıl sorun gelirler noktasında çıkıyor. İlk peşin sermaye değerinin SGK hesaplarından sonra ki, bunun için iş göremezlik oranının kesinleşmesi gerekiyor. Bu kesinleşmeden sonra Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değerini kendi genel-

gesine göre hesaplıyor veya ilk peşin sermaye değeri sürekli iş göremezlik geliri veya ölüm gelirinin iki katı alınarak hesaplanabiliyor. Bu 21.maddenin 1.fıkrasında, işverene kusuru oranında rücu edilirken, üçüncü kişi burada tamamından değil bunun yarısından sorumlu tutuluyor.

Nitekim burada yine tartışmalar olmuştu, üçüncü kişinin yarısından sorumlu tutulması ne kadar doğru Anayasa Mahkemesine götürelim. Fakat Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırı olmadığı yönünde karar verdi. Fakat yine bu konuda da kanaatim, açıkçası üçüncü kişiyle işveren arasında bu ayrımı yaratmanın hiçbir haklı gerekçesinin olmadığı noktasında.

Rücu edilebilen kalemleri, rücu davasında bir iç tavan ve dış tavan olarak iki ayrı tavan belirliyoruz. İç tavan dediğimiz şey aslında, kurumun iş kazası ve meslek hastalığı dolayısıyla yaptığı harcamaların tamamını oluşturuyor. Yüzde 100 kusur halinde tamamı rücu edilebilir bu iç tavanın. Dolayısıyla kusur oranında bir rücu söz konusu olduğu için, iç tavanın da tamamı rücu edilmeyecek, kusur oranında bir rücu yapılması söz konusu.

Kanunda bir ifade var. doktorinde yazılmış makaleleri ve kitapları okuduğumuzda, “ileride yapılması gereken ifadesinden sadece ödemeler mi, yoksa ilk peşin sermaye değer de etkilenir mi?” noktasında yine Yargıtay’ın artık kesinleşmiş bir içtihadı var. İlk peşin sermaye değer, ileride yapılması gereken kısmıyla ayrı düşünülüyor. Dolayısıyla kanun bize sadece, daha doğrusu Sosyal Güvenlik Kurumuna sadece ilk peşin sermaye değerini rücu etme imkânına sahip.

İlk peşin sermaye değerinin değişmesi durumunda nasıl bir rücu söz konusu olacak? Hangi peşin sermaye değer rücu edilecek? Buna ilişkin kısaca bir açıklama yapmak istiyorum. Örneğin, sürekli iş göremezlik geliri bağlandı. Fakat daha sonra kesilmesi söz konusu oldu. Böyle bir durumda sadece fiilen ödenenler toplanacak ve ilk başta belirlenen ilk peşin sermaye değeri dikkate alınacak. Eğer ilk başta belirlenen ilk peşin sermaye değeri düşükse, o zaman yine ilk peşin sermaye değerinin rücu edilmesi gerekiyor. Çünkü kanun Sosyal Güvenlik

Kurumuna sadece ilk peşin sermaye değerini rücu etme hakkını tanımış. Ama fiili ödemeler ki, bu ancak gelirin kısa sürede kesilmesi halinde söz konusu olabilir. Fiili ödemeler daha düşükse, artık kurum sigortalı veya hak sahibine ödemediği bir şeyi rücu edemeyeceği için, fiili ödemeler toplamının rücu edilmesi söz konusu olacak.

Peki, sürekli iş görmezlik oranı kesinleşti, peşin sermayeler hesaplandı, rücu davası açıldı. Fakat daha sonra gelirmede bir azalma olursa ne olacak? Böyle bir durumda da yine peşin değerle fiili ödemeler toplamı, eğer ilk belirlenen peşin sermaye değerinden daha düşükse o rücu edilecek. Fakat ilk peşin sermaye değer daha düşük kalıyorsa, o zaman yine kanundaki o sınırlama dolayısıyla daha az hesaplanan peşin sermaye değerinin rücu edilmesi gerekiyor.

Nitekim Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 2016 tarihli bir kararı var. Kırmızıyla yazdım, ilk peşin sermaye değeri gelirmeden fazlasını isteme hakkı yoktur. Bağlanan gelirin kesildiği veya kesilmesi gereğinin yargılama sürecinde ortaya çıktığı durumlarda, kurumun ödemediği veya ödemeyecek olduğu gelir kesimini rücu eden de isteyemeyeceği yönü de dikkate alınarak yönünde bir karar vermiş 10.Hukuk Dairesi. Burada aslında gelirlerin ve aylıkların birleşmesi söz konusu. Yani yüksek olanın tamamı, düşük olanın yarısının ödenmesinde Yargıtay 10.Hukuk Dairesi diyor ki, eğer gelirleri yarıya inme söz konusu ise, bunun peşin değerini hesapla, o düşükse bunu rücu edebilirsin ve idare de ödeme yapacağını düşünerek ilk başta belirlediği ilk peşin sermaye değerini rücu edemezsin. Çünkü kanun sana burada bir sınırlama getirmiştir diyor.

Dolayısıyla şu şekilde söyleyebiliriz. İlk peşin sermaye değeri hesabında bir değişiklik olursa, en başta belirlenen miktar rücu edilebilir. Ancak daha sonradan yapılan fiili ödemeler ve yeni belirlenmiş peşin sermaye değeri o zaman düşükse, o zaman bu yeni duruma göre bir rücu durumu söz konusu olacak.

Rücu edilemeyen ödemeler nelerdir diye bakmak gerekiyor. Ne yazık ki kanunumuz onu Türk Borçlar Kanunu 25.madde-

sinde buna ilişkin bir düzenleme var. Ne yazık ki diyorum, çünkü Anayasa Mahkemesi de anayasaya aykırı olmadığı yönünde karar verdi. Ama ben çok fazla sorunlara yol açtığını düşünüyorum ve açıkçası her ne kadar Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesine ve sosyal devlet ilkesine aykırı bulmasa da, ben hem eşitlik ilkesine, hem sosyal devlet ilkesine, hem de mülkiyet hakkı da anayasal haktır, işverenin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini düşünüyorum.

Çünkü söz konusu Anayasa Mahkemesine Bakırköy 13.İş Mahkemesi tarafından bu madde götürüldüğünde, gerekcede çok sağlam ve gerçekten çeşitli çeşitlilik arz eden açıklamalar vardı. Önceden tazminat davalarında, hak sahiplerine sigortalıya yapılan ödemelerde, son peşin sermaye değerinin tamamı zarardan düşülerek işverenin ödemesi gereken tazminat miktarı hesaplanıyordu. Fakat şimdi ödemeler toplamı ile ilk peşin sermaye veya işverenin kusuru oranında zarardan düşülüyor. Dolayısıyla geriye kalan kısım işverene tazminat olarak yansıyor. Bu şu demek oluyor: İşverenin kusuru ne kadar azsa, tazminattan zarardan düşecek miktar da o kadar az oluyor. Dolayısıyla işverenin sorumluluğu nispi olarak artmış oluyor. Çünkü kanunun gerekçesinde de zaten var. Teknik hata veya sigortalının kusurunun kaçınılmazlığını siz işverene yüklemiş oluyorsunuz. Hatta buna ek olarak, ilk peşin sermaye değerini düştüğünüz için, enflasyon artışlarını da işverene yüklemiş oluyorsunuz. Fakat ne yazık ki kanunun 55.maddesinde bir anayasaya aykırılık bulunmadığı için, kanun geçerli ve bu şekilde uygulama devam ediyor. Bunun üzerinde çok daha fazla durmayacağım, daha önce de zaten çeşitli yerlerde bu görüşümü ifade ettim.

Dış tavana ilişkin olarak söylemek istediğim birkaç husus var. Dış tavan dediğimiz husus, kurumun işverene rücu edebileceği en fazla miktarı ifade ediyor aslında ve buna bir üst sınır getiriyor kanun. Diyor ki, sigortalı ve hak sahiplerinin isteyebilecekleri tazminat miktarını en fazla isteyebilirsiniz. Zaten bu ifade halefiyet ilkesinin de hukuki temelini oluşturuyor.

Fakat 21.Hukuk Dairesi ve 10.Hukuk Dairesi arasında bu dış tavanın hesabına ilişkin farklılık var. Ben sabah Mesut Balcı Başkanla da görüştüm. Neden dedi bu kadar ayrı gerçek zararın hesabı. Gerçekten de 21.Hukuk Dairesi önceden de olduğu gibi, hesapta PMF cetvelini dikkate alırken, 10.Hukuk Dairesi 2010 cetvelini dikkate alıyor. Yine peşin değer hesabında yüzde 10 artırım ve iskonto varken, 10.Hukuk Dairesi teknik faizden yola çıkıp bunu yüzde 5 olarak dikkate alıyor. Kız çocuklarının evlenme yaşında yine farklı uygulama var. Çok detaya girmiyorum ve pasif dönem zararında da 21.Hukuk Dairesi iş göremezlik durumu ne olursa olsun, en azından zorlanarak yaşadığından. Bu nedenle pasif dönem zararını hesaplarınız derken, 10.Hukuk Dairesi ancak yüzde 60 üstü iş göremezliklerde, yani mahrumiyetle bağlantı kurarak hesaba katıyor. Pasif dönem zararını %60'ın altında bir iş göremezlik varsa, pasif dönem zararı hesaplanmaz diyor ve bu noktada gerçek dış tavan hesabında iki daire arasında farklı zarar hesapları ve yine 10.Hukuk Dairesi 21.Hukuk Dairesinde belirlenen kusur raporlarını da 21.maddeye uygun olmadığı sürece kabul etmediği için ki, uygun olmuyor. Yani 10.Hukuk Dairesine göre uygun olmuyor. Bu sebeple hem kusur oranları, hem gerçek zarar arasında farklı hesaplamalar ve belirlemeler olduğu için, bir yandan halefiyet derken, diğer yandan halefiyetten çok uzaklaşmış bir uygulamayla karşılaşıyoruz ne yazık ki. 10.Hukuk Dairesinin 2016 tarihli bir kararı var. Gerçek zarar hesabı yapılmadığı için, ilk derece mahkemelerinin kararları bozuluyor. Dolayısıyla ben bu noktada açıkçası, gerçek zararın ve kusur oranlarının belirlenmesinde bir birlik olması gerektiğini, aynı esasların dikkate alınması gerektiğini düşünüyorum.

Nitekim 10.Hukuk Dairesinin buradaki gerekçesi bir de şu, 2013 tarihli bir karar. Sigortalı hak sahibinin isteyebilecekleri tutarla sınırlıdır dış tavan diyor. Alabileceği tutardan fazladır isteyebileceği tutar. İsteyebileceği tutar her zaman aynıdır, alabileceği tutar ise Borçlar Kanuna göre alabileceği tutardır. Örneğin, işveren sigortalıya dışarıdan bir ödeme yaptıysa, bunu tazminattan düşersiniz ki, 55.madde bunu öngörür. Ama 10.Hukuk Dairesi bunu da dış tavadan düşmüyor. Çünkü is-

teyebileceği tutar her zaman aynı zarar tutarındır. Dışarıdan iş verenin ödeme yapması sigortalıya veya iddia etmesi, bulunan dış tavanı etkilemez diyor. Eğer halefiyet ilkesini kabul ediyorsak, bunların yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü halefiyet ilkesinin sonuçlarından farklılaşıyoruz, uzaklaşıyoruz diye düşünüyorum.

Hukuki nitelendirmeler üzerinde durmayacağım. Bunlar hepimizin bildiği hususlar. Bu basit rücu ve halefiyete dayalı farklara değinmek istiyorum. Eğer halefiyet ilkesini kabul ederseniz, o zaman gerçekten biraz önce de söylediğim gibi, 21.Hukuk Dairesi tarafından kusur oranları ve gerçek zararın miktarının belirlenmesi, bunun rücu davasında da kabul edilmesi ve bağlayıcı olduğunun kabul etmesi gerektiğini düşünüyorum. Eğer halefiyet denirse buna ki, 10.Hukuk Dairesi halefiyet olduğunu söylüyor. Fakat daha sonra uygulamada farklılıkları ortaya çıkıyor. Yine harici ödemelerde ihbar söz konusu ise, bunun da dış tavanı etkilemesi gerekiyor. İbrada biraz farklı düşüncelerim var, ama burada şu an onlar üzerinde durmayacağım.

Yine evet, sigorta şirketlerine rücu kabul ediliyor zaten ki, halefiyetin bir sonucudur mali mesuliyet sigortasına rücu edilebilmesi. Ama basit rücu dersiniz bu mümkün olmaz. O yüzden gerçekten eğer halefiyet, yani sigorta şirketine gitmek istiyorsanız, halefiyet ilkesinin kabul edilmesi gerekiyor.

Zamanaşımıyla ilgili bir farklılık vardı. Fakat 93.madde zaten buna ilişkin açık düzenleme içerdiği için, bu nokta üzerinde durmayacağım ve sonraki yasal artışlar bakımından da şunun aslında dikkate alınması gerekiyor. Halefiyet denirse, sonraki yasal artışlar nedeniyle dava açılmaması gerekiyor. Çünkü ödenen miktarla uygun illiyet bağı içinde olan zarar rücu edilmiş oluyor. Yargıtay içtihadı birleştirme kararı vardı 94 tarihli. Fakat 5510 sayılı Kanununun 20.maddesinden sonra, artık sonraki yasal artışların da rücu edilmesi engellendi.

Burada sadece acaba aynı iş kazası dolayısıyla uygun illiyet bağı içinde bir iş göremezlik durumunda artış olursa, bu artış-

lar rücu edilebilir mi noktasında tartışma var öğretilerde. Kanundaki ifadeyi lafzi yorumlayıp katı yorumlarsak evet, sadece ilk peşin sermaye değeri rücu edilebilir. Dolayısıyla daha sonraki iş göremezlik oranından kaynaklanan artışlar rücu edilemez noktasına varan görüşler var. Açıkçası burada da biraz farklı düşünüyorum, ama çok fazla tartışmaya girmeyeceğim.

Bundan sonra 21.maddeden sonra, 23.maddeyle ilgili bazı hususlar üzerinde durmak istiyorum. 23.madde işverenin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen bir madde, ama sigortalıyı sigortaya bildirmedeği için, sigorta bildiriminden önce bir iş kazası meydana gelmesi durumunda uygulama alanı buluyor. Böyle bir durumda iç tavanın tamamı ilk peşin sermaye değerinin tamamından, kusuru bulunmasa da işverenin sorumluluğu söz konusu.

Fakat en başta belirttiğim gibi, buradaki kusursuz sorumluluk iş kazasının meydana gelmesindeki kusursuzluk değil, sigortaya bildirim yapmamanın bir sonucu, bir nevi medeni ceza aslında. Burada da önemli olan husus şu: Hepimiz biliyoruz, Yargıtay 23.maddeyi yorumlasa bile, kusur oranlarının tespiti için bilirkişiye gidiyor ve kusur oranlarının tespitinden sonra, eğer işverenin kusur oranı düşükse veya işverenin hiç kusuru yoksa fakat 23.madde dolayısıyla kusursuz sorumluluğuna gidilecekse, burada Türk Borçlar Kanunu 50 ve 52.maddelerine dayalı olarak hakkaniyet indirimine gidiyor. Tabii böyle hakkaniyet olarak şey ifade ediliyor. Eğer burada bir kusursuz sorumluluk varsa, artık kusur oranlarının dikkate alınıp da, hakkaniyet indirimine gidilmesi ne kadar doğrudur? Bu suçsuz olmak ilkesiyle ne kadar bağdaşır noktasında tartışmalar var.

Fakat ben burada hâkimin tazminat hesabında ve rücu tazminatı hesabında takdir hakkının 50 ve 52.madde uyarınca halen var olduğunu düşünüyorum. Çünkü dediğim gibi, buradaki kusursuzluk iş kazasına kusursuz sebep olmak ve buna rağmen sorumlu olmak değildir. Bu bir ceza ve sigortaya bildirmemenin bir cezasıdır. Düşünün ki, gerçekten yüzde 90 sigortalı kusuruyla yüzde 10 üçüncü kişi kusuruyla meydana gelmiş bir iş kazasında, işverenin tamamından sorumlu olması

peşin sermayenin, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu anlamda hâkimlerin takdir yetkisinin olması gerektiğini. Her durumda değil, otomatik bir formül gibi değil, ama somut durumun koşullarına göre indirim haklarının bulunması gerektiğini düşünüyorum.

Kusursuz sorumlulukta kaçınılmazlık üzerinde de durmak istiyorum. Burada da yine 10.Hukuk Dairesiyle 21.Hukuk Dairesi arasında biraz farklı, son zamanlarda güncel kararda farklılıklar var gibi algıladım ben. Ama yine değişik bir içtihat varsa, sizden...

Şöyle; ne yazık ki birlik olması gereken hani halefiyet deyip de, yani tek bir zarar var. O zararın bir kısmını işveren karşılıyor, bir kısmını kurum karşılıyor ve ondan sorumlu olan kısmının işverene rücu edilmesi gerekirken, tek bir zarar durumu varken, böyle sanki iki farklı zarar varmış, iki farklı sorumluluk varmış gibi uygulayıp, bir de buna halefiyet deyince, ben açıkçası çok fazla ilkelerle uygulamayı bağdaştıramıyorum. O yüzden özellikle bu konuyu da burada sunmak istedim.

10.Hukuk Dairesi burada kaçınılmazlık ilkesini dikkate alıyor. Yani diyor ki, eğer işveren aynı sosyal sigorta işlemleri yönetmeliğindeki tanım gibi, işveren eğer önlemi aldıysa ve buna rağmen kaza meydana geldiyse bu kaçınılmazlıktır. Çünkü günümüz teknolojisinde artık kaçınılmazlık diyebilmek için, gerçekten işveren tarafından her türlü önlemin alınmış olması gerekir. Dolayısıyla bir taraf işveren kusurlu, bir tarafta da kaçınılmazlık söz konusu olamaz. Meslek hastalığında da aynı yönde karar veriyorlar. İşverenin kusuru varsa, dış etkenlerden dolayı kaçınılmazlık da etkilidir bu meslek hastalığında diyemem diyor 10.Hukuk Dairesi.

21.Hukuk Dairesi ise, nispi kaçınılmazlık ilkesini kabul ediyor. Yani yüzde 30 oranında kaçınılmazlık, yüzde 70 oranında işveren kusuru olabilir diyor. Bu kaçınılmazlık indirim sebebi niteliği taşıyabilir ifadesini kullanıyor. Açıkçası kaçınılmazlıktan ne anlaşılması gerektiği de kanunda açık değil. "Kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" diye bir cümlelik bir ifadeden

bahsediyoruz. Eğer mücbir sebep anlamında bir kaçınılmazlık söz konusuysa, ben bunu uygun illiyet bağının irdelenmesi gerektiğini düşünüyorum. Eğer işveren her türlü önlemi almış olsaydım da ki bu kaza kaçınılmaz olarak meydana gelecekti, ben önleyemeyecektim diyorsa bence kaçınılmaz ilkesi dikkate alınabilir ki, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği kaçınılmazlık tanımında bunu ifade ediyor. Dolayısıyla ben de açıkçası, 10.Hukuk Dairesindeki gibi kaçınılmazlığın işlenen kusurla birlikte dikkate alınamayacak bir durum olduğunu ve dolayısıyla illiyet bağının işvereni sorumluluktan kurtardığını. Aksi halde de şu günümüz teknolojisinde, işverenin sırf kusur veremedik diye ortaya bilirkişilerin kaçınılmazlığı yüzde 20 dedikleri noktada bir kaçınılmazlık olmadığı kanaatindeyim.

Kusursuz sorumlulukta kaçınılmazlıkta ise, şunu ifade edeyim. Yani madde 23'e göre yapılan rücu davalarında kaçınılmazlık halinde ise, Yargıtay 10.Hukuk Dairesi bunu illiyet bağını kesmez, burada her durumda işveren sorumludur, çünkü burada kanunun kurduğu bir sorumluluk ilişkisi vardır. Dolayısıyla burada sadece iş kazasının olması ve kurumun ödeme yapması ve sigortanın bildirilmemesi yeterlidir. Kaçınılmazlık yüzde 100 bile olsa, bu ancak hakkaniyet indirimi sonucunu doğurur yolunda kararlar veriyor. Ben bu kararların isabetli olduğunu düşünüyorum. Çünkü dediğim gibi, buradaki kusursuzluk iş kazasının meydana gelmesindeki bir kusursuzluk değil, tamamen kanunun yarattığı bir zorunluluktur. Dolayısıyla burada işverenin yaptığı işle kaza arasında bir illiyet bağı olmasa da bu 23 dolayısıyla işveren sorumlu, ama yüzde 100 kaçınılmazlık durumunda hâkimin gerçekten hakkaniyet indirimine yetkisinin bulunduğu kanaatindeyim.

Asıl gelmek istediğim nokta, başkanla da konuştuk, müteselsil sorumluluk konusu. Biliyorsunuz normalde sigortalıya yani işçiye üçüncü kişi ve işveren birlikte kusurlarıyla zarar verdiklerinde, aralarında müteselsil sorumluluk var ve müteselsil sorumluluk zarar gören işçiye karşı olan bir sorumluluk. Zaten Borçlar Kanununun 61.maddesinde, müteselsil sorumluluk aynı zarara birden fazla kişinin birlikte sebep olması durumu olarak nitelendiriliyor.

Fakat Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı müteselsil sorumluluk söz konusu mu? Eğer halefiyet ilkesi varsa, evet o zaman Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı müteselsil sorumluluk söz konusu olur. Çünkü kurum artık sigortalının yerine geçer halefiyet ilkesinde. Fakat basit rücu dersiniz, müteselsil sorumluluğun dahi aslında tartışılabilir olduğunu düşünüyorum ve böyle bir durumda müteselsil sorumluluğun uygulanmaması gerektiği kanaatindeyim. Fakat halefiyet ilkesi söz konusu olduğu için, şu anda halefiyet üzerinden gittiğimiz için ve müteselsil sorumluluk çok net bir şekilde uygulandığı için, güncel uygulama üzerinde durup, buradaki... Başkanım biraz önce bir içtihat değişikliğine gittik dedi, ama ben dün akşamda da baktığım karar taramasında göremedim. Eğer varsa lütfen beni düzeltin. Şimdi 21.maddenin 1.fıkrasıyla 21.maddenin 4.fıkrası aynı anda gerçekleşebilir. Yani üçüncü kişinin kusuru ve işverenin kusuru.

Şöyle bir örnek, 100 bin liralık bir ilk peşin sermaye değeri olsun. İşverenin yüzde 50, üçüncü kişinin yüzde 20 sigortanın yüzde 30 kusuru olsun. Böyle bir durumda müteselsil sorumluluk olduğunda, 10.Hukuk Dairesinin uygulaması şu yönde: İşveren hem kendi kusurundan, hem de üçüncü kişinin kusuru oranında toplam yüzde 70 oranında sorumlu, ilk peşin sermaye değerinin tamamından, yani 70 bin lirayı doğrudan kurum kendisinden alabiliyor. Üçüncü kişi ise, yine her ikisinin toplamından, yani yüzde 70 oranındaki kusurdan, fakat ilk peşin sermayenin yarısı üzerinden sorumlu, bu da 35 bin liraya denk geliyor.

Burada normal işverenin sorumlu olması gereken miktar, kendi kusuruna karşı 50 bin lirayken, diyecek ki ben 70 bin lirayı ödedim, 50 bin lira benim kusurumu karşıladı, 20 bin lirayı rücu edeceğim. Peki, 20 bin lirayı kime rücu edeceksiniz? Üçüncü kişiye. Peki, üçüncü kişinin tek başına sorumluluğu ne kadar? Normal şartlarda 10 bin lira kanun maddesi gereği. Dolayısıyla 10 bin lira kurum yerine işverene yüklenmiş bir zarar oluyor. Aynı şekilde üçüncü kişi bakımından çok riskli bir durum. Üçüncü kişinin çok düşük kusur oranının olması.

İşveren yüzde 75 oranında kusurlu, üçüncü kişi yüzde 5, sigorta da yüzde 20. Yine 100 bin liralık peşin sermaye değeri olsun. Üçüncü kişi tek başına 5 bin liradan sorumlu iken, Yargıtay'ın uygulamasını dikkate aldığımızda 50 bin liranın yüzde 80'inden yani 40 bin liradan sorumlu olacak. Bunu ödediği takdirde, eğer işverene rücu edemezse, işverenin iflasi, işverenin bulunamaması durumunda yüzde 5 kusurlu olan işverenden 40 bin liralık tazminat alınması söz konusu olacak.

23.maddenin uygulamasını çok kısaca geçeceğim, örnekler üzerinde durmayacağım. 23.madde kusursuz sorumluluk olduğu için, Yargıtay işveren ve üçüncü kişinin kusurunu topluyor, artı sigortalının kusuru veya kaçınılmazlık varsa bunun da yarısını işverene yüklüyor ki, 21.maddeden daha ağır bir sorumluluk vardır. Ama geriye kalan o yarı yüzde 50 kusuru kurumun karşılaması gerektiği yönünde kararlar veriyor.

Ben bu arada aynı kürsüde çalıştığım Orhan Ersun Civan'ın da geçen sene Galatasaray'daki tebliğinde savunduğu bir görüş vardı. "Farklılaştırılmış teselsül burada uygulanabilir" demişti. Açıkçası onunla da tartıştık daha önce. Ben de aynı kanaatleyim, Türk Ticaret Kanununun 557.maddesinde düzenleniyor farklılaşmış teselsül, ama kanunun gerekçesinde de açıkça yazıyor. Müteselsil sorumluluk ağırlaştırılmış bir sorumluluk değildir ve kimse kendi kusurundan ve kendi kusuruyla uygun illiyet bağı içinde olmayan zarardan sorumlu tutulamaz. Bu sorumluluk ilkesinin kendi içinde barındırdığı bağıdır zaten, uygun illiyet bağında verdiği zarardan sorumludur.

Dolayısıyla bunun mantığı da şudur: 557.maddeyi kıyasen mi uygulayacağız? Türk Ticaret Kanunundaki maddeyi sosyal güvenlik hukukuna nasıl uygulayacağız? Hiç kıyasa gerek yoktur, ayrıca bunu tartışmaya da gerek olduğunu düşünmüyorum. Çünkü Türk Ticaret Kanununun 557.maddesi, aslında diyor ki kusuruna ve durumun gereklerine göre zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsil sorumludur diyor.

Bunu nasıl kullanabiliriz farklılaştırılmış teselsülde? Türk Borçlar Kanunundaki teselsül hükümlerini dikkate aldığımızda, bir ortak defiler, bir de kişisel defiler vardır. Ortak defileri bütün müteselsil sorumlular kuruma karşı ileri sürebilir. Farklılaştırılmış teselsülün getirdiği husus budur. Kişisel defileri de sigorta kurumuna karşı ileri sürebilirsiniz. Dolayısıyla ben üçüncü kişi olarak yüzde 5 kusurluysam, kurum bana karşı dava açtığında, ben bunu kişisel defi olarak ileri sürebilirim ve derim ki, benim kusurumun uygun illiyet bağı içinde yarattığı zarar budur ve ben ancak bu kadar miktardan müteselsil sorumluluğu tutulabilirim diyelim, sorumluluğu bu şekilde uygulayabiliriz diyorum ve bitiriyorum o zaman.

Çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

Halil ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Yine hızlı bir sunumla konuyu yetiştirmeye çalıştı. Ancak konumuz çok kapsamlı çok geniş. Şimdi sırada iş hukukunda zorunlu arabuluculuk konusu var. Bunu Sayın Av. Kürşat Karacabey sunacak. Ancak Kürşat Beyin ilk başta da bir sunum hakkını kullandığı için, ben 5 dakika indirim yapıyorum 15 dakikalık bir süre kullandırmaya çalışayım diye düşünüyorum.

Av. Kürşat KARACABEY (TBB-Emek Komisyonu Koordinatörü)- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli dinleyiciler, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Çok kapsamlı, çok doyurucu teknik hukuk sunumlarından sonra, bir parça pencere açacağız hukuk siyasetiyle ilgili bir anlamda, malum arabuluculuk mevzuatımızda esaslı değişiklikler yapılması gündemde. En önemli boyutu da, bir kısım davalarda ve özellikle iş davalarında zorunlu hale getirilmek isteniyor.

Kısa kısa iki bölümden oluşuyor benim sunumum. Birincisi, arabuluculuk ve zorunlu arabuluculuk hakkında genel hükümler çerçevesinde bir değerlendirme; ikincisi, iş uyuşmazlıklarının zorunlu arabuluculuğa ne kadar elverişli olup olmadığına ilişkin değerlendirme. Esasında sistematığımı yarım saate göre kurgulamıştık, onu 15 dakikaya indirmeye çalışacağım.

Dinleyiciler arasında hukukçuların da olmadığını gözlemlediğimiz için, “arabuluculuk nedir?” kısaca bahsedelim. Asıl olan hukuksal uyuşmazlıklarla yargısal çözüm bulmak, bağımsız mahkemelerin sorunu çözmesidir. Ancak genellikle mahkemelerin ağır iş yükleri gerekçe gösterilerek, daha kolay çözüm öngörmek üzere birtakım alt yönetim uyuşmazlık çözüm yöntemleri bütün dünyada yaygın şekilde uygulanıyor. Tahkim bunlardan biri, uzlaştırma biri, işte arabuluculuk da bunlardan biri.

Arabuluculukta şu an var olan mevzuatımız itibariyle, arabuluculuk eğitimi almış, Adalet Bakanlığındaki arabuluculuk siciline kaydını yaptırmış arabulucuların, taraflar birlikte eleniyorlar seçiliyorlar atıyorlar. Arabulucu bu kişilerin uyuşmazlık konusunda uzlaşmaları için kolaylaştırıcı ortam ve imkânlar sağlıyor. Tarafları bir araya getiriyor, iki taraf karşılıklı oturuyor, kendisi de dengeli şekilde oturuyor ikisine eşit mesafede; uyuşmazlığın esasına yönelik herhangi bir telkin ve tavsiyede öneride bulunamıyor. Sadece tarafların müzakeresinin -pazarlık da diyebiliriz- pazarlığının çıkmaza girdiği noktalarda birtakım sorularla, onların anlaşmalarını kolaylaştırıyor. Esas olan iki tarafın pazarlık etmesi, arabuluculuk da bunu kolaylaştırması, arabuluculuk mevzuatımızın da esasen zaten var olan insanlık tarihi kadar eski olan arabuluculuk uygulamasının sistemleştirmesi şeklinde tanımlayabiliriz.

Alternatif bir çözüm yöntemi olarak arabuluculuk son derece yararlı boyutlar içerir, erdemli bir kurumdur. Yani iki taraf da vicdanen tatmin olarak masadan kalkacaklar. Yarı tatmin olsa dahi, en azından razı olarak masadan kalkacaklar. Uyuşmazlığın taraflarının çözüme yönelik sayısız seçenekleri var olayın özelliğine göre, çözüme yönelik. Bunlar çok çok önemli güzel özellikler; o anlamda arabuluculuğun -normal arabuluculuk değil zaten- normal arabuluculuğun ben de şiddetli bir savunucusuyum.

Gel gelelim hazırlanmakta olan kapsamlı yasal değişiklik çalışmalarında, arabuluculuk zorunlu hale getirilmek isteniyor. Zorunluluktan kastımız ne? Bir kişi tabi olduğu mahke-

meye doğrudan dava açamayacak. Öncelikle arabulucuya müracaat edecek. Onunla ilgili prosedür tamamlanacak, ya karşı taraf reddedecek, reddettiği hususu belgeye bağlanacak ya da taraflar görüşmeler yapacaklar ve anlaşamayacaklar. Anlaşamadığına ilişkin tutanak düzenlenecek. Ancak bu tutanakla gidip dava açabilecek. Buna zorunlu arabuluculuk diyoruz. Bunun hukukun evrensel ilkelerine ve bizim mevzuatımızın esaslı kurallarına aykırı olduğunu değerlendirmekteyiz.

Kısa kısa söyleyeyim, şu gerekçelerle: Birincisi, arabuluculuk doğasında gönüllülük, isteğe bağlılık var olan bir kurum. Özünde ihtiyarılık var. Bu esasen şu şekilde savunuluyor. Deniliyor ki, arabulucuya gidilebilir, ama taraflardan biri her an çekilebilir. Hatta bir taraf diğer tarafın önerisini reddedebilir. Yani zorunluluk denilemez buna deniliyor. Doğrudan mahkemeye erişim hakkının önüne getirilen bir bariyer olarak, ille de atlanması gereken tamamlanması gereken prosedür olarak zorunluluktur ve arabuluculuk kurumunun doğasına aykırıdır. Her ne kadar arabuluculuk kurumu süreci başladıktan sonra taraflar isteğe bağlı olarak sonlandırabiliyorsa da, aynı isteğe bağlılık özgürlük gönüllülük arabulucuya gidip gitmeme noktasında da söz konusu olmalıdır.

İkinci olarak, arabuluculuk dünya genelinde sistemleştirilerek uygulanan 40 küsur ülkenin tamamında –istisnayı söyleyeceğim- ulusal ölçekte gönüllülük esasına göre yürütülüyor. Ayrıca tüm dünya literatüründe arabuluculuk, alternatif çözüm yöntemi olarak tanımlanıyor. Bir çözüm yönteminin alternatif olabilmesi için, seçimlik olması lazım. Yani yargının yanında insanların isterse gidebileceği bir yol olarak var olması lazım. Şimdi getirilmek istenilen zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğu arabuluculuk olmaktan çıkarıyor kurumsal anlamda, dava şartına dönüştürüyor. Alternatif yol olmaktan net şekilde çıkarıyor. İlle de bir davayı açabilmek için şu prosedürü tamamlayacaksınız. Buna arabuluculuk denilemez. Ayrıca tartışılmalı, alternatif çözüm yöntemleri çerçevesinde tartışılmamalı.

Daha önemlisi de, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinin anayasamıza aykırı olduğu değerlendirmesindeyim.

Bildiğiniz üzere Anayasamızın 9.maddesi hükmü, yargılama yapma yetkisinin münhasıran bağımsız mahkemelere veriyor. 36.madde, temel hürriyet olarak tanımlıyor. Maddenin içeriğinde de temel hak olarak tanımlanıyor, temel insan hakkı olarak tanımlanıyor. O da şu: Her insan meşru vasıta ve yollarla bağımsız yargıyla uyuşmazlığını, davacı ya da davalı olarak bağımsız yargıya taşıma hakkına sahiptir. Bu temel bir insan hakkı ve hürriyeti olarak tanımlanıyor. Niye? Bağımsız yargının kurulu güç odaklarından, siyasal iktidardan, yürütmeden mahsul güvenceleri var, hâkimlerimizin güvenceleri var diğer memurlardan farklı olarak; diğer özlük haklarıyla ilgili, diğer bakımlardan. Güç odaklarından etkilenmeyeceğini bildiğimiz bir mercie makama uyuşmazlığını taşımak, bizim adalet duygumuzu tatmin eder. Bunun için doğrudan bir kişinin adaletsizliğe uğradığı düşüncesindeyse, adalet arayışıyla doğrudan mahkemeye erişebilmesi temel hak olarak tanımlanıyor. Aynı şey Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de var, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde de var. Aynı ifadelerle değil, ama aynı kapsamda.

Biz zorunlu hale getirdiğimiz takdirde, doğrudan mahkemeye başvuramazsın, önce şu külfete katlanacaksın; gerek parasal, gerek zaman. Kaldı ki adalet arayışında kaybedilen zaman, hakkın çoğu zaman özüne dokunur. Gecikmiş adalet, adalet değildir anlayışı var. Bu diğer şekilde ille de geciktirmeyi sağlayan bir sonucu oluyor.

Ayrıca var olan sistemimizin ve getirilmek istenen değişikliklerle de bu sorun çözülüyor, bir başka sıkıntı var. Arabuluculuk kurumunun işleyişinin ve bununla ilgili yetkilerini doğrudan Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulması. Arabuluculuk her ne kadar teknik anlamda dar anlamda yargısal bir mekanizma değil ise de, işlevsel bakımdan geniş ve genel anlamda yargısal alana ait bir mekanizma. Yargının konusunu oluşturan hukuksal bir uyuşmazlığı başından sonuna bir bütün olarak çözüme kavuşturuyor. O çözümden sonra gidebileceğimiz mahkeme de yok artık. O halde yargısal alanla bu kadar ilgili ve iç içeyse, bu yapılanmanın arabuluculuk kuru-

munun yapılanmasının da hâkimlerin savcılarının ve avukatların kurumlarının örgütlerinin oluşturduğu özel bağımsız bir yapı şeklinde tasarlanması lazım.

Gelelim iş hukukuna. İş hukukuna gelmezden önce, dünyadaki duruma bir bakalım. Söyledim 40 civarında ülkede arabuluculuk uygulaması sistematik olarak var. 100'e yakın ülkede de değişik mevzuat hükümlerine serpiştirilmiş şekilde var, bizim mevzuatımızda da var on yıllardır var. HMK'da var, CMK'da var, Toplu İş Sözleşmesi Kanununda var, aile hukukuna ilişkin mevzuatta var arabuluculuk. Ayrıca bunun dışında bir de yargıya taşınmadan önce istatistiklere yansımayan pek çok uyuşmazlık çoğu zaman arabulucular marifetiyle çözülüyor. Bunları yok sayıyoruz. Ama biz sistemleştirilmiş arabuluculuktan bahsediyoruz. Sistemleştirilmiş arabuluculuk da 40 küsur ülkede var ve ulusal ölçekte bazı eyaletlerde sınırlı uygulamaları istisna tutarsak Amerika'da Kanada'da, ulusal ölçekte sadece İtalya'da var. İtalya'daki düzenleme 3 yıl önce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi. Başka gerekçelerle iptal edildi ve İtalya kanun hükmünde kararnameyle yedi tür davada zorunlu arabuluculuğu getirdi. Ama bunu 4 yıl süreyle geçici olarak getirdi. 4 yıl sonra 2017'de bu kanun hükmünde kararname yürürlüğünü yitirecek. Geçici getirilmesinin gerekçesi şu: Uygulamanın sonuçlarına bakalım, yeniden değerlendirelim. Orada da esasen itirazlar var. Temas ettiğimiz kişilerden itirazlarını dile getirenler oldu. Ancak geçici olması nedeniyle 2017'ye aktarıyorlar bu tartışmaları.

Onun dışında İtalya'da iş hukuku uyuşmazlıkları zorunlu arabuluculuk kapsamında değil. Esasen iş hukuku uyuşmazlıkları pek çok nedenler, bırakalım anayasayı genel hükümleri, evrensel hukuku evrensel ilkeleri, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bağımsız mahkemelerin ille de korunması ve kamusal bırakılması gerekliliğini, bunları bir yana bırakalım, iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa taşınması bizce hiç mümkün değil. İş hukukuna egemen olan ilkeler buna izin vermiyor öncelikle.

İş Mahkemesi Kanunumuz 5521 sayılı Kanun ne zaman çıkarıldı? 1950 yılında. Niçin çıkarıldı, gerek var mıydı? Tüketici mahkemeleri kuruldu, onların ayrı bir kanunu var mı? Ticaret mahkemelerinin var mı? Aile mahkemelerinin var mı? İş hukuku alanı büyük ölçüde kamu düzenini ilgilendirdiği için, kamu düzenini ilgilendiren hükümlerle ilgili olduğu için ve işçiyi koruma ihtiyacı var olduğu hissedildiği için, anayasamızın sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa o gün için istisna oluşturalım. İşçinin lehine birtakım istisnalar yaratan pek çok düzenlemeler getirdi.

Kısa kısa, tabii konunun uzmanları yanında o konuda yanlış şeyler söyleme ihtimalim var, düzeltilirse sevinirim. Sadece metinlerden kaynaklardan çalışarak tespit ettiğim kısa kısa kamu hukukuna ilişkin, kamu düzenine ilişkin bu farklılıkları dile getireceğim.

Bir, iş hukuku yargılamasında iş yargılamasında, kolaylık ilkesi var. Basit yargılama usulü bunun içindir. Bu uzlaştırma kurumuna yer verilmiştir bunun için İş Mahkemesi 7.madde, HMK 320/2'de. İş Mahkemesi Kanununun 10.maddesi uyarınca idari yoldan resen dava açılmasına yer verilmiştir. Bunları biraz daha açacaktım, zamanımız elvermiyor. İş Kanununun 3 ve 92/3 maddeleri uyarınca, idari yoldan uyuşmazlığın çözümüne yer verilmiştir. Bunlar medeni yargılama usulümüzün istisnaları, kolaylık ilkesinin gerekleri. Çabukluk ilkesi var. Biliyorsunuz temyiz veya tefhimden itibaren 8 gün içinde temyiz etme gerekliliği; çabukluğa yönelik bir istisna. Karar düzeltme yolunun kapatılması. İşçi alacaklarının iki ay içinde yerel mahkemede sonuçlandırılması zorunluluğu kanunda var, uygulamaya yansıtmasa da. Feshin geçersizliği ile işe iade davalarının yine yerel mahkemede iki ay içinde sonuçlandırılması zorunluluğu, temyizinin de bir ay içinde sonuçlandırılması zorunluluğu. Bunların hepsi, özellikle işçinin korunmasına yönelik çabuklaştırıcı hızlandırıcı öğeler. Ona sonunda kısaca değineceğim, ama yeri geldiği için yine söylemek durumundayım. Aslında bunların savunucusu olmamız lazım ve bunlar çözümsüz de değil.

Sıkıntı ne? İş yükü. İş yükünü aşmak mümkün değil mi? Şu an Türkiye’de var olan hâkim sayısı, Avrupa Birliği ortalamasına nazaran, gerek hâkim başına düşen dosya sayısı anlamında, gerekse nüfusa olan tahakküm anlamında Avrupa Birliği ortalamasının üçte biri. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin hâkim sayısını üç katına çıkarmaya gücü yetmiyor mu? Gerekirse dört katına çıkarırsın ve işçi hakkına tabi zemininden ulaşırsın.

Bir başkası, ucuzluk ilkesi; İş Mahkemesi Kanunu 1950’lerde çıkarıldığında, işçi işveren uyuşmazlıklarından vergi resim harç alınmayacağı, hatta tebligatın dahi devlet tarafından karşılanacağı hüküm altına alınmıştı. Bilahare değişiklikler yapıldı. Harçlar Kanununda hâlâ 31.madde var. 81’de onda bir daraltma yapıldı, ama yine de var. O elde farklılık.

Emredicilik, kendiliğinden araştırma ilkesi; iş mahkemelelerinin görevli bulunması, yetkinin kamu düzenine ilişkin olması, işçi sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği iddiasıyla dava açarsa, işverenin feshettiğini normalde kim ispat etmesi lazım? iddiasını ispat eder, genel kural bu yani işçinin ispat etmesi lazım. Ama ispat külfeti yer değiştiriyor yine bu sistem uyarınca; yine işçi yararına bir istisna olarak. Kendiliğinden araştırma ilkesi, iş davalarında mahkemeye Yargıtay hukuk dairelerimiz istikrarlı şekilde buna vurgu yapıyor. Tarafların delil sunması da yetmiyor, aydınlatmadığını düşündüğü değerlendirildiği konularda resen delil toplayabiliyor. Yazılar yazıp, keşifte ya da bilirkişi incelemesinde karar verebiliyor.

Daha da önemlisi son madde, zayıfın işçinin korunması ilkesidir. Bununla ilgili başkanım uzatmama açısından bir paragraf okuyacağım. 1958 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararı: “Kanun koyucu iş kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi, iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai durum ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tesirinden lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin temsilinde -bu önemli- tereddüt halinde işçinin lehine olan harç şeklinde kabul edilmesi, iş hu-

kukunun temel kaidelerinden olduğu neticesine varıldı." İşçi lehine yorumlanır diyor.

Esasen bütün bu nedenlerle toplumda şöyle bir algı var. İşçilerin dava kazanma ihtimali ve şansı daha yüksek. Evet, hakka ulaşmada birtakım kolaylıklar imkânlar tanıyor doğal olarak sistem. Bu nedenle olsa gerek, şu ana kadar -sabah söyledim- 32 tür dava türü içinde sadece iş davası yüzde 73'ü, diğer 31 dava türü yüzde 27'sini oluşturuyor 2,5 yıllık deneyimimizde arabuluculuğa başvuru anlamında.

Çözüm yargıyı güçlendirmektir. Ayrıca belki son cümle söyleyebilirim. Eğer tartışılsa, bir önceki oturumda Cem Bey özellikle ona isabetle vurgu yaptılar. Tartışılma sorumluluk zorlamasına gitmeden arabuluculuk kurumunun alternatif bir yöntem olarak işletilebilirliğine uygulanabilirliğine yönelik çok ciddi iyileştirmeler yapılabilir, önlemler alınabilir. Buna ilişkin en azından benim kabaca okuduğum yedi-sekiz ayrı önerme var. Ama zaman elvermediği için onlara giremiyoruz.

Ben teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Halil ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Sunumundan dolayı Av. Kürşat Karacabey'e çok teşekkür ediyoruz.

Değerli katılımcılar, bana göre sosyal güvenlik hukukunun en zor konusu emekli aylıklarının hesaplanması, hesaplanma yöntemi. Bu davalar önümüze geldiği zaman, biz dairelerimiz geriliyoruz ve ne yapacağımızı şaşırıyoruz, bir sürü tartışmalar var. Çünkü bunu hesaplamak bir hukukçu olmayı gerektirmiyor, hukukçuluğun yanında çok iyi bir matematikçi aktüerya uzmanı olmak gerekiyor ki işin içinden çıkabilelim. Yine de çok farklı hesaplamalar çıkıyor.

Şimdi SGK aktüerya uzmanı Sayın Okan Aydın bu konuyu nasıl çözecek, nasıl anlatacak? Buyurun.

Okan AYDIN (SGK Aktüerya Uzmanı)- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Anlatacağım konu SGK emeklilik sistemleri, özellikle farkları belirtmeye çalışacağım.

Önceki sunumlardan tabii ki birazcık farklı, sayısal bir sunum olacak. O yüzden sizi sıkacak olursam şimdiden özür diliyorum. Malumunuz üzere SGK üç kurumun birleşmesinden oluşuyor. Bunlar eski SSK Bağ-Kur ve Emekli Sandığı. Burada şöyle bir tablo yapmaya çalıştım. Buradaki her bir farklı renk, farklı bir aylık bağlama sistemini SSK için 2000 öncesi 2008 Ekim ayına kadar olan 2000-2008 arası ve 2008 sonrası olmak üzere üç farklı ayrı puanlama sistemi var. Zaten 2008'den sonra üç kurum birleştiği için, tek bir ortak sistem mevcut, üçü için de aynı aylık bağlama kuralları geçerli. Bağ-Kur için de yine aynı şekilde 2000 öncesi, 2008 Ekim arası şeklinde bir ayırım var. Emekli Sandığı için de eski memur yeni memur ayrımı, 2008 Ekim öncesi 5434 sayılı Sandık Kanununa tabi olanlar için ve 5510 sayılı Kanunun 4/C olarak ifade edilen yeni memurlar için düzenlemesi mevcut. Günün anlam ve önemine binaen, ben burada SSK yani işçilerin aylıkları nasıl hesaplanacak onu anlatmaya çalışacağım sizlere.

SOSYAL GÜVENLİK KURUMU'NDA FARKLI EMEKLİ AYLIKLARININ HESAP YÖNTEMLERİ VE AYLIKLARI FARKLILAŞTIRAN SEBEBLER

1. Emeklilik Sistemlerinin Sınıflandırılması

Emeklilik sistemlerinin yapısı, sağlanacak emeklilik faydalarının nasıl belirleneceği ve bu faydaların nasıl finanse edileceği şeklinde esas olarak iki temel boyutta incelenmektedir. Sağlanacak emeklilik faydalarının belirlenmesinde iki ana metot ön plana çıkmaktadır. Birincisi, faydaların belli kurallara ve formlere dayandığı, sigortalıların ne kadar çalışacağını önceden öngören “Tanımlanmış Fayda” (Defined Benefit) yaklaşımı, ikincisi ise emekli aylıklarının genellikle katkı miktarı ve bu katkı üzerinden biriken kazançlar tarafından belirlendiği “Tanımlanmış Katkı” (Defined Contribution) yaklaşımıdır. Emeklilik finansmanı da genel olarak iki ayrı yaklaşımla ele alınmaktadır. Birincisi, cari dönem gelirleri ile cari dönem giderlerinin karşılandığı, diğer bir ifade ile mevcut sigortalıların prim gelirleri ile mevcut emeklilerin cari dönem ödemelerinin karşılandığı “Dağıtım Esaslı” sistem (PAYGO – pay as you go), ikincisi ise sigortalıların emeklilik ödemelerinin kendi bireysel hesaplarından karşılandığı “Fonlu” (Funded) sistemdir.¹

Bu iki boyutun dışında, emeklilik sistemlerinin sürdürülebilirliğinin ciddi sorunlar teşkil ettiği son yıllarda üçüncü bir boyut daha karşımıza çıkmaktadır. Bu üçüncü boyut da sistemin aktüeryal yönden adaletidir. Aktüeryal adalet derecesine göre emeklilik sistemleri Aktüeryal ve Aktüeryal Olmayan olmak üzere iki şekilde sınıflandırılmaktadır.² Aktüeryal adalet özellikle ülkemizde aktif / pasif oranı ile karıştırılmakta sistemde yer alan her bir pasif sigortalının yükümlülüğünü karşılaya-

¹ Williamson, John B., “Assessing The Notional Defined Contribution Model”, **Center for Retirement Research Boston College**, Ekim 2004, No: 24, s. 1.

² Baroni, Elisa, “Pension Systems and Pension Reform in an Aging Society: an Introduction to the Debate”, **Institutet för Framtidsstudier**, Mayıs 2007:6, s. 13-14.

cak aktif sigortalı sayısı gibi algılanmaktadır. Aktüeryal adalet esasında sigortalının sisteme finansal anlamda yaptığı katkı ve sistemden sağladığı maddi fayda arasındaki dengedir. Diğer bir deyişle kişinin emekliliğinde aldığı çalışma hayatında verdiği eşit olması durumudur.³

2. Türkiye’de Emeklilik Sistemi ve Farklılaşan Aylıklar

Türkiye’deki mevcut emeklilik sistemi yukardaki sınıflandırma çerçevesinde değerlendirildiğinde emeklilik faydalarının belirlenmesi açısından Tanımlanmış Fayda, emeklilik faydalarının finansmanı açısından da Dağıtım Esaslı kategorilerinde yer almaktadır. Bu ayrımı net bir şekilde yapmak mümkündür. Aylık bağlama rejimi açısından sistem tipik bir Tanımlanmış Fayda modelidir ve finansman dağıtım esaslı işlemektedir ancak aktüeryal açıdan değerlendirildiğinde sistemin sınıflandırmanın hangi ucunda olduğu ya da iki zıt uç arasında hangi noktada olduğunu keskin hatlarla belirlemek mümkün değildir.⁴

Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından bağlanan aylıkların mukayesesinde bu aylıkların farklılaşma nedenleri Tanımlanmış Fayda modelinin cebirsel arka planı ile değerlendirilmelidir. Türkiye’de sosyal güvenlik sistemi ilk kurulduğu günden itibaren, uzun vadeli risklerden yaşlılık ile ilgili olan emeklilik planı, Tanımlanmış Fayda modeli üzerine oturtulmuş, belli dönemlerde uyarlamalar ve 2000 ile 2008 yıllarında da reformlar ile modernize edilmiştir. Bu uyarlamalar ve reformlar aylıkların hesaplanması ile ilgili olarak parametrik düzenlemeler öngörmüştür. Parametrik düzenlemelerden kasıt ise ilerleyen bölümlerde üzerinde detaylı olarak durulacak olan fayda modeline ilişkin olan değişkenlere ait değişiklikler olmuştur.

³ Queisser, M. ve Whitehouse E, “Neutral or Fair? Actuarial Concepts and Pension-System Design”, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, Aralık 2006, , No. 40, s.8.

⁴ Aydın, Okan, Türkiye Emeklilik Sistemi İçin Yapısal Reform Önerisi: Tanımlanmış Katkı Modeline Geçiş ve Sanal Hesaplar Üzerine Bir Uygulama (Yayınlanmamış Sosyal Güvenlik Uzmanlığı Tezi), Sosyal Güvenlik Kurumu, Ankara, 2014, s.6.

Parametrik reformlar genellikle dört başlık üzerinden yapılmaktadır. Bunlar; emeklilik yaşı, çalışma teşvikleri, emekli aylığı hesaplama yöntemi ve emekli aylıklarının artırılması şeklindedir.⁵ Türkiye’de farklılaşan aylıklar için üzerinde durulması gereken husus elbette bu başlıklardan emekli aylığı hesaplama yöntemine ilişkin olmalıdır. Tanımlanmış fayda planlarında emekli aylığına esas formül genel olarak iki bileşenden oluşur. Bunlardan ilki aylığa esas kazanç, diğeri ise kazancın emekli aylığına hangi oranda yansıtılacağını ifade eden aylık bağlama oranıdır (ABO). Aşağıdaki formül⁶ fayda esaslı bir sisteme ait aylık hesaplama yöntemini özetlemektedir.

$$TF = \sum_{i=t}^E [OK_i * (1 + gk)^{E-i}] * [ABO]$$

Formüle⁷ göre toplam sembolü içerisinde yer alan birinci bileşen aylığa esas olacak kazancı (güncellenmiş kazanç), ikinci bileşen ise aylık bağlama oranını ifade etmektedir. Bu bileşenler SGK tarafından bağlanan tüm aylıklarda⁸ benzer özellik göstermesine rağmen bu bileşenlerin hesabına ilişkin parametreler sebebiyle farklılık göstermektedir. Emekli aylıklarının hesabında sigortalılık statüsü göz önünde bulundurulduğunda (5510 sayılı Kanun 4/1-(a), 4/1-(b), 4/1-(c)) sigortalılık başlangıç tarihine göre 6 farklı aylık hesaplama yöntemi bulunmaktadır. Bunu dönemsel olarak aşağıdaki tabloda özetlemek mümkündür.

⁵ Martin, John P., Whitehouse, Edward, “Reforming Retirement-Income Systems: Lessons from the Recent Experiences of OECD Countries”, IZA Discussion Paper No. 3521 May 2008, s.4.

⁶ Formül yazar tarafından oluşturulmuştur.

⁷ Denklem “i” yılında ilk defa sigortalı olan bir sigortalıyı göstermekte ve “i” yıl indis değeri olarak “E” emeklilik tarihine kadar geçer her bir yılı temsil etmektedir. “OK”, ilgili yıla ait toplam kazancın ortalama aylık değeri, “gk” ise güncelleme katsayısıdır.

⁸ Mevzuat diline göre emekli aylığı veya yaşlılık aylığı şeklinde ifade edilebilmektedir. Dil birliği sağlanabilmesi açısından bundan sonra yazıda emekli aylığı olarak ifade edilecektir.

Tablo 1: Farklı Sigortalılık Statülerine Göre Aylık Bağlama Sistemleri

	2000	2008/EKİM
SSK (4/1-(a))		
BAĞKUR (4/1-(b))		
ES (4/1-(c))		

Kaynak: Yazar tarafından oluşturulmuştur.

Tabloya göre Emekli Sandığı (5510 SK 4/1-(c)) için iki farklı aylık hesaplama yöntemi bulunmaktadır. Bunlar aksi belirtilmedikçe hakkında 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanan eski memurlar ve haklarında 5510 sayılı Kanun hükümleri uygulanacak olan yeni memurlardır. Bu kişiler için emekli aylığı hesaplama mantığı aynı olmakla birlikte, aylığa esas olacak kazancın belirlenmesi hususunda ve aylık bağlama oranının hesaplanmasına ait parametrelerde farklılık bulunmaktadır. BAĞKUR (5510 SK 4/1-(b)) için de üç ayrı aylık hesaplama yöntemi bulunmaktadır. Burada da hesaplama mantığı aynı olmakla birlikte dönemlere dair, aylığa esas olacak aylığın belirlenmesinde ve aylık bağlama oranının hesaplanmasında farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, aylığa esas olacak kazancın belirlenmesinde 2000 öncesi ve 2000 - 2008/Ekim arası dönemlerde basamak sistemi uygulanırken, 2008/Ekim sonrasında ortalama aylık kazanç (tüm çalışma hayatını kapsayan ve tahsis talep tarihine güncellenmiş) kullanılmaktadır. Bu konu daha detaylı olarak aşağıda SSK (5510 SK 4/1-(a)) sigortalıları için dönemsel olarak anlatılacaktır.

3. SSK İçin Aylık Hesaplama Yöntemi

SSK aylığının hesaplanmasında hangi sistemin kullanılacağı iki boyutta tespit edilmektedir. Bu boyutlardan ilki sigortalılık başlangıç tarihi, ikincisi ise tahsis talep tarihidir. Aşağıdaki tablo uygulanacak rejimin belirlenmesi hususunda özet bir bilgi sunmaktadır.

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

OKAN AYDIN'IN
TEBLİĞİ

Tablo 2: Uygulanacak Aylık Bağlama Sisteminin Belirlenmesi

SİGORTALILIK BAŞLANGIÇ TARİHİ	TAHSİS TALEP TARİHİ		
	2000/ÖNCESİ	2008/EKİM ÖNCESİ	2008/EKİM (DÂHİL) SONRASI
2000/ÖNCESİ	GÖSTERGE	GÖSTERGE + 4447 SK	GÖSTERGE+4447 SK+5510 SK (KARMA SİSTEM)
2000-2008/ EKİM ARASI		4447 SK	4447 SK+5510 SK
2008/EKİM (DÂHİL) SONRASI			5510 SK

Kaynak: SGK Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Eğitim Notları

Tabloya göre SSK aylıkları için üç farklı hesaplama yöntemi bulunmaktadır.⁹ Sigortalılık başlangıç tarihi ve tahsis talep tarihine göre bu sistemlerden biri veya birkaçından oluşan karma sistemler kullanılmaktadır. Örneğin 2000 yılı öncesinde sigortalılık başlangıcı olan bir kişinin 2008/Ekim dâhil olmak üzere sonrasında tahsis talebinde bulunması halinde üç farklı hesaplama yönteminin birleşiminden oluşan karma sistem uygulanacaktır. Burada aylıkları farklılaştıran nedenler üzerinde durulduğundan karma hesaplama yönteminden ziyade her üç döneme ait hesaplama yöntemleri detaylı olarak incelenecektir.

3.1. 2000 Öncesi Dönem

2000 yılı öncesi dönem aylık hesaplamasında gösterge sistemi kullanılmaktadır. Yukardaki bölümlerde de anlatıldığı üzere Tanımlanmış Fayda planlarında emekli aylığı, aylığa esas bir kazanç ve aylık bağlama oranı vasıtasıyla hesaplanmakta-

⁹ 2000 öncesi dönemde de belirli dönemlerde aylık hesabına ilişkin belirli uyarlamalar yapılmış olsa da temel olarak aylık hesaplama sistemi aynıdır. Örneğin 28/02/1981 öncesi dönemde ortalama yıllık kazancın hesabında son beş yıl içerisindeki en yüksek kazancın bulunduğu üç yıl alınırken bu 01/04/1981-31/12/1981 arası dönemde son beş yıl içerisindeki en yüksek kazancın bulunduğu dört yıl olarak uygulanmıştır.

dır. Burada aylığa esas kazanç kişinin gösterge değeri ve bir katsayının çarpımı yolu ile hesaplanmaktadır. Sonrasında da bu değer aylık bağlama oranı ile çarpılarak emekli aylığı hesaplanmaktadır. Sonuç olarak 2000 yılı öncesine ait formülü¹⁰ şu şekilde özetlemek mümkündür.

Gösterge x Katsayı x ABO

Burada gösterge değeri 2011/58 sayılı Genelgede de izah edildiği üzere, *“Sigortalının 2000 yılından önce çalıştığı sektör (kamu/özel) için geçerli olan ve ortalama yıllık kazanç hesabına giren takvim yılı sayısı esas alınmak suretiyle hazırlanan gösterge ve üst gösterge tespit tablolarında ortalama yıllık kazanç eşit sayının, tabloda eşit sayı yoksa en yakın sayının karşılığı olarak alınacaktır. Gösterge sistemi ilk olarak 1978 yılında kullanılmaya başlamıştır. Daha sonra 506 sayılı Kanuna 20.06.1987 tarihli ve 3395 sayılı Kanunla eklenen ek 20 inci madde ile gösterge tablosunun yanında üst gösterge tablolarına da yer verilmiştir. Tablolar kullanılırken önce üst gösterge tabloları kullanılmakta burada karşılığı bulunamadığı takdirde gösterge tablolarına gidilmektedir. Katsayı ifadesinden kasıt ise, “En son 01.07.1999 tarihinde belirlenen ve 31.12.1999 tarihinde geçerli olan 12.000 rakamıdır.”¹¹ Sonuç olarak formül güncel hali ile “Gösterge x 12000 x ABO” formunu almaktadır.*

Aylık Bağlama Oranı da adı geçen Genelgeye göre şu şekildedir: *“Gösterge Tablosu’ndan hak kazanılan yaşlılık aylıklarının oranı % 60 tır. Üst Gösterge Tablosu’nun her kademesi için ayrı bir oran belirlenmiş olup, 10’uncu derecenin 1 inci kademesinin karşılığı oran % 59,9, 1inci derecenin 10 uncu kademesinin karşılığı oran ise % 50’dir. Ara göstergelerin oranları ise en düşük göstergenin karşılığı olan % 59,9 oranı, izleyen her gösterge için binde bir azaltılarak belirlenmiştir. Belirlenen oranlar; Sigortalı kadın ise 50, erkek ise 55 yaşından sonra doldurulan her tam yaş için ve 5000 günden fazla ödenen her 240 günlük prim için (1) er puan arttırılacak, 5000 günden eksik*

¹⁰ Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı SSGM 22.07.2011 T.,2011/58 sayılı Genelge

¹¹ Hâlihazırda bağlanan aylıklar için geçerli olan katsayıdır.

her 240 günlük prim için (1) er puan eksiltilecektir. Özel koşullara göre Gösterge Tablosundan bağlanan aylığın oranı % 60 ın altında olmayacaktır. Özel koşullara göre aylığa hak kazananlar için indirim uygulanmayacaktır. ABO hiçbir şekilde % 85 i geçmeyecektir."

3.2. 2000 - 2008/Ekim Arası Dönem

2000 yılındaki reform ile emekli aylığına esas olacak kazancın tespitinde kişinin son belli bir yılının ortalamasının alınması yerine tüm çalışma hayatını kapsayan ve tahsis talep tarihine güncellenen ortalama kazancın kullanılması yoluna gidilmiştir. Bu döneme ait emekli aylığına ilişkin formül (Ortalama Yıllık Kazanç*ABO)/12 şeklindedir. Ortalama yıllık kazanç 2011/58 sayılı Genelgeye göre; "2000 (dâhil) yılından 2008 yılına kadar geçen her takvim yılına (2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 ve 2006) ait prime esas kazanç, kazancın ait olduğu takvim yılından itibaren 2008 yılına kadar geçen her takvim yılı için önce Aralık ayına göre açıklanan TÜFE'deki artış oranı daha sonra gelişme hızı kadar arttırılarak güncellenecektir. 2007 ve 2008/Ocak-Eylül (dâhil) kazançlar, kendinden sonra geçen yıl olmaması ve güncel olması nedeniyle güncellenmeden olduğu gibi alınacaktır. Güncellenen kazançlar toplamının, 2000 yılı (dâhil) ile 2008/Eylül (dâhil) arasındaki prim ödeme gün sayısına bölümününün 360 katı ortalama yıllık kazancı vermektedir." Burada farklılık yaratan husus güncelleme hesabında TÜFE ve Gelişme Hızının tamamının kullanılmasıdır. Aylık Bağlama Oranı da adı geçen genelgeye göre; "Toplam prim ödeme gün sayısının ilk 3600 günün her 360 günü için % 3,5, sonraki 5400 günün her 360 günü için % 2, daha sonraki her 360 gün için % 1,5 oranlarının toplamından oluşmaktadır." ABO, dikkat edilecek olursa daha uzun süre çalışmayı teşvik etmekten ziyade ilk yıllar için daha yüksek öngörülmekte, çalışma süresi arttıkça emekli aylığına esas olacak oran azalmaktadır. Ayrıca bu oranlar her 360 gün için verilmekte olup kesirli süreler dikkate alınmamaktadır.¹² Bu dönemde ABO'ya ilişkin herhangi bir üst sınır bulunmamaktadır.

¹² Aynı şekilde 2000 öncesi dönemde de her 240 gün için oran arttırılmakta kesirli süreler dikkate alınmamaktadır.

3.3. 2008/Ekim Sonrası Dönem

2008/Ekim sonrası dönemde de 2000 – 2008/Ekim arası dönemde olduğu gibi tüm çalışma hayatını kapsayan ve tahsis talep tarihine güncellenen ortalama kazancın kullanılması prensibi korunmuştur. Burada iki dönem arasında bulunan tek fark güncelleme katsayısından kaynaklanmaktadır. 2000 – 2008/Ekim arası dönemde güncelleme katsayısı TÜFE ve Gelişme hızının tamamından oluşurken 2008/Ekim sonrasında güncelleme katsayısı TÜFE ve Gelişme Hızının %30'undan oluşmaktadır. Bu sebeple 2000 – 2008/Ekim arası aylık bağlama sisteminin güncelleme mantığının daha bonkör olduğu söylenebilir. Bunun dışında formüle ilişkin ufak bir farklılık dışında emekli aylığının hesaplama mantığı benzerdir. Bu döneme ilişkin formül *Ortalama Aylık Kazanç*ABO* şeklinde özetlenebilir. Burada Ortalama Aylık Kazanç, 2011/58 sayılı Genelgeye göre; “2008/Ekim (dahil) ve sonraki her yıla ait prime esas kazancın, ait olduğu yıldan itibaren aylık talep veya ölüm tarihine kadar geçen yıllar için, her yıl gerçekleşecek güncelleme katsayısı ile güncellenerek bulunan kazançlar toplamının, 2008/Ekim (dahil) daha sonraki prim ödeme gün sayısına bölünmek suretiyle hesaplanan ortalama günlük kazancın 30 katıdır.” Aylık Bağlama Oranı da aynı Genelgeye göre; “sigortalının malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi geçen toplam prim ödeme gün sayısının her 360 günü için % 2 olarak uygulanacaktır. Bu hesaplamada 360 günden eksik süreler orantılı olarak dikkate alınacaktır.” 2008/Ekim sonrasında tek bir ABO belirlenmiş ve kesirli sürelerin de dikkate alınması yoluna gidilmiştir. Ayrıca bu dönemde ABO'nun %90'ı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır.

4. Aylıkları Farklılaştıran Sebeplere İlişkin Sonuç ve Değerlendirme

Birinci başlık altında anlatıldığı üzere Tanımlanmış Fayda planlarında emekli aylıkları belli kurallara göre hesaplanmaktadır. Klasik bir fayda formülünde de aylığa esas olacak kazanç ve bir aylık bağlama oranı bulunmaktadır. Türkiye’de de emeklilik sisteminde ilk günden itibaren Tanımlanmış Fayda

esasî benimsenmiş ve emekli aylıkları belli kurallara göre belirlenmiştir. Bazı dönemlerde formüle ilişkin yapılan parametre değişiklikleri ve reformlar hesaplanan aylıklarda farklılıklar olmasına yol açmıştır. Formülün ilk bileşeni olan aylığa esas kazanç 2000 öncesi sistemde gösterge tabloları ile belirlenirken, 2000 - 2008/Ekim arası ve 2008/Ekim sonrası dönemde güncellenmiş kazançlar üzerinden hesaplanmaktadır. Bu iki dönemde de güncelleme esasî benimsenmekle birlikte tek farklılık güncelleme katsayısında görülmektedir. 2000 - 2008/Ekim döneminde gelişme hızının tamamı katsayıya dâhil edilirken, 2008/Ekim sonrası dönemde gelişme hızının %30'u nazara alınmaktadır. Bu sebeple bağlanan aylıkları değiştiren ilk sebep emekli aylığına temel teşkil edecek kazancın belirlenmesi hususundadır.

Formülde yer alan ikinci bileşen Aylık Bağlama Oranı da dönemsel uyarlamalara tabi tutulmuş, reform dönemlerinde ise daha radikal değişikliklere uğramıştır. 2000 öncesi dönemde sabit bir baz oranı üzerine yaştan artırım ile gündem artırım/eksiltme prensibi uygulanmıştır. 2000 sonrasında yer alan her iki dönemde ise herhangi bir sabit baz oran kullanılmaksızın tüm çalışma hayatını kapsayacak şekilde ABO hesaplamasına gidilmiştir. Bu iki dönemde farklı oranlar kullanılmakla birlikte bir farklılık da 2008/Ekim sonrası dönemde kesirli günlerin de ABO hesabına dâhil edilmesi konusunda olmuştur.

Yukarda genel olarak bir Tanımlanmış Fayda planında emekli aylığını değiştirebilecek nedenler ve bunun Türkiye'deki dönemsel karşılıkları açıklanmaya çalışılmıştır. Bu nedenlerin dışında Türkiye'de emekli aylıklarının farklılaşmasına neden olan üçüncü bir olasılık daha bulunmaktadır. Bu da alt sınır aylığı uygulamalarıdır. Alt sınır uygulamaları kişilerin belli bir gelir seviyesinin altına düşmemesini amaçlar. Alt sınır aylığı uygulaması, 2000 öncesi dönemde¹³ en düşük gösterge rakamının ilgili dönem katsayısı ile çarpılarak bulunan değere %70

¹³ 2000 yılı öncesinde 28.02.1981 tarihine kadar bu kural uygulanmakla birlikte, öncesinde Asgari Ücret * %70 kuralı uygulanmıştır.

ABO uygulanması suretiyle hesaplanmaktaydı. 2000 - 2008/ Ekim arası dönemde alt sınır günlük prime esas kazancın 30 katının %35'i olarak uygulanırken, 2008/ Ekim sonrasında 5510 sayılı Kanuna göre; sigortalının çalışma süreleri için prime esas günlük kazanç alt sınırları dikkate alınarak, talep yılına ait Ocak ayı itibariyle belirlenen ortalama aylık kazancının % 35'inden, sigortalının talep tarihinde bakmakla yükümlü olduğu eşi veya çocuğu varsa % 40'ından az olamayacak şekilde uygulanmıştır.

Sonuç olarak SGK tarafından bağlanan emekli aylıklarının (SSK aylıkları için) farklılaştıran nedenler ve nedenlere ait parametreleri aşağıdaki tabloda özetlemek mümkündür.

Dönem	Emekli Aylığına Esas Kazanç	Aylık Bağlama Oranı	Alt Sınır Aylığı
01.01.1988-14.01.2000	Gösterge tablosu için son 5 yıla ait kazançların ortalaması Üst gösterge tablosu için; 1994 yılı 6 yıl, 1995 yılı 7 yıl, 1996 yılı 8 yıl, 1997 yılı 9 yıl, 1998 ve sonraki yıllar 10 yıllık kazançların ortalaması.	Gösterge tablosu baz oran %60'dır. Kadın için 50, Erkek için 55 yaştan sonraki her tam yaş için +1, 5000 günden sonraki her 240 gün için +1, eksik olan 240 gün için -1, Üst gösterge tablosu için baz oran %50'dir. 1/1/1992 tarihinden sonra baz oran %50-59,9 arasında değişmekte, Kadın için 50, Erkek için 55 yaştan sonraki her tam yaş için +1, 5000 günden sonraki her 240 gün için +1, eksik olan 240 gün içinde -1 puan eklenmektedir. (ABO %85'ten fazla olamaz.)	En düşük gösterge x Katsayı x %70
01.01.2000-2008/Ekim	İlgili yıllara ait prime esas kazanç tutarlarının, takip eden yılın TÜFE ve GH oranlarıyla tahsis talep tarihine taşınması sonucu bulunan güncellenmiş kazanç tutarlarının 2000 sonrası gün sayısına bölünmesi sonucu bulunan ortalama günlük kazancın 360 katı.	İlk 3600 gün için her 360 gün %3,5 Sonraki 5400 gün için her 360 gün %2, 9000 günden sonraki her 360 gün için %1,5 (ABO üst sınır yoktur.)	Prime esas günlük kazanç alt sınırının 30 katının %35'inden az olamaz.

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

OKAN AYDIN'IN
TEBLİĞİ

2008/Ekim Sonrası	Her takvim yılına ait prime esas kazanç, kazancın ait olduğu takvim yılından sonra tahsis talep tarihine kadar geçen her takvim yılında, güncelleme katsayısı ile güncellenir. Güncellenen kazançlar toplamı prim gün sayısına bölünerek bulunan günlük kazanç 30 ile çarpılır.	Toplam prim ödeme gün sayısının her 360 günü için %2 olarak uygulanır. Bu hesaplamada 360 günden eksik süreler orantılı olarak dikkate alınır. (ABO %90'dan fazla olamaz.)	Sigortalının çalışma süreleri için prime esas günlük kazanç alt sınırları dikkate alınarak, talep yılına ait Ocak ayı itibarıyla belirlenen ortalama aylık kazancının %35'inden, sigortalının talep tarihinde bakmakla yükümlü olduğu eşi veya çocuğu varsa %40'ından az olamaz.
----------------------	---	--	--

Kaynak: Yazar tarafından derlenmiştir.

Halil ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Süreyi çok verimli kullanan Okan Aydın Beye teşekkür ediyoruz. Gerçekten uyarıya neden olmadan sonlandırdı.

Değerli katılımcılar, öğleden sonraki oturumumuzu sonuçlandırmış bulunuyoruz. Hepinize saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

EMEĞİN HUKUKU
KURULTAYI-2

Üçüncü Oturum

SUNUCU- Değerli konuklar, kurultayımızın “Toplu İş Hukuku” başlıklı üçüncü oturumunda, oturum başkanlığını Yargıtay 20.Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Seracettin Göktaş yapacaklar. Sunuşlarda ise, “sendika genel kurul kararları ve iptal davası ve şartları” başlıklı sunuşu Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Dr. Emine Tuncay Kaplan, “toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi ve ortaya çıkan sorunlar” başlıklı sunuşu Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesinden Prof. Dr. Aydın Başbuğ, “sendika yöneticisinin güvencesi” başlıklı sunuşu Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Dr. Şükran Ertürk, son olarak “sendikal tazminatlar” başlıklı sunuşu ise Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Doç. Dr. Ercüment Özkaraca yapacak.

Şimdi ben sözü oturum başkanımıza bırakıyorum. Teşekkür ediyorum.

Av. Ali Çetin AYGÜN (Oturum Başkanı)- Hoş geldiniz. Türkiye Barolar Birliği Emek Komisyonu adına tüm konuklarımıza yeniden hoş geldiniz derken bir yanlışlığı düzelteyim öncelikle. Seracettin Göktaş Beyin işi dolayısıyla oturum başkanlığını Emek Komisyonu Başkanı olarak ben yürüteceğim. Bu yanlışlık için özür dileriz.

ALİ ÇETİN
AYGÜN'ÜN
KONUŞMASI

Konuşma sırasında da bir değişiklik yaptık, çünkü uçağa yetişecek hocalarımız. Onun için birinci söz hakkımızı konuşmasını “sendika yöneticisinin güvencesi” başlığıyla Prof. Dr. Şükran Ertürk hocamıza veriyorum.

SENDİKA YÖNETİCİSİNİN GÜVENCESİ

Prof. Dr. Şükran Ertürk*

GİRİŞ

Demokrasilerde sendikalar olmazsa olmaz yapılar olarak kabul edilmektedir. Bu durum, işçi ve işverenlere serbestçe sendika kurma, sendikalara üye olma gibi bazı hak ve özgürlükleri gündeme getirmekte, böylece “sendika özgürlüğü” kavramı ortaya çıkmaktadır.

Sendika özgürlüğü çok geniş bir kavramdır ve çifte temel hak olarak kabul edilmektedir. Bu durumda sendika özgürlüğünü “Bireysel Sendika Özgürlüğü” ve “Kolektif Sendika Özgürlüğü” olmak üzere iki kısma ayırarak incelemek mümkündür.

I. BİREYSEL SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ

Bireysel sendika özgürlüğü, bireylerin serbestçe sendika kurabilmeleri, kurulmuş sendikalara üye olabilmeleri, sendikadan ayrılmaya, sendika kurmaya ve üye olmaya zorlanmalarını şeklinde ifade edilebilmektedir. Anayasa m. 51’de bu özgürlük düzenlenmiştir.

Bireysel sendika özgürlüğünü kendi içinde *pozitif* ve *negatif* olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Pozitif sendika özgürlüğü, işçilerin devlete ve işverenlere karşı korumasına yönelirken; negatif sendika özgürlüğü, üyeleri sendikalara karşı korumayı amaçlamaktadır.

Tarihsel süreçte sendika özgürlüğü önce, sendika hareketlerini devlet ve işveren baskısından korumak şeklinde, sadece “pozitif sendika özgürlüğü” olarak düşünülmekteydi. Daha sonra sendikaların güçlenmesiyle birlikte, işçileri sendikalara ve sendikaların etkisiyle hareket eden işverenlere karşı koruma ihtiyacı doğmuş ve bu doğrultuda “negatif sendika özgürlüğü” kavramı ortaya çıkmıştır.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

II. KOLEKTİF SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ

Sendika özgürlüğünün kolektif yönü ise, sendikaların varlıklarının ve faaliyetlerinin korunmasını ifade etmektedir. Anayasa m. 51'de açıkça belirtilmemişse de maddenin mantıksal yorumundan ve sendikaların varlık nedenlerinden hareket edilerek, Anayasanın bireysel sendika özgürlüğünün yanı sıra kolektif sendika özgürlüğünü de güvence altına aldığı sonucu çıkartılmaktadır.

A. SENDİKAL GÜVENCELER

Sendikal Güvenceleri Kanunda da görüldüğü üzere 3 kısma ayırarak incelemek mümkündür.

- Sendika Yönetici Güvencesi
- İşyeri Sendika Temsilcisi Güvencesi
- Sendika Özgürlüğü Güvencesi

1. SENDİKA YÖNETİCİ GÜVENCESİ

Sendika Yöneticileri Güvencesi asıl olarak 6356 sayılı Kanun'un 23. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak uygulanacak düzenleme bununla sınırlı değildir. Sendika Yöneticiliği işyerinde çalışmaya devam eden ve etmeyen (uygulamadaki ifade ile amatör ve profesyonel yöneticiler) olmak üzere ikiye ayrılır. Profesyonel sendika yöneticilere ilişkin eski Kanunlarda da mevcut Kanunda olduğu gibi düzenlemeler bulunmaktaydı. Ancak amatör sendika yöneticileri bakımından aynı durum söz konusu değildi. 274 sayılı Sendikalar Kanununda amatör sendika yöneticisi güvencesi yer alıyorken, 1970 tarihinde 1317 sayılı Kanun ile bu düzenleme kaldırılmıştır. Bu durum 2821 sayılı Kanun Döneminde de devam etmiştir. Ancak 6356 sayılı Kanun ile birlikte bu olumsuz durum değiştirilmiş ve amatör sendika yöneticileri de ayrı bir güvenceye tabi tutulmuştur.

Amatör sendika yöneticilerine, profesyonel sendika yöneticilerinde olduğu gibi ayrı hükümler düzenlenmemiştir ve

işyeri sendika temsilciliği güvencesi tabi tutulmuşlardır. Bu sebeple, SenTisK m. 23 ün yanı sıra m. 24' ün de sendika yönetici güvencesi ile bağlantılı olduğunu söyleyebiliriz. Zaten SenTisK m. 24/V'de "Bu madde hükümleri işyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler hakkında da uygulanır" denilerek bu açıkça belirtilmiştir.

2. PROFESYONEL SENDİKA YÖNETİCİSİ GÜVENCESİ

Profesyonel sendika yöneticileri md. 23 ile çeşitli şekillerde koruma altına alınmışlardır. *Öncelikle eski Kanun döneminde doktrinde ileri sürülen askı durumu kanunlaştırılmıştır:*

Profesyonel yöneticiliğe başlandığında, öncelikle yönetici seçilen işçinin iş akdi askı durumuna geçecektir. Böylece işçinin iş akdi eskisi gibi işçi tarafından feshedilmiş sayılıp sona ermeyecek, yöneticilik süresi boyunca askı hâlinde de olsa devam edecektir. *Bu askı durumunun getirilmesindeki amaç, yöneticiliğin Kanunda sayılmış olan 4 durumdan biri (eski Kanundaki kapsam genişletilmiştir) ile bitme durumundaki işverenin işe başlatma yükümlülüğüne hukuki bir dayanak sağlamaktır.* Bu askı hali çeşitli soruları gündeme getirecektir. Bunlardan ilki iş sözleşmesi askıda olan sendika yöneticileri, işyerinin işçi sayısına dâhil edilecek midir? Doktrinde bu konuda 2 ayrı görüş vardır. Bir görüşe göre her ne kadar sözleşme devam ediyorsa da, sendika yöneticisinin fiilen çalışmadığı bir işyerinin işçi sayısına dâhil edilmesi âdil bulunmamaktadır. Zaten sendika yöneticileri, ücretleri işveren tarafından ödenmediğinde sigorta kayıtlarında da o işyerinin işçisi olarak gözükmeyeceklerdir. Ayrıca işyerindeki işçi sayısının kıstas kabul edildiği durumlarda genelde "çalışan işçi", "çalıştırılan işçi" ibareleri kullanılmış olduğundan, sendika yöneticileri sayıya dâhil edilmeyecek, sonuç olarak uygulamada herhangi bir sorun da çıkmayacaktır.

Aksi görüş ise sözleşme askıda da olsa hala devam edeceğinden işçi sayısına dahil edilmesi gerektiği yönündedir.

İkinci sorun ise, bu askı döneminde iş sözleşmeleri işveren-
ce feshedilebilecek midir? Genel olarak bir iş sözleşmesi, askı
süresince haklı nedenlere dayanılarak hem işçi hem de işveren
tarafından feshedilebilmektedir. Ayrıca iş sözleşmesi askıday-
ken süreli fesihle de sözleşmeyi sona erdirmek mümkündür .
Bu konuda da iki farklı görüş bulunmaktadır.

Bir görüş, bunun mümkün olabileceği ve böyle bir durum-
da SenTisK m. 25'deki "Sendika Özgürlüğünün Güvencesi"nin
devreye girebileceği savunmaktadır.

Katıldığımız diğer görüş ise askı boyunca feshin söz ko-
nusu olamayacağıdır. Kanaatimizce de her ne kadar sendika
yöneticiliği bakımından askı durumunda bir sözleşme mevcut-
sa da, genel askı teorisi uyarınca mümkün olan fesihlerin, yö-
neticiler için uygulanması doğru olmayacaktır. Çünkü aksinin
kabul edilmesi, SenTisK m. 23'de getirilmiş bu güvencelerle
örtüşmeyecektir.

Askı durumunun bir sonucu olarak işçiyi işe başlatma yükümlü-
lüğü:

sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi,

seçime girmemek,

yeniden seçilmemek

kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevin sona ermesi hâlinde,
sona erme tarihinden itibaren 1 ay içinde ayrıldığı işyerinde
işe başlatılmak üzere işverene başvurabilecek; işveren, talep
tarihinden itibaren 1 ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski
işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak *zorun-*
da olacaktır.

Bir ay içindeki işverene başvuru bakımından sözleşmenin
belirli veya belirsiz süreli olması da önem taşımamaktadır.
Belirli süreli iş sözleşmesi askıda olan işçilerin de çalışmaya
başlatılmalarını talep etmeleri mümkün olabilmektedir. Ancak
bunun için sözleşmelerinin süresinin dolmamış olması gerekir.
Eğer süresinin dolmasıyla birlikte sözleşme bittiyse, daha son-

ra yöneticilik görevi Kanunda sayılan durumlarla sona ermiş olsa bile yöneticinin işe tekrar başlatılmasını talep edebilmesi mümkün değildir. İşçi işverene bir ay içinde başvurduktan sonra, işveren bu başvuru tarihinden itibaren “bir ay” içinde bu işçiyi, o andaki şartlarla, eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Kanun metninde her ne kadar işe başlatma bir zorunluluk olarak düzenlenmişse de m. 23’deki “*Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır*” ifadesi sebebiyle aslında bir seçimlik hak tanınmış olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü bu hükme aykırı davranan işveren için ne hukuki ne de cezai herhangi bir yaptırım getirilmemiştir. Burada tartışma yaratan kısım, bahsedilen feshin, diğer fesihlerde meydana gelen sonuçları oluşturup oluşturmayacağıdır. Bu konuda da iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş, başlatmamanın bir işveren feshi sayılacağını Kanunun kendisi belirttiğinden dolayı buradaki feshin, klasik bir fesih olarak değerlendirilmemesi ve denetime tâbi tutulmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüş, Kanunun fesih saydığı bir durumda hâkimin, feshin geçersizliğini tespit edebilmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Kanunun amacının, iş ilişkisinin mutlak bir şekilde devam etmesi olmadığı savunulur. Çünkü mutlak işe iadeyi öngören işyeri sendika temsilcileri/ amatör sendika yöneticilerinin güvencelerinden farklı bir düzenleme getirilmiştir. Sonuç olarak bu görüşe göre işçi, ihbar tazminatı ve sendikal tazminat talep edemeyecek ve iş güvencesi kapsamında olsa da işe iade davası açamayacaktır. Bu anlayışa göre, Kanunun “işveren feshi” ibaresine yer vermesindeki amaç kıdem tazminatına hak kazandırmaktır. Katıldığımız diğer görüş ise, SenTisK m. 23/II’de işverence yapılmış sayılan bu feshin, normal bir feshin sonuçlarına tâbi olacağı yönündedir. Çünkü Kanunda yeni ve özel bir fesih türü oluşturulmamıştır. Bu sebeple SenTisK m. 23’deki feshin, diğer fesihlerden farklı bir değerlendirme yapılmamalıdır. Böylece, görevi sona ermiş yönetici, iş güvencesi kapsamına giriyorsa feshin geçerliliğini denetleyebilecek, yani işe iade davası açabilecektir. Hatta bu kişilere iş güvencesine tâbi olsun olmasın kıdem tazminatının yanı sıra ihbar tazminatı da ödenebilecek-

tır. Eğer belirli süreli iş sözleşmesi söz konusu ise de, sözleşmeleri süresinden önce haksız olarak feshedildiği için işçiler, bakiye ücret tutarında tazminata hak kazanacaklardır . Hatta eğer belirli süreli iş sözleşmesi söz konusu ise de, sözleşmeleri süresinden önce haksız olarak feshedildiği için işçiler, bakiye ücret tutarında tazminata hak kazanacaklardır.

a. Sendika Yöneticisinin Göreve Başladığı Tarihte veya Askı Süresi İçinde İş Akdini Feshedebilmesi

SenTisK m. 23'de askı durumu ve bu doğrultuda işe başlatma yükümlülüğü getirilmişse de işçiler bu düzenlemeden yararlanmak zorunda değildirler. İşçinin burda bir seçimlik hakkı bulunmaktadır. Yönetici olan işçi askı halini seçebileceği gibi , ister yöneticilik anında isterse askı süresini kabul ettikten bir süre sonra askıdaki iş sözleşmesini feshedebilecektir.

- İşçi bu şekilde sözleşmesini bildirimsiz olarak feshedecek *ve buna rağmen* ihbar tazminatı, cezaî şart veya TBK m. 439/I gereği bir tazminat da ödemek zorunda kalmayacaktır .
- Burada işçiye tanınmış olan fesih hakkı, *bildirimsiz/olağanüstü fesih hakkı* olarak kabul edilebilmektedir

b. Sendika Yöneticisinin Göreve Başladığı Tarihte veya Askı Süresi İçinde İş Akdini Feshedebilmesine Bağlı Olarak Kıdem Tazminatına Hak Kazanma

İşçiye bildirimsiz/olağanüstü fesih hakkı tanınmış olduğunu belirttik. Kanun bunun yanı sıra bu yolu seçen sendika yöneticisinin Kıdem Tazminatı Hakkı'nı da düzenlemiştir. İşçi, iş sözleşmesini 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesindeki kıdem tazminatı ödenecek hâllere girmeyecek şekilde feshetmesine rağmen, SenTisK m. 23'deki düzenleme sayesinde kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Ancak şüphesiz sözleşmenin feshedildiği an, işçi bir yıllık süre koşulunu sağlıyorsa bu kıdem tazminatı söz konusu olabilecektir .

Sendika Yöneticisi Görevinin Kanundaki 4 Hal Dışında Bir Sebep Sona Ermesi Durumuna Bağlı Olarak Kıdem Tazminatına Hak Kazanma

SenTisK m. 23/II'de sona erme hâllerinin ayrı ayrı belirtilmesi ve SenTisK m. 23/son'da yer alan "Yukarıda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisine ise başvuruları..." düzenlemesine bakılarak, işe başlatma yükümlülüğü kapsamının sayılan durumlarla sınırlı olduğu söylenebilse de (*Bu sayımın sınırlı sayım olmadığını düşünen bir görüş de mevcuttur*); olması gereken hukuk (De Lege Ferenda) ve Kanun maddesinin getiriliş amacı bakımından bu dört durumun sıkı sıkıya kabul edilmesi doğru bulunmamaktadır. Çünkü her ne kadar eski Kanunda sayılan sebepler genişletilip, SenTisK m. 23'e "sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi" durumu eklenmişse de, hâlâ düzenlemenin korumayı amaçladığı kesime dâhil olan ancak maddede sayılmayan başka sona erme şekilleri bulunmaktadır. Örneğin, Kanun yapım aşamasında oluşturulmuş olan taslaklardan birinde düzenlenen, sendika tüzel kişiliğini sona erdirmeyen ancak sendika yöneticisinin görevinin sona ermesine yol açacak "sendika şubesinin ortadan kalkması" hususuna SenTisK'da yer verilmemiştir.

Profesyonel sendika yöneticisinin, amatör sendika yöneticisi statüsüne geçmesiyle de profesyonel sendika yöneticiliğinin sona ermesi durumunda da kişi bu sınırlı sayım kapsamına giremediğinden işçi işe başlatılmayı talep edemeyecektir. Ancak neyse ki bu 4 hal dışındaki kişiler tamamen güvencesi bırakılmamış ve Kıdem Tazminatından yararlanabilme imkanı tanınmıştır. Özellikle eski Kanundaki "Yönetim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile ilgili fiillerinden dolayı hüküm giymiş olanlar bu haktan yararlanamazlar" düzenlenmesinin kaldırılması ve bu kişilere de en azından kıdem tazminatı hakkı tanınması non bis in idem bakımından da yerinde olmuştur.

Sonuç olarak güvence kapsamında kıdem tazminatına hak kazanma şu durumlarda olacaktır.

- Sendika yöneticisinin iş sözleşmesini yönetici seçilir seçilmez veya daha sonra feshetmesi (SenTisK m. 23/I),
- İşe başlama talebine rağmen, işçinin bir ay içinde işe başlatmaması sebebiyle işveren feshinin meydana gelmesi (SenTisK m. 23/II),
- Yönetici seçildiğinde olağanüstü fesih hakkını kullanmamış ve SenTisK m. 23/I'de sayılmayan sebeplerle yöneticilik görevi sona ermiş işçilerin işverene başvurmaları durumlarında (SenTisK m. 23/III)

Yukarıda saydığımız kıdem tazminatının ödenmesi gereken hâllere, Kanunda sayılmamış bir durumu da eklemek gerekir. Ancak bu durum doktrinde tartışmalıdır.

Belirttiğimiz üzere, görevi sona eren işçi, bir ay içinde işverene işe başlatılma talebinde bulunmalıdır. Genel görüş bu sürenin hak düşürücü olduğu ise de, sonuçları bakımından görüş farklılığı mevcuttur.

- Bir görüşe göre; işçi eğer bu süre içinde işverene başvurmazsa, askı süresine ilişkin genel kural uyarınca iş akdinin işçi tarafından feshedilmesi söz konusu olacak ve bu doğrultuda işçi kıdem tazminatına da hak kazanamayacaktır .
- Diğer görüş ise, burada yöneticinin işe başlatılma talebi dışındaki hakları konusunda bir boşluk olduğunu ve SenTisK m. 23/3'ün kıyasen uygulanıp kıdem tazminatının ödenmesi ile boşluğun doldurulması gerektiğini ileri sürmektedir . Çünkü SenTisK m. 23/son'da yer alan "işe tekrar başlamayı talep hakkı olmayanlar" kıdem tazminatı alıyor ve sadece genel hükümler uyarınca 10 yıllık zamaşımına (TBK m. 146) tâbi oluyorsa , işe başlama talep hakkı bulunan işçinin bir ay içinde ya da bir ay sona erdikten sonra evleviyetle kıdem tazminatı alabilmesi gerekir.

SenTisK m. 23 ile profesyonel sendika yöneticilerine ekstra korumalar sağlamaya çalışırken, aranan koşulları sağlayan yö-

neticiyi 1 aylık süre geçti diye tüm haklardan mahrum bırakmak hem maddenin hem de Kanunun amacıyla bağdaşmayacaktır . İşverene ya kıdem tazminatı öde ya da işe başlat gibi bir seçenek tanıyan maddenin (SenTisK m. 23/II), yöneticiye bu hakkı sunmadığını kabul etmek hakkaniyete aykırı olacaktır.

c. Güvence Kapsamında Alınan Kıdem Tazminatına İlişkin bazı Hususlar

SenTisK m. 23' de Kıdem tazminatının hesabında, işyerinde çalışılmış sürelerin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Bu hüküm sadece 4 neden dışında görevi sona eren yöneticilere ilişkin fıkra da yer alsa onlar için geçerli olmadığı 23. maddeye göre ödenecek tüm tazminatlar hatta geçici beşinci madde içinde geçerli olduğu kabul edilmektedir. Aslında tüm durumları kapsayan nitelikte 4. fıkrada bu düzenlemelere yer verilseydi, hem kanun yapma sistematığıne uygunluk hem de açıklamaya çalıştığımız bu karışıklığın engellenmesi açısından daha isabetli olabilirdi . Kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin düzenlemelerle ilgili olarak çözüme kavuşturulması gereken önemli bir sorun da, kıdem tazminatına uygulanacak faizin başlangıç tarihine ilişkindir. “İşçinin olağanüstü feshi” ve “işverence feshedilmiş sayılma” durumlarında bu konuya ilişkin sıkıntı yaşanmayacaktır. Ancak SenTisK m. 23/3'ün uygulanacağını düşündüğümüz durumlarda, kıdem tazminatı ödemesi işçi talebine bağlanmış olmasına rağmen, “talep etme”nin herhangi bir süreye tâbi tutulmaması karşısında sorun ortaya çıkabilecektir. Çünkü 1475 sayılı İş Kanunu m.14 uyarınca kıdem tazminatına ödeme zamanından itibaren faiz işletilecektir. Bu düzenleme karşısında da, SenTisK m. 23/III uyarınca ödenecek tazminatın ne zaman muaccel olacağını tespiti önem kazanmaktadır. Kıdem tazminatının genel zamaşımı süresi içinde istenilen her an talep edilebileceği, faizinse ancak işverene başvurulduğu tarihten itibaren işletilebileceği kabul edilirse, bu belirsiz durumun çözüme kavuşturulabileceği kabul edilmektedir. Eğer aksi bir görüş ileri sürülürse, görevi sona erdikten birkaç yıl sonra işverene başvurup kıdem tazminatı talep eden eski yöneticiye, bu durumdan haberi dahi

olmayan işverenin yüksek miktarda faiz ödemesi söz konusu olabilecektir. Çünkü alacağın ifa edilebilir hâle gelmesi, tamamen alacaklının (görevi sona eren yöneticinin) iradesine bağlı tutulmuştur. Varlığından haberdar olunmayan bir borç için de faiz işletilmesi hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

Kıdem tazminatının genel zamanasını süresi içinde istenilen her an talep edilebileceği, faizinse ancak işverene başvurulduğu tarihten itibaren işletilebileceği kabul edilirse, bu belirsiz durumun çözüme kavuşturulabileceği kabul edilmektedir. Eğer aksi bir görüş ileri sürülürse, görevi sona erdikten birkaç yıl sonra işverene başvurup kıdem tazminatı talep eden eski yöneticiye, bu durumdan haberi dahi olmayan işverenin yüksek miktarda faiz ödemesi söz konusu olabilecektir. Çünkü alacağın ifa edilebilir hâle gelmesi, tamamen alacaklının (görevi sona eren yöneticinin) iradesine bağlı tutulmuştur. Varlığından haberdar olunmayan bir borç için de faiz işletilmesi hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Belirttiğimiz üzere eski dönemde özel bir güvencesi olmayan amatör yöneticiler yeni Kanunla birlikte işyeri sendika temsilci güvencesine tabi tutularak (SenTisK m. 24/V) tabi sendikal tazminat harici ekstra koruma altına alınmışlardır. Dolayısıyla sunumumuzda işyeri sendika temsilci güvencesini düzenleyem SenTisK m. 24'ü de ele almak gerekmektedir.

3. AMATÖR SENDİKA YÖNETİCİSİ GÜVENCESİ

6356 sayılı Kanun m. 24/I düzenlemesiyle birlikte amatör yöneticilerin sözleşmeleri ancak haklı bir nedenin olması hâlinde sona erdirilebilecektir. Ayrıca, bu yöneticilerinin iş sözleşmelerinin belirli veya belirsiz süreli olmaları önem taşımayacak ; İş Kanununa yapılmış bir atıf bulunmadığından iş güvencesi şartları aranıp aranmayacağı tartışması yaşanmadan tüm amatör yöneticiler güvenceden faydalanabilecektir.

Fakat belirli süreli hizmet akdinin süresinin dolması ve işverenin sözleşmeyi yenilememesi durumlarında güvenceden yararlanılamayacaktır. Çünkü iş sözleşmesi, sürenin bitiminde kendiliğinden sona ermektedir; bu sebeple işverenin sözleşme-

yi yenilemeyeceğine dair beyanı fesih niteliğinde olmayacaktır. SenTisK m. 24'de aranan bu "haklı sebep" in, sadece İşK m. 25'de sayılanları değil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 435/II ve yasadışı greve ilişkin SenTisK m. 70/I'deki haklı sebepleri de kapsadığı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir.

Amatör sendika yöneticilerinin iş sözleşmelerinin feshedilebilmeleri için sadece haklı sebebin varlığı yeterli değildir. Bu haklı nedenin, *açık ve kesin* şekilde *yazılı olarak* belirtilmesi de gerekmektedir. Sendika yöneticisi, işyerinde çalışmaya devam ederken sözleşmesinin feshedilmesi durumunda SenTisK m. 24 kapsamında, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren 1 ay içinde dava açabilir. Bu davayı işçi yerine yöneticilik yaptığı sendika da açabilecektir. Kural olarak, bireysel nitelikli davalarda sendikanın işçiyi temsilen dava açabilmesi için yazılı talep gerekmektedir (SenTisK m. 26/II). Burada ise, sendikaların faaliyetlerini anlatırken de belirttiğimiz üzere işçinin yazılı talebine ihtiyaç yoktur (Ama aksi görüşte mevcuttur). Ancak işçi dava açılmasına ilişkin olumsuz iradesini açıkladıysa da artık sendikanın dava açamayacağı da belirtilmektedir. SenTisK m. 24'de feshin "haklı sebep" e dayanması ve bunun açık ve kesin şekilde belirtilmesi gerektiği düzenlendiğinden, davada fesih sebebinin varlığı ve haklılığının ispat yükünün işverende olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca işveren, fesih beyanında sunduğu "haklı sebep" i dava sırasında değiştiremeyecektir.

Doktrinde her ne kadar bu dava için "işe iade davası" ifadesini kullananlar olsa da, bu gerçek anlamda bir işe iade davası değildir. İş Hukukundaki işe iade davası, iş güvencesi hükümleri doğrultusunda açılan ve bambaşka hukukî sonuçlar doğuran bir davadır.

6356 sayılı Kanun kabul edilmeden önceki dönemde işyeri sendika temsilcilerinin açmakta olduğu dava gerçek anlamda bir işe iade davasıyken, şu an SenTisK m. 24 kapsamında iş güvencesi şartlarının aranmasının gerekmediği farklı bir dava hakkı tanınmıştır.

Amatör sendika yöneticisinin iş güvencesi uyarınca işe iade davası açıp açamayacağı ise bu konuda yanıtlanması gereken

bir sorudur. Kanaatimizce bu durumda, iş sözleşmesi feshedilen amatör yöneticinin seçimlik hakkı doğacaktır. İşçi ya SenTisK m. 24 kapsamındaki davayı ya da koşullarını sağlıyorsa İŞK kapsamında işe iade davasını açabilecektir. İşçi kendisi açısından hangi durum daha lehine olacaksa ona göre hareket edebilecektir. İşçi iş güvencesi kapsamında değilse, zaten böyle bir seçim hakkı da söz konusu olmayacaktır.

a. Amatör Sendika Yöneticisi Güvencesi
SenTisK m. 24/I Kapsamında Açılan Davanın Hukukî
Sonuçları

Mahkeme sendika yöneticisini haklı bulup davayı kabul ederse, işe başlatma kararı verecektir. Bu durumda fesih geçersiz sayılacak, temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklar işverence işçiye ödenecektir (SenTisK m. 24/III). Ayrıca sendika amatör yöneticisinin kararın kesinleşmesinden itibaren 6 iş günü içinde işe başvurması koşuluyla, işverenin 6 iş günü içinde onu işe başlatması gerekmektedir. İşçinin işe başlamasıyla birlikte *iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi bir durum ortaya çıkacaktır.* Temsilcilik süresini aşmayacak şekilde, fesih kararı ile kesinleşme tarihi arasındaki ücretlerin ödenmesi “işçinin 6 iş günü içinde işverene başvurması” ve “işverenin de işçiyi işe başlatması veya başlatmaması” gibi durumlara bağlı değildir. Söz konusu ödemeye mahkeme kararının feshi geçersiz sayması ile doğrudan hak kazanılacaktır. İşverenin yöneticilik süresi boyunca işçiye bu ödemeleri yapabilmesi ve dolayısıyla iş sözleşmesinin feshedilmemiş gibi devam edebilmesi ise işçinin 6 iş günü içinde işverene başvurmuş olmasına bağlıdır. 6 iş günü içinde işverene başvurmaması durumunda ise işçinin, *fesih kararı ile kesinleşme tarihi arasındaki ücretlere ek olarak ancak kıdem tazminatı alabileceği*, bir başka ifadeyle geçerli feshine ilişkin sonuçların doğacağı ileri sürülmektedir. İşverenin, profesyonel sendika yöneticiliği güvencesinde ya da işe iade davasında olduğu gibi bir seçimlik hakkı bulunmamaktadır. Çünkü SenTisK m. 24’de SenTisK m. 23/II’nin aksine, işe başlatmama durumu işveren feshi olarak kabul edilmemiştir ve 6 iş günü içinde işe

başlatmazsa da; işveren, işçiyi çalıştırmamasına rağmen, ücret ve diğer haklarını ödemek zorunda bırakılmıştır. İşveren, işçinin yöneticilik süresi boyunca bu ödemeyi yapacaktır. Hatta bu durum, işçinin görev süresi sonunda yeniden yönetici seçilmesi durumunda da devam edecektir. Bu sürenin sigortalı hizmetten sayılması gerektiği dahi ileri sürülmektedir.

Son olarak cevaplanması gereken önemli soru da, 6 iş günü içinde işe başlatılmayan ve çalıştırılmamaya devam ettirilen işçinin, yöneticilik süresi sona erdiğinde durumun ne olacağıdır. SenTisK m. 24'de açıkça "...fesih geçersiz sayılarak..." ve "...iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ..." ifadeleri kullanılmıştır. Bu sebeple, iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini kabul etmek mümkün olmayacaktır. İşverenin, işçiyi işe almaması, temsilcilik görevi sonunda yapılmış yeni bir eylemli fesih olarak kabul edilebilecektir. İşçinin feshe bağlı işçilik hakları, yöneticilik devamı sırasında yapılmış olan feshe göre değil, yöneticilik süresi bitimi tarihine göre belirlenecektir.

b. Amatör Sendika Yöneticisi Güvencesi **İşyeri veya İş Değişikliğine Karşı Güvence**

Bu koruma SenTisK m. 24/IV' de düzenlenmiştir. Madde de "*İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi hâlde değişiklik geçersiz sayılır*" ifadesine yer verilmiştir. SenTisK m. 24/IV konusu gereği İşK'ndaki çalışma koşullarında değişikliğe ilişkin 22. maddeye benzese de ondan tamamen farklıdır. Öncelikle İşK m. 22 sadece İş Kanununa tâbi işçilere uygulanabilecekken, SenTisK m. 24/IV işçilerin hangi kanuna tâbi olduğuna bakmaksızın tüm işyeri sendika temsilcileri ve konumuz olan amatör sendika yöneticileri kapsamına alır. Ayrıca İş Kanunundaki prosedüre göre işveren yazılı teklif sunar, işçi de 6 iş günü içinde yazılı olarak teklifi kabul ederse değişiklik gerçekleşir. SenTisK'da ise teklif açısından şekil şartı aranmaz; işçinin yazılı rızası olduğu sürece değişiklik geçerli olur. Asıl önemli olan farklılık ise İşK m. 22 kapsamında geçerli bir neden varsa, işveren değişikliğin kabul edilmemesi sebebiyle sözleşmeyi feshedebilecekken; SenTisK m. 24/IV'de işçinin ya-

zılı rızası olmadıkça yapılan değişiklikler ne olursa olsun geçersiz sayılacak olmasıdır. İrdelenmesi gereken önemli bir husus da, işçinin yazılı rızasına ilişkindir.

İşçinin bireysel veya toplu iş sözleşmelerindeki işyeri ya da işin değiştirilmesine ilişkin rızaları ve çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapılabilmesine ilişkin işverene verdiği yetkiler, işyeri temsilciliği görevi süresince geçerli olmayacaktır.

Çünkü SenTisK m. 24'deki bu düzenleme kamu düzeni ile ilgili emredici bir hükümdür. Önceden verilmiş rızalar ancak işçi yöneticilik görevi esnasında yeniden yazılı onay verirse geçerli olacak; yoksa yöneticilik görevi sona erene kadar geçersiz sayılacaktır.

Bu korumaya aykırı davranılması durumunda yapılan işlemin geçersiz sayılacağı belirtilmiş ancak feshe karşı korumaya ilişkin düzenlemenin aksine, prosedürün ne olacağı konusunda bir boşluk bırakılmıştır. Yargıtay'da, yerel mahkemenin amatör sendika yöneticisine ilişkin olarak verdiği "işyeri değişikliğine ilişkin atama işleminin geçersizliğine ve davacının önceki çalışmalarının geçtiği işyerinde işe iadesine" hükmünü onadığı yeni tarihli bir kararında (Y. 22. HD., 10.12.2013, E. 34602, K. 28745), belirtilen çözümü benimsediğini göstermiştir. Ama "iş değişikliği bakımından" temerrüt hükümlerine başvurmak dışında bir çözüm görülmemektedir. İşveren her şeye rağmen işçinin kendi işinde çalışmasına izin vermemeye devam ederse de, bu durum eylemli fesih olarak kabul edilebilecektir. Eylemli fesih gerçekleşirse ya da işçinin iş değişikliğini kabul etmemesi sebebiyle işveren sonunda sözleşmeyi doğrudan feshederse tartışmaya yer olmayacak şekilde, işçinin bir ay içinde SenTisK m. 24/I-II-III kapsamında dava açması söz konusu olabilecektir .

Av. Ali Çetin AYGÜN (Oturum Başkanı)- Sayın Hocamıza teşekkür ediyoruz. Bu oturumumuzun ikinci konuşmacısı, sendikal tazminatlar konusunda Doç. Dr. Ercan Özkaraca. Buyurun.

Doç. Dr. Ercan ÖZKARACA (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Sözlerime başlamadan hepimizi saygıyla selamlıyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARINDAN SONRA İŞ GÜVENCESİ KAPSAMI DIŞINDA KALANLARIN SENDİKAL FESHE KARŞI KORUNMASI

*Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA**

I. Giriş

Türk Toplu İş Hukuku mevzuatını Avrupa Birliği ve ILO normları ile uyumlu hale getirmek amacıyla hazırlanan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 18.10.2012 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve 07.11.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹. 6356 sayılı Kanunla bugüne kadarki uygulamamızda iki ayrı kanunda (önce 274 ve 275 sayılı Kanunlar, sonrasında 2821 ve 2822 sayılı Kanunlar) düzenlenen toplu iş hukuku (sendikalar ve toplu iş sözleşmesi grev lokavt) mevzuatı tek bir metinde toplanmıştır.

Kanunun önceki döneme oranla önemli değişiklikler öngördüğü alanların başında, sendikal güvenceler ve bu kapsamda olmak üzere inceleme konumuzu oluşturan iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sendika özgürlüğünün korunması konusundaki düzenlemeleri içeren m.25 hükmü gelmektedir. Bu konuda yapılan değişikliklerin Kanunun en çok tartışılan yönünü oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır².

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ RG, 07.11.2012, 28460.

² 6356 sayılı Kanunda öngörülen sendikal güvenceler konusunda bilgi için bkz. **Şahlanan**, Fevzi: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara ilişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 22.12.2012 tarihinde düzenlenen "İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3" seminerine sunulan tebliğ, Ankara 2013, 24 vd.; **aynı yazar**, İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, S.29, 145 vd.; **aynı yazar**, Sendika Üyelikinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması), Legal İHSGHD, S.37, 3 vd.; **Tuncay**, A. Can/**Savaş Kutsal**, F. Burcu: Toplu İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2016, 77 vd., 104 vd., 140 vd.; **Centel**, Tankut: 6356 Sayılı Yasa Karşısında İşyeri Sendika Temsilciliği, Sicil, Eylül 2014, 7 vd.; **Sur**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 6. Bası, Ankara 2017,

Esasen 6356 sayılı Kanunla iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin sendikal fesih halinde sahip olduğu güvencenin değiştirilmesinden ziyade ortadan kaldırıldığından söz etmek daha isabetlidir. Bu hususun dışında Kanun sendikal güvenceler konusunda önceki döneme oranla daha ileri düzenlemeler getirmiştir. Bu tespitin daha iyi anlaşılabilmesi için iş güvence-

51 vd.; **Aktay**, Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen Kaplan**, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013, 313 vd.; **Esener**, Turhan/**Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz: Sendika Hukuku, İstanbul 2014, 131 vd., 170 vd., 189 vd.; **Narmanlıoğlu**, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul 2016, 112 vd., 168 vd., 275 vd.; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku, 29. Bası, İstanbul 2016, 633vd.; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2016, 682 vd.; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, 1074 vd.; **Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, 181-183; **Demir**, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, İzmir 2013, 460 vd.; **Senyen-Kaplan**, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015, 205-208; **Dereli**, Toker: 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme, Çalışma ve Toplum, 2013/1, S.36, 46 vd.; **Ekmekçi**, Ömer: Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Çimento İşveren, C. 30, S.3, Mayıs 2016, 10 vd.; **Alpagut**, Gülsevil: 6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 22.12.2012 tarihinde düzenlenen "İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3" seminerine sunulan tebliğ, Ankara 2013, 124 vd.; **Sümer**, Haluk Hadi: İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Feshe Karşı Güvencesi, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Legal IHSGHD Özel Sayı 2016, 229 vd.; **aynı yazar**, İş Hukuku, 19. Baskı, Konya 2014, 207 vd.; **Akyiğit**, Ercan: Toplu İş Hukuku, Ankara 2015, 382 vd.; **aynı yazar**, Yeni Kanun'da Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, Legal IHSGHD, S.36, 3 vd.; **Canbolat**, Talat: Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası tarafından 26-30 Eylül 2012 tarihinde Antalya'da düzenlenen "Çalışma Mevzuatı Semineri"ne sunulan tebliğ, 205 vd.; **Başbuğ**, Aydın: Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Sendikalar Hukuku, Toplu İş Sözleşmesi Hukuku, Disiplin Hukuku, Ankara 2012, 73 vd.; **Okur**, Zeki: Sendika Özgürlüğünün Güvencesi ve Uygulama Sorunları, İş Hukukunda Güncel Sorunlar -4-, İstanbul 2014, 123 vd.; **Astarlı**, Muhittin: 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları, GÜHFD, 2013, S.1-2, 141 vd.; **Kılıçoğlu**, Mustafa: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara 2013, 185 vd.; **Özveri**, Murat: Sendikal Haklar, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası, İstanbul 2012, 83 vd.; **Özkaraca**, Ercüment: 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum, 2013/3, S.38, 174 vd.; **aynı yazar**, Sendika Yöneticileri İle İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi ve Uygulama Sorunları, İş Hukukunda Güncel Sorunlar -4-, İstanbul 2014, 167 vd.; **Baskan**, Ş. Esra: 6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara 2013; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki Sendikal Güvenceler, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, 167 vd.

si kapsamı dışında kalanların sendikal fesih karşısında Kanunun kabulünden önceki ve sonraki durumlarına kısaca değinmekte yarar vardır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu (SK) döneminde iş güvencesi hükümlerinin kabulünden önce tüm işçiler, bireysel iş ilişkileri açısından tabi oldukları kanunun bir önemi olmaksızın, sendikal fesih halinde, on yıllık zamanaşımı süresi içinde talepte bulunarak bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanabilmekteydiler (m.31/6). İspat yükü açısından da işçiler arasında herhangi bir farklılık bulunmamakta, bu yükü işçi taşımaktaydı.

İş güvencesi hükümlerinin kabulünden sonra ise, sendikal fesih halinde dava açma süresi ve ispat yükü açısından iş güvencesine tabi olan işçilerle olmayan işçiler arasında gereksiz bir ayırım yapılmıştır. Bu dönemde iş güvencesinin kapsamı dışında olanlar yine genel hükümlere göre on yıl içinde açabilecekleri bir davada, ispat yükünü de taşımaksızın doğrudan sendikal tazminat talep edebilmişlerdir (SK m.31/7).

İş güvencesine tabi olan işçilerin ise sendikal nedenle yapılan feshlere karşı işe iade davası açarak haklarını arayacakları, feshin sendikal nedenle yapıldığı kanısına varılması halinde İş Kanunu m.21/1 uyarınca ödenecek işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği kabul edilmişti (SK m.31/6). Yargıtay da, bu dönemde, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin bir aylık hak düşürücü süre içinde işe iade davası açmamaları halinde, sendikal tazminat isteyemeyeceklerine, toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılan iş güvencesi tazminatlarının (cezai şartların) da uygulanmayacağına karar vermiştir³. Kanundaki düzenlemenin neden olduğu bu sonuç çok defa sendikal feshin yaptırımsız kalmasına neden olmuştur. Zira iş güvencesi kapsamındaki işçi bir ay içinde işe iade davası açmak zorunda olduğu gibi, işe iade kararı üzerine işverene başvurmak ve davet edilmesi durumunda işe

³ Örnek olarak bkz. Yarg. 9. HD, 04.05.2010, E. 2009/3695 K. 2010/12612, www.kazanci.com.

başlamakla yükümlüydü. Süresi içinde işverene başvurmayan veya davet üzerine işe başlamayan işçi boşa geçen süre ücreti veya sendikal tazminat alamadığı gibi; işe başlatılan işçi de sendikal nedenle işten çıkarılmış olmasına karşın sadece boşa geçen süre ücretini alabilmiştir. Dolayısıyla 2821 sayılı Kanun döneminde iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal fesih halinde gerek ispat yükü, gerek dava açma süresi gerekse hükmedilecek muhtemel bir tazminatı elde etme olasılığı açısından iş güvencesi kapsamında olanlara nazaran daha iyi durumda oldukları rahatlıkla söylenebilir.

6356 sayılı Kanun ise bu durumu adeta tersine çevirmiştir. Gerçekten, 6356 sayılı Kanun'da işe iade prosedürü ile bağlantı kesilip iş güvencesi kapsamındakiler lehine isabetli düzenlemeler öngörülürken, iş güvencesinin kapsamı dışı olanlar sendikal feshe karşı güvencenin de bütünüyle kapsamı dışına atılmıştır. Kanun Tasarısında iş güvencesinden yararlanamayanlara sendikal fesih halinde dilerse işe iade davası yoluyla dilerse doğrudan sendikal tazminat alma imkanı öngörülürken, TBMM'de kabul edilen bir önerge ile bu iki seçeneğin de önü kapatılmıştır. Böylece yasa hükümlerine sıkı sıkıya bağlı kalındığında sendikal nedenle işe alınmasa veya çalışma koşullarında farklı işleme tabi tutulsa sendikal tazminat talep edebilen ancak bu sebeple işten çıkarılsa sendikal tazminat talep edemeyen bir çalışan kesimi ortaya çıkmıştır⁴.

⁴ Düzenlemenin iptali için başvuru Anayasa Mahkemesi'ne sunulan dava dilekçesinde, "...Zira 6356 sayılı Kanun ile kayıtlı her 10 işçiden 6'sı sendikal nedenle fesih halinde sendikal güvenceden yoksun bırakılmaktadır. Şöyle ki Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2012 yılı Temmuz ayı istatistiklerine göre Türkiye'deki işyerlerinin yaklaşık yüzde 96'sında 30'dan az işçi çalışmaktadır ve kayıtlı 12 milyon 69 bin 85 işçinin 6 milyon 111 bin 471'i (yüzde 50,6) 30'dan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışmaktadır. Bu işyerlerinin bir kısmı toplam işçi sayısı 30'dan fazla olan işletmelere bağlı işyerleri olduğu için, buralarda çalışan işçiler, iş güvencesi kapsamında yer almaktadır. Ancak iş güvencesinde aranan diğer iki şart (6 aylık kıdem ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma) bu istisnayı ziyadesiyle telafi etmektedir. Öyle ki Türkiye'de işgücü devir oranı yüksek olduğu için, kayıtlı işçilerin azımsanmayacak bir kısmının son işyerindeki kıdemi 6 aydan azdır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın "altı aylık dönemler itibarıyla işe girenlerin işkollarına göre dağılımı"na ilişkin verileri son kez yayınladığı 2008 Yılı Çalışma Hayatı İstatistikleri ve işe giriş bildirimleri esas alınacak olursa bir yıl içinde sigortalı olarak çalışanların yüzde 32,7'sinin işyerindeki toplam kıdemi 6

Bu hukuki durum öğretilerde tartışmalara neden olmuştur. Düzenlemenin Anayasaya aykırılığı hususunda görüş birliği söz konusu olmakla birlikte; azınlık görüş, Anayasaya aykırı olsa da iptal ya da kanunda değişiklik yapılana kadar yorumla yer bırakmayacak kadar açık olan hükmün uygulanması gerektiğini savunmuştur⁵. Bizim de katıldığımız baskın görüş ise, belirtilen şekliyle anlaşıldığı takdirde, konuya ilişkin AB normlarına, ILO Sözleşmelerine ve Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olan bu düzenlemenin yargı organınca iş güvencesi kapsamı dışında olanların sendikal tazminat taleplerini engellemediği şeklinde yorumlanarak uygulanması gerektiğini savunmuştur⁶. Bu arada 6356 sayılı Kanunun çok sayıda hükmü yanında bu soruna neden olan 25. maddesi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, konu henüz Anayasa Mahkemesince karara bağlanmadan önce, 25.03.2014 tarihli kararında, baskın görüş doğrultusunda, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin de sendikal fesih halinde sendikal tazminat talep edebileceğine karar vermiştir⁷. Aşağıda inceleyeceğimiz

aydan azdır. Öte yandan Ulusal İstihdam Strateji Belgesi Taslağı'na göre Türkiye'de işçilerin yaklaşık yüzde 10'u belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmaktadır. Dolayısıyla, kesin bir hesaplama yapmak mümkün olmasa da, yukarıdaki veriler ışığında Türkiye'de işçilerin en az yüzde 60'ının iş güvencesi kapsamı dışında olduğu ve 6356 sayılı Kanun ile sendikal nedenlerle fesih halinde sendikal güvence kapsamı dışında da bırakıldığı söylenebilir. İşçilerin yüzde 60'ının kapsam dışı bırakıldığı koşullarda bir sendikal güvenceden söz etmek mümkün olmayacaktır...⁷ ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava_Dilekcesi/2014-161.pdf

⁵ **Sağlam, Fazıl/Soyer, Polat:** İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Bu Açıdan Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, Legal İHSGHD, S. 39, 10 vd.

⁶ Bu konudaki görüşler için bkz. **Tuncay/Savaş Kutsal**, 112; **Narmanlıoğlu**, 179; **Sur**, 57-58.

⁷ Yarg. 9. HD, 25.03.2014, E. 2013/13993 K. 2014/10049; aynı yönde, Yarg. 9.HD, 25.03.2014, E. 2013/13994-13995 K. 2014/10050-10051; 20.10.2014 tarihli E. 2014/31309 K. 2014/30175. Özel Daire'nin 25.03.2014 tarihli kararları üzerine yerel mahkeme bozma ilamına uyulmasına karar vermiş olmakla birlikte, davacının işe iadesine karar vermiş; kararın yeniden temyizi üzerine davacı sendikal tazminat talep etmesine rağmen işe iade kararı verilmesinin bozma ilamına ve taleple bağlılık kuralına

22.10.2014 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı⁸, doğrudan sendikal tazminat talebine ilişkin bu tartışmayı sona erdirmiştir. Ancak karar sonrasında da iş güvencesinden yararlanamayanların sendikal fesih halinde işe iade davası açıp açamayacakları veya hangilerinin açabileceği ve açılacak davanın sonuçları tartışılmaya başlanmıştır.

II. Anayasa Mahkemesi Kararı

6356 sayılı Kanununun 25. maddesinin ilk üç fıkrasında işe alınma, çalışma koşullarının uygulanması ve fesih aşamasında işçiler arasında sendikal nedenle ayırım yapılamayacağı düzenlendikten sonra, dördüncü fıkrada işverenin fesih dışında bu yükümlülükler aykırı hareket etmesi durumunda sendikal tazminata hükmedileceği düzenlenmişti. Maddenin beşinci fıkrasında ise, sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçinin İş Kanunu m.18, 20 ve 21 hükümlerine göre dava açabileceği, sendikal feshin tespiti halinde İş Kanunu m.21'e göre şarta bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verileceği; ancak işçinin İş Kanunu 18-21 maddelerine göre dava açmamasının ayrıca sendikal tazminat talebini engellemediği öngörülmüştü.

Kanun Tasarısında bulunmamasına rağmen TBMM'de verilen bir önerge ile maddenin dördüncü fıkrasına eklenen "fesih dışında" ve beşinci fıkrasının birinci cümlesinde geçen "18" ibarelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne dava açıldı.

Dava dilekçesinin Anayasa Mahkemesi kararında yer verilen özetinde, sendikal tazminata hak kazanılabilmemesinin sadece İş Kanunu'nun belli maddelerindeki koşulları sağlayan işçiler için güvence altına alınmış olduğu, İş Kanunu'na göre iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal güvence kapsamı dışında tutulduğu, buna göre sendikal nedenle

aykırı olduğu, bozma ilamı doğrultusunda sadece sendikal tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir (Yarg. 9. HD, 10.03.2016, E. 2016/5653,5952,5652 K. 2016/5573,5574,5572).

⁸ AYM, 22.10.2014, E. 2013/1 K. 2014/161, (RG, 11.11.2015, 29529).

fesih halinde işçilerin hem işe iade davası açma hem de sendikal tazminat talep etme hakkından mahrum bırakıldıkları, işçilerin sendikal nedenle feshe karşı korunmadığı durumlarda sendika üyeliği hakkının güvence altında olduğundan söz edilemeyeceği, bunun sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri ile devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı, temel hak ve hürriyetlere herkesin sahip olduğu, devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek ve çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak zorunda olduğu, sendika kurma ve üye olma hakkının anayasal koruma altında olduğu, bu hakkın zedelenmesinin toplu iş sözleşmesi yapma, grev ve lokavt hakları ile çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerini engellediği, bu durumun Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53., 54., 55. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise kararında, "...Kanun'un 25. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, işverenin fesih dışında sendika özgürlüğünün güvencesini düzenleyen Kanun'un 25. maddesinin ilk üç fıkrasına aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedileceği düzenlenmektedir.

Kanun'un 25. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ise, sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı Kanun'un 18., 20. ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahip olduğu, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verileceği, ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmeyeceği ve işçinin 4857 sayılı Kanun'un yukarıdaki hükümlerine göre dava açmamasının ayrıca sendikal tazminat talebini engellemeyeceği düzenlenmektedir.

Dava konusu kurallar ise işverenin sendikal güvence kurallarına aykırı hareket etmesi hâlinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere ödemesi gereken sendikal tazminatın “*fesih dışında*” olacağına ve sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı İş Kanunu’nun “18.” madde hükmüne göre dava açma hakkına sahip olduğuna yönelik düzenlemelerdir.

Sendikalara üye olma, üyelikte kalma ve üyelikten ayrılmayı iş ilişkisinin başlangıcında, devamında ve sona erdirilmesinde güvence altına alan hükümler, sendika hakkının en esaslı unsurlarındandır. Nitekim bu durum 6356 sayılı Kanun’un “*Sendika özgürlüğünün güvencesi*” başlıklı 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı belirtilmiş; (2) numaralı fıkrasında, işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı ifade edilmiş; (3) numaralı fıkrasında ise, işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamayacağı veya farklı işleme tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Belirtilen maddede işe girişte, iş ilişkisinin devamı sırasında ve iş ilişkisinin sona ermesi aşamalarında sendika özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Tüm bu aşamalarda sendikal nedenlerle farklı muameleye tabi tutulan işçilere sendikal tazminat ödenmesi kabul edilmiştir.

Sendikal tazminat, bireysel sendika özgürlüğüne güvence getiren hükümlere aykırılığın yaptırımı olarak 6356 sayılı Kanun’da da yer almış ve işçinin bir yıllık ücretinden az olmayacak bir tazminat olarak belirlenmiştir.

Uygulamada, bireysel sendika özgürlüğünün çiğnendiği iddiası ile açılan davalar “*sendikal tazminat davası*”, yaptırımını ise “*sendikal tazminat*” olarak adlandırılmış ve sendikal tazminat kavramı yerleşmiştir.

Kanun’a göre sendikal tazminatın ödenmesi için esas olan, fesih dışında sendikal nedenlerle iş akdinin sona ermesidir. Sendikal tazminatın ödenebilmesi için aranan şartta geçen sendikal neden ise, işçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılması veya farklı bir işleme tâbi tutulması olarak tanımlanmıştır.

İş akitleri sona erdirilen işçilerin tümü iptali talep edilen kurallar nedeniyle yukarıda ifade olunan sendikal tazminattan doğrudan doğruya faydalanamamaktadır. Sendikal nedenle iş akitleri feshedilen işçilerin sendikal tazminata hak kazanabilmeleri 25. maddenin (5) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olup anılan fıkraya göre sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerden sadece iş güvencesine sahip olanlar bu haktan faydalanabileceklerdir.

29. maddenin (5) numaralı fıkrasındaki iptali talep edilen “18” ibaresi ile atıf yapılan 4857 sayılı Kanun’un 18. maddesinin ilk fıkrasında “*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.*” denilmektedir. Buna göre sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerin sendikal tazminat davası açarak tazminat talebinde bulunabilmesi için, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışması, işyerinde en az altı aylık kıdeme sahip olması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması gerekmektedir.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısın-

da koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren devlet olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı, Devlet organları ile idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları ifade edilmiştir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlâl edilmiş olmaz.

Çalışanların sendika kurma, sendikaya üye olma ve üyelikten çekilme hakkının anayasal güvence altında olduğu ve bu hakların sınırlandırılmasında uyulacak kurallar 22 ila 33. paragraflarda ifade edilmiştir.

Sendika kurma hakkı Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlandırılabilir.

Sınırlanabilir bir hak olan sendika hakkı Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci ve izleyen fıkralarında sendika hakkına yönelik sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüklere yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple sendika hakkına getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir (B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 38).

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

Anılan ilke, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin kanun koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabilirliğini ortaya koymaktadır.

Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. İptali istenilen kurallar ile sendikal tazminatın "*fesih dışında*" olacağını ve sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı Kanun'un 18. madde hükmüne göre dava açma hakkına sahip olduğunu öngören düzenlemelerin sendika hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Dava konusu kurallar ile yapılan düzenlemeler iş güvencesi kapsamında olan işçilerin sendikal tazminat alabilmelerini düzenlediğinden anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır.

Ancak sendika hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, kanuni önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

İşyerinde çalışan işçilerin taleplerini işverene kabul ettirebilmeleri için sahip oldukları en önemli örgütlenme modeli olan sendika hakkı, çağdaş hukuk sistemlerinde en geniş biçimde kullanılabilmesine imkân sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla demokratik düzenin ayrılmaz bir parçası

olan sendikal örgütlenme hakkının anlam kazanması yasak ve sınırlamaların en aza indirilmesi ile mümkündür.

Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Başka bir ifadeyle yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 94).

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Sendikal tazminatın “*fesih dışında*” söz konusu olması ve sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı Kanun’un 18. madde hükmüne göre dava açma hakkına sahip olması şeklinde sendikal örgütlenmeyi engelleyecek olan yasaklar demokratik toplum düzeninin gerekleriyle örtüşmemektedir.

Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen “*ölçülülük ilkesi*” dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa’nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim

Anayasa Mahkemesi amaç ile araç arasında makul bir ilişki ve dengenin bulunup bulunmadığını inceler (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 96).

Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan çekirdek alanı ifade etmekte olup, bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar, hakkın özüne dokunmaktadır. Sendika hakkı bağlamında da, bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir.

Kurallara göre iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler, sendikaya üye oldukları ya da sendikal faaliyetlere katıldıkları için işten çıkarıldıklarında sendikal tazminat almaya hak kazanamayacaklardır. Sendikaya üye olmanın güvenceye kavuşturulmasının temelini, işçilerin sendikal nedenle ayrımcılığa karşı teminat altına alınması ve en önemlisi de feshe karşı korunma tedbirleri oluşturur. Dolayısıyla, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal nedenle fesih halinde sendikal tazminattan yoksun bırakılması, yalnızca sendika üyeliği hakkının sınırlandırılması ve güvenceden mahrum bırakılmasını değil, aynı zamanda bir bütün olarak sendikal hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve teminattan yoksun bırakılması sonucunu doğurmaktadır.

Sendikalı olarak çalışmakta olan işçileri sendikal ayrımcılığa karşı korumak için getirilen sendikal tazminatın, iş güvencesine sahip olan ve olmayan işçiler yönünden farklı şekilde düzenlenmesi eşitlik ilkesi ile de bağdaşmaz. Zira iş güvencesine sahip olsun ya da olmasın sendikal tazminat ödenmesini gerektiren husus, sendikalı olarak çalışmaktayken ayrımcılığa tabi tutulmaktır. Bu bakımdan aynı hukuki statüye sahip olarak çalışan işçilere, sendikal tazminata hak kazanılması açısından

dan farklı muamelede bulunulması, Anayasa'nın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan ölçülülük ilkesiyle Devlet, sendikal örgütlenmeye müdahale edebilecek düzenlemelerin topluma sağlayacağı genel yarar ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. İş akitleri sona erdirilen işçilerin tümü iptali talep edilen kurallar nedeniyle yukarıda ifade olunan sendikal tazminattan doğrudan doğruya faydalanamamaktadır. Sendikal nedenle iş akitleri feshedilen işçilerden sadece iş güvencesine sahip olanlar bu haktan faydalanabileceklerdir. Buna göre sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerin, sendikal tazminat davası açarak tazminat talebinde bulunabilmesini, sadece otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışan, işyerinde en az altı aylık kıdeme sahip olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere tanıyıp diğer işçileri bu haktan mahrum bırakan kurallar hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Getirilen düzenlemeler Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan sendika hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 51. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir..." ifadelerine yer vererek m.25/4'teki "fesih dışında" ve f.5'teki "18" ibarelerinin iptaline oybirliği ile karar vermiştir.

III. Karar Sonrası İş Güvencesi Kapsamı Dışındakilerin Sendikal Feshe Karşı Hakları

1) Doğrudan Sendikal Tazminat Talep Hakkı

Yukarıda belirttiğimiz gibi, m.25/4'te yer alan "fesih dışında" ibaresi, TBMM görüşmeleri sırasında verilen önerge ile eklenmiş ve bu ibare ile iş güvencesi kapsamı dışında kalanların fesih halinde f.5 yerine f.4'e dayalı olarak sendikal tazminat talep edebilmeleri de engellenmek istenmiştir. Zira f.4'e böyle bir ibare eklenmemiş olsaydı, iş güvencesinden yararlanamayanlar, f.5'teki "18" ibaresine rağmen f.4'e dayanarak sendikal tazminat talep edebileceklerdi. Çünkü, bu fıkranın yaptırma bağ-

ladığı m.25/2 ve 3 hükümleri de sendikal nedenle fesih yasağı öngörmektedir. “Fesih dışında” ibaresinin iptalini müteakip f.4’ün lafzı ise, “İşverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.” şeklinde olmuştur. Dolayısıyla söz konusu ibarenin iptali, iş güvencesi kapsamında olsun olmasın, herhangi bir işçinin sendikal fesih halinde sendikal tazminat talebine dayanak olabilecek (bu talebin kabulünü zorunlu kılan) bir ifadeye kavuşmaktadır. İş güvencesi kapsamında olsun olmasın tüm işçiler, işe alınma veya çalışma koşullarının uygulanması sırasındaki ayırimcılıklarda olduğu gibi, sendikal nedenle fesih halinde de herhangi bir tereddüt olmaksızın on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde sendikal tazminat talep edebileceklerdir.

2) Sendikal Fesih İddiasıyla İşe İade Davası Açma Hakkı

a) Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi kararının özellikle f.5’teki “18” ibaresinin iptaline ilişkin kısmı özel olarak değerlendirmeyi gerektirmektedir. Zira, yukarıda belirttiğimiz gibi, f.4’te yer alan “fesih dışında” ibaresinin iptali ile, fıkra hükmü iş güvencesi kapsamında olsun olmasın, herhangi bir işçinin sendikal fesih halinde doğrudan sendikal tazminat talebine dayanak olabilecek bir ifadeye zaten kavuşmuştur. Anayasa Mahkemesi ise kararında sadece bu ibareyi iptal etmekle yetinmemiş; f.5’teki “18” ibaresini de iptal etmiştir.

Söz konusu iptal kararının yayımlanmasından sonra m.25/5/c.1 hükmünün lafzı şu şekilde olmuştur: “*Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanununun 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir*”. Öğretide ifade edildiği üzere, iptal kararı sonrası, iş güvencesi kapsamında olmayanların da sendikal nedenle yapıldığını iddia ettikleri fesihlere karşı işe iade davası açabilecekleri kabul edilmelidir⁹.

⁹ Güzel, Ali: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının

Gerçi Anayasa Mahkemesi, kararının gerekçesinde iş güvencesi kapsamı dışında olanların sendikal nedenlerle yapılan fesih işlemine karşı işe iade davası açmaları hususuna hiç değinmemiş, incelemesini bütünüyle sendikal tazminat talebine ilişkin olarak yapmıştır. Ancak sonuçta “18” ibaresini iptal etmiş olması karşısında, Yüksek Mahkeme'nin karar gerekçesinde işe iade davası açma konusuna değinmemiş olması, güvence kapsamı dışındakilerin işe iade davası açma haklarına engel olmayacaktır¹⁰. Zira, buradaki “18” ibaresinin sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işe iade davası açma hakkını sadece bu maddede öngörülen koşulları taşıyanlara tanımak gibi bir fonksiyonu vardı. İptali ile birlikte bu sınırlama da ortadan kalkmış oldu¹¹.

Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Anayasa Mahkemesi kararının yayınlanmasından sonra verdiği kararlarında, iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin de iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla işe iade davası açabileceklerine karar vermiştir.

Özel Daire'nin kararına konu olayda, davacı vekili, iş güvencesi kapsamı dışındaki bir işyerinde çalışan davacının iş sözleşmesinin sendikal sebeple feshedildiğini belirterek, işe iadesine ve 6356 sayılı Kanununun 25. maddesi uyarınca sendikal tazminatın davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Değerlendirilmesi, İstanbul 2015, 323-324; **Şahlanan**, Değerlendirme 2014; Genel Görüşme, 366; **Alpagut**, Değerlendirme 2013; Genel Görüşme, 439; **Canbolat**, Değerlendirme 2013, Genel Görüşme, 444-445; **Tuncay/Savaş Kutsal**, 112; **Süzek**, 684; **Eyrenci/Taşkent/Uluçan**, 181; **Sur**, 57-58; **Sümer**, İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İşçinin Sendikal Feshe Karşı Güvencesi, 246; **Ekmekçi**, İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları, 20; **Akyiğit**, 402, 411; **Senyen-Kaplan**, 206.

¹⁰ Bu konuda bkz. **Özkaraca**, *Ercüment: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara 2016, Genel Görüşme, 374. Karş. **Andaç**, Faruk, *Değerlendirme 2014*, Genel Görüşme, 376.

¹¹ Söz konusu ibarenin bir diğer fonksiyonu, f.4'e eklenen “fesih dışında” ibaresiyle doğrudan sendikal tazminat talebi engellenmek istenen ve İş Kanunu m.18'deki koşulları sağlamadığı için sendikal sebeple işe iade davası da açamayan çalışanların, sendikal tazminat taleplerini beşinci fıkranın son cümlesinde yer alan “İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.” hükmüne dayandırmalarının önüne geçmekti.

Yerel Mahkemece, fesih tarihinde davalı işyerinde 30'dan az işçinin çalışması sebebiyle işe iade davası şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararın temyizi üzerine 22. Hukuk Dairesi, "...Sendikal nedenlerle iş sözleşmesinin feshine karşı dava açmayı düzenleyen 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "fesih dışında" ibaresi ile 5. fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "18. madde" ibaresi Anayasa Mahkemesinin 22.10.2014 tarih ve 2013/1-2014/161 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Sözü edilen iptal kararı ile iş sözleşmesinin feshi halinde de işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat talep edebilme ve otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan ve/veya 6 aydan az kıdemi olan işçilerin de sendikal nedenlerle işten çıkarılmaları durumunda işe iade davası açabilmeleri mümkün hale gelmiştir. Böylece kıdemi altı aydan az olan veya otuz kişiden az işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışan işçi, sendikal nedenlerle işten çıkarıldığında feshin geçersizliğine, işe iade tazminatı olarak bir yıllık ücretinden az olmayacak sendikal tazminatın belirlenmesine ve dört aya kadar çalıştırılmayan süreye ilişkin ücretin ödenmesine karar verilmesini isteyebileceği gibi, dilerse, işe iade davası açmadan sendikal tazminat talebiyle de dava açabilecektir.

Somut olayda mahkemece dava konusu işyerinde fesih tarihi itibarıyla otuzdan az işçi çalıştığı, davacının sendikal nedenle işe iade davası açamayacağı gerekçesi ile dava ön şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmişse de, yukarıda belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararı ile otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışanların sendikal neden iddiasıyla işe iade davası açabileceği mümkün hale gelmiştir. Mahkemece işin esasına girilerek feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı araştırıldıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur..." ifadelerine yer verilerek kıdemi altı aydan az olan veya otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin de sendikal fesih iddiasıyla işe iade davası açabileceklerini kabul etmiştir¹².

¹² Yarg. 22. HD, 12.05.2016, E.2016/11840 K. 2016/14713, aynı yönde, Yarg.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararlarına konu olaylarda davacılar otuzdan az işçi çalışan işyerinde çalıştıkları için iş güvencesinden yararlanamamaktadır. Özel Daire, söz konusu kararlarında altı aydan az kıdemi olanların da sendikal bir nedenle iş sözleşmelerinin feshedildiği iddiasıyla işe iade davası açabileceklerini belirtmiştir. Buna karşılık, kararlarda, iş güvencesi kapsamı dışında kalanlardan İş Kanunu'na tabi olmakla birlikte belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar ve işveren vekilleri ile Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin durumu hakkında bir açıklama yer almamaktadır.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 12.05.2016 tarihli kararı ise, altı aydan az çalışan bir işçiye ilişkin olmakla birlikte, kararda belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar ve işveren vekilleri hakkında ifadeler de yer almaktadır. Karara konu olayda, davacı vekili; iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini öne sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine karar verilmesini ve sendikal fesih nedeniyle tazminata hükmedilmesini istemiştir. Mahkemece, davacının davalı işveren nezdinde 6 aylık kıdeminin bulunmadığı, 4857 sayılı Yasa'nın 18. maddesine göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasının mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine Özel Daire, "...iş akdine sendikal nedenle son verilen bir işçinin işe iade davası açmasını ve sendikal tazminat talep edebilmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi kurallarına bağlamak... Uluslararası sözleşmelere, insan haklarına, Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlere, eşitlik ilkesine ve sosyal hukuk devletinin gereklerine aykırı olduğu gibi Uluslar arası Çalışma Örgütü (ILO) Denetim Organlarının (Uzmanlar Komitesi, Sendika Özgürlüğü Komitesi) raporlarındaki değerlendirmelerinde de açıkça görüleceği üzere örgütlenme özgürlüğünün teminatına ilişkin genel tutumuna da ters düşmektedir.

22. HD, 18.04.2016, E.2016/9304 K. 2016/11154; Yarg. 22. HD, 18.04.2016, E.2016/9305 K. 2016/11155.

Ayrıca düzenleme iş güvencesi kapsamında olanlar ve olmayanlar arasında doğrudan ayrımcı bir uygulamaya gittiği için de ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi 22.10.2014 tarih 2013/1 Esas ve 2014/161 Karar sayılı ve 11.11.2015 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren kararı ile sözü edilen düzenlemenin 4. fıkrasında yer alan "...fesih dışında..." ibaresi ile 5. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "18" ibaresinin anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesince 6356 Sayılı Yasanın Sendika Özgürlüğünü Güvence altına alan 25.maddesinin 5. fıkrasında 4857 Sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesinden yararlanabilmenin şartlarını düzenleyen 18. maddesine yapılan atıf anayasa aykırı bulunarak iptal edildiğinden, sendikal nedenle açılan işe iade davalarında sendikal nedenin varlığının tespiti halinde işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalıştırılması, işçinin işyerinde en az 6 ay kıdeminin bulunması, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması ve işe iade davası açan işçinin işveren vekili olmaması şartlarına bakılmaksızın işe iade kararı verilebilecek ve sendikal tazminata hükmedilebilecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi sendikal haklar Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen iptal kararından önce dahi en üst normlarca koruma altına alınmış haklardan olup sözü edilen normlar iç hukuk açısından bağlayıcıdır. Açıklanan nedenle, davacının sendikal nedenle fesih gerçekleştiğini ispat etmesi halinde iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartları oluşmasa dahi işe iade davası açabileceği ve sendikal tazminat isteminde bulunabileceğinin kabulü gerekmektedir. Bu nedenle mahkemenin aksi yöndeki kararı isabetsizdir..." ifadelerine yer vererek kararı bozmuştur¹³.

Kararda kullanılan ifadelerden özellikle Anayasa m.90'a yapılan atıftan Özel Daire'nin sanki uyuşmazlığı Anayasa

¹³ Yarg. 7. HD, 12.05.2016, E. 2015/44132 K. 2016/10846; aynı yönde, Yarg. 7. HD, 12.05.2016, E. 2015/44133 K. 2016/10845.

Mahkemesi'nin iptal kararından önce karara bağlasa da aynı yönde karar verecekmiş izlenimi edinilmektedir. Kararda değinilen, iş güvencesinden yararlanamayan işçilerden belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar ve işveren vekilleri ile -kararda değinilmeyen- Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin durumu aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

b) İşe İade Davası Açma Hakkının İş Güvencesinden Yararlanamayan Gruplar Özelinde Değerlendirilmesi

aa) Küçük işyerlerinde çalışanlar ve kıdemi altı aydan az olanlar

İş Kanununun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin işyerinde en az otuz işçi¹⁴ çalıştırması ve işçinin kıdeminin en az altı ay¹⁵ olması gerekir (f.1). İşçinin işyerindeki kıdemi altı aydan az ise veya işyerinde otuzdan az işçi çalışıyorsa, işçinin iş sözleşmesinin feshi üzerine işe iade davası açabilmesi mümkün değildir. 6356 sayılı Kanun m.25/5'te geçen ve bu hükme atıfta bulunan "18" ibaresinin iptalinin sonucu olarak, normal şartlarda işe iade davası açma hakkı bulunmayan bu işçiler iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla işe iade davası açabileceklerdir. İş güvencesinin kapsamı dışında kalanlardan durumu en az tereddüt uyandıran grubu bu işçiler oluşturmaktadır¹⁶. Yukarıda belirtildiği

¹⁴ Tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde ise en az 51 işçinin çalışıyor olması gerekir (İşK.m.4/1,b). İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir (m.18/4,c.2).

¹⁵ İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilirken (m.18/4,c.1), yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz (m.18/1, son c.).

¹⁶ Nitekim, 6356 sayılı Kanuna ilişkin Tasarının Alt Komisyon'da görüşülmesi sırasında da, m.25/5 hükmü, fıkranın ilk cümlesine "İş Kanununun" ifadesinden sonra gelmek üzere "18 inci maddesinin birinci fıkrasındaki otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın" ifadesinin eklenmesi suretiyle" kabul edilmişti [TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı 197, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları (1/567)]. Bu husus da, iş güvencesi kapsamı

gibi, 7. ve 22. Hukuk Daireleri önlerine gelen uyuşmazlıklarda kıdemi altı aydan az olduğu veya otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalıştığı için iş güvencesinden yararlanamayan bu işçilerin de sendikal fesih iddiasıyla işe iade davası açabileceklerine karar vermiştir.

bb) Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar

İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için aranan bir diğer koşul işçinin iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasıdır. İş Kanunu kapsamı açısından düşünüldüğünde m.11 anlamında esaslı (objektif) nedene dayalı belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar işe iade davası açamazlar.

Anayasa Mahkemesi'nin m.25/5'te geçen ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma koşulunu öngören "18" ibaresini iptal etmesi karşısında acaba iş güvencesinden yararlanamayan diğer çalışanlar (altı aydan az kıdemi olanlar, otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışanlar) gibi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların da sendikal nedenle yapılan fesihlere karşı işe iade davası açabilmeleri mümkün olacak mıdır?

Öğretide savunulan bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin beşinci fıkradaki "18" ibaresini iptalinin bir sonucu olarak artık iş güvencesine tabi olmayanların da sendikal feshe karşı işe iade davası açabilmeleri sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanların kullanabileceği bir imkan olmayıp, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar da bu haktan yararlanabilecektir. Bu görüşe göre, işe iade davası için öngörülen 30 işçi, 6 ay ve belirsiz süreli iş sözleşmesi koşulları 18. maddede düzenlenmiştir ve "18" ibaresinin iptali sonucunda 30 işçi ve 6 ay koşulunun yanında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma koşulu da ortadan kalkmıştır¹⁷.

dışında kalanların sendikal nedenle işe iade davası açmaları konusunda ilk olarak bu grubun akla geldiğini göstermektedir.

¹⁷ **Ekmekçi**, İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları, 20.

Hükmün lafzı dikkate alındığında sözü edilen görüş isabetli sayılabilecektir. Gerçekten, fıkra hükmü mevcut biçimiyle, Alt Komisyon tarafından kabul edilen şeklinin aksine, “18 inci maddesinin birinci fıkrasındaki otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın” gibi herhangi bir sınırlayıcı ifade de içermemektedir. Böyle olunca koşullar arasında ayırım yaparak bazı koşulların varlığını halen aramak keyfilik olarak değerlendirilebilir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de, yukarıda belirttiğimiz kararlarında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların da sendikal nedenle işe iade davası açabileceklerini belirtmiştir¹⁸.

Bununla birlikte bize göre, her ne kadar 18. maddeye yapılan yollama iptal edilmiş olsa da, bu sözleşme türünün niteliği gereği, belirli süre iş sözleşmesi ile çalışanların sendikal fesih iddiasıyla da olsa işe iade davası açamayacakları kabul edilmelidir¹⁹.

Bilindiği gibi, iş güvencesi kapsamında olmayanlar sendikal feshe bağlı olarak işe iade davası açmaları ve gerekli koşulları sağlamaları durumunda sendikal tazminattan başka iki imkandan yararlanabilirler: işe geri dönmek ve/veya dört aylık boşa geçen süre ücreti. Özellikle İş Kanunu kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için objektif (esaslı) neden aranması, genel olarak sözleşmenin süresinden önce fesih halinde işçinin bakiye süre ücreti tutarında tazminat talep hakkının varlığı karşısında, işe iade ve boşa geçen süre ücreti talep haklarının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara özgü haklar olarak kabule devam edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Esasen karşı görüşün kabulü durumunda da pratik açıdan çok farklı sonuçlar doğmayacağını düşünüyoruz. Zira, 6356 sayılı Kanun m. 25 hükmünde açıkça öngörüldüğü üzere, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi

¹⁸ Yarg. 7. HD, 12.05.2016, E. 2015/44132 K. 2016/10846; aynı yönde, Yarg. 7. HD, 12.05.2016, E. 2015/44133 K. 2016/10845.

¹⁹ Aynı yönde, **Akyiğit**, 402, 411.

halinde, İş Kanunu'nun 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilecek ancak işçinin işe başlatılmaması halinde, ayrıca İş Kanunu m.21/1'de belirtilen iş başlatmama tazminatına hükmedilmeyecektir (f.5/c.2-3). Böyle bir durumda işçi sendikal tazminata ek olarak süresi içinde işverene başvurusu ve işverenin daveti halinde işe başlaması kaydıyla yargılama sırasında geçen en çok 4 aya kadar boшта geçen süre ücreti ve diğer haklarını elde edebilecektir. Yoksa ayrıca 4-8 aylık işe başlatmama tazminatına hak kazanılması söz konusu değildir.

Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi açısından da işe başlatılmama hali için özel bir yaptırım söz konusu olmayacaktır. Boшта geçen süre ücreti açısından bakıldığında ise, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, yukarıda belirtildiği gibi, sözleşmenin bakiye süresine ilişkin ücret tutarında tazminat talep hakkı bulunmaktadır. TBK m. 438 uyarınca, işveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir (f.1-2).

İşçinin işe iade hükümlerine atfen dört aylık boшта geçen süre ücretine de hak kazanacağı görüşünün kabulü varsayımında, bu ücret çoğu zaman TBK m. 438'e göre talep edilebilecek bakiye süre ücreti tutarında tazminatla örtülecek, onun içinde kalacaktır. TBK m.438/2'de başka işten elde edilen gelirden söz edilmekte olup, aynı iş ilişkisi çerçevesinde elde edilecek gelir de bu kapsamda değerlendirilmelidir. İş Kanunu m.21'de öngörülen boшта geçen süre ücreti en çok 4 aya kadar olabilmektedir. Sözleşme süresinin bitimine dört aydan az bir süre kala yapılan sendikal fesihlerde, işçinin TBK m. 438 yerine İş Kanunu m.21 uyarınca dört aylık boшта geçen süre ücreti

talep edebileceği akla gelebilirse de, kanaatimizce bu ihtimalde de sözleşme süresini aşan bir boşta geçen süre ücretine hükmedilmesi mümkün olmamalıdır.

Dolayısıyla karşı görüşün kabulünün uygulamadaki pratik sonuçlar açısından işçiye özel bir yarar sağlamayacağı, aksine çeşitli sorunların doğumuna neden olacağı kanısındayız. Örneğin, sendikal fesih iddiasıyla açılan işe iade davasında lehine sendikal tazminata ve boşta geçen süre ücretine hükmedilen bir işçinin, artık sürdürülebilir bir iş ilişkisi olmayacağı vb. bir nedenle eski işine dönmek istemediğini düşünelim. Bu durumda işçi, on işgünü içinde işe başlamak için işveren başvurmadığı veya davet üzerine işe başlamadığı için boşta geçen süre ücretine hak kazanamayacaktır. Böyle bir ihtimalde, işçinin aynı iş sözleşmesi kapsamında da olsa çalışmak istememesi nedeniyle TBK m. 438/2 uyarınca boşta geçen süre ücretinin (bilerek elde etmekten kaçındığı gelir bağlamında) bakiye süre ücret tutarında tazminattan mahsup edilip edilmeyeceği tartışmaları gündeme gelebilecektir.

Sonuç olarak kanaatimizce, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi halinde işe iade davası açamayacak, ancak genel zamanaşımı süresi içinde bu sendikal fesih nedeniyle sendikal tazminat talep edebilecektir. Bu durumdaki bir işçinin, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın süresinden önce feshedilmiş olmasına bağlı bakiye süre ücret tutarında tazminat talep hakkı yine söz konusu olabilecektir. Bunun gibi, 1475 sayılı İş Kanunu m.14'te öngörülen en az bir yıl çalışmış olma koşuluna sahip olması durumunda ayrıca kıdem tazminatına da hak kazanabilecektir. Yine iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedilmesi hali için bir ceza koşulunun ödenmesi öngörülmüşse, sendikal nedenle işten çıkarılan işçi bu ceza koşulunu da talep edebilecektir.

cc) İşveren vekilleri

İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş güvencesine tabi olmak açısından aranan son koşul, işçinin işletmenin bütününe sevk

ve idare eden işveren vekili veya yardımcısı yahut işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olmamasıdır (m.18/son). Anayasa Mahkemesi'nin m.25/5'teki "18" ibaresini iptali üzerine, söz konusu işveren vekillerinin de sendikal nedenle iş sözleşmelerinin feshedildiği iddiasıyla işe iade davası açıp açamayacaklarının değerlendirilmesi gerekir. Bu konudaki değerlendirmelere geçmeden önce belirtelim ki, İş Kanunu m.18'deki işveren vekili tanımının m.2'deki tanıma oranla oldukça dar tutulmuş olması karşısında, uygulamada bu işveren vekillerinin sendikal faaliyette bulduklarına rastlama olasılığı oldukça zayıftır. Ancak konunun hukuki açıdan ele alınması gerekir.

Kanaatimizce bu konuda yapılacak değerlendirmelerde öncelikle söz konusu işveren vekilleri arasında bir ayırım yapılması zorunludur. Gerçekten, İş Kanunu'nun 18. maddesinde güvence kapsamı dışında bırakılan üç grup işveren vekilinden işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilinin sendikal fesih iddiasıyla işe iade davası açabilmesi esasen mümkün değildir. Zira, İş Kanunu m.18/son'daki bu işveren vekili tanımı 6356 sayılı Kanundaki işveren vekili tanımı ile örtüşmektedir. Kanunun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesi uyarınca, Bu Kanunun uygulanmasında işveren vekili, işveren adına işletmenin bütününe yönetenleri ifade eder (m.2/1,e). Yine aynı madde uyarınca, işveren vekilleri, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır (m.2/2). Dolayısıyla uygulamada genel müdür, CEO, ülke başkanı gibi unvanlarla çalışan işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri, 6356 sayılı Kanun anlamında işçi sayılmadıklarından, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına dayanarak da işe iade davası açamayacaklardır.

Kanunda sayılan diğer iki grup işveren vekili açısından ise, bu şekilde hukuki bir engel bulunmadığından, teorik olarak da olsa, sendikal fesih iddiasıyla işe iade davası açılabilmesi mümkündür. Nitekim 7. Hukuk Dairesi de, yukarıda belirttiğimiz 12.05.2016 tarihli kararlarında işveren vekillerinin de sendikal fesih iddiasıyla işe iade davası açabileceklerini belirtmiş-

tir. Savunduğumuz görüş doğrultusunda, 6356 sayılı Kanun uygulamasında işveren sayılan işveren vekili dışındaki işveren vekillerinin iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla işe iade davası açabilmeleri iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasına bağlıdır.

dd) Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler

Hukukumuzda iş güvencesi hükümleri örneğin Alman Hukukundan farklı olarak ayrı bir kanunda düzenlenmeyip İş Kanunu'nda yer aldığından, iş güvencesinden yararlanabilmek için ön koşul olarak İş Kanunu kapsamında işçi olmak gerekir. Bunun yanı sıra haklarında İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinin kıyas yoluyla uygulandığı Basın İş Kanunu kapsamındakiler de iş güvencesinden yararlanırlar (İşK m.116, Basın İşK m.6/son). Bunların dışında kalan Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler ise, aksi kararlaştırılmadıkça, iş güvencesinden yararlanamazlar. Bu noktada, yukarıda vardığımız, Anayasa Mahkemesi'nin m.25/5'teki "18" ibaresini iptal kararı sonucunda iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin de sendikal fesih iddiasıyla işe iade davası açabilecekleri yönündeki sonucun, iş güvencesinin hiçbir şekilde düzenlenmediği kanunlar kapsamında çalışan işçiler için geçerli olup olmayacağına da değerlendirilmesi gerekir.

Bu konuya iki şekilde yaklaşılabilir. İlk olarak, m.25/5'te 4857 sayılı Kanun m.20-21 hükümlerine göre dava açma hakkından söz edilmiş olması esas alınarak, sadece 4857 sayılı Kanun ve bu Kanunun iş güvencesi hükümlerinin kıyasen uygulandığı Basın İş Kanunu kapsamındakilerin sendikal fesih iddiasıyla işe iade davası açabilecekleri düşünülebilir. Nitekim öğretilerde savunulan bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin beşinci fıkradaki "18" ibaresini iptali sadece İş Kanunu ve Basın İş Kanununa tabi olup iş güvencesinden yararlanamayan işçiler açısından bir etkiye sahip olup, bu işçiler sendikal nedenle iş sözleşmelerinin feshedildiği iddiasıyla işe iade davası açabileceklerdir. Buna karşılık söz konusu kanunların kapsa-

mı dışında kalıp Deniz İş Kanununa veya Borçlar Kanununa tabi olanların iptal hükmüne rağmen sendikal fesih iddiasıyla da olsa işe iade davası açmaları mümkün değildir²⁰. Bu görüşe göre, 5. fıkradaki "...4857 sayılı Kanun'un 18, 20 ve 21'inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir..." cümlesindeki "...18..." ibaresi iptal edilip yeni cümle "...4857 sayılı Kanun'un ...20 ve 21'inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir..." şeklinde olduğu, yani söz konusu fıkradaki 4857 sayılı Kanun ibaresi ortadan kalkmadığı için, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanununa tabi işçiler iptale rağmen sendikal nedenle işe iade davası açamayacaklardır. Bu kanunların kapsamında olanlar sendikal fesih halinde sadece sendikal tazminat talep edebileceklerdir²¹.

Bize göre ise, kanun koyucunun m.25/5'te 4857 sayılı Kanun hükümlerine yollama yapma nedeninin iş güvencesi hükümlerinin bu Kanunda düzenlenmiş olmasından ibaret olduğu, burada amacın bireysel iş ilişkileri açısından tabi oldukları kanunun bir önemi olmaksızın sendikal feshe maruz kaldığını iddia eden işçilere işe iade davası açma hakkını sağlamak olduğu, dolayısıyla Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındakilerin de bu haktan yararlanacağı söylenebilir. Kanunun hazırlık çalışmaları incelendiğinde hükmün TBMM'ye sunulan Hükümet Tasarısındaki ifadesinin de bu şekilde olduğu ve bu düzenleme ile İş Kanunu ve Basın İş Kanunu ile sınırlı olmaksızın 6356 sayılı Kanuna tabi tüm işçilere sendikal fesihlere karşı işe iade davası açma hakkının tanınmak istediği görülmektedir²².

Gerçekten, m.25/5 hükmü, yukarıda belirtildiği gibi, yasalaşma sürecinde gerek Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler (Alt) Komisyonu'nda gerek TBMM'de değişikliklere uğramıştır. Hükümet Tasarısının TBMM'ye sunulan şeklinde m.25/5'te,

²⁰ **Ekmekçi**, İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları, 20.

²¹ **Ekmekçi**, İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları, 20.

²² Bu konuda bkz. **Özkaraca**, Sendikal Güvenceler, 206-207.

“Sendikal nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanununun 20 nci ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir...” denilmekteyken; Alt Komisyon’da 25. madde, “... bir taraftan çalışanlar arasında sendikal örgütlenmenin artırılması amaçlanırken diğer taraftan 4857 sayılı Kanun çerçevesinde tanınan sendikal tazminat davası açma hakkının otuz işçi ve asgari altı ay çalışma şartı ile sınırlandırılmasının yanlış olması dikkate alınarak, iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshine karşı çalışanların korunması amacıyla beşinci fıkranın ilk cümlesine “İş Kanununun” ifadesinden sonra gelmek üzere “18 inci maddesinin birinci fıkrasındaki otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın” ifadesinin eklenmesi suretiyle” kabul edilmiştir. Tasarının TBMM’de görüşülmesi sırasında ise, kabul edilen bir önerge ile m.25/5, ilk cümle “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanununun 18, 20 ve 21’inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir.” şeklinde değiştirilmiştir.

Görüldüğü gibi, Hükümet Tasarısının ilk şeklinin lafzı, hükmün Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından sonraki lafzı ile birebir aynıdır. Tasarının gerekçesine bakıldığında, hükmün TBMM’ye sevk edildiği ilk biçimi olan Hükümet Tasarısındaki -yani “otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın” ibarelerinin yer almadığı- bu ifade biçimiyle de, Alt Komisyon tarafından anlaşılış biçiminden farklı olarak, sadece iş güvencesine tabi olanları kapsama almak amacını taşımadığı görülmektedir. Gerçekten, madde gerekçesinde, “Maddede sendika özgürlüğünün güvencesi düzenlenmiştir. Bireysel sendika özgürlüğü bu Kanunun kapsamına giren bütün çalışanları kapsayacak şekilde güvence altına alınmıştır...4857 sayılı İş Kanununun 18 inci Maddesinin kapsamı dışında bulunan hallerde de işveren feshin nedenini ispat ile yükümlü tutulmuştur...” ifadelerine yer verilmiştir²³.

²³ TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S.Sayı: 197, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları (1/567).

Gerekçede bireysel sendika özgürlüğünün 6356 sayılı Kanun kapsamındaki tüm çalışanları kapsayacak şekilde güvence altına alındığı belirtilmiştir. 6356 sayılı Kanun ise sadece İş Kanunu veya Basın İş Kanunu'na tabi çalışanları değil, bunların yanı sıra Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi çalışanları da kapsamına almaktadır. Dolayısıyla karşı görüşten farklı olarak m.25/5 ilk cümlede mevcudiyetini koruyan "4857 sayılı Kanun" ibarelerinin, işe iade davası açma olanağını sadece bu Kanun (ve 5953 sayılı Kanun) kapsamındakilere tanımak gibi bir sınırlandırma amacı taşımadığı; bu ibarelere yer verilme nedeninin iş güvencesi hükümlerinin bu Kanunda düzenlenmesinden ötürü olduğu kanısındayız.

Bu noktada bir hususa dikkat çekmek isteriz ki, 6356 sayılı Kanun tüm işçileri kapsamına karşın, işçi tanımını özel olarak yapmamış, bu hususta (sadece) 4857 sayılı Kanuna atıf yapmakla yetinmiştir. Kanuna göre, "Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir" (m.2/3). Oysa, bireysel iş ilişkileri açısından tabi oldukları kanunun bir önemi olmaksızın yine tüm işçileri kapsayan 5510 sayılı Kanunda, hizmet sözleşmesi tanımlanırken, bu özellik dikkate alınarak sadece İş Kanunu'na atıf yapılmamış, "Hizmet akdi:...Borçlar Kanununda tanımlanan hizmet akdini ve iş mevzuatında tanımlanan iş sözleşmesini veya hizmet akdini" ifade eder denilmiştir (m.3/11). Tartışma konumuzla doğrudan bağlantısı olmasa da burada vurgulamak istediğimiz husus, özellikle toplu iş hukuku mevzuatında İş Kanunu'na yapılan atıfların her zaman sınırlandırma amacı gütmeyeceğidir.

Daha önce de vurguladığımız gibi, "...Hukukumuzda son yıllarda sendikal güvenceler konusunda düzenleme yapılırken düşülen hata, 6356 sayılı Kanun'da da tekrarlanmıştır. Gerçekten, 6356 (daha önce 2821) sayılı Kanunun hangi iş kanununa tabi olduğuna veya Borçlar Kanununa mı tabi olduğuna bakmaksızın tüm işçileri kapsadığı gerçeği yapılan düzenlemelerde göz ardı edilmekte, sanki tüm işçiler 4857 sayılı İş Kanunu

kapsamındaymış gibi hükümler getirilmektedir..."²⁴. Bu konuda dikkat çekici örneklerden biri mülga 2821 sayılı Kanunun işyeri sendika temsilcisinin güvencesini düzenleyen m.30 hükmüdür. Bu hükümde, "İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde *İş Kanununun ilgili hükümleri* uygulanır. Temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, *İş Kanununun 21 inci maddesinin* birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir." ifadeleri yer almaktaydı (m.30/1-2). Görüldüğü gibi, burada da kanun koyucu tartışma konumuza benzer bir şekilde İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinden söz etmekteydi. Oysa, bugün olduğu gibi, Deniz İş Kanunu veya Borçlar Kanunu kapsamındaki işyerlerinde de toplu iş sözleşmesi yetkisinin alınması ve işyeri sendika temsilcisi atanması mümkündür ve bu kanunlar kapsamındaki temsilciler de iş güvencesinden yararlanabilmeliydiler.

Sonuç olarak, aslında Tasarı ile zaten, iş güvencesi kapsamında olmayanlar da dahil olmak üzere, bireysel iş ilişkileri açısından hangi kanuna tabi olduklarına bakılmaksızın tüm işçilere, sendikal fesih iddiasıyla İş Kanunu m. 20-21 hükümleri çerçevesinde işe iade davası açma hakkı tanınmak istendiği anlaşılmaktadır. Hükmün iptal kararı sonrası lafzı da aynı şekilde olduğundan Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin de sendikal fesih iddiasıyla işe iade davası açabilecekleri kanısındayız²⁵.

c) İş Güvencesi Kapsamı Dışındakilerin Sendikal Fesih İddiası İle Açtıkları İşe İade Davasının Sonuçları

İş güvencesi kapsamı dışındaki bir işçinin sendikal nedenle açacağı işe iade davasının sonuçlarının çeşitli ihtimallere göre açıklanmasında yarar görüyoruz. Zira, karşımızda normal şartlar altında işe iade davası açma hakkı bulunmayan bir

²⁴ Özkaraca, Sendikal Güvenceler, 204.

²⁵ Aynı yönde, Tuncay/Savaş Kutsal, 112.

işçi bulunmaktadır. Böyle bir dava sonucunda feshin sendikal nedenle yapıldığı sonucuna varıldığı takdirde, tıpkı güvence kapsamındaki bir işçi gibi, 4 aylık boşta geçen süre ücretine ve başvurudan/işe başlatmadan bağımsız olarak en az 1 yıllık ücret tutarında sendikal tazminata karar verilecektir.

İşçi, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvuracak, işveren tarafından bir aylık işe başlatma süresi içinde işe başlatılmak istenmesi durumunda da işe başlayacaktır. İşe başlamak için işverene başvurmayan veya davet edilmesine rağmen işe başlamayan işçi boşta geçen süre ücretine hak kazanamayacak, ancak sendikal tazminat alabilecektir. Bu durumdaki işçi, aynı zamanda sendikal nedenle yapıldığına karar verilen fesih tarihine göre kıdem ve ihbar tazminatlarını alabilecektir.

Kanunda sendikal tazminata karar verilen durumlarda, mahkemece işçinin işe başlatılmaması ihtimali için ayrıca İşK.m.21/1'de belirtilen tazminata hükmedilmeyeceği öngörüldüğünden, sendikal nedenle işten çıkarılan işçi, işveren tarafından işe başlatılsa da başlatılmasa da, aynı haklara (boşta geçen süre ücretine ve sendikal tazminata) sahip olacaktır²⁶. Anayasa Mahkemesi inceleme konumuzu oluşturan kararı ile bu sonucu öngören 6356 sayılı Kanun m.25/5/c.3'ün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal/yürürlüğünün durdurulması isteminin reddine karar vermiştir.

Belirtelim ki, 6356 sayılı Kanun döneminde, işçi iş güvencesi kapsamında olsun olmasın, sendikal fesih nedeniyle hükmedilecek sendikal tazminata esas ücret, işçinin işe başlamak için başvurup başvurmamasından, işverenin işe başlatıp başlatmamasından bağımsız olarak, işçinin sendikal nedenle yapıldığı kabul edilen fesih tarihindeki ücretidir.

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiye, işe iade davası açma imkanı sadece sendikal fesih iddiası nedeniyle tanınmış olduğundan, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin açtığı davadan

²⁶ Düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Baskan**, 191-192.

farklı olarak, bu tür bir davada fesih sendikal nedene dayanmıyor ama geçerli neden de yok denilerek feshin geçersizliğine (dolayısıyla 4 aylık boşta geçen süre ücreti ve 4-8 ay arası işe başlatmama tazminatına) karar verilemeyeceği kanaatindeyiz. Sendikal neden ispatlanamadığı takdirde, fesih için geçerli bir neden bulunmasa bile, açılan işe iade davasının reddine karar verilmelidir²⁷. Zira, işverenin iş güvencesinin kapsamı dışındaki işçinin iş sözleşmesini feshederken geçerli nedene dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Nitekim, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de, yukarıda yer verdiğimiz kararlarında, isabetli olarak bu doğrultuda hüküm kurmuştur. Söz konusu kararlara göre, "...feshin sendikal nedene dayandığının tespiti halinde feshin geçersiz olduğunun tespiti ile davacının işe iadesine ve sendikal tazminata hükmedilmesine karar verilmeli, feshin sendikal nedene dayanmadığının tespit edilmesi halinde ise sendikal nedenin varlığının 4857 Sayılı Yasa'nın iş güvencesine ilişkin 18 vd maddelerinin uygulanmasının bir istisnası olduğu dikkate alınarak 6 ay kıdem koşulu bulunmayan davacının şimdiki gibi davasının reddine karar verilmelidir..."²⁸.

IV. Sonuç

Anayasa Mahkemesi'nin 6356 sayılı Kanun m.25/4'teki "fesih dışında" ve f.5'teki "18" ibarelerini iptal kararı sonrasında iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler de tıpkı güvenceden yararlanan işçiler gibi, sendikal fesih halinde doğrudan sendikal tazminat talep edebilecekleri gibi, işe iade davası da açabileceklerdir. Kanaatimizce işe iade davası açma hakkı sadece iş güvencesi hükümlerinin düzenlendiği İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere özgü olmayıp Deniz İş Kanunu

²⁷ Özkaraca, Değerlendirme 2014, 237; aynı yönde, Şahlanan, Değerlendirme 2014, Genel Görüşme, 366; Sümer, İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İşçinin Sendikal Feshe Karşı Güvencesi, 246; Ekmekçi, İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları, 21.

²⁸ Yarg. 7. HD, 12.05.2016, E. 2015/44132 K. 2016/10846; aynı yönde, Yarg. 7. HD, 12.05.2016, E. 2015/44133 K. 2016/10845.

ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin de sendikal fesih iddiasıyla işe iade davası açabilmeleri mümkündür. Ancak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların bu sözleşme türünün niteliği gereği sendikal fesih iddiasıyla da olsa işe iade davası açamayacakları kanaatindeyiz.

İş güvencesinden yararlanamayan bir işçinin sendikal fesih iddiasıyla açacağı işe iade davası sonucunda feshin sendikal nedenle yapıldığı kabul edilirse, güvence kapsamındaki işçinin açtığı davada olduğu gibi, boşa geçen süre ücreti ve sendikal tazminata karar verilecektir. Buna karşılık, feshin sendikal nedenle yapılmadığı kabul edilirse davanın reddi gerekecektir. Bu davayı açma hakkı salt sendikal fesih iddiasına bağlı olarak tanındığından, burada artık güvence kapsamındaki işçinin açtığı davadan farklı olarak geçerli neden bulunup bulunmadığı yönünde bir inceleme yapılmayacaktır.

Ben sözlerimi burada tamamlıyorum Sayın Başkanın uyarısından önce. Beni dinlediğiniz için çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

Av. Ali Çetin AYGÜN (Oturum Başkanı)- Sayın Hocama teşekkür ediyoruz. Şimdi oturumumuzun üçüncü konuşmacısı olarak, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi ve ortaya çıkan sorunlar konusunda Prof. Dr. Aydın Başbuğ Hocamız.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİNDEKİ TEMEL SORUNLAR ve SENDİKAL HAKLARA OLUMSUZ ETKİSİ

*Prof. Dr. Aydın Başbuğ**

Sendikal hakların korunması ve geliştirilmesi ile örgütlenmenin özgürlüğünün önündeki engellerin kaldırılması için sık sık mevzuatta değişiklik yapılır. Her seferinde eskisine göre daha ileri ve kapsamlı düzenlemeler yapılır. Ancak bütün bu çabalara rağmen sendikal örgütlenmede bir mesafe alınamamaktadır.

Mevzuattaki düzenlemelere rağmen örgütlü sayısında bir mesafe alınamadığı için sendikalar suçlanır. Bu haksız itham mevzuat ve uygulama arasındaki ilişkinin yeterince kavranmamasından ortaya çıkar. Kanaatimizce sendikal örgütlenmenin önünde en büyük engel, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin alınma sürecindeki temel sorunlarda toplanmaktadır.

Mevzuatın doğru tasarlanamaması, temel kavramların dahi açık bir şekilde oturmaması nedeniyle ortaya çıkan çeşitli hukuki engeller, bir işyerinde toplu iş sözleşmesi kurulmasını ve dolayısıyla örgütlenmeyi de olumsuz etkilemektedir. En basit yetki problemleri dahi 4-5 yıla ulaşan bir uyuşmazlık sürecine yol açmaktadır. Sendikaların yıllar süren ve çok büyük masraflara katlanarak gerçekleştirdikleri örgütlenme çabaları, toplu iş sözleşmesi ile noktalanmadığı hallerde boşa çıkabilmektedir.

Sendikal örgütlenme ile toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi birbiri ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Zira toplu iş sözleşmesi ile sonuçlanmayan bir örgütlenme mücadelesi boşa çıkmaktadır.

Aşağıda örgütlenme ve sendikal hakları bu derece yakından ilgilendiren toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin önündeki sorunlar üzerinde durulacaktır.

¹ Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F

1.Mevzuatımızdaki Yetki Sorunları

Toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip işçi sendikasının, toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmesi için yetkili bir sendika olması gerekmektedir. İşçi sendikasının yetkili olabilmesi için, aşağıdaki iki yetki koşulunu birden gerçekleştirmesi gerekmektedir.

1.1. İş Kolu Barajını Geçmek

İşçi sendikanın bir toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olabilmesinin ilk koşulu, kurulu bulunduğu iş kolundaki iş kolu barajının aşılmasıdır.

Her sendika kurulduğu iş kolunda çalışan İşçilerin en az %1'ini üye kaydetmedikçe Türkiye'nin hiçbir yerinde toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili değildir (SveTİSK. m. 41/I)¹.

İş kolu barajı, sendikal örgütlenmenin güç olduğu tarım, ormancılık, avcılık ve balıkçılık iş kolunda aranmamaktaydı (eski 2822 sayılı TİSGLK. m.13). 6356 sayılı Kanun ise, işkolları bakımından bir istisna getirmemiştir.

Bir sendikanın iş kolu barajını geçip geçmediğinin tespiti, Çalışma Bakanlığı tarafından yapılır. Her yıl Ocak ve Temmuz aylarında bu istatistikler Resmi Gazetede yayınlanır. Bu kararlara karşı yargı yolu açıktır (SveTİSK. m. 41/V).

Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanıncaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilememektedir.

İstatistiklerin belirlenmesinde Çalışma Bakanlığındaki sayılar dikkate alınacaktır. Oysa Çalışma Bakanlığının e-devlet sistemi üzerinden sendikaya üye olabilecek kişiler, sadece

¹ Ayrıca bkz. **Başbuğ, Aydın**; Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Şeker-iş yay. Ankara 2012, s.169 vd.

sosyal güvenlik sistemi bakımından 4-a sigortalı olarak kaydedilenlerdir. Buna karşılık 6356 sayılı Kanun, iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız bir meslekî faaliyet olarak yürüten kişiler de işçi sayılmaktadır (Sen. ve TİSK. m. 2/IV). Kanun bir yandan işçi sayılan kişilerin sendikaya üye olabileceğini düzenlerken bir yandan da istatistiklerin belirlenmesinde “sadece işçi sayısını” dikkate almaktadır. Kanaatimizce, Kanuna göre işçi sayılanların sendikaya yazılı başvurusu ile üyelikleri kazanılmalıdır. Ancak bu tür üyeler istatistik çoğunluğunun tespitinden nazara alınmamalıdır.

1.2. Belirli Bir Çoğunluğun Üye Olarak Kaydedilmesi

Toplu iş sözleşmesi yapılmak istenen işyerinin girdiği iş kolunda örgütlü bulunan sendikanın, başvuru tarihinde işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye kaydetmiş olması gereklidir (SveTİSK. m. 41/I).

İşyeri toplu iş sözleşmesi için öngörülen çoğunluk yarısından fazladır. Uygulamada yarısından fazla bazen yarısından bir fazla olarak anlaşılmaktadır. Oysa her ikisi farklıdır. Bu fark işçi sayısının tek rakamlı olduğu durumda ortaya çıkar. Örneğin 101 kişinin yarısından fazlası, 51 kişi; yaradan bir fazlası 52 kişidir. Yetki tespiti bakımından bir kişinin önemi oldukça büyüktür.

Toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işletmede, başvuru tarihinde çalışan işçilerin yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde işçi sendikası işletme için işletme toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir (SveTİSK. m. 41/I).

İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanır. İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

Toplu iş sözleşmesinin türünün ne olduğu, yetki çoğunluğunun tespiti bakımından oldukça önemlidir. İşte bu noktada “işyeri” ve “işletme” olgularının önemi ortaya çıkar.

Maalesef Türk hukukunda işyeri kavramı yeterince ortaya konulmamıştır. Bu nedenle işletme ve işyeri birbirine sıklıkla karışan bir tanımlama olmuştur. Dört ya da beş işçinin çalıştığı küçük bir belediye, aynı şekilde dört ya da beş işçinin çalıştığı bir kamu kuruluşu işletme tanımını almaktadır. Rastgele ve düzensiz bir şekilde kullanılan işletme kavramı, bazen işyerinin büyüklüğüne göre de kullanılmaktadır. Bu durumda hukuken tek bir işyeri olduğuna bakılmaksızın işyerinin büyüklüğünden hareket ederek işletme tanımı verilmektedir.

Bütün bu düzensiz ve hukuki olmayan durumlar toplu iş sözleşmesi yetkisini etkilemektedir. Tamamen idari uygulamaya, vergi ve sigorta kaydına yönelik düzenlemelerin İş Kanununun ya da Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun benimsediği ilkelere uygunluğu araştırılmadan bir sonuca varılmaktadır. Bu nedenle aynı tel örgü sınırlarında değilse ayrı bir işyeri numarası alınmasına ilişkin idari bir işlemde hareketle iki ayrı işyeri olduğu sonucuna varılmaktadır. İşte bu durumda İş Kanununun işyeri tanımı ve işyerine bağlı yerler ile eklentilere ilişkin düzenlemelerinin bir anlamı kalmamaktadır. Bütün bu düzenlemeler atlanarak, doğru olmayan bir şekilde yeni bir işyerinin varlığı söz konusu olmaktadır. İşte bu durum en başta yetki sorunları olmak üzere birçok hukuki soruna yol açmaktadır.

Örneğin devlet demir yollarının ülke genelindeki atölye, gar ve taşımacılık ağı İş Kanunu açısından tek bir işyeri olarak kabul edilmesi gerekirken, sırf işyeri numaralarının birden fazla olması nedeniyle işletme kavramına dahil edilmektedir.

Devlet demiryollarının, atölye, gar ve taşımacılık ağının ortaya çıkardığı bütünlüğün; ekonomik ve teknik bağını olmadığını iddia etmek, insan aklı ile alay etmek olacaktır. Peki bu durumda ekonomik ve teknik bütünlüğe bağlanan hukuki sonuç olarak "bağlı yer" e ilişkin İş Kanunu hükmü ne olacaktır?

6356 sayılı Kanun, işyerini esas almıştır. İşyeri kavramı da 4857 sayılı İş Kanununa göre değerlendirilir. Özellikle bağlı yer kavramı üzerinde durulmalıdır. Zira uygulamada ayrı bir işyeri denilen birçok birim İş Kanununa göre bağlı yerdir.

İşyeri, işveren tarafından çeşitli faktörlerin belirli bir amaca uygun olarak organize edildiği bir bütünlüğü ifade eder. İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muâyene ve bakım, beden ve meslekî eğitim yerleri ve avlu gibi eklentiler ve araçlar da işyeridir (İK. m. 2/II ve III).

Aynı işveren ait iki farklı mekan, teknik yönden birbirine bağlı ise tek bir işyeri olarak değerlendirilir. İşin niteliği ve yürütümü bakımından "işyerine bağlı yerler", aynı teknik amaç ve aynı yönetimde örgütlenmektedir. Yapılan iş tamamıyla farklı da olsa, teknik bir bağ ve aynı yönetim altında toplanma söz konusu ise, işyerine bağlı yerler olarak tek bir işyeri kabul edilir.

İşyerinin ve bağlı yerin tespit edilmesinde bazen aynı yönetim altında bulunma gibi tek bir kriter de yeterli olabilir. İki ayrı işyerinde teknik bağlılık olmasa dâhi aynı yönetim altında toplanması da bağlı işyeri olarak kabul edilmesi için yeterli olabilir. Örneğin, misafirhane ya da kamp gibi, işyerlerinde teknik bir bağlantının bulunmamasına rağmen tek bir yönetim çatısında birleştirilmesi, iki ayrı yerin asıl işyeri ve buna bağlı işyeri sayılmasına yeterli olabilir.

İşyerinin sınırlarını belirlemek için organize edilmiş bir bütünlüğün bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Örneğin, Polatlı'daki bir makine fabrikasının Ankara'da bir merkez binası ve ürünlerini pazarladığı başka bir binada reklam ve pazarlama dairesi bulunmaktadır. Bu değişik üç yerleşim birimi tek bir işyeri midir? Bu durumda, sözü edilen birimlerin organize olmuş bir bütünlük olup olmadığına bakmamız gereklidir. Muhasebesinin ve personel işlerinin tek bir merkezden yürütülmesi, hizmetin sadece belli bir işe ve merkeze yönetilmesi durumunda bir bütünlükten söz edebiliriz. Örnekteki üç değişik yerden özellikle pazarlama ve reklâm birimi sadece fabrikaya hizmet ediyor ise işyerine bağlı yerdir ve tek bir işyerinden bahsedilebilir. Reklâm ve pazarlama merkezi, fabrikanın bulunduğu metal işkolunda değerlendirilir. O yerde çalışan işçiler metal işkolundaki işçi sendikasına üye olabilirler.

Ancak bu birim sadece makine fabrikasına değil, piyasaya da hizmet üretiyor ise, artık ayrı bir işyeri var demektir. Bu durumda belli bir amaca yönelik organize olmuş bir bütünlükten bahsedemeyiz.

İşyeri kavramının, uygulamada bu derece tutarsız bir şekilde kullanılması, yapılacak olan toplu iş sözleşmesinin türü ve buna bağlı olarak çoğunluk ölçütünü etkilemektedir. Ancak sorun bununla sınırlı kalmamaktadır. Bu belirsizlik, işkolu sorununu da gündeme getirmektedir. Birden fazla mekanın tek bir işyeri sayılması durumunda işkolu tespiti hepsi için geçerlidir. Buna karşılık her bir farklı mekan ayrı bir işyeri olarak görülecekse, herbiri için ayrı ayrı işkolu tespiti mümkündür.

Örneğin, bir ahşap elektronik aracın Kastamonu'nda ahşap kısmı; Ankara'da elektronik aksamı üretilmektedir. Bu iki farklı mekan birbirine ekonomik ve teknik bağlı yer kabul edildiğinde tek bir işyeri kabul edilecek ve işyeri metal işkoluna girecektir. Buna karşılık iki ayrı işyeri kabul edildiğinde; Kastamonu'ndaki işyeri ağaç, Ankara'daki işyeri metal işkolunda kabul edilecektir.

Yukarıdaki durumda sendika bu karışıklık nedeniyle çoğunluğu sağlasa dahi yetkili olamayacaktır. Diğer taraftan ayrı işyeri kabul edilmiş olması nedeniyle yetki için başvuran sendikaya karşı bu işyerlerinin tek bir işyeri olduğu itirazı ile uzun süren yetki davaları ile karşı karşıya bırakılabilecektir. Bu durumun işveren tarafından maksatlı olarak ele alınıp kötüye kullanılması da mümkündür.

“İşyerine bağlı yer” kavramının oturmamasının bir diğer olumsuz sonucu merkez idare birimlerinde ortaya çıkmaktadır. İşyeri dışındaki idare merkezleri bir işyerinin “bağlı yeri” olarak işyeri sınırlarına dahil edilmektedir. Çoğunlukla bu tür idare merkezleri, birden fazla işyerinin idare merkezi olabilmektedir. Örneğin hem inşaat hem de turizm gibi. Aynı personel her iki işyerinin idari ve muhasebe işlerini yürütmektedir. Bu durumda idare merkezinin her iki işyerini de aynı anda bağlı yeri olması durumu ortaya çıkabilecektir. Hatta işveren

tarafından idare merkezinin de çoğunluğa dahil edilmesi yönündeki itirazı, birbirinden habersiz her iki yetki uyuşmazlığında da ileri sürülebilecektir. Bu durumda birbirini kontrol eden bir sistem bulunmamaktadır.

3- Yetkiyi Etkileyen Özel Durumlar

Çoğunluğun tespitinde toplu iş sözleşmesi kapsamı dışı İşçilerin durumu,

Kapsam dışı personel, iş mevzuatında düzenlenmemiş, uygulamada toplu iş sözleşmesi sistemi ile getirilmiştir. Sendikaya üyelik bakımından Sendikalar Kanununa göre işveren vekili olan bütün işçilerin sendikaya üye olması esastır. Yetki tespitinde bu işçiler de dahil edilmektedir.

Uygulamada toplu iş sözleşmesi ile bazı işçilerin toplu iş sözleşmesi hükümleri dışında bırakılması hususu hukuk doktrininde tartışmalıdır. Buna karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır. Ancak Yargıtay uygulaması, bunun mümkün olduğu yönündedir.

İşyeri veya işyerlerinde çoğunluğun tespitinde, işveren vekili ile iş sözleşmesi dışında iş görme sözleşmesi ile bir işin görülmesini üstlenmiş olanlar ya da memurlar ile statüsü gereği sendikaya üye olamayanlar sayıya dahil edilmez.

İstifa eden işçilerin üyeliklerinin sona erme tarihinin ve yeni üyeliğin başlangıç tarihinin tespiti

Uygulamada ortaya çıkan sorun aynı anda iki üyeliğe birden sahip olma ve istifa halidir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre her üye, e-Devlet kapısı üzerinden çekilme bildiriminde bulunmak suretiyle üyelikten çekilme hakkına sahiptir. Ancak çekilme, sendikaya bildirim tarihinden itibaren bir ay sonra geçerlilik kazanır (SveTİSk. m. 19/III). Bu bir aylık süre içinde başka bir sendikaya üye olunması hâlinde yeni üyelik bu sürenin bitimi tarihinde kazanılmış sayılır. Yeni üyelik kazanıncaya kadar önceki sendikanın çoğunluk hesabında kalacaktır.

Kanunun 17. maddesinin üçüncü fıkrasında “...İşçi veya İşverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamaz. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı İşverenlere ait işyerlerinde çalışan İşçiler birden çok sendikaya üye olabilir. İşçi ve İşverenlerin bu hükme aykırı şekilde birden çok sendikaya üye olmaları hâlinde sonraki üyelikler geçersizdir” hükmü öngörülmektedir. Bir işkolunda aynı anda iki işyerinde çalışan işçinin, iki işyerinde de farklı bir işçi sendikasına üye olması mümkündür. Ancak ikinci işyerinde birinci işyerindeki sendikanın da yetki için başvurması mümkün olabilir. Bu durumda her bir işyerinde aynı anda birden fazla sendikaya üye olma durumu ile karşı karşıya kalacak olan İşçinin üyeliği nötr olarak değerlendirilebilir (Kanun bir çözüm önermemektedir).

Örneğin 100 işçinin çalıştığı bir işyerinde A işçi sendikası üyesinin 40 üyesi, işyerinde de sonradan örgütlenen B işçi sendikasının da 42 üyesi olduğunu varsayalım. Her iki sendikaya da üye beş İşçinin bulunması durumunda bu üyelikler nötr olarak değerlendirileceğinden, A sendikasının 35, B sendikasının 38 üyesi bulunacak ve her iki sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olmayacaktır. Bu durum uzun yıllardan beri işyerinde yetkili ve toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendika açısından haksız bir durumdur.

Bir sendikadan istifa edip diğer sendikaya üye olan İşçinin, bir aylık süre içinde yeni sendikadan da istifa edip eski sendikaya tekrar üye olması durumu

Bir sendikadan istifa edip diğer sendikaya üye olan işçinin üyeliği, bir aylık süre geçtikten sonra sona erecek; bu arada yeni bir sendikaya üye olmuş ise bu sendikanın üyeliği bir aylık süre bittikten sonra başlayacaktır. Ancak uygulamada da görüldüğü gibi bu bir aylık süre içinde yeni sendikadan da istifa edip eski sendikaya tekrar üye olması durumun üyeliğinin ne olacağı Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre istifanın geri alınması olarak yorumlanacak ve üyelik sona ermemiş, yeni bir sendikaya üye olunmamış gibi değerlendirilecektir.

Yargıtay kararında²:

“.. Dairemizin uygulaması, bir İşçinin bir sendikadan ayrıldıktan sonra bir aylık süre içinde; bir başka sendikaya üye olup o sendikadan da ayrılması, istifa iradesini geri alma olarak yorumlanmakta ve önceki sendika üyeliğinin geçerli olduğu kabul edilmektedir.”

“İşçilerin sendikasına yaptıkları üyelik başvurusu, sendikasından istifayı takip eden bir aylık süre dolmadan kendileri tarafından geri alındığına göre ...üyeliğini kazanamamışlardır. Anılan İşçilerin bir aylık süre içinde sendikasından istifa etmeleri 2821 sayılı Sendikalar Kanunu anlamında bir istifa değil, üyelik konusunda bu sendikaya yaptıkları başvurunun geri alınması yönündeki iradenin açıklanmasıdır. Üyeliğin bulunmadığı bir yerde istifadan da söz edilemez”.

gerekçelerini ileri sürmektedir.

İşkolunun tespiti NACE Sistemi,

Uygulamada 6356 sayılı Kanunun emretmediği bir şekilde işkolunun tespiti, NACE sistemi ile yapılmaktadır. Kanaatimizce bu durum 6356 sayılı Kanunun lafzına ve ruhuna aykırıdır³.

Kanunun 4ncü maddesi, “Bir iş koluna giren işler, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü alınarak ve uluslararası normlar göz önünde bulundurularak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir” denilmektedir.

Kanunun bu hükmünden hareket ederek, bu sistemin uygulanması gerekliliği, kanunun emredici hükmü olduğu söylenir. Öncelikle belirtmek gereklidir ki, NACE sistemi, işkolları ile ilgili uluslararası bir kural değildir. Bu sistem işkollarından tamamen uzak, istatistik ile ilgili uluslararası bir sistemdir. **Bu derece basit bir bilgi farklılığı, uygulamada sonu gelmeyen yetki sorunlarına neden olmaktadır.**

² Y. 9. HD., 9.7.1997, E. 1997/12140 ve K. 1997/14350 sayılı karar (karar yayımlanmamıştır).

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Başbuğ**, s.87-91.

Söz konusu istemin uygulamasında işkolu tespiti daha vergi aşamasında yapılmaktadır. Bu aşamada işkolu tamamen keyfi olarak işveren tarafından tespit edilmektedir.

İşveren;

- Asıl işten bağımsız bir işkolu tespitinde bulunabilmektedir. Örneğin bir bilgisayar firması, firma faaliyetlerini sağlayan ana sözleşmeden hareketle işyerini, inşaat işkolunda gösterebilmektedir.
- İşyeri ve “bağlı yer” kavramları yerinde kullanılmadan bağlı yerler ayrı bir işyeri ve işkolunda gösterilebilmektedir. Bu durumda işveren yetki aşamasında bağlı yer olduğu veya işletmeye dahil olduğu iddiası ile yetki başvurusunu çürütebilmektedir.

İşkolunun tespitinde söz konusu sistemin bütün sorunların kaynağı olduğu kanaatindeyiz.

İşkolu Tespitinden Sonra İtiraz Mekanizmasının Bulunmaması;

Çalışma Bakanlığının işkolu tespiti kararı resmi gazetede yayınlanmaktadır. Yayın tarihinden itibaren bir ay içinde itiraz edilmemişse, işkolu tespit kararı kesindir. Böyle bir tespit bağılı yer veya işyerini kapsayıp kapsamadığını önceden bilmek mümkün değildir. Ayrıca bir çok işyerinin içinde bulunup bulunmadığının tespiti de mümkün değildir. Bu tespitten sonra kaç yıl geçerse geçsin işkolu itirazı ve işkolunun yeniden tespitine ilişkin bir hukuki yol bulunmamaktadır. Yargı da bir aylık sürenin geçirilmiş olması nedeniyle usulden uyuşmazlığı reddedeceği için herhangi bir tespitte bulunması mümkün görülmemektedir.

4. Yetki Belgesinin Alınması

Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini ister (SveTİSK. m. 42). Uygulamada görülmemekle beraber işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebilir.

İşyerinde bir toplu iş sözleşmesi varsa, yetki belgesi almak için işlemler, toplu iş sözleşmesi sona ermeden yüz yirmi gün içerisinde başlayabilir. Toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulduğunda, bu süre içinde bitmeden toplu iş sözleşmesi imzalanmışsa, sözleşme, önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe giremez.

Bakanlık yetkili işçi sendikasını belirlerken *başvuru tarihinde işyerinde veya işyerlerinde çalışan işçi sayısı dikkate alınacaktır* (SveTİSK. m. 41/I). Bu yasal düzenleme çerçevesinde yetki tespitinde başvuru tarihi esas alınacaktır. Bir işyerinde ya da işyerlerinde başvuru tarihinden sonraki üye değişiklikleri ve işyerinde çalışan işçi sayısında işyerine yeni girme ya da işten çıkma, emekli olma gibi nedenlerle meydana gelecek değişiklikler dikkate alınmayacaktır.

Kanun, yetki tespitine ilişkin maddi hukuka aykırı olarak, sigortalı bildirimının esas alınacağını öngörmektedir. Buna göre, *sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmayacaktır* (SveTİSK. m.42/IV). Kanunun bu düzenlemesinin yerinde olduğu söylenemez. Bir işyerinde iş sözleşmesi ile çalışmak yeterli olmalıdır. Kural olarak tespiti gereken husus da budur. Esasen iş sözleşmesi ile fiilen işe başlamak, sigortalı olmak için yeteli iken, kanun daha da ağırlaştırarak sigorta bildirimini çoğunluğun tespitinde dikkate almaktadır. Oysa Kanun, Bakanlığın yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alacağını öngörmektedir (SveTİSK. m.41/VII).

Art arda gelen bu iki hüküm birbirini etkisiz kılmaktadır. İşyerinde fiilen çalışmasına rağmen, kaçak çalıştırılan sigortalı ve iş sözleşmesi ile çalışanlar yetki kapsamında kabul edilmeyecektir.

Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde, başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirir.

İşçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığını ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığının tespiti hâlinde, bu bilgiler sadece başvuruyu yapan tarafa bildirilir.

Yukarıdaki hükümlere göre Bakanlıktan tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan İşveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde iş mahkemesine yapabilir (SveTİSK. m.43/I).

İtiraz dilekçesi görevli makama kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir. Bir işçi sendikasının yetkili görülmesi durumunda, bu bildirim o işkolunda yetki barajını aşamayan işçi sendikalarına da bildirilmekle birlikte, itiraz için aynı usul kabul edilmemiştir. İş mahkemesine, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan İşçilerin yüzde üçünden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunma hakkı yoktur (SveTİSK. m.43/II).

İşçi veya işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işverenin iddiası somut delillere dayanmalıdır. İtirazda somut delillerin yer almaması hâlinde mahkeme itirazı incelenmeksizin reddedecektir.

Uygulamada somut olmayan delillerle dava açıldığı görülmektedir. Örneğin işçilerin başka bir sendikaya üye olabileceği ihtimali şeklindeki itiraz dahi dava edilebilmektedir.

İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlamalıdır. Bunların dışındaki iti-

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

AYDIN
BAŞBUĞ'UN
TEBLİĞİ

razlar için mahkeme, duruşma yaparak karar vermeli ve karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin olarak karara bağlamalıdır (SveTİSK. m.42/III). Mahkemelere bu biçimde süre kısıtlaması getiren hükümlerin uygulamada etkin olduğu görülmemektedir.

Bakanlık tarafından kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası da altı iş günü içinde yetkili olup olmadığı tespiti için iş mahkemesinde dava açabilir (SveTİSK. m.43/IV). Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan İşçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan İşverene de bildirir. Bu kişilerin de davaya müdahil olarak katılmaları mümkündür.

Mahkemeye itiraz, başlayan yetki işlemlerini karar kesinleşinceye kadar durdurur. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır. Tabii ki bu süre de etkin olmamaktadır. Mahkeme her halükarda, işçi sendikasının Bakanlığa başvurduğu tarih ve bu tarihteki işçi sayısı ile üye dağılımını esas alarak karar verir.

Uygulamada bu davalar uzun sürmektedir.

Yetki itiraz iddiaları;

- İşyeri veya işletme olduğu ve dolayısıyla yetkili iş mahkemesi yönünden olabilmektedir.
- İş kolu itirazı söz konusu olmaktadır.

Bakanlık;

- 1- Tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemişse sürenin bitimini takip eden altı iş günü içinde,
- 2- Yapılan itiraz, iş mahkemesince reddedilmişse ya da
- 3- kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen sendikanın itirazı sonucunda yetki şartlarına sahip olduğunu tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde,

ilgili sendikaya toplu iş sözleşmesi yapma bir yetki belgesi verir.

Yetki belgesinin alınması, toplu iş sözleşmesinin yapılması için geçerlilik şartıdır. Yetki belgesi bulunmaksızın yapılan bir toplu iş sözleşmesi hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz (Sve-TİSK. m.44). Yapılan sözleşme butlan olup, normatif bir etki göstermez. Butlanın hukuki sonucu olarak da tarafların anlaşması ya da belirli bir zamanın geçmesi ile de sözleşme geçerlilik kazanmaz. Geçersizliği menfaati olan herkes ileri sürebilir. Bir uyuşmazlıkta durumu tespit eden hakim de resen dikkate alabilir.

Yetki belgesi almadan yapılmış bir toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti, taraflardan birinin veya ikisinin ile ilgili ler ve Bakanlık iş mahkemesinde dava yoluyla ileri sürebilirler. Kanunda ifade edilen ilgililer, işçi ve işveren tarafı dışında başta diğer işçi sendikaları olmak üzere, menfaati olan herkeştir. Tespit davası Bakanlığın urumu tespitinden itibaren kırk beş gün içinde açılmalıdır. Ancak bu sürenin geçirilmesi, geçersi bir hukuki işlemi geçerli hale getirmeyeceği için bu süreyi bir hak düşürücü süre olarak değerlendirmemek gereklidir.

5. Alt İşveren İşyerleri

Asıl işverenin işyerini paylaşan alt işverenin İşçilerini çalıştırdığı işyerinin asıl işverenin işyerinden tamamen bağımsız ayrı bir işyeri olup olmadığı üzerinde durulmuş⁴ ve alt işverenin bağımsız bir işyerine sahip olduğu sonucuna varılmıştır. Biz bu görüşe katılmıyoruz.

Bu yönüyle alt işverenin işyerinin bağımsız bir işyeri gibi değerlendirilip buna göre başta İş Kanunu olmak üzere Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Canbolat**, s. 23. Görüşlerimiz için ayrıntılı olarak bkz. **Başbuğ, Aydın**; Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar, Kamu-İş, Ocak 1998, **Başbuğ, Aydın**; Alt İşveren İlişkisi ve Güncel Sorunları, Şeker-İş yay. Ankara 2010, s. 64 vd.

Ayrı bir işyeri olması nedeniyle alt işveren bağımsız bir toplu iş sözleşmesinin tarafı olacaktır. Bu nedenle alt işverenin işçilerinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün görülmemektedir.

Kanaatimizce alt işverenin işyeri, asıl işverenin işyerinin bir kısmı kabul edilemeyeceği gibi tamamen bağımsız bir işyeri olarak da değerlendirilmesi güçtür. Alt işverenin işyerini asıl işverenin işyerinin **fer'i nitelikte** farklı **bir işyeri** olarak değerlendirmek gereklidir.

Fer'i nitelik, asıldan bağımsız olarak varlığı söz konusu edilemeyen bir ilişki kurmaktadır. Öyle ki fer'i olanın asıl olandan bağımsız varlığı söz konusu değildir. Fer'i olanın kaderi asıl olanın varlığına bağlıdır. Asıl olan sona erince fer'i olanın da sona ermesi doğası gereğidir.

Asıl işverenin işyeri olmadan alt işverenin işyerinden söz edilemez. Alt işveren ilişkisinin kurulması düşünülemez. Bu nedenle kural olarak asıl işverenin işyerinin kapanması durumunda alt işverenin işyerinin de başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona ermesi zorunludur.

Alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için paylaşılan işin işyerindeki üretim ve hizmet ile doğrudan ya da dolaylı ilgisinin olması gereklidir. Yani bir ilişkinin geçerliliği, o iş ile olan organik bağına bağlıdır. Bu bağ nedeniyle alt işverenin işyerinin asıl iş ile bağlantısı kesilmemektedir. Dolayısıyla alt işverenin yaptığı iş de asıl işin girdiği iş koluna tabi tutulmalıdır.

Alt işverenin işyerinin İş Kanununun 3. maddesine göre ayrı bir işyeri olarak tescil edilmesi, idari kontrol ya da kaçak çalışmanın önlenmesi amaçlıdır. Yoksa bu düzenlemenin amacının, asıl iş ile organik bağa rağmen esas bakımdan ayrı bir işyeri olduğu değildir.

Alt işverenin işyeri uygulamada asıl işverenin işyerinden tamamen ayrı bağımsız bir işyeri kabul edildiğine göre, toplu iş hukukunun bütün kurumları bu arada yetki düzenlemeleri de buna göre yorumlanmalıdır.

Örneğin, grev yasağı olan bir işyeri veya işlerde, alt işverenin işyeri o grev yasağı olan işyeri ve iş olmayacağı için grev yapılabilecektir. Uygulamada aksi değerlendirilmekte alt işverenin işyeri asıl işyeri ile birlikte değerlendirilmektedir. Hastanede teknik hizmetlerde grev oylaması yapan sendikanın grev yasağı nedeniyle Yüksek Hakem Kuruluna başvuru süresini kaçırdığı gerekçesi ile yetkisi düşürülmektedir.

6. Yetkinin Düşmesi

Yetki belgesi alındıktan grev aşamasına kadar belirli durumlarda yetkinin düştüğü görülmektedir. Bu düzenlemelerdeki amaç, uyuşmazlığın süresi belirsiz bir sürece bırakılmamasıdır.

6.1.Yetki Belgesinin Alınmasından Uyuşmazlık Sürecine Kadar Yetkinin Düştüğü Durumlar

1- Çağrıda Bulunmama

Bir işyerinde ya da işletmede toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetki belgesini alan işçi sendikası, bu belgeyi aldığı andan itibaren 15 gün içerisinde karşı tarafa çağrıda bulunmak zorundadır (SveTİSK. m. 46/I) Çağrının yapıldığı, görevli makama da bildirilmelidir.

Çağrı yapılmadığı takdirde yetki belgesi hükümsüz kalır (SveTİSK. m. 46/II).

2- İlk Toplantıya Gelmeme

İşçi sendikası, çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılacak olan ilk toplantıya gelmez veya aynı süre içinde toplu görüşmeye başlamazsa yetkisi düşer(STİSK. m. 47/II).

3- Uyuşmazlığı Görevli Makama Bildirmeme

Toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği hâlde görüşmeye başlamazsa, toplu

görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmezse veya taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı altı iş günü içinde görevli makama bildirilir (SveTİSK. m. 49). İşçi sendikası görevli makama başvurmazsa, yetkisi düşer.

6.2. Uyuşmazlık Aşamasında Yetkinin Kaybedilmesi

1- Grev Kararının Süresinde Alınmaması

Arabuluculuk aşamasında taraflar anlaşamaz ise, arabulucunun hazırladığı uyuşmazlık tutanağı, taraflara tebliğ edilir. Bu tutanağın taraflara tebliğinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir (SveTİSK. m.60/I).

Bu süre içerisinde, grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi hâlinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi düşer.

2- Grevin Uygulamaya Konulmaması

Bildirilen tarihte başlamayan grev hakkı düşer. Süresi içinde grev kararı uygulamaya konulmamışsa yetki belgesinin hükmü kalmaz (SveTİSK. m.60/IV).

Kanun grevin uygulamaya konulmaması durumunda;

- Alınmış bir lokavt kararı yoksa,
- Lokavta kararı süresi içinde uygulamaya konulmamışsa

Yetki belgesinin hükmü kalmayacağını söylemektedir.

Hüküm doğru anlaşılmalıdır. Alınmış ve uygulanmakta olan bir lokavt kararı varsa, greve başlamamış olsa dahi işçi sendikasının yetkisi düşmeyecektir.

3- *Grev Yasaklarında Yüksek Hakem Kuruluna Süresinde Başvurmama*

Toplu menfaat uyuşmazlığı çıkmasına rağmen bazı işyerleri ya da işlerde grev yasağı bulunduğu için grev kararı verilemeyecektir. Bu işyerlerinde işçi sendikası, grev kararı vermesi gereken altı işgünlük süre içinde Yüksek Hakem Kuruluna gitmek zorundadır. Bu sürede Kurula başvurulmaması sendikanın yetkisini sona erdirir (SveTİSK. m.51).

4- *Grev Oylaması Sonucunda Süresinde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurmama*

Grev oylaması sonucunda grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan İşçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, bu uyuşmazlıkta alınan grev kararı uygulanamaz. Bu durumda uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış günlük süreyi aşmamak şartıyla, grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işçi sendikası Yüksek Hakem Kuruluna başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz (SveTİSK. m.61/III ve 51).

5- *Grev Ertelemesinde Süresinde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurmama*

Erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kuruluna gidilmesi zorunludur. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer (SveTİSK. m.63/III ve 51).

6- *Sendikanın Tüzel Kişiliğinin Sona Ermesi*

İşçi sendikasının herhangi bir nedenle kapatılması, feshedilmesi veya infisah etmesi halinde yetki belgesi hükümsüz olur (SveTİSK. m.75/IV). Uygulanmakta olan grev ve lokavt da sona erer.

Birleşme ve katılma halinde de sendikanın tüzel kişiliği sona ermektedir. Ancak bu durumda yetki belgesi hükümsüz olmaz. Yetki yeni tüzel kişide devam eder.

6.3. Grevin Ortadan Kalkması ve Yetki Sorunu

İşçi sendikasının işyerindeki üyelerinin dörtte üçünün sendikanın üyeliğinden ayrılması halinde, ilgililerden birinin iş mahkemesine başvurması üzerine, mahkemenin belirleyeceği tarihte grev sona erer (SveTİSK. m.75/VI). Bu durumda sendikanın yetkisi düşecek midir?

İşçi sendikasının yetkinin düşeceğini ya da düşmeyeceğini savunan görüşler de vardır⁵. Kanaatimizce söz konusu düzenleme grev kararı ile ilgilidir. Düzenlemenin yetki ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yetki kamu düzeni ile ilgili emredici bir konudur. Bu nedenle açıkça kanunda düzenlenmeyen haller dışında öngörülmemelidir. Ancak Kanunda bu konunun düzenlenmemesi de büyük bir eksikliktir. Grev yapamayan sendikanın yetkisi devam etmelidir. Bununla beraber bu devamlılık başka bir haksızlığa yol açmamalıdır. Dolayısıyla sendikanın yetkisi, yeni bir sendika yetki alıncaya kadar yetki devam etmelidir.

7. Sonuç

Sendikal özgürlüğün korunması ve geliştirilmesi ile toplu iş sözleşmesi uyuşmazlıklarını en aza indirme arasında doğrudan bir bağ bulunmaktadır. Mevzuatımız, toplu iş sözleşmesi yetki uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturma ve dolayısıyla sendikal özgürlükleri koruma açısından oldukça yetersizdir. Snedikal özgürlüğün önündeki en büyük engel söz konusu bu durumdur.

⁵ Bkz. **Güler, Şerafettin**; Sendikanın Üye Kaybı Sebebiyle Yasal Grevin Mahkemece Sona Erdirilmesi, Çalışma ve Toplum, sayı 30, s. 299-300.

Av. Ali Çetin AYGÜN (Oturum Başkanı)- Hocama teşekkür ederiz. Oturumumuzun son konuşmacısı Prof. Dr. Emine Tuncay Kaplan, sendika genel kurul kararlarının iptali davası ve şartları konusunda sizleri aydınlatacak.

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN- Değerli katılımcılar, sabrınız için teşekkür ediyorum, ama biraz daha sabır rica ediyorum. Ev sahibi olmam nedeniyle mecburen size hitap etmek zorundayım, arkadaşlarımız gittiler Ankara dışında olanlar. O nedenle çok kısa olarak ben konuyu dile getireceğim. Ama makale olarak çıkacağı için, kitapta da basılacağı düşüncesiyle, artık kendimi bu şekilde memnun ediyorum. Nasıl olsa yayınlanacak ve siz sayın katılımcılar, çekişmeli Yargıtay kararlarında getirilen hususlar nelerdir? Çünkü bizim konumuz önemli bir konu. O nedenle artık onlara kitapta ulaşma imkânınız olacak.

6356 SAYILI KANUN AÇISINDAN SENDİKA GENEL KURULUNUN İPTALİ DAVASI

*Prof. Dr. E. Tuncay Senyen Kaplan**

Giriş

Bir özel hukuk tüzel kişisi olarak sendikanın hem fiil ehliyetini kullanması, hem de amaçlarını yani işçilerin ve işverenlerin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını koruyabilmesi ve geliştirebilmesi için 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 9. maddesinde öngörülen zorunlu organlara sahip olması gerekir. Söz konusu hükme göre, kuruluşların (sendika ve konfederasyonların) ve şubelerinin zorunlu organları genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kuruludur. Ayrıca kuruluşların ihtiyaca göre başka organlarda kurabileceği, ancak genel kurul ile yönetim, denetim ve disiplin kurullarının görev ve yetkilerinin bu organlara devredilemeyeceği öngörülmüştür (m.9/2).

Sendikalarda, genel kurul sendika içi demokrasi açısından büyük önem arzeder. Zira genel kurul sendikanın en yüksek karar ve denetim organıdır. Genel kurulu oluşturan üyeler sendika yönetiminde söz ve karar sahibidir.¹ Gerçek sendikal güç genel kurul vasıtasıyla sendika üyelerinin elinde olduğu taktirde sendikanın demokratik örgüt olma niteliği söz konusu olabilir.² Ayrıca sendika içi demokrasi sendika üyeleri kadar, demokratik bir toplumun ve toplu iş hukukunun da en önemli güvencesidir.³

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2016, s.125; Kutal, Metin, Toplu İş Münasebetleri, Sendikalar, İstanbul 1970, s.104.

² Tuncay A.Can/Savaş Kutsal Burcu, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2015, s.57; Şahlanan, Fevzi, Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkeler Uygunluğu, İstanbul 1980, s.189.

³ Güzel, Ali, Toplu İş İlişkileri, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, s.301.

Sendika içi demokrasinin sağlanması amacıyla, 6356 sayılı Kanunda; genel kurulun oluşumu (m.10), genel kurulda yapılacak seçimlerde uyulması gerekli esaslar ve genel kurul ve olağanüstü kurul toplantıları (m.12), genel kurulda yapılacak seçimlerde uyulacak esaslar (m.14), seçimlere itiraz (m.15/1), genel kurul toplantılarının iptali (m.15/2,3), gibi konularda düzenlemeler getirilmiştir.

Çalışmamızda önce kısaca genel kurulun oluşumu, genel kurul ve olağanüstü genel kurul toplantılarının zamanı ve çağrı usulü ele alınacak, daha sonra, genel kurul toplantısının iptali davası ve şartları üzerinde durulacaktır.

I. Genel Kurulun Oluşumu ve Toplantısı

Sendika içi demokrasi, genel kurulun demokratik ilkelere uygun olarak oluşturulmasını ve çalışmasını gerektirir. Bu nedenle öncelikle genel kurulun oluşumu ve toplantısı üzerinde durmak gerekir.

1. Genel Kurulun Oluşması

Diğer özel hukuk tüzel kişilerinde olduğu gibi, genel kurul üyelerden oluşur. Ancak üye sayısının çokluğu, genel kurula bütün üyelerin katılımının olanaksız olması üyelerin seçtikleri delegeler ile sendika genel kurullarının oluşması usulünün kabulünü zorunlu kılmıştır.⁴ Böylece «temsili demokrasiye» benzer bir sistem kabul edilmiştir.⁵

Kuruluşların genel kurulu, tüzüğüne göre üye veya delegelerden oluşur. Böylece üye sayısının belli bir sayıyı aşmasından sonra genel kurulun delege esasına göre oluşacağı düzenlemesine yer verilmemiştir. Bu husus sendika tüzüğüne bırakılmıştır.

Her üye delege seçilebilir. Kural olarak delegeler seçimle belirlenir. Seçimlere katılma açısından bir yaş sınırı 6356 sayılı

⁴ Çelik, Nuri, İş Hukuku, İstanbul 2013, s. 485 ;Tuncay/Savaş Kutsal, s.58.

⁵ Şahlanan, Demokratik İlkeler, s.120; Tuncay/Savaş Kutsal, s.58.

yasada getirilmemiştir.⁶ Ancak kuruluş ve şubelerin yönetim, denetleme ve disiplin kurulu üyeleri, bu sıfatla kendi genel kurullarına delege olarak katılır (m.10/1). Böylece istisnai olarak “doğal delegelik” sadece genel kurul dışındaki zorunlu organlara seçilen yönetim, denetim ve disiplin kurulu üyeleri ile sınırlandırılmıştır.

Delege olarak seçilen üyenin delegelik sıfatı, bir sonraki olağan genel kurul için yapılacak delege seçimi tarihine kadar devam eder. Gerekçede de, iki genel kurul arasında toplanacak genel kurula şube genel kurulunda seçilen delegelerin katılacağı ifade edilerek, uygulamadaki tereddütler giderilmeye çalışılmıştır (m.10/2). Yine maddede, delege seçiminde yaşanan “anti-demokratik” uygulamaları önlemek⁷ amacıyla, delege seçiminin usul ve esaslarının kuruluşun tüzüğü ile belirleneceği, ancak kuruluşların tüzüklerine delege seçilebilmeyi engelleyici hükümler konulamayacağı öngörülmüştür (m.10/3). Bu düzenleme ile kanun koyucu sendika organlarında görev almayı, dolayısıyla sendika içi demokrasiyi sağlamayı amaçlamıştır.

Diğer taraftan, ülkemiz tarafından 1993 yılında onaylanan, Uluslararası Çalışma Örgütünün, Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına ilişkin 87 sayılı Sözleşmesinin 3. maddesinde de “çalışanların ve işverenlerin örgütlerin tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek ve temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına» sahip oldukları öngörülmüştür (m.3/1). Ayrıca sözleşmenin 3. maddesinin 2. fıkrasında da, sendikaların tüzüklerini düzenleme hakkının, yasaya uygun şekilde kullanılması gerektiği hükmü yer almıştır.

⁶ 2821 sayılı Sendikalar Kanununda getirilen düzenlemede 16 yaşını doldurmayan üyelerin genel kurullarda oy kullanamayacağı ve delege olamayacağı öngörülmüştür (m.14/son).

⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s.59; Ayrıca bkz., Şahlanan Fevzi; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s.116.

Yargıtay 22. HD.de, genel kurulun alınan tüm kararlarla birlikte iptali talebi ile açılan davada “Tesco -Kipa işyerlerinde çalışan ve sendika üyesi olan 4000 işçinin şube seçimlerine katılmalarına rağmen 9. Olağan genel kurula gönderilecek olan üst delegelerin belirlenmesinde, sendika tüzüğü'nün 13. maddesinde getirilen düzenleme gereği dikkate alınmamasının, söz konusu maddede yer alan düzenlemenin şube üyelerinin seçilebilme ihtimalini sınırlayan bir içeriğe sahip ve demokratik esaslara aykırı olduğu ek gerekçesiyle, genel kurulun tüm sonuçlarıyla iptaline karar verilmesine ilişkin mahkeme kararını onaylamıştır.⁸ Somut olayda, davacının talebi genel kurulun iptaline yönelik olduğundan, Tüzük hükmünün kanuna aykırı olduğu tesbit edilmesine rağmen, taleple bağlılık ilkesi gereği genel kurulun iptaline ilişkin ilk derece mahkemesinin kararının onaylanmasına ilişkin Yargıtay kararı isabetlidir.⁹

Kanunda getirilen düzenlemeye göre; genel kurulda yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu üye seçimi ile delege seçimi yargı gözetimi altında serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına ve tüzük hükümlerine göre yapılır (m.14/1).

⁸ Y.22.HD. 12.7.2013 E. 2013/1928, K.2013/17449. www.kazanci.com; Karara konu olan somut olayda, T.K işyerlerinde çalışan işçilerin delege dağılımında esas alınmamasının gerekçesi olan sendika tüzüğü'nün 13. maddesinin “b” fıkrasının 3. bendinde öngörülen “delege dağılımında sadece toplu iş sözleşmesi bağtlanmış işyerinde çalışıp aidat ödeyen işçilerin, yetkisi kesinleşmiş işyerinde çalışan üyelerin ve toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu işyerlerinde, bir yıldan çok olmamak kaydıyla, her ne şekilde olursa olsun hizmet akdi askıda olan üyelerin dikkate alınması hükmü gereğince, yaklaşık 4000 üye delege dağılımına esas alınan üye sayısının %10'undan fazla üye, delege dağılımında dikkate alınmamıştır. Yargıtay'ında kararında yerinde olarak ifade ettiği gibi “bu düzenleme şubenin temsil oranını ve etkinliğini, ayrıca yine delege dağılımını etkileyeceği için şube üyelerinin seçilme ihtimalini sınırlayan bir içeriğe sahip olup, demokratik esaslara aykırıdır. Bunun sonucu olarak T.K. işyerlerinin delege dağılımında dikkate alındığı delege listesinde yer alan bir kısım davacılar genel kurula esas alınan ve Tesco -Kipa işyerlerinin dikkate alınmadığı delege listesinde bulunmadıklarından genel kurula üst delege olarak katılmamışlardır”.

⁹ Karar incelemesi için bkz. Güzel, Kararların Değerlendirilmesi 2013, s.348.

STİSK m.16/1'de şube ve kuruluş genel kurulu için, genel kurul dışında yapılan delege seçimleri üyeler tarafından serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına ve tüzük hükümlerine göre yapılır. Kanunun m.16/2'de ise, genel kurul dışında yapılan delege seçimlerine yapılan itirazların mahkemece kesin olarak karara bağlanacağı, delege seçiminin mahkeme tarafından iptal edilmesi halinde, seçimlerin on beş gün içinde yenileceği öngörülmüştür.

2. Genel Kurulun Toplantı Zamanı

Sendika içi demokrasi açısından genel kurul toplantıları, sendikanın yönetim ve faaliyetinin üyeler tarafından denetimi ve seçimler bu toplantılarda gerçekleştiği için, büyük önem taşır.¹⁰

STİSK'da genel kurul toplantıları ilk genel kurul, olağan genel kurul ve olağanüstü genel kurul olarak öngörülmüştür (m.12).

a. İlk Genel Kurul Toplantısı

Sendika ve Konfederasyonların ilk genel kurulu tüzel kişiliğin kazanılmasından, şubelerin ilk genel kurulu ise, kuruluş tarihinden itibaren altı ay için yapılır (m.12/1). Yasa koyucu, organların oluşumuna kadar kuruluşun işlerini yürütmeye ve kuruluşu temsile yetkili geçici yönetim kurulu üyelerinin ad ve soyadları ile yerlerinin kuruluşların tüzüklerinde belirtilmesi gerektiğini öngörmüştür (m.8/1-k).

b. Olağan Genel Kurul Toplantısı

Olağan genel kurul en geç dört yılda¹¹ bir toplanır (m.12/2). Bu süre sendika tüzüklerine konacak bir hükümlerle kısaltılabi-

¹⁰ Tuncay/Savaş Kutsal, s.97.

¹¹ 2821 sayılı Kanunda azami süre olarak belirlenen üç yıl olan sürenin, 4.4.1995 tarihli ve 4101 sayılı kanunla yapılan değişiklikle dört yıl olarak değiştirilmesinin, isabetli olarak sendikal demokrasi açısından bağdaşmadığı görüşü ileri sürülmüştür. Tuncay/Savaş Kutsal, s.59; Sur, s.97 dipn. 183; Ayrıca diğer eleştiriler için bkz., Şahlanan, Fevzi, Sendikalar Kanununda Yapılan Değişiklikler, Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s.479; Narmanlıoğlu, s.136, dipn. 262, 263; Eyrenci, Öner, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, İstanbul 2014, s.413.

lır, ancak uzatılmaz. Kanun ve tüzükte belirlenen zamanlarda toplantı yapılması zorunludur. Diğer bir deyişle, olağan genel kurul tarihinden önce olağanüstü toplantının yapılmış olması, olağan toplantının zamanında yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.¹² Yargıtay, 261 delege den 115'i tarafından yapılan bir olağanüstü toplantı talebine karşılık, olağan genel kurulun daha erken bir tarihe alınmasını (somut olayda 11 ay önce) yasa ve sendika tüzüğüne aykırı bulmuş; olağanüstü toplantı taleplerinin ayrıca değerlendirilmesine karar vermiştir.¹³

Diğer taraftan olağan genel kurulun dört yılda yapılmasına ilişkin hüküm şube genel kurulları için de geçerlidir. Ancak Dernekler Kanununa göre; şube genel kurullarının olağan toplantılarının merkez genel kurul toplantısından en az iki ay önce bitirilmiş olması zorunludur (Dern. K. m.7).¹⁴

Genel kurul toplantısına çağrı yönetim kurulu tarafından yapılır (STİSK m. 12/5). Yönetim kuruluna tanınan çağrı yetkisi mutlak olup tüzükle kaldırılamaz; ancak ek olarak başka bir organa tanınabilir.¹⁵ Çağrı genel kurula katılacak üye ve delegelerin hepsine şahsen yöneltilmelidir. Yoksa kurul usulüne göre toplanmadığı için, oradan alınan kararlar da geçersiz olacaktır.¹⁶

Yönetim kurulunun zamanında genel kurulu toplantıya çağırması halinde kuruluş veya şube yönetim kuruluna, kuruluşun üyelerinden birisinin veya durumu tesbit eden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının başvurusu üzerine iş mahkemesi kararıyla işten el çektirilir. Mahkeme, ayrıca genel kurulun kanun ve tüzük hükümlerine göre en kısa zamanda toplamak ve yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar kuruluşu yönetmekle görevli olmak üzere Medeni Kanun hükümleri gereğince bir veya üç kayyım tayin eder (m.12/6).

¹² Narmanlıoğlu, s.137.

¹³ Y.9.HD, 7.3.2006, 5854/5736, Çalışma ve Toplum 2006/3, s. 261.

¹⁴ Narmanlıoğlu, s. 137.

¹⁵ Şahlanan, Sendikalar Hukuku, Tuncay/Savaş Kutsal, s. 60.

¹⁶ Sur, s. 102.

Türk Medeni Kanunu m.77 gereğince çağrı toplantıdan en az on beş gün önce yapılır. Aksi taktirde, özellikle çağrı daha kısa bir süre önce yapılırsa, toplantının iptali istenebilir.

Kanunda getirilen düzenlemeye göre, iki genel kurul toplantısı arasında döneme ait faaliyet ve hesap raporu, yeminli mali müşavir raporu, denetleme kurulu raporu ve gelecek döneme ait bütçe teklifi toplantı tarihinden on beş gün önce genel kurula katılacaklara gönderilir (STİSK m. 12/3).

Genel kurulu toplantıya çağrı yöntemi ve toplantının nerede yapılacağı konusunda STSİK'da düzenleme getirilmemiştir. TMK. hükümlerine göre hareket edilir.

Genel kurul toplantısının günü, saati, yeri ve gündemi üyelere bildirilir (TMK. m. 77). Maddede yer alan "yerel bir gazetedede ilân edilir ve aynı zamanda üyelere bir yazıyla bildirilir" ibaresi 4.11.2004 5253/38/m. ile çıkarılmıştır.¹⁷ Dernekler Yönetmeliğine göre, genel kurula katılma hakkı bulunan üyeler, toplantının günü, saati, yeri ve gündemi en az on beş gün önceden bir gazetede veya derneğin internet sayfasında ilan edilerek yazılı olarak bildirilerek, üyenin bildirdiği elektronik posta adresine ya da iletişim numarasına mesaj gönderilerek veya mahalli yayın araçları ile toplantıya çağrılmalıdır (m. 14/1).

Genel kurul toplantısı konfederasyon veya şube merkezinin bulunduğu yerde yapılır (TMK. m. 78).

STİSK m.13'de getirilen düzenlemeye göre, genel kurulun toplantı yeter sayısı üye veya delege tam sayısının salt çoğunluğudur; ancak tüzükte daha yüksek bir yeter sayı belirlenebilir (m.13/1). Delegelerin veya üyelerin genel kurula katılmaları ve oy kullanmaları engellenemez (m.13/2).

Genel kurulda yapılacak seçimlerde uyulacak esaslar 6356 sayılı Kanununun 14. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁸ Seçim sonuçları yetkili seçim kurulu başkanlığı tarafından derhal ilan edilir ve ilgili kuruluş veya şubesine bildirilir (m.14/8, 14/9).

¹⁷ Tuncay/Savaş/Kutsal, s. 60; Sur, s. 102 dipn. 198.

¹⁸ Bkz. s.20

c. Olağanüstü Genel Kurul Toplantısı

Sendikalar Kanununda getirilen düzenlemeye göre, olağanüstü genel kurul, yönetim kurulu veya denetleme kurulunun gerekli gördüğü hallerde veya genel kurul üye ve delegelerinin beşte birinin yazılı isteği üzerine altmış gün içinde, yazılı istekteki konuları görüşmek üzere toplanır (m.12/4). Talep tarihi itibarıyla olağan genel kurul toplantı tarihine altı aydan az bir süre kalmışsa, olağanüstü genel kurula gidilemez; ancak isteğe konu olan hususlar olağan genel kurul gündemine alınır (m.12/4). Bu toplantı için çağrı da, diğer genel kurullara çağrıya ilişkin hüküm gereğince yönetim kurulu tarafından yapılacaktır (m. 12/5).

Yargıtay 22.HD.'nin de kararlarında belirttiği gibi, genel kurullar bakımından asıl olan olağan genel kuruldur. Yapılması için herhangi bir sebebin ortaya çıkması gerekli olmayan, kanunda belirtilen veya daha kısa bir süre belirlenmesi koşuluyla tüzükte öngörülen sürelerde ve düzenli olarak yapılması zorunlu olan genel kuruldur. Olağanüstü genel kurul ise, genel kurulun olağanüstü toplanmasını gerektiren objektif ve ciddi sebeplerin bulunması halinde, olağan dönemin dışında¹⁹ yapılan istisnai nitelikteki genel kuruldur.²⁰

Olağanüstü toplantıyı gerektiren nedenler tüzük değişikliği, yöneticilere ciddi usulsüzlük veya suç isnadı, yönetim kurulu üyelerinin toplucu istifası gibi nedenler olabilir.

Yargıtay 9.HD. "olağanüstü genel kurul isteklerine, tüzüğün 16 c maddesi gereğince dayanağının eklenmesinin zorunlu olduğu ve bu zorunluluğa uyulmadığı", "içeriği belli olmayan bir maddenin gündeme alınarak ilan edilip olağanüstü genel kurul gibi sınırlı gündem ile toplanan, bir oldu bittiyle sendikanın aleyhine olabilecek, içeriği bilinmeyen bir mad-

¹⁹ Y.9.HD bir kararında belirttiği üzere, iki olağan kurul arasında yapılan her genel kurul toplantısı olağanüstü genel kurul olarak kabul edilir. Olağan genel kuruldan farklı olarak, olağanüstü genel kurul toplantısının gündemi sınırlıdır ve toplantının gerekçeleri inandırıcı olmalıdır. Yukarıda zikredilen Y.9.HD, 7.3.2006 tarihli kararı (dipn.13).

²⁰ Y.22.HD. 2.11.2015, E. 2015/28964 K. 2015/29704 www.kazanci.com; Y.22.HD. 17.2.2014 E.3515/ K.2500 Çalışma ve Toplum 2014/3 s.465 vd.

denin gündeme alınması ve olağanüstü genel kurulda açıklanarak araştırma yapılmadan karara bağlanmasının sendikaya dolayısıyla üyelerine zarar vereceği kanaatine varıldığı, oysa olağanüstü genel kurulun gündemi ile sınırlı olarak gündemin görüşülüp karara bağlanması gerektiğinin yasa ve sendika tüzüğünün emredici kuralı olduğu sonucuna" ulaşarak genel kurulun ve bu kurulda alınan kararların iptaline ilişkin Ankara İş Mahkemesinin kararının onanmasına karar vermiştir.²¹

Olağanüstü genel kurul, yönetim kurulu veya denetim kurulu tarafından gerekli görülen hallerde çağrılabilir gibi, üye veya delegelerin beşte birinin yazılı isteği üzerine de toplanabilir. Üye ve delegelere tanınan genel kurulun olağanüstü toplanmasını talep hakkı, oy hakkı, aktif ve pasif seçilme hakkı, genel kurullara katılma hakkı gibi üyelik ve birlikte yönetim haklarından. Bu haklar önceden vazgeçilmesi ve devredilmesi mümkün olmayan haklardır²² ve azınlık hakları olarak korunurlar.²³ Hukuk Genel Kurulunun onama kararına göre²⁴, olağanüstü genel kurulun toplanması isteği ile başvuran delege (veya üye) sayısının beşte birin altına düşmesi halinde yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırması gerekli değildir. Ancak Yargıtay, dava açıldıktan sonra davacı dışında bir kısım delegelerin olağanüstü kurul toplantı isteğinden vazgeçmesinin beşte birlik istek nisabının düşmüş olduğunu göstermeyeceğini, mahkemece dava tarihindeki durum dikkate alınarak, sendika yönetim kurulunun genel kurulu olağanüstü

²¹ Y.9.HD. 23.6.2009 E. 2009/23011, 2009/17512.

²² Heini, A. Schweizerisches Privatrecht II. B., Basel und Stuttgart, 1967, s. 545 vd.

²³ Riemer, H.M., Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht B.I, Einleitung und Personenrecht, 2. Teil Bern 1990, Art. 70, N. 239.

²⁴ Y.HGK 12.10.1988 tarih ve 9/304 774. Bkz. Berkun Eşmelioglu, Açıklamalı Gerekçeli İçtihatlı Sendikalar Hukuku, Ankara 1989, s.284 vd; Aynı görüşte, Ekonomi, Munir, Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 141, 143; Kaplan, E. Tunçay, Sendika Genel Kurul Toplantıları ve Genel Kurul Kararlarının İptali İle İlgili Hukuki Sorunlar, Tühis, C.12, Mayıs 1992 S. 9, s. 16; Şahlanan, Sendikalar, s. 68 dipn. 38; Çelik/Canbolat/Caniklioğlu, s.630; Narmanlioğlu, s. 142; Tunçay/Savaş Kutsal, s. 63; Sur, s. 101.

toplantıya çağırmasının haklı olup olmadığının irdelenmesi ve sonuca göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁵

Yönetim kurulu veya denetleme kurulunun gerekli gördüğü hallerde veya genel kurul üye veya delegelerinin beşte birinin yazılı isteği üzerine, yönetim kurulu olağanüstü genel kurulu toplantıya çağırır. Bu istemi kanuna ve tüzük hükümlerine aykırı olarak reddeden kuruluş (sendika, konfederasyon) ve şube yönetim kuruluna karşı kuruluş üyelerinden birinin veya durumu tespit eden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının başvurusu üzerine, mahkeme kararıyla işten el çektirilir. Mahkeme ayrıca yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar kuruluşu yönetmek, genel kurulu en kısa zamanda toplamakla görevli olmak üzere TMK. hükümleri gereğince bir veya üç kayyım tayin eder (STİSK m. 12/6).

Yargıtay 22. HD.nin bir kararına göre, "Yönetim Kurulunun, delegelerin olağanüstü genel kurul talebini TMK. m.2'de ifade edilen dürüstlük ve iyiniyet kurallarına aykırı olarak reddettiği, sendika içi demokrasiye uymayan işlem ve uygulamalarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu husus, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 2013/7454 -2013/573 sayılı kararı ile de tespit edilmiştir. Bu durumda davacıların Yönetim Kurulunun işten el çektirilmesi ve kayyım tayinine ilişkin talebinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup, bozmayı" gerektirmiştir.²⁶

STİSK m.12'de kuruluşların ilk olağan ve olağanüstü genel kurul toplantı zamanı, genel kurula çağırının yönetim kurulu tarafından yapılacağı (f.1,2,4,5) öngörülmüş, bu hükümlere aykırı hareket eden kuruluş veya şube yönetim kuruluna, mahkeme kararıyla işten el çektirileceği hükme bağlanmıştır (f.6). Yargıtay 22. HD., sendika yönetim kurulunun işten el çektirilmesi talebi ile açılan davada, Sendika Tüzüğü'nün 12.

²⁵ Y.9. HD. 22.1.1998 E. 997/21626, K. 998/403. Narmanlıoğlu, s. 142 dipn. 279.

²⁶ Y.22.HD.13.01.2014. 2013/38309 E, 2014/150 K., Çil, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları) s.1121 vd.

maddesinde yönetim kurulu üyelerinin işten el çektirilebileceği hallerin, sendikanın manevi varlığını zedeleyebilecek davranışlarda bulunma, sendikanın amaç ve prensiplerine aykırı davranışta bulunma, her türlü mali yolsuzluk hali ve görevi kötüye kullanma hali olarak sayıldığını, somut olayda 6356 sayılı Kanununun 12. maddesinin uygulanamayacağını, sendika yönetim kurulu üyelerinin isnat edilen mali yolsuzluk suçlarından yargı kararıyla beraat etmiş olmaları ve temyizden feragat edildiği için kararın kesinleşmesi nedeniyle, kanunda ve tüzükte sayılan yönetim kurulunun el çektirilmesi hallerinden hiçbirinin oluşmadığından ilk derece mahkemesinin kararını isabetli olarak onamıştır.²⁷

STİSK m.12/6 hükmüne aykırılık halinde açılacak davanın hangi sürede açılacağına ilişkin düzenleme, STİSK veya Dernekler Kanununda yoktur. STİSK m.80 gereğince, TMK.m.83' de öngörülen bir aylık sürenin, yönetim kurulu kararının öğrenilmesinden itibaren, uygulanması isabetli olacaktır.²⁸

Husumet sendika genel merkezi yönetim kuruluna veya yetki verilmişse yönetim kurulu başkanına yöneltilmelidir.²⁹

²⁷ Y.22.HD. 30.04.2013, E.2013/7791, K.2013/9272 karar ve karar incelemesi için bkz. Güzel, Kararların Değerlendirilmesi 2013, s.343 -344; Y.22.HD., davacıların, 79 üst kurul delegesinin olağanüstü genel kurul talebinin reddine ilişkin yönetim kurulu kararının iptali, yönetim kurulunun işten el çektirilmesi ve kayyım tayinine karar verilmesi talebi ile açılan davada, "olağanüstü genel kurul için gerekçe olabilecek hususların objektif ve ciddi sebepler olması, ayrıca ileri sürülebilecek sorunların genel kurul haricinde bir usulle çözülemeyecek nitelikte bulunması" gerekeceğini, somut olayda ise davacı tarafından ileri sürülen diğer gerekçelerin de belirtilen nitelikte olmaması nedeniyle temyiz olunan kararın bozulmasına karar vermiştir (Y.22.HD. 15.6.2015, E.2015/1475, K.2015/20516).

²⁸ Şahlanan, Sendikalar, 96 dipn.105; Tuncay/Savaş Kutsal s. 64; Sur, s. 101; Senyen -Kaplan, s.11.

²⁹ Sur, s. 101; Yargıtaya göre, şubede olağanüstü toplantı yapılması istemiyle açılan bir davada, şubenin tüzel kişiliği olmadığı için, şube yönetim kurulu başkanı şubeyi temsilen husumete ehil değildir. Bu durumda şube başkanının davaya kişisel müdahale talebi reddedilmelidir. Husumet sendika genel merkezi yönetim kurulu veya başkanına yöneltilmelidir. (Y.9.HD. 31.12.1987, 12075/1199; Sur, s. 102 dipn. 197)

d. Yönetim Kurulunun İnceleme Yetkisi

Burada üzerinde durulması gereken konu, özellikle sendika veya konfederasyon üye ve delegelerinin beşte birinin yönetim kurulundan olağanüstü genel kurul toplantısının yapılmasını yazılı olarak talep etmeleri durumunda, yönetim kurulunun bu talebi şekil ve esas yönünden inceleme yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı, reddedip reddetmeyeceği, reddetmesi durumunda mahkemenin bu talebi şekil ve esas yönünden incelemeye yetkili olup olmayacağıdır.

Yönetim kurulunun toplantı talebinin şekil açısından koşulları incelemek yetkisi vardır. Örneğin, toplantı talebinde bulunanların üye veya delege olup olmadıklarını, beşte bir oranının sağlanıp sağlanmadığının tespiti açısından inceleme yapmakla yükümlüdür. Ancak toplantı talebinin gerekçelerinin gösterilmesi, geçerli ve haklı nedene dayandırılması gerekir. Nitekim 12. maddenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi “uygulamada seçimi kaybeden grubun beşte bir delege imzasını toplayıp hiçbir gerekçe göstermeden olağanüstü genel kurul talebinde bulunması her zaman karşılaşılan bir durumdur”. Açıkça hakkın kötüye kullanılması, örneğin sendikayı ele geçirmek amacı ile hareket edilmesi gibi durumlarda yönetim kurulu toplantı istemini reddetmelidir.

Davaya bakmakla görevli iş mahkemesi sonucu hem biçimsel, hem de maddi açıdan inceleme yetkisini sahiptir. Bir başka deyimle, mahkeme talepte bulunanlar delege veya üye değilse, veya talep hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise olağanüstü genel kurul toplantı istemini reddedecektir.

Yargıtaya göre, olağanüstü toplantı isteme hakkının açıkça kötüye kullanıldığı durumlarda yönetim kurulu bu talebi reddedebilecektir.³⁰ Y.9.HD. diğer bir kararında da sendika üye ve delegelerin beşte birinin olağanüstü genel kurul istemele-ri halinde bu talebin gerçekten sendika çıkarlarına ve dürüst-

³⁰ Y.9.HD. 3.3.1986, 2177, İHV SK. m. 53 No. 1 ve M. Cinmen'in incelemesi; Ekonomi, Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 141-143.

lük kuralına uygun düşüp düşmediğinin somut ve inandırıcı bir şekilde kanıtlanması gerektiğine aksi taktirde çoğunluğun azınlığın iradesine egemen olacağına hükmetmiştir.³¹ Doktrinde de yönetim kurulunun toplantı isteme hakkının açıkça kötüye kullanıldığını gösteren hallerde istemi reddetme yetkisi bulunduğu görüşü hakimdir. Yönetim kurulunun “hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek haller dışında, olağanüstü genel kurulu çağırarakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir.”³²

Hiçbir gerekçe gösterilmeden kötü niyetle olağanüstü genel kurul toplantı talebinde bulunulmasının engellenmesi amacıyla m.12/4’de “Talep tarihi itibarıyla olağan genel kurul toplantı tarihine altı aydan az bir süre kalması halinde, olağanüstü genel kurula gidilemeyeceği öngörülmüştür.”³³

II. Genel Kurulun İptali

1. Genel Olarak Sendika Genel Kurulun İptali Davasında Uygulanacak Hükümler

Sendika genel kurul toplantısının ve bu toplantıda kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak alınan kararların iptali konusunda 2821 sayılı Kanunun seçimlere uygulanacak esasları düzenleyen 14. maddesi ve bu hükmün atıfta bulunduğu “seçimlerin iptali” başlığını taşıyan 52. maddeleri hariç özel bir düzenleme mevcut değildi. Bu durumda Medeni Kanunun 83. maddesine göre açılan genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hüküm uygulanıyordu. Zira, Yargıtay içtihatlarında³⁴ ve doktrinde genel kurul toplantısının iptalinin toplantıda alınan tüm

³¹ Y.9.HD., 28.4.2009, E.14525, K.12013 sayılı karar ve M.Avcı'nın incelemesi için bkz. Sicil, Eylül 2008, s.161.

³² Tuncay, Can; Azınlığın Sendika Genel Kurulunu Olağanüstü Toplantıya Çağırma Hakkı Sınırsız mıdır? Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara, 1998, s.; Sur, s. 100; Demir, Fevzi; Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s.36.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.631; Ayrıca görüşler için bkz., Senyen-Kaplan, s.11 vd.

³³ Tuncay/Savaş Kutsal, s.65

³⁴ Y.9.HD. 29.10.1987, E. 9666, K. 9491; 1.6.1998, E. 6236, K. 6190, Berksan/Eşmelioglu, s. 322, 336.

kararların iptali anlamına geldiği, bu nedenle TMK m.83'ün uygulanabileceği kabul edilmekte idi.³⁵

Bu konuda getirilen yeni ve önemli bir düzenleme STİSK m.15'de öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak genel kurul ve seçim yapılması veya seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük ya da kanuna aykırı uygulama iddiasıyla, bu işlemlerin veya genel kurulun iptali için genel kurul tarihinden itibaren bir ay içinde dava açılabilir (STİSK m. 15/2)³⁶. Bu düzenleme ile TMK. m. 83'e göre açılan iptal davası ve koşulları, 6356 sayılı kanunda ayrıca özel olarak düzenlenmiştir. Yine, 2821 sayılı kanunun genel kurullarda yapılacak seçimlere itiraza ilişkin düzenleme STİSK'da muhafaza edilmiştir.

STİSK m.15/2 ve 3 hükmünde getirilen düzenleme karşısında TMK. m.83 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı konusu hakkında doktrinde görüşler ileri sürülmüştür. Bu durumda bir görüşe göre Türk Medeni Kanununun m.83 hük-

³⁵ Eyrenci Öner, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, ş. 83; Şahlanan, Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1985, s. 95; Çelik, Nuri, İş Hukuku, İstanbul, 2013, s. 490; Senyen-Kaplan, s. 18.

³⁶ Şube ile merkez arasında çıkan ihtilaflarda, şube genel kurulunun iptali talebi ile açılan davalarda, davanın sendika genel merkezi yanında ilgili sendika şubesine de yöneltilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay 22. HD.'nin kararına konu olan somut olayda, birleşen dava ile Türk Harb-İş Sendikası Ankara 1 No'lu Şubesinin 27.9.2014 tarihli genel kurul kararının iptali talebi ile açılan davaya ilişkin kararında; sendikalar hukukunda tüzel kişiliğin sadece genel merkezlerine ait olması ve sendika şubelerine dava yöneltilmeyeceği söylenebilir de, şube genel kurulunun iptali davaları söz konusu olduğunda konuya ihtiyatla yaklaşılmasında zaruret bulunduğu, zira sendika şubelerinin, anılan davada taraf olarak yer almamasının, şubelerin haklarını yeterince savunamama sonucuna yol açabileceği ve bu durumun ise, 6100 sayılı Kanun'un 27. maddelerinde ifade edilen hukuki dinlenilme hakkının ihlali neticesini doğurduğu, şube genel kurulunun iptali davalarında, sendika genel merkezi ile sendika şubesi arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu ve davanın, sendika genel merkezi yanında, ilgili sendika şubesine de yönetilmesi gerektiğini Yargıtayın uygulamasının da bu yönde olduğu (Y.22.HD. 09.06.2014, E.2014/15387, K.2014/16187; Y.9.HD. 21.06.2011, E.2011/27022, K.2011/18864) ifade edilerek, davacıya davasını Türk Harb-İş Sendikası 1 No'lu Şubesine de yöneltilmesi için süre verilmesi, daha sonra sendika şubesine dava dilekçesinin tebliği ile şubenin göstereceği deliller toplandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekirken, taraf teşkili sağlanmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, hükmün bozulmasına karar vermiştir. Y.22.HD.29.06.2015, E.2015/17874, K.2015/22274.

müne başvurma zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Zira STİSK m.15/2'de iptal davası, m.15/3'te "genel kurulun ya da genel kuruldaki seçimin iptaline karar verilmesi durumunda işin mahkemece kayyımına havale edileceği" öngörülmüştür.³⁷ Bir diğer görüşe göre ise, STİSK'da getirilmeyen ve Türk Medeni Kanunu m.83'de öngörülen konularda yine m.83 hükmünün uygulanması gerekir. STİSK'da düzenlenmeyen genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumların saklı tutulduğuna ilişkin m.83 hükmünün uygulanarak, bu durumun öğrenilmesinden itibaren dürüstlük kurallarına göre makul bir süre içinde her zaman dava açılabilirliğinin kabul edilmesi gerekir.³⁸ Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, Türk Medeni Kanununun konuyla ilgili hükmü, STİSK karşısında genel bir niteliğe sahiptir. Örneğin, genel kurul dışındaki organların bu arada yönetim kurulu kararlarının iç denetimden sonra iptale konu olabileceğine ilişkin düzenleme gibi yokluk ve butlan hallerine ilişkin genel kurul kararları hakkında TMK.m.83 hükmü uygulanabilir.³⁹

Bize göre de, STİSK m.15/2'de yer verilmeyen düzenlemeler konusunda, TMK.m.83 uygulanabilir.

2. Genel Kurul Kararlarının "Yokluğu", "Hükümsüzlüğü" ve "İptal Edilebilirliği" Sorunu

Bir genel kurul kararının oluşması için kanunun aradığı şartların ve unsurların hiç biri mevcut değilse, ortada bir "karar" söz konusu edilemeyeceğinden, bu karar "yokluk"la maluldür.⁴⁰ Bu hususu herkes ileri sürebileceği gibi, hakimde resen dikkate almak zorundadır. Ancak uygulamada bu durumun ortaya çıkması pek az ihtimal dahilindedir.

³⁷ Şahlanan, 6356 sayılı kanun hükümlerinin değerlendirilmesi, s.117.

³⁸ Başterzi, Süleyman, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2013, s.243.

³⁹ Narmanlıoğlu, s.152.

⁴⁰ Özsunay, E., Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar, İstanbul 1982, s. 206, dipn. 81a.

Diğer yandan Genel Kurul kararının muhtevası, açıkça kamu düzenine, kanunun emredici kurallarına veya genel ahlâk düzenine aykırı ise veya konusu imkansız ise, bu “karar” baştan itibaren “hükümsüz” sayılır. Bu tür kararların hükümsüzlüğünü “kararın” “geçersiz” sayılmasında menfaati olan herkes talep edebilir. Bunun için açılacak tespit davası da TMK. nun 83. maddesinde öngörülen şartlara ve bir aylık hak düşürücü süreye tabi değildir.⁴¹ STİSK m.15/2’de öngörülen süre, genel kurulun iptali için açılacak davalarda dikkate alınacaktır. Zaten baştan itibaren “hükümsüz” olan genel kurul kararları ile “iptal edilebilir” nitelikteki Genel Kurul kararları arasında en önemli fark da bundan ibarettir.⁴² Diğer yandan bir genel kurul kararının hükümsüz mü, yoksa iptal edilebilir nitelikte mi olduğunda tereddüt halinde hükümsüzlüğün belirsiz süre içinde dermeyeranından kaynaklanan hukuki emniyetsizlik, söz konusu kararın “iptal edilebilir” nitelikte olduğunu kabul etmeyi gerektirir.⁴³ Ayrıca sendikal yaşam, bir süreyle sınırlı olmaksızın bir hükümsüzlüğün ileri sürülebilmesinin yaratacağı hukuki güvensizlikle bağdaşmaz. Bu sebeple de genel kurul kararlarında “hükümsüzlük” yaptırımını dar tutulmalı ve genel kurul kararlarında kural hükümsüzlük değil, iptal edilebilirlik olmalıdır.⁴⁴

Kural olarak, kanun ve tüzük hükümlerine aykırı, her sendika genel kurul kararı, STİSK m.15/2’de öngörülen şartlar ve süre uyarınca «iptal edilebilir» niteliktedir. Uygulamada genel kurul kararı, ister «yoklukla» ister «hükümsüzlük»le sakat olsun veya ister «iptal edilebilir» nitelikte bulunsun, genellikle bu tür «genel kurul kararlarının» tümü için iptal davası açılmaktadır.

⁴¹ Özsunay, s. 206, dipn. 81a; Riemer, Art. 75 N. 89-90; Şahlanan, Tez, s. 240; Ayrıca bkz. Y.22 HD.nin 3.7.2013, E.2013/15982, K.2013/16305 sayılı kararı, ve karar incelemesi için bkz. Güzel, Karar Değerlendirilmesi 2013, s.350 -351.

⁴² Riemer, Art. 75 N. 92-94.

⁴³ Riemer, Art. 75 N. 92 ve 127; Heini II, s. 57.

⁴⁴ Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 124; Egger, Art, 75 N. 14; Tuğ, s. 88.

3. Genel Kurul Toplantısının İptali Davasının Şartları

STİSK m.15/2'de genel kurulun iptali davasının hukuki dayanağı ve koşulları öngörülmüştür. Sendika kurul toplantısının iptali için aranan şartları maddi ve şekli yönden iki gruba ayırarak incelemek yerinde olacaktır.

a. İptal Davasının Maddi Şartları

İptal davasının maddi şartlarını, bir genel kurul kararının bulunması ve bu kararın kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olması şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.

a-1. Genel Kurul Kararının Bulunması Şartı

STİSK m.15/2'de getirilen düzenlemeye göre, genel kurulun ve genel kurul kararlarının iptali istenebilir. Maddede "işlemlerin bu bağlamda alınan kararların, gerçekleştirilen seçimlerin veya genel kurulun iptali için" dava açılabileceği öngörülmüştür. Bu nedenle bu hususlarda Türk Medeni Kanunu m.83'e başvurma zorunluluğu kalmamıştır. Zira TMK. m.83'de sadece kanuna ve tüzüğe aykırı olarak alınan genel kurul kararlarının iptaline ilişkin dava açılabileceği öngörülmüştür.

İptal davasının açılması için ortada bir genel kurulu kararının olması şarttır. Örneğin sendika daha kurulmamış ve tüzel kişiliği kazanmamışsa veya tasviye edilmiş tüzel kişiliği sona erdirmişse veya genel kurul yetkili olmayan organ veya kişiler tarafından toplantıya çağrılmışsa veya gerekli toplantı yeter sayısı olmadan karar alınmışsa, ortada bir karar olamayacağından veya bunlar "görünüşte bir karar" (Scheinbeschluss) olduğundan, bu tür kararlar için "iptal davası" açmaya gerek bulunmamaktadır. Bu kararlar için ancak kararın hükümsüzlüğünün "tespiti davası" açılabilir.⁴⁵ Buna rağmen iptal davası açılmışsa, tabiatıyla hakim söz konusu kararın iptaline karar verecektir.

⁴⁵ Egger, Art. 75, N. 8; Rimer, Art. 75, N.7-8; Şahlanan, Demokratik İlkeler, s. 237; Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 122; Eyrenci, s. 83; Riemer, Art. 75, N. 95-102.

Türk Medeni Kanununun 83. maddesi uyarınca, ancak dernek genel kurul kararları hakkında iptal davası açılabilir. Dernek yönetim, disiplin ve denetleme kurullarının kararlarına karşı iptal davası açılmaz. Zira bu organların kararları için, öncelikle genel kurula kadar uzanan dernek içi hukuki itiraz yollarına başvurulmadıkça ve böylece bu hususta ortaya bir genel kurul kararı çıkmadıkça, iptal için mahkemeye başvurulamaz (m.83/2).⁴⁶

STİSK'da buna ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Bu durumda m.83/2'deki düzenlemenin uygulanabileceğinin kabulü gerekir.

a-2. Genel Kurulda Kanun ve Tüzük Hükümlerine Aykırı Toplantı, Seçim ve Kanuna Aykırı İşlemler Yapılması

Bir genel kurul kararının hukuka uygunluğu öncelikle kararın alındığı genel kurul toplantısının yasaya ve tüzük hükümlerine uygun olmasını gerektirir.⁴⁷

Kararın alındığı genel kurul toplantısı kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak yapılmışsa, örneğin genel kurul, kanun veya tüzüğe göre yetkili olmayan organ veya kişilerce toplantıya çağrılmışsa veya üyelerin bir kısmına ya çağrı yapılmamış veya yer ve zaman yönünden farklı çağrı yapılmışsa⁴⁸ bu toplantıda alınan tüm kararların iptali anlamını taşıyacak şekilde genel kurul toplantısının iptali davası açılabilir.⁴⁹

⁴⁶ Egger, Art. 75. N. 8; Şahlanan, Demokratik İlkeler, s.237; Tuncomag, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, s.272; Ancak, 9. HD.nin verdiği bir karara göre, sendika üyeliğinden çıkarılma ve şube yöneticiliği görevinden sekiz aylık süre ile uzaklaştırma kararının disiplin kurulu kararı tarafından alınmasına karşın konunun genel merkez tarafından genel kurula getirilmesi yönünde bir girişim bulunmadığı dikkate alınarak, doğrudan mahkemede dava açılması kabul edilmiştir. Mahkeme olayı inceleyerek suç ile cezanın denkleğini değerlendirmelidir. Üyelik ve yöneticilik sıfatı elinden alındığı için katılma durumu tartışmalı olacak davacıyı (genel kurula) başvuru ile yükümlü tutmak mümkün değildir. Yarg. 9. HD. 14.5.1998, 8520/8863, Sur, s. 111, dipn. 217; Yönetim kurulu kararının iptali için bkz. s.18, 19, 20.

⁴⁷ Şahlanan, Demokratik İlkeler, s.234; Senyen-Kaplan, s.18.

⁴⁸ Riemer, Art. 75, N. 99-102.

⁴⁹ Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 121; Eyrenci, Sendikalar Hukuku, s. 83;

Sendika genel kurul veya kararının iptali için alınmış olan kararın kanun veya tüzük hükümlerine; yani objektif hukuk kurallarına aykırı olması gerekir.

Kararın hukuka aykırılığını, öncelikle kanunun emredici veya tüzükle aksi kararlaştırılmamış bulunan kanunun tamamlayıcı hükümlerine veya tüzük hükümlerine veya hukukun genel ilkelerine, demokratik sendika düzenine ve dürüstlük kuralına veya hakkın kötüye kullanılması yasağına, veya sendika içi geleneklere aykırılık şeklinde geniş anlamak gerekir.⁵⁰

STİSK'da getirilen düzenlemeye göre, genel kurulda kanun ve tüzük hükümlerine aykırı toplantı ve seçim yapılması veya seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük ya da kanuna aykırı uygulama ile yapılan aykırı işlemlerin veya genel kurulun iptali mahkemeden istenebilir (m. 15/2).⁵¹

Diğer taraftan genel kurul veya genel kurul kararının iptali talebi ile açılan davada, mahkeme genel kurulda alınan tüm kararların iptaline, yani genel kurul toplantısının tüm sonuçları ile iptaline karar verebileceği gibi, toplantıda alınan bazı kararların veya işlemlerin bazılarının iptaline de karar verebilir. Önemli masraf gerektiren zaman ve iş kaybına neden olan genel kurulların sonuca etkili olmayan hukuka aykırılık hallerinde genel kurulların tüm sonuçları ile birlikte iptaline karar verilmemelidir. Hukuka aykırı genel kurul toplantısının veya bu toplantıda alınan kararların iptaline karar verilmesi gerekir.⁵²

Tuğ, s. 86; Çelik, s. 348; Senyen-Kaplan, s.18.

⁵⁰ Riemer, Art, 75, N. 28-38; Egger, Art. 75, N. 18-25; Özsunay, Tüzel Kişiler, s. 207; Şahlanan, Demokratik İlkeler, s. 237-38; Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 123.

⁵¹ Türk Medeni Kanun m. 83 ise "sadece kanun ve tüzüğe aykırılık" iptal nedeni olarak öngörülmüştür. Ancak yukarıda belirtildiği üzere yargı kararlarında ve doktrinde genel kurul toplantısının tüm sonuçları ile iptaline karar verebileceği kabul edilmekteydi.

⁵² Y.9.HD. 23.02.2010, E.2010/3029, K.2010/4623 sayılı karar ve karar incelemesi için bkz. Şahlanan Fevzi, Sendikalarda Yapılan Seçimlerin Sınırlı İptalinin Sonuçları, Tekstil İşveren, Eylül-Ekim 2011, S.378, Hukuk Eki 63; Tuncay, Can., Kamu-İş, Kamu İşletmeleri Sendikası İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, s.128; Tuncay/Savaş Kutsal, s.67, 68; Narmanlıoğlu, s.151; Senyen, Kaplan, s.18.

Sendikalar diğer demokratik toplumlar gibi çoğunluğun iradesine göre yönetilir. Genel kurul kararının çoğunluğun iradesine göre alınması sendika içi demokrasinin bir gereğidir. Ancak bazı sınırlar getirilmesi de demokratiktir. Örneğin, sendikanın amacına aykırı karar alınamaz. Oy hakkı, sendika yönetimine katılma hakkı sınırlandırılmaz.⁵³

STİSK m.15/2'de getirilen düzenlemeye göre, seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük ya da kanuna aykırı uygulama iddiasıyla da, dava açılabilir. Yargıtay'da genel kurulda yapılan seçimlerin iptali için, seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlüğün bulunması gerektiği görülmüştür. Yargıtay 22. HD.'si bir kararında, olağanüstü genel kurulda usul ve yasaya aykırı bir durum bulunmadığından, seçilen denetleme kurulu üyelerinin olağan geneldege olarak katılımında da hukuka aykırı bir durum bulunmadığını; kaldı ki, 20.08.2011 tarihli olağan genel kurul seçim sonuçlarına göre kazanan kaybeden liste arasında en az 7, 8 oy farkı bulunduğu nazara alındığında, iki denetleme kurulu üyesinin tabii delege olarak seçime katılımının sonuca etkili olmadığı açık olduğundan, 20.08.2011 tarihli olağan genel kurulun iptal istemine yönelik bileşik davanın da reddine karar verilmesi gerekirken, olağan genel kurulun da iptaline karar verilmesinin hatalı olduğuna hükmetmiştir.⁵⁴

Kanun veya tüzükteki toplantı veya karar nisaplarına aykırı olarak alınmış genel kurul kararları ile sendikanın tüzükteki amacına ters düşen veya üyelik hakkını ortadan kaldıran çoğunluk kararları iptal edilebilir nitelikte kararlardır.⁵⁵

b. İptal Davasının Şekli Şartı

Sendika genel kurul kararlarının iptali davası açabilmek konusunda iki şekli şart öngörülmüştür. İptal davası açılınca mah-

⁵³ Şahlanan, Demokratik İlkeler, s.239.

⁵⁴ Y.22.HD. 24.01.2014, 2014/746 E, 2014/833 K, Çil, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları) s.1119 vd.

⁵⁵ Riemer, Art. 75, N.39-41; Şahlanan, Tez, s.238.

kemenin davanın esasına girmeden önce bu şartların varlığını araştırması gerekir. Bu şartlardan biri mevcut değilse davayı esasa girmeden reddedebilir.⁵⁶

b-1. Kararın İptalini Talep Eden Davacının Bakanlık veya Kuruluş ve Şubesinin Üye veya Delegeleri Olması (Olumlu Şart)

STİSK'da getirilen düzenlemeye göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile kanunun m.2/9 bendinde kuruluş olarak tanımlanan sendikalar, bunların şubeleri, konfederasyonların üye ve delegeleri dava açabilir.⁵⁷

İptal davasını açmış olan davacının genel kurulun toplantı zamanında yani iptal davasının açılmasından önce ve sonra sendikanın üyesi olması gerekir. Bu durumda sendikadan çıkarılmış üye,⁵⁸ STİSK m. 17 hükmüne göre üyeliğini, delege ise bu sıfatının devam ettiğini ispat etmesi gerekir. Bunun tabii sonucu olarak sendika üyesi olmayan veya genel kurul delegesi sıfatı bulunmayanların bu davayı açma hakları mevcut değildir. Yargıtay 22. HD. sendika genel kurulunda alınan bütün kararların iptali talebi ile açılan bir davada, dava sırasında davacıların yaşlılık sigortasına göre emekli aylığı bağlanması nedeniyle sendika üyeliklerinin sona erdiği (m.19/6) anlaşıldığından ve davacıların davanın sonuçlanmasında bekledikleri hukuki yararları ortadan kalktığından, hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁹ Üyeliği sona ermiş bir kimsenin delege seçilme, oy kullanma ve aday olma yönünde hukuki yararı kalmamıştır.⁶⁰

⁵⁶ Riemer, Art, 75, N. 45.

⁵⁷ Y.9.HD.21.1.2013, E.2012/31761, K.2013/2515, Başterzi, s.241; 2012 yılında açılan bir konfederasyon genel kurulu kararının iptali davasında ilk derece mahkemesi dava açan konfederasyon üyesi sendikalar yönünden dava ehliyetlerinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay, davacı sendikalar yönünden aktif husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmesini hatalı bulmuştur.

⁵⁸ Riemer, Art, 75, N. 48.

⁵⁹ Y.22.HD. 30.10.2013, E.2013/26654, K.2013/22806, www.kazanci.com.

⁶⁰ Güzel, Kararların değerlendirilmesi 2013, s.250; Ayrıca bkz. Y.22.HD. 14.05.2013, E.2013/8021, K.2013/10970 sayılı karar ve Güzel'in karar in-

Hukuki yarar dava şartlarından olduğundan, davanın açılmasından kararın verilmesine kadar var olmalıdır. Davanın açıldığı anda var olan hukuki yarar sonradan ortadan kalkarsa, o zaman dava usulden reddedilir (HMK.m.115).⁶¹

İptal davasını açma hakkı olan üye veya delegelerin, genel kurul toplantısına katılmış olmak şartıyla, karara karşı açıkça olumsuz oy vermiş veya boş oy pusulası kullanmış veya karara çekimser oy vermiş olması arasında fark bulunmamaktadır. Bu tür oyları kullanan üye veya delegeler dahi iptal davasını açabilirler.⁶² Ayrıca irade sakatlığı sebebiyle (örneğin, hile veya tehdit altında) olumlu oy vermiş bulunan delege veya üyelerin iptal davası açma hakları mevcuttur.⁶³ Kanaatimize göre, toplantıda hiç bulunmamış olan delege veya üyelere haklarından olması nedeniyle bu davayı açmaya hakları olduğunu kabul etmek gerekir.

b-2. Davanın Bir Aylık Hak Düşürücü Süre İçinde Açılmış Olması (Olumlu Şart)

Sendika genel kurul kararlarının iptali davasının STİSK m.15/2 hükmünde belirtilen bir aylık hak düşürücü süre içinde açılmış olması gerekir.⁶⁴ Bu bir aylık süre⁶⁵ genel kurul tarihinden itibaren işlemeye başlar. Süre hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan, geçip geçmediği hakim tarafından re'sen dikkate alınır. Ayrıca bu sürede zaman aşımını kesen sebeplerin uygulanması mümkün değildir.⁶⁶

celemesi, Kararların değerlendirilmesi, s.348, 349.

⁶¹ Kuru B./Aslan, R./Yılmaz E., Medeni Usul Hukuku, 25. B.Ankara 2014, s.249.

⁶² Riemer, Art, 75, N. 54 ve burada zikredilen eserler.

⁶³ Riemer, Art, 75, N. 55-57.

⁶⁴ Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 125; Çelik, Nuri, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, İstanbul, 1988, s. 72; Tuğ, s. 88; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 67; Sur, s. 112; Senyen-Kaplan, s.21.

⁶⁵ Bu süre MK.m.83'de, toplantıda hazır bulunan ve kanuna veya tüzüğe aykırı olarak alınan karara katılmayan her üye için karar tarihinden başlayarak bir ay, toplantıda hazır bulunmayan her üye için kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay, herhalde karar tarihinden başlayarak üç ay olarak öngörülmüştür.

⁶⁶ Şahlanan, Tez, s. 241; Tuğ, s. 89; Y. 2.HD.sinin 11.4.1978 tarih ve 277/2943

Dava basit yargılama usulüne göre iki ay içerisinde sonuçlandırılır. Kararın temyizi halinde Yargıtayca on beş gün içinde kesin olarak karara bağlanır (m.15/2).

Türk Medeni Kanununun 83. maddesi gereğince, dernek genel kurul kararının iptali isteminde bulunan davacı üye veya delegenin, söz konusu karara katılmamış olması yani olumsuz oy vermiş olması gerekir. Davacı üye veya delege, karara olumlu oy vermiş (örneğin yönetim kuruluna aday olmuş ve kendi lehine oy vermiş) veya sonradan kararı benimseyen davranışlarda (örneğin iptal davası açmaktan vazgeçtiğini bildirmişse) bulunmuşsa, artık bu üye veya delegenin iptal davasını açma hakkı mevcut değildir.⁶⁷

STİSK m. 15/2'de bu koşula yer verilmemiş olmakla birlikte, Kanunun kuruluşlar hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde TMK. ve Dernekler Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı hükmü (m.80/1) gereğince bu koşulun uygulanması yerinde olur. Ayrıca dürüstlük kuralı gereği bu koşulun aranması gerekir.

MK.m.83/3'de genel kurul kararının yok veya mutlak butlanla hükümsüz olduğu durumlar nedeniyle açılacak iptal davaları zaman sınırına tabi olmadan, her zaman açılabilir. STİSK'da bu konuya ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. TMK. m.83 hükmünün uygulanmasında da yani bu durumun öğrenilmesinden itibaren dürüstlük kuralı gereğince makul bir süre için de dava açılabileceğinin kabulü gerekir.⁶⁸

4. Genel Kurulun İptali Davalarında Görevli Mahkeme

STİSK m.79 hükmüne göre, bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların iş davalarına bakmakla görevli ve yet-

sayılı kararı; Y. 5.HD.sinin 7.5.1976 tarih ve 1975/659-1976/4949 sayılı kararı (YKD 1977/10, s. 1382; Y. 9.HD.sinin 15.7.1987 tarih ve 6637/7257 sayılı kararı (Kamu-İş-Tühis-Türk Kamu Sen. 1475, 2821 ve 2822 sayılı Kanunlarla ilgili Yargıtay kararları, C.I, İstanbul 1985 s. 361-362).

⁶⁷ Riemer, Art, 75, N. 53; Egger, Art. 75, N. 27.

⁶⁸ Başterzi, s.243.

kili mahkemelerde çözümlenmesi gerekir. Genel Kurul Kararlarının iptali davası, bu kanunda düzenlenmiş Sendika tüzel kişiliğinin organı olan “genel kurul” ile ilgili olduğuna göre, bu organın kararlarının iptali ile ilgili davalara İş Mahkemesinin bakması gerekir.

5. Genel Kurulun İptalinin Hüküm ve Sonuçları

Genel kurulun veya genel kurulda yapılan organ seçiminin iptaline karar verildiği takdirde mahkeme; genel kurulu kanun ve tüzük hükümlerine göre en kısa zamanda toplamak, seçimleri yapmak ve yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar kuruluşu yönetmekle görevli olmak üzere, 4721 sayılı Kanun hükümleri gereğince bir veya üç kayyım tayin eder ve görev sürelerini belirler.

Maddede getirilen düzenlemeye göre, mahkeme genel kurulun veya kurulda yapılan seçimlerin hukuka aykırı olduğu iddiasını yerinde bulursa, genel kurulun veya kararların bir kısmının iptaline karar verecektir. Mahkemenin bu nedenle kuruluşun kapatılmasına karar vermesi mümkün değildir.⁶⁹ Zira kuruluşların kapatılması STİSK m.31/1’de sayılan nedenlerin varlığı halinde mümkündür.

Mahkemenin iptal kararı, geriye etkili olarak genel kurul kararını ortadan kaldırır.

6. Yönetim Kurulu Kararının İptali

STİSK m.15/2’de kanun ve tüzük hükümlerine aykırı genel kurulun ve yapılan işlemlerin iptaline ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. TMK. m.83/2 hükmüne göre ise diğer organların kararlarına karşı, dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davası açılmaz. Bu düzenlemeye göre sendika yönetim, disiplin ve denetleme kurulları kararlara karşı genel kurula kadar uzanan sendika içi yollara başvurulmaların yani ortaya bir genel kurul kararı çıkmadan iptal davası açılmaz.⁷⁰

⁶⁹ Narmanlıoğlu, s.148.

⁷⁰ Bkz. s.13.

Yargıtay verdiği bazı kararlarda, bu organların ve yönetim kurulu kararlarının genel kurul kararına dönüştürülmeden iptali talebi ile dava açılabileceğini kabul etmektedir.⁷¹

Yargıtay 22. HD.'sinin kararına ilişkin somut olayda davacı, davalı sendika genel merkez yönetim kurulunun, Bursa Bölge Temsilcisinin görevine son verilmesine, Bursa şubesi açılmasına, Bursa şubesi yetki ve faaliyet alanlarının belirlenmesine, İstanbul yakası şubesine bağlı Edirne, Tekirdağ, Kırklareli illerinin yeniden Bursa şubesinin yetki ve faaliyet alanına dahil edilmesine dair kararlarının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

STİSK m.11/h bendine göre “şube açma, birleştirme veya kapatma, bu konuda tüzükte belirlenen esaslar doğrultusunda yönetim kuruluna yetki verilmesi” sendika genel kurulunun görevleri kapsamındadır. Getiren düzenlemeye göre, şube açma, kapatma ve birleştirme genel kurul kararı ile olabilir. Ancak genel kurul, yönetim kuruluna yetki verebilir. Bu yetkinin MK.m.2'deki dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.⁷²

Sendika tüzüğünün m.17. maddesinin “g” bendinde şube açma, birleştirme veya kapatma” genel kurulun görevleri arasında düzenlenmiş, yönetim kurulunun görev ve yetkileri ise “genel kurul kararları doğrultusunda şube açmak, birleştirmek ve kapatmak” (m.20/b.33), “Genel Kurul karar verdiği taktirde şubeler açmak ve genel kurulun verilecek diğer görevleri yapmak” (m.20/b.39), “gerekli gördüğü hallerde bölge temsilciliği kurmak veya kaldırmak” (m.20/b.42) olarak belirlenmiştir. Yine tüzüğün 57. maddesinde de şube yetki alanlarının genel merkez yönetim kurulunca belirleneceği öngörülmüştür.

Yargıtay 22.HD.'sinin kararında, sendika genel kurulunca genel merkez yönetim kuruluna verilen şube açma yetkisinin yine aynı genel kurulda verilmiş olan Bursa Şubesinin kapatıl-

⁷¹ Narmanlıoğlu, Ünal, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, s.398; Bkz. dipn.68'de belirtilen Yargıtay kararı.

⁷² Y.9.HD. 9.2.2010, 4313/3163 İşveren Mart -Nisan 2010, s.10;

ması kararını ortadan kaldırmayacağı, bu kapatma kararının en azından aksine bir tasarrufu gerektirecek objektif koşullar somut olarak ortaya konulmadıkça bir sonraki genel kurula kadar varlığını muhafaza edeceği ifade edildikten somut olayda davalı sendika genel merkez yönetim kurulunun genel kurulca kapatılmasına karar verilen Bursa Şubesinin tekrar açılmasını gerektirecek bir durumun mevcut olduğunun davalı sendikaca yeterli ve inandırıcı delillerle ortaya konulmadığı, bu nedenlerle dava konusu genel merkez yönetim kurulunun dava konusu kararları almasının hukuka uygun bulunmadığına ve davanın kabulüne karar verilmesine hükmetmiştir.⁷³

Sendika genel merkez yönetim kurulu kararına karşı açılacak iptal davasında Yargıtay, 2821 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarında TMK m.83/1'de öngörülen hak düşürücü sürenin, diğer zorunlu organların kararlarına karşı açılacak davalarda da uygulanabileceğinin kabulünün gerekli olduğuna hükmetmiştir.⁷⁴

STİSK m.15/2'de genel kurulun ve seçimlerin iptaline ilişkin açılacak davaların genel kurul kararından itibaren bir ay içinde açılabileceği öngörülmüştür. Merkez yönetim kurulu kararının iptali talebi ile açılan davalarda ise, TMK.m.83 hükmünde öngörülen bir aylık hak düşürücü sürenin, merkez yönetim kurulu kararının öğrenilmesinden itibaren uygulanması yerinde olur.

III. Sendika Genel Kurulunda Yapılan Seçimlerin İptali

Şüphesiz sendika genel kurullarında zorunlu organlar için yapılan seçim ile genel kurula katılacak delegelerin seçimleri de hukuki anlamda birer genel kurul kararıdır. Kural olarak seçimlere ilişkin genel kurul kararları da, diğer genel kurul kararları gibi, yukarıda belirttiğimiz genel kurul kararlarının iptali davasının konusu olabilir. Bu durumda genel kurul

⁷³ Y.22.HD. 22.1.2013, E.2013/31, K.2013/425, www.kazanci.com.

⁷⁴ Y.HGK, 2000/9-54 E.,2000/43 sayılı kararı; Y.9.HD., 2010/39953 E.,2010/3075 sayılı Bkz. Başterzi, s.248.

kararlarının iptali davasının şartlarının, bu tür davalarda da aranması gerekir.⁷⁵

Genel hükümlere göre hukuki durum böyle olmakla birlikte, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 10, 14 ve 52. maddeleri uyarınca şube ve Sendika genel kurullarında delege ve zorunlu organlara yapılan seçimlerle ilgili uygulamadaki ihtilaflarda üzerinde yargı kararları ile doktrinde farklı görüşler savunulan ve farklı çözümler getirilen ve önerilen konular olmuştur. Özellikle 52. madde de belirtilen hakim ifadesi o yerin seçim kurulu başkanı olan hakim mi, yoksa iş hakimi mi konusu tartışma konusu olmuştur. Doktrin, Y.9.HD.'nin 1991 yılında verdiği kararlarda bizimde katıldığımız görüşe göre, seçimlerle ilgili iptal davalarında iş mahkemesinin görevli olduğu açıkça kabul edilmiştir.⁷⁶

STİSK'da "Genel kurulda yapılacak seçimlerde uygulanacak esaslar" başlığını taşıyan m.14/1 hükmüne göre; genel kurulda yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kuruluna üye seçimi ile delege seçimi, yargı gözetimi altında serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına ve tüzük hükümlerine göre yapılır. STİSK m.14'de seçim usulünün en önemli özelliği, seçimlerin her aşamasında hakime etkin bir görev verilerek, üyelerin seçimlere katılmasının güvenceye alınması ve usulsüzlüklerin önlenmeye çalışılmasıdır.⁷⁷

Seçimlere itiraza ilişkin m.15/1'de ise; genel kurulda yapılan organ ve delege seçimlerinin devamı sırasında yapılan işlemlere ilişkin olarak seçim sonuç tutanaklarının düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde yapılacak itirazlar hâkim tarafından aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. İtiraz süresinin geçmesi ve itirazların karara bağlanmasından sonra hakim, 14. madde hükümlerine göre kesin sonuçları ilan eder ve ilgili kuruluş şubesine bildirir.

⁷⁵ Şahlanan, tez, s.242.

⁷⁶ O dönemdeki gelişmeler ve görüşler hakkında bkz. Senyen- Kaplan, s.21 vd.

⁷⁷ Sur, s.107.

Görüldüğü üzere genel kurulda yapılan seçimlerin devamı sırasında yapılan işlemlere ilişkin itirazları inceleme ve kesin olarak karara bağlama konusunda seçim kurulu başkanı hakime yetki verilmiştir (m.15/1). O halde getirilen düzenlemeye göre, itiraz iş mahkemesinde değil, seçim kurulu başkanı hakim tarafından incelenip kesin olarak karara bağlanacaktır.

Eski 14. maddede iptal sonrası seçimlerin yenilenmesi için 52. maddeye atıfta bulunulmuştu. 6356 s. Kanunda m.15/1'de böyle bir düzenleme getirilmemiştir. Maddede seçim hakiminin 14. madde hükümlerine göre kesin sonuçları ilan edeceği ve ilgili kuruluş veya şubeye bildireceği öngörülmüş, ancak seçimlerin yenilenmesi konusunda bir düzenleme getirilmemiştir.

Yargıtay 22. HD. bir kararında⁷⁸, sözkonusu düzenlemeye ilişkin olarak verdiği karara konu olan somut olayda “davacı, davalı sendikanın şube seçimlerinin, oyların eşit çıkması ve iki liste bulunması nedeniyle seçim hakimi tarafından iptal edildiğini belirterek, 6356 sayılı Kanunun m.15/3 gereğince şubeye kayyım tayini talebinde bulunmuş, ilk derece mahkemesi de davacının talebi doğrultusunda kayyım tayinine karar vermiştir.⁷⁹ Yargıtay, seçim hakiminin seçimin iptaline ilişkin kararına karşı itiraz yapılmış olduğundan 15. maddenin 1. fıkrasının uygulanması gerekirken kayyım tayinini öngören 3. fıkranın uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Ancak Yargıtay bu durumda nasıl bir yol izleneceği hususunda kararda bir açıklık getirmemiştir.⁸⁰

Seçim, kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak yapılmışsa ve seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük veya yasaya aykırılık varsa (m.15/2), iş mahkemesinde seçimlerin

⁷⁸ Y.22.HD. 23.10.2013. E.2013/26474, K.2013/22165 sayılı kararı ve karar incelemesi hk. bkz. Güzel Ali, Toplu İş İlişkileri, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, 2015, s.352.

⁷⁹ Güzel, s.352.

⁸⁰ Güzel, s.355.

iptali talep edilebilecektir. Belirtmek gerekir ki seçimleri gözeten hakimin itirazlar hakkında kesin kabul veya red kararı vermiş olması ile, seçimlerin kanun ve tüzük hükümlerine aykırılık veya seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük nedeniyle İş Mahkemesinde iptalinin talep edilmesi farklı hususlardır.⁸¹

Diğer taraftan, öğretide de ileri sürüldüğü gibi STİSK m.15/1'deki itiraz süresi geçerse m.15/2'deki koşullar oluşmuşsa seçimlerin iptali istenebilecektir.⁸²

Genel kurul dışında yapılan delege seçimlerinin ise, işyerindeki üyeler tarafından serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına göre yapılacağı öngörülmüş (m.16/1) ve yargı gözetiminden çıkarılarak, sendikaların uygulamalarına bırakılmıştır. Ancak, genel kurul dışında yapılan delege seçimlerine, seçim sonuçlarının ilanından sonra iki gün içinde yapılacak itirazların mahkeme tarafından kesin olarak karara bağlanacağı, delege seçiminin mahkeme tarafından iptal edilmesi halinde seçimlerin on beş gün içinde yenileneceği hükmü getirilerek, şube düzeyindeki delege seçimlerinin yargı gözetiminden çıkarılmasından doğabilecek sakıncalar hafifletilmeye çalışılmıştır (m.16/2).⁸³

Genel kurul seçimi dışında yapılan şube delege seçimine yapılan itirazı incelemeye yetkili ve görevli makam iş mahkemeleridir. Görev konusunda olduğu gibi, İş Mahkemeleri yetkileri kamu düzenine ilişkin olduğundan yargılamanın her aşamasında resen gözetilmesi gerekir.⁸⁴

⁸¹ Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s.129; Kaplan-Seneyen s.23.

⁸² Sur, s.109; Esener, Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, Sendika Hukuku, İstanbul 2014, s.121.

⁸³ Tuncay/Savaş Kutsal, s.58.

⁸⁴ Y.7.HD. 2.4.2014, 2014/3067 E., 2014/7243 K., Çil, s.1118.

Sonuç

Sendika içi demokrasinin yaşandığı ve uygulama alanı olduğu yer genel kuruldur. STİSK m.9 hükmüne göre, genel kurul, sendika ve şubelerin zorunlu organlarıdır. Genel kurulun görev ve yetkileri, 11. maddede düzenlenmiş olup, sendika organlarının seçimi yetkisi de genel kurula verilmiştir. Sendikanın işleyişinin demokratik ilkelere uygunluğu, genel kurulun çalışmalarını ve kararlarını demokratik ilkelere uygun olmasını gerektirir.⁸⁵

STİSK'da genel kurulun oluşumu, delegelerin seçimi, toplantı usullerine ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Özellikle toplantıya çağrı, şubelerin temsiline ve delege seçimlerine ilişkin uygulamalar, sendika organlarının işleyişi sendika içi demokrasinin sağlanmasında büyük önem arzeder.

Sendika içi demokrasinin sağlanması için, sendika içi demokrasiye uymayan işlem ve uygulamalardan kaçınılması gerekir.

⁸⁵ Şahlanan, s.247.

EMEĞİN HUKUKU KURULTAYI - 2

Son olarak şunu belirtmek istiyorum. Gerçi son değil, var anlatacağım çok şey de, artık herhalde Sayın Başkan tekrar bir ikazda bulunmadan ben son olarak diyeyim. Hep bahsettim, Türk Medeni Kanununun 83.maddesinin zaman zaman Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda 15.maddenin 2.fıkrasında düzenleme olduğu için, artık bu maddeye başvurulmayacak gibi bir belki düşünce hasıl olabilir diye. Hayır, doktrinde de hâkim olan görüşe göre ki, birkaç görüş var, ama toplandığı noktalar hepsi aynı yerde. 15.maddenin 2.fıkrasında yer almayan düzenlemelerde ki, biraz önce de belirttim, yine 83.maddenin 3.fıkrasına başvurmak ve uygulamak gerekir diyorum.

Sabrınız için teşekkür ediyorum. (Alkışlar)