



# İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

*2011 Yılı Toplantıları*

2012



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



Genel Yayın Sıra No: 214  
2012/16  
ISBN No: 978-605-5316-11-2

**Yayına Hazırlayan**  
İstanbul Barosu Yayın Kurulu

**Tasarım / Uygulama / Baskı**

Ege Reklam Basım Sanatları Ltd.Şti.  
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4/1 Ataşehir - İSTANBUL  
Tel: (0216) 470 44 70 | [www.egebasim.com.tr](http://www.egebasim.com.tr)

Birinci Basım: Ağustos 2012  
Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile  
iki bin adet basılmıştır.

**İSTANBUL BAROSU**  
**İŞ ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU KOMİSYONU**  
**GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ**

**İŞ ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA**  
**İLİŞKİN SORUNLAR**  
**ve**  
**ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**

**15. Yıl Toplantıları**  
3/4 Haziran 2011



**İSTANBUL BAROSU YAYINLARI**  
İstiklal Caddesi Orhan Adli Apaydın Sk.  
Baro Han Beyoğlu / İstanbul  
Tel: (0212) 251 63 25 (pbx) / Faks: (0212) 293 89 60  
dergi@istanbulbarosu.org.tr

**İstanbul Barosu**  
**İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu**

<b>Koordinatör</b>	<b>Adı</b>	<b>Soyadı</b>
Koordinatör	Av. Turgay	DEMİRCİ
Koordinatör	Av. Hüseyin	ÖZBEK
Başkan	Av. Necdet	OKCAN
Başkan Yardımcısı	Av. Hasan	GÜNÜÇ
Başkan Yardımcısı	Av. Tezay	YILDIRIM
Sekreter	Av. Ahmet Kutlu	ÇOBAN
	Av. İnciser	ALPTEKİN
	Av. Gülgün	KANER
	Av. Levent	SEVİNDİ
	Av. Zeynep	AYDIN
	Av. Metehan	KARADUMAN
	Av. Evren	DEMİRCAN
	Av. Merve	ÖZGÜL

## İÇİNDEKİLER

---

Açılış Konuşmaları ..... 7

### **BİRİNCİ GÜN**

#### **I. OTURUM**

##### **1. BÖLÜM**

##### **2010 Anayasa Değişiklikleri ve Sosyal Haklar**

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Konuşmacı) ..... 15**

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (Oturum Başkanı)

##### **2. BÖLÜM**

##### **Anayasa'da Yapılan Değişikliklerin Toplu İş Hukuku**

##### **Değişiklik Tasarısı Taslaklarına Yansıması**

**Prof. Dr. Devrim ULUCAN (Konuşmacı)..... 48**

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU (Oturum Başkanı)

### **İKİNCİ GÜN**

#### **I. OTURUM**

##### **İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış**

**Yrd. Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Konuşmacı) ..... 92**

Av. Abdi PESOK (Oturum Başkanı)

#### **II. OTURUM**

##### **1. BÖLÜM**

##### **Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar**

##### **Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi**

**Prof. Dr. Polat SOYER (Tebliğ Sahibi)**

**Dr. Gülümden ÜRCAN (Konuşmacı) ..... 165**

Prof. Dr. Sarper SÜZEK (Oturum Başkanı)

##### **2. BÖLÜM**

##### **Özel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar**

##### **Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi**

**Yrd. Doç. Hediye ERGİN (Konuşmacı)..... 209**



# “İŞ HUKUKU ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA İLİŞKİN SORUNLAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ”

03 HAZİRAN 2011

1. GÜN

AÇILIŞ KONUŞMALARI

**Av. Necdet OKCAN** (*İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Başkanı*)- Bugün artık aramızda bulunmayan, ancak bize bıraktıkları izle her an hatırladığımız iki değerli insanı anarak sözlerime başlamak istiyorum. İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, önceki ismi Çalışma Hukuku Komisyonu'nun kurulmasında, kurumsallaşmasında büyük emeği geçmiş değerli hukukçu, değerli insan **Akın Sokullu**'yla yine iş hukukuna büyük katkıları olmuş Avukat Doktor **Erdal Egemen**'i burada rahmetle anıyor, saygıyla yad ediyorum.

Bugünkü sempozyumumuzun 1. Oturumunu Sayın Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Necmi YÜZBAŞIOĞLU'nun başkanlığında Anayasa Mahkemesi emekli üyesi ve Yakın Doğu Üniversitesi öğretim üyesi Sayın Fazıl SAĞLAM'ın sunacağı 2010 Anayasa değişikliklerinin ve bunun sosyal haklara yansması. Birinci gün 2. Oturumumuzda yine Sayın 9. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Mustafa KILIÇOĞLU'nun başkanlığında Sayın Devrim Ulucan toplu iş hukukuna ilişkin değişiklik tasarılarına bu Anayasa değişikliklerinin yansması nasıl olacak. Biliyorsunuz, Türkiye'de 2821-2822 sayılı yasalar 1983 yılında yasalaştıktan sonra bu temel iki iş hukukunu ilgilendiren temel iki yasa hemen hemen hiçbir değişikliğe uğramadan günümüze geldi, İLO' nun büyük eleştirilerini aldı. Çok çeşitli değişiklik tasarıları var. Bu sunumların bu toplu iş hukukuna katkı yapmasını umuyorum.

İkinci gün 1. Oturumu iş güvencesine ilişkin eleştirel bir bakışı Sayın Avukat Abdi Pasok, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanının başkanlığında Marmara Hukuk Fakültesi'nden Doktor Ercüment ÖZKARACA sunacak. Yine biliyorsunuz çok problemleri bir alan, işe iade sistemi. Yasallaştığı günden bugüne büyük tartışmalara yol açtı gibi, büyük yargının önünü tıkayan bir sorun haline

gelmiş. Akşam bir baktım, 9. Hukuk Dairesi yıllık olarak 50 000'lere ulaşmış dosya yüküyle Yargıtay'ın iş yükü şampiyonu durumunda. Bu da bu sistemi tıkayan en önemli unsurlardan biri. İş güvencesi sistemini burada ele alacağız hep birlikte.

İkinci gün öğleden sonraki 1. Oturumda Sayın Sarper Süzek, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi başkanlığında elinizdeki programa göre Sayın değerli Hocamız Polat Soyer sunacaktı. Genel hizmet sözleşmesine ilişkin yeni Borçlar Kanunu'nun hükümlerinin önemine ilişkin tebliğini sunacaktı, fakat Hocamız rahatsızlandığı için onun tebliğini aynı kürsüden Gülümünden Ücran arkadaşımız sizlere aktaracak.

Gene ikinci günün 2. Oturumunun ikinci bölümünde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim görevlisi Yardımcı Doktor Hediye ERGİN Hocamız özel hizmet sözleşmelerine ilişkin yeni Borçlar Kanunu hükümlerinin iş hukuku bakımından önemini sunacak.

Bu vesileyle bu sempozyumun hazırlanmasında emeği geçen bütün komisyon üyelerini, desteğini bizden esirgemeyen baro yönetim kuruluna ve önceki dönemler komisyon başkanı meslektaşlarıma huzurunuzda teşekkürü borç biliyorum. Önemli uygulama sorunlarını içeren konuların ele alındığı sempozyumun bu sorunların çözümüne katkı yapması dileğiyle başarılar diliyor, sevgi ve saygılarımızı sunuyoruz.

**Av. Hüseyin ÖZBEK** (*İstanbul Barosu Genel Sekreteri*)- Burada Baro Başkanımız Av.Doç.Dr. Ümit Kocasakal bulunacaktı, ama bugün Ankara'da şu anda bir program nedeniyle. Bu nedenle bu görevi ben üstlendim. Bizim İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonumuz bundan önceki senelerde de ve periyodik olarak senede en az birkaç kez çok ciddi önem atfettiğimiz bilimsel toplantılar düzenlemekte, burada uygulamayla akademik görüşün sentezi ortaya çıkmaktadır. Ben Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğüne, Galatasaray Üniversitesi'nin değerli Hukuk Fakültesi Dekanına da burada teşekkür etmek istiyorum, çünkü bu salonda, bu mekânda biz daha önceki yıllarda da geleneksel hale getirdiğimiz bu etkinliği İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonumuzla Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalıyla müştereken çalışmalar yaptık. Bu yalnızca Baromuzla ilgili veya meslektaşlarımızla ilgili bir etki alanı yaratmakla kalmadı, gerçekten uygulama açısından, Yargıtayımız açısından, akademik çevrelerde yine akademik çevre açısından hem literatür zenginleştirici, hem düşünce alanı açıcı, hem de uygulamada yeni bakışlar getiren sonuçlar doğurdu. İki gün süren bu etkinliğin de ben aynı verimlilikte geçeceğine inanıyorum.

Beylik bir söz vardır: Tarihe tanıklık etmek. Bu bir trafik kazası için bile söylenir, genellikle toplumsal olaylar için söylenir. İnsanlık tarihine baktığımızda çok kısa, bir anlık bir siyasal süreç içinde söylenir, ama bazen de gerçek payı vardır. Hakikaten şu anda hukukçular olsun, Türk halkı olsun, tarihe tanıklık etmektedir. Tabii, 1839 Tanzimat Fermanı da tarihe bir tanıklıktır bulunanlar için, müşahitler açısından. 1876 bizim demokrasi tarihimiz, Anayasa tarihimiz açısından tarihe tanıklıktı. 1908, 1921, 29 Ekim 1923, 27 Mayıs 1960, 12 Eylül 1980 ve o süreçlerde gelen 1961 Anayasası, 1982 Anayasası bu anlamda tarihe hukuk prizmasından bir tanıklıktı.

Şimdi içinde bulunduğumuz süreçte de Türkiye hukuken yeniden tanzim edilmektedir. 12 Eylül 2010 yılı referandumu sonucu düzenlemeler yapıldı, bugün bu konuşulacak. Çalışma yaşamımıza ilişkin Anayasa'daki düzenlemeler ve bundan sonraki süreçte bu düzenlemelerin çalışma hayatımıza, iş hukukumuzla etkileri değerlendirilecek. Yine yeni Borçlar Yasasının hükümleri çalışma hayatımızı ne şekilde etkileyecek, bunlar değerlendirilecek, burada akademik görüşler ortaya çıkacak, uygulamada görüşler ortaya çıkacak.

Temel'e sormuşlar, elinde bir ip var, bir tepeye durmuş. "*Temel, ne yapıyorsun?*" diyorlar. Meteorolojik inceleme yaptığını söylüyor. "*Hava rüzgarlı olursa nereden anlayacaksın?*" diyorlar. "*İp sallanırsa, hava rüzgarlı demektir, ip hareketsiz duruyorsa havada rüzgar yok demektir*" diyor. "*Peki, yağmur yağdığını nasıl anlayacaksın?*" dediklerinde "*ip ıslanırsa yağmur yağıyor demektir*" diyor.

O bakımdan Türkiye'de bundan 20-25 yıl önce 2,5 milyon sendikalı varken şu anda sendikalı işçi sayısı 600 000'e düşmüşse, hakikaten yağmur yağıyor demektir. Türkiye'nin nüfusu artmışken bu geometrik artışa ters orantılı olarak geometrik anlamda, matematiksel anlamda ters orantılı olarak sendikalı işçi sayısı azalmışsa, hakikaten yağmur yağıyor demektir. Bu tabii ki sosyal bir yağmur, ekonomik bir yağmur. Herhalde bu yağmur, bunun debisi, bunun metrekareye kaç kilogram düştüğü de bugün ve yarınki konuşmalarda ortaya çıkacak.

Daha önceki etkinliklerimizde de Yargıtayımızın değerli Başkanı ve değerli üyeleri bizi yalnız bırakmadılar, bize çok önemli katkılarda bulundular. Ben tekrar bu verimli toplantıyı düzenleyen arkadaşlarıma, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun fedakârca çalışan arkadaşlarımıza, Yürütme Kuruluna da teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU** (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı) İş hukukçularının teorisyenleri uygulamacılarla birlikte artık ge-

lenek haline getirdikleri, etkinliklerin bir yenisine ev sahipliği yapmaktan mutluluk duyduğumuzu ifade etmek isterim. Bizim de ev sahibi olmamız gelenek haline geldi. Biz bundan gerçekten büyük mutluluk duyuyoruz. Ama ben kendi adıma bir taraftan da kıskanıyorum. Neden kıskanıyorum? İş hukukçuları bunu çok başarıyla götürüyorlar. Herhalde mesleğin de özelliği var, branşın da özelliği var birlikte hareket etmek, örgütlü hareket etmek, dayanışma içinde olmak konusunda. Biz Anayasa hukukçuları Fazıl Sağlam Hocamın büyük katkılarına rağmen çok pek bir araya gelemiyoruz. Kamu hukukçuları olarak 15 gün önce geçen yıl başlattığımız etkinliklerimizin bir yenisini yaptık, ama Anayasa hukukçuları olarak aynısını yapamıyoruz, bir araya bile gelemiyoruz neredeyse, ama iş hukukçuları yıllardır hep bir arada bu alanın uygulamacısıyla, yargılarıyla, avukatlarıyla, akademisyenleriyle sorunlarını ne güzel tartışabiliyorlar. Bu devamlılığı sürdüren değerli meslektaşım Doçent Doktor Murat Engin Hocamıza çok teşekkür ediyorum. Baronun yetkilileri de bu konuda son derece heyecanlı, son derece kararlı, ben buna hep şahitlik yapıyorum. Onları kutluyorum.

## I. OTURUM

*Konu*

### 2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ve SOSYAL HAKLAR

*Konuşmacı*

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM**

(Yakındoğu Üniversitesi Öğretim Üyesi  
Anayasa Mahkemesi Emekli Üyesi)

*Oturum Başkanı*

**Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU**

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Vekili)

**Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU** (*Oturum Başkanı*)- Evet, Fazıl SAĞLAM Hocamın iki cephesi var, iki yüzü var; hem duayen bir Anayasa hukukçusu, hem de artık iş hukukçuların takdirine giriyor tabii o kısmı, duayen bir iş hukukçuları arasında zannediyorum.

Oturumu açarken bir-iki söz ben de söylemek isterim bir Anayasa hukukçusu olarak, çünkü iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanı sosyal ekonomik hakların en etkin olarak uygulandığı bir alan. Hepimizin bildiği gibi sosyal ekonomik hakların ucu 19. Yüzyılın başlarına kadar uzansa da, bunların etkin şekilde ortaya çıkışı daha çok İkinci Dünya Savaşı sonrası. İki dünya savaşının yarattığı ekonomik sorunlar, ortadaki büyük ekonomik kriz İkinci Dünya Savaşı sonrası devletin sosyal ekonomik alana müdahalesini zorunlu hale getirmiştir bir yandan, diğer yandan da çalışan kesimlerin; yani proletaryanın yüz yıllık giderek örgütlenen mücadelesi bunların hak taleplerini de artık karşılanması zorunlu hale getirmiştir; yani işçi sınıfının 19. Yüzyılda verdiği sınıfsal taleplerin birikimi, örgütlenmenin birikimi artık İkinci Dünya Savaşı sonrası bu taleplerin anayasal düzeyde karşılanması zorunluluğunu dayatmıştır. Hem iki dünya savaşının yarattığı ekonomik sorunların devletin sosyal ekonomik alana müdahalesini zorunlu kılması konjonktür olarak, hem de işçi sınıfının artık biriken, taşan talepleri İkinci

Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasalarla sosyal ve ekonomik hakların da listeye eklenmesi biçiminde ikinci kuşak hakları olarak somut biçimde ortaya çıkmıştır. Gerçekten İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasaların hemen hepsinde sosyal ekonomik haklara yer verildiğini, bunların temelini oluşturan sosyal devlet ilkesinin de anayasal ilkeler arasına girdiğini görüyoruz.

Bu yıllar, İkinci Dünya Savaşı sonrası 1950'li, 1960'lı, 1970'li yıllar sosyal ekonomik hakların zirvede olduğu, sosyal devlet ilkesinin yükseldiği yıllar olarak karşımıza çıkıyor dünyada. Tabii, bir boyutu da temel hak ve özgürlükler İkinci Dünya Savaşı sonrası ulusal boyuttan evrensel boyuta taşınmıştır. Birleşmiş Milletler Avrupa Konseyi'nin kuruluş amacı insan haklarını evrensel düzeyde korumaktır; yani küreselleşme, globalleşme dediğimiz olay aslında insan hakları boyutuyla başlamıştır İkinci Dünya Savaşı sonrası. 1980'li yıllara kadar belirgin ve somut bir yükselme dönemidir sosyal devlet ve sosyal hakların etkinliği bakımından. 1980'li yıllardan itibaren globalleşme ekonomik alanda, sermaye alanında daha bir hızlandığını görüyoruz benim kanaatime göre ve 1990'lı yıllarda Sovyetler bloğunun çökmesiyle birlikte sosyal devlet ilkesinde bir gerileme, buna karşılık, ki sosyal devlet ilkesi, sosyal haklar da uluslararası sözleşmelerde gerek Birleşmiş Milletler nezdinde ikili sözleşmeler, gerekse İLO özellikle çalışma hayatıyla ilgili sözleşmeleri Avrupa Konseyi bünyesinde Avrupa sosyal şartı revize edilse de 20. Yüzyılın sonlarına doğru, bir yandan hukuksal planda bu gelişmeler kaydedilirken ikinci derecede korumalı haklar olmasına rağmen sermaye alanında globalleşme, küreselleşme onun önüne geçmiştir diye düşünüyorum. Özellikle 1990'lı yıllarda Sovyetler Birliği'nin çöküşüyle birlikte insan haklarının, özellikle sosyal ekonomik haklar yönündeki globalleşme sermayenin küreselleşmesinin gerisinde kaldı gibi görünüyor. 2000'li yıllarda bu daha belirgin biçimde hissedildi ve geline nokta 2008'de sermayenin küreselleşmesi, globalleşmesi, ülke ekonomilerini giderek dizayn eder hale gelmesi, hatta siyasetini dizayn eder hale gelmesi bunun göstergeleri.

Olaya Türkiye açısından baktığımızda Türkiye'de de bir paralellik vardır. Türkiye'de de her ne kadar 1961 Anayasası döneminde yasal düzeyde bazı sosyal ekonomik haklar var ise de anayasal düzeyde sosyal devlet ilkesiyle birlikte korunması 1961 Anayasasıyla daha güvenceli hale gelmesi, ki gerçekten 1961 Anayasası sadece sosyal devlet yönünden değil, insan hakları ve hukuk devleti yönünden de bana göre sadece Türkiye'nin değil, yüzyılın Avrupa'sının en bu konularda ileri derecede mesafe almış anayasalardan biridir diye düşünüyorum 71 değişikliğe rağmen, ki Türkiye bundan çok yararlandı sosyal devlet ilkesinden, özgürlüklerden 1961 Anayasası döneminde. Bunu tabii çok da bilinçli kullanamadı. Kolay değil bu hak-

ları, özgürlükleri hazmetmek, bunu bilinçli kullanmak. Bu da bir düzey gerektiriyor, sindirmeyi gerektiriyor. Arkasından 1980 müdahalesiyle 1961 Anayasasının tam tersine her bakımdan daha otoriter, daha değil, otoriter bir Anayasayla karşı karşıya geldik; gerek klasik hak ve özgürlükler bakımından, gerek hukuk devleti ilkesi bakımından. Tabii, bundan sosyal devlet ilkesi ve sosyal haklar da ziyadesiyle nasibini almıştır diyebiliriz, çünkü 1961 Anayasasında sosyal haklar bakımından bir asgari sınır vardı. Ben bunu çok önemsiyorum; asgari insan onuruna yaraşır bir yaşam, asgari ücretin belirlenmesinde falan, ki insan onuru biliyoruz ki bütün temel hak ve özgürlüklerin çekirdeği hep onun için, klasik haklarda, sosyal ekonomik haklarda onu anlamlı kılabilmek için. 1982’de bu kavramın kullanılmadığını görüyoruz. Daha buradan başlayan bir sosyal haklara zaten 1982 Anayasası özgürlüklere, önce otorite, özgürlükler otorite sağlandıktan sonra olabildiğince, olduğu kadar olsun anlayışı sosyal ekonomik haklar bakımından da asgari insan onuruna uygun yaşam düzeyinin limit olarak kabul edilmesinin terk edilmesiyle somutlaşıyor.

Şimdi, buna tabii dünyadaki rüzgarlar bize de yansıdı doğal olarak, üstüne üstlük bizim 1982 Anayasası bir geri adımdır sosyal devlet ilkesi, sosyal haklar bakımından. Her ne kadar revize edilmiş sosyal şartıyla, sosyal haklar, hukuk düzeyinde Avrupa’da ve dünyada İLO sözleşmeleriyle ilerleme kaydetmeye çalışsa da iç hukuk bakımından aslında 1982 Anayasası geri bir adımdır.

Buna dünyada olduğu gibi 1980’li yıllardan itibaren aynen sermayenin küreselleşmesinden, globalleşmesinden Türkiye de etkilendi; yani bu sözleri 1980’li yıllarda duymaya başladık, 1990’lı yıllarda Türkiye ekonomisini daha da etkilemeye başladı. Bunun somut örneği özelleştirme alanında hissedilmiştir, yaşanmıştır hukuk düzeyinde. Türkiye’de 1980’li yıllarda Anayasa Mahkemesi, Danıştay sosyal devlet ilkesi doğrultusunda özelleştirmeler karşısında epeyce sıkı durmaya çalıştı. 1990’lı yılların başlarından itibaren gevşeme başladığını görüyoruz. Tabii, bunda dünyada esen rüzgarın da etkisi var. 1990’lı yıllardan itibaren, Sovyetler Birliği’nin çöküşünden itibaren neredeyse artık en iyi yönetim en çabuk özelleştirmeyi yapan yönetim haline geldi, örnekler verilmeye başlandı. Çin’de bile artık bu kadar devletçilik kalmadı, doğu, orta Avrupa ülkeleri 1990’da liberal demokrasilere geçen bizden daha hızlı gidiyor, dolayısıyla, en başarılı hükümetler en çabuk özelleştirmeyi yapan hükümetler rüzgarı esmeye başladı. Bizde de bir maliye bakanının deyimiyle “*babalar gibi satarız*” artık başarının bir ölçütü olarak görülmeye başlandı. Zannediyorum, bütün bu etkenler Türkiye’de artık yargının da direnmesini, yargının da tabii yasalar ölçüsünde ancak sosyal devletin gereklerini korumaya çalışacaktır, giderek o da kırıldı. Dolayısıyla, özelleştirmeler 1990’lı yıllarda hızlanmaya başladı,

arkasından 2000'li yıllarda, özellikle AKP iktidarı döneminde hat safhaya ulaştı; yani diyebiliriz ki, Cumhuriyet'in oluşturduğu kurumlar, ki bunlar çok sosyal devlet bakımından önemli kurumlardı, istihdam sorunu bakımından, çalışma hayatı bakımından önemli kazanımlardı, bugün büyük ölçüde tasfiye edildi.

Bir başka gördüğümüz ölçü sendikalaşma konusunda dünyada işçi sayısı artıyor, sendikalı üye sayısı artıyor, bizde azalıyor, hem de müthiş bir azalış var. Tabii, bu örgütlü toplumun da giderek kaybolması anlamına geliyor. Bunda da tabii 1982 Anayasası'nın günahları büyük. 1982 Anayasası biliyorsunuz politikayı politikacılar yapsın, dernekler, sendikalar, meslek kuruluşları siyasi partilerle diyalog kurmasın, siyaset yapmasın gibi birtakım yasaklar vardı. Bunlar 1995'te kaldırılmasına rağmen maalesef 12 Eylülün etkilerini üzerinden atamadılar, hâlâ da atabilmiş değiller. Bu sendikalaşmadaki düşüş, irtifa kaybı bunu ifade ediyor; hem hukuk düzeni, içerdeki 1982 Anayasası gömleği, hem dışarıdaki sermayenin globalleşmesi, küreselleşmesinin Türkiye'ye yansımaları sosyal devleti ve sosyal ekonomik haklar bakımından bir irtifa kaybına sebep olmuştur.

Bu tabii aslında demokrasiye de yansımıştır. Demokrasi bir sandık demokrasisi, yığınlar, kitleler bir yığın, sürü psikolojisi haline gelmiştir; yani bir toplum örgütlü toplum olamazsa bireysel olarak yığınlar haline gelir ve demokrasi de 4 yılda bir sandıkta oy kullanmaktan ibaret kalır, oysa günümüzde çoğulcu, özgürlükçü, Katılımcı demokrasi dediğimiz demokrasiler sivil toplum canlılığının olduğu demokrasilerdir, örgütlü toplum. Örgütlü toplum dediğimiz zaman da başta çalışan kesimlerin örgütlülüğü olur. Bunların, meslek kuruluşları, sendikalar, dernekler toplumsal sorunlar karşısında, kendi sorunları karşısında duyarlılığı, yasama, yürütme organlarını, siyasal iktidarları etkileme gücüyle orantılıdır. Tabii, sosyal devletin gerilemesi bu bakımdan da demokrasiye olumsuz yansımıştır, demokrasinin standartları da düşmüştür, yığınların sürü psikolojisi içerisinde oy kullandığı bir hale dönüşmesinde Türkiye'nin bana göre bunda büyük bir payı vardır. Özgürlükçü demokrasinin çoğulcu olabilmesi için bana göre sosyal devlet kaçınılmazdır. Devleti devlet yapan da sosyal devlettir. Özgürlüklerin içini dolduran, demokrasinin iki temel prensibi deriz, özgürlük, eşitlik. Bunları anlamlı hale getiren de sosyal devletin güvenceleridir, yoksa özgürlükler ileri derecede demokrasi sadece lafta kalır diye düşünüyorum. Bu nedenle bu irtifa kaybının durması gerekir. Sosyal devlet Türkiye'ye de, dünyaya da gereklidir diye düşünüyorum ve sözü Sayın Üstadım, Hocam Fazıl Sağlam'a bırakıyorum.

*Konu*

## **2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ VE SOSYAL HAKLAR**

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM**

(Yakındoğu Üniversitesi Öğretim Üyesi - Anayasa Mahkemesi  
Emekli Üyesi)

### **Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar Açısından 2010 Anayasa Değişiklikleri<sup>1</sup>**

#### **I. Konuya Giriş**

Anayasa Mahkemesi, eski kararlarında sosyal devleti, “**güçsüzleri güçlü-ler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet**” olarak tanımlamıştır<sup>2</sup>. Bu tanım, daha sonraki kararlarında küreselleşme sürecine koşut bir değişim<sup>3</sup> geçirmişse de, sosyal devlet ilkesinin belirleyici özünü oluşturmaktadır. Hepinizin bildiği gibi, tanımın bağlı olduğu amaca “sosyal koruma amacı” diyoruz. Birazdan 2010 Anayasa Değişikliklerinin sosyal devlet alanında getirdiği yeni kurallar incelenirken bu tanım esas alınacaktır.

Tabii sosyal koruma amacı açısından, sosyal devletin nasıl ve hangi yollardan gerçekleşeceği sorusu öncelik kazanmaktadır. Bu soruya verilecek cevap, yalnızca içerik bakımından değil, metodik bakımdan da büyük önem taşıyor.

1) Sosyal devlet ilkesi teriminden de anlaşılacağı üzere, bu ilkenin gerçekleşmesinde **ilk görev devlete** düşmektedir. Anayasa’da öngörülen sosyal önlemlerin çoğu, devlet yükümlülüğu olarak kaleme alınmıştır. Ne var ki sosyal koruma amacının gerçekleşmesi, yalnızca devletin başarabileceği bir iş değildir.

1 Bu bildiri, Sarper Süzek Armağanı için yazdığım makaleden geniş ölçüde yararlanarak İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi’nin ortaklaşa düzenledikleri “ İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri” başlıklı sempozyumda yaptığım konuşmanın, konuşma üslubu korunarak düzeltilmiş metnidir.

2 AYM 25 .5.1972, E. 1972/2, K.1972/ 28: D. 10406 – 414; AYM 17.10.72, E.72/ 16, K. 72/49: D.10/529 – 554, RG.01.03. 1973 – 14463; AYM 26.10.1988, E. 1988/19, K. 1988/33: RG: 11. 12. 1988 – 20016; aynı unsurların daha geniş bir tanım içinde yer aldığı bir başka karar için bkz. AYM 19.4.1988. E. 1987/16, K. 1988/8: RG: 23. 08. 1988 – 19908.

3 Daha sonraki kararlarda yaygın olan tanım: ““vatandaşın sosyal durumu ve refahı ile ilgilenen ve onlara asgari yaşam düzeyi sağlayan devlet”, bkz. AYM 10. 12. 1991, E. 1991/23, K. 1991/47: RG: 13. 09. 1992 – 21344; AYM, 25.10.1994, E. 1994/73, K.1994/75: RG: 13. 11. 1995 – 22462; AYM 20.5.1992, E. 1991/61, K. 1992/34; RG: 29. 09. 1994 – 22066; AYM, 25.10.1994, E. 1994/73, K.1994/75: RG: 13. 11. 1995 – 22462.

Devletin bu alandaki yetersizliği ve sınırlılığı iki nedene dayanmaktadır:

a) Bunlardan birincisi, Anayasa'nın 65. maddesinde dile getirilen sınırdır. Buna göre “*Devlet, Anayasa'da öngörülen sosyal yükümlülüklerini ... mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*”

Anayasa'nın bu maddesinde, 2001 yılında önemli bir değişiklik oldu. Daha önce “**mali kaynakların yeterliliği**” ölçütü yanında “**ekonomik istikrarın korunmasını gözetme**” yükümlülüğünü yer alıyordu. 2001 Anayasa Değişikliği, bu ibareyi kaldırmakla, anayasal ödevlerin savsaklamasının önüne geçmek istemiştir. Böylece **maddenin sınırlayıcı işlevi eski önemini kaybetmiş, düzenleyici işlevi ön plana çıkmıştır.**

b) Sosyal devletin gerçekleşmesinde devletin alacağı önlemlerin yetersiz kalışının ikinci nedeni, bunların zorunlu olarak **asgari koşullar** niteliği taşımasından kaynaklanır. Devlet bu asgari koşulların altına düşülmesini önler. Örneğin asgari ücretin belirlenmesini sağlar ya da işçinin günde ya da haftada en çok kaç saat çalıştırılabileceğini belirler.

2) İşte bu asgari koşulları aşmak, ancak “*kendi kendine yardım*” (Selbsthilfe) ilkesini etkili bir biçimde yaşama geçirmekle mümkün olur. Bu anlamda sendikal örgütlerin devletten bağımsız etkinlikleri, sosyal devletin gerçekleşmesinde asıl önemli rolü oynar. Bu etkinlikler sonucu asgari koşulların üstüne çıkılması mümkün olur. Toplu iş sözleşmesi ya da hizmet sözleşmesi ile asgari ücretin üstünde ücret belirlenebilmesi ya da yasal günlük çalışma saatlerinin azaltılabilmesi, sosyal devletin önemli bir unsuru olan sosyal koruma ilkesinin de zorunlu kıldığı sonuçlardır. İşte sendikaların devletten ve siyasal iktidardan bağımsız olmasının taşıdığı önem, tam da bu noktada kendini göstermektedir. Hak elde etmenin yolunu devlete ve siyasal iktidara yakınlıkta arayan sendikalar, sosyal devletin gerçekleşmesinde önemli bir rol oynayamazlar.

Devletten bağımsız nitelikte sendikal haklar (sendika hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı ve grev hakkı), sosyal devlet ilkesinin vazgeçilmez bir unsuru niteliği taşır.

Öte yandan sosyal ve ekonomik haklar arasında, yapıları bakımından klasik hak ve özgürlüklerden hiçbir farkları bulunmayan, kullanımları devletin olumlu bir edimine bağlı olmayan sosyal haklar da yer almıştır. Bunların başında grevli, toplu sözleşmeli sendikal haklar gelir. Gerçekleşmesi devletin olumlu bir edimine bağlı olmayan hak ve özgürlükler, yalnızca sendikal haklardan ibaret değildir. Anayasa'nın 49/1. maddesinde yer alan “**çalışma hakkı**”, 50. maddesinde yer alan “**yaşa, cinsiyete, güce uygun olmayan**

**işte çalıştırma yasağı**" ve "**dinlenme hakkı**", 42. maddesinde yer alan "**parasız ve zorunlu ilköğretim hakkı**" da aynı özelliği taşır.

Klasik hak yapısında olmalarına rağmen, bu tür haklara, sosyal haklar arasında yer verilmesi, sosyal devlet ilkesinin gerçekleşmesine doğrudan katkıda bulunmalarından kaynaklanmaktadır. Bunların kullanılabilmesi için, devletin ilke olarak olumlu bir edim yerine getirmesi zorunlu olmadığından, "mali kaynakların yeterliliği" ölçütü burada ilke olarak geçerli değildir. "İlke olarak" diyoruz, çünkü hakların bütünlüğü anlayışı içinde tüm temel hak ve özgürlüklerin kullanımını kolaylaştırmak, önlerindeki fiili engelleri gidermek, devletin genel sorumluluğu altındadır (AY m. 5). Bunun gibi, çalışma hakkının, "sahip olduğu işi koruma" dışında kalan bölümünde devletin tam istihdama yönelik bir iktisadi politika gütmesi de gereklidir.

Öte yandan devletin olumlu bir edimini gerektirmeyen sosyal haklar, kanun hükmünde kararnamelemlerle de düzenlenemezler. Kanun hükmünde kararnamelemler, yalnızca, Anayasa'nın 65. maddesinin, 2001 yılında değişen yeni başlığına<sup>4</sup> uygun olarak "devletin iktisadi ve sosyal ödevleri" kapsamında olan, başka bir deyişle gerçekleşmeleri devletin olumlu bir edimini **zorunlu** kılan sosyal haklarda başvurulabilecek bir araçtır. Yapıları bakımından klasik haklardan farkı olmayan sosyal hakları kanun hükmünde kararnamelemlerle, "sınırlamak" mümkün değildir. Bir temel hak ve özgürlüğü sınırlamaya yönelik düzenlemelerin yalnızca kanun ile yapılabileceği, Anayasa'nın 13. maddesinin buyurucu bir kuralıdır.

İşte insan haklarına dayalı çoğulcu bir demokrasiyi esas alan bir Anayasa'da bütün bu ilkeler, bütünlüğü bozulmadan somutlaştırılmak gerekir.

## **II. 2010 Anayasa Değişikliği'nde Ele Alınan Sosyal Haklar**

### **1) Eşitliği Sağlamaya Yönelik Sosyal Haklar**

#### **a) Kadın Erkek Eşitliği ile İlgili Olanlar:**

Ailenin korunmasıyla ilgili 41. maddede 2001 yılında yapılan bir değişikliğe göre, "**Aile, ...eşlerin eşitliğe dayanır**" (AY m. 41). 2004 yılında yapılan bir başka anayasa değişikliğinde ise, eşitlik, aile sınırını da aşarak genel

4 Anayasa'nın 65. maddesinin 2001 Anayasa Değişikliği'nden önceki başlığı, temel hak ve ödevlerle ilgili üçüncü bölümün tümünü kapsar bir biçimde "Sosyal ve ekonomik hakların sınırı" olarak kaleme alınmıştı. 2001 Anayasa Değişikliği, bu yanlış ifadeyi değiştirerek, "Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı" biçiminde düzeltti. Anayasa maddelerinin kenar başlıkları "anayasa metninden" sayılmadığı için (AY m. 176/2 son cümle), yukarıdaki yorumumuz bu değişiklikten önceki dönemi de kapsamaktadır. Başka bir deyişle maddenin kenar başlığında yapılan değişiklik kurucu (konstitütif) değil, açıklayıcı (deklaratif) niteliktedir.

bir kadın – erkek eşitliğine dönüştürülmüştür. Anayasa'nın 10. maddesine ikinci bir fıkra olarak eklenen kurala göre, “**Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.**” Görülüyor ki bu kural, “yasa önünde eşitlik” olarak ifade edilen biçimsel eşitlik anlayışını aşarak, devlete kadın ve erkek eşitliğini yaşama geçirme yükümlülüğünü de getirmektedir.

2010 Anayasa Değişikliği ile bu kuralın arkasına yeni bir cümle eklendi: “**Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.**”. Bu cümle, kurala yeni bir anlam kazandırmıyor; önceki kuralda zaten varolanı açıklayıcı bir ifade olmanın ötesine geçemiyor. Benzer bir kural, 2004 değişikliği sırasında CHP milletvekillerince de önerilmişti: “**Bu amaçla alınacak geçici tedbirler, imtiyaz ve ayırım sayılmaz.**”. O zaman Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu, böyle bir kuralın getirilmesinin durumu değiştirmeyeceğini belirtmişti. Bu açıklama o zaman doğru ise şimdi de doğrudur. Çünkü alınacak önlemler, bir önceki kuralın amacına bağlı kılınmış önlemlerdir. Dolayısıyla yeni bir hüküm getirmemektedir. Burada asıl eksiklik, getirilen düzenlemenin devlete, ilgililerce talep edilebilir nitelikte bir yükümlülük öngörmemesi ve gerçekleşmesinin siyasal iktidarın takdirine bağlı olmasıdır. Oysa gerçek bir reform yapılmak isteniyorsa, dava ile doğrudan talep edilebilir nitelikte bir yükümlülük tesis edilmelidir. Türkiye Barolar Birliği 2007 Anayasa Önerisi'nde yer alan şu örnekler, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayabilir: “**Siyasal partilerin genel merkez ve il örgütlerinin karar ve yönetim organlarında kadınlar en az yüzde otuz oranında temsil edilir**”<sup>5</sup> veya “**Kadınların T.B.M.M.'deki temsili yüzde kırktan az olamaz**”<sup>6</sup>.

Öte yandan pozitif ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler, **geçici bir özel önlem niteliği** taşır. Fiili eşitsizliğin dengelendiği bir ortamda bu tür hükümlerin makul bir zamanlama sonunda kaldırılması gerekir. Çünkü bunlar, fiili durum dengelendikten sonra eşitliğe aykırı hale de gelebilir. Bunların eşitliğe aykırı olarak yorumlanamayacağına ilişkin bir kural, kadın-erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesi amacını aşan ve bu nedenle de sakıncalı olabilecek bir düzenlemedir<sup>7</sup>.

#### **b) “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malül gaziler için alınacak önlemler” ve Eşitlik İlkesi**

5 TBB 2007 Anayasa Önerisi , (m.45/ 3): TBB Yayını, 4. Bası, Ankara 2007, s. 96

6 TBB 2007 Anayasa Önerisi, (m. 92/2), age, s. 178.

7 Karş. Ece Göztepe, “Türkiye’de Demokrasinin Kaderi: 2010 Yılı Anayasa Değişikliğinin Usul ve İçerik Açısından Genel Bir Değerlendirmesi”: Birikim, Haziran 2010, A 1.

2010 Anayasa Değişikliği'nde aynı maddeye kadınlarınkine benzer biçimde yeni bir fıkra eklenerek “Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malül gazileri için alınacak tedbirler, eşitlik ilkesine aykırı sayılamaz.” kuralı getirilmiştir. Hemen belirtelim ki burada düzenlenen nesnel ilişkiler, kadın – erkek eşitliğinden farklı niteliktedir. Çünkü bu kategori içinde yer alanlar, belirtilen sosyal konum içinde buldukları sürece, koruma amacı yönünden, geçici bir nitelik taşımazlar. Devlet, burada sayılan gruplara, içinde buldukları farklı konum gereği, zaten **özel bir koruma sağlamakla yükümlüdür**. Ama bunun fiili eşitliğin sağlanmasıyla, bir ilgisi yoktur. Bu gruplar içinde farklı sosyo-ekonomik durumdakilerin korunması ise, yine sosyal devletin gereği olup, Anayasa'nın hem çalışma koşullarını düzenleyen 50. maddesinde<sup>8</sup>, hem de sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenleri düzenleyen 61. maddesinde<sup>9</sup> devlete yüklenmiş ödevlerin kapsamı içindedir. Bu kişiler, özel konumları ve sosyal devletin gereği olarak, her zaman için farklı özel önlemlerin konusu olacaklardır. Engelli bir üniversite öğrencisine özel donanımlı bir yurt odası sağlanması, harp ve vazife şehitlerinin çocuklarına, herhangi bir başarı koşulu aranmaksızın eğitim bursu verilmesi, Anayasa'daki yeni düzenleme olmasada- sosyal devletin ve özel koruma hükümlerinin gereğidir<sup>10</sup>.

### **c) Çocuk Hakları ve Devlet Yükümlülüğü**

2010 Anayasa Değişikliği, çocuk hakları yönünden ek düzenlemeler getirmiştir. Bu amaçla Anayasa'nın 41. maddesinin kenar başlığında “ailenin korunması” yanında “çocuk hakları” ibaresine yer verilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir:

**“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.”**

8 MADDE 50. – Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. / Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.

9 MADDE 61. – Devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malül ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar. / Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır. / Yaşlılar, Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir. / Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. ... (“/” işareti fıkraları ayırmak için konulmuştur.)

10 Bkz. Ece GÖZTEPE, agm, A 1.

Maddenin birinci fıkrası klasik hak yapısında formüle edilmiştir. Bu yönü ile olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İkinci fıkra ise doğrudan talep hakkı vermeyen bir devlet ödevi olarak kaleme alınmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, anılan değişiklik, Türkiye'nin 23.12.1994 tarih ve 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onayladığı Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ilke düzeyinde Anayasa'ya aktarılmış biçimidir<sup>11</sup>. Bu düzenleme yapılmasa da Türkiye, taraf olduğu bu sözleşmenin hükümlerine uymakla yükümlüdür. Kaldı ki asıl önemli olan, ikinci fıkrada öngörülen ödevlerin yerine getirilmesidir. Bu açıdan bakıldığında, değişiklikten önce de buna engel bir hukuksal durumun mevcut olmadığını vurgulamak gerekir. Ece Göztepe'nin isabetle belirttiği gibi, 41. maddedeki bu ek fıkra, yasa koyucuya açık anayasal dayanak sağlamakla birlikte, çocuklara yönelik şiddet ve cinsel istismar konusunda devletin şimdiye kadar gösterdiği eylemsizlik, gelecek konusunda da umut vermemektedir<sup>12</sup>. Ancak yine de Sözleşmedeki kuralın anayasa düzeyine çıkarılmış olması, bu konuda yapılacak yasal düzenlemeleri belirlemesi ve uygulamaya yön vermesi bakımından önemlidir.

Bu alanda da yapılması gereken asıl reform, çocuk haklarının, ilgiliye doğrudan talep imkânı veren bir yapıda kaleme alınması ve/veya çocukların korunmasına yönelik devlet ödevlerinin devletin mali kaynakların yeterliliği sınırlamasına bağlı olmaksızın uymak zorunda olacağı öncelikler olarak belirlenmesidir. Böyle bir önceliğe ilişkin bir formül, Türkiye Barolar Birliği 2007 Anayasa Önerisi'nde yer almıştır: “Hiçbir çocuk, kişiliğinin tam gelişmesi için zorunlu olan temel hizmetlerden yoksun bırakılamaz.” (Öneri m. 55/3). 2010 Anayasa Değişikliğinde bu yönde yeterli bir düzenleme yapılmadığına göre, geriye tek bir yol kalıyor: Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 41. maddesindeki çocuk haklarına ilişkin devlet ödevlerini, 65. madde anlamında bir öncelik olarak yorumlaması. Yeni düzenlemelerin buna elverişli bir zemin sağladığı söylenebilir.

## 2) Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Sendikal Hakları

Gerek memurlar ve diğer kamu görevlileri ve gerekse yasa koyucu üzerinde tam bir vesayet anlayışını yansıtan 53/3. maddenin kaldırılmış olması kuşkusuz isabetli olmuştur. Ancak yerine getirilen düzenleme, bu vesayet anlayışını ne ölçüde aşabilmiştir? Bundan sonraki açıklamalarımız, bu sorunun cevabının aydınlatılmasına yöneliktir. Bu konu, sevgili arkadaşım Devrim Ulucan tarafından da işleneceği için, tekrara yol açmamak üzere,

11 Bu sözleşme metni için bkz. RG:27.1.1995 – 22184, s.83-103.

12 Bkz. Ece Göztepe, agm, A 4.

anayasa hukuku açısından önem taşıyan ana noktalara işaret etmekle yetineceğim.

Sendika hakkının, 2001 Anayasa Değişikliği ile tüm çalışanlara genişletilmiş olması, yeterli ve etkili olmamıştır. Oysa aynı formül, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları ile ilgili maddelere de eklenmiş ve buna koşut olarak 53/3. madde tümüyle yürürlükten kaldırılmış olsaydı, sorun kökünden çözülmüş olurdu. Böylece kanun koyucunun, kamu hizmetinin gereklerini göz önünde bulundurarak, memurlar ve diğer kamu görevlileri için grevli ve toplu sözleşmeli bir sendikal düzen kurması mümkün olabilirdi. Bu çerçevede anayasal bir engeli kalmayan kanun koyucu da, emekçi taleplerine siyasal yönden daha fazla direnemezdi.

“Anayasa reformu” olarak sunulan 2010 Anayasa Değişikliği ise, 53. maddedeki engelleyici kuralı kaldırmakla birlikte, özünde ondan çok da farklı ve ileri düzeyde bir düzenleme getirebilmiş değildir. Anayasa'nın 53. maddesine 3, 4 ve 5. fıkralar olarak eklenen bu yeni düzenleme, memurlar ile diğer kamu görevlilerinin *toplular sözleşme* yapma haklarını sözde tanır gibi görünürken, toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, uyuşmazlığın **Kamu Görevlileri Hakem Kurulu**'nce kesin olarak çözülmesini, bu **Kurulca verilecek kararın toplu sözleşme hükmünde olmasını** öngörmektedir. Daha önceki düzenlemede son söz Bakanlar Kurulu'na aitti. Yeni düzenlemede son sözün yürütme organı yerine bir hakem kuruluna verilmesi, ancak bu kurulun bağımsız olması halinde bir anlam ifade eder. Oysa bu düzenlemede **Kamu Görevlileri Hakem Kurulu**'nun yasama ve yürütmeden bağımsızlığını sağlayacak anayasal bir güvence öngörülmemiş değildir<sup>13</sup>. Bu Kurulun oluşumu, çalışma usul ve esasları, **herhangi bir nitelikli yasa kaydına bağlanmaksızın** yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Bu Kurul, anayasal statü bakımından işçilerin sendikal hakları bağlamında Anayasa'da öngörülen Yüksek Hakem Kurulu (AY m. 54/4) ile aynı konumdadır. Ancak Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda Yüksek Hakem Kurulu için küreselleşme sürecinden önce yasa ile öngörülen yapının, küresel sürecin yoğunlaştığı bu aşamada Kurul için sağlanabileceği de kuşkuludur.

Öte yandan yasal düzenlemede elverişlilik ilkesi<sup>14</sup>, sistemin temel norm-

13 Ece GÖZTEPE, agm, A 6.

14 Elverişlilik ilkesi, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesinin son cümlesi olarak düzenlenmiş olup, aşağıda kalın harflerle vurgulanmıştır: “Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akidinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır. Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akidinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir.”

larından biri olarak benimsenmezse, memurlara tanınan toplu sözleşme hakkı, kazanılmış haklarla yasal hakların gerisine de düşebilir. Çünkü Hakem Kurulu kararlarının kesin ve toplu sözleşme hükmündedir. Ayrıca, 2010 Anayasa Değişikliği'nde Anayasa'nın 128. maddesine "**Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.**" şeklinde bir kural eklenmiştir. Yukarıda değinilen tehlikenin önlenmesi için, 128. maddenin şöyle ifade edilmesi yeterli olurdu: "*Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri lehine olan hükümleri saklıdır.*"

Şimdi bu eksikliğin yasa ile tamamlanması ve bunu denetlemek üzere yargı denetimi yolunun yasa ile sağlanması zorunlu hale gelmiştir. Aksi takdirde "reform" denen değişiklik, tam bir "aldatmaca"ya dönüşebilir.

Öte yandan 2010 Anayasa Değişikliği, sendikalar ve üst kuruluşların, **üyeleri adına yargı mercilerine başvurabileceklerine ilişkin kuralı da kaldırmıştır**. Bu kuraldan neden vazgeçildiğine ilişkin bir açıklama, ne madde gerekçesinde ne de Meclis Genel Kurul tartışmalarında yer almaktadır<sup>15</sup>. Sendikaların temsil yetkisinin maddeden çıkarılmış olması, öncelikle toplu görüşmenin kimin tarafından yapılacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sorunu 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19. maddesinin f) bendinde yer alan temsil yetkisiyle aşmak belki mümkün olabilir. Ancak uyuşmazlık üzerine Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nca verilecek karardan sonra, sendikanın temsil yetkisinin yasaya göre devam edip etmeyeceği ciddi bir sorundur. Tarihsel yorum yöntemine dayanılarak, Hakem Kurulu kararından sonra sendikaların temsil yetkisinin kalmadığı gibi bir yoruma da gidilebilir ki bunun anlamı yargısal denetimin önlenmesidir. Ve belki de amaçlanan budur. **Hakem Kurulu kararının, aslında idari işlem anlamında yorumlanması gereken kesinliği**, bu anlayış esas alındığı takdirde, kesinleşmiş bir yargı hükmüne dönüşmektedir. Umarız mahkemeler, kuralın sistematik ve amaçsal yorumu ile bağdaşmayan böyle bir yorumu benimseme yoluna gitmezler.

**3) "Aynı zamanda ve aynı iş kolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz"** kuralının kaldırılması konusu, sanırım Devrim Ulucan tarafından ayrıntılı olarak işlenecektir. Bu konuya girmiyorum.

#### **4) Grev Hakkına İlişkin Değişiklikler**

a) Anayasa'nın 54/3. maddesi sendikaya bir çeşit objektif sorumluluk getiren bir kural içermekteydi. Buna göre:

<sup>15</sup> Bkz. Ece GÖZTEPE, agm, A 6.

**“Grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddî zarardan sendika sorumludur.”**

Bu kuralı grev özgürlüğü ile bağdaştırmak olanaksızdır. Zira yasal sınırlar içinde de kalsa, her grev, doğası gereği, işyerinde maddi zarara neden olur. Çünkü bir süre üretimi durdurur; taahhüt edilen sevkiyatların yerine getirilmesini önler. Anayasal bir hakka dayanılarak, onun güvenceye bağladığı çerçevede yapılan grev eyleminde, ne kararı veren sendikaya ne de bu karara uyararak greve katılan işçiye bir kusur ya da kasıt atfetmek mümkündür. Bu nedenle anılan madde, yalnızca grev hakkının koruma kapsamında olmayan, makina ya da işyerinin tahribi gibi eylemlerin yol açtığı zararlar için bir anlam ifade edebilir. Bu anlamda bir zararın oluşumunda kimin kusuru varsa, zarardan sorumlu tutulması gereken de odur. Böyle bir sorumluluk için anayasa kuralına gerek yoktur. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri bunu sağlayacağı gibi, Ceza Kanunu da suç teşkil eden eylemler bakımından gerekli yaptırımı öngörür. Ama böyle bir kural, hem de sendikanın objektif sorumluluğu biçiminde Anayasa'ya konulursa, sendikaların üzerinde bir çeşit Damokles'in kılıcı işlevi yerine getirebilir ve sendika ve grev özgürlüğünü etkisizleştirebilir. Bu açıdan, kaldırılan kural zaten işveren kesiminin etkisiyle Anayasa'ya giren tipik bir tepki kuralıdır. Böyle bir kuralın Anayasa'dan çıkarılması reformdan çok, bir çeşit Anayasa temizliği olarak değerlendirilmelidir.

b) Buna karşılık 54. maddenin 7. fıkrasında yer alan grev yasaklarının kaldırılması, mantıki sonuçlarını da birlikte getirmesi koşuluyla reform sıfatını hakedebilir. Kaldırılan fıkraya göre:

**“Siyasî amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yapılamaz.”**

İçeriği ve kapsamı belirlenmeden Anayasa'ya bu tür yasakların konulması yanıltıcı sonuçlara götürür. Örneğin siyasi grev, bazan özgürlükçü, çoğulcu demokrasinin korunması için, direnme hakkı kapsamında zorunlu bir eylem de olabilir. 1920 Martı'nda Weimar Cumhuriyeti'nin seçimle iktidara gelen hükümetine karşı General Kapp'ın başlattığı darbe girişiminin, işçi sınıfı tarafından yürütülen bir genel grev sonunda önlenemediği unutulmamalıdır.

Aynı şekilde 1982 Anayasası döneminde de TÜRK-İŞ ve diğer işçi konfederasyonlarınca birkaç kez gerçekleştirilen bir günlük genel grevin, düşünce özgürlüğünün toplu bir ifade biçimi olarak değerlendirildiği ve işveren kesimi tarafından da greve katılanların bir günlük yevmiyelerinin kesilmesi dışın-

da herhangi bir tazminat ya da cezai yaptırım talep edilmediği de gözönünde tutulmalıdır.

Bu nedenle anılan yasakların Anayasa'dan çıkarılması isabetlidir. Ancak bu yasaklar kaldırıldı diye yasağın kapsadığı alanın özgür kaldığını düşünmek de yanlış olur.

Bir kere aynı yasaklar, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 25/3. maddesinde varlığını sürdürmektedir. Aynı yasanın 72. maddesinin 4. fıkrası, bu yasağa aykırı eylemler için bir ile dört yıl arasında hapis cezası öngörmektedir. Bunların anayasaya aykırı kurallar olarak yorumlanmasını beklemek aşırı bir iyimserlik olur. Bu görüşümüzün gerekçesi, bir anlamda aşağıda sonuç bölümünde açıklanmaktadır.

### **Sonuç Yerine**

Grev hakkı, Anayasa'da zaten son derece sınırlı bir kapsamda güvence altına alınmıştır. Güvencedeki sınırlılık hak sahibinden başlar. İşçi statüsü dışında kalanlar anayasal güvenceden yararlanamaz. Ancak güvencenin kapsamı, işçiler için de dar tutulmuştur. 1961 Anayasası'ndan farklı olarak "hak grevi" bu kapsamın dışındadır. Anayasal güvence kapsamındaki grevin kullanımının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları, herhangi bir nitelikli yasa kaydına bağlı olmaksızın yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır (AY m. 54/1, cümle 2). Esasen 1982 Anayasa Kurucusu'nun grevle ilgili genel anlayışı ve beklentisi, bu eylemin genellikle "**iyi niyet kurallarına aykırı tarzda ve toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde**" kullanılacak olmasıdır. Bu nedenle grevin bu biçimde kullanılması zaten yasaklanmıştır (AY m. 54/2). Buna ek olarak "**grevin yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri**" de, herhangi bir nitelikli yasa kaydına bağlı olmaksızın yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır (AY m. 54/3). Bunlar da olağan sayıldığından grevin yasaklandığı veya ertelendiği durumlarda, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu'nca çözülmesi, Yüksek Hakem Kurulu kararlarının "**kesin**"... ve "**toplu iş sözleşmesi hükmünde**" olması benimsenmiştir (AY m. 53/4 1. ve 3. cümleler). Yüksek Hakem Kurulu'nun kuruluş ve görevleri de herhangi bir nitelikli yasa kaydına bağlı olmaksızın kanunla düzenlenecektir (AY m. 54/4 son cümle). Küreselleşme sürecinden önce oluşturulmuş bulunan bu Kurul'un yapısı, anayasal güvencesizliğinin düşündürdüğünden daha bağımsız sayılabilir. Ama bunun anayasal bir güvencesi yoktur.

Grev hakkının yasaklama ve erteleme rejimi ile ilgili anayasal düzenlemenin, memurlara tanınan grevsiz toplu sözleşme hakkı ile önemli ölçüde örtüştüğü açıkça görülmektedir.

Bu tablo karşısında asıl olan grev hak ve özgürlüğü müdür, yoksa yasak ve erteleme midir? Bu konuda karar vermek, gerçekten kolay değildir. Anayasa'nın çizdiği çerçeve böyle olunca, yasadan bundan daha iyi bir düzenleme beklemek de anlamsızdır. Gerçi Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile ilgili inceleme, biraz da bilinçli olarak bu yazının kapsamı dışında tutulmuştur. Bu konu ayrı bir uzmanlık ve teknik bilgi gerektirir. Ancak bu bağlamda bir noktanın altını çizmek, dar kapsamda da olsa, greve ilişkin anayasal güvence bakımından önemlidir. Kanun, bir Avrupa ülkesinin grev uygulamalarıyla bağdaşmayacak ölçüde ayrıntılı bir toplu görüşme ve ona bağlı bir grev prosedürü öngörmektedir. Bu prosedür, tek tek ele alındığında anayasaya aykırı görülmeyebilir. Ancak bu ayrıntılı prosedürün bir bütün olarak, grev hak ve özgürlüğünün kullanılmasını ölçsüz bir biçimde zorlaştırdığı kuşkusuzdur. Grevin etkili olması, kolay uygulanması ile orantılıdır. Yasadaki prosedüre aykırı her davranışın ceza tehdidi altında tutulması ayrı bir anayasal sorun oluşturmaktadır. Yasada ceza hükümlerinin sayısı on maddeyi bulmakta bu maddelerdeki fıkraların toplam sayısı yirmi altıya ulaşmaktadır. Yalnızca bu tespit bile, grev hakkının kullanılmasını önemli ölçüde caydıran bir sorundur. Böyle bir düzenlemede grev özgürlüğünden söz etmek aşırı bir iyimserlik olur. Grev için öngörülen istisnalar, yasaklama ve ertelemeler ise, grev özgürlüğünün alanı ile neredeyse eşdeğerdedir.

Konuya giriş bölümünde de belirttiğimiz gibi, sosyal devlet ilkesi, ancak "kendi kendine yardım" ilkesiyle ve onun anahtar kavramı olan grevli, toplu sözleşmeli sendikal hak ve özgürlüklerle yaşama geçebilir. Bu özgürlüklerin yeterli olmadığı bir ortamda çoğulcu demokrasi de eksik kalır. Buna koşut olarak, sosyal eşitliğe yönelik yarım ağız düzenlemeler de çoğunlukçu yönetim eğilimini örten bir işlev üstlenmiş olur.

**Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU-** Sayın Fazıl Sağlam Hocamız gerçekten tam süresi içerisinde konuyu tamamladı.

Her zaman olduğu gibi bir kuyumcu hassasiyetiyle 2010'da Anayasa'da sosyal haklarla ilgili yapılan değişikliklerin aslında bir göz boyama, bir makyaj, bir dolgu maddesi olduğu yönündeki yorum, eleştiri ve değerlendirmelerini dinledik hep beraber. Şimdi ben de bunlara büyük oranda katılıyorum, katılmamak mümkün değil. Gerçekten bunun bir asıl amacının yargıyı siyasallaştırmak olduğunu hepimiz biliyoruz ve teslim ediyoruz. Özellikle çocuk haklarıyla ilgili olumlu gibi görülen, Sayın Fazıl Sağlam Hocamız da bunun anayasal düzeye çıkmış olması önemli bir güvencedir dedi, ama Çocuk Hakları Sözleşmesi zaten 90. maddeye göre kanunların üstünde bir yer alıyor ve çok daha kapsamlı; yani bu hüküm olsa ne olur, olmasa ne olurdu? Bu bizi bağlıyor esasen, eğer uluslararası sözleşmelere kendimizi bağlı hissediyorsak, ki etmemiz gerekir. Bu aynı zamanda bir Anayasa buyruğu.

Bu noktada bir hususu daha vurgulamak isterim: Türkiye’de inanılmaz bir kafa karışıklığı var, bir kısa anayasa, çerçeve anayasa modası var. Bu kavram da aslında sosyal haklar bakımından son derece tehlikeli bir söylem bence, çünkü sosyal haklar devlete edim yükleyen, sorumluluk yükleyen haklar. Bir anayasa ne kadar kısa çerçeve olacaksa eğer, o kadar sosyal devletten uzaklaşacağı demektir bence. Tabii, bu söylemlere rağmen “*kısa çerçeve Anayasa yapacağız*” diyenler, şimdi bir karşılaştırmak lazım Anayasa Mahkemesi, Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu’yla ilgili eski hükümlerle 2010 Anayasa değişikliği hükümlerini yan yana koyalım, bakalım hangisi kısa çerçeve. Bu da ayrı doğru olmayan bir taraf.

### **SORU - YANIT**

**Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN** (*İstanbul Hukuk Fakültesi*)- Sayın Sağlam, hep kendisine de söylerim, iş hukukuyla Anayasa hukukunun kesiştiği yerin duayenidir; yani pür iş hukukçusu değil, Anayasa hukukçuluğu belki daha ağır basar, ama biz kendisinden geçmişte de çok istifade ettik. Bu toplantıda da aynı şeyleri söylemek isterim.

**Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU** (*Oturum Başkanı*)- O zaman ben doğru tanımlamışım başta.

**Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN**- Benim söyleyeceğim husus sanırım birçok dinleyicinin de üzerinde duracağı, Anayasa hukuku olarak bakan değil de iş hukukçusu olarak meseleye bakan arkadaşların da düşünceleridir belki.

Yapılan değişikliklerin amacı, yargıdaki durum, vesaireye girmeyeceğim, daha ziyade iş hukuku açısından teknik hukuk yönünün üzerinde durmak istiyorum. Yapılan bazı değişiklikler Kanun hükmünün de aynen tekrar edildiği Anayasa hükmünün yürürlükten kaldırılması şeklinde olmuştur. Örneğin, çift sendika üyeliği, aynı anda birden fazla toplu iş sözleşmesi bir işyerinde aynı zamanda yapılamaz, vesaire gibi hükümler, daha başka şeyler de var. Mesela, işi yavaşlatma, işyeri işgali, siyasi grev yasaktır, grev hükmündedir hüküm 2822’nin 47. maddesinde de var, diğerleri de, genelleme yapmayayım.

Temel sorun şu: Anayasa hükümlerinin yatay ilişkilerde de uygulandığı genelde Anayasa hukukunda da kabul edilen bir husus ve Anayasa’nın bağlayıcılığına ilişkin hüküm de bu sonucu doğuruyor. Kanunlarda olmasaydı bile bu hükümler yargıyı da, kişileri de bağlayacaktı çift sendika üyeliği, çift toplu sözleşme yapılamaması falan. Mevcut durumda kanunlarda da var. Yatay ilişkilerde de uygulanabilecek nitelikteki bir Anayasa hükmünün yürürlükten kaldırılmış olması hem bu yatay ilişkilerde uygulanma özelliği, hem de sonraki kanun olma, hem de üst norm olma gibi gerekçe-

lerle kanunu da yürürlükten kaldırdığı söylenebilir mi? Yoksa, tersine, bu sadece Anayasa koyucununun bu normların Anayasa'da yer almasını istemediği, kanunlarla düzenlenebileceği şeklinde bir görüş mü ileri sürülebilir? Bu noktada değerli meslektaşımın bunca yıllık birikimine ve hukukuna da güvenerek aydınlanmak istiyorum.

Bir başka konu tabii, daha ziyade belki öğleden sonra Sayın Devrim Ulucan'ın tebliğinde yer alacak husus, bu yapılan değişikliklerin özellikle toplu sözleşme düzeniyle ilgili getirilen değişikliklerin, sendikalarla ilgili demiyorum, memur sendikalarına da girmeyeceğim, mevcut toplu sözleşme düzenine uygunluğu mümkün mü? Örneğin, sendikanın toplu sözleşme yetkisinin çoğunlukla belirlendiği bir hukuk sisteminde çift sendika üyeliğinin kaldırılması ne gibi sonuçlar doğurabilir. “Bir işyerinde birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz” sözcüğü işyeri, işkolu toplu iş sözleşmesinin yeniden getirilmesi anlamında mıdır 274'te olduğu gibi?

Daha başka şeyler de var, ama başka konuşmacıların da vaktini almamak için sözlerimi burada bitirmek istiyorum.

**Engin ÜNSAL-** Bugün Ankara'da Fazıl Hocanın yaptığı konuşmayla ilintili, bağlantılı olan çok önemli bir dava görülüyor. Bu dava 111 tane sendikacının Asliye Ceza Mahkemesinde yargılanmasıyla ilgili, 5 senelik hapis istemiyle yargılanmasıyla ilgili. İsnat edilen suç 1 Nisan 2010 tarihinde Ankara'da Tekel işçilerinin yaptığı bir direniş. Tekel işçileri bu direnişi niye yaptı? Hükümet 103 işyerindeki tütün işleme merkezini kapattı, 12 000 işçi işten çıkarıldı, işçiler ekonomik ve mesleki çıkarlarını korumak için direniş yaptılar ve 1 Nisanda da bu tekrarlandı. Buna katılanlar bugün Ankara'da yargılanıyor.

Şimdi, Fazıl Hocaya sormak istediğim soru şu: Anayasa'nın 90. maddesi var, çok açık ve net, İLO'nun 87 sayılı Sözleşmesi var, çok açık ve net. 87 sayılı Sözleşmenin 3. maddesi diyor ki, “*kamu bu sendikal özgürlüklerin kullanılmasına müdahale edemez, sendikaların faaliyetlerini düzenlemesine müdahale edemez.*” Bunun ötesinde İLO'nun Sendika Özgürlükleri Komitesinin ve Uzmanlar Komitesinin bir kararı var, diyor ki “*grev hakkı ve direniş hakkı dolayısıyla toplu sözleşmeyle sınırlandırılmaz. Toplu sözleşme düzenini dışında da işçilerin ekonomik, mesleki nedenlerle direniş hakkı vardır.*” Bu bağlamda Ankara'da 12 Eylül'den beri ilk defa bu kadar kitlesel bir yargılamanın hukuksal dayanağı var mı? 90. madde bu dava nedeniyle uygulanma alanı bulabilir mi, bulamaz mı?

**Üzeyir ATAMAN (DİSK Lastik İş Sendikası Eğitim Dairesi Müdürü)-** Biz referandum öncesinde burada ifade edilen görüşlere çok yakın bir çerçeveye “hayır” kampanyası yürüttük. Bununla ilgili gerekçeleri kamuoyuna açık-

ladık, broşürlerle, toplantılarla yaydık ve kabaca bu değişikliklerin 12 Eylül düzeninin değişmesine yol açmayacağını, 1982 Anayasasının demokratik bir niteliğe kavuşturmayacağını, yargının siyasallaşmasının da ötesinde doğrudan doğruya yargıyı siyasal erkin denetimine sokan birtakım sonuçlar doğuracağını öne sürdük. Yargının siyasallaşması deyiminin daha bu mevcut durumu ifade etmekte genel kaldığını düşünüyoruz, çünkü bizim açımızdan yargının siyasallaşması ifadesi örneğin, bundan 10-15 yıl önceki ekonomik kriz dolayısıyla toplu sözleşmelerle öngörülmüş zamların ertelenmesi konusundaki yargı kararlarında da vardı, daha sonra buna benzer piyasadaki koşullar veya başka türlü nedenlerle ortaya çıkan çeşitli yargı kararları da bizim açımızdan doğrudan yargının siyasallaşmasının göstergeleriydi. Ama bu son değişiklikle gerçekten, Hocamızın da ifade ettiği, birtakım makyajlar altında Anayasa'nın demokratikleştiriliyor görüntüsü altında doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu eliyle yargının siyasal iktidarın denetimi altına sokulduğu yeni bir mekanizmanın kurulduğunu, kurulmak istendiğini, kurulacağını ifade ederek etkin bir kampanya sürdü.

Çalışma yaşamına ilişkin düzenlemelerin bir bölümü, özellikle biraz önce Hocamızın ifade ettiği grev yasaklarına ilişkin düzenlemenin kaldırılması, sendikal haklara ilişkin bazı yasakların kaldırılması, Fevzi Hocamızın gerçi sisteme aykırı bulduğunu şimdi ifade etti, ama genel evrensel normlar açısından aykırı duran birtakım yasakların kaldırılması genel olarak olumlu gibi göründü. Ancak, bu değişikliklerin hiçbirisinin iddia edildiği gibi işin esasını değiştirmediğini, uygulamada ve teoride herhangi bir değişikliğe yol açmayacağını analizlerle, madde madde gerekçelerle ifade etmeye çalıştım. Örneğin, grev yasaklarının kaldırılması konusunda açık hüküm çıkarıldı Anayasa metninden, ama aynı maddenin 1. fıkrasındaki grev tanımı olduğu gibi duruyor.

Bu çerçevede Hocama bir soru sormak istiyorum öncelikle. Kendisi konuşmasında geniş grev yasaklarının kaldırılmasının bu değişikliğin reform niteliği anlamını taşıyabilecek bir özelliği olduğunu söyledi. Aynı maddedeki grevi sadece işçileri haklı olmakla sınırlayan ve toplu sözleşme süreci içine hapseden tanım dururken bunun dışındaki bu değişikliğin bir grev hakkının kapsamında genişleme ve reform olduğu iddia edilebilir mi? Onu söylediği için kendisine bu soruyu sormak istiyorum. Uygulamada ne tür sonuçlar doğacağına ilişkin olarak pratik bir örnek anlatarak bitirmek istiyorum.

Bu değişiklikler yapıldıktan sonra biz üçlü danışma için, Necdet de vardı, Ankara'ya gittik. Konfederasyon başkanları, işveren ve işçi sendikaları konfederasyonları başkanları, bakan toplantıdaydı. Bakan dedi ki, "Başbakan

emir verdi, Cemil Çiçek başkanlığında bir komisyon kuruldu ve yapılan çalışma şu anda Anayasa'daki çalışma yaşamına ilişkin değişikliklerin adaptasyonu için sizden görüş alma çalışması.” Oysa aynı tarihlerde sürdürülen ve bu işin içinde olan herkesin yakından bildiği 2821 ve 2822'nin tümüyle değiştirilmesini hedefleyen bir başka geniş kapsamlı çalışma vardı. Bir ara toplantı o raydan çıkıp kısıtlı, sınırlı bir şekilde Anayasa değişikliğinin adaptasyonuna giderken müdahale ettik ve sonuçta bu tartışmanın çok kısır, Anayasa'da çalışma yaşamında yapılan değişikliklerin de sınırlandırılması halinde şu andaki bulunduğumuz noktada hiçbir anlam ifade etmeyeceğini, yasaların sistem olarak değişiklik öneren çalışmanın sürdürülmesi gerektiğini söyleyerek işi o yöne çevirdi. Ama daha sonra ortaya çıkan tasarıdan da, Bakanlık kanalıyla hazırlandı, taraflarla görüşüldü ve yeni bir değişiklik tasarısı da çıktı daha sonra. Açıkça gördüğümüz nedir? Orada Anayasa'dan çıkarılan maddelere rağmen yasal düzenlemelerde grevi geniş bir ölçüde yasaklayan tüm düzenlemeler korunmaktadır ve yeni yasal düzenlemelerde onların yürürlükten kaldırıldığına ilişkin hiçbir hüküm yer almamaktadır ve yeni yasal düzenlemede de mevcut çalışma düzenini demokratikleştirecek bir yapılanma yine ne yazık ki görülmemektedir Anayasa değişikliklerine rağmen.

Bu anlamda konuşmacılara yeniden teşekkür ediyorum ve bu soruyu da Hocama sormuş oluyorum. Sağ olun.

**Şebnem GÖKÇEOĞLU** (Galatasaray Üniversitesi)- İkiyle ilgili konuşmanıza başlarken hakikaten çok temel bir çelişki, bir yandan sosyal devlet ortadan kalktı tartışması var, öte yandan anayasal, sosyal devlet ilkesini tartışıyoruz. Bu ikilem çerçevesinde benim de katıldığım bir üçüncü görüş belki, bir olgunun, bir kavramın kendisiyle kurumlarını ayırt etmek lazım. Bu anlamda “sosyal devlet ortadan kalktı” tespiti çok kafa bulandırıcı ve yanlış bir tespit gibi geliyor bana. Sosyal devletin krizini onun içini dolduran kurumların krizi olarak; yani sendikalaşmada, belki sosyal sigorta haklarında, vesaire, iş yasalarında olan geri adımlar anlamında bir kriz elbet hiç tartışmasız, ama bir değişim süreci yaşanıyor. Belki sosyal devletin içini dolduran kurumlar da zaman içinde farklı kurumların yürürlüğe girmesiyle bir değişim geçirebilir.

Bunun ötesinde Hocam, söylemek istediğim çok önemli bir şey, sosyal güvenlik hakkının kapsamına da ilişkin bu küreselleşme süreciyle birlikte hem dünyada, hem ülkemizde çok önemli bir yer taşıyan yoksunluk tartışması. Şimdi seçim arifesinde bakıyoruz, CHP aile sigortasıyla, MHP hilal kartla öne çıktı, değil mi, bunun üzerine bir politika inşa ettiler. Bu sebepsiz değil, çünkü tabii burada bir tepki var; AKP'nin sosyal yardımlar alanın-

daki lütuf niteliğinde hayırseverlik, vakıf geleneğini canlandırma yönündeki politikasına bir tepki, çünkü bunun hak temelli olması gerekiyor. Biliyoruz ki Sosyal Güvenlik Reformunun en önemli ayağı olarak lanse edilen “*biz yoksulluğu ortadan kaldıracamız*” denilen birimsiz rejim ayağı eksik kalmıştır. Bu çerçevede sosyal devlet ilkesiyle laiklik ilkesi arasındaki vurguya da dikkat çekerek tarihsel süreçte laiklikle sosyal devletin oluşumu paraleldir benim bilgilerim doğrultusunda; yani Kiliseden devlete geçmesiyle birlikte Batıda oluşmuştur bu süreç. Biz de zaten Batıdan aldığımız bu anlamda bir ilkedir.

Hocam, burada sorumu yönelteceğim. Çok önemli bir tartışma oldu benim katıldığım bir toplantıda. Tam sizin alanınıza giriyor. Tam bu çerçevede yapılan bir bilimsel toplantıda Almanlarla ortaklı, Alman bir öğretim üyesi sosyal hizmetler konusunda, ki sosyal güvenlik hakkının bir parçası olması gerektiği tartışılırken bir Alman Anayasa Mahkemesi kararı aktardı ve dedi ki “Alman hukukunda sübsidiarite, ikincillik ilkesi vardır sosyal devlet ilkesi bakımından, Türk hukuku laiklik çerçevesinde Fransız hukukunu örnek aldığı için idare hukuku açısından size çok ters gelecek, ama Alman hukukunda Kilise, vesaire, bunların bu hizmetleri vermesi birincildir, bunlardan kalan boşluğu doldurmak anlamında sosyal devletin görevidir”. Bu çok önemli bir fırtına tartışma yarattı tabii bizim ülkemizdeki hassasiyetler bakımından. Görüşünüzü bu çerçevede de belirtebilirseniz çok teşekkür ederim.

Grev yasaklarıyla ilgili olarak ve 1982 Anayasası'ndan sonra 2822 sayılı Yasayla da uygulamada prosedürel problemler ve zorlaştırmalar nedeniyle grev haklarının oldukça kullanılması ülkemizde zaten sıkıntılı bir süreç izledi. Bu noktadan sonra son olaylarda belki güncel de bir konu olarak, sanıyorum Birleşik Metal Sendikasının uyguladığı bir grevde ilgili bölgede camilerde grev hakkının kullanılması üzerine birtakım hutbeler verildi. Bu konuda Sayın Hocamızın görüşünü geldiğimiz durum itibarıyla merak ediyorum.

İkinci husus da, bu çift sendika üyeliği konusu açısından, zaten örgütlenmedeki sınırlamalar ve sıkıntılar ve geline süreçte sendikalı üye sayısının ciddi bir şekilde azaldığı günümüzde iki sendika üyeliğinin işçiler yönünden baktığınızda nasıl olacağı konusunda sorular içermekte ve uygulamada da hangi yararları getireceğini merak etmekteyiz. Bu konuda da görüşlerini rica ediyorum ve teşekkür ediyorum.

**Av. Abbas BİLGİLİ** (*Adana Barosu*)- Bilindiği gibi sosyal güvenlik hakkı temel haklardan, anayasal bir haktır ve bu haktan vazgeçilemiyor. İşçi kayıt dışı da çalışsa kendiliğinden sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Böyle

bir hak varken bu hakkı beş yıllık bir hak düşürücü süreyle ya da zamanaşımıyla sınırlamak mümkün mü? Bazı hocalarımız “zamanaşımı” diyor, bazıları “hak düşürücü süre” diyor, Yargıtay “hak düşürücü süre” diyor. Bu sınırlama Anayasaya aykırı değil mi Sayın Hocam? Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU** (*Oturum Başkanı*)- İsterseniz bu ilk soruları cevaplandıralım, ondan sonra ikinci bir periyot açarız. Öncelikle değerli Katılımcılara katkıları ve soruları için teşekkür ediyoruz.

**İsmi Anlaşılmayan Bir Katılımcı**- Sayın Başkan, iş hukukuna gönül veren seçkin konuklar, tabii iş hukuku diğer hukuk disiplinleriyle yakın ilişki içerisinde. Anayasa hukuku konum itibarıyla üst bir norm ve üst bir hukuk alanı oluşu nedeniyle Anayasa hukukunu bizden kabul ediyoruz disiplin olarak. Sayın Hocamın son derece keyifli sunumu için çok teşekkür ediyorum. Hem bir katkı, hem de bazı sorularım olacak Sayın Hocama.

Sayın Hocamın ifade ettiği gibi bu sosyal devlet devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif şekilde müdahalesini meşru ve gerekli kılan bir devlet anlayışı olarak belirtti. Yine Anayasa Mahkemesinin birçok kararlarından söz etti. Benim çok dikkat ettiğim yine muhteşem bir kararı var, 26.10.1988 tarih, 19’a 33 sayılı kararında sosyal hukuk devleti güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği; yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet olarak tanımlanmış. O halde bu karar ışığında sosyal devlet sosyal adaleti ve sosyal güvenliği sağlamak ve herkes için insan haysiyetine yarışır asgari hayat düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü kılınan bir devlet olarak ifade edilmiştir, bunu da Sayın Hocam yine ifade etti.

Sizlerin yine bildiği gibi devletin haklar ayırımında pozitif statü hakları vardır, bu pozitif statü hakları bireylere devletten olumlu bir davranış, hizmet ve yardım isteme imkânı tanıyan haklardır. Burada devletin bir pozitif edimi gerekiyor. Bir de negatif edimi gerekiyor; yani devlete gölge etme denilen hükümler bulunmaktadır.

Sorumu burada sormak istiyorum: Sayın Hocam, devlet bu sosyal devletin gereği olan pozitif statü hakları tanımakta asgari düzeyde de olsa ihmali olmaz veyahut da bu konuda yeterli katkıyı bulunmaması durumunda ne yapılabilir? Kişiler ne yapabilir ve diğer örgütler ne yapabilir?

İkinci konu, sizlerin zaten ifade ettiğiniz gibi 65. madde açısından sosyal ve ekonomik hakların sınırlandırılması olayı mali gücüyle sınırlı olarak yapılabilir ifade ediyor. Bu da bu bağlamda düşünülmesi gereken bir konudur diye düşünüyorum. Benim Anayasa hukukunda hep çözümlenmekte zorluk

çektğim bir şey var, şu: Bir kere Anayasa tekniği açısından ayrıntıya dayanan bir Anayasa mı gerekli, yoksa hakları belirleyen veya diğer normlara ayrıntıyı bırakan temel hak ve özgürlükleri belirleyen veya diğer hakları belirleyen kısa bir Anayasa veya başka bir terminolojiyle de ifade edebilirsiniz. Acaba bir taraftan diğerine geçerken, sizlerin ifade ettiği gibi 1961 Anayasası özgürlük açısından Avrupa'nın ve belki de dünyanın en ileri anayasalarından biri idi. "Halk bu hakları kullanamaz, bu özgürlükleri kullanamaz, biz bunları sınırlayalım" şeklinde bir mantalite ve daha sonra zaman içerisinde bunlar hakları doğru kullanabilir, bir gelişme vardır şeklinde süreç içerisinde biz bunu genişletelim ve hakları çoğaltalım şeklinde bir düşünce ve o zamana kadar da devam eden bir yasaklar mı olsun? Bu konudaki sizin düşüncenizi merak ediyorum.

Sizlerin de bildiği gibi 1982 Anayasası'nda 51/3, 53/3, keza son fıkrası ve 54'ün 7. fıkrasında iptaller ve değişiklikler oldu. Şimdi, bu iptaller bir tarafta var, öbür tarafta ise 2821 sayılı Yasanın 22. maddesinin 1. fıkrası, 25. maddenin 3. fıkrası, 47. maddenin, 2822'de zannediyorum, 3. fıkrasında yasaklar var. Burada temel bir sorun var: Anayasa'da yasaklar kaldırıldı, fakat 2821 ve 2822 sayılı yasalarda bu yasaklar var.

Öğretiye baktığımda iki temel görüş burada karşılaşmakta; birincisi, deniliyor ki madem bu yasaklar kalktı o halde alt yasalarda da bu yasakların kaldırılması veya en azından bir uyarlayıcı yasaların bulunması; yani bir uyum yasalarının yapılması. İkinci düşünce, bunlar birbirinden ayrı şeylerdir, bir tarafta yasak kalabilir. Zaten Anayasa'nın bu maddelerinin iptali bu yasakları kaldırma yasasını amaçlamamıştır şeklinde. Halbuki, bu yasakların kalkmasındaki temel düşünce 87 ve 91 sayılı İLO sözleşmelerine uyum amacıyla yapılmış bir iptaller bulunmaktadır. O halde bu yasaklar kaldırıldığına göre sözü edilen 87 ve 91 sayılı İLO sözleşmelerinin amacına yönelik olarak üst normda iptal o halde alt normda da iptal edilmesi gerekir düşüncesindeyim.

İkincisi, bu da benim kişisel düşüncem, acaba anayasalarda haklar açısından genişletilme, yasakların kaldırılması ve bütün bu dengeyi sağlayıcı işlevin yargıya bırakılması konusu daha iyi olmaz mı diye düşünüyorum.

Daha birçok sorum var, ama şimdilik bu kadar.

**Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU** (Oturum Başkanı)- Evet, isterseniz soru faslına ara verelim, epeyce birikti. Fazıl Sağlam Hocamız öncelikle bunları cevaplandırarak.

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM**- Evet, epeyce birikti de, bu kadar zor soruların altından kalkmak çok zor. Zaman olsaydı bunları bir sınıflandırma filan yap-

maya çalışırdım, ama şimdi bunu spontane geliştirmek gerekiyor, başka bir çözümü de yok. Onun için önce Fevzi Şahlanan arkadaşından başlamak gerekir.

Ben gerçekten çok teşekkür ederim. O Anayasa hükümlerinin yatay etkisini Anayasa hukukçuları bu kadar net söyleyemedi sizin kadar. O bakımdan hoşuma gitti, çok net bir şeydi bu. Gerçekten 11. madde Anayasa kuralları sadece devlet organlarını değil, kişileri de bağlayan kurallar. Ama biz bunu pek fark edemedik; yani bu yatay etkiyi ne olduğunu kavramakta çok güçlük çektik. Sanıyorum şimdi bunu aşacağız, çünkü Anayasa şikâyeti girdi devreye. Bu yatay etkiyi Almanya'da mesela çok yoğun bir biçimde uygulanması, ki ona Almanlarda kişilere bağlama yönünde bir hüküm yok. Temel hak ve özgürlükler devlet organlarını bağlıyor, ama kişileri bağlar diye bizde olduğu gibi böyle bir hüküm yok. Ama buna rağmen bu yolu bulmuşlar; yani dolaylı bir biçimde yatay etkinin uygulandığını görüyoruz. Ama nereden kaynaklanıyor bu uygulama? Bu uygulama Anayasa şikâyetinden kaynaklanıyor, çünkü Alman Anayasa Mahkemesinin neredeyse kararlarının yüzde 90'ını aşan bölümü Anayasa şikâyetinden kaynaklanan kararlar. Bu nedir? Kişiler arasındaki ilişkiler de buraya girebiliyor. Tabii, kamu gücünün ihlali ön planda, ama kamu gücünün ihlali kişiler arasındaki ilişkiler bakımından da gündeme geldiği durumlar olabiliyor ve orada geliştirilen bir yatay etki bu. Bizde Anayasa'da açık hüküm olmasına rağmen kaale alınamamasının nedeni de bence Anayasa şikâyetinin olmaması. Norm denetimi yapıyor Mahkememiz, sadece norm denetimi yapıyor, normda bunu göremiyorsunuz. O denetimi yapmanız kolay kolay mümkün değil.

Ama buradan şimdi soruya geçecek olursak, Bu konunun tartışıldığı durumlar var. Mesela, 10 yıl parti kapatıldıktan sonra 10 yıl siyaset yasağı getirilmiş, sonra o 5'e indirilmiş. Burada çok açık bir kural var; yeni Anayasa Kanunda değişme bile, onu uygulamak gerekir, ama sizin verdiğiniz örnekler de bu kadar açık mı ben kuşkuluyum, çünkü keşke o hükümler işveren örgütlerinin baskısıyla Anayasaya girmemiş olsaydı çok daha net, çok daha sağlıklı bir düşünme tarzına kavuşabilirdik, ama sizi düşündüren sanıyorum onun Anayasa'dan çıkarılması. Aslında Anayasa'da olmaması gereken bir hükümdü onlar. Hatta değil, Kanunda bile olmayabilirdi, onlar bir sendika tüzüğünde bile düzenlenebilirdi, ama Anayasaya koyuldu. Anayasa'dan çıkarıldığına göre onun Kanundaki yansımada acaba kalkmış olur mu, Anayasa herkesi bağladığına göre sonraki kanun olarak onun yerini alır mı? Bu konuda ben doğrusu bu kadar, o biraz önce verdiğim örnek kadar net Anayasaya aykırılık olabileceğini düşünmüyorum, çünkü buradaki kural, bizim bakışımız şudur: Anayasaya aykırı mı, değil

mi? Anayasa'da olduğu sürece onun zaten aykırı olup olmadığı bir sorun değil, ama Kanunda olunca bu soru gündeme geliyor; Anayasaya aykırı mı? Nesini aykırı göreceğim ben, çifte sendika üyeliğinin yasaklanmasını nasıl ben Anayasaya aykırı göreceğim ki, hangi maddesine aykırı Anayasanın? Kaldı ki, sendika da, grev de, toplu sözleşme de çok katı sınırlamalara tabii, özellikle grev. Onlara hiçbir sorun görmezken burada bir sorun görmek bana oldukça ters görünüyor. Ama şu var: Bir anayasa etiği olmalı. Bunu kaldırdığına göre kanun koyucunun da, biraz önce Sayın Başkanın altını çizdiği şekilde o değişikliğin amacına uygun bir uyum içine girmesi lazım; yani kanunları ayıklarken Anayasa'dan biz bunu kaldırdık, bir de üstelik büyük reformlar yapıyor iddiasıyla kaldırdık. Şimdi, bunlar kanunda kalırsa yaptığımız iş cascavlak ortaya çıkar diye düşünmesi lazım. Bu açıdan baktığınızda grev yasakları; grev yasakları kalktı diye o alan özgür olmaz. Yasak kalkabilir Anayasa'dan, ama yasada olmaya devam edebilir. Bir kanun koyucuya düşen görev *“biz bunu niye kaldırdık? Kaldırdıysak türev kurucu iktidar olarak bunun bir amacı var.”* Bu amaca uygun olarak biz o grev yasaklarını haklı diyebileceğimiz, ki bir örneğini verdim size; bir darbenin önlenmesi, bu gibi direnme hakkı kapsamına girebilecek şeylerden ayıklayarak, neyin yasak olduğunu daha da somut bir biçimde belirterek bunun altından kalkmak mümkün olabilir, yoksa şöyle garip bir durum ortaya çıkar: Bu kadar dar kapsamlı grev varken, grevin spesifik alanı buyken, toplu sözleşme zorlamayken biz *“onun dışındaki grevi tamamen serbest bırakıyoruz”* dersek asıl çelişki bu olur. Onun için onların bir dengeye girmesi lazım.

Ben onun için dedim, grev özgürlüğü mü, gerçekten bir grev özgürlüğünden bahsedebilir miyiz Türkiye’de? Alıştık, hâlâ öyle bakıyoruz meseleye, ama ben bu konuşmayı hazırlarken bunun üzerinde düşündüm. Bizim Anayasa Mahkememiz tek tek alıyor bir maddeyi, ona aykırı değil, buna da aykırı değil, buna da aykırı değil, ama onların hepsini bir araya getirdiğiniz zaman öylesine zorlaştırıyor ki, bu sadece sendikada değil, sadece grevde veyahut da toplu sözleşmede değil, dernek özgürlüğü; inanın, İbrahim Kaboğlu, ben ve Necmi Yüzbaşıoğlu çağrı yaptık Anayasa Hukukçuları Derneği kuracağız 10 sene önce. Bunu yapmamızın nedeni de Bülent Taner ağır hasta, onu başkan seçerek hem ona baskı yapanlara bir mesaj vermek, hem de onun o zor döneminde biraz moralini düzeltmek. Bu amaçla hazırladık, acele de ediyoruz, o Derneği kuramadık. Bir yerlere takıldı, takılınca da geç oldu, geç kalınca da bıraktık. Şimdi kurdular, ama şimdi iki tane arka arkaya, bir İstanbul’da kuruldu, bir de İbrahim’in kurduğu var. Bir dernek kurmak bu kadar zor olur mu ya! Bunların hepsini bir araya getirdiğiniz zaman, oradaki düzenlemeleri, bir dernek nasıl kuru-

lur, sınırlamaları bir araya getirerek baktığınız zaman bu hakkı kullanmayı zorlaştırıyor, ama ne yazık ki bizde ancak soyut norm denetiminde olur; yani bir parti getirirse bütünüyle, “*bu bu bu bunlar hep bir arada bu işi zorlaştırıyor*” diye, onun da pek olduğu yok, somut norm denetiminden başka bir çıkar yolumuz da kalmadığına göre bunları denetleyemiyoruz biz, ama bunlara biz öğreti olarak üzerine basa basa söylememiz lazım. Ben bugün söyleme ihtiyacını oradan duydum. Mevcut grev sistemi zaten bir Avrupa ülkesi ölçüsüne göre ölçüsüz, sınırlama ve yasaklarla dolu bir düzen. Üstelik bir de almışız Anayasamıza ölçülük ilkesini koymuşuz, “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” demişiz. Bütün demokratik ülkelere bakıyorsunuz, böyle bir sınırlama gereği çoğunda duyulmamış, Almanya’da hiç yok, sizin söylediğiniz şey, yargıya bırakılmış, sendika kanunu yok, grev kanunu yok, Toplu Sözleşme Kanunu var, o kadar, o kanunlar yok, çünkü sendika karşı çıkıyor, diyor ki “*bana getireceğin her kanun beni bağlıyor. Ben özgür olmak istiyorum. Ben buraya kolay gelmedim, bu aşamaya ben kolay gelmedim. Bana getireceğin her kanun beni sınırlayacak.*”

Hiç unutmuyorum, Devrim hatırlar, Sternmarsh diye bir yürüyüş yaptılar Bonn’a doğru 1968’li yıllar, 1970’e doğru. Büyük bir yürüyüştü. Olağanüstü yönetim olduğunda grevin askıya alınması veya zorlaştırılması gibi kurallar var. Bizimkiyle kıyasladığın zaman o olağanüstü dönemde bizim olağan dönemle kıyasladığında çok iyi bir kanun. Biz şaşırıdık hatta “nedir bu” diye. Ama sendikalar karşı çıktı, karşı çıktığı için de onlar girmedi. Şimdi hatırladım, ifade de legal grevin askıya alınmasıyla ilgili bir şeydi. O tanıma bile sığmak istemedi o zaman sendika ve karşı çıktı. O zaman biz şaşırılmıştık, ama şimdi anlıyorum niye olduğunu, çünkü bütün bunlar eklene eklene eklene eklene o hakkı kullanmanız adeta çok zor bir koşullara bağlanmış oluyor ve özgür olmuyorsunuz siz aslında. Tamam, bir hakkınız var, ama çok da özgür değilsiniz. Bunu her alanda görmek mümkün. Ne yazık ki Anayasa hukukçuları olarak işin bu yönüne çok fazla parmak basmış değiliz. Bunda bizim de büyük kusurumuz var, kabahatimiz var.

Teknik bazı soruları ben Devrim’e bırakıyorum, hem onun alanına da girmiş olmayayım. Ben daha çok Anayasaya yakın olan konularda bir şeyler söylemek istiyorum. Tabii, Engin Ünsal’ın bu Tekel direnişini tabii çarpıcı bir şekilde ifade etmesi, işte, benim biraz önce söylediğim şeyi çok teyit eden bir şey. Adamın canı yanmış, Türkiye’nin dört bir tarafında o karda, kışta kıyamette gelmişler orada direniş yapıyorlar ve sen 5 yıl hüküm giydirecek şekilde dava açıyorsun. Umarım mahkemeler burada anlayışlı davranır, bu işi çözer. Eskiden olsa güvenirdim, ama şimdi çok da güvenemiyorum doğrusu. Gerçekten öyle.

Burada 90 uygulanır mı? Bu da teknik bir alan, bunun tam da bilmediğim bir yönü var, onun için ona cevap vermek de istemiyorum. Tabii İLO sözleşmeleri 90. madde kapsamına girer, ama doğrudan uygulanır nitelikteyse. Devlete yükümlülük verdiyse, o zaman o devletin yükümlülüğünü yerine getirmesi lazım. Doğrudan uygulanır nitelikte hükümse, hakikaten 90. madde kapsamına girer ve mahkemelerin de onu nazara alması gerekir doğrudan doğruya.

Üzeyir Beyin söyledikleri aşağı yukarı benim söylediklerime de paralel. Ben bir katkı olarak görüyorum onu, çünkü ben şunu söylemedim: Grev yasaklarının kalkmasının bir şartla, Kanuna da uyum yasası şeklinde yansıtılmak kaydıyla bir reform parçası sayılabileceğini söyledim, ama onun yanında da zaten işçiye tanınan grevin de öyle çok önemli bir şey olmadığını anlatmaya çalıştım. Zaten bu hale gelmesi bu kıskaç nedeniyledir. Gerileme tamam, küreselleşen dünyada o süreç içinde sendikalaşmada bütün dünyada bir gerileme var, ama bizdeki gerileme onlara göre çok daha fazla. Bunun nedeni bizim kıskaç içinde olmamız, esasen kıskaç içinde olmamızdır. Daha özgür olsaydık belki emekçi kitleleri kendilerini daha iyi duyurabilirlerdi, daha etkili duyurabilirlerdi.

Şebnem'in değindiği nokta hakikaten beni afallatan noktaya bir çözüm olarak bunu önerdi. Tabii, ben de aynı görüşteyim; sosyal devlet ilkesi değişmez bir ilkedir ve o kalktı denilemez, ama fiilen onun kurumlarındaki gerileme, zayıflama sosyal devlette küreselleşmeye paralel bir gelişme olduğunu gösteriyor. Bizim hukukçu olarak yapabileceğimiz bu değişmez kuraldan yararlanarak hukuku kullanmak; yani hukuku hem hak elde etmenin bir aracı, yönü olarak ne kadar kullanılabiliriyorsa tabii, o da sihirli bir şey değil, hele şimdi hiç değil. Hukuk artık güven vermiyor, bana bile vermiyor. Nerede vatandaşa, bana da vermiyor güven. Öyle bir düzeye geldik. Bunu niye anlayamıyorlar anlamıyorum, çünkü hukuk öyle bir şey ki, hukuk devleti esaslarını getiren bir hukuk düzeni insan için soluduğun bir nefes gibidir. Havasız bir yere giderseniz fark edersiniz. Aynen hukuksuz bir yere girdiğiniz zaman hukukun ne olduğunu o zaman anlarsınız. Dilerim, hukuku bu hale getirenler onu anlayacağı bir şey yaşamazlar ve kendiliğinden hukuk yine kendi itibarını kendi kazanır.

Laiklikle olan bağlantı son derece ilginç, ama Almanya laik değil. Bunu Türkiye laik, Fransa da laik, Portekiz laik, ama Almanya kendini laik olarak tanımlamıyor. Almanya "*ben din ve mezhepler karşısında nötr bir konumum var devlet olarak*" diyor; yani nüturalite prensibini benimsemiş. Onun için Kiliseyi, hatta Kilisenin vergi toplamasına bile rıza gösteriyor. Kilise vergisi var; yani cemaat Kiliseye vergi ödüyor devlet gibi. Ama orada bir kavga çık-

masını önleme fonksiyonunu görüyor kendinde, onun dışında görmüyor. Bunu bir başörtüyle derslere giren bir Afgan öğretmen çok güzel ifade etti açtığı davada. Diyor ki, *“burada laiklik yok ki benim başımı örtmeme karıştıyorsunuz. Hani, laik olsa karışsınız da burası laik değil ki”*; yani *“Almanya laik değil ki benim başörtüme karışsınız”* demek istiyor. Ama o olayda karışabileceği şeklinde verdi Anayasa Mahkemesi kararı. İdare veremez, ama pratik konkordans yapmak gerekir burada. O kişinin dini inançlarıyla inançsızlar veyahut laik düzene bağlı olanlar arasında bir anayasal değerler aslında bir pratik konkordans, uyuşma yapmak lazım, bunu da ancak kanun yapar dedi. Verdiği karar buydu. Sen idari yasaklarla o yasağı koymazsın. Aslında ilkokul öğretmeni idi ve ilkokulda girdiği sınıfta örtünme diye bir zorunluluk İslam’da da yoktu. Ben bunu Alman Anayasa Mahkemesi İkinci Daire Başkanına hatırlattığımda *“siz bunu sormadınız mı? İlkokulda baş örtünme diye bir şey yoktur ve hocanın da onların yanında başını örtmesi diye bir şey yoktur”* dedim. *“Ha, sorduk, ama aldığımız cevap sizi çürütüyor”* dedi. Kendisine önermişler, *“sınıfta hiç olmazsa çıkarın”* demişler, çünkü çocuklara kötü örnek oluyor, daha doğrusu çocukları etkiliyor, çocukların dini inancını etkiliyor. Onun için sınıfa girdiğinizde burası nötr bir ülke, onun için çıkarın bunu, haç da taşımamanız gerekir. *“Çıkarın bunu”* diye müdahale ettik. Dedi ki, *“evet, çıkarırım, ama bizim Alman okullarında habersiz teftiş var, müdür istediği zaman kapıyı açar, içeri girer, o zaman ben ne yapacağım? Müdüre karşı örtünmem lazım”* diye cevap verdi” dedi.

O anlamda Almanya’da subsidiarite ilkesi, bunu söyleyen sanırım Hıristiyan demokrat bir profesördür, çünkü Almanya’da da sosyal devlet ilkesi var, o da değişmez. Bir sosyal demokratın bunu söylememesi gerekir, ama herhalde o Hıristiyan demokratların böyle bir eğilimi var; yani onlar sosyal devleti biraz da Hıristiyan kültürünün bir ürünü olarak hep değerlendirmeye çalıştıkları için o öyle bir şey söylemiş olabilir subsidiarite, ama bu doğrudan Alman Anayasasında... bu vesileyle şuna da geçebilirim: Kısa Anayasa, ayrıntılı Anayasa.

Alman Anayasasında sadece klasik haklar vardır, sosyal haklar yoktur, ama sosyal devlet ilkesi vardır ve oradan türetilebilir birçok şey, ama tabii sosyal devlet ilkesinin asıl dinamosu olarak benim tanımlamaya çalıştığım sendika hakkı anayasal bir haktır, ama o klasik hak olarak yer alır ve oradan zaten koalisyon sraheid denilen bölümden hem grev çıkarılır, hem toplu sözleşme hakları çıkarılır; yani ayrı ayrı yoktur, ama bütün bunlardan çıkarılır, sosyal devlet ilkesiyle de birleştirilerek bunlar üretilir. Onun için ben subsidiarite ilkesine pek sıcak bakmadım. Bence doğrudan uygulanması gereken ilkelere biridir, ama bu vesileyle kısa Anayasaya geldiğimiz için söylüyorum:

Sosyal devleti sadece Almanlarda olduğu gibi ilkesel düzeyde bırakmadınız, ayrıca bir de devlet yükümlülükleri getirdiniz, onun yanına klasik hak yapısında sosyal haklar getirdiniz. Şimdi, bunların nesini kısıltacaksınız? Ergun Özbudun yaptı bunu, tamamıyla çıkarttı onların büyük bir bölümünü. Bunların hepsi kazanılmış hak, nereye çıkartıyorsun sen bunları?

Bu mantalitenin arkasında yatan şey şudur sevgili arkadaşlar: “*Ben bu ilkeyi istediğim gibi yönetim, çoğunluk bana ait*”; yani bu çoğunlukçu demokrasi anlayışının bir ifadesidir. Kısa anayasa olsun, özlü olsun, ideolojiden arınmış olsun. Peki, senin uygulayacağın hangi ideoloji? Ha, ona dokunma, o dokunulmaz, liberal. Düzen, ona dokunulmaz. Kıbrıs’taki toplantıda birisi kalktı, Mümtaz Soysal Cumhuriyete biraz kutsal bir, ama kendi tanımladığı cumhuriyete, hakikaten o demokrasiyle iç içe bir cumhuriyet. Çok güzel bir konuşmadı yaptığı. Bu kutsal olabilir deyince gençlerden birisi çıktı, dedi ki “kutsal sıfatı ancak faşizmde mümkündür, faşizmi çağrıştırıyor” dedi. Mümtaz Soysal’a genç bir doçent faşizm şeyinde bulundu. “*Olsa olsa bir tek kutsal liberal ekonomide bireyin hak ve özgürlükleri kutsal*” filan dedi. Bunun üzerine Ümit Arslan, benim sevgili kadim dostum Ümit Arslan çıktı, dedi ki “*o kutsal, senin bireye indirgediğin kutsallık aslında sermayenin kutsallığıdır. Bunu da düşünerek bu sözleri ortaya atmanız gerekir.*” Buraya girdiğimizde tabii, herhangi bir ideolojiden arındırılmış bir Anayasa’nın çok koyu bir ideolojisi var. İşte, o Ümit Arslan’ın küresel sermayeyi kutsayan ve onun istediğine hiçbir engel getirmeyen bir anlayış bence en koyu ideolojidir; yani ideolojiden arındırma bir hikâyedir. Onun için hele sosyal devlet, sosyal haklar alanında belli kazanımları olan, anayasal kazanımları olan ülkelerde kısa Anayasa’dan söz etmek son derece yanlış bir şeydir, kazanılmış hakların ortadan kaldırılmasına yol açacak bir anlayışı yansıtır. O kısa anayasa var. Tabii, Amerika Anayasasını örnek gösterebiliriz, Alman Anayasasını örnek gösterebiliriz, ama bakın, Alman Anayasasında bir Anayasa Mahkemesi var ki, söylediği şeye Parlamentonun uymaması mümkün değil. Bağdaşmazlık kararı veriyor mesela, aykırılık kararı değil, bağdaşmazlık kararı verebiliyor. Siz o kararı aldığınızda bizden birisi çıktı sordu bunu anlatan Alman profesöre: “*Peki, uygulamazsa ne olur?*” Adam soruyu anlamadı, “*uygulamazsa ne olur*” sorusunu anlayamadı. Birkaç kere tekrarladı, dedi ki “*ne demek istiyorsun, anlayamıyorum.*” (Gülüşmeler) Anayasa Mahkemesi karar verecek ve uygulanmayacak; olabilir mi böyle bir şey? Orada tabii kısa anayasa zaten Vaymar deneyiminden çıkarak böyle bir anayasa anlayışı olabilir, ama o rayına girdi ve Anayasa Mahkemesi orada yasama organının yetkilerini elinden alan bir kuruluş olarak görülmüyor ve yasama organı Anayasa Mahkemesinin verdiği ilke kararları doğrultusunda da

yasa değişiklikleri yapıyor. Uzlaşma var. Orada da Anayasa Mahkemesinin yargısını Parlamento seçiyor 3'te 2 çoğunlukla, diğer yarısını Federal Konsey seçiyor nispi temsil usulüyle. Ama bütün bunların hepsi bir mekanizma. O mekanizmanın içeriği önemli. Siz Almanlar gibi iki büyük parti veya bir küçük parti bir araya gelip de bir isimde anlaşabiliyor musunuz? Anlaşıyorsanız o usul de uygun bir usuldür, güzel bir usuldür, ama siz bir cumhurbaşkanını seçmekte uzlaşmıyorsanız, Anayasa Mahkemesine tarafsız bir cumhurbaşkanlığına oturttuğunuz kimse gibi bir kimseyi Anayasa Mahkemesine de oturtursunuz. Şu anda orada oturanlar ben umarım o sorumluluklarını taşırlar, kendilerini borçlu hissetmezler ve bağımsız hareket ederler. Ama bu kişisel bir şey. Böyle olmamalıydı, böyle Anayasa Mahkemesi yeniden kurulmamalıydı. Bunu dilemekten başka bir şey zaten elimizden gelmiyor.

Bu sosyal güvenlikle ilgili davalarda hak düşürücü süre ne derece anayasayla bağdaşiyor sorusu hakikaten bana şu anda çok zor gelen bir soru; yani cevaplamakta güçlük çekiyorum, biraz düşünmem lazım onun üzerinde. O kadar alıştık ki, zamanaşımı, ama bu hak düşürücü değil bildiğim kadarıyla, değil mi? Evet, düşünmek lazım, benim bu konuda düşünmem lazım. İzin verirseniz, hemen bir şey söylemeyeyim, ama beni etkiledi; yani sorunun beni etkilediğini söyleyebilirim.

Tabii, laiklikle ilgili bağlantı bakımından camilerde hutbe tabii artık hukuki alana girmiyor, o toplumsal, siyasal alana giriyor. Egemen kimse, o hutbeyi de okuyor tabii, gayet iyi hutbe okuyor, çünkü orada hukuk artık söz konusu değil, hukuk devrede değil. Laik bir ülke olduğu unutulabiliyor.

Evet, başka var mıydı bilmiyorum. Bakıyorum şimdi.

Sayın Kılıçoğlu'nun en son söylediği önemli. Galiba o Alman hukukundan etkilenerek, Alman Birleşik İş Mahkemesinin bu konuda çok iş hukuku konusunda, özellikle iş hukuku alanında güzel kararlar verdiğinden yola çıkarak, "*bu hakların genişletilmesi ve yasakların dar yorumlanmasının mahkemelerce yapılması daha iyi olmaz mı?*" şeklinde bitirdi galiba sorusunu. Ben yasakların kaldırılması yönünden buna katılmıyorum, ama hakların genişletilmesi yönünden son derece haklı buluyorum, ama bunun için tabii çok iyi donanımlı bir yargı düzeni gerekiyor ve bağımsız bir yargı düzeni gerekiyor. Onlar yoksa, o hukuk devletinin beklediğimiz güvencesinin sağlanabileceğine ben inanmıyorum. İnşallah beni utandıran birileri çıkar. Bazen oluyor, bazı kararlar var. Geçen gün bir karar verildi şaşırdım. Türkiye'de Bayburt ili mesela, rakamları yanlış söylüyor olabilirim, 20 000 kişiye bir milletvekili çıkarıyorsa, İstanbul 100 000 kişiye bir milletvekili çıkarıyor; yani büyük bir orantısızlık var ortada. Taşra ağırlıklı, taşra derken

ben şunu diyorum: Başkent ve büyük kentler dışında kalan kentlerimizin ağırlığı var Meclisimizde, mevcut durum böyle. Bir kanun çıkardılar, bunu ikiye çıkardılar. Mevcut düzenlemede her ile bir tane muhakkak veriliyor milletvekili. Geri kalan il sayısından çıkardığınız zaman, 467 midir, o sayıda bir sayıya bölünüyor, o şekilde illere düşen milletvekilliği sayıları belli oluyor. Birçok ilde artık bir veya iki; yani iki milletvekilliği bile olamayacak iller tespit edildiğinden yeni bir kanun çıkarmak istediler, her ile iki milletvekilliğini garanti eden bir kanun çıkarmak istediler. Düşünebiliyor musunuz, daha bir milletvekili tahsis etmek böylesine çarpık bir temsil düzeyi olan bir meclis yaratırken bir de onu ikiye çıkardığınız zaman olacakları bir düşünün. Herhalde bunun ağırlığı altında ezildi ki Anayasa Mahkemesi bu yeni yapısıyla oybirliğiyle iptaline karar verdi. Şaşırdım.

**Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU** (*Oturum Başkanı*)- Fazıl Hocam, Sayın 9. Hukuk Dairesi Başkanımızın sorduğu bir soru var, bunu ben de merak ettiğim için söylüyorum. Şöyle bir soru sordu: “*Pozitif statü hakları karşılama konusunda devletin ihmali olması halinde kişiler ve kurumlar ne yapabilir?*” diye bir sorusu var. Bu soru benim de merak ettiğim bir soru olduğu için hatırlatayım istedim size.

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM**- Onu atlamışım bir sürü not arasında hakikaten. Burada var, şimdi gördüm. Kargacık burgacık da yazınca insan göremiyor.

Ne yapılabilir? Ne yapılabilir konusunda çok cılız bir anayasal yapımız olduğunu itiraf etmek gerekir, ama bunu aşan bir değişiklik 2001’de yapıldı, o öncelikler koyuldu 65. maddeye, çünkü bahane hazır; yani devlet yükümlülüğünü ihmal ettiği zaman şunu söylemesi yetiyor: “*Mali kaynaklarım bu kadar, ilerde daha iyi olursa, daha iyisini yaparım.*” Bu çok rahat, kolay bir bahane. Şimdi bunu zorlaştıran bir adım atıldı. Bir de şu vardı: “*Ekonomik istikrarı koruyarak*” ibaresi vardı 1982’de. Bu 1962’de yoktu mesela. Ekonomik istikrarı da koruyacak; yani devlet yükümlülüklerini yerine getirirken mali sınırlarını hem göz önünde tutacak, hem de ekonomik istikrarı da bozmayacak şekilde o tahsisleri yapacak. Neyse ki 2001’de o ekonomik istikrar ölçüsü kaldırıldı, onun yerine öncelikler koyuldu.

Önceliklere bakıyoruz, eskiden 1961’de mesela “*eğitim devletin başta gelen ödevidir*”, bu hüküm 1982’ye alınmadı. Niye alınmadı? Çünkü Anayasa Mahkemesi buna dayanarak özel yüksek okullarla ilgili kanunu iptal etti, çünkü devletin başta gelen ödevi. Devlet önce kendi yerine getirecek, ondan sonra gerek duyuyorsa olabilir belki. Bu yaklaşımla devletin başta gelen ödevi bir etki yaratıyor. Anayasa Mahkemesi kararında bunu gördük. Şimdi bu kaldırıldı. Anayasa’da bundan kalan, benim de söylediğim, 50.

maddeyle 61. madde; yani özel olarak korunması gereken sosyal güvenlik bakımından. Bunlar zaten Anayasa'da var, bunlar öncelik. Bu önceliklerde artık 1965 bahanesi yok. Önce onu yapacaksın, geri kalanına onunla devam edeceksin; yani tahsis önceliği bakımından. Onun için ben 2001'den sonra 65. madde artık sınırlayıcı bir madde olmaktan çıktı, düzenleyici bir madde haline geldi diye yazdım birçok makalede. Artık sadece "*benim kaynaklarım bu kadar, bu kadar yapabilirim*" diyemeyecek, o kaynakları belli öncelik sıralamasına göre kullanmakla yükümlü.

Buradan belki harekete geçirmek mümkün olabilir, dava konusu yapılabilir. Unuttuğumu söyleyeyim, ilköğretimin parasız olması. Bu da öyle bir şey, bunu da dava edebilirsiniz. Parasız ilköğretim kaldırıldığında pekala "*anayasal hakkım*" diye bunu talep edebilirsiniz; yani parasız olmasını. Bunun gibi belli alanlar yaratmak lazım. Devlet yükümlülüklerinin yanında öyle alanlar olmalı ki bunlar devlet bu alanlara öncelik vermek zorunda kalmalı, kişi de başvurduğunda o hakkını elde edebilmeli. Bu konuda ne yazık ki bizim Anayasamız zayıf. Bu söylediğim üç madde dışında dayanabileceğimiz şey yok, ama yorum olabilirdi mesela. Anayasa Mahkemesi eski duyarlılığında kalsaydı sosyal devletle ilgili, bu öncelikleri ona göre yorumlayarak birçok sosyal hakkı talep edilebilir hale getirebilirdi. Bunu yapmadı. Ben tabii içinde iki yıla yakın bulundum, benim izlenimim şu: Bir çekingenlik var bu alanda Anayasa Mahkemesinde; "*ben şimdi buna karışır da bunu söylersem, acaba ekonomi ürker mi, işler karışır mı?*" böyle bir endişe var. Bunu dile getirdiğiniz zaman, iyi ama sizin burada sosyal devlet ilkeniz var, eski kararlarınız var ortada, niye bu kadar çekingenlik dediğinde onu aşmak mümkün olamıyor. Benim en çok yadırgadığım noktalardan biri buydu. Eşitlik ilkesinde hassas, hukuk devletinde hassas, ama sosyal devlet adeta iktisadi alana müdahale gibi telakki ediliyor ve orada Mahkeme adeta kendi kendini sansür, kendi kendini sınırlama gibi bir eğilime giriyor. Bunda muhakkak ki bu küreselleşme sürecinin önemli bir etkisi var. O düşüncelere sahip olmak küresel sürecin bize kazandırdığı yeni düşünceler. Gençlerde mesela çok görüyorum bunu. Gençlerle biz adeta bazen konuşamaz hale geldik, farklı diller konuşuyoruz, farklı şeyler anlatıyoruz. O küresel ideolojinin hakim hale gelmesi her yerde ve onun için de rahatlıkla "*sosyal devlet kalktı*" denilebiliyor.

**Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU-** Şimdi, bir Anayasa hukukçusu olarak bir-iki konuda ben de müsaade ederseniz düşüncemi açıklamak isterim.

Birincisi, Fevzi Şahlanan Hocamın sorduğu Anayasa değişikliklerinin yatay ilişkilere etkisi: Gerçekten benim asistanlığımdan beri biz hep İstanbul Hukukta pratik çalışmalar yaparken en çok kullandığımız alandır

iş hukuku alanı Anayasa hükümlerinin yatay ilişkilere etkisinde. Tabii, 1982 Anayasası, Fazıl Hocam güzel açıkladı, Almanya'dan farklı olarak doğrudan uygulanabilirliğini de koymuş. Böyle dolaylı etki de değil bizdeki. Kişilere de bağladığına göre Anayasa hükümleri yatay ilişkilerde doğrudan etkili olabiliyor.

Bizim mevzuatımızda Anayasa hükümlerini aynen tekrarlayan yasa hükümleri olduğu gibi bunun tersi de mümkündür; önce yasanın yapılıp bunun Anayasa kuralı haline getirildiği, 1982 Anayasasında bunun örnekleri vardır, evet, YÖK gibi mesela birtakım kurumlar vardır. Böyle durumlarda ne olur? Anayasaya daha sonra konulan kural Anayasa Mahkemesinin ayrıntılı ve açık hükümlerin doğrudan uygulanırlığı ve dolayısıyla o konudaki önceki yasa hükmünü zımni ilga ettiği yolunda Anayasa Mahkemesinin içtihadı vardır. Ama buradaki durum öyle değil; burada Anayasa'da var bir yasak, aynı yasak Yasada da var. Hangisi önce ya da hangisi sonra olduğu da o kadar önemli değil. Anayasa'daki yasak kalkmış, Yasadaki yasak duruyor, ne olur sorusu. Tabii, zımni ilgaya elverişli bir konu değil. Ne olur noktasında tabii, doğru olan Anayasayı değiştiren yasa koyucunun bunu Yasaya da yansıtmasıdır. Bunu ihmal ederse ne yapılabilir noktasında bence Anayasa'nın 13. maddesinden, Hocam bunların çok ölçsüz olduğunu söyledi, oraya dayanarak Anayasaya aykırılığı davalarda ileri sürülebilir, ona dayanarak Anayasa Mahkemesi'nce iptali olunabilir. Bunun dışında alt mahkemelerce doğrudan uygulanma olabilir mi noktasında da 90. maddeden bence yararlanılabilir gibi geliyor. Burada da tabii Fazıl Hocamın söylediği gibi 90. madde hükmünün doğrudan uygulanabilir nitelikte olması gerekir. İLO sözleşmelerindeki bu yasakları zıttı doğrudan uygulanabilir hükümler varsa, orada alt mahkemeler de bence bu yasa hükümlerinin, yasakların, sözleşmenin hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle uygulamayabilirler, uygulamayabilecekleri de bir çözüm olarak düşünülebilir diyorum.

Yargının siyasallaşması değil, yargının siyasal iktidara teslim edilmesinden söz etti arkadaşımız. Acaba bu siyasal iktidara, bu kanayan yaramız gerçekten, bizim yargıçlarımızın da payı olmadı mı diye düşünüyorum. Bu Anayasa değişikliği maalesef 1982 Anayasasında hep baştan beri eleştirdiğimiz Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunu daha siyasal iktidara bağımlı hale getirir diye. Bir umut acaba bu 10 yargıcın seçilmesinde, ki 5 yargıcı Yargıtay seçiyor, 10 yargıcı birinci sınıf hakimler seçiyor, 15. yargıç gerçekten tarafsız kimseler seçilebilseydi buna rağmen siyasal iktidara teslim olmayabilirdi. Burada bizim zannediyorum 11 000 oy kullandı. Hakimimizin 6 000'i Adalet Bakanlığı listesine oy verdi. Bunların hiç günahı yok mu siyasal iktidara teslim edilmesinde. Bu açıdan da bakmak lazım. Denilebilir

ki, bunu öngörmek gerekir diye Türkiye’de, valla, ben yargıçların da bu kurum yargıçların namusudur, doğrusunu isterseniz buna sahip çıkmasını beklerdim. İdeolojisi, dünya görüşü ne olursa olsun, bu kurum yargının onurudur, şerefidir, haysiyetidir. Hangi bakan olursa olsun bakan, Adalet Bakanlığından gelen listeyi bir hakim elinin tersiyle itmeliydi bence. Yani burada YARSAV’ın aday göstermesi, demokratik Yargıçlar Birliğinin aday göstermesi, bunlar dernekti, bunlar kabul edilebilir, ama bir Adalet Bakanlığının el altından bir liste çıkarması ve bu 10 kişiye 11 000 hakimin 6 000’i tulum oy vermesi yadırganacak bir durumdur bence. Böyle davranış ilerde de böyle devam ederse, bu tabii yargının yürütmeye teslim edilmesi demektir. Doğru o manada. Bir Batılı ülkede söylerseniz “*ne var canum burada*” diyecek. 10 tane hakimi yargıçlar kendisi seçiyor, beş tanesi de yüksek yargıçlar, 15. 22’nin 15’i, tabii Başkanın Adalet Bakanı olması sakıncalarını falan biliyoruz, bunu tekrarlamıyoruz, ama baktığımız zaman 15 yargıç yargıçlar seçiyor, ne var bunda diyecek. Bu kısmı da bizim yargıçlarımızın iktidardan yana tavrı yadırganacak bir durum diye düşünüyorum.

Son olarak şu ayrıntılı kısa Anayasa, çerçeve Anayasa meselesinde bizim Türkiye’de kafalar çok bulanık. İnsanlar kendi istediği konuda pekala ayrıntılı istiyorlar. İstemedikleri konularda, bir iktidara sınır, çerçeve istemediği konularda da hemen çerçeve Anayasa diyorlar. Laiklik konusunda birçok insan der ki “*canım, şu laikliğin tarifini Anayasa’da yapalım.*” Dünyanın neresinde görülmüştür ki laikliğin tarifini yapıyoruz da hukuk devletinin, demokratik devletin tarifini yapmıyoruz. Böyle bir tarif olmaz. Anayasalar ilkeleri belirler, laikliği, hukuk devletini, demokrasiyi, insan haklarını sağlayacak düzeni, kurumları oluşturur. Böyle bir tarif olmaz. Böyle bir tarif yaparsanız ipotek altına almış olursunuz geleceği asıl, çünkü insan hakları gelişen bir kavram. Durmadan insan hakları listesi katalogu genişliyor, üçüncü kuşak haklardan bahsediyoruz. Demokrasi gelişen, içi zenginleşen bir kavram, hukuk devleti de aynı şekilde içi zenginleşen bir kavram, laiklik de zenginleşen kavram olmaya devam edecektir. Dolayısıyla, metinlerde bunların tanımını yaparsanız asıl geleceği ipotek altına almış olursunuz.

Ayrıntılı Anayasa tabii, şöyle koymak lazım: Eğer bir ülkede demokrasinin evrensel değerleri, insan hakları, hukukun üstünlüğü, demokrasi dediğimiz evrensel değerler üzerinde toplumda bir uzlaşma, bir konsensus varsa, özellikle toplumu temsil eden siyasal partiler arasında samimi bir uzlaşma, bunları özümseme, benimseme, takiyeci değil, varsa, bu size çerçeve bir Anayasa yeterli olabilir. Amerika’nın Anayasası son derece kısa bildiğimiz gibi, ama Anayasa yargısı çıkmış kendi içinden, mahkeme yetkilerini kabul ettirmiş, hiç kimse zaman zaman tartışılabilir yargıçlar hükümeti diye

kimse Federal Yüksek Mahkeme'nin özgürlükleri koruyucu işlevine itiraz etmiyor bugün. Fransa'nın baktığımız zaman özgürlükler rejimi hiç yoktur Fransa Anayasasında; yani 1958 Anayasası 1946'ya yollama yapar, 1946'da 1789 ve 3. Cumhuriyet dönemindeki sosyal ekonomik temel ilkelere yollama yapar; yani özgürlükler rejimini o oluşturur. Grev, sendikal haklar 3. Cumhuriyet dönemini yasalarla doldurulur Fransa'da. Bizim biraz Cumhuriyet dönemindeki Atatürk ilke ve inkılaplarının biraz o nedenle benzetilir zaten, anayasal değerlerde atfedilmesinin nedeni budur.

Sonuç olarak toplumu temsil eden siyasal aktörler, demokrasinin olmazsa olmaz değerleri, ki bunlar ulusal üstü organlarca ifade ediliyor, samimi bir konsensus sağlanıyorsa çerçeve Anayasa doğru olandır, ama bunların her birini bugün tartışan, bir cumhurbaşkanı konusunda bile uzlaşma yapmayan, Fazıl Sağlam'ın cumhurun başı, *"ben bir çoğunluk elde ettim, fırsat bu fırsattır"* tarzında hareket eden siyasi partilerimiz olduğu sürece bunu Ak Parti yaptı, diğer partiler de benzer davranış sergileyebilirler de bu fırsatçılık hususunda. Bunlar işi bir kültür düzeyi, demokrasiyi hazmetme düzeyi. Bence ayrıntılı anayasalara ihtiyaç vardır. Özellikle sosyal haklar bakımından ayrıntılı anayasalara daha da ihtiyaç vardır baştan vurguladığım gibi. Tabii, bu ayrıntılı Anayasa'nın ayrıntısı da önemli. 1961 gibi ayrıntılı bir Anayasa varsa, özgürlükleri koruyan, başımızın üstünde yeri var. 1982 ondan da ayrıntılı, ama özgürlükleri tirpanlayan, sosyal devleti budayan, hukuk devleti sureti haktan kabul eden bir ayrıntılı anayasa da olmasın deriz. Bu içeriğine de bağlı bir olay, ama kategorik olarak bizim gibi demokrasinin temel değerleri üzerinde konsensus sağlayamamış ülkeler bakımından varolanları koruyabilmek açısından en azından ayrıntılı anayasaya ihtiyaç olduğunu düşünüyorum.

Bu ideoloji meselesi beni de hep tedirgin etmiştir. Anayasa renksiz, nötr, şu, bu, bunlar güzel laf da bunu söyleyenler en ideolojik davrananlar için garibi. Her Anayasa'nın bir ideolojisi vardır. Sizin ideolojiden neyi kastettiğinize bağlıdır. Anayasalar birinci kuşak anayasalar, burjuva, demokratik devrimi sonrası mutlak monarşiyi sınırlayan anayasaların ideolojisi liberal ideolojidir, onu yansıtır, o dönemin konjonktürü odur. Daha sonra İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasalar sosyal devleti de kucaklayan, genel oy ilkesiyle birlikte o dönemin insan hakları, demokrasi, hukuk gelişmesini yansıtan anayasalardır. Siz onu ideoloji olarak mı yorumlarsınız bilmiyorum. İleriki dönemlerde de bu kavramların gelişmesine paralel olarak bu kurumlara ilişkin yeni düzenlemeler de olacaktır ve o düzenlemeler bütününün kendi bir iç mantığı da olacaktır, siz onu ideoloji olarak nitelendirirsiniz ya da nitelendirmezsiniz. Her ülkenin bir özel koşulları da vardır bütün bunların yanında.

Gelişen değerlerin yanında, insan hakları, demokrasi, hukuka ilişkin gelişen değerlerin yanında her ülkenin, Federal Almanya'nın Anayasasını yaptığı süredeki değerlerini düşünmediğini mi varsayıyoruz 1949 Bonn temel Yasasını yaparken, Vaymar dönemine tepkileri yansıtmamış mıdır, hür, demokratik, temel düzeni korumanın manası nedir Anayasa'da vurgulanan bu ifadeler? İspanya Anayasasını yaparken İspanya bir bölgesel devlet modelinde uzlaşırken o dönemin konseptini, ideolojisini yansıtmıyor mu? Türkiye'de Cumhuriyet dönemi tarihinden kaynaklanan değerleri bütün anayasalara yansıtır Fransa'nın 1789'a yollama yaptığı gibi.

Bence bu kısa katkılarımla tamamlamış oldum. Fazıl Hocam bir cümle ilave etmek istiyor.

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM-** Sonuna geldik, son bir cümle söyleyeceğim, çünkü eksik kaldı. Biz şimdi hep şu ana kadarki donanımlarımızı yansıtıyoruz. Halbuki önümüzde iki yıl sonra yürürlüğe girecek olan bir Anayasa şikâyeti var, uygulaması var. Orada mesela açıkça sizin değindiğiniz ihmal olayı yer alıyor; yani devletin ihmal yoluyla kamu gücünün sadece eylemiyle veyahut da işlem kararlarıyla değil, ihmaliyle dahi bir temel hak ve özgürlüğü ihlal ettiği durumlarda Anayasa şikâyeti başvurusu yapılabilecek. Ama Kanuna baktık, Kanun bunun nasıl bir karar olacağını, ihmal halinde nasıl bir karar vereceğine dair bir hüküm var, onu kaldırmış. Taslakta vardı, onu kaldırmış, ondan ürkmüş biraz herhalde. Ama ihmal sözcükleri çıkan Kanunun birkaç yerinde hâlâ var. O bakımdan özellikle avukat arkadaşlar buna çok dikkat etmeliler. Önlerinde çok geniş bir alan, hukuki mücadele alanı ortaya çıkıyor: Anayasa şikâyeti yoluna başvurmak. Bunun için de çok iyi donanımlı olmak gerekiyor, çünkü Türkiye'de bunu çok bilen pek fazla insan yok, hatta o kadar bilgisizce hazırlanmış ki Anayasa'nın mesela o ilgili maddesi, Anayasa şikâyeti yolunu açan maddenin hemen altında diyor ki, "*Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar Anayasa şikâyeti konusu olamaz.*" Bunu yazan insan Anayasa şikâyetini hiç bilmiyor, hiç bilmeyen bir insan yazdı bunu. Böyle bir şey olamaz. Kanun yolunda olup da, daha doğrusu Anayasa şikâyeti konusu olup da Kanun yolunda gözetilmeyecek ilke olarak hiçbir husus yoktur. Aksi takdirde o tüketim, dava yollarının tüketilmesinin bir anlamı yoktur. Bir istisna vardır, o da doğrudan yasamayla hak ihlali. Onu da kaldırdılar zaten, yok, Anayasaya aykırı bir şekilde Kanun yoluyla yapılacak başvurular, daha doğrusu Kanunun herhangi bir uygulama işlemi olmaksızın direkt ihlali, ki böyle bir durum söz konusu olabilir, mesela bunu Anayasa şikâyeti konusu olmaktan çıkardı bizim Yasamız. Bence Anayasaya aykırı, çünkü yasama faaliyeti kamu gücüdür, kamu gücünün bir parçasıdır. Onun da mutlaka Anayasa şikâyeti konusu

olması lazım, ama çok daha dar bir kapsamda olmak üzere, ki Alman Anayasa Mahkemesi bunun koşullarını belirlemiş oldukça dar.

Ben size bir örnek vereyim ve bitireyim.

Şunu hatırlayın: Amerika’da ikiz kuleleri yıkmak üzere uçağın ikiz kulelere doğru yönetildiğini ve büyük bir facianın olduğunu hatırlayın. Bu olay Almanya’da böyle karikatürize edilmiş bir şekilde cereyan eden bir uçak kaçırma dolayısıyla, bir kanuna mesnet teşkil ediyor. Kanun belli, koşullarını saydıktan sonra, ayrıntısına girmiyorum. Havadayken içindeki yolcularla birlikte uçağı düşürme izninin verilebilmesini düzenliyor. Hangi koşullarla verilebilir? Tabii, temel amaç nedir? Daha büyük insan kaybını, o ikiz kulelerde olduğu gibi daha büyük insan kaybını önlemek amacıyla o uçaktaki insanları öldürüyorsunuz, öldürme hakkını bahşediyor. İşte bakın, bu doğrudan doğruya avukatlar tarafından Anayasa şikâyeti yoluyla Alman Anayasa Mahkemesi önüne getirildi. Avukatlar dediler ki *“biz mesleğimiz dolayısıyla sık sık uçağa binmek zorundayız, onun için her an bizim başımıza gelebilir; yani aktüel bir tehlike.”* Mahkemede o kuralın iptaline karar veriyor, o Anayasa şikâyeti başvurusundan sonra kuralın iptaline karar veriyor. *“İnsan onuru bir bütündür, başka insanların onurunu korumak için uçaktaki insanların onurunu feda edemezsin”* gerekçesiyle kuralı iptal ediyor. Bunun Anayasa şikâyeti konusu olmasını da şöyle ifade ediyor, diyor ki *“Anayasa şikâyetinde bulunan insanların o uçağa binmelerini beklemek abestir”*; yani uygulama işlemi ancak o zaman oluyor ya, o zaman düşecek zaten uçak, adam dava açma imkânı zaten bulamayacak.

Bunu niye verdim? Bir dava için, bir yasa için de Anayasa şikâyeti yapılabilir, onun çarpıcı bir örneği olduğu için bilesiniz istedim. Umarım Türkiye bunu yüzüne gözüne bulaştırmaz. Aslında iki uçlu bir sopa, çok da kötüye kullanılabilir, süper temiz olabilir mahkemelerin korktuğu gibi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yolunu tıkayan bir hal alabilir. Doğru uygulandığı takdirde de hukukumuzda gerçekten geniş ufuklar açabilir.

O eksik kalmasın istediğim için söz aldım.

## II. OTURUM

*Konu*

### **ANAYASA'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN TOPLU İŞ HUKUKU DEĞİŞİKLİK TASARISI TASLAKLARINA YANSIMASI**

*Konuşmacı*

**Prof.Dr. Devrim ULUCAN**

(Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

*Oturum Başkanı*

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU**

(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı - Oturum Başkanı)

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU** (*Oturum Başkanı*)- Anayasa'da yapılan değişikliklerin toplu iş hukuku değişiklik tasarısı taslaklarına yansımaları konusunda sınırlı tebliğ Profesör Doktor Devrim Ulucan tarafından sunulacaktır. Sayın Ulucan gerek öğretiyi, gerek Yargıtay içtihatlarına düşünceleri, kuram ve kavramlara sahip oluşu özelliğiyle yön veren, etkileyen bilim adamlarımızdandır.

*Konu*

## **ANAYASA'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN TOPLU İŞ HUKUKU**

### **DEĞİŞİKLİK TASARISI TASLAKLARINA YANSIMASI**

*Konuşmacı*

**Prof.Dr. Devrim ULUCAN**

(Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

#### **12 Eylül Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Toplu İş Hukukuna Yansıması**

##### **I. Anayasa Değişiklikleri**

Bilindiği gibi 12 Eylül 1980 Anayasası, 1961 Anayasasının toplu iş hukuku alanındaki, özgürlükçü yaklaşımından uzaklaşarak toplu iş sözleşmesi özerkliği sistemini anayasa düzeyinde ciddi bir biçimde sınırlamıştır. Anayasa'nın sınırlamalarından da öteye bu hakları kullanamaz hale getiren 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, yürürlüğe girdikleri tarihten günümüze kadar sürekli eleştirilmişlerdir. Bu yasalar, uygulamada da büyük sorunlar çıkarmış, özellikle 1961 Anayasası ile işçilere sağlanmış olan ve daha sonra 1982 Anayasası'nda büyük ölçüde sınırlanmış olan sendika kurma, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları bu yasalar ile daha da uygulanamaz hale getirilmişlerdir. Doksanlı yıllarda demokratik ortama geçme çabaları ile bu yasalarda bazı değişiklikler yapılmışsa da günümüze kadar kapsamlı ve reform niteliğinde bir değişiklik veya bütünü ile çağdaş bir düzenleme yapılamamıştır. Çalışma yaşamının yasalar yolu ile düzenlenmesi, işçi ve işveren kesimi arasında farklı ve birbirine zıt menfaat çatışması olduğundan aslında son derece zor bir iştir. Her ne kadar çalışma yaşamının tarafları arasında artık endüstri dönemi başında olduğu gibi bir çatışma olmadığı ve günümüz koşullarında tarafların sosyal ortak oldukları söylene de bu durum gene de aralarındaki menfaat çelişmesini ortadan kaldıramamaktadır.

Bu yönde yasa değişikliğine gidilememiş olmamasına karşın Anayasa düzeyinde Avrupa Birliğine uyum amacı ile bazı değişiklikler yapılmıştır.

Bu bağlamda yapılan bir değişiklik ile, Anayasa'nın sendikalara siyaset yasağı getiren ve bu yoldan sendikaları her bakımdan işlevsiz bırakabilecek 52. maddesi 1995 yılında 4121 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Önemli bir değişiklik de Toplu iş sözleşmesini düzenleyen Anayasa'nı 53. Maddesinde yapılmış, 53. maddenin birinci fıkrasında “ *İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşme hakkına sahiptirler. toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir.*” diyerek, bu hakkı sadece işçilere tanıırken, toplu iş sözleşmesinin işçilerin ekonomik ve sosyal haklarını korumak ve geliştirmekle ilgili işlevsel bağını kaldırmış, sadece tarafların ilişkilerini düzenlemeye yarayan bir sözleşme türüne dönüştürmüştür. Kamu görevlilerine ise toplu iş sözleşmesi hakkı verilmemiş ancak sendika kurma hakkı tanınmıştır.

Aynı tarihte Anayasa'da yapılan değişiklik ile kamu görevlilerine sendika kurma hakkının yanı sıra, sendikaları aracılığı ile toplu görüşme hakkı tanınmıştır. Bu haktan yararlanacak olan kamu görevlileri işçilerin sahip olduğu grev ve toplu iş sözleşmesi haklarından yararlanamayacakları açıkça hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 53. Maddesine göre “ *128. Maddenin ilk fıkrası kapsamına giren kamu görevlilerinin kanunla kendi aralarında kurmalarına cevaz verilecek olan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 54. Madde hükümlerine tabi olmayan sendikalar ve üst kuruluşları, üyeleri adına yargı mercilerine başvurulabilir ve idare ile amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilirler. Toplu görüşme sonunda anlaşmaya varırlarsa düzenlenecek mutabakat metni taraflarca imzalanır. Bu mutabakat metni, uygun idari veya kanuni düzenlemelerin yapılabilmesi için Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Toplu görüşme sonunda mutabakat metni imzalanmamışsa anlaşma anlaşmazlık noktaları da taraflarca imzalanacak bir tutanakla Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usuller kanunla düzenlenir.*”

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi kamu görevlileri toplu iş sözleşmesi ve grev haklarından yoksun olarak sadece toplu görüşme hakkına sahip olmaktadırlar ve idare ile yapmış oldukları görüşme sonunda bir anlaşmaya varsalar da varmasalar da son karar merci bakanlar kurulu olacaktır.

Gerçekten de Anayasa'nın 128. “ *Devletin, kamu iktisadi teşebbüsler ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memur ve diğer kamu görevlileri eli ile görülür.*”

*Memurların ve diğer kamu görevlilerin nitelikleri ve atamaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*” hükmüne göre kamu görevlilerinin pazarlık yaparak ve

gerektiğinde greve giderek bir toplu iş sözleşmesi yapma olanağı bulunmamaktadır.

1982 Anayasası'nın 51. Maddesi 2001 tarihinde değiştirilmiş “ *Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakkına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.*” diyerek, daha önce sadece işçilere ve işverenlere tanınan sendika kurma hakkı, 1995 değişikliği ile getirilmiş olmasına karşın bu defa tüm çalışanlar ifadesi kullanılarak, ilgili maddede daha açık bir şekilde düzenlenmiştir. 51. Maddenin 5 fıkrasına göre “ *İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir*” Bu doğrultuda kamu görevlilerine ilişkin Kamu Görevlileri Sendikası Kanunu çıkarılmıştır. Kamu görevlileri de bu kanun çerçevesinde geniş ölçüde örgütlenebilmişlerdir.

Referandumla sunulan ve 12 Eylül 2010 tarihinde %58 oyla kabul edilen anayasa değişikliği yasası ile 1982 Anayasasının bazı maddelerinde yeniden değişiklik yapılmış ve toplu iş hukuku alanında da az sayıda olmasına rağmen çok önemli bazı değişiklikler getirilmiştir.

Yasanın 6. maddesi ile Anayasa'nın 53. maddesinin başlığı “toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı” şeklinde değiştirilmiştir.. Böylece toplu iş sözleşmesi işçilere özgü bir sözleşme olarak algılanmakta; toplu sözleşme ise kamu görevlileri için öngörülen bir sözleşme türü olarak benimsenmektedir.

Bu başlığa uygun olarak 6.madde ile 53. Maddede yer alan kamu görevlileri ile ilgili üçüncü ve dördüncü madde yürürlükten kaldırılarak yerine yeni bir düzenleme getirilmektedir. Bu düzenlemeye göre “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme hakkına sahiptirler. Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararı kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir. Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yaralanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.*”

Yeni getirilmek istenen bu düzenleme, yerleşmiş olan ve teknik anlamda iş hukukuna özgü ve uluslararası hukukça da benimsenen bir toplu iş hu-

kuku kurumunu toplu iş sözleşmesi deyimi yerine aradan iş kelimesini çıkararak toplu sözleşme diye kamu görevlilerine özgü bir sözleşmeye dönüştürmektedir. Aradan iş kelimesi çıksın veya çıkmasın toplu sözleşme deyimi de yerleşmiş ve tartışmasız kabul edilen bir iş hukuku kurumudur. Kaldı ki sözleşme deyimini dahi burada kullanmak son derece hatalıdır. Sözleşme tarafların anlaşması ile olur. Tarafların anlaşamaması halinde Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna baş vurulması ve bu kurulun kararının toplu sözleşme hükmünde sayılması, özellikle kamu görevlilerine grev hakkının tanınmaması 53. Maddenin işçiler için getirdiği sistemden çok farklı bir durum ortaya koymaktadır

Memurlara ve diğer kamu görevlilerine gerçek anlamda grevli, toplu iş sözleşmeli bir sistem getirilecekse önce Anayasayı 128. maddesini gözden geçirilmesi gerekir. Bu kesimin başta ücret ve diğer özlük hakları yasa yolu ile düzenleneceği 128. Maddenin açık hükmüdür. Toplu iş sözleşmesine, toplu sözleşme denmesi bir anlam ifade etmez. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu Kararı toplu sözleşme hükmündedir ifadesi 128. madde karşısında çok tartışılacaktır. 128. Maddede kamu görevlilerinin özlük hakları kanunla düzenlenir ifadesinden hareketle, söz konusu kanunundan anayasa değişikliği yapan ve yürürlüğe giren bu kanun anlaşılacaksa o zaman 128. Maddeyi de yürürlükten kaldırmak gerekirdi. Oysa bu düzenleme olduğu gibi korunmuştur.

Anayasa değişikliği ile 128. Maddeye ikinci fıkra olarak eklenen “*toplular iş sözleşmesi hakkı saklıdır*” cümlesi de fazla bir anlam ifade etmemektedir. Bu cümlenin bir anlam ifade etmesi için 128. Maddeni birinci fıkrasında hangi kamu görevlilerinin toplu iş sözleşmesi hakkında yararlanacağı, hangilerinin yararlanamayacağı belirtilmek gerekirdi. 128. Maddenin 1. Fıkrası tüm kamu görevlilerini kapsamaktadır. Bunlar arasında yargıçlar, ordu mensupları, müsteşarlar da bulunmaktadır ve bu kişilerin özlük hakları yaptıkları iş gereği sürekli kamu erkini kullandıklarından farklı bir statüde oldukları için kanunla düzenlenmek durumundadır

Genel idare esaslarına göre asli ve sürekli kamu hizmeti yapanların dar bir çerçevede ele alınması yargıçlar, güvenlik güçleri ve müsteşarlar gibi genel idare esaslarına göre kesintisiz asli bir kamu görevi yapanların grev yapmaları ve bu yoldan elde ettikleri hakları bir toplu sözleşme konusu haline getirmeleri diğer ülkelerde de kabul gören bir husus değildir. Bu nedenle bu ve benzeri kesimlerin dışında kalanları işçi statüsünde kabul edip işçilerle aynı haklardan yararlandırmak daha doğru bir yol olacaktır.

Aksi halde ister tarafların anlaşması ile olsun ister Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun kararı ile olsun ortaya konan toplu sözleşmenin getirdiği hakların özellikle ücrete ilişkin hakların doğrudan yürürlüğe girmesi mümkün değildir. Bu hakların yürürlüğe girmesi için gene de bir yasaya gerek vardır. Bu yasa da ancak bütçe yasası olabilir veya bütçe yasası ile sağlanan bir yoldan bir bakanlar kurul kararını gerektirir. Kısaca, hangi yoldan yapılırsa yapılsın ortaya çıkan toplu sözleşme kamu görevlilerine doğrudan talep edebilecekleri veya yargı kararı ile sağlayabilecekleri haklar getirmeyecektir.

İster taraflarca ister Kamu Görevlileri Hakem Kurulunca yapılsın bir toplu sözleşmesinin doğrudan devleti bağlaması düşünülemez. Ayrıca, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun oluşumu da bu nedenle kaçınılmaz bir biçimde devletin göndereceği temsilcilerin belirleyici olacağı bir kurul olacaktır.

Grev ve Lokavt haklarını düzenleyen Anayasa'nın 54. Maddenin 5 fıkrasında, “*grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda erteleme sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür*” düzenlemesi ve TSGLK m.33 de yer alan “ karar verilmiş veya başlamış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu 60 gün süre ile grevi erteleyebilir” düzenlemesi ile somutlaşmıştır. Erteleme sonunda Yüksek Hakem Kuruluna gidilmesi ve orada alınan kararın toplu iş sözleşmesi hükmünde sayılması, genel sağlık ve milli güvenlik gibi anlamları her zaman tartışılacak kavramlarla grevlerin ertelenebilmesi sürekli eleştirilmiştir. Bu nedenle AY'nın 54 madde hükmünün Anayasa'dan çıkarılması gerekirken, Anayasa'da yapılan TSGLK m.33 hükmüne benzer bir düzenleme bu defa kamu görevlileri ile toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hali için de getirilmektedir.

Yasanın 5. Maddesi, 51. Maddenin 4. Fıkrasında yer alan ve işçilerin aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olmalarını yasaklayan hükmü yürürlükten kaldırmaktadır. Anayasa'da yer almaması gereken bu düzenlemenin Anayasa'dan çıkarılması doğru bir yaklaşımdır ancak, mevcut yasada da bu yönde değişiklik yapılırsa mevcut toplu iş sözleşmesi sistemini tümü ile uygulanamaz hale getirecektir. Referanduma evet oyu verilmesini isteyen ilanlarda bu değişikliğin sendika özgürlüğü getireceği ileri sürüldüğüne göre yasada bu yönde değişiklik yapılması öngörülmektedir. Bu durumda bir işçinin aynı işkolunda aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olması halinde işveren veya işveren sendikası hangi işçi sendikasını pazarlık için muhatap alacaktır. Yasanın yetkili sendikanın belirlenmesinde işkolunda yüzde on işyerinde yarıdan fazla işçiyi üye kaydetmiş olması ilkesi nasıl uygulanacaktır? Bu durumda aynı işyerinde veya aynı işletmede birden fazla toplu iş sözleşmesi olamaz ilkesi ortadan kalkacak

işverenler için aynı işyerinde birden fazla toplu iş sözleşme yapma zorunluluğu olacak ve işyeri veya işletmelerde iş düzeni ortadan kalkacaktır. Bir kaosa yol açacak bu düzenleme sendika üyeliğini anlamsız hale getirecek ve sendika disiplini ortadan kalkacaktır. Bu yaklaşım sendikalar arasında var olan rekabeti daha da körükleyecektir. Bir kişinin aynı zamanda iki ayrı partiye üye olması nasıl kabul edilebilir bir durum değilse bir işçinin aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olması da demokratikleşme anlamına gelmez.

Referandum ile kabul edilen anayasa değişikliği kanununun 7. maddesi ile 53. Maddenin 3. Ve 7. Fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlükten kaldırılan 53. maddenin 3 fıkrasına göre “ Aynı işyerinde, aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz .“ Bu düzenlemenin de Anayasa'da yer alması gereksiz olduğu, tolu iş hukuku sistemi ile ilgili düzenlemelerin yasa konusu olacağı açıktır.

Aynı şekilde Anayasasını 54. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “ Grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikaların kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zarardan sendikalar sorumludur.” Hükmü de yürürlükten kaldırılmıştır. Yasalarda bile yer almaması gereken ve sendikaları kusursuz oldukları durumda bile sorumlu kılan bu düzenlemeyi de kaldırılması yerinde olmuştur.

Bunun gibi, 54. maddenin 7 fıkradaki Anayasa'da yer almaması gereken siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grevi ve lokavt, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişler yapılamaz düzenlemesi de yürürlükten kaldırılmaktadır.

Ancak, AY m. 54 de “ *Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz* “ düzenlemesinin yasa hükmü olarak düzenlenmesi bile tartışılabilecekken gene de bir Anayasa hükmü olarak varlığını korumuştur. Aynı şekilde Anayasa düzeyinde yer alması hiç gerekmediği halde grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerlerinin kanunla düzenlenmesini ön gören bir Anayasa hükmü de demokratikleşme kapsamında görülmediği için varlığını korumuştur.

### **3.12.2010 tarihli Sendikalar Kanunu Taslağı ile Toplu İş Hukukuna Getirilen Yenilikler**

3.12.2010 tarihli taslak esas alınarak hazırlanan bu yazı, 18.01.2011 tarihli taslağın açıklanmasından sonra değiştirilmemiştir. Yeni taslakta sendika üyeliği ile ilgili hükümlerde bir değişiklik olmamış, toplu iş sözleşmesi, grev

ve lokavt ile ilgili hükümler tamamen ortadan kaldırılmıştır. Sadece yüzde 10 barajı, binde 5'e indirilmiştir.

İki taslak arasında geçen kısa süre dikkate alınır ve daha önceki tarihlerde de başka taslakların ortaya çıktığı bilindiğine ve hangi taslağın ileride yasalaşacağı kestirilemeyeceğine göre, 3.12.2010 tarihli taslağın anlamını yitirdiği söylenemeyecektir. Bu nedenle açıklamalar gene de 3.12.2010 tarihli taslak esas alınarak yapılacaktır.

### 1) Sendika üyeliği

Taslağın dördüncü bölümünde sendika üyeliği ile ilgili konular ele alınmaktadır. Taslağın 16. maddesi on beş yaşını dolduran ve bu kanun hükümlerine göre işçi sayılanların sendika üyesi olabileceğini düzenleyerek, üyelik için on altı yaş koşulunu on beş yaşa indirmektedir. Sendikaya üye olma ve üyelikten ayrılma özgürlüğü güvence altına alındıktan sonra; *“İşçi ve işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamazlar.”* kuralı konmaktadır. Aynı fıkrada *“Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilirler.”* denerek bu kurala bir istisna getirilmektedir.

Bu düzenlemenin 12.Eylül.2010 tarihli Anayasa değişikliği gereği yapıldığı anlaşılmaktadır. Referandumla sunularak halk oylaması sonucu yürürlüğe giren yeni Anayasa değişikliği yasasının 5. maddesi, 1982 Anayasasının 51. maddesinde yer alan ve işçilerin aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olmalarını yasaklayan hükmü ortadan kaldırmıştır. Bu yoldan işçilerin aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olabilmeleri yolu açıldığı ve bunun demokratikleşmenin bir gereği olduğu da ileri sürülmüştür. Aslında bir Anayasa hükmü olarak düzenlenmesi gerekmeyen bu konunun doğrudan demokratikleşme bir ilgisi olduğu söyleyemez. Aksine bu yaklaşım sendikal faaliyetleri geniş bir biçimde engelleyerek, özellikle toplu iş hukukunu içinden çıkılmaz hale getirecektir. Özellikle toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olacak sendikanın belirlenmesini büyük ölçüde olanaksız hale getirecek, sendika disiplini ortadan kaldıracak, sendikalar arasında olumsuz bir rekabet ortamı yaratacak ve toplu iş sözleşmesi özerkliğini anlamsız hale getirecektir. Bu olumsuzluklara çarpıcı bir örnek aynı kişinin birden fazla partiye olması halinde ortaya çıkacak garip durum gösterilebilir.

Taslağı hazırlayanlar da bu garip durumu dikkate almış olmalı ki, gene işçi ve işverenlerin aynı işkolunda ve aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olamayacaklarını kural olarak benimsemişler, anayasa değişikliğine bir anlam kazandırmak ve demokratikleşme iddialarına uygun bir çözüm

olarak, bu defa aynı işkolunda ve aynı zamanda fakat farklı işyerlerinde çalışan işçilerin birden çok sendikaya üye olabileceklerini kabul etmişlerdir.

Bu durumda ancak kısmi süreli çalışanlar farklı işyerlerinde ve farklı işverenlerin işyerlerinde çalışabileceklerine göre, değişik işverenlerin farklı işyerlerinde çalışmaları halinde o işyerlerinde kurulu sendikalara aynı işkolunda olsalar dahi üye olabileceklerdir. Bir işçinin farklı işkollarında aynı işverenin veya farklı işverenin işyerlerinde kısmi statüde çalışması halinde o işyerlerinde kurulu bulunan sendikalara ayrı ayrı üye olmasına eskiden de bir engel bulunmamaktaydı. Aynı işverenin aynı işkolunda farklı işyerlerinde çalışan işçilerin ise bu işyerlerinin işverenin aynı olması halinde işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında aynı sendikaya üye olmaları gerekmektedir. Nitekim taslağın 39. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesi de *“işletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yarıdan fazla çoğunluk buna göre hesaplanır”*, diyerek bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Bu durumda farklı işyerlerinin işverenin aynı olması halinde işçinin farklı sendikaya üye olmasının bir anlamı kalmamaktadır. (aynı zamanda, aynı işkolunda, aynı işverenin farklı işyerlerinde farklı sendikalara üyeliğin mümkün olduğunu söylemek çoğunluğun belirlenmesini de olanaksız kılacağı açıktır).

Getirilen bu istisna hükmüne bir anlam kazandırılması gerekirse, bu da ancak aynı işkolunda aynı zamanda farklı işverenlerin farklı işyerlerinde kısmi statüde çalışan bir işçinin iki ayrı sendikaya üye olabilmesi ile mümkün olmaktadır.

Sonuç olarak, taslağın 39. maddesinde işkolunda yüzde on barajının kaldırıldığı da dikkate alınır, aynı işkolunda aynı zamanda iki ayrı işverenin işyerinde iki ayrı sendikaya üye olabilen kısmi statüde çalışan bir işçi muhtemelen iki farklı toplu iş sözleşmesi kapsamına girebilecektir. Bu yaklaşım işkolunda kurulu olmalarına karşın bir işyeri sendikası gibi ortaya çıkacak sendikaların, işkolundaki birden çok işyerini kapsayacak geniş boyutlu (grup toplu iş sözleşmeleri) toplu iş sözleşmeleri yapmaları yerine işyerlerini kapsayan farklı toplu iş sözleşmelerinin oluşmasına yol açacaktır. Ancak, bu yoldan grup toplu iş sözleşmelerinin engelleneceği akla gelse bile bu konumda çalışan işçi sayısının son derece az olacağı düşünülürse getirilen değişikliğin fazla bir anlamı olmayacaktır.

Bir işçinin aynı işkolunda ve aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olmayacağı kuralını bir Anayasa hükmü haline getirilmesi ne kadar anlamsızsa, aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işyerlerinde birden fazla sendikaya üye olunmasının ciddi bir demokratikleşme olarak ileri sürülmesi de o kadar anlamsız olmaktadır.

Taslağın 16. maddesinin 3. fıkrasında işçi ve işverenlerin, aynı zamanda aynı işkolunda genel kural doğrultusunda birden çok sendikaya üye olmaları halinde sonraki üyeliğin geçersiz olacağı hükme bağlamıştır. Bu düzenlemenin bir çelişki yaratmaması isteniyorsa işçilerin aynı zamanda aynı işkolunda aynı işverenin işyeri veya işyerlerinde birden fazla sendikaya üye olmaları halinde sonraki üyeliğin geçersiz olacağı şeklinde yorumlanması gerekir. Aksi halde aynı işkolunda farklı işverenlerin işyerlerinde farklı sendikaya üyeliği mümkün kılan ve birden fazla üyelik yolunu açan düzenlemenin hiçbir anlamı kalmaz

## 2) Sendika üyeliğinin elektronik ortamda gerçekleşmesi

Taslağın 16. maddesine göre “ *Sendikaya üyelik, bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine işçinin e-devlet kapısı üzerinden sendikaya üyelik talebinde bulunması ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile e-devlet kapısı üzerinden kazanılır. Üyelik başvurusu, sendika tarafından otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik kabul edilmiş sayılır. Haklı bir neden gösterilmeden üyeliğe kabul edilmeyenler, bu kararın kendilerine tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede dava açabilirler. Mahkemenin kararı kesindir. Mahkemenin davacı lehine karar vermesi halinde üyelik ret kararının alındığı tarihte üyelik kazanılmış sayılır.*”

Taslağın 16. Maddesinin 5. Fıkrası, bu düzenleme ile 2821 sayılı Sendikalar Kanununda öngörülen noter kanalı ile üyeliğin kazanılması esasından ayrılmakta ve teknolojinin olanaklarından yararlanılarak “ *Sendikaya üyelik, Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine işçinin e-Devlet kapısı üzerinden sendikaya üyelik talebinde bulunması ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile e-Devlet kapısı üzerinden kazanılır* ” yöntemini getirmektedir. Noter kanalı ile üyelik masraflı olması dışında üyelik usulünü güçleştirmekte, özellikle toplu üyelik başvurularında büyük sorunlar çıkarmaktaydı. Ayrıca üyelik konusunda itirazların önünü bir ölçüde kesse bile, özgürce sendikaya üye olabilmek bakımından sisteme yabancı ve benzeri olmayan bir yöntemdi. Bu bakımdan yapılan eleştiriler doğrultusunda bu yöntemin kaldırılması doğru olacaktır. e-Devlet kapısı ile üyeliğin bu sakıncaları ortadan kaldıracağı söylenebilir. Ancak, bu sistemin nasıl işleyeceği ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Özellikle elektronik ortamda e-Devlet kanalıyla yapılan üyelik kayıtlarının nerede toplanacağı ve nasıl korunacağı toplu iş sözleşmesi yapacak sendikanın belirlenmesi bakımından önemli olacaktır. Elektronik ortamda gelen kayıtların ayrıca yazılı olarak sağlıklı bir biçimde belgelenmelidir. Bu konu ileride toplu iş sözleşmeleri ile ilgili bölümde ayrıca ele alınacaktır.

### **3) Üyelik devamı, askıya alınması ve sona ermesi**

Taslağın 18. Maddesine göre işçi ve işveren, sendikada üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. İşçinin bir yıl işsiz kalması sendika üyeliğini sona erdirmez. Ancak işsizlik süresi bir yılı aşmışsa bu takdirde işçinin üyeliği sona erecektir. Bu düzenlemeden önce işçinin ne kadar süre işsiz kalırsa sendika üyeliğinin sona ereceği tartışmalıydı. Aslında işçinin işsiz kalması aidatını ödeyebildiği sürece sendika üyeliğini sona erdirmemelidir. İşsizlik, İşçinin sendikaya en fazla gereksinim duyduğu bir dönem olduğunu gözden kaçırmamak gerekir.

Aynı maddeye göre, işçi kuruluş ve şubeleri organlarında görev almak üyeliği sona erdirmez ve herhangi bir askeri ödev nedeniyle silah altına alınan üyenin üyelik ilişkisi bu süre içinde askıda kalır.

Taslağın 18. maddesinde üyeliğin sona ermesi de ayrıca düzenlenmiştir. Üyeliğin e-Devlet kapısı üzerinden yapılması kabul edildiğine göre, her üye işçi gene e-Devlet kapısı üzerinden çekilme talebinde bulunmak suretiyle üyelikten çekilebilecektir. E-Devlet kapısı üzerinden yapılan çekilme bildiri mi elektronik ortamda eşzamanlı olarak Bakanlığa ve sendikaya ulaştırılacaktır. Çekilme, sendikaya bildirim tarihinden itibaren bir ay sonra geçerli olacaktır. Çekilenin bir aylık süre içinde başka bir sendikaya üye olması halinde yeni üyelik bu sürenin bitim tarihinde kazanılmış sayılacaktır.

Aynı maddede üyelikten çıkarma da düzenlenmiştir. Üyelikten çıkarma genel kurul kararı ile gerçekleşecek ve gene işlem e-Devlet kapısı üzerinden Bakanlığa elektronik ortamda bildirilecektir. Ayrıca üyelikten çıkarılana da bir yazı ile tebliğ edilecektir. Çıkarma kararına karşı üye, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemeye itiraz edebilecektir. Mahkeme iki ay içinde kesin karar verecektir. Üyelik karar kesinleşinceye kadar devam edecektir.

Aynı maddenin son fıkrasında, Sosyal Güvenlik kurumundan yaşlılık, malullük aylığı veya toptan ödeme alarak işten ayrılan işçilerin üyeliklerinin sona ereceği, ancak çalışmaya devam edenler ile kuruluş ve şubelerin yönetim ve denetim kurullarındaki görevleri sırasında yaşlılık, malullük aylığı veya toptan ödeme alanların üyeliği görevleri süresince ve yeniden seçildikleri sürece devam edeceği hükme bağlanmıştır. İşkolunu değiştirenin sendika üyeliği de sona erecektir.

### **I. Toplu iş sözleşmesi hukuku bakımından getirilen değişiklikler**

Taslağın dokuzuncu bölümünde çeşitli hükümler başlığı altında yer alan 39. maddesi, 2822 sayılı Kanunun 12. maddesini bütünü ile değiştirmekte-

dir. Bu değişiklikle öteden beri çok tartışılan ve Uluslararası Çalışma Teşkilatınca da sürekli eleştiri konusu olan yetki belirlenmesinde çifte baraj sistemi ciddi bir değişikliğe uğratılmaktadır.

### 1) Toplu iş sözleşmesi ehliyeti

Taslağın 39. maddesine göre “Kurulu bulunduğu işkolundaki işyeri ve işletmelerde yeterli düzeyde örgütlenmiş, karşı taraf üzerinde toplu görüşme ve sonraki aşamalarda etkili baskı kurabilecek temsil gücüne sahip işçi ve işveren sendikaları veya ülke düzeyinde gücü ve örgütlü üye sayısı ile temayüz etmiş veya Ekonomik ve Sosyal Konsey üyesi bir konfederasyona üye olan sendikalar toplu iş sözleşmesi yapmaya ehildirler.”

Taslağın 39. maddesinin 1 fıkrası, 2822 sayılı yasanın öngördüğü toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti bakımında işkolunda kurulu bulunan bir sendikanın o işkolunda çalışan işçileri en az yüzde onunu üye kaydetmiş olması koşulunu bütünü ile kaldırmaktadır. Bunun yerine bazı kriterler getirmektedir. Bu kriterleri sırası ile ele almak gerekirse; ( 18.01.2011 tarihli Taslakta m.11 deki yüzde 10 barajı, binde 5 olarak değiştirilmiştir )

· Bir sendika kurulu bulunduğu işkolunda işyeri ve işletmelerde yeterli düzeyde örgütlenmiş, karşı taraf üzerinde toplu görüşme ve sonraki aşamalarda etkili baskı kurabilecek temsil gücüne sahip olması halinde toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olacaktır. Bu yaklaşım ilk bakışta akla uygun gelmektedir. Bir çok Batı ülkesinde benzer ölçüler dikkate alınmakta ve bu konuda fazla bir sorun çıkmadığı için bir ehliyet ve yetki sorunu ile de karşılaşılmamaktadır. Bunun nedeni sendikalar arasında bir rekabet olmaması, bu sendikaların sosyolojik olarak endüstri devrimi sonrası oluşan ve gelişen işçi sınıfı hareketi içinde doğup gelişmiş olmaları ve bu yoldan tarih içinde doğal bir büyüklüğe ve güce ulaşmış olmalarıdır. Böyle olunca bu tür niteliklere sahip bir sendikanın belirlenmesinde genel bir kabul olduğu için bir sorun çıkmamaktadır.

· Oysa ülkemizde sanayileşmesinin geç başlaması nedeni ile sendikalar ancak yasa koyucunun çizdiği sınırlar içinde oluşabilmişler; önce yasaklanan, daha sonra yasalar ile kurulmalarına izin verilen, 1961 Anayasası ve onu izleyen Anayasalarda güvence altına alınan sendika kurma özgürlüğü çerçevesinde hızlı bir örgütlenme girişimi olmuş, ancak bu kısa süreli gelişim sendika çokluğu ve sendikalar arasında rekabete yol açmıştır. İşyeri düzeyinde de kurulabilen ve toplu iş sözleşmesi yapabilen sendikalar hem birbirleri ile rekabet eder hale gelmişler, hem de işverenin işyeri düzeyinde etkisi altına girmişlerdir.

Sendikaların işkolu düzeyinde kurulmaları zorunluluğu ve işkolunda yüzde on ve işyerinde yüzde elli artı bir çoğunluğu bulma zorunda olmaları da bir ölçüde sendika enflasyonunu engellemiş olsa da bu defa işkolu düzeyinde kurulan sendikalar arasında rekabet sona ermemiş, aynı işkolu düzeyinde kurulu sendikaların aralarında ve üye oldukları işçi konfederasyonları arasındaki rekabeti engelleyememiştir. Ülkemize özgü ve işçi sendikalarının var oluş ilkelerine de aykırı bu olgu karşısında, üye sayıları esas alınmadan hangi sendikanın işkolunda yeterli düzeyde örgütlenmiş ve karşı taraf üzerinde toplu görüşme ve sonraki aşamalarda etkili baskı kurabilecek bir temsil gücüne sahip olduğu nasıl ve neye göre saptanacaktır. Bu nedenle yüzde on gibi yüksek bir oran yerine daha kabul edilebilir bir büyüklük ve gücü yansıtabilecek yüzde üç veya dört gibi bir oran öngörülebilirdi.

· Bir diğer kriter ise bir sendikanın toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olabilmesi için ülke düzeyinde gücü ve örgütlü üye sayısı ile temayüz etmiş veya Ekonomik ve Sosyal Konsey üyesi bir konfederasyona üye olmasıdır. Bilindiği gibi 12.Eylül. 1980 askeri darbesi sendikal faaliyetleri tümü ile yasaklamış veya kurulu bulunan sendikaları kapatmıştır. O dönemde güçlü bir konfederasyonu kapatmakla kalmamış, tüm mal varlığına da el koymuştur. Bu konfederasyon ve ona üye sendikalar, daha sonra getirilen çifte barajın da etkisi ile eski güçlerine ulaşamamışlardır. Ancak, geçmişteki güçlerini yitirmiş olsalar dahi itibarlarını hala korumakta ve söz konusu konfederasyon bugün Ekonomik ve Sosyal Konsey üyeliğini korumaktadır. Ülkemizde kurulu bulunan üç işçi konfederasyonunun temsil gücüne sahip oldukları konusunda bir kuşku yoktur. Bu durumda bu üç konfederasyona üye olan işkolu düzeyinde kurulu bulunan sendikaların ülke düzeyinde ne ölçüde örgütlenmiş olurlarsa olsun toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olduklarını kabul etmek gerekir. Aksi halde sistem mevcut konfederasyon ve onlara üye sendikaların bir kısmı aleyhine sonuç verecek ve bunların tasfiyesine de yol açabilecektir. Yasa yolu ile tasfiye ileride büyük sorunlar çıkarabilir.

## **2) Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulu**

Taslak, toplu iş sözleşmesi sistemine Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulu adında yeni bir kurum getirmektedir. Taslağın 39. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulu, Bakanlık Çalışma Genel Müdürü başkanlığında, Bakanlıkça belirlenecek bir daire başkanı, Ekonomik ve Sosyal Kon-*

*sey üyesi iş konfederasyonları tarafından belirlenecek üç üye ve biri kamu işverenlerinden olmak üzere en çok işveren mensubu olan işveren konfederasyonunca seçilen iki üyeden oluşur. Kurulun çalışma esas ve usulleri Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.”*

Bu kurul, karma nitelikte bir kurul görünümünde olmasına rağmen hukuki niteliği taslakta belirtilmemiştir. Kurulun özerk bir yapıya sahip ve kamu hukuku tüzel kişiliğinde olup olmadığı da taslakta açıkça ortaya konmamıştır. Kurulun Çalışma esasları Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceğine, başkanın da Çalışma Genel Müdürü olacağına ve Bakanlıkça belirlenecek bir daire başkanının da kurulda görev alacağına göre, bakanlık bünyesinde kurulacak bu kurulun özerk bir yapıya sahip olduğu söylenemeyecektir. Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulunun başlıca görevi ilgili sendikanın başvurusu üzerine onun toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olup olmadığının belirlenmesidir.

39. maddenin 2. fıkrasına göre, *“bir sendikanın taraf olma ehliyetinin bulunup bulunmadığı veya bu ehliyetin kaybedildiği, ilgili sendikanın veya işkolunda kurulu diğer sendikaların ya da işverenin talebi üzerine Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulunca gerekli araştırma ve tespitlere dayalı olarak en geç 30 gün içinde belirlenir ve belgelenir. Talep belirlenen sürede sonuçlandırılmadığı takdirde sendika toplu sözleşme yapmaya ehil sayılır. Olumsuz tespit belgesini alan ilgililer, karara karşı altı işgünü içinde mahalli iş mahkemesine dava açabilirler. Mahalli iş mahkemesi kararını verir. Kararın temyizi halinde Yargıtay iki ay içerisinde davayı sonuçlandırır.”*

Bu düzenlemeye göre toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen bir sendika önce Bakanlık Ehliyet Tespit Kuruluna başvuracak taraf olma ehliyetine sahip olup olmadığının belirlenmesini isteyecektir. İş kolunda kurulu diğer sendikalar ile işveren de aynı yönde talepte bulunabileceklerdir. Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen bir sendikanın bu yönde bir talepte bulunması doğal olmakla birlikte, işkolundaki diğer sendikalar ile işverenin de aynı yönde talepte bulunmasının anlamı sadece ilgili sendikanın toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olmadığının saptanması olabilir. Bunun anlamı da ehliyet talebine karşı bir itiraz olabilir ancak. Kurul 30 gün içinde gerekli araştırma ve tespitlere dayalı olarak ilgili sendikanın talebi ile ilgili olarak kararını verecektir. Talep belirlenen sürede sonuçlandırılmadığı takdirde sendika toplu iş sözleşme yapmaya ehil sayılacaktır. Olumsuz tespit belgesini alan ilgililer, karara karşı altı işgünü içinde mahalli iş mahkemesinde dava açabilecektir. Mahalli iş mahkemesi 30 gün içinde kararını verecek. Kararın temyizi halinde Yargıtay iki ay içinde davayı sonuçlandıracaktır. Bir sendikanın toplu iş sözleşmesi ehliyetine, yani işkolunda yüzde on barajını aşır

aşmadığının belirlenmesinde eskiden Bakanlıkta her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanacak istatistikler esas alınırken, bu defa yeni değişiklik ile yüzde on barajı yerine getirilen yeni kriterler açısından ehliyeti Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulu belirleyecektir. Karar gene yargı denetimine tabi olacaktır.

Görüldüğü gibi yeni düzenleme eski sistemden fazla bir farkı olmayan bir toplu iş sözleşmesi ehliyeti belirleme usulü benimsemektedir. Sendika üyeliğinin elektronik ortamda yapılması ve noter aracılığı ile üyelik yolunun terk edilmesi bir reform niteliğinde görülebilir. Ancak, e-Devlet kapısı üzerinden sendikaya yapılan üyelik başvuruları kesinleşince; bu defa, 39. maddenin son fıkrası uyarınca “*Bakanlık yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır*” kuralı gereği üyelik kayıtlarının Bakanlığa gönderilmesi gerekmektedir. Bunun anlamı, üyelik kayıtları eskisi gibi gene Bakanlıkta toplanacak ve istatistiki olarak düzenlenecektir. Elektronik ortamda üyelik başvurusu sendikaya yapılacak ve sendika kesinleşen üyeliği Bakanlığa bildirecektir. Bakanlık bu üyelik bilgilerini toplayacak, istatistiki olarak değerlendirecek ve bu bağlamda Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini de esas alacaktır. Her işçi, sendikaya üye olmak zorunda olmadığına göre, bir işyerinde veya işletmede çalışan tüm işçiler Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilse dahi bunlar aralarında sendikaya üye olan ve olmayan işçiler olarak gene Bakanlıkça ayrı bir tasnife tabi tutulacaklardır. Mevcut sistemde de üyelik kayıtları Bakanlıkta tutulduğuna ve taraf olacak sendikanın ehliyeti ve yetkisi buna göre belirlendiğine göre, getirilen sistemin bir fark yarattığı söylenemez.

Fark belki araya Bakanlık Tespit Kurulunun devreye girmesi ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu yaklaşım sistemi daha da ağırlaştırmaktadır. Sendikanın ehliyetinin belirlenmesi Kurula verilmiş olmasının da fazla bir anlamı yoktur. 39. maddenin 2. fıkrasına göre bir sendikanın taraf olma ehliyetinin bulunup bulunmadığı veya kaybedildiği, ilgili sendikanın .....talebi üzerine kurulca gerekli araştırma ve tespitlere dayalı olarak en geç 30 gün içinde belirlenecek ve belgelenecektir. Kurul bu belirlemeyi ve belgelendirmeyi neye göre yapacaktır? Doğal olarak kendisinde hiçbir belge ve kayıt olmadığına göre Bakanlıktan elde edeceği bilgilere göre yapacaktır. Bunun ne gibi yararı vardır, anlamak mümkün değil. Üstelik bu kurul özerk bir yapıya da sahip olmadığı için bağımsız karar alması da mümkün değildir. Alacağı karar Bakanlığın kendisine verdiği belgelere dayanacaktır. Üstelik belirlenen sürede talebi sonuçlandırmadığı takdirde sendika toplu sözleş-

me yapmaya ehil sayılacaktır. Bu durumda doğrudan Bakanlıkça verilen belgeler doğrusunda sendikanın ehliyeti kesinleşmiş ve buna karşı yargı yolu kapalı olacaktır. Çünkü madde hükmüne göre, sadece olumsuz tespit belgesi alınması halinde karara karşı altı iş gününde mahalli iş mahkemesine dava açabilecek, kararın belirlenen sürede verilmemiş olması nedeni ile kesinleşmiş olması halinde ise buna karşı yargı yoluna gidilemeyecektir.

### 3) Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi

Taslağın 39. maddesinin 4. fıkrasına göre “ *Toplu iş sözleşmeye ehliyetli işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde çalışan işçilerin yarından fazlasının kendi üyesi bulunması halinde bu işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir. İşletme toplu iş sözleşmeleri işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yarından fazla çoğunluk buna göre hesaplanır.*”

Bu düzenleme ile bir sendikanın toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda örgütlü olan işçilerin yüzde onunu üye kaydetmiş olmasını arayan hüküm değiştirilmiş ve yüzde on barajı kaldırılmıştır. Ancak, taslakta yer alan yeni düzenlemeye göre ehliyete sahip olan sendikanın, işyerleri ve işletme toplu iş sözleşmesine taraf olabilmek için eskiden olduğu gibi işyeri veya işletmede çalışan işçilerin yarından fazlasını üye kaydetmiş olması kuralı korunmuştur.

07.05.2010 t. Ve 5982 s. Kanununun 6. maddesi ile yürürlükten kaldırılan AY. m. 53 fıkra 4 hükmüne göre “*Aynı iş yerinde, aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz*” . Bu düzenlemenin Anayasa'dan çıkarılması doğru olmuştur. Bu hükmün yürürlükten kaldırılması yasa koyucuya bu konuda değişik düzenlemeler getirme olanağı sağlamıştır. Aslında aynı işyerinde, aynı dönemde birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi, toplu iş sözleşmesi özerkliği sistemi ile bağdaşmaz. Toplu iş sözleşmesi ile işyerinde veya işletmelerde sağlanmak istenen düzen, barış ve güven ilkeleri ortadan kalkar. Taslak da bu doğrultuda teklik ilkesine uygun olarak işyeri veya işletmelerde yarından bir fazla üyeye sahip olan sendikaya toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi tanıyarak, toplu iş sözleşmelerinde çokluk ilkesini benimsememiştir.

İlginç olan toplu iş sözleşmesi ehliyetinin belirlenmesinde Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulu gibi yeni bir kurum oluşturulup bir reform yapılmaya çalışılırken, aynı ölçüde önemli olan toplu iş sözleşmesi yetkisinin belirlenmesinde bu Kurul devre dışı bırakılmış ve Bakanlık tek yetkili olarak kalmıştır. Bu düzenlemeye göre Bakanlık yukarıda belirtildiği gibi yine yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönde-

rilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alacaktır. Böylece iki başlı bir sistem oluşturulmuştur.

Taslağın 40 maddesi, 2822 sayılı Kanununun 13. maddesinin birinci fıkrasını değiştirmiştir. Buna göre “*Bir toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına yazılı olarak başvurarak 12. maddede belirtilen şartlara sahip olduğunun belirlenmesini ve sözleşmenin kapsamına girecek işyeri veya işletmelerde başvuru tarihi itibarıyla Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan bildirimlere göre çalışan işçi ile üyelerinin saptanmasını ister.*”

Taslağın 39. maddesinin son fıkrasında öngörüldüğü üzere Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alacaktır. Bu durumda getirilen değişiklikler ile toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili sendikanın belirlenmesine hangi kolaylıkların sağlandığı ve bu yönde gerçekleri yansıtan sağlıklı bir usul getirilip getirilmediği gene tartışma konusu olacaktır. Toplu iş sözleşmesi yapmayı kolaylaştırma ve sağlıklı bir yapıya ulaştırma amacı ile getirilen bu değişiklikler istenen sonuca ulaşmayacaktır. İşçi, sendikaya e-Devlet kapısından üye olsa bile üyeliği Bakanlığa aynı yoldan bildirmeyeceğine göre bildirim usulü ne olursa olsun nihayet sendika kendisi üye kayıtlarını Bakanlığa bildirecektir. Burada sahteciliği önlemek nasıl olacaktır. Bildirilen üye kayıtları eskiden olduğu gibi Bakanlıkta toplanacak ve gene burada yapılan kayıt ve değerlendirmelerin, istatistiklerin sağlıklı olup olmadığı gene tartışılacaktır. Bu arada Kurulun işlevi de anlamsız kalacak ve sisteme öngörülenin aksine bürokratik ek bir külfet daha getirilmiş olacaktır.

Taslağın 41. maddesi 2822 sayılı Kanunun yetki itirazını düzenleyen 15. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesini değiştirerek “*Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunu temsil edemeyen sendika yetki, itirazında bulunamaz*” hükmünü yürürlükten kaldırmıştır. Bu durumda işkolunda kurulu tüm sendikalar temsil gücü ne olursa olsun yetki itirazında bulunabileceklerdir. Bu hüküm, yüzde on barajının kaldırılmasının doğal bir uzantısı olarak kabul edilse bile en azından itiraz için belir bir temsil gücü kriteri aranması gerekirdi. Bu temsil gücü de ancak işkolu düzeyinde aranması halinde bir anlam ifade edecektir. Bu temsil gücü oranı işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunu örgütlemiş olmak şeklinde olmasa bile en azından yüzde üç gibi oran aranabilirdi. Aksi halde büyük küçük her sendika itirazda bulunabileceğine göre yetki itirazlarının çözümü tamamen olanaksız hale gelecektir.

Bu düzenlemelerden çıkarılacak önemli bir sonuç ise, iş kolu düzeyinde kurulan bir sendika, o işkolunda yüzde on çoğunluğa sahip olma zorunda olmayacağı için salt Ekonomik ve Sosyal Konseye üye bir işçi konfederasyonuna üye olması nedeni ile ehliyete sahip olması bakımından yeterli sayıldığından, pekâlâ ülke düzeyinde örgütlenmese de, işkolunda kurulu olduğunu ileri sürse ve tüzüğünü buna göre oluştursa dahi bir işyeri veya işletme sendikası gibi faaliyette bulunması da mümkün olabilecektir. Bu yolun açık olması ileride bir anlamda açıkça meslek sendikası denmese de meslek esasına dayalı görünüşte işkolu olan sendikaların oluşmasına neden olabilecektir

#### **4) Toplu iş sözleşmesi özerkliği kapsamında sendikanın ehliyet ve yetkisinin belirlenmesi**

Sağlıklı ve gerçek anlamda bir toplu iş sözleşmesi özerkliği sisteminin kurulması halinde ancak, bugüne kadar bu sistemin işlemesine engel olan olumsuzluklar ortadan kalkabilir. Batı ülkeleri bu konuda örnek alınabilir. Çünkü, toplu iş sözleşmesi özerkliği, piyasa ekonomisini kabul etmiş demokratik ülkelerde işçi ve işverenlerin, demokratik yapıya ve işleyişe sahip örgütleri aracılığı ile devletin vesayeti altında olmadan kendi ilişkilerini kendilerinin belirlemesi, özellikle üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve özgürlüklerini düzenlenmesi ve korunması ortamını sağlar. Sosyal devlet olmanın gereği olarak devlet, gene de zayıf olanın, korumasız olanın yanında yer olmak zorunda olmakla birlikte toplu iş sözleşmesi özerkliği sisteminin alternatifi değil onun tamamlayıcısıdır.

Bir ülkede toplu iş sözleşmesi özerkliğinin temel kurumları olan sendika özgürlüğü, grev ve toplu iş sözleşmesi özgürlüğü varsa, kamu erkini kullanarak yasalar ve idari işlemler ile bu alanda devletin karışmasının mümkün olduğunca en aza indirilmesi esastır. Oysa taslak tam bunun aksini yaparak eskiden beri var olan bürokratik yetki prosedürünü Bakanlık vesayetinde, sistemi öncekine göre biraz değiştirerek yeniden gereksiz bir biçimde devreye sokmaktadır.

Bu konuda beş öğretim üyesinden oluşan bir bilim kurulunun hazırladığı taslak, belki özerkliği tam olarak sağlamasa da bir örnek oluşturabilir. Bu kurul, demokratiklik ve özerklik ilkelerini dikkate alarak AB ve İLO normları çerçevesinde ülke koşullarını da göz önünde tutarak bir öneri taslak hazırlamıştı. Bu taslakta “ Toplu İş İlişkileri Kurulu ” adında yeni özerk bir kurum oluşturulmuştur. Buna göre “*Toplu İş İlişkileri Kurulu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olup, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe haiz, idari ve mali bakımdan özerk, yönetim kurulunca iş*

*ve sosyal güvenlik hukuku ile endüstri alanında yetkin adaylar arasından seçilen bir başkanın başkanlığında, yönetim kurulu üçü devlet, en fazla üyeye sahip üç işçi konfederasyonundan birer temsilci ile en fazla üyeye sahip işveren konfederasyonunun göndereceği üç temsilciden oluşan ve bu kanunda belirtilen görev ve yetkileri haiz bir kamu kuruluşudur. “*

Toplu İş İlişkileri Kurulu, toplu iş ilişkileri sistemimiz bakımında yeni bir kurumdur. Özel hukuk hükümlerine tabi, tüzelkişiliğe sahip, idari ve mali bakımdan özerk bir yapıya sahip olan bu kurul, bu güne kadar İLO tarafından da çok eleştirilen devlet vesayetini geniş ölçüde ortadan kaldırmakta, toplu iş sözleşmesi özerkliği sistemini kendi başına işler bir hale getirmektedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olması özerk yapısını etkilememekte, sadece, gerekli olduğu ölçüde kendi örgütlenmesini tamamlayınca kadar, Bakanlık bürokrasisinden yararlanmasını sağlamaktadır. Devlet tarafından görevlendirilen üyelerin dışında, taraflarca da seçilen üyelerden oluşan Kurul yönetimi, bağımsız bir yapıya sahiptir. Taraflarca seçilen üyeler kararlarını bağımsız olarak verebilmektedirler.

Kurul'un başlıca görevleri; işyerinde yürütülen asıl işin hangi işkoluna girdiğinin tespiti, sendikaya üye olan işçilerin üyeliklerinin Kurul'un merkezi veritabanına kaydı, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kazanan sendikaya yetki belgesi vermek ve bu belgenin verilebilmesi için kaçınılmaz olan sendika üye sayısını veri tabanındaki kayıtları esas alarak belirlemek ve sendika üye ilişkisinin sağlıklı bir biçimde oluşmasını sağlamaktır. Bu nedenle üye kayıt sisteminin noter kanalı ile oluşmasına burada da son verilmiş, sendika aracılığı ile doğrudan Kurul'un veri tabanına üyelik kayıt ve istifa sistemi oluşturulmuştur. Sendika üyeliğinin merkezi veritabanına kaydından sonra, Kurul üye olan işçiye üyelik işlemini Tebligat Kanunu uyarınca bildirecek ve bu yöntem ile üye işçi tarafından onaylanacak belge esas olacaktır. Böylece noter aracılığı ile üye kayıt sisteminin getirdiği bürokrasi ve masraflar ortadan kalkmış olacaktır. Üyelikte ve üyelikten çekilmede noter şartı kaldırılarak, işçinin adı, soyadı, adresi, vatandaşlık numarası, sosyal güvenlik numarası ve çalıştığı işyeri numarasını içeren bilgilerinin girilmesi ile Toplu İş İlişkileri Kurulu tarafından oluşturulacak internet ortamındaki kayıtların esas alınması gerçekleşecektir. Üyelik belgelerinde sahtecilik belirlenmesi durumunda ise gene Taslak'ta öngörüldüğü şekilde sendika yöneticilerine ağır yaptırımlar uygulanacaktır.

Kurul'un görevini bağımsız ve tarafsız bir biçimde yürütmesi, sendika üyeliği ve çoğunluğun hem işkolu düzeyinde hem de işyeri düzeyinde sağlıklı bir biçimde belirlenmesi, zaman içinde yetki itirazlarını azaltacak, bu itirazlarla büyük yük altında olan iş mahkemelerinin yükü azalacaktır. Kurul'un

özerk yapısı içinde üye kayıtlarının doğru ve sağlıklı bir biçimde yapılması ile bu konudaki yetki itirazları anlamsız hale gelecektir. İş mahkemeleri, Kurul kararlarına güven duydukları ölçüde bilirkişiler aracılığıyla üye kayıt fişi incelemesi yoluna gitmeye gerek duymadan, doğrudan kurul kararlarına itibar edeceklerdir. Yetki itirazları ile boğuşmak zorunda kalmadan sendikalar toplu iş sözleşmesi prosedürünü işleterek zamanında toplu iş sözleşmesi yapma olanağına kavuşabileceklerdir.

Toplu İş İlişkileri Kurulu'nun özerk yapısını genişletmesi ve kendi yapısı içinde uzman birimleri oluşturarak kurumlaşması, Bakanlık tarafından yürütülen birçok işin üstlenilmesini sağlayacak ve böylece Bakanlık, büyük bir iş yükünden kurtulabilecektir.

Görülüşü gibi öngörülen Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulu'ndan tamamen farklı tam anlamıyla özerk bir yapıya sahip bir Kurul ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca, Bilim kurulunun hazırladığı taslakta yer alan düzenlemeye göre *“Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün (%3) üyesi bulunduğu işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde ve işyerlerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının kendi üyesi bulunması halinde bu işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir. İşletme sözleşmesi için bu oran yüzde kırk (%40) olup, hesaplanmasında işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır. Yüzde kırk (%40) oranının birden çok sendikandan sağlanması halinde en fazla üyeye sahip olan sendika bu işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.”* Bu düzenleme ile ülke düzeyinde gücü ve örgütlü üye sayısı ile temayüz etmiş bir sendikayı belirlemek gerektiğinde en azından işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünün bu sendikada örgütlenmiş olması aranmakta ve böylece gerçek anlamda bir işkolu sendikasının ortaya çıkması sağlanmaktadır ve bu konuda objektif bir ölçü de getirilmiş olmaktadır. İş yeri bakımından eskisi gibi yarısından fazla üyeye sahip olma ölçütü korunmakla birlikte, işletme toplu iş sözleşmeleri için bu oran yüzde kırk olarak belirlenmekte, yüzde kırkı birden çok sendikandan sağlanması halinde ise en fazla üyeye sahip olan sendika bu işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili kabul edilmektedir.

Bu sistem, Bakanlıkça yürütülen toplu iş ilişkileri sistemi ile ilgili işlerin neredeyse tamamını özerk bir yapıya sahip Toplu İş İlişkileri Kuruluna devretmekte ve gerçek anlamda toplu iş sözleşmesi özerkliğini sağlamaktadır. Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulu için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir.

Bilindiği gibi, Uluslararası Çalışma Teşkilatı, 2821 ve 2822 sayılı kanunların bazı hükümlerini, İLO'nun 87 sayılı Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi ile 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi'nin temel ilkelerine aykırı bulmaktadır.

Sendikal örgütlenmenin zorunlu olarak işkolu düzeyinde olması, meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamaması, işyerinin hangi işkoluna gireceğinin Bakanlık tarafından belirlenmesi gibi konular serbest örgütlenme hakkına aykırı görülmektedir. Bu eleştiriler dikkate alınarak, yukarıda da belirtildiği gibi, işyerinin hangi işkoluna girdiğinin belirlenmesi yetkisinin Bakanlıktan alınıp Toplu İş İlişkileri Kurulu'na verilmesi uygun görülmüştür. Kurul'un, özerk bir yapıya sahip olması nedeni ile politik etkilerden bağımsız bir şekilde uzmanca işkolu belirlemesi yapması beklenir.

Sendikaların sadece işkolunda örgütlenmesi ve işyeri sendikalaşmasına olanak tanınmaması ise ülke koşullarından kaynaklanan bir durum olduğu gerekçesi ile genellikle kabul edilmekte ve örgütlenme özgürlüğüne aykırılık oluşturmadığı ileri sürülmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, endüstrileşmenin gecikmesi, buna bağlı olarak bir işçi sınıfının oluşmaması, küçük işletmelerde çalışan işçilerin bir sınıf bilincine ulaşamamaları ve bu doğrultuda örgütlenememeleri karşısında, 1950'li yıllardan sonra demokratikleşme sürecine giren ülkede yasa yolu ile örgütlenme özgürlüğünün önü açılmaya çalışılmıştır. Özellikle 1960 Anayasası ile toplu iş sözleşmesi özerkliğinin temel kurumları olan sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları kurumları çalışma yaşamına kazandırılmıştır. Bu gecikmeler nedeni ile batı ülkelerinde olduğu gibi 19. yüzyıl başlarından itibaren köklü ve özgür bir sendikacılık gelişmemiş, gecikmeli de olsa yasaların sağladığı olanaklarla kurulu buldukları işyerlerinde ve işkollarında birbirleri ile rekabet eden ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi alabilmek için acımasızca mücadele eden sendikalar ortaya çıkmıştır. İşyerlerinde, kimi zaman işverenlerinde girişimi ile yüzlerce küçük ve etkisiz sendikalar kurulmuştur. Bu olumsuzluğu gidermek için gene yasa yolu ile sendikaları güçlendirmek ve işveren karşısında etkili olmalarını sağlamak amacı ile sendikaların işkolu düzeyinde kurulması esası benimsenmiştir. Günümüzde endüstri alanında ciddi gelişmeler olmasına rağmen bu yapıda çok büyük bir değişiklik olduğu söylenemez.

### **5) Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili**

Taslağın 38. maddesi 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasını değiştirmiştir.

Taslağın 38. maddesine göre “ *Bakanlar Kurulu, bir işkolunda en çok üyeye sahip olan sendikanın yapmış olduğu toplu iş sözleşmesini o işkolundaki işçi ve işveren sendikaları veya ilgili işverenlerden birinin veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının talebi üzerine, Yüksek Hakem Kurulunun görüşünü aldıktan sonra tamamen veya kısmen veya zorunlu değişiklikleri yaparak o*

*işkolunun toplu iş sözleşmesi bulunmayan diğer işyerlerine veya bir kısmına teşmil edebilir. Teşmil kararnamesinde kararın gerekçesi açıklanır.”*

İşkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu temsil eden işçi sendikalarından en çok üyeye sahip olan sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesinin teşmil edilebileceğini düzenleyen 2822 sayılı Kanunun 38 maddesi, aynı taslakta işkolunda yüzde on barajının kalkmış olması nedeni ile değiştirilmiş ve bir işkolunda işçilerin yüzde onunu temsil etmese dahi, o işkolunda en çok üyeye sahip olan bir sendikanın yapmış olduğu toplu iş sözleşmesinin teşmil edilebileceğini hükme bağlamıştır. Doğal olarak yüzde on barajı kalktığına göre buna uygun bir düzenlemenin getirilmesi gerekmektedir. Bunun dışında TSGLK m.11 de başka bir değişiklik getirilmemiştir.

### **I. Grev ve Lokavt Hukuku Bakımından Getirilen Değişiklikler**

Taslak grev ve lokavt ile ilgili bazı önemli değişiklikler yapmıştır. 2822 sayılı Kanunun grev ve lokavt yasakları ve ertelemeyi düzenleyen ikinci bölümünde yer alan bir çok hüküm yürürlükten kaldırılmış, grev erteleme uygulamasına da son verilmiştir.

Taslağın 42. maddesi 2822 sayılı Kanunun 29, 30, 31,32,33,34 ve 52 maddelerini kaldırmış, “ Grev ve Lokavtın Yasaklanması” başlıklı 29. maddeyi eklemiştir.

Bu durumda 29. maddede yer alan “*yasağın bulunduğu işler*“, 30 maddede yer alan “*yasağın bulunduğu yerler*” 31. madde yer alan “*geçici yasaklar*” 32. maddede yer alan “*Yüksek Hakem Kuruluna başvurma*” 33. madde yer alan “*grev ve lokavtın ertelenmesi*”, 34. maddede yer alan “*Erteleme döneminde uyuşmazlığın çözümü*” hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. 52. maddede yer alan ve “*Grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve yerlerdeki uyuşmazlıklarda taraflardan her biri 32. madde uyarınca Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir gibi grev ve lokavtın ertelendiği hallerde erteleme süresi sonunda Çalışma Bakanı da Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir*”. hükmü de anlamını yitirdiği için aynı şekilde yürürlükten kaldırılmıştır.

Bunun yerine 42. maddenin 2. fıkrasında “*İlgililerin veya Bakanlığın talebi üzerine, kararlaştırılmış ya da uygulanmakta olan grev veya lokavt, kamu düzeni veya kamu sağlığı bakımından sakıncalı görülmesi haline yetkili mahkeme kararıyla, grev veya lokavt kapsamındaki işyeri veya işlerde tamamen veya kısmen, sürekli veya geçici olarak yasaklanabilir.*” kuralı getirilmiştir.

Aynı maddenin 3. fıkrasında da “*Hâkim gerekli görmesi halinde talep üzerine veya kendiliğinden dava sonuçlanıncaya kadar tedbir olarak grev ve*

*lokavttın uygulanmasını durdurabilir. Kararı temyizi halinde Yargıtay kesin karar verir.”*

Taslak, 2822 sayılı Kanununun 52 . maddesini tümü ile yürürlükten kaldırarak, Yüksek Hakem Kurulunu tamamen işlevsiz hale getirmiştir. Ancak, 52. maddeyi izleyen ve Yüksek Hakem Kurulun kuruluşu, uyuşmazlıkları inceleme usulü, kararlarının niteliği gibi maddeler ise işlevsiz kalmalarına rağmen yürürlükten kaldırılmamışlardır.

Taslağın 42. maddesinin 2. fıkrası, kararlaştırılmış olan bir grevin daha uygulamaya geçmeden ya da uygulandığı sırada, kamu düzeni veya genel sağlık bakımından sakıncalı görülmesi halinde ilgililerin veya Bakanlığın talebi üzerine yetkili mahkemece tamamen veya kısmen, sürekli veya geçici olarak yasaklanabileceğini düzenlemektedir. Böylece, yetkili mahkemelerce kamu düzeni ve genel sağlık gibi kapsamlı ve içeriği çok tartışmalı olan kavramlarla grevin yasaklanabilinmesi yolu açılmakta; bu gibi durumlarda uyuşmazlığın en azından Yüksek Hakem Kurulunca yapılacak bir toplu iş sözleşmesi ile çözülmesini de tamamen engellenmektedir.

Oysa Taslak, 2822 sayılı Kanunun Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma başlıklı 52 maddesini bütünü ile yürürlükten kaldırmış olmasına karşın, yürürlükte olan Anayasa'nın 54. maddesi 3. fıkrası “*grev ve lokavttın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işler kanunla düzenlenir*” hükmü ile 5. fıkrasındaki “*Grev ve lokavttın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararı kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.*” hükmü karşısında Taslaktaki düzenlemenin anayasaya uygunluğu nasıl açıklanacaktır ?

Ayrıca yetkili mahkemenin hâkimi, kendine göre yorumlayacağı kamu düzeni ve genel sağlık ölçütlerine dayanarak uzun uğraşlardan sonra yetkiyi alabilmiş ve uzun toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sonucunda anlaşma sağlanamadığı için grev kararı alan ve gene aşılması zor ve bürokratik usul engellerini aşabilen bir sendikanın grev kararını veya uygulamasını grev kapsamındaki işyerlerinde veya işletmelerde tamamen veya kısmen, sürekli ve geçici olarak yasaklayabileceği gibi; talep üzerine veya kendiliğinden dava sonuçlanıncaya kadar uygulamasını da tedbir olarak durdurabilecektir. Kararın temyizi halinde Yargıtay kararı kesindir.

Grev veya Lokavttın sürekli veya geçici olarak yasaklanmasını isteyebilecek ilgililerin kimler olduğu taslakta belirtilmemiş, kendini bir şekilde ilgili gören herkesin talepte bulunabileceği kabul edilmiştir. Bu ilgililer, taraflar

mı yoksa işkolundaki diğer sendikalar mı yoksa grevden etkilenebilecek vatandaşlar mıdır ?

2822 sayılı TSGLK'nu, değiştirilmesi tasarlanan hükümler dışında kalan hükümleri ile geçerli olduğuna göre yetki safhasındaki bilinen engeller aşıldıktan sonra, toplu görüşme, grev kararı alma ve uygulama usulündeki bir eksikliğin veya hatanın grevi yasa dışı kılacağı bilindiğine göre, buradaki somut aykırılıkların talep üzerine grev karar alınmadan önce, karar alındıktan sonra olduğu gibi tamamen ve kısmen, sürekli veya geçici olarak yetkili mahkemece bu yöndeki işlemler de yasa dışı sayılacak mıdır ? Taslak kararlaştırılmış ve uygulanmakta olan grevden söz ettiğine göre, henüz kararlaştırılmadan önce usul eksikliği ve hatası için ayrıca dava açılması mı gerekecektir?

Anayasa'nın yürürlükte olan ve 13.05.2010 tarihli 5982 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramayan 54. maddenin 2. fıkrasına göre "*Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz*" düzenlemesi de dikkate alınırca yetkili mahkemeye bu gibi gene kapsamlı ve içeriği yorumlayana göre değişebilen nedenlerle de gidilebilecek grev ve lokavtlar yasaklanabilecektir.

Bilindiği gibi, 13.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun 1982 Anayasasında bazı değişiklikler yaparken 54. maddesinin 7. fıkrasından yer alan "*Siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grevi ve lokavt, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yapılamaz.*" hükmünü de yürürlükten kaldırılmıştır. Aslında Anayasa'da yer alması gerekmeyen bu hükmün yürürlükten kaldırılması doğru olmuştur. Ancak, bu tür eylemlerin artık yasalara uygun olarak yapılabileceğini söylemek mümkün değildir. Yürürlükte olan ve Taslak tarafından değiştirilmeyen hükümler çerçevesinde bu tür eylemler gene de yasa dışı grev olarak nitelendirilecektir.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU** (*Oturum Başkanı*)- Sayın konuklar, taslakların uçtuğu bir ortamda Sayın Hocamız gayet güzel konuları işlemiştir. Öncelikle toplu iş sözleşmesi özerkliğini ele almıştır, fakat benim dikkatimi çeken nokta kendiliğinden doğan bir sistem olmalı; yani ihtiyaç diyorsunuz, bu düzenlemeyi getirmeli, yoksa vesayet makamının bir düzenlemesini reddediyorsunuz. Bu benim de katıldığım bir düşünce. Cılız sendikacılığın değil, güçlü sendikacılığın doğru olduğunu söylüyorsunuz, ama tabii burada açıklanması gereken şey güçlü sendikacılığın yolu veya güçlü sendikacılığa biz nasıl varırız, herhalde onu sorularda yanıtlayacaksınız. Sendikal özgürlük konusu gündeme geldi, daha sonra 1961 Anayasası ve bu son değişikliklerle bir bütünlük içerisinde konuyu izah ettiniz büyük bir ustalıkla. Size teşekkür ediyorum.

**SORU- YANIT**

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU** (*Oturum Başkanı*)- Sayın konuklar, oturumun bu tartışma bölümünde sorular alacağız. Soru sormak isteyen arkadaşlar önce isimlerini lütfetsinler. Yalnız, Hocamın özel bir istirhamı var, çabuk gidecek, bir sağlık sorunu var. O nedenle 5 soruyla ben sınırlandırıyorum yetkime dayanarak.

**İsmail BAYER-** Benim sorum bu toplu iş sözleşmesi düzeninin nasıl gelişeceğine ilişkin. Öncelikle bir tespit yapmak gerekiyor sorunun anlamlı olabilmesi için: Türkiye’de toplu iş sözleşmesi düzeni iki senedir dondurulmuş durumda, çünkü 21-22 sayılı yasal düzenlemelerle yüzde 10 barajını geçecek ve senede iki kez yüzde 10 barajını geçen sendika toplu sözleşme yapabilecek. Ama iki senedir bu sistem donduruldu. Nasıl donduruldu? 2009 kışında kanun çıkarıldı ve 2010’dan itibaren artık Çalışma Bakanlığına bildirim yapılmayacak, Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacak bildirimler esas alınacak. Bunun çerçevesinde şöyle bir çelişki var: Sendikalar Kanununun işkolu farklılaşmasıyla Sosyal Güvenlik Kurumunun işkolu farklılaşması ayrı. Bu durumda yeni bu düzenlemeyle bunun fiilen yapılması mümkün değil. Bunun fiilen yapılmasının mümkün olmadığını herhalde hükümet de biliyor ki Kanunun 2010’daki uygulamasını önce bir erteledi, sonra bir erteledi, bu yılbaşında bir kez daha erteledi ve erteleme süresi de bitti. Şimdi Haziran ayındayız, Temmuz ayında istatistikler yayımlanacak mı, yayımlanmayacak mı? Eğer Temmuz ayında istatistikler yayımlanmayacaksa sigorta istatistiklerine göre alınacak listeye göre Türkiye’de toplu iş sözleşmesi yapacak sendika yok, karmaşası bir yana, yüzde 10 barajını geçen. Peki, o zaman şimdi hükümet herhalde Haziran ayı içinde bunu tekrar bir 6 ay erteleyecek; yani hükümet kendi çıkarttığı Kanunu iki senedir erteleyerek geçiştiriyor ve sistemi donduruyor.

Yalnız, burada şöyle bir durum var: Bundan hiç kimse şikâyetçi değil. Mesela yüzde 10 barajını geçen sendika Türkiye’de yok mu, “*ben niye toplu sözleşme yapamıyorum*” demiyor veyahut da yüzde 10 barajının altında düşen sendika yok mu, işverenler “*bu yüzde 10 barajının altında*” diye dava açmıyor; yani bir gizli anlaşma var, yazılı olmayan bir anlaşma var. Dondurulmuş sistemi devam ettiriyoruz. Bu dondurulmuş sistem belirttiğiniz yasa tasarısı değişikliklerinde hiç değinilmiyor. Peki, o zaman 2011’in Temmuzundan itibaren istatistikler yayımlanacak, toplu sözleşme düzeni nasıl olacak gerçekten bir muamma.

Siz hep tasarı, tasarı şeklinde anlattınız. Bir tespit yapalım, onların hepsi bildiğim kadarıyla bir nevi tartışma malzemesi. 58. hükümet, 59. hükümet

ve 60. hükümet bu 9 yıllık süreç içinde hükümet tasarısı haline gelmiş olan Sayın Bakanın Cenevre'ye giderken 60. hükümetin ilk Bakanı uçağa binerken Türkiye Büyük Millet Meclisine sunduğu tasarı, o tasarımı da bir daha gören, tutan yok. O zaman 8 yıldır hükümetin bir politikası yok bu konuda. Bu durumda Türkiye'deki toplu sözleşme düzenini yeni bir düzenleme yapılırken, Anayasa değiştirirken bile hâlâ ortada bir şey yokken nasıl yapılacak, nasıl görüyorsunuz durumu?

Buradan hareketle ikinci açıklamam, siz nispeten açıkladınız, iki sendikaya üyelik konusu; işverenler "*hayır, biz bunu istemedik*" diyor, işçi sendikaları "*hayır, biz bunu istemedik*" diyor. Nereden çıktı bu iki sendikaya üyelik konusu ve bu iki sendikaya üyelikle ilgili olarak bu sistemin tümünün dışında bir olay ne olacak?

Bir de hoşgörünüze sığınarak sabah sormadığım, siz mi cevaplarsınız, Fazıl Hocam size soru sorarken mi cevaplar, Ekonomik Sosyal Konsey diye bir şey var, bunu bir de Anayasaya yazdık. Bu Anayasaya yazmamız sonucu şu anda Anayasa hükmü artık Ekonomik Sosyal Konsey. 1990'lı yıllarda genelgeyle başladık, 2000'li yıllarda kanun çıkarttık, sonra yönetmelik çıkarttık ve kanuna da yazdık: Ekonomik Sosyal Konsey en geç üç ay içinde toplanır. Yasal yükümlülük, Ekonomik Sosyal Konsey üç ayda bir toplanacak. Yasa uygulanmıyordu, şimdi bu Anayasaya da yazıldığına göre Anayasa'nın hükmü yerine getirilmiyor. Bu Anayasa'nın hükmünün yerine getirilmemesini; yani Ekonomik Sosyal Konseyin toplanmamasını yükümlülüğü yerine getirmemek olarak mı değerlendirmemiz lazım, görevi ihmal olarak mı değerlendirmemiz lazım? Anayasayı ihlal veya mesela bu sendikalar toplu sözleşmelerle ilgili yasaları Ekonomik Sosyal Konseyden geçirmezsek Anayasayı ihlal olarak mı değerlendirmek lazım, Anayasal hükmü ihmal olarak mı değerlendirmek lazım? Giderek anayasal suç mu oluşuyor?

**Av. Abdi PESOK-** Saygıdeğer Hocama verdiği bilgilerden dolayı gerçekten minnettarız, özellikle de toplu iş sözleşmesi özerkliğine önem verip öncelikle onu anlattığı için, çünkü bütün konuştuğumuz konuların merkezi toplu sözleşme özerkliğidir. Eğer bu özerkliği yeterince değerlendiremeyecek ve uygulayamayacak olursak, düzenlemeyle, hangi yasal düzenlemeyle ne hak getirilirse getirilsin bunların uygulama olanağı bulmayacağı kanaatindeyim. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinden bahsederken Saygıdeğer Hocamız bunun sendika kurma hakkı, ki Anayasa'nın 51. maddesi, toplu iş sözleşmesi hakkı, ki Anayasa'nın 53. maddesi ve grev hakkı ve lokavt Anayasa'nın 54. maddesini içerdiğini belirtti, ki tartışmasız bir tespittir bu. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin vesayet kabul etmediği kimsenin tartışamayacağı bir konudur, devletin karışmaması gerektiği yine kimsenin itiraz edemeyeceği bir

esastır. Peki, yargının rolü ne olacaktır diye sordu ve cevabını verdi. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinde yargı toplu iş sözleşmesi özerkliğini koruyacak şekilde yorumlamak zorundadır. Eğer mevzuatta ne yazılırsa yazılsın toplu iş sözleşmesi özerkliğini yargı özerklik anlamında yorumlamaz ise, artık orada o mevzuat ne yazarsa yazsın toplu iş sözleşmesi özerkliğinden bahsedemeyiz.

Hocama şunu sormak isterim: Acaba toplu iş sözleşmesi özerkliği...

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU-** Affedersin, sorunuzda şöyle bir şey var, siz şunu mu diyorsunuz? Toplu iş sözleşmesinde ne yazarsa yazsın buna müdahale edilemez, toplu iş ...

**Av. Abdi PESOK-** Hayır.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU-** Öyle demiyorsunuz. Demek ki yargı buraya müdahale edebilir mi diyorsunuz?

**Av. Abdi PESOK-** Yargı müdahale eder demiyorum efendim. Yargı hukuka uygun yorumlamalıdır diyorum. Tabii ki ben de hukukçuyum, yargıda görev alanlar da hukukçu, ben de yanılabilirim, yargıda görevli olanlar da yanılabilir, ama söylediğim sadece bu, ama "*toplular iş sözleşmesi ne yazarsa yazsın buna kimse müdahale etmesin*" demek hukukçu anlayışıyla bağdaşmaz, ben de öyle bir şey söylemedim.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU-** Evet, teşekkür ederim.

**Av. Abdi PESOK-** Ama, toplu iş sözleşmesi özerkliği, Mevzuatta ve evrensel hukuk anlayışında yer alan bir husustur. Anayasa'da yer alan bu Toplu İş Sözleşmesi özerkliği, yine Anayasa'da yer alan 48. maddedeki girişim özgürlüğü gerekçe gösterilerek ortadan kaldırılabilir mi? Tabii ki hukukla bağdaşmayan bir hüküm gelecek olursa girişim özgürlüğü değil, ama hukukla bağdaşmadığı gerekçesiyle geçerliliği tartışılabilir, ama, girişim özgürlüğü bütün Anayasa hocalarının söylediği gibi, ki Sayın Hocamızın da belirttiği gibi, toplu sözleşme özerkliği de bu çerçevede değerlendirilir, kişiler arasındaki münasebetten ziyade devlete karşı korunması gereken özerkliklerdir. Toplu sözleşme özerkliğinin daha ötesinde girişim özerkliği yahut özgürlüğü, tamamen devlete karşı korunmak amacıyla Anayasaya konduğu bütün Anayasa hukukçuları tarafından söylenen bir konudur.

Bu çerçevede değerlendirdiğimizde, girişim özgürlüğünü başlı başına gerekçe gösterip yine yasalarımızda belirtilen toplu iş sözleşmesine konulabilecek hükümler 2822 sayılı Yasanın 5. maddesine veya Borçlar Yasasında genel sözleşmelerin geçersizliğiyle ilgili genel ahlaka ve yasaların emredici kurallarına aykırı olmayan bir toplu sözleşme hükmü, girişim özgürlüğü

gerekçesiyle ortadan kaldırılabilir mi? Eğer bu toplu iş sözleşmesi hükmü 2822 sayılı Yasanın 5. maddesine uygun bir şekilde, ona aykırı olmayacak bir şekilde, Borçlar Yasasına göre genel ahlaka ve emredici yasa kurallarına aykırı olmayacak şekilde düzenlenmişse, Anayasa'da hani yatay etki dediğimiz konuyu da değerlendirecek olursak, nasıl değerlendirme yapacağız? Girişim özgürlüğü kılıcı demokles'in kılıcı gibi eğer orada durursa, serbest pazarlıktan, toplu sözleşme özgürlüğünden ve hatta genel olarak Toplu İş Sözleşmesi özerkliğinden bahsedilebilir mi? Bu konuda aydınlanmak istiyorum.

Bir de, Sayın Hocam, ben uzun yıllardır sendikalarla iç içe çalışmaktayım. Bu toplu sözleşme yetkilerinde 274 ve 275 sayılı yasalar döneminde de bu mesleği icra ettim, gelişimini biliyorum az çok. Bu e-devlet konusunun benim kanaatime göre bugünkü durumu bile aratacak yanlışlıklar doğuracağı fikrindeyim, çünkü biz bu ülkede yaşıyoruz, bu ülkenin insanların yapısını bilerek değerlendirmemiz lazım. Benim kanaatim bugünkü hükümet de bizim insanımızın yapısını bilerek değerlendirdi. Toplu iş sözleşmesini tamamen ortadan kaldıracağı kanaatindeyim. E-devlet konusu, işçi, işe girerken, hani şifresi var herkesin diyoruz ya, bu gözden kaçıyor mu yahut yeterince dillendirilmiyor mu? işveren işçiye “gel kardeşim, seni işe alacağım, şu e-devlet şifreni de bana ver, öylece işe alıyorum” diyecektir, bugünden belli. Eğer böyle bir durum olacaksa, hiç değiştirmesinler. Ama bugünkü mevzuatı beğeniyor muyuz? Örgütlenmenin önünde kocaman bir noter şartı, kocaman bir noter masrafı ve noterlerin çalışma saatleri var engel olarak. Eğer bütün bunlar olacaksa, bu yeni mevzuat gelecekse hiç gelmesin, sadece ve sadece noterlerin devlet adına kestiği harçlardan işçiden alınmayacağı hükmü getirilsin, noterlerin çalışma saatleriyle sınırlı olmaksızın çalışabileceği getirilsin. Bu beğenmediğimiz sistem dahi öbür sistemden daha yararlı olacağı kanısındayım.

**Av. Necdet OKCAN-** Gerçekten iki tebliği de bütünleştirdiğimiz zaman Türkiye’de artık bu mevcut sistemin tıkanıklığının doruk noktasına çıktığı ve gerçekten bir reform ihtiyacı kendisini dayatıyor. Ben de 1976 yılından bu yana Türkiye sendikal hareketiyle ilgilenmiş, onun içinde olan bir kişi olarak gerek 274-275 sayılı yasalar, gerek 2821-2822 sayılı yasaların getirdiği sistemin bir sisteme devlet eliyle bir müdahaleyi katı bir şekilde içeren bir sistem önerdiği, işyeri odaklı, işyerinin dışında bir sendikal modeli öngörmeyen Amerikan modeli tipli sendikacılığın bizzat Türkiye’ye o dönemin siyasileri tarafından getirildiğini görüyorum.

Şimdi artık kaçınılamaz bir noktadayız. Niye? Türkiye Avrupa Birliği üyeliği önünde sıra bekliyor, müzakereler başladı. Avrupa Birliği 19 numaralı

sosyal politika ve istihdam faslı için açılış kriteri olarak İLO sözleşmelerine uyumu getiriyor. “Eğer İLO sözleşmelerine uymazsanız ben bu faslı açmam” diyor. Aynı zamanda sendikal yasalara ciddi eleştirileri var. İLO’ya geldiğimiz zaman İLO bu yasaların, 2821-2822 sayılı yasaların kabul edildiği 1983 yılından bu yana çeşitli defalar Türkiye’yi Aplikasyon Komitesine aldı ve hatta özel paragrafta yer aldık. Şimdi son 4 yıldır da İLO’nun ciddi gündeminde Türkiye. Bu sene de şu anda 25 ülke Sendikal Haklar Komitesinin gündemine alınan ülkeler arasında ben son aldığım bilgiye göre. Burada kaçınılmaz bir durum var, hem de Sayın İsmail Bayar’ın anlattığı gibi sistem şu anda bloke olmuş durumda. Niye sizin anlattığınız taslaktaki binde 5’in bir anlamı var? Çünkü o binde 5 Türkiye’de şu anda mevcut sendikal hareketin mevcudunu koruyabilen bir baraj seviyesi, çünkü o binde 5’in yüzde 1’e bile tahammülü yok sistemin. Yüzde 1 olarak barajı, yüzde 10 işkolu barajı getirdiğiniz anda yüzde 80’i sendikaların baraj altında kalıyor ve artık toplu sözleşme yapamayacak duruma geliyor. 1980 yılında nüfus 40 milyon, çalışan işçi sayısı yaklaşık olarak 7 milyon kayıt dışıyla beraber, sendikalı işçi sayısı 2,5 milyon. Türkiye bugün 70 milyonu aşmış nüfusu, 20 milyona kayıt dışıyla beraber gelmiş, sendikalı sayısı 600 000’e gitmiş. Tabii, istihdam biçimlerinde değişiklik var, artı küreselleşmenin etkisiyle işletmeler çok büyümüş, Türkiye’nin her tarafında mağazaları var. Bu modelle yürümüyor.

Avrupa’ya baktığımız zaman, eleştiriler geldi, Fevzi Hocam eleştirdi; acaba işkolu sendikacılığına mı gidiyoruz, sektörel sendikacılığa mı gidiyoruz, ama Avrupa bunu çözmüş. Devlet kimsenin hangi sendikaya, kaç tane sendikaya üye olduğuna bakmıyor, güçlü sendikalarla oturup toplu sözleşme sektörel düzeyde, işkolu düzeyinde, Türkiye çapı düzeyinde, hatta şimdi küresel sözleşmeler gündemde. Avrupa’da artık Volkswagen’le oturuyorlar Volkswagen’in kurulu olduğu bütün ülkelerdeki sendikalar karşı karşıya geliyor, Avrupa çapında toplu sözleşme imzalıyorlar ve bunu da teşmil müessesesiyle bütün o sektördeki işçilere teşmil ediyorlar. Şimdi bizde var teşmil müessesesi, hiç kullanmadığımız, yıllardır kullanmadığımız, en son hükümet bir bankalara teşmil etmeye bir deneme yaptı, fakat hemen çok kısa sürede işverenlerden aldığı tepkiyle geri döndürdü.

Dolayısıyla, Anayasa’nın 53. maddesindeki çok düzeyli toplu sözleşme, o yasağın birden fazla sendikal toplu sözleşme yapılamayacağı ve uygulanamayacağına ilişkin kuralın kalkması bu anlamda önemli bir açılım sağlamıştır. Yeterli değildir, çünkü grev hakkı Fazıl Hocamın anlattığı gibi büyük, bütün kasvetiyle hem Anayasa’da, hem yasada sınırlamalar durmaktadır. Bu işin özü aslında grevdir. Biz eğitimlerde anlatıyoruz, sosyal mücadele tarihinde

önce grev var; yani işçiler önce oturup toplu sözleşmeyi hiç bilmedikleri yerde bıçak kemiğe dayandığı zaman önce grev yapmışlar, sonra işverenin “ya, ne oluyor, bir dakika, gelin bakalım, anlaşalım, konuşalım” demesi üzerine toplu sözleşme icat olmuş. Dolayısıyla birbirini tamamlayan müesseselerdir. Bugün yaptığımız bu tartışmaların bu yasa koyucuya, umarım, bir işaret olur bir model yaratması bakımından. Ben tekrar teşekkür ederek sözlerimi bitiriyorum.

Benim sorum şöyle: Hocam, “*toplu sözleşme özerkliği için güçlü sendikacılık olması gerekir*” dedi. Bugün Türkiye düzeyinde baktığımız zaman genelde sendikaların yeni örgütlenmelere gidemediğini görmekteyiz. Sendikalar ancak mevcut işyerlerindeki toplu iş sözleşmesi kurulmuş işyerlerindeki varlıklarını sürdürebilme derdindedir. Yeni örgütlenmeye gittikleri anda ya bir alt işverenlik müessesesiyle karşılaşılıyor veya o işyerindeki çalışan işçilerin tamamının işten çıkartılması gibi bir durumla karşılaşılıyor. Bundan dolayı da sendikaların yeni örgütlenmeye gitmedikleri, hatta üç konfederasyonun ayrı yeni yerlerde örgütlenmek yerine birbirlerinin işyerlerini kapma mücadelesi verdiklerini görüyoruz. Bundan da işveren şu şekilde faydalıyor: İşçinin herhangi bir hakkını işçiye sunmadığı durumlarda veya işçinin iş akdinin feshinde eğer o işyerinde sendika varsa, bütün sorumluluk işverenden çok sendikanın üzerine yıkılıyor. Sanki işverenin günah keçisi konumuna getirilmiş durumda şu anda sendikalar Türkiye’deki mevcut durumu itibarıyla.

9. Hukuk Dairesi'nin mevcut kararlarına baktığımızda bireysel iş hukuku alanında yasanın da önüne geçen öncü normlar üreten kararlarını görmekteyiz, fakat toplu iş hukukunda buna ilişkin kararları ısrarla bekliyoruz. Örneğin, bir kamu işyerlerindeki hizmet alım sözleşmelerinin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda ben hâlâ tereddütlüyüm. Alt işverenlik mi, yasanın 2 taksim son maddesine baktığımız zaman daha önce hizmet alım sözleşmesiyle iş alan yüklenicisi, işçisi olarak çalışmış veya o kamu kurum ve kuruluşunda geçici veya vizeli işçi olarak çalışmış olanların çalıştırılmasına ilişkin hüküm konulamaz derken, 4734 ve 4735’te buna ilişkin cezai sorumluluklar getirilmişken biliyoruz ki bütün işyerlerinde, kamu işyerlerinde iş alan kamu işvereni sadece ya o kamu işverenin yetkilisi veya belediyelerse, özellikle belediye başkanlarının kurduğu paravan şirketler ve göstermelik şirket ortakları vasıtasıyla sürekli alt işverenliğe gidildiği ve alt işveren dediğimiz hizmet alımı, yüklenicisi değişmesine rağmen işçilerin otomatikman sürekli devam ettiklerini görmekteyiz. Acaba burada örtülü boto-işverenliği mi var, yoksa geçerli alt işverenlik sözleşmesi mi var, bunun niteliğini bir türlü çözemedik.

Tahmin ediyorum en geç 2015 yılında Türkiye’de bir tane sendikalı işçi kalmayacak. Bu durumda sendikalı işçi olmadan, sendika olmadan toplu iş sözleşmesi özerkliğinden nasıl bahsedebiliriz? Ayrıca sendikal tazminatın 31 sonundaki sendikal tazminatının iş güvencesine dayandırılması mantıklı mı, değil mi, onun bir cevabını almak istiyorum.

**Doç. Dr. Talat CANBOLAT-** Anayasa reformu adı altında yapılan oylamadan sonra son değişiklikten sonra yeni bir taslak ortaya çıkmadı. Bizim konuştuğumuz temel taslak, o da gerçek bir taslak haline getirilmedi, çünkü hükümet bunu sahiplenmedi, Meclise de sevk edilmedi. Burada birden fazla sendikaya üyelik eleştirildi. Birincisi, biz iki şeyi birbirinden ayırmamız lazım; sendikal örgütlenme ayrı bir şeydir, toplu iş sözleşmesi kolektif müzakere ayrı bir şeydir. Bu yönde de Türkiye çok eleştirilmiştir, çünkü meslek sendikacılığı ve işyeri sendikacılığını yasaklayan hüküm Türkiye’de iki faslın açılmasının önüne engel olarak konulmuştur. Dolayısıyla, iki ayrı kanun hazırlandı, bunlardan bir tanesi tamamen örgütlenme hakkının önünü açmak için her türlü örgütlenmeyi serbest bıraktı. Bunlardan bir tanesi eğer istiyorlarsa, işyeri sendikacılığı da kurulabilir, eğer isteniyorsa, meslek sendikacılığı da kurulabilir sadece örgütlenme hakkı yönünden. Lakin, toplu iş sözleşmesi bundan tamamen bağımsız olarak ayrı tasarı hazırlandı, burada yine işkolu muhafaza edildi ve sendikalara toplu iş sözleşmesi yapabilmek için Türkiye’de güçlü sendikacılıktan bahsediyoruz. Toplu sözleşmenin bir işkolu sendikacılığının olduğu yerde baraj zorunludur. Lakin, Türkiye’deki işçi sendikası konfederasyonlarının üçü de baraj kalksın diye geliyorlar, ısrar ediyorlar, binde 5 baraj dahi çok bulunuyor. Arkadaşlar, nasıl bir güçlü sendika olabilir? Türkiye’de bir işkolunda yüzde 1’i dahi temsil etmeyen bir sendika nasıl mücadele edebilir, nasıl müzakere edebilir, hangi isteklerini kabul ettirebilir? Binde 1’in altındaki bir sendika, binde 5, nasıl, ben bunu anlamakta son derece zorlanıyorum. Dolayısıyla, güçlü sendikacılık evet. Birden fazla sendikaya üyeliği de bizim bu anlamda değerlendirmemiz lazım.

Nitekim, taslak diyor ki, aynı düzeyde birden fazla üyelik yasaktır; yani birden fazla sendikaya üye olabilecekseniz siz işyeri sendikasına üye olabilirsiniz, bir mesleğe üye olabilirsiniz, bir de işkoluna, lakin aynı işkolunda iki sendikaya üye olamazsınız, işyerinde kurulu birden fazla sendikaya da üye olamazsınız. Bunu bu manada anlamak lazım.

Taslak son derece Türkiye’de olmayan, dünyada ender, çok güzel bir konu getirdi, bence bunun değerlendirilmesi lazım; birlikte müracaat. O da şudur: birden fazla sendika ister yüzde 50 çoğunluğu geçmiş olsun, isterse geçmemiş olsun, birlikte gidip yetki alabilme imkânı getirildi. Bu da sen-

dikaların birbirlerini yıpratmaları yerine birlikte kolektif bir müzakerenin temeline uygun olarak, örneğin, yüzde 1 barajını geçemiyor mu, yüzde 10 barajını geçemiyor mu, yüzde 50'yi geçemiyor mu, iki-üç sendika bir araya gelecek, müracaat edecek, diyecek ki “*bizim toplam çoğunluğumuz dikkate alınarak bize bir yetki verin*”. Bunun bence önünün açılması gerektiğini düşünüyorum.

Grev lokavt yasakları yönünden de yine bence son derece büyük bir reformdur, yasak tamamen Kanundan kaldırılmıştır. Bu hakimlere bırakılıyor. Biz yasağı getirseniz de nihai denetimi yargıç yapacak zaten. Bu nedenle bizim yargıca böyle bir sorumluluk yüklenir mi diye değil de Kanuna bunu getirdiğiniz zaman da itiraz ya da açılan davaların Kanuna uygun olup olmadığının denetimini de zaten yargıçlarımız yapıyor. Öyleyse, yine özgürlükçü açısından taslak şunu getirdi: İşyeri ve işyerlerindeki grev lokavt yasağını tamamen kaldırdı, hiçbir yasak koymuyorum, ama hakim istiyorsa, alınmış bir grev kararı veya şeyi, giderseniz, hakime anlatırsınız bunun sonuçlarını, kamu düzeni midir, milli ekonomi midir, ikna ederseniz hakim bunu erteler veya kaldırır. Bunun da bence yine güçlü sendikacılık açısından desteklenmesi gerektiğini düşünüyorum.

**Doç. Dr. Murat ENGİN** (*Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku Anabilim Dalı Başkanı*)- Talat Bey arkadaşımın, meslektaşımın söylediklerine önemli ölçüde katılıyorum. Yalnız, güçlü sendikacılık konusunda bir-iki şey ben de söylemek istiyorum. Kendi kişisel gözlemlerim, hukukçu olarak çalışmalarım Türkiye’de bana şunu gösterdi son yıllarda özellikle: Sarı sendikacılık, güçlü sendikacılık kavramlarının küçük, büyük sendikayla artık ilgisi kalmamış. Yılların büyük sendikaları, konfederasyon üyesi büyük sendikalar Türkiye’de sarı sendika gibi işlev görebiliyorlar. Küçük sendikalarsa, daha farklı gerçek anlamda sendikacılık yapabiliyor. Zannediyorum ki o klasik büyük sendika, güçlü sendika, işkolu temelinde örgütlenen sendika modeli ve bu işkolu temelinde örgütlenen sendikanın mutlaka güçlü, mücadeleye sendika olacağı kabulü artık bu bir, evet, teorik olarak böyle olmakla birlikte Türkiye’de günümüzde artık çok da geçerli değil. Bu nedenle ehliyet yetki sistemi düşünürken işkolu sendikacılığı, işyeri sendikacılığı yerine daha farklı bir yöntem, mesela durum tespiti, referandum, temsil gücü gibi daha o anki temsil gücüne ağırlık verecek sistemlere yönelmekte fayda olacağını düşünüyorum. Bu bakımdan belki binde 5’e indirilmesini Talat Bey eleştiriyor, ben tersine eleştirmiyorum, çünkü zaten yüzde 10 sendikacılığının yürümediği meydana büyük sendika dediğimiz sendikaların da bir kısmının hiç olmazsa hiç de büyük sendika vasfına yaraşır hareket etmediği de bazı somut örneklerden bilinen bazı somut örnekleri vardır.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU** (*Oturum Başkanı*)- Evet, biz teşekkür ediyoruz.

Görüleceği üzere akademik yaşamda da çelişkili fikirler var. Bu çelişkili düşüncelerden doğruların çıkacağını ümit ediyoruz. Sayın Hocamın yanıtlarından sonra kendime de söz hakkı vereceğim.

**Prof. Dr. Devrim ULUCAN**- Efendim, bütün soru soran arkadaşlara teşekkür ederim. Büyük çoğunlukla katkı niteliğinde sorular, gayet de ilginç sorular. Bazı sorular karşısında tabii acz içinde kalıyorum; yani o sorulara bugüne kadar cevap veremedik, bundan sonra şu anda cevap vermek de son derece zor. Ancak, sırayla şöyle bir gözden geçirirsem, bu İsmail Bayar'ın sorduğu sorular son derece teknik, ama şu anda ben onu bir şekilde yorumlayıp şöyle olması gerekir, böyle olması gerekir diye bir sonuca varmam son derece güç, çünkü mesela Ekonomik Sosyal Konsey eskiden de vardı, Anayasaya konmasıyla yepyeni ortaya çıkmış bir şey değil. Demokrasilerde mevcut kurumların yaşama geçmesi, işlerlik kazanması demokratikçe düzeye erişmiş toplumlarda çok daha rahat işler. Bizde o yaklaşımlar henüz oluşmadığı için biz bocalama içersindeyiz, demokrasimiz tam oturmadığı için, demokratik kurumlar da tam oturmadığı için sistem işlemiyor. Bir gereksinimi karşılasaydı Ekonomik Sosyal Konsey, önem verilseydi toplanırdı. Fakat ondan bir netice çıkartılamadığı ortada ki Anayasaya kadar tekrar çıkartıldı, konu; yani biz bir şeyi yazmakla çok rahatlıyoruz. Yazıldığı zaman varız zannediyorsun, halbuki yürümüyor, olmuyor.

İki sendikaya üyelik, Talat arkadaşımınkiyle birlikte cevaplandırayım. Mevcut sistem içinde iki sendikaya üyelik büyük sorun çıkartır. Konuşmamda da söyledim, sistemi siz oluşturursanız, değindim meslek sendikacılığı söz konusu olduğunda, bu arada üzerinde durmam gereken bir nokta vardı, örnek olarak verecektim, yazılı metinde var: Benim de içinde bulunduğum değerli meslektaşım Sarper Süzer'in de başkanlığında bir komisyonun hazırladığı taslakta meslek sendikacılığı da öngörülmüştü, hatta iki sendikaya üye olması da orada düşünülebiliyordu; yani esas büyük sendika, ama mesleğin sendikası da içinde olup hareket edebileceği; O bir sistem meselesi. Dediğiniz gibi öyle bir sistem oluşturulursa pekala olabilir. Mesela, toplu sözleşme yetkisi almakla birden fazla sendikaya, diğer sendikal hakların korunması bakımından oluşturulabilir. Zaten Avrupa Birliği normlarına, İLO normlarına ters değil. Ama benim eleştirdiğim, billboard'a bunu büyük demokratik bir şeymiş gibi koyup "*birden fazla sendika, birden fazla toplu sözleşme, yaşasın*" filan diyecek bir durum yok, onun için söyledim.

Toplu iş sözleşmesi düzeyi nasıl gelişecek? İlk başta bir tablo çizmeye çalıştım; yani hayal ettiğimiz bir tablo, belki gerçekleşir, bazı hayaller sonra-

dan gerçekleşiyor. Orada bu toplu iş sözleşmesi özerkliği sisteminin kurulabilmesi, güçlü sendikaların ve sağlıklı, ekonomik yapı içinde ciddi işveren kesiminin; yani sendikayı kabul eden, sendika özgürlüğünü kabul eden, grevin, toplu sözleşmenin birer piyasa ekonomisinin kurumu olduğunu kabul eden bir işveren kesiminin de olduğu bir ortamda bunlar rahatlıkla işleyebilir, rahatlıkla bir araya gelebilir.

Burada ne yapılabilir diye biz o komisyonla yaptığımız çalışmada üyelikten başlayarak bir sistemin sağlıklı oturması lazım. Çünkü bizde daha üyelikte başlıyor sorun; yani işçi sendikaya nasıl üye olacak? Bir kere, olduğu zaman işten atılır mı, atılmaz mı meselesi uzun zamandır tartıştığımız mesele. Mesela biz o komisyon çalışmasında devlet vesayetinden kurtulmak için, bu diğer konuşmacılara da bir yanıt olacak, bir özerk toplu iş ilişkiler kurulu oluşturulmasını... İngiltere’de bu sistem varlığını sürdürüyormuş. Bu komisyondaki arkadaşımız çalışmalarıyla gelmişti. Orada tamamen işçi, işverenlerin oluşturduğu, temsilcilerin oluşturduğu bir kurul, ciddi anlamda özerk bir kuruluş, göstermelik bir özerk kuruluş değil. Yine üyelik elektronik ortamda oluyor, tabii, sizin görüşlerinize katılıyorum, o sakıncalar çok büyük, ciddi şekilde var, ama buradaki fark şurada: Burada bizim önerdiğimiz sistemde elektronik ortamda üyelik doğrudan doğruya kurula bildiriliyor, kurul sendikaya bildiriyor. Halbuki e-devlet kanalıyla sendika elektronik ortamda üye kaydediyor, sonra onu Bakanlığa bildiriyor ve Çalışma Bakanlığının bir kuruluşunda toplanıyor. Halbuki üyeliklerin, kim nerede, hangi sendikaya üye olduğunun, üye kayıtlarının o özel kuruluştaki, tamamen Bakanlığın vesayeti dışında o özerk kuruluştaki toplanması ve yetkinin oradan verilmesi öngörülmüştü bir örnek, belki buradan bir şey çıkartılabilir diye. Ama başından beri söylüyorum, sendika üyeliğinin gerçekten sağlanabileceği, sendikaya işçilerin rahatlıkla üye olup işverenlerin de bunu kabul ettiği bir ortamda güçlü sendika zaman içinde oluşur. Nasıl oluşur? Örneğini verdim, toplu sözleşmeye görüşmeye çağırdığında işveren karşısındaki ciddi, büyükçe bir sendika görürse, işçiler de biz bir araya geldiğimiz zaman, çoğaldığımız zaman güçlüyüz, yoksa bir anlam ifade etmiyor dediği zaman sendikayla oturur masaya eğer gelmezse grev hakkı doğar; yani barışçı yolu denedikten sonra grev baskısı, orada işler grev, çünkü grev istisnai bir olaydır, iki tarafı keskin bir silahtır, ancak masaya oturmaması halinde kullanılan bir olaydır, anlaşmazlık halinde de devreye girer. O nedenle Batı ülkelerinde grevler bir gün, yarım gün, bir saat, iki saat sürüyor, bizdeki gibi 365 gün bir grev değil, bizdeki yapılanlar grev değil. O bakımdan bu sistemin oluşması tabii sihirli bir değnek gibi bunlar da bir çözüm yolu değil. Sosyolojik gelişmeleri bazen biz arkasından takip ediyoruz. Biz şimdi önde düşünmeye çalışıyoruz bunu,

ama sosyolojik gelişmeler arkadan geliyor ve bize bambaşka bir tablo ortaya koyuyor ve hukukçular olarak o maddi koşulları dikkate alarak birtakım düzenlemelere gitmeye çalışılıyor.

Bu yargının rolü toplu sözleşme özerkliği sisteminde; orada çok iyi bakmak lazım. Batı ülkelerinde de yargının rolü var, fakat yargı yetkili sendikanın belirlenmesi, kim yapacakta değil, toplu sözleşme normlarının uygulanmasına uyumsuzluk çıkması halinde yargıya gidildiğinde yargı toplu sözleşmenin normatif hükümlerini neye göre yorumlayacak? Taraflar yorumlamıyorlar ve bir anlaşmazlık çıkıyor, bir uyumsuzluk, bir hak uyumsuzluğu çıkıyor toplu sözleşmenin uygulanması konusunda. Orada normatif hükümlerin yorumlanmasıyla boş doğrucu hükümlerin yorumlanması farklı. Normatif hükümlerin yorumlanması bir bakıma bir sözleşme ürünü olduğu için o norm belki kaçınılmaz şekilde sözleşmelerin yorumu ilkelerini de dikkate almak lazım; yani tarafların gerçek iradesini istiyor. Ama ikincisi, objektif bir norm olduğu için, bir normatif nitelikte onun normatif objektifliği dikkate alınarak yorumlanması lazım; yani yasa yorumu gibi yorumlanması gerekiyor. İşte, burada yargıya ihtiyaç var. Yargı tabii, orada taraflar anlaşamazlarsa, hak grevi de olmadığına göre yargı bunu çözümleyecek. Yargı zaten çözümlenmiş Batı ülkelerinde. Örgütlenme özgürlüğünden grev hakkını çıkarmış, örgütlenme özgürlüğünden toplu sözleşmesini çıkarmış. Önce yasak, liberal hukuka göre sözleşmeye aykırı grev. O bakımdan yargıcın rolü yadsınamaz, hatta son küreselleşme sonucunda Batı Avrupa'daki meslektaşlarımız bazen öyle ileri gittiler ki, dediler ki "bu devlet baskısı ve yargıç hukukunu bir tarafa itelim, sendikaları da kaldıralım, bireysel düzeyde düzenlensin ... görüşleri". Benim ... bu konuyu gayet şeyli işlemiş. Böyle küreselleşmenin getirdiği bir ekstrem, aşırı liberalleşmenin ortaya koyduğu yorum tarzları da geliyor. Ama biz bunlara katılmıyoruz ve Batı Avrupa'da hakim görüş katılmıyor ve yargıcın hukuk yaratmasıyla ortaya çıkan bir sistemle karşı karşıya kalıyoruz. Özerklik sistemi, bir de yargı hukukunun ürünüdür, çünkü yargı kabul etmiştir özerklik sistemini, işveren, devlet kabul etmemiştir. Yapılan toplu eylemlerin meşruiyetini yargı kabul etmiştir. Örgütlenme özgürlüğünün sonucu, "*örgütlenmenin doğal kurumları grev ve toplu sözleşmedir*" diye Federal Mahkeme kararları 1950'den başlayarak getirdiği bir toplu sözleşme özerkliği sistemi vardır Batı Almanya'da. "*Legal*"de yayınlandı, mutlaka edinin o kitabı. 9-10 Avrupa ülkesinde bu toplu sözleşme sistemi nasıl işliyor çok güzel bir şekilde konmuş Avusturya'da, Fransa'da, İtalya'da ve şeyde, hiçbirinde vesayet yok, devlet hiç yok. Devlet reddedildi anlamında değil. Devlet o düzenden elini çekmiş, "*siz yapın, ben uğraşmıyorum*" diyor, devletin yürüteceği başka işleri var. O bakımdan bu sistemin oturması zaman alacak tabii.

Girişim özgürlüğüyle toplu iş sözleşmesi özerkliği sistemi bakımından ... Bu tabii sevgili meslektaşımın alanına çok giriyor. Toplu sözleşme sisteminin varlığını kabul ettikten sonra özerklik sistemini ve toplu iş sözleşmesine normatif hükümler getirilebildiğini kabul ettiğimize, grevin hukuka uygun yapılan, barışçı yolların denenmesinden sonra anlaşmazlık halinde yapılan grevi hukuka uygun kabul ettikten sonra bunların girişim özgürlüğüne aykırılığı söylenemez. Toplu sözleşmesiyle getirilen normlar işçi-işveren ilişkilerini ilgilendiren normlardır. Toplu sözleşmeyle Parlamentodan bir yasa çıkartılmasını isteyemezsiniz, toplu sözleşmeyle işverenin sağlayabileceği, daha doğrusu işveren muhatap olduğu için toplu sözleşme tarafları işçi sendikası toplu sözleşmesinde işverenin yerine getirebileceği, getirmek istediği değil, getirebileceği, getirmesi gerektiğini düşündüğü normlardır bunlar. Yargıç onu denetleyemez. *“Çok fazla tutmuşuz zammı, olmadı bu, disiplin kurulu getirmişsin, mutlak bir fesih yasağına dönüşmüş, fesih yasağını çok sınırlamışsın”* diyemez, ama mutlak bir fesih yasağı getirmişse toplu sözleşme hiçbir şekilde feshedemezsin. O zaman yargıç müdahale edebilir sözleşme girişim özgürlüğüne diye. Ama demin verdiğim örnekte olduğu gibi *“5 yıl süresince zam almayacağız, toplu sözleşme zamlarını uygulamayacaksın, ama sende geçerli nedenle feshetmeyeceksin”* dediği zaman yargı buna karışamaz, çünkü o zaman normatif hüküm olur, taraflar bunu düzenlemişlerse, yok sen bunu düzenlemişlerse, ama *“hiçbir şekilde sözleşmeyi imzalamazsın”* diye bir hüküm getirirse, o zaman tabii hukuk sistemine, Anayasa'nın girişim ... aykırı. Buradaki normların çatışması halinde Anayasacıların yaklaşımı vardır, pratik yarışma ilkesi de dikkate alınabilir, optimal iki normun uygulanması da söz konusu olabilir. Bunlara bakmak lazım. O bakımdan burada Yargıtay'ın hangi kararını girişim özgürlüğüne aykırı bularak şeyi reddetti onu bilemiyorum. Tabii, 19 ve 20. maddeler, Borçlar Kanunu, ... normlar konmaması ...

Bu özerklik sisteminde toplu iş sözleşmesi ilişkileri kurulunun kurulması; yani özerk bir kuruluş olarak, gerçek anlamda özerk, göstermelik değil. Rekabet Kurulu da özerktir, Bankacılık Denetleme Kurulu da özerktir, ama bizde bunlar özerk değildir, normal olarak hükümetin etkinliğinde kurullardır, ama buradaki komisyonun öngördüğü özerk kuruluş gerçekten sadece işçi, işverenlerin taraf olduğu, onların temsililerinin olduğu bir kuruldur. Böyle bir kurul kurulursa belki üyelik sisteminin sağlıklı belirlenmesi ve birden fazla sendikanın müracaatının çoğunluk hangisi sahip olduğu ...

Bu arada Canbolat arkadaşımızın sorusuyla bağlantılı, birden fazla toplu sözleşme yapılması farklı düzeylerde kabul ediliyorsa, bu mümkün, ama aynı düzeyde iki farklı sözleşmenin yapılabilmesinin yolunun açık olması-

ni işverenler de istemez, çünkü toplu sözleşmeyle getirilen düzen ilkesine aykırıdır, çünkü işletmede iki tane farklı sistemin işlemlerini ne işverenler ister, ne sendikalar. O bakımdan o yaklaşım bence pek benimsenecek bir yaklaşım değil.

Topluca cevap vermeye çalışıyorum. Avrupa Birliği eleştiriyor, Uluslararası Çalışma Teşkilatı eleştiriyor, gündeme alıyoruz. Bu yüzde 10 barajının kalkması, biz de 1990'lı yıllarda Bakanlıkta danışmanlık yaptığımızda DİSK'le aramızdaki çok ciddi çatışmalar oldu bu yüzde 10 barajı kalksın diye. O zaman da Talat'ın söylediği gibi biz yüzde 10 barajında ısrar etmiştik güçlü sendika olması ve o güçlü sendikaların toplu sözleşme yapabilmesi ve sendika enflasyonunun engellenmesi bakımından. Bir süre bu işledi, işe de yaradı, fakat bu çok üzücü bir şey, ama yapacak bir şey yok, sendikalar yüzde 10 barajın altına düştüler. O kadar düştüler ki sembolik hale geldi bu yüzde 10 barajı. Burada başka bir sorun var. Yetki belirlenmesi sorunundan çok sendikalaşma önünde çok ciddi bir engel var demek. Sendika özgürlüğü demekle yaşama geçmiyor. Sendika özgürlüğü yaşama geçmediği gibi ilerde geçmesi de pek düşünülüyor, hatta daha da geriye gitmesi söz konusu. Arkadaşların birisi söyledi, bireysel iş hukuku çok canlı bir şekilde yaşama geçti, yürüyor, Yargıtay da çok ciddi bir şekilde, denildi ki bu yeni Kanunla yargı çok güzel uyum sağladı ve çok da iyi, güzel kararlarla geliştirdi bireysel iş hukukunda, fakat toplu iş hukuku hepimizin aciz kaldığımız bir alan oldu, çünkü üyelik yok, sendika yok, ortada sendika, oluşmuş büyük sendikada problemleri yok. Biz hâlâ emekleme çağında, emekleme düzeyinde olan bir toplu sözleşme özerkliği sistemiyle bocalıyoruz. O bakımdan bu güçlü sendika nasıl oluşur, nasıl ortaya çıkar? Bir de aksi bir zamana geldi, küreselleşme sadece Türkiye'de değil, Batı ülkelerinde de sendikacılığın önünde büyük bir engel oluşmaya başladı, çünkü uluslararası düzeyde bir sermaye karşısında uluslararası düzeyde örgütlü işçi sendikaları çıkamıyor şimdi. Böyle olunca uluslararası düzeyde küresel sermaye ezip geçiyor. Kendi kuralını kendisi getiren bu büyük sermaye, yalnız, küresel bunalımı da çıkartan bu sermaye, para piyasası sermayesi, üretim piyasası, piyasa ekonomisinin şeysi değil; yani sosyal piyasa ekonomisinin çöktüğünü, her zaman söylüyorum, Alman Başbakanı Merkel bundan bir sene önce "*büyük hata yaptık*" dedi. Sosyal piyasa ekonomisi çöktü ve küresel krize biz böyle hazırlıksız yakalandık. Ludwig Erhard'ın sosyal piyasa ekonomisini eğer uygulayabilsek, güçlü sendikalar devrede olsaydı, Almanya'daki sendikalar için söylüyor, yönetime katılma mekanizmalarını iyi işletebilseydik ne bu bankalar soyulabilirdi, ne de bu denli büyük ekonomik bir krizle karşı karşıya kalabilirdik. Sendikalaşmanın zayıflaması, toplu sözleşme sisteminin

geriye itilmesi Batıda da var ve Batı küresel krizin etkisiyle Avrupa Birliği de çökme durumunda; Yunanistan, İrlanda, Portekiz, İspanya, bunlar ideal ülkeler olarak düşünülüyordu, kişi başına 15 000-20 000 geliri olan ülkeler birden çöktü. Bizde tam sendikacılığın açılacağı bir dönemde biz de bir küresel krizle karşı karşıya kaldık. Hukukla bunları idare edemiyoruz. Benim söylemek istediğim toplumsal olaylar, toplumsal maddi koşulların gelişmesi zaman içinde bunu gösterecektir.

Şimdi, zaten çalışanlar da kendilerine göre yol bulmaya çalışıyorlar. Gidip sendikaya üye olayım, çoğalalım, şöyle değil, ne yapıyor? Tütün işçilerinin yaptığı gibi eylem koyarak, kendisinin varlığını ortaya koyarak, doktorlar, eczacılar değil mi, onların grev hakkı filan yok, ama Türkiye çapında doktorlar bir genel grev yaptılar, eczacılar bir genel grev yaptılar ve bir ölçüde kamuoyuna kendilerini duyurdular. Bu bakımdan zaten bütün sorular da bunda toplanıyor hep, yalnız, Mahmut Beyin sorularını ben burada yanıtlamayacağım, bunları ben de bilmiyorum; hizmet alım sözleşmesi, geçici işyeri ilişkisi, bunlar uygulamada ortaya çıkmış şeyler, biz bilimsel alanda bunları pek kavrayamıyoruz. Bizim bir bildiğimiz iş sözleşmesi vardır, bunun hizmet alım sözleşmesiyle, geçici sözleşmeyle... Buna uygulamada ‘*kapsam dışı işçi*’ filan deniliyor mesela. Merak ediyorum, bu kapsam dışı işçi kimdir, bir türlü çıkaramadım. Eskiden toplu sözleşmelerle kapsam dışı bırakılmış işçiye hâlâ kapsam dışı işçi diye bir şey getirilmiş ve öyle bir statü oluşturulmuş, benimsenmiş de öyle yürütülüyor. Geçici işçi diye bir statü oluşturulmuş. Geçici şimdi ödünç işçi ilişkisi diye teknik anlamda konu geçici iş ilişkisi. Böyle bir şey ortaya çıktı.

Kusura bakmayın, ben de biraz çok kötü günüme geldi, fazla da ... genel olarak düşüncelerimi açıkladım, soruların da büyük bir kısmı da katkı niteliğindedir.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU** (*Oturum Başkanı*)- Sayın Hocama çok teşekkür ediyoruz. Gerçekten tüm sorular ayrıntısıyla yanıtlandı.

Mahmut Beyin bir sorusu vardı. Önce teşekkür ediyoruz, bireysel iş hukukundaki dairemizi değerlendiren güzel düşüncelerinizden dolayı. Bu hizmet teminiyle ilgili biz zaten hizmet temin edenleri tamamen muvazaa kabul ediyoruz, zaten onu dikkate dahi almıyoruz. Fakat bir organizasyon içinde, bir organizasyon varsa, bir alt işveren kimliğindeyse, o zaman dikkate alıyoruz.

Bu dediğiniz sorunlar ekonomik temeldeki sorunlar. Biz de normlar ölçüsünde, örneğin yardımcı iş sorunu. Yardımcı iş, alt işverenlik “*yardımcı iş de kurulur*” diyor, yapacak bir şey yok. Biz pozitif hukuk mektebine dahil oluşumuz nedeniyle biz normların üstüne çıkamıyoruz, ama örneğin, genel

muvaazaayı kabul ediyoruz, birçok şeyde o anahtar görevi yapıyor, böyle çözümlenmeye uğraşıyoruz. Normların cılızlığı karşısında bir şey üretmek de çok zor diye düşünüyorum.

Bu toplu iş sözleşmesi özerkliği konusunda, Sayın Posok'a ondan sorunun açıklanmasını istedim, Sayın Hocam da yine söyledi, hani bir yorum sorunu varsa yargı müdahale ediyor, ama şöyle de bir problem var: Yorumu olmayan, örneğin 60 hafta, 70 haftalık ihbar süreleri var. Dairemiz burada eleştiriliyor, deniliyor ki "*toplular sözleşmesi burada var, buna müdahale edemezsiniz.*" Zaten biz hukuka aykırılıkta, emredici hukuk kaidelerine aykırılıkta, kamu düzenine aykırılıkta zaten müdahale ediyoruz, orada sorun yok, ama bir de hakkın kötüye kullanılması olayı var. Küçük belediyelerde veya bazı orta ölçekte belediyelerde öyle toplu iş sözleşmeleri geliyor ki bize ya biz seçim arifesinde oluyor, 60-70 haftalık ihbar süreleri karşılanması çok zor, toplu iş sözleşmesi geleneğine aykırı uzun sürelerle birtakım haklar veriliyor. Daha sonra gelen belediye başkanı da diyor ki "*bu önümüzde mali yükümleri çok ağır olan sonuçlar doğuracak toplu iş sözleşmeleri var.*" Şimdi biz orada toplu iş sözleşmesini hakkın kötüye kullanılması kriteri içerisinde müdahale ediyoruz. Yabancıların olaya yaklaşımı farklı olabilir, ama onlarda zaten böyle bir şey olacağını da zannetmiyorum. Bizim kendimize özgü uygulamalarımız var, biraz kurnazlık, biraz siyasi düşünceler, bunların da aşılacağına inanıyorum, biz buralarda müdahale ediyoruz.

Kamu Görevlileri Hakem Kurulundan söz edildi, hani getirilen yeni düzenlemelerle ilgili. Ben Uzlaştırma Kurulu Başkanım. Uzlaştırma Kuruluna biz şöyle benim çalışma sistemim şu: Üniversitelerden iktisat ve ekonomi profesörlerini topladım, dedim ki bu konjonktür nedir, daha sonra Merkez Bankası verileri, enflasyon değerleri ve bunları daha sonra klasik iktisatçıların yaptığı şekilde formüle ettim, şu ana kadar da yanılmadım. Sonuçlar bu şekilde düşündüğüm gibi ve belirlediğimiz oranlar doğrultusunda çıktı. Yeni düzenlemede şu çok önemli: Eğer hükümet kanadının oradan gelecek üyeler sayısal çoğunluğa sahipse, o zaman yapacak bir şey yok zaten, bu sadece bir gösteri anlamında olur.

Hocamı dikkatle dinledim, diyor ki, "*yabancılarda bu var, ancak onların kendi bütçesi var*" diyor. Ben şunu anlayamıyorum: Bu memurlara verilecek şey devlet bütçesinden çıkacak. Bunun hakimi kim? Hükümet. Biz hükümetin bu vereceği şeyi veya hükümetin mali bütçesini değerlendirecek bir kurulla görev yapıp onunla çalışmamız kaçınılmaz veya bizim o bütçeyi genel anlamda makro dengeleri değerlendirmemiz de çok zor. O zaman Sayın Hocamın dediği gibi ya memurlara ait özel bir bütçe, bir sistem, bir oluşum yapılır, orada tam bağımsız bir kurul kurulur ve o kurulun yaptıkları

kesin olur. Aksi takdirde ben de Başbakan olsam düşünürüm, “*bunlar ya aşırı bir zam koyarlarsa benim bütçem altüst olmaz mı*” derim, ki bu doğaldır. Buradaki çekincem bu şekilde.

Benim bütün bu değişikliklerle ilgili saptamalarım var: Anayasa'daki değişiklikler, iptaller, uyum yasaları ya da mevcut özel yasalarda yapılacak değişikliklerle biçimlendirilmedikçe, sabahleyin de söyledim, pratik bir anlamı olmaz düşüncesindeyim. Çok düzeyli toplu pazarlık sistemi ancak esnek çalışma türlerinde uygulanabilir. Özel yasalarda dengeli ve uyumlu bir düzenleme yapılmadığı takdirde zaten devlet kurumları dışındaki sürekli erozyona uğrayan sendikal örgütlenme daha hızlı bir ivmeyle azalacak, sendikalar sadece tabela olarak kalacaktır düşüncesindeyim.

Sarı sendikacılığı engelleyici normların düzenlenmesi gerekiyor. Sendika üyeliği yargılamayı gerektirmeyecek, biraz da kendi görevimi düşünüyorum, sağlam bir prosedüre bağlanmalı, hile ceza yaptırımıyla kuvvetlendirilmelidir. Uyum yasaları yargılamayı ve yorumu gerektirmeyen sade dille kaleme alınmalıdır. Daha birçok düşüncelerim var, ama şunu söylemek istiyorum: Hani Martin Luther King'in “*bir rüyam vardır*” sözü gibi benim rüyam bir daire başkanı olarak şu: Normlar ne olursa olsun önemli olan insan, insan süjesi. Biz insana yeterli yatırım yapmadığımız takdirde havada uçuşan normlar hiçbir sonuç getirmeyecektir. Ben şöyle düşünüyorum: Öyle bir dönem gelsin ki, yazılı normlar hiç olmasın, sessizlik içerisinde evrimleşmenin gereği olan yazısız normların tüm dünyaya hakim olması ve bu evrimleşmenin sonucu doğru ve adaletli bir dünyaya varmamız.

*Konu*

## **İŞ GÜVENCESİ SİSTEMİNE ELEŞTİREL BAKIŞ**

**04 HAZİRAN 2011**

**2. GÜN**

**I. OTURUM**

*Konuşmacı*

**Yrd. Doç.Dr. Ercüment ÖZKARACA**

(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

*Oturum Başkanı*

**Av. Abdi PESOK**

(İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bölüm Başkanı)

**Av. Abdi PESOK** (*Oturum Başkanı*)- İş Güvencesi hükümleri yasalaştığında, çok tenkit edildi. İşçi kesimi yeterli olmadığı yönüyle tenkit etti, işveren kesimi ülkenin bunu kaldıramayacağı yönüyle tenkit etti, ama bir dünya gerçeği idi, bizde de başladı.

2003 yılından bu tarafa geçen 8 seneyi aşkın süre içerisinde iş güvencesi müessesesinin olgunlaştığını hep beraber yaşadık, olgunlaşma sürecini de hep beraber yaşadık. İş güvencesinde mutlaka aksayan yönler oldu, hatta öyle bir noktaya geldi ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ni, ki bundan sonra 22. Hukuk Dairesi bakacak bu uyuşmazlıklara, bir yerde tıkadı. Dün bir arkadaşımızın da tespitini aktardığı gibi Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin dosya sayısı, kendinden sonra gelen en fazla dosya sayısına sahip dairenin üç katı. Bunun da büyük bölümünü iş güvencesiyle ilgili uyuşmazlıklar oluşturdu.

Birçok hukukçu arkadaşımız gelinen noktada iş güvencesi sisteminin, tınak içinde belirtiyorum, "tıkandığını" dillendirmeye başladı. Tıkanma konusu da her iki çıkar çevresi açısından değişik noktalardan ileri sürüldü, aynı kelime kullanıldı "tıkandı" diye, ama işveren "bunun mutlaka kaldırılması

*lazım, artık bu yükü niye taşıyalım*" noktasının gerekçesi olarak tıkanmayı gösterdi. İşçi kesimi de yasa koyucunun amacına ulaşılmadığı gerekçesini belirtti, ama her ikisi de "tıkandı" dedi. Gerçekten tıkanı mı? Gerçekte tıkanmadı, sadece aksaklıkları oldu. Ben bu kanaattayım.

İkincisi, tıkanı deyip bundan sonraki düzenlemelerde, ki kanaatime göre bir düzenleme kaçınılmaz hale geldi, yeni esaslar getirilmesi gerekiyor. Hani Osmanlı döneminde bir maarif nazırı demiş ya "şu mektepler olmasa, maarif nezaretini yürütmek ne kadar kolay olacak". O anlayış gibi şu iş güvencesi olmasa iş hukuku ne kadar güzel yürüyecek anlayışının hakim olmaması gerektiğini belirtmek istiyorum, çünkü ülkemizdeki siyasi ve toplumsal konjonktür öyle bir noktaları hedef aldı gidiyor ki, eğer bunlar kaldırılacak, kıdem tazminatı kaldırılacak, vesaire noktalarına gelirsek çok şaşırılmamak gerekir, ama bu gündemde bizim görevimiz, böyle bir kolaycılığa kaçılmaması yönünde, uyarıda bulunmak.

İş güvencesi'nin çok önemli olduğu kanısındayım. Neden önemli? Birincisi, iş güvencesi sadece emekçinin menfaatini koruyan bir müessese değildir. İş güvencesi bu ülkenin insanların küresel sermayeye karşı menfaatlerini düzenleyen bir müessesedir. Bunu kabul etmek zorundayız. Bugün ülkemizde küresel sermaye sigortacılığın yüzde 65'ini, bankacılığın yüzde 50'den fazlasını, ama yanlış söylemeyeyim, rakam vermeyelim, şu kadarını, sanayinin şu kadarını eline almış durumda. Gidişat da küresel sermayenin daha da hâkim duruma geleceği noktada.

O halde biz ülkemizde kendi ülkemizin insanların emekçi olduğu, küresel sermayenin de sermaye ve işyeri sahibi, işletme sahibi olduğu döneme hızla gidiyoruz. O halde iş güvencesini sadece bu ülkede işçilerin menfaati diye değil, bu ülke insanının küresel sermaye karşısındaki korunması olarak değerlendirmek zorundayız. Eğer böyle değerlendirmesek kısır, kendi ülke içerisindeki çekişmeleri göz önüne alırsak yanlış yaparız kanaatindeyim.

İş güvencesinin satır başlarıyla değişmesinde zaruret olan noktaları neler diye baktığımızda başta düzenlenmesi ve düzeltilmesi gereken husus olarak işyerinde en az 30 işçi çalıştırılması konusu gelmektedir.

Araştırdım, akademisyen arkadaşlarımız mutlaka bizlerden daha çok araştırıyor ve biliyordur, ki Ercüment Bey de biraz sonra açıklamalı olarak belirtecektir, dünyada ağırlıklı iş güvencesi sisteminin uygulandığı ülkelerde ağırlıklı sayı 5 ve dünyadaki bu ülkelerde de bizim gibi kayıt dışı ekonomi bizim oranımızda söz konusu değil. Bizim ülkemizde 30 olarak görünen işçi sayısı kayıt dışı ekonomiyi değerlendirdiğimizde 50, 60, hatta 3 katı, 90'lara kadar ulaşmaktadır. Bu gerçekleri gözden uzak tutmamamız zaruridir.

Bugün için istatistiklere baktığımızda Devlet İstatistik Enstitüsünün ve Çalışma Bakanlığı İstatistik bölümünün rakamlarına göre, artı-eksi 1 fark edebilir, ama bugünkü kesin rakam bunlar, işyeri ve işletmelerin; yani 30 işçi dediğimizde işyeri ve işletmelerin yüzde 99'u kapsam dışında kalmaktadır; yani Türkiye'de kurulu işletmelerin yüzde 99'u İş Güvencesi Mevzuatının muhatabı değil. Bu artı-eksi 1 oynadığına göre en az yüzde 98; yani işletme sayısının, yalnız, altını çiziyorum, işçiyle bunu karıştırmayalım, işletme sayısının diyorum, buna bütün işletmeler dahil, bütün işyerleri dahil, kapsamın dışında. İşçi sayısına geldiğimizde ücretli işçi olarak ve işçi olarak değerlendirme yapılmış istatistiklerde, ben işçi sayısı olarak bakıyorum, yüzde 58'i kapsam dışında 30 işçiye göre, yüzde 42 kapsam içinde. Peki, bu kayıt dışı ekonomiyi düşündüğümüzde çok haklar getirmesini düşündüğümüz, bazı çevrelerce fazla hak verildi bu işçilere diye değerlendirilen konu da en iyimser zaten işçilerin yarısının bu hakla hiçbir ilgisi yok. Kayıt dışı ekonomiyi değerlendirdiğimizde 3'te 2'sinin hiçbir ilgisi yok. Bütün değerlendirmelerimiz bu 3'te 1 işçiyle ilgilidir.

Bir kanayan yarası, İş Güvencesi Mevzuatının, Yasada belirtilen işe iadeye karar verilmesi halinde 4 aylık ücret ve diğer haklar konusudur. Yasa koyucu 2 ay mahkeme, 1 ay Yargıtay safhası, 1 ay da postada gecikirse 4 ay demiş, bunu esas alarak 4 ay düzenlemesini yapmış. Oysa, bugün ülkemizde ortalama 1 yıl içinde, istisna dosyalar hariç ortalama 1 yıl içinde mahkemelerde sona ermekte, eğer toplu dava değilse, 1,5 seneyi bulmakta Yargıtayda bekleme süresi; yani iyimser düşünelim, toplu dava değilse, 2 seneye 2,5 sene arasında. Peki, devletin görevi yargıyı çabuklaştırmak değil midir? Yargı eğer gecikiyorsa, ki yargıçların bu konuda hiçbir kusuru yok, hepsinin nasıl çalıştığını biliyoruz, devletin bu düzenlemeyi yeniden gözden geçirmesi gerekmez mi? Ne yapması gerekir? Devlet iki şey yapabilir, ki yapmakla da zorunludur, çünkü bu ülkeden vergiyi topluyor. Bırakalım onu, devlet yargıdan para kazanıyor, devlet yargıdan kazandığı parayı yargıya ayırsın lütfen. Başvuru harcı alıyor, dava harcı alıyor, karar harcı alıyor, ki fakir insanların çoğu bunu karşılayacak durumda bile değil. Bu topladığı parayı eğer yargının fiziki şartlarına ve yargıca ayıracak olurlarsa sayıyı 5 katına çıkarırsın, yeteri kadar hukukçumuz da var, bunu çözsün veya bunu işverenle işçi arasında paylaştırsın. Eğer devletin yargı görevini bu kadar uzatmasının ceremesini sadece o ekmeğinin peşinde olan işçi çekiyorsa, bunun adına adaletli bir tavır denilemez.

Üçüncü ana konu, işçiye de seçimlik hak verilmesi gerekir. Uygulama şunu gösterdi: İşverene bu Yasa seçimlik hak vermiş; ister başlatıyor, istemezse tazminatını veriyor, "güle güle" diyor. Peki, işçiye de bir seçimlik hak

verilmesi gerekmez mi?. Nitekim bazı olaylar bunun zaruri ve zorunlu olduğu konusunda bize ders vermektedir. İşçiyi zaten bugün uygulamada “gel, işine başla” diyen işveren sayısı son derece az, bir elin parmaklarıyla ölçülecek durumda. Onların da birçoğu o işçiyi işe başlatıp cezalandırmak amacıyla “gel, buyur, çalış” diyor. Ama işçi o süreleri kaçırdığı zaman veya buradan çıktı, 2,5 sene bekleyemeyeceğine göre başka yerde işe başladığında o kötü niyetli işveren, iyi niyetlilere hiçbir sözüm yok, onları hep dışında tutarak söylüyorum, “nasıl olsa bir işe girdi, gelip burada da benimle başını belaya sokmak istemeyecek, şunu kasten çağırayım” diye çağırılmalar var. Sadece, İşte, o kötü niyetli işverene fırsat vermemek için, işçiye de seçimlik hak verilmesi zorunludur kanaatindeyim.

Bu altını çizdiğim konular dışında saygıdeğer heyetinize sunmak istediğim ve tartışılmasını istediğim, karşılıklı fikir mütalaasında bulunulmasını istediğim iki konu var. Biri yasa koyucu iyi niyetle davanın uzamasını önlemek amacıyla işe iade kararlarında Yargıtay’ın verdiği kararın kesin olduğunu belirtmiştir.

Bu, tamamen iyi niyetle getirilen bir hüküm. Yeniden uzamasını önlemek amaçlıdır. Ancak, Yargıtayımızın 55 000 dosya sayısına ulaştığını düşüncümüzde bu iş yoğunluğunda, iş yoğunluğundan kaynaklanan veya sehven veya bizim bilmediğimiz nedenlerle hatalı kararlar verebilmektedir. Yargıtayımızın verdiği bu hatalı kararlar yine yasa koyucunun iyi niyetle getirdiği, “aman, dava fazla uzamasın, bir an evvel bitsin” amacının dışında bazı dosyalarda yargının önünü tıkayan noktalar haline geliyor.

Bu konuda ne yapılabilir? “Kesin olmaktan çıkarılsın” demek çare değil, çünkü o zaman davalar daha da uzar, ama böyle sakıncalar da var. Eğer ülkemizde yargının şartları uygun olsa hiç tartışmasız, ama yargımızın şartları bugün böyle, maddi hatalar oluyor, hatalar oluyor kararlarda, düzeltmek de mümkün olmuyor. Hatta, dosyayla, hiç içeriğiyle ilgisi olmayan bir gerekçe oluyor kararda. Neden oluyor.? onun da kasıtlı olduğunu kesinlikle zannetmiyorum. Prensipler kararları var Yargıtayımızın, ki prensip kararları uygulamaya konduğunda bizler çok memnun olduk, halen de memnunuz, ondan memnun olmadığımız neticesi de çıkarılmasını istiyorum. O prensip kararları uygulamada, biz de yazıhanede bu hatayı çok yapıyoruz, kopyala, yapıştır yoluyla kararlara geçiyor. Öyle kararlara geçiyor ki, o diğer dosyadaki konuyla bu konunun hiç ilgisi yok, ama olduğu gibi geçmiş oluyor. İşte, bunlar maddi hatadır, sehvendir, vesairedir, vesairedir, ama, sonuçta bir hak kaybına neden oluyor.

Geçenlerde bir örnek oldu, ki çalışmalarını yakından bildiğim bu daire, takdir ettiğimiz, saygı duyduğumuz bir daire, hiç ilgisi olmayan bir konu

sehven bizim dosyalara karar olarak geçmiş. Hiç ilgisi yok, ama bu kadar hata olabiliyor, çünkü 55 000 dosya var. Acaba ne yapılabilir de hem bu uzamasına engel olunur, hem de bu maddi hataları, hani maddi hatanın düzeltilmesi yolu her zaman var, ama Yargıtayımız da birçok konuda maddi hatanın düzeltilmesini istediğimizde geri çevirdi, gerekçesini de göstermek zorunda değil. Bir, bunun muhakeme edilmesini istiyorum, bir yararlıdır bu.

İkincisi, yine iyi niyetten uzak bazı işverenler tarafından 17. madde, 18. madde geçerli sebepler fesihle aranan kişiden kaynaklanan bir konuya, “önce kişinin yazılı savunması alınır” şartını geçmek için, atlamak için kullanılan, o işveren alelacele birisini çıkaracaksa, “ben seni 25. maddeye göre çıkarttım” diyor “ve savunmasını almak zorunda değilim” diyor. Tabii ki yargılama sırasında bu, madem şahıstan kaynaklanıyor, devamsızlığından, vesaire, 25. madde, 2. bendi gereğince. Her şey tartışılıyor, ama o 25. maddedeki konu kötü niyetli işveren tarafından kötü niyetli işçiye karşı kullanılması gereken madde hiçbir suçu, günahı olmayan kişiye karşı kullanılabiliyor uygulamada, maalesef gittikçe de çoğaldı bu durum. Kimler yapıyor dersenez, daha ziyade ciddiye alınmayacak işveren felsefesinden uzak yapıdaki yerlerde oluyor bunlar. Çok büyük işyerleriyle ilgili bunları kesinlikle düşünmemiz mümkün değil.

Ben kısaca olması gerekenler veya tartışılması gerekenleri belirtmeye çalıştım. Şimdi saygıdeğer arkadaşımız Ercüment Özkaraca iş güvencesi sistemine eleştirel bakışı enine boyuna ayrıntılı bir şekilde anlatacağız. Buyurun Hocam.

*Konu*

## **İŞ GÜVENCESİ SİSTEMİNE ELEŞTİREL BAKIŞ**

*Konuşmacı*

**Yrd. Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA**

(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

### **I. GİRİŞ**

Hukukumuzda 2002 yılında 4773 sayılı Kanunun kabulünden önce sadece işyeri sendika temsilcileri ile sınırlı bir iş güvencesi mevcuttu. İş güvencesine ilişkin genel hükümler, önce 1475 sayılı İş Kanunu'nda 4773 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle kabul edilmiş, üç ay kadar kısa süreli bir uygulamanın ardından 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. İş güvencesi hükümlerinin Türk İş Hukuku'na yeni bir dinamizm kazandırdığını söylemek gerekir. Nitekim, bu konuda çok sayıda bilimsel eser yazılmış, kapsamlı bir yargı içtihadı oluşmuştur. Konu bundan sonra da gerek öğretinin gerek iş yargısının başlıca faaliyet alanlarından biri olacaktır.

İş güvencesi sisteminin bütün ayrıntıları ile incelenmesi, birden fazla monografiye konu olabilecek niteliktedir. Bu tebliğ çerçevesinde sadece iş güvencesinin kapsamı ile ülkemizdeki sekiz yıllık uygulamanın ardından ortaya çıkan başlıca sorunlar dikkate alınarak sistemin temel yapısına ilişkin görüş ve önerilerimize yer verilecektir. İş sözleşmesinin feshi için öngörülen geçerli nedenler, sözleşmenin feshi usulü ve geçerli neden denetimi tebliğin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu çerçevede öncelikle iş güvencesinin kapsamına ilişkin mevcut düzenlemelerin 158 sayılı ILO Sözleşmesi'ne uygun olup olmadığı incelenecek, daha sonra ise iş güvencesi konusunda benimsenen model ve bu modelin uygulamada amacına ulaşip ulaşmadığı değerlendirilecek ve bazı önerilerde bulunulacaktır.

### **II. İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMI VE YARATTIĞI SORUNLAR**

#### **1) İş Kanunu veya Basın İş Kanunu Kapsamında Olma Koşulu**

İş güvencesi hükümleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 vd. maddelerinde düzenlenmiş olduğundan, kural olarak sadece bu Kanun kapsamına giren işçiler söz konusu hükümlerden yararlanabilecektir. Kanunda bu kuralın istisnasına da yer verilmiştir. Buna göre, İş Kanunu'nun iş güvencesini düzenleyen 18, 19, 20, 21 ve toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29. maddesi

hükümleri Basın İş Kanununa tabi gazeteciler hakkında kıyas yoluyla uygulanacaktır (m.116)<sup>16</sup>.Öğretide belirtildiği gibi, gazetecilerin de iş güvencesi kapsamına alınması isabetli olmuştur. Ancak, bunu başka bir Kanun hükümlerinin kıyasen uygulanmasını öngörmek suretiyle gerçekleştirmek, yasa yapma tekniği açısından uygun bir yöntem değildir<sup>17</sup>.

Öte yandan, iş güvencesi hükümlerinin kapsamının daha başlangıçta, tabi olunan kanun ölçütü esas alınarak bu ölçüde sınırlandırılması da isabetli olmamıştır. Zira böylece Borçlar Kanunu'nun kapsamına girenler, örneğin hava taşıma işlerinde çalışanlar veya Deniz İş Kanununa tabi olan işçiler iş güvencesinden faydalanamamaktadırlar. Oysa söz konusu işçilerin iş güvencesinden yararlanamamalarının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır<sup>18</sup>. Kaldı ki, bu düzenleme biçimi, imzalamış olduğumuz 158 sayılı Sözleşmeye de uygun değildir<sup>19</sup>. Gerçekten, Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca, Sözleşme, tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanır. Başka bir deyişle, kural olarak, işkoluna bakılmaksızın tüm işçiler güvenceden yararlanma hakkına sahiptirler.

Nitekim, ülkemizde iş güvencesi sistemini ilk defa uygulamaya koyan 4773 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de, “...İş Kanunu'nda iş güvencesine yönelik olarak yapılan düzenlemelere paralel bir şekilde Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda ve tarım işlerinde çalışmalarla ilgili

---

16 Aynı yönde bir düzenlemeye 4773 sayılı Kanunun 12. maddesinde de yer verilmişti. 4773 sayılı Kanuna ilişkin nihai Tasarıda, toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 1475 sayılı Kanunun 24. maddesine atıf bulunmamaktaydı. Bu eksiklik, Tasarının TBMM'de görüşülmesi sırasında verilen aynı doğrultudaki iki adet önerge ile giderilmiştir (Bkz. İstanbul Milletvekili Masum Türker ve arkadaşları ile Kocaeli Milletvekili Turhan İmamoğlu ve arkadaşlarının önergeleri, TBMM Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem 4. Yasama Yılı, 127. Birleşim, 117-118).

17 **Güzel**, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, 21; **Soyer**, Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, 29; **Alpagut**, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında Yeni İş Yasası Semineri, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, 206.

18 **Soyer**, Feshe Karşı Koruma, 28; **Alpagut**, İş Güvencesi, 205-206. Pozitif hukuk açısından iş güvencesi hükümlerinin gemi adamlarına uygulanamayacağı konusunda bkz. **Taşkent**, Savaş: İş Güvencesi Hükümlerinin Gemi Adamlarına Uygulanması, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 587vd.

19 **Soyer**, Polat: 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 291; **aynı yazar**, Feshe Karşı Koruma, 28; **Güzel**, İş Güvencesi, 21; **Ulucan**, Devrim: 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumunu, ILO Normları ve Türk İş Hukuku Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997, 161, 192; **Ekonomi**, Münir, ağı, Genel Görüşme, 179; **Alp**, Mustafa: İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD, C.5, S.1, 2003, 3.

*yeni düzenlemelere gidilmesi 158 sayılı ILO Sözleşmesinin bir gereğidir...”* ifadelerine yer verilmiştir<sup>20</sup>. Ancak bu Tasarı hazırlanırken, gerekçesinde ifade edilen gereklilikten farklı olarak, sadece İş Kanunu’na tabi işçiler için iş güvencesi öngörülmüştür. Basın İş Kanunu’na tabi gazetecilerin de iş güvencesinden yararlanabilmelerine ilişkin düzenleme, Hükümet Tasarısında yer almamış; Tasarının Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunda görüşülmesi sırasında verilen önerge ile metne eklenmiş ve TBMM’de bu şekilde kabul edilmiştir<sup>21</sup>.

Şunu da belirtmek gerekir ki, 4773 sayılı Kanun Tasarısı’nın TBMM’de görüşülmesi sırasında İş Kanunu’nun iş güvencesine ve toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümlerinin Deniz İş Kanununa tabi işçilere de kıyasen uygulanması yönünde bir önerge verilmiş, ancak bu önerge, TBMM İçtüzüğü m.87’de öngörülen usuli şartlar bulunmadığı için işleme konulmamıştır<sup>22</sup>. Görüldüğü gibi, Deniz İş Kanunu’na tabi işçilerin de iş güvencesinden yararlanmaları gerektiği, esasında yasanın hazırlık çalışmalarında da ifade edilmiştir.

Bizce, iş güvencesi hükümlerinin özel bir kanunda düzenlenerek güvenceden yararlananların kapsamının genişletilmesi ve ancak çok istisnai hallerde faaliyetin niteliği gerektirdiği ölçüde özel düzenlemeler getirilmesi gerekir<sup>23</sup>.

Yürürlükteki hukuk açısından sistemdeki bu aksaklıkların da toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde ya da bireysel iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle aşılması mümkün kabul edilmelidir. Nitekim öğretilerdeki baskın

20 TBMM, Dönem: 21, Yasama Yılı: 4, S.Sayısı: 893.

21 Komisyon Raporuna göre, “...Komisyon toplantısı sırasında 158 sayılı ILO Sözleşmesi gereği, 1475 sayılı Kanundaki düzenlemelerin basın mesleğinde de uygulanmasının sağlanması gerekçesiyle verilen önerge de kabul edilmiş ve bu hüküm Tasarının 12 nci maddesi olmak üzere metne eklenerek diğer maddeler teselsül ettirilmiştir...” (Bkz. 02.08.2002 tarihli, Esas No. : 1/955 Karar No. : 26 sayılı Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu). Nitekim, Basın İş Kanunu’na eklenen hüküm nedeniyle, tüm maddelerinin kabulünü müteakip, TBMM Başkanlığının önerisi ile Kanunun adı da değiştirilmiştir.

22 Amasya Milletvekili Gönül Saray Alphan ve arkadaşları tarafından verilen önerge, Komisyon metninde bulunmadığı için, İçtüzük m.87/f.4 uyarınca, Komisyonun salt çoğunlukla katılması koşuluyla yeni bir madde olarak görüşmeye açılabilecekti. Komisyon Başkanının 25 üyeyi toplayıp sorma yönündeki teklifi, TBMM Başkanı tarafından o anda hazır olmadıkları için reddedilmiş ve önerge işlemden kaldırılmıştır (Bkz. TBMM, Dönem: 21, Yasama Yılı: 4., Birleşim: 127, 118-119).

23 **Ekonomi**, Münir: Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, MÜHF Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, 3-4 Nisan 1997, İstanbul, 93; **Soyer**, Feshe Karşı Koruma, 28-29; **aynı yazar**, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi, 273; **Ulucan**, 158 Sayılı Sözleşme, Genel Görüşme, 192; **Ekonomi**, ags, Genel Görüşme, 179;

görüş ve Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle, İş Kanunu'nun kapsamına girmeyen işlerde iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağına öngörülmesi mümkündür<sup>24</sup>.

Öte yandan, gazeteciler iş güvencesi hükümlerinin kapsamına alınmasına karşın, Sendikalar Kanunu m.31/son'daki düzenleme, bu husus gözetilmeden yapılmıştır. Bilindiği gibi, söz konusu maddede, dava açma süresi, davada talep edilecek hususlar (doğrudan tazminat isteyip isteyememe), ispat yükü gibi konularda, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Ancak düzenleme incelendiğinde, iş güvencesi kapsamında olup olmama kriterine tam olarak uyulmadığı görülmektedir. Gerçekten, gazeteciler, iş güvencesinden yararlanıp yararlanmadıkları gözetilmeksizin iş güvencesi kapsamı dışında kalanlar için öngörülen rejime tabi tutulmuşlardır. Başka bir deyişle, yasal düzenlemeye bakıldığında, iş güvencesi kapsamında olan gazeteciler de, 10 yıl içinde açabilecekleri bir dava ile sendikal tazminat talep edebilecekler ve bu davada ispat yükü işverende olacaktır. Aynı durum, 50'den fazla işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışan işçiler açısından da söz konusudur.

## **2) İşyerinde En Az Otuz İşçi Çalışması Koşulu**

Bilindiği gibi, 4773 sayılı Kanunda, iş güvencesi hükümlerinin on veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde uygulanacağı kabul edilmişti. Söz konusu düzenleme öğretide, ülkemizde küçük işletme sayısının çok olması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>25</sup>. On işçi ölçütü eleştirilirken, 4857 sayılı Kanunda otuzun altında işçi çalıştıran işyerleri kapsam dışı bırakılmıştır (m.18/I)<sup>26</sup>.

On işçi ölçütünü kabul eden 4773 sayılı Kanunun gerekçesinde, düzenlemede, diğer ülkelerde olduğu üzere, ülke ihtiyaçlarına ve kurumun özellik-

24 BK'ya tabi hava taşıma işinde çalışan uçucu personel ile ilgili olarak, Yarg. 9.HD., 22.12.2008, E.2008/40711 K. 2008/34678 ve **Şahlanan**'ın kararı isabetli bulan incelemesi, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2010, 138.

25 **Güzel**, Ali:İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 2001, 27-28; **Taşkent**, Savaş: İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara 2002, 32-33; **Soyer**, 158 Sayılı Sözleşme, 292; **Ulucan**, Devrim: 4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri, İstanbul 2003, 13-14; **Alp**, Feshe Karşı Koruma, 7.

26 Tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışan işçilerin İş Kanunu'nun kapsamına girebilmesi için bu işyerlerinde 50'den fazla işçi çalışması gerektiğinden (m.4/b), bu işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanabilmeleri de işyerinde en az 51 işçi çalışmasına bağlıdır.

lerine göre sınırlı olarak istisnalara yer verildiği belirtilmişti. Ancak aradan bir yıl dahi geçmeden, ülke ihtiyaçlarına uygun olduğu belirtilen on işçi ölçütü, 4857 sayılı Kanuna ilişkin Tasarıda korunmasına rağmen, Tasarının TBMM’de görüşülmesi sırasında verilen bir önerge ile otuz olarak değiştirilmiştir. Bu önergenin gerekçesinde ise, sadece “İşçi sayısı kriteri artırılmıştır” ifadelerine yer verilmiştir<sup>27</sup>.

Çeşitli ülke uygulamalarına bakıldığında, Avusturya’da 5’den, Fransa ve Almanya’da 11’den, İtalya’da kural olarak 15’den az işçi çalıştıran işyerleri feshe karşı korumanın kapsamı dışında tutulmuştur. İngiltere, Norveç, İsveç gibi bazı ülkelerde ise, küçük işyerleri için herhangi bir istisna tanınmamıştır<sup>28</sup>.

Ülkemizde, 30 işçi ölçütünü öngören İşK.m.18/1 hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuştur. Yüksek Mahkeme, 158 sayılı Sözleşmeye de atıfta bulunarak iptal istemini reddetmiştir<sup>29</sup>. Hemen belirtelim ki, Anayasa Mahkemesince kabul edilenin aksine, bu sınırlama 158 sayılı Sözleşmeye aykırıdır.

27 Bkz. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 1. Yasama Yılı, 75. Birleşim, 06.05.2003, 50.

28 **Rebhahn**, Robert: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU, ZfA 2003, 191; **Junker**, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2011, Rn. 358; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008, 494; **Alpagut**, Gülsevil: Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 86; **Löschnigg**, Günther/**Hekimler**, Alpay: Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku İle Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2011, 224; **Başterzi**, Süleyman: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulanma Alanı ve İstihdama Etkisi, A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 624-625.

29 Anayasa Mahkemesi kararına göre, “...İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir. İşçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge oluşturulduğu görüldüğünden kural, Anayasa’nın 2., 5., 13. ve 49. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir. İptali istenilen kuralın Anayasa’nın 10. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir...”, (AYM., 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72, RG., 24.11.2007, 26710).

Zira 158 sayılı ILO Sözleşmesi'ne göre, istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, iş sözleşmesi ile istihdam olunanlardan *sınırlı bir kategori*, gerektiği takdirde, işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra Sözleşme hükümlerinin tamamının veya bir kısmının kapsamı dışında bırakılabilir (m.2/2,a). Bu düzenleme, küçük işyerlerini feshe karşı korumanın getireceği ek maliyetlerle karşı karşıya bırakmamak ve bu işyerlerinde işçi ile işveren arasındaki kişisel ilişkilerin ön planda olduğu için basit bir fesih usulü öngörmek düşüncesine dayanır<sup>30</sup>.

4857 sayılı Kanunla kapsam dışı bırakılanların ise, sınırlı bir kategori olduğu söylenemeyecektir<sup>31</sup>. Bu sınırlama, yukarıda belirtildiği gibi, Avrupa Birliğine üye ülkelerde işletmenin büyüklüğü ölçütü açısından getirilen sınırlamaların oldukça üzerindedir. 4857 sayılı Kanunun kabul edildiği dönem açısından bakıldığında, işçilerin yaklaşık yarısının<sup>32</sup> güvence kapsamı dışında kalmasına neden olan düzenleme, sadece küçük işyerlerinin değil, bunlarla birlikte çok sayıda orta ölçekli işyerinin de iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalmasına yol açtığından, Anayasa'daki ölçülülük ilkesine ters düşmektedir<sup>33</sup>. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi kararının isabetli olmadığı kanısındayız.

Küçük işyerlerinin feshe karşı korumanın kapsamı dışında bırakılması, Alman Hukukunda da Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Alman Anayasa Mahkemesi, 5 ve daha az işçi çalıştıran işyerlerinin kapsam dışında olduğuna ilişkin düzenlemeyi, çalışma özgürlüğüne, eşitlik ve sosyal devlet ilkelerine aykırı bulmamıştır<sup>34</sup>. Alman Hukukunda istisna edilen işyerlerine ilişkin işçi sayısı ölçütü çeşitli defalar 5 ile 10 arasında değişti-

30 Brox,H./Rüthers, B./Henssler, M.: Arbeitsrecht, 17. Auflage, Stuttgart 2007, Rn.469; Eyrenci, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İSGHD, 2004/1, 33; Çelik, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul 2003, 17; Süzek, 494; Soyer, Feshe Karşı Koruma, 38; Alpagut, Feshe Karşı Koruma, 86; Alp, Feshe Karşı Koruma, 6; Başterzi, Uygulama Alanı, 626.

31 Çelik, Nuri: İş Güvencesi Kapsamı İle İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y.6 S. 12 Güz 2007/2, 5; Süzek, 494-495; Güzel, İş Güvencesi, 26-28; Soyer, Feshe Karşı Koruma, 39; Alpagut, İş Güvencesi, 211.

32 Sigortalı 5.5 milyon işçinin yüzde 52'si 30 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde istihdam edilmektedir (Kenar, Necdet: Yeni İş Kanunu'nun İstihdama Muhtemel Etkileri, Mercek Dergisi, Temmuz 2003, 74).

33 Çelik, Otuz İşçi Sayısı, 4; Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Baskı, İzmir, 2009, 246; Süzek, 494-495; Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Ankara 2006, 639; Başterzi, Uygulama Alanı, 633vd.; Ayrıca bkz. Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, İstanbul, 2011, 166; Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 33; Güzel, İş Güvencesi, 28vd.; Ulucan, Devrim: İş Güvencesi, 2. Baskı, 30; Taşkent (Eyrenci/ Taşkent/Ulucan), Bireysel İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2010, 167; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008, 717.

34 BVerfG, 27.01.1998, 1 BvL 15/87, AP, § 23 KSchG 1969, Nr. 17.

rildikten sonra, son olarak 01.01.2004 tarihinden itibaren işe başlayanlar açısından işyerinde 10'dan fazla işçi çalışması koşulu getirilmiştir<sup>35</sup>. On işçi ölçütü konusunda verilmiş bir Anayasa Mahkemesi kararı ise bulunmamaktadır.

Alman Hukukundaki iş güvencesinin kapsamına ilişkin düzenleme, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararına da konu olmuştur<sup>36</sup>. O dönemde geçerli olan § 23/I, 2 KSchG hükmüne göre, feshe karşı koruma hükümleri 5 veya daha az işçi çalıştıran işyerleri hakkında uygulanmamaktaydı. İşçi sayısının hesaplanmasında ise, düzenli çalışma saatleri haftada 10 saatin veya ayda 45 saatin üzerinde olan işçiler dikkate alınmaktaydı.

Divan kararına konu olayda, Bayan Petra Kirsammer-Hack, bir dış hekimi muayenehanesinde yardımcı olarak çalışmaktadır. İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan iki kadın işçi, biri davacı olmak üzere haftalık 10 saatten fazla kısmi süreli çalışan iki kadın işçi ve haftada 10 saatin veya ayda 45 saatin altında çalışan dört kadın işçi bulunmaktadır. Bayan Kirsammer-Hack'ın iş sözleşmesi, 13.02.1991 tarihinde işvereni Nurhan Sidal tarafından feshedilmiştir. Bunun üzerine Bayan Kirsammer-Hack, feshin sosyal açıdan haksız olduğu iddiasıyla Reutlingen İş Mahkemesi'nde dava açmıştır. Davalı işveren, § 23/I,2 KSchG hükmü nedeniyle feshe karşı koruma hükümlerinin işyeri hakkında uygulanamayacağını savunmuştur.

Reutlingen İş Mahkemesi de, davalı gibi düşünmekle birlikte, Divan'a, § 23/I, 2 KSchG hükmünde küçük işyerlerinin istisna tutulmasının, AET Anlaşması m.92'de öngörülen ortak pazarla bağdaşmayan bir yardım teşkil edip etmediği ve işçi sayısını hesaplama yönteminin 76/207 sayılı Yönerge m.2 ve m.5 hükümlerine göre kadınlara ve erkeklere eşit davranma ilkesine aykırı olup olmadığı, bunun bir dolaylı ayrımcılık teşkil edip etmediği sorularını yöneltmiştir.

Reutlingen İş Mahkemesi başvurusunda, küçük işyerlerinin istisna tutulması nedeniyle diğer işletmeler karşısında ciddi bir rekabet avantajına

35 Junker, Rn. 358. Preis, Almanya'da daha önce her 10 işçiden 9'u iş güvencesi kapsamındayken, 1996'da 5 yerine 10 işçi sayısının esas alınmasıyla işçilerin 1/3'ünün güvence kapsamı dışında kalacağını, Federal Hükümetin kapsam daralmasıyla, küçük işyerlerinin istihdama katkılarının artmasını umut ettiğini ancak bu umudun aldattıcı olduğunu belirtmektedir (Preis, Ulrich: Das Kündigungsschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, MÜHF, Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, 3-4 Nisan 1997, 15). Alman Hukukunda, 10 işçi sayısının hesaplanmasında, kısmi süreli çalışanlardan haftada 20 saate kadar (dahil) çalışanlar 0,5 oranında; 20 saatten fazla 30 saatten az (dahil) çalışanlar 0,75 oranında; 30 saatten fazla çalışanlar ise tam olarak dikkate alınmaktadır.

36 ATAD., 30.11.1993, C-189/91 Kirsammer Hack, AP, § 23 KSchG 1969, Nr. 13.

kavuştuğunu belirtmiştir. Divan ise, AET Anlaşması m.92'de kastedilen yardımların devlet tarafından sağlanan yardımlar olduğuna, burada devlet kaynaklarının doğrudan veya dolaylı olarak bazı işletmelere aktarılmasının söz konusu olmadığına karar vermiştir. Divan'a göre, bu hükümlerle yasa koyucu küçük işyerlerinde işçi işveren ilişkilerini özel bir hukuki çerçevede düzenleme ve küçük işyerlerinin gelişimine engel olacak mali yükleri engelleme iradesini ortaya koymuştur.

Reutlingen İş Mahkemesi, kadınlara karşı dolaylı ayrımcılık konusunda ise, Almanya'da kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların %90'ının kadınlardan oluşması nedeniyle söz konusu düzenlemenin dolaylı ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür.

ATAD ise, kadınlara karşı dolaylı ayrımcılığın, esasında nötr olarak kaleme alınan bir düzenlemenin uygulamada büyük ölçüde kadınlar aleyhine sonuçlar doğurması ve farklı uygulama konusunda cinsiyet nedeniyle ayrımcılıkla ilgisi olmayan objektif nedenlerin bulunmaması durumunda kabul edildiğini belirtmiş; dava konusu olayda ise, böyle bir durumun söz konusu olmadığına karar vermiştir. Zira kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların hesaplamada dikkate alınmaması, bu işçilere karşı ayrımcı bir muamele teşkil etmemektedir. Söz konusu işçilerin çalıştığı işyerinin feshe karşı koruma kapsamında olduğu veya olmadığı yönündeki sonuç, bu işyerinde çalışan tam veya kısmi süreli tüm işçiler için geçerli olacaktır. Divan'a göre, şayet küçük işyerlerinde ağırlıklı olarak kadınların çalıştığı ispat edilseydi, cinsiyetle ilgisi olmayan objektif nedenlerin de bulunmaması halinde dolaylı bir ayrımcılıktan söz edilebilirdi<sup>37</sup>. Sonuç olarak Divan'a göre, söz konusu düzenleme, ekonominin gelişmesinde ve istihdamın artmasında önemli bir role sahip olan küçük işyerlerini mali yüklerden koruma amacı gütmektedir<sup>38</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Divan, Alman Hukukundaki düzenlemenin Topluluk Hukuku ile uyumlu olduğuna karar vermişse de, bu uyumu, kararda da belirtildiği üzere, Devletin bazı işletmelere rekabete aykırı destek sağlama-

37 Nitekim, ATAD, İngiliz Hukukunda (haftada 16 saatin altında) kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin feshe karşı korumadan istisna tutulmalarının, cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık yarattığına, bu durumun ekonomik gereklilikler sebebiyle meşru bulunmadığı gibi kadın işçiler bakımından orantılı da olmadığına, bu sebeple, Avrupa Ekonomik Topluluğu Sözleşmesi'nin 119. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. R v. Secretary of State for Employment, ex p Equal Opportunities Commission [1994] ICR 317, [1994] IRLR 176, HL. Bahsedilen düzenleme Avrupa Topluluğu Hukuku ile çelişmesi dolayısıyla 1995 yılında kaldırılmıştır (Employment Protection (Part-time Employees) Regulations 1995, SI 1995/31, <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1995/31/contents/made> (Erişim tarihi: 07.05.2011)).

38 ATAD., 30.11.1993, C-189/91 Kirsammer Hack, para. 3-35, AP, § 23 KSchG 1969, Nr. 13.

diği ve düzenlemede dolaylı ayırimcılık bulunmadığı şeklinde anlamak gerekir<sup>39</sup>. Zira, Avrupa Birliği Hukukunda (genel) feshe karşı koruma hususunda asgari standartları içeren bir düzenleme bulunmamakta, hatta feshe karşı koruma hukuku “üvey çocuk” olarak nitelendirilmektedir<sup>40</sup>.

İş Kanununa göre, otuz işçi sayısı, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa o işkolundaki toplam işçi sayısına göre belirlenir (m.18/IV). Bu bakımdan işyerlerinin aynı il sınırları içinde olmasına da gerek yoktur<sup>41</sup>. Öğretide isabetle vurgulandığı gibi, uygulamada sorunlara yol açan işkolu ölçütünün kaldırılıp, işverenin çalıştırdığı işçi sayısı ölçütünün esas alınması, iş güvencesine ilişkin normların koruma amacı açısından daha isabetli olacaktır<sup>42</sup>.

Otuz işçi ölçütü konusunda son olarak belirtmek gerekir ki, ülkemizde işsizlik sigortası ve iş güvencesi işlevlerini de üstlendiği gerek öğretide gerek yapılan çeşitli yasal düzenlemelerin gerekçelerinde kabul edilen kıdem tazminatının, ancak iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler 158 sayılı Sözleşmede öngörüldüğü şekilde gerçekten sınırlı bir kategori haline getirildikten sonra yeniden ele alınmasının isabetli olacağı kanısındayız. Zira, iş güvencesinin kapsamı dışında kalan, özellikle kayıt dışı işsizliğin yaygın olduğu işyerleri açısından kıdem tazminatı hala iş güvencesi işlevi görmektedir<sup>43</sup>.

39 Bu konuda bkz. Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): (Moll), Kündigungrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 3. Auflage, München 2007, KSchG § 23 Geltungsbereich, Rn. 38.

40 Tschöpe, Ulrich: Der allgemeine Kündigungsschutz - Stiefkind europäischer Rechtsanpassung, NZA-RR 2003, H.8, 395; Krimphove, Dieter: Der Kündigungsschutz im Europäischen Arbeitsrecht, AB-Türkiye Endüstri İlişkileri (Editör:Alpay Hekimler), İstanbul 2004, 517. ATAD'nın feshe karşı koruma hukukuna ilişkin Wepp, Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark, Larsson, Mary Brown, Seymour-Smith, Coleman kararları da kadınlara karşı ayırimcılık yasağıyla ilgilidir (Bu konuda bkz. Schmeisser, Wilhelm/Krimphove, Dieter: Internationale Personalwirtschaft und Internationales Arbeitsrecht, München 2010,343-344; Krimphove, 518).

41 Yarg. 9. HD., 29.1.2007, E. 2006/29945 K. 2007/1216, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 335-336.

42 Çelik, İş Güvencesi, 20; Süzek, dn.26, 496; Şahlanan, Fevzi: İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek, Nisan 2003,17; Demir, Fevzi: İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları, Legal İSGHD, 2008/19, 888; aynı yazar, İş Hukuku, 246; Mollamahmutoglu, 710; Aktay, A. Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan Senyen, E. Tuncay: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2011, dn.36, 161; Ekmeççi, Ömer: 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Semineri, 25-29 Eylül 2002 Marmaris, 93-94; Doğan Yenisey, 122. Alman Hukuku açısından da işverenin esas alınması gerektiği yönünde, Preis, Das Kündigungsschutzrecht, 16.

43 Bu konuda bkz. Engin, Murat: İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi tarafından düzenlenen İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2009 Yılı Toplantısı, Genel Görüşme, 48.30 işçi ölçütünün 5 işçiye indirilmesi gerektiği

### **3) İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeme Sahip Olması ve İşveren Vekili Olmaması Koşulları**

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için o işyerinde en az altı aylık kıdeminin olması gerekir (m.18/I). Ancak, söz konusu altı aylık kıdem, aynı işverenin aynı veya farklı işkollarındaki bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesaplanacaktır (m.18/IV). Çeşitli hukuk sistemlerinde de, iş güvencesinin kapsamına girebilmek için bir bekleme süresi öngörülmüştür. Bu süre Almanya, İtalya ve Avusturya'da 6 ay; Danimarka, İrlanda ve İngiltere'de<sup>44</sup> bir yıl; Fransa'da iki yıldır<sup>45</sup>.

Alman Hukukundan (§ 1/I KSchG) farklı olarak, Hukukumuzda altı aylık kıdemin aralıksız olması aranmadığından, aralıklı çalışmaların da birleştirileceği kabul edilmektedir<sup>46</sup>. Bu düzenleme esas alındığında, örneğin on yıl önce işverenin başka bir işkolundaki bir işyerinde çok farklı bir işte çalışmış olan işçi açısından da süreler birleştirilecektir. Bu ise, bekleme süresi öngörülmesindeki işçinin denemesi ve işyerine aidiyet duygusunun gelişmesi amaçlarına aykırı olabilecektir. Kanımızca, olması gereken hukuk açısından, altı aylık kıdemin kesintisiz olması koşulu aranmalı, ancak yargı organı tarafından işverenin kesintisiz kıdem koşulunun gerçekleşmesine engel olacak kötü niyetli davranışlarda bulunduğu tespit halinde, ke-sintiye rağmen koşul gerçekleşmiş sayılmalıdır<sup>47</sup>.

Uygulamada işverenlerin işçinin altı aylık kıdeminin dolmasına çok az süre kala iş sözleşmesini feshettiği olaylara rastlanmaktadır. Nitekim öğretide, işverenin altı ayın dolmasından kısa bir süre önce, sırf işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla iş sözleşmesini feshetmesi halinde, bunun dürüstlük kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz-

---

yönünde, Ulucan, İş Güvencesi, 33-34; Güzel, İş Güvencesi, Tartışmalar, 21; ölçütün tamamen kaldırılması, bu olmayacak ise 5 işçiye indirilmesi yönünde Taşkent, Yeni Yasal Düzenleme, 32-33; 10 işçi ölçütünün isabetli olduğu yönünde, Şahlanan, Kapsam, 17.

44 Düzenlemenin ilk halinde bu süre, 6 aydır. Bu süre 1979'da bir yıla, 1985'te iki yıla çıkarılmıştır. Unfair Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 1985, SI 1985/783, <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1985/may/16/unfair-dismissal-variation-of-qualifying> (Erişim tarihi: 06.05.2011). Daha sonra, tekrar bir yıla indirilmiştir. Unfair Dismissal and Statement of Reasons for Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 1999, SI 1999/1436, <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/1436/made> (Erişim tarihi: 07.05.2011).

45 Rebhahn, Der Kündigungsschutz in EU, 192; Löschnigg/Hekimler, 226; Junker, Rn. 360.

46 Örnek olarak, Yarg. 9.HD., 15.10.2010 E. 2009/30688 K. 2010/29172, Çalışma ve Toplum, 2011/2, S.29, 398-402.

47 Kıdem koşulunun kesintisiz olmasının arandığı Alman Hukukunda kesintinin kısa süreli olması ve birbirini takip eden iş ilişkileri arasında sıkı bir bağlantı bulunması durumunda süreler birleştirilmektedir. Bu konuda bkz. Brox/Rüthers/Henssler, Rn. 471.

liğinin öne sürülebileceği belirtilmektedir<sup>48</sup>. Yargıtay da, kural olarak, fesih bildirimının işçiye ulaştığı tarihte altı aylık sürenin doldurulmuş olmasını gerektiğini, altı aylık süre zarfında iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebeplerin aranmayacağını kabul etmekle birlikte; işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla, işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine bir kaç gün kala feshetmesinin, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz kılınabileceğini ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme, konuya ilişkin kararlarında BK.m.154 hükmünü de dayanak olarak göstermektedir<sup>49</sup>.

Kanımızca, altı aylık bekleme süresibir deneme süresi<sup>50</sup> niteliğinde olup kural olarak bu süre zarfında iş sözleşmesinin süreli fesih bildiri ile nedensiz olarak feshedilebileceği kabul edilmelidir. Feshin iş güvencesi hükümlerini engellemek amacıyla yapıldığının, başka bir deyişle, fesih hakkının kötüye kullanıldığının tespiti durumunda ise uygulanacak yaptırım, bekleme süresini doldurmayan işçiyi iş güvencesi kapsamında kabul etmek yerine, bu statüde çalışanlar için özel olarak düzenlenmiş olan kötü niyet tazminatı olmalıdır<sup>51</sup>.

İş güvencesinin kapsamı açısından getirilen bir diğer sınırlama, işçinin niteliği ile ilgilidir. Kanuna göre, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında

48 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 24. Bası, İstanbul 2011, 223; Süzek, 499-500; Taşkent, Savaş: İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), İstanbul 2003, 118; Demir, İşe İade, 889; Başterzi, Uygulama Alanı, 639; Alp, Mustafa: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, 150-151.

49 Aynı görüşte, Soyer, Feshe Karşı Koruma, 37; Akyiğit, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, (İşe İade), Ankara 2007, 233; Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, 167. Yargıtay'ın bir kararına göre, "Uyuşmazlık, 6 aylık kıdeminin dolmasına 2 gün iş sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı noktasında toplanmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 154.maddesinde yer alan "şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnü niyet kaidelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur" kuralına göre işverence iyiniyet kurallarına aykırı olarak 6 aylık kıdem koşulunun gerçekleşmesi engellenmiş ise, şartın gerçekleştiği kabul edilerek davacının iş güvencesi hükümleri kapsamında düşünülmesi gerekecektir....Mahkemece işyerinde 6 aylık kıdem doldurmadan işçi çıkarılmasına ilişkin genel bir uygulamanın bulunup bulunmadığı, fesihten sonra yeni işçi alınıp alınmadığı gibi hususlarla birlikte işverenin kötüniyetli olup olmadığı etraflıca araştırılarak, tarafların bu konudaki delilleri toplanarak sonucuna göre davacının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesi gerekir...", (Yarg. 9.HD., 15.10.2010 E. 2009/30688 K. 2010/29172, Legal İSGHD, 2011/29, 200-204).

50 Şüphesiz bununla İşK.m.15 anlamında deneme süresi kastedilmemektedir.

51 Mollamahmutoğlu, 719; Alpogut, İş Güvencesi, 208-209; Günay, İş Kanunu Şerhi, 643-644.

iş güvencesi hükümleri uygulanmaz (m.18/son). Söz konusu istisna hükmü, özel istihdam statüleri bakımından belirli kişilerin güvence kapsamı dışında bırakılabileceğini öngören 158 sayılı Sözleşme ile uyum içindedir (m.2/V)<sup>52</sup>.

#### **4) İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışması Koşulu**

İş güvencesi açısından üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığıdır. Zira, İş Kanunumuzda iş güvencesi hükümlerinden belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin yararlanabilecekleri belirtildiği için, söz konusu sözleşmelerin yapılması daha bir önem kazanmıştır. Nitekim, Yargıtay'a göre de, "İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle belirli - belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi artmış durumdadır"<sup>53</sup>.

Bilindiği gibi, belirli süreli iş sözleşmesi, belirlenen sürenin geçmesi veya kararlaştırılan amaca ulaşılması ile bir fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer. Belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin süreli fesih bildirimini ile sona erdirilmesine ise, kural olarak tanınmamakta ve bununla sözleşme süresi boyunca işçinin işinin korunduğu kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Ancak aynı düşünce, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında tutulmasının da bir gerekçesini oluşturmaktadır. Bu sonucun doğal uzantısı ise, iş ilişkisini belirli süreli olarak yapma konusundaki eğilimin, belirli süreli iş sözleşmelerinin cazibesinin artması olmaktadır. 158 sayılı Sözleşmede de, belirli süreli iş sözleşmelerinin kapsam dışı bırakılabileceği öngörülmekle birlikte, Sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli önlemlerin alınması gerektiği de düzenlenmiştir (m.2/2,a; m.2/3).

158 sayılı Sözleşme ile aynı Konferansta kabul edilen, İş İlişkisinin İşveren Tarafından Sona Erdirilmesi Hakkında 166 Sayılı Tavsiye Kararında da, belirli süreli iş sözleşmelerinin 158 sayılı Sözleşme ve bu tavsiye kararında öngörülen korumanın dolanılması amacıyla kullanılmasının engellenmesi gerektiği belirtilmiştir (I,3,1). Tavsiye kararında, bu kapsamda aşağıdaki önlemlerden bir ya da daha fazlasının öngörülebileceği düzenlenmiştir:

- belirli süreli iş sözleşmelerinin, iş görme ediminin niteliği veya yerine getirileceği koşullar ya da işçinin menfaatleri nedeniyle belirsiz süreli iş sözleşmesinin yapılmasının söz konusu olmayacağı durumlarda yapılabilmesi (I,3,2, a),

52 Soyer, Feshe Karşı Koruma, 43.

53 Yarg. 9.HD., 02.12.2009, E. 2008/12186 K. 2009/32934; Yarg. 9.HD., 28.06.2010, E. 2009/20382 K. 2010/20662, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

54 Hanau, Peter/Adomeit, Klaus : Arbeitsrecht, 14. Auflage, Neuwied 2007, Rn. 892.

- (a) alt bendinde belirtilen durumlar dışında yapılan belirli süreli sözleşmelerin belirsiz süreli sayılması (I,3,2, b),

- (a) alt bendinde belirtilen durumlar dışında bir veya birden fazla defa yenilenen belirli süreli sözleşmelerin belirsiz süreli sayılması (I,3,2, a-c)<sup>55</sup>.

İş Kanunu'nun 11. maddesinde, 158 sayılı Sözleşme ve 166 sayılı Tavsiye kararı ile uyumlu olarak<sup>56</sup>, belirli süreli iş sözleşmelerinin gerek yapılmasını gerek yenilenmesini objektif (esaslı) nedenlerin bulunması koşuluna bağlayan düzenleme karşısında, belirli süreli iş sözleşmelerinin iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmış olmalarının herhangi bir sorun yaratmayacağı söylenebilecektir<sup>57</sup>.

### III. İŞE İADE DAVASINA İLİŞKİN SORUNLAR<sup>58</sup>

#### 1) Genel Olarak

Tebliğimizin bundan sonraki kısmında, uygulamada işe iade yargılaması aşamasında ve sonrasında, ülkemizde benimsenen iş güvencesi modeli nedeni ile yaşandığını düşündüğümüz sorunlardan bazıları ele alınarak mevcut iş güvencesi sisteminin değiştirilmesi gerektiği açıklanmaya çalışılacaktır. Gerçekten, mevcut sistem işçi açısından sadece işe iadeyi talep edebilme seçeneğini öngörmüş olmasına karşın, işverene bir seçimlik yetki tanınmakta, işe iade davasının sonunda işçiler genellikle başka bir işe girmiş olmakta veya işverence işe başlatılmamakta; taraflar gerçekte işe başlama/başlatma iradesi olmamasına rağmen sistemin bir sonucu olarak iradelerine aykırı davranışlar sergileyebilmekte, somut olaylarda gerçek bir işe başlatma bulunup bulunmadığı yeni davalara konu olmaktadır. İşçinin feshe bağlı haklarını elde etmesinde ciddi gecikmeler yaşanmakta, bir davalarda süreci yaşanmaktadır. Benimsenin iş güvencesi modeli, bazı durumlarda geçersiz (ve aynı modelin uygulanması nedeniyle sendikal) fesihlerin yaptırımsız kalmasına da neden olabilmektedir.

55 <http://www.ilo.org/ilolex/german/docs/recdisp1.htm> (Erişim Tarihi: 18.05.2011).

56 İşK.m.11 hükmünün 1999/70 sayılı Yönerge ve Yönergeye ekli Çerçeve Anlaşma ile uyumu ve Hukukumuzda belirli süreli iş sözleşmesi yapma koşulları hakkında bkz. Güzel/Özkaraca/Ugan: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 475 vd.

57 Soyer, Feshe Karşı Koruma, 29; Alp, Feshe Karşı Koruma, 4. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa tabi çalışanların kapsam dışı kabul edilmesinin haklı eleştirisi için bkz. Güzel, İş Güvencesi, dn.31, 26; Soyer, Feshe Karşı Koruma, 30-31.

58 Tebliğimizin bundan sonraki bölümü "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Güvencesi Sisteminde Yaşanan Sorunlar ve Yeni Bir Model Önerisi" başlıklı makale çalışmamız esas alınarak kaleme alınmıştır.

**2) İşe İade İle İşçilik Alacaklarının Birlikte Talep Edilememesi**

Öğretide savunulan bir görüşe göre, işçi feshin geçersizliği ve işe iade talebinin reddedilmesi olasılığına karşın dava dilekçesinde terditli olarak ihbar, kıdem tazminatı gibi işçilik alacaklarını da talep etmişse, işe iade talebini reddeden mahkemenin bu talepleri inceleyerek ayrıca karar verebilmesi gerekir<sup>59</sup>. Bunun gibi, öğretide işe iade davası ile feshe bağlı olmayan işçilik alacakları açısından objektif dava birleşmesinin de söz konusu olabileceği savunulmaktadır<sup>60</sup>.

Yargıtay uygulamasını da yansıtan diğer görüş ise, iş mahkemelerinde kural olarak sözlü yargılama usulü uygulanırken, iş güvencesi yargılamasında seri yargılama usulünün uygulanması nedeniyle, iş güvencesine ilişkin talepler ile ayrı yargılama usulüne tabi diğer taleplerin terditli olarak ya da objektif dava birleşmesi şeklinde aynı davada ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır<sup>61</sup>.

Yargıtay, işe iade ile tazminat ve işçilik alacaklarının birlikte talep edildikleri davalarda, davaların tefrik edilerek ayrı dosyalar üzerinden yargılama yapılması gerektiğine karar vermektedir. Yüksek Mahkemeye göre, “...*Dai-remizin kararlılık kazanan uygulaması gereği yargılama usulleri farklı olan feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile birlikte kıdem, kötünüyet tazminatı ve işçilik alacaklarının aynı davada istenmesi olanağı bulunmamaktadır. Zira işçinin işe iadeyle ilgili isteklerinin yanında işçilikten doğan diğer tazminat ve alacakların da istenmesi halinde, bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının yasa koyucunun öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre görülüp sonuçlandırılmasına engel oluşturur. İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle işe iadeyle birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır. Esasen işçinin açmış olduğu işe iade davasında ihbar ve kıdem tazminatlarını da talep etmiş olması bir çelişkiyi oluşturur. Bir taraftan feshin*

59 Güzel, İş Güvencesi, 102; Ertürk, Şükran: İşe İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yarattığı Sorunlar, Legal İSGHD, 2009/23, 946-947; Özekes, Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, 139-140; Şahlanan, Fevzi: İşçinin Hem İşe İade Hem De Kıdem-İhbar Tazminatı Davası Açmış Olması, Karar İncelemesi, (Tekstil İşveren, Ocak 2006), İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları, İstanbul 2011, 50 vd.

60 Özekes, 139-140.

61 Ekmekçi, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı,Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Temmuz 2003, 137-138; Çankaya, O.G./Günay, C.İ./Göktaş, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, 225-226; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, 479-480.

*geçersizliği ve işe iade talep edilirken, diğer yandan feshin sonucuna bağlı olan tazminatların istenmesi doğru olmaz. Mahkemece, kıdem ve kötünîyet tazminatı ile yıllık ücretli izin ve diğer işçilik alacaklarının tefrik edilmeden, yazılı şekilde reddine karar verilmesi isabetsizdir. Kaldı ki kıdem ve kötünîyet tazminatı ile yıllık ücretli izin dışında, iş sözleşmesinin feshine bağlı olmayan işçilik alacakları da istenmiştir. Feshe bağlı kıdem ve kötünîyet tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı, feshin geçersizliği ile ilgili davanın sonucuna bağlı tutulmalı ve tefrik edildikten sonra bu istekler yönünde beketici mesele yapılmalıdır...”<sup>62</sup>.*

Bilindiği gibi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>63</sup> 12.01.2011 tarihinde kabul edilmiş olup, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununu yürürlükten kaldıran bu Kanun, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir (m.450-m.451). 6100 sayılı Kanunun konumuz açısından öngördüğü en önemli değişiklik, dört olan yargılama usulü sayısını ikiye indirmesidir. Yeni Kanun sadece yazılı ve basit yargılama usullerine yer vermiş; iş mahkemelerinde uygulanmakta olan sözlü yargılama usulü (İşMahK.m.7/I) ile işe iade davalarında uygulanan seri yargılama usullerini (İşK.m.20/III) kaldırmıştır<sup>64</sup>. Kanunun 316. maddesine göre, hizmet ilişkisinden doğan davalar, basit yargılama usulüne tabidir. Yine Kanuna göre, diğer kanunların sözlü yahut seri yargılama usulüne atıf yaptığı hallerde, bu Kanunun basit yargılama usulü ile ilgili hükümleri uygulanacaktır (m.447). Dolayısıyla, 6100 sayılı Kanunun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, işe iade davaları ile iş mahkemelerinde görülen diğer uyuşmazlıkların farklı yargılama usullerine tabi olması sorunu ortadan kalkmış ve iş mahkemesinde görülen tüm davalarda basit yargılama usulü uygulanmaya başlanmıştır.

62 Yarg. 9.HD., 03.11.2008, E. 2008/36889 K. 2008/29872, Kazancı İçtihat Bankası; aynı yönde, Yarg. 9.HD, 21.06.2010, E. 2009/23051 K. 2010/19447, Legal İSGHD, 2010/28, 1665-1666.

63 RG., 04.02.2011, 27836.

64 6100 sayılı Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesine göre, "...Seri yargılama ve sözlü yargılama usullerine Taslakta yer verilmemiştir. 1086 sayılı Kanunda seri yargılama usulü, sadece cevap dilekçesi ile cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi için yazılı yargılama usulüne nazaran kısa süreler öngörmekteydi. Bu kısa süreler dışında yazılı yargılama usulüne atıf yapıldığı için, seri yargılama usulü ile yazılı yargılama usulü arasında bir fark bulunmamakta idi. Hatta cevap ve diğer dilekçeler için çoğu kez mahkemeye müracaat ederek sürenin uzatılması istendiğinden ve bu talep kabul edildiğinden, adı seri olan yargılama usulü çoğu kez yazılı yargılama usulünden daha uzun sürmekte idi. Bu nedenle uygulamada ismi dışında seri bir yargılama öngörmeyen bu usule yer verilmemiştir. Keza sözlü yargılama usulü de uygulamada yazılı yargılama usulü gibi uygulandığından, bu iki yargılama usulü kaldırılarak, basit yargılama usulü, yazılı yargılama usulüne nazaran daha hızlı daha kolay bir usul hâline ge(t)irilmeye çalışılmıştır...", TBMM, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S.Sayısı 393, 8.

Bugüne kadar farklı yargılama usullerine tabi olmaları nedeniyle, aynı davada görülemeyeceği kabul edilen işe iade davaları ile feshe bağlı işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıkların birlikte görülmesinin önündeki usuli engel de böylece kalkmış olmaktadır. Ancak kanımızca, söz konusu davaların aynı usule tabi kılınmış olmaları bu davaların birlikte görülebilmesi için yeterli değildir<sup>65</sup>. Bu konuda sadece bir engel ortadan kalkmıştır. Temel engel, mevcut iş güvencesi modelinde işe iade davasının sonuçlarını başlangıçta kesin olarak öngörmek mümkün olmadığından, bazı işçilik alacaklarının nihai olarak karara bağlanamayacak olmasıdır.

Terditli dava açılması ihtimalinde, yerel mahkemenin asli talep açısından feshin geçerli olduğu sonucuna vararak, ilk yapılan fesih tarihine göre feshe bağlı işçilik alacaklarına hükmetmesine rağmen, kararın temyizi üzerine Yargıtay'ın feshin geçersiz olduğuna karar vermesi mümkündür. Böyle bir ihtimalde çözümü son derece güç ve zahmetli sonuçlar ortaya çıkabilecektir. 4773 sayılı Kanundan önce işyeri sendika temsilcilerine tanınan iş güvencesi sisteminden farklı olarak, ilk derece mahkemesi işe iade konusunda kesin karar vermemektedir.

Yerel mahkemenin feshin geçersiz olduğu (işçinin işe iadesinin gerektiği) sonucuna varması durumunda, feshe bağlı işçilik alacaklarına hükmetmesi de mümkün olmayacaktır. Öncelikle bu durum, terditli davalarda asli talep reddedilmediği takdirde tali talep hakkında karar verilememesi ilkesine aykırıdır<sup>66</sup>. Bu halde, işçinin hem işe iadeyi hem feshe bağlı alacakları istemesi çelişki yaratacağından ve bu yönde bir kararın unsurlarının tespiti ve uygulanması sorunlara neden olacağından objektif dava birleşmesi de söz konusu olmayacaktır.

İşçinin başvurusu üzerine işe başlatılması durumunda sözleşme feshedilmemiş sayılacağından feshe bağlı alacaklara hak kazanmak zaten söz konusu olmayacaktır. İşçinin işverene başvurup başvurmayacağıının, başvurusu durumunda işveren tarafından başlatılıp başlatılmayacağıının ve bunların gerçekleşme tarihinin önceden bilinebilmesi mümkün değildir<sup>67</sup>. Yerel mahkemenin bu ihtimalleri içeren şarta bağlı hükümler vermesi söz konusu olmayacaktır. Örneğin, iş sözleşmesi, işçinin kesinleşen mahkeme kararı üzerine süresi içinde işverene başvurmasına rağmen işveren tarafından işe başlatılmayacağıının bildirildiği veya bunun için öngörülen bir aylık

---

65 Karş. Çelik, İş Hukuku, 247.

66 Muşul, Timuçin: Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1984, 106.

67 Akı, Erol: İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, 310-311; Süzek, 571.

üst sürenin dolduğu tarihte feshedilmiş sayılacaktır. İşçinin son ücretinin esas alındığı ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti gibi feshe bağlı alacaklara esas ücret de bu tarihteki ücret olacaktır. İlk derece mahkemesinin karar verirken bu tarihi net olarak belirleyebilmesi ise olanaklı değildir. Bunun dışında, mevcut sistemde yargılama sırasında geçen dört aylık süre işçinin kıdemine dahil edilmektedir. Ancak bunun önkoşulu işçinin işverene başvurmasıdır. İşverene süresi içinde başvurmayan işçinin iş sözleşmesi ilk yapılan fesih tarihinde sona ermiş sayılmaktadır. Aynı sonuç, işverene başvurmasına rağmen işe başlamayan işçi açısından da geçerlidir. Dolayısıyla, kararın verilmesi sırasında, işçinin işçilik alacaklarının hesabında temel faktörler olan ücret ve hizmet süresinin tespiti, mevcut sistemde mümkün olamamaktadır. İlk derece mahkemesince sadece feshin geçersiz olmasına rağmen, işçinin süresi içinde işverene başvurmaması veya davete rağmen işe başlamaması (feshin geçerli sayılması) ihtimaline yönelik olarak ilk yapılan fesih tarihine göre hak kazanılabilecek feshe bağlı alacakların belirlenmesi söz konusu olabilir ki, bu durumda da şarta bağlılık ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki engel niteliğindeki düzenleme ve örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Sonuç olarak, işe iadeyi hedef alan mevcut iş güvencesi modelinde, yargılama usulleri aynı olsa da işe iade davası ile feshe bağlı işçilik alacaklarına ilişkin davaların birlikte görülemeyeceği kanısındayız. Olması gereken hukuk açısından ise, bu imkanın sağlanması gerek işçinin alacaklarına hızlı bir şekilde kavuşması gerek yargının iş yükünün hafifletilmesi açısından son derece isabetli olacaktır. Böyle bir imkan, işçiye dava açma aşamasında işe iade ile tazminat arasında seçim hakkı tanınan bir sistemde söz konusu olabilecektir.

Feshe bağlı olmayan ücret, fazla çalışma ücreti gibi işçilik alacakları açısından ise, işe iade davasının ne şekilde sonuçlandığının veya işçi yahut işverenin dava sonrasında sergiledikleri tavırların bir önemi bulunmamaktadır<sup>68</sup>. Zira bu alacaklar, muaccel oldukları andan itibaren iş sözleşmesi devam ederken de talep edilebilen alacaklardır. Dolayısıyla, iş mahkemelelerinde uygulanacak yargılama usulünün tek tipe indirilmesinin, bu talepler açısından bir önem arz ettiği söylenebilecektir.

68 Yargıtay, fazla çalışma ücreti ve işe iadenin birlikte talep edildiği bir uyuşmazlıkta, yargılama usullerindeki farklılık nedeniyle yerel mahkemenin bu talepleri aynı davada göremeyeceği gerekçesiyle fazla çalışma ücreti talebine ilişkin davanın tefrikine karar vermiş ve işe iadeye ilişkin uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlamıştır, (Yarg. 9.HD., 11.04.2005, E. 2004/21249 K. 2005/12823, Kazancı İçtihat Bankası).

Ancak iş güvencesi yargılamasına bütünü itibarıyla bakıldığında, uygulamadaki aksaklıklar nedeniyle amacına ulaşamayacağı daha Kanun yapılırken Kanunun gerekçesinde ifade edilmiş de olsa, kanun koyucunun gerek öngörülen kısa hak düşürücü süreler ile gerek yargılamayı hızlandırıcı özel hükümler ile iş güvencesi yargılamasına ayrı bir statü kazandırmak istediği açıktır. Ücretin tespit edilmesi ya da fazla çalışma olup olmadığının saptanması gibi hususlar, işe iadenin bir an önce karara bağlanması amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu durum karşısında, mevcut sistemde iş güvencesi yargılamasında işe iade dışındaki taleplere izin vermemenin doğru çözüm şekli olacağı kanısındayız.

### **3) İşyerinin Dava Sırasında Kapanması**

İşyerinin fesihden sonra kapatılması ile ilgili olarak, Yargıtay'ın 2006 yılında verdiği bir karara göre, “...işyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde işyeri faal durumdadır. Fesihden yaklaşık 4 ay sonra işyerinin kapanmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira, fesih bildirimini yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir... Davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken işyerinin fesihden sonra kapanmış olduğundan söz edilerek davanın konusuz kaldığı ve bu nedenle karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması hatalıdır. Belirtmek gerekir ki, fesihden sonra işyerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukuki sorundur. Bu husus, ileride açılacak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır...”<sup>69</sup>.

İşe iade davası açıldıktan sonra işyerinin kapanmasının davaya etkisi öğretilde tartışmalıdır. Bu konuda savunulan bir görüşe göre, işe iade davası sırasında işyerinin kapatıldığının tespit edilmesi durumunda, işçinin işe iade edileceği bir işyeri kalmadığı için işe iadeye hükmedilmemelidir<sup>70</sup>.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca ise, dava sırasında işyerinin kapanması, işe iade davasını konusuz bırakmayacaktır. İşyerinin her ne sebeple olursa olsun kapanması, iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açan bir neden olmayıp, böyle bir durumda işletme riski üzerinde olan işveren iş sözleşmesini süreli fesih bildirimini ile feshetmelidir. İşyerinin fesih-

69 Yarg. 9.HD., 25.12.2006, E. 2006/27396 K.2006/34577. Karara ilişkin inceleme için bkz. Sümer, Haluk Hadi: İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerinin Kapatılmasının İşe İade Davasına Etkisi, Prof.Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, 793vd.; Canbolat, Talat: İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri, İstanbul 2010, 126-127; aynı yönde, Yarg. 9.HD., 11.09.2006, E. 2006/20779 K.2006/21390, www.legalbank.net.

70 Ekmekçi, Uygulama Sorunları, 137; Özekes, 153; Alpogut, İş Güvencesi, 244; Günay, İş Kanunu Şerhi, 813.

ten sonra kapanması feshi geçerli hale getirmez<sup>71</sup>. Dolayısıyla, Yargıtay'ın feshin yapıldığı tarihteki koşullara göre yapılan değerlendirme sonucunda, feshin geçersiz olduğu sonucuna varması durumunda, işe iade, boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatının tespit edileceği yönündeki görüşünü isabetli bulmaktayız.

Yargıtay'ın kararında yer verilen "...fesihten sonra işyerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukuki sorundur. Bu husus, ileride açılacak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır..." şeklindeki ifadelerin de değerlendirilmesi gerekir. Görüldüğü gibi, bu kararında Yüksek Mahkeme, işyerinin kapanmasının işe iade davasının parasal sonuçlarına ne şekilde etki edeceğini açıklığa kavuşturmamıştır.

Öğretide bir görüş, işyeri kapandığında işverenin iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü tutulamayacağı, sadece yargılama giderleri ile boşta geçen süre ücretine hükmedilebileceği yönündedir<sup>72</sup>.

Belirtelim ki, hükmün infazı aşamasında da, Kanunda öngörülen koşulların varlığı durumunda, işçinin gerek boşta geçen süre ücretini gerek işe başlatmama tazminatını elde edebileceği kanısındayız. İşe iade kararının kesinleşmesi üzerine, işçi süresi içinde işverene başvurarak işe başlatılmasını talep edebilir. İşveren işçiyi çalıştırabileceği başka bir işyeri varsa, İşK.m.22 uyarınca işçiye bu işyerinde çalışmasını teklif edebilir. İşçi, teklifi kabul ederek işe başlarsa sadece boşta geçen süre ücretine hak kazanacaktır. İşçinin böyle bir teklifi kabul etme yükümlülüğü bulunmadığı gibi, işverenin işçinin teklifi kabul etmemesine dayanarak iş sözleşmesini yeniden geçerli nedenle feshettiği iddiasında bulunması da mümkün değildir. İşçi değişiklik teklifini kabul etmezse, işe iade yükümlülüğü yerine getirilmediğinden işveren bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olacaktır<sup>73</sup>. İşverenin işçiyi çalıştıracığı başka bir işyerinin bulunmaması durumunda da aynı sonuca varılacak ve işveren boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatından sorumlu olacaktır<sup>74</sup>.

71 Süzek, 576; Uşan, M.Fatih: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, Kamu-İş, C.10, S.1, 2008, 27-29; Alp, Değerlendirme 2006, 173. Mahkemenin işe iadeye hükmetmeyeceği ancak dava haklı ise tazminata ve boşta geçen süre ücretine hükmedeceği yönünde, Tuncay, A. Can: İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren, Ocak 2003, 11.

72 Ekmekçi, Uygulama Sorunları, 137; Alpagut, İş Güvencesi, 244; Özkes, 153.

73 Süzek, 576; Akyiğit, İş Güvencesi, 313; Alp, Değerlendirme 2006, 174.

74 Tuncay, İş Güvencesi Yasası, 11; Süzek, 577; Akyiğit, İş Güvencesi, 313; Ertürk, İşe İade Davaları, 954; Canbolat, Dürüstlük Kuralı, 125; Alp, Değerlendirme 2006, 174.

Zira, iş güvencesi sistemimizde feshin geçersizliğinin tespiti üzerine, işverene işçiyi işe iade etmek veya iş güvencesi tazminatı ödemek hususunda bir seçim hakkı tanınmıştır<sup>75</sup>. Bu seçenekler işverene eşit mesafededir. İşveren bu seçeneklerden birini yerine getirmek istemez veya getiremezse, diğerini yerine getirecektir. Bu itibarla, işyerinin kapanması sadece işe iadeyi olanaksız kıldığından, işveren işçiye işe başlatmama tazminatını ödemelidir. Aksinin kabulü iş güvencesinin özüne aykırı olduğu gibi, işyerinin kapanmasının geçersiz feshi geçerli hale getirdiğinin veya iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirdiğinin kabulü anlamına gelir. Aksi yöndeki bu çözüm, hukuka aykırı şekilde iş sözleşmesini fesheden kimi işverenleri sonradan işyerini kapattığı için tazminat ödemekten kurtararak, işyerini kapatıp başka bir işyerinde işi sürdürmeyi de teşvik edebilir<sup>76</sup>.

#### **4) İşçinin Dava Sırasında Ölmesi**

Yargıtay'ın işe iade davası sırasında işçinin ölmesi konusuna ilişkin içtihadında zaman içinde değişiklik olmuştur. Yüksek Mahkeme, 2006 yılında oyçokluğu ile verdiği bir kararında, işçinin işe iade davasının sonuçlarından yararlanabilmesi için kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorunda olduğuna, yargılama sırasında ölmüş olan işçinin ise işverene başvurmasının imkansız hale geldiğine dayanarak, ölen işçinin mirasçıları yönünden boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklara hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Buna göre, yargılama sırasında ölen işçinin işe iade, boşta geçen süre ücreti ve tazminat talepleri konusuz kalır. Ancak işe iade davalarının niteliği itibariyle tespit davası olması ve mirasçılar yönünden feshin geçersizliğine karar verilmesinde hukuki yarar bulunması nedeni ile feshin geçersizliğine ilişkin talep konusuz kalmaz. Feshin geçersizliğine karar ve-

75 Ekonomi, Münir: Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, Mart 2003, 16; Çelik, İş Hukuku, 250; Şahlanan, Fevzi: İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, 562; Uşan, İşe İade Davaları, 3, 27; Ertürk, İşe İade Davaları, 955; Günay, İş Kanunu Şerhi, 797-798, 918; Canbolat, Dürüstlük Kuralı, 128-129; Alp, Feshe Karşı Koruma, 23; Arslan Ertürk, Arzu: İşe İade Kararı ve İşverene Başvuruda Bulunma Koşulu, Legal İSGHD, 2009/24, 1432. Karş. Mollamahmutoğlu, 761; Aktay, Nizamettin: İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlatılmamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil, Eylül 2006, S.3, 109. Yargı kararı üzerinde işverene takdir hakkı tanınmasının hukuk tekniğine aykırı olduğu gibi iş güvencesinin amacı yönünden de uygun olmadığı konusunda bkz. Engin, E. Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekliliği İle Feshi, İstanbul 2003, 31-32.

76 Süzek, 577; Alp, Değerlendirme 2006, 174. Yargıtay'ın konuya açıklık getiren bir kararını tespit edememiş olmakla birlikte, Özel Daire'nin 2010 yılında verdiği bir karara karşı yazılan karşı oy yazısından, Yüksek Mahkeme'nin de savunduğumuz görüş doğrultusunda karar verdiği anlaşılmaktadır. Sözü edilen karar için bkz. Yarg. 9.HD., 04.05.2010, E. 2009/46094 K. 2010/12150 ve Ö.Hicri TUNA'nın karşıoy yazısı, www.legalbank.net).

rildiğinde, yargılama gideri ve vekalet ücreti yönünden dava kabul edilmiş gibi hüküm kurulmalıdır<sup>77</sup>.

Özel Daire, 15.09.2009 tarihli yine oyçokluğu ile verdiği kararıyla, 2006 yılında verdiği karara atıfta bulunarak bu görüşünden vazgeçmiştir. Söz konusu karara göre, "...İşçinin ölümü halinde kıdem tazminatının mirasçılara geçtiği (İş. Kan. 14) de bir gerçektir. O halde dava konusu haklar irdelenmelidir. Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesine göre Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar miras bırakanın alacaklarını doğrudan doğruya kazanırlar...Davacı yargılama sırasında ölmüştür. Davacı davayı açmayla işe iade iradesini belirtmiştir. Amaç işe iade edilmek ve edilmemesi halinde akçalı haklardan yararlanmaktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen dört aya kadar ki boşta geçen süreye ilişkin ücret diğer haklar işverenin işe başlatma veya başlatmamaya bağlı bir sonuç değildir. Ölüm olgusu bir hukuki ilişkide aleyhe olarak yorumlanmamalıdır. İşçi ölmeseydi ne tür davranışına üstünlük tanınacak idiyse, öngörülen bu davranışa hukuki sonuç bağlanmalıdır. Öte yandan bir Yasa yorumlanırken Yasanın konuluş amacı dikkate alınmalıdır. Yasadaki işe iade hükümleri işçinin işe iadesini amaçlamıştır. Ölüm olaylarına nasıl bir sonuç bağlayacağı yasada belirtmediğine göre bu boşluğu doldurmak yargıcın görevidir. ( TMK m.1/II ) Yargıç burada Kanun Koyucu olarak davranmalıdır. Davacı işe iade davasını açarken feshin geçerli bir nedene dayanmadığını iddia etmiştir. Geçersiz fesih var ise ölüm tarihine kadarki boşta geçen süre ücretine yasal 4 aylık sınırlama dikkate alınarak hükmetmelidir. Böyle bir sonuç genel olarak Yasanın amacına da uygundur. Aksi halde işverenin haksız davranışı işçinin ölümü nedeniyle karşılıksız kalmaktadır. Bu durumda adalet duygusunu incitir...konu, sosyal güvenlik haklarını da ilgilendirmektedir. 4 aya kadar ücret ve diğer haklar yönünden Sosyal Güvenlik Kurumuna prim yatırılması ve ölen işçinin mirasçılarının buna göre sosyal güvenlik haklarından yararlanması gerekir..."<sup>78</sup>. Öğretide bir görüş de, işe iade davası sırasında işçinin ölümü halinde mirasçılarının boşta geçen süre ücretini talep edebileceği yönündedir<sup>79</sup>.

77 Yarg. 9.HD., 06.11.2006, E. 2006/20109 K. 2006/29326 ve M.Kılıçoğlu'nun karşı oy yazısı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; aynı yönde, Yarg. 9.HD., 30.10.2006, E. 2006/19624 K. 2006/28700 ve Akyiğit'in incelemesi, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, Kamu-İş, C.9, S.4, 2008, 1vd.

78 Yarg. 9.HD., 15.09.2009, E. 2009/21710 K. 2009/22886 ve S.Özfirat ile Ö.H.Tuna'nın karşı oy yazıları, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

79 Mollamahmutoglu, 757; Tuncay, İş Güvencesi Yasası, 11; Ekmekçi, Uygulama Sorunları, 136; Özkes,153.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise<sup>80</sup>, kanunda bu konuda bir boşluk bulunmayıp, işçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanması, süresi içinde işverene başvurması (ve başvurunun kabulü halinde işe başlaması) koşuluna bağlı olduğundan, yargılama sırasında ölmesi nedeni ile işverene başvurması imkansızlaşan işçinin mirasçıları boşta geçen süre ücretine hak kazanamayacaktır. Zira burada mirasçıların doğrudan talep edebilecekleri bir alacak söz konusu değildir. Boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara hak kazanmak bakımından işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamasının bir öneminin olmadığı doğrudur. Ancak, işverenin işe başlatmak istemesi durumunda, işçinin işe başlayıp başlamaması boşta geçen süre ücretine hak kazanıp kazanamayacağını da belirleyecektir. Nitekim, aşağıda inceleneceği üzere, Yüksek Mahkeme de, işe iade kararı üzerine başvurusunun uygun görülmesine rağmen işe başlamayan bir işçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanacağı yönündeki içtihadından vazgeçmiştir.

Alman Hukukunda da, işçinin § 9/I,1 KSchG hükmüne göre iş sözleşmesinin sona ermesine karar verilmesini talep etme hakkının kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğu, dolayısıyla mirasçılara geçmeyeceği kabul edilmektedir. Bunun dışında, iş sözleşmesinin mahkemece tespit edilen sona erme zamanında hukuken var olmasının, sona erme kararının maddi hukuka ilişkin bir koşulu olduğu belirtilmektedir<sup>81</sup>. İşçinin ölmeden önce sözleşmenin sona ermesi talebinde bulunmuş olması ve fesih bildirim süreleri dolduktan ölmesi halinde ise, mirasçıların davaya devam ederek tazminatın ödenmesini talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>82</sup>. Bundan başka, mahkemenin iş sözleşmesinin sona ermesi yönündeki kararının, yine mahkemece kanunda belirlenen esaslara göre tespit edilen sona erme zamanından önce kesinleşmesi durumunda, işçi belirlenen sona erme zamanından önce ölmüş olsa da, tazminat mirasçılara geçmektedir<sup>83</sup>.

80 Şahlanan, İşe İade Davası Açan İşçinin Yargılama Sırasında Ölmesi, *Tekstil İşveren Dergisi*, Mayıs 2010, S.362, Hukuk 47, 4; Narmanlıoğlu, İş Güvencesine İlişkin Dava Açan İşçinin Kanuni Prosedürün Devamı Sırasında Ölmesi Halinde Bazı Güvence Hükümlerinden Mirasçıların Yararlanacağına İlişkin Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2010/26, 491, 494-499; Süzek, 578; Akyiğit, Ercan: İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, *Legal İSGHD*, 2008/17,25-25; Ertürk, İşe İade Davaları, 955; Alpagut, İş Güvencesi, 244; Uşan, 26; Akı, Sözleşmenin Feshi, 320; Günay, İş Kanunu Şerhi, 813; Alp, Değerlendirme 2006, 171-172; Çankaya, İşçinin Ölümünün Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarına Etkisi, Yargıtay'ın Yeni Görüşü, *Sicil*, Mart 2010, 205vd.

81 Boewer, in *Moll Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, 2. Auflage, 2009, Rn. 367; von Hoyningen-Huene, *Gerrick/Linck, Rüdiger, Kündigungsschutzgesetz*, 14. Auflage, München 2007, § 9, 40; *Stahlhacke, Eugen/Preis, Ulrich/Vossen, Reinhard: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 9. Auflage, 2005, Rn. 2011.

82 von Hoyningen-Huene/Linck, § 10, 40; karşı. *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Rn.2011.

83 Boewer, Rn. 367; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Rn.2011.

Hukukumuzdaki yasal düzenlemenin işçinin ölümü nedeni ile işverene başvurmasının imkansızlaştığı durumlarda adil olmayan bir sonuç doğurduğu da bir gerçektir<sup>84</sup>. Konuya iş güvencesi modeli açısından yaklaşıldığında, yaptırımın sadece tazminat olarak öngörüldüğü veya işçinin daha başlangıçta dava açarken işe iade veya tazminat yönünde seçim hakkını kullanabildiği bir iş güvencesi sisteminde böyle bir sakıncanın söz konusu olmayacağı söylenebilecektir. Esasen Yüksek Mahkeme'nin konuya yaklaşımının temelinde de, kararda da açıkça belirtildiği üzere, işverence yapılan geçersiz feshin yaptırımsız kalmaması, adaletin sağlanması düşüncesi yatmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, Yüksek Mahkeme'nin işçinin kabul edilen işe başlama başvurusu üzerine işe başlamamasına rağmen boşa geçen süre ücretine hak kazanacağı yönündeki önceki içtihadının temelinde de aynı düşünce bulunmaktadır. Yargı organı, yasal düzenlemenin uygulamada yarattığı sorunları adil bir biçimde çözmek hususunda çaba sarf etmektedir.

#### IV. İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARINA İLİŞKİN SORUNLAR

##### 1) İşe İade Davasının Sonuçları

###### a) Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum : Tazminata Yöneliş

İş güvencesinin en önemli unsurlarından birisi, geçersiz fesih işlemine uygulanacak yaptırımdır. 158 sayılı Sözleşmeye göre, feshin geçersizliğinin tespiti durumunda yetkili merciler yaptırım olarak, feshin geçersizliğini ve işçinin işe iadesini öngörmeye veya buna ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değilse ya da bunu uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat yahut uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır (m.10).

Görüldüğü gibi, 158 sayılı Sözleşme yaptırım hususunda da esnek, çeşitli alternatifler öngören bir düzenleme getirmiştir. Bir üye devlet bu seçeneklerden dilediğini benimseyerek Sözleşmeye uyum sağlamış olacaktır. Yetkili makamın feshin geçersizliğine karar vermesi durumunda, iş sözleşmesi hiç kesintiye uğramamış gibi kabul edilecek ve işçi geçersiz sayılan fesih tarihinden işe başladığı tarihe kadar tüm ücretlerini elde edebilecektir<sup>85</sup>. Yetkili makama, işe iade yetkisi verilmemesi de mümkündür. Bu ihtimalde veya yetkisi olmasına rağmen yetkili makamın, işe iade kararını uygulanabilir bulmaması durumunda, yeterli bir tazminata yahut uygun görülen bir diğer telafi biçimine karar verilebilecektir.

84 Mollamahmutoglu, 757; Alp, Değerlendirme 2006, 170-171; Canbolat, Dürüstlük Kuralı, 134.

85 Ekonomi, 158 Sayılı Sözleşme, 99; Güzel, İş Güvencesi, 103.

Alman Hukukunda öngörülen model ilke olarak işçinin işinin korunmasını (Bestandschutz) esas almaktadır. § 4/I KSchG hükmüne göre, feshin sosyal açıdan haklı olmadığını düşünen bir işçi, fesih bildirimini tebliğinden itibaren 3 hafta içinde açacağı dava ile, iş ilişkisinin fesih bildiri ile sona ermediğinin tespitini talep eder. Feshin sosyal açıdan haklı olmadığı sonucuna varılırsa, yapılan fesih ile iş sözleşmesinin sona ermediğine karar verilir ve işçi bu durumda çalıştırılmaya devam ettirilir. Bunun yanı sıra işçi alacaklı temerrüdünü düzenleyen genel nitelikteki § 615/1 BGB ve konuya ilişkin özel nitelikteki hüküm olan § 11 KSchG uyarınca ödenmemiş olan tüm ücretlerinin ödenmesini talep etme imkanına kavuşmaktadır<sup>86</sup>. Boşta geçen süre ücretinden, işçinin bu süre zarfında başka bir işte çalışmak suretiyle elde ettiği veya kötü niyetli olarak kendisinden beklenen bir işi kabul etmemek suretiyle elde etmekten kaçındığı gelirler ile sosyal sigorta, işsizlik sigortası ve sosyal yardımlar kapsamında sağlanmış olan gelirler düşülür. İşveren sosyal sigorta, işsizlik sigortası ve sosyal yardımlar kapsamında sağlanmış olan gelirleri, bunları sağlayan kurumlara öder (§ 11 KSchG). İş ilişkisinin devam ettiğine karar verilen işçi, aradaki zaman diliminde başka bir işyerinde çalışmaya başlamışsa, mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren bir hafta içinde önceki işverenine yapacağı bir bildirim ile ona karşı iş ilişkisini sürdürmeyebilir. Bildirimin ulaşması ile söz konusu iş ilişkisi sona erer. İşçi bu durumda sadece işten çıkarılma tarihi ile yeni işe başlama tarihi arasındaki kazançları elde edebilir (§ 12 KSchG)<sup>87</sup>.

Alman Hukukunda öngörülen temel model iş ilişkisinin devamı olmakla birlikte, bunun istisnasına da yer verilmiştir. Esasen aşağıda belirtileceği üzere, bu istisnanın kurala dönüştüğü söylenebilecektir. Kanuna göre, mahkeme iş ilişkisinin fesih işlemi ile sona ermediğini ancak sözleşmeye devamın işçiden beklenemeyeceğini tespit etmesi durumunda, işçinin talebi üzerine iş sözleşmesinin sona erdiğine karar verir ve işvereni uygun bir tazminat ödemeye mahkum eder (§ 9/I,1 KSchG). Dolayısıyla, mahkemenin bu yönde karar vermesi için işçinin talepte bulunması gereklidir ancak yeterli değildir. Fransız Hukukundan farklı olarak mahkeme de işçiden sözleşmenin devamının beklenemeyeceğine kanaat getirmelidir<sup>88</sup>.

Mahkemenin feshin sosyal açıdan haksız olmasına rağmen iş ilişkisinin sona erdiğine karar vermesi, işverenin talebi üzerine de olabilmektedir. Bu ihtimalde de, taraflar arasında işyerinin amacına hizmet edecek bir birlikte

86 Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergengröder, Curt Wolfgang: Arbeitsrecht, 6. Auflage, München 2008, 289; Brox/Rüthers/Henssler, Rn. 566.

87 Brox/Rüthers/Henssler, Rn. 566.

88 Junker, Rn. 392.

çalışmanın söz konusu olmayacağını gösteren nedenlerin ortaya konması gerekir (§ 9/I,2 KSchG). Ancak işçi alma-çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri açısından, işveren herhangi bir gerekçe ileri sürmeksizin iş ilişkisinin sona ermesini talep edebilmektedir (§ 14/II,2 KSchG). Kanun burada fesih işlemi üzerine yönetici personel ile işveren arasındaki güven ilişkisinin ortadan kalktığından ve bir daha tesis edilemeyeceğinden hareket etmiştir<sup>89</sup>.

Taraflar sözleşmenin sona ermesine karar verilmesi yönündeki taleplerini, istinaf mahkemesindeki son sözlü duruşmanın bitimine kadar yapabilmektedir (§ 9/I,3 KSchG). Sözleşmenin sona erdiğine karar veren mahkeme, ne zaman sona erdiğini de tespit eder. Sona erme zamanı olarak § 9/II KSchG'deki düzenlemeye göre bir tarih belirlenir. Bu tarih, iş sözleşmesinin feshi geçerli olsaydı sözleşmenin sona ereceği tarihtir. Yargılama süreci nedeniyle bu tarih hemen hemen her olayda geçmişte kalan bir tarih olmaktadır. Bu nedenle işçi bu aradaki zaman için ücret talep edememektedir. Sözleşmenin sona ermesine karar verilmemesi durumunda ise, işçi yukarıda belirtildiği gibi § 615/I BGB ve § 11 KSchG uyarınca ödenmemiş olan ücretlerinin ödenmesini talep edebilmektedir<sup>90</sup>.

Tazminatın miktarı kural olarak işçinin 12 aylık ücretini geçmemek üzere belirlenir (§ 10/I KSchG). Ancak işçi 50 yaşını tamamlamış ve iş sözleşmesi de 15 yıl sürmüştü, 15 aylık ücreti tutarına kadar; 55 yaşını tamamlamış ve iş sözleşmesi 20 yıl sürmüştü 18 aylık ücreti tutarına kadar bir tazminat belirlenir. İşçinin normal yasal emeklilik yaşına ulaşmış olması durumunda ise, bu hüküm uygulanmaz (§ 10/II KSchG)<sup>91</sup>.

Fransız Hukukunda da, 158 sayılı Sözleşmede öngörülen ancak birbirini dışlayan alternatiflere yer veren bir sistem benimsenmiştir. Buna göre, mahkeme feshin gerçek ve ciddi bir nedene dayanmadığı sonucuna varması durumunda, işçinin işe iadesine karar verebilmektedir. Bu ihtimalde işçinin kazanılmış hakları devam etmektedir. Ancak mahkemenin bu kararı verebilmesi, işçi veya işverenin buna karşı çıkmamasına bağlıdır. İşte bu noktada, Fransız Hukukunda öngörülen diğer yaptırım gündeme gelmektedir. İşçi ya da işverenin işe iadeye karşı çıkması durumunda, mahkeme bununla bağlı olmakta ve işçiye tazminat ödenmesine karar vermektedir. Mahkemenin tarafların itirazı ile bağlı olması açısından Fransız Hukuku, Alman Hukukundan farklılık göstermektedir. İşçi herhangi bir zarara uğramamış, fesihten hemen sonra yeni bir iş bulmuş olsa bile, son altı aylık

89 Brox/Rüthers/Henssler, Rn. 569.

90 Zöllner/Loritz/Hergengröder, 289.

91 Junker, Rn. 393.

ücretinden az olmamak üzere bir tazminata hak kazanmaktadır. Daha fazla zarara uğrayan örneğin uzun süre işsiz kalan bir işçi, bu zararını ispatlaması durumunda, zararının tamamını karşılayacak bir tazminat elde edebilmektedir. Teorik olarak sınırsız olan bu tazminat uygulamada 6 ile 18 aylık ücret arasında değişmektedir<sup>92</sup>.

Birleşik Krallık Hukukunda mahkeme, feshin haksız (*unfair dismissal*) olduğu kanısına varır ise, hakim davacıya dava kapsamında verilebilecek “eski duruma getirme” (*reinstatement*) ve “işe dönüş” (*re-engagement*) kararlarını ve bunların sonuçlarını açıklamak, bu yönde bir talebinin olup olmadığını sormakla görevlidir [1996 tarihli Çalışma Hakları Kanunu (*Employment Rights Act*) Bölüm 112,(2)]. Eski duruma getirme kararı, işverenin davacıyı işine geri almasına yöneliktir. Bu durumda iş sözleşmesi hiç sona ermemiş gibi değerlendirilir ve işçi işten çıkarıldığı tarih ile işe alınma tarihi arasındaki dönemde makul olarak elde etmesi beklenecek tüm menfaatlere hak kazanır (Bölüm 114, (2)). Bu dönemde elde ettiği gelirler ise mahsup edilir (Bölüm 114, (4)). İşe dönüş kararı ise, işçinin eski işine uygun başka bir işe geri alınmasıdır (Bölüm 115). Bu durumda da, işçi gecikmiş ücret alacağına hak kazanır. Her iki kararda da işçinin işinin devamı güvence altına alınmış ve işten çıkarma ile geri işe başlama arasındaki dönem çalışılmış sayılır. Mahkeme öncelikle işçinin önceki işine iadesinin mümkün olup olmadığını inceler<sup>93</sup>.

İşçinin eski duruma getirme veya işe dönüş yönünde talepte bulunması durumunda mahkeme bu yönde karar verebilmektedir (Bölüm 112,3). Ancak işçinin talepte bulunması yeterli olmayıp mahkeme davacının talebinin ne yönde olduğunu, işveren için bu emrin uygulanabilirliğini ve işçinin işten çıkarılmasındaki rolünü dikkate alarak bir karar vermektedir (Bölüm 116,1). Mahkeme işe iade yerine tazminata da karar verebilmektedir (Bölüm 112,4). Uygulamada sıklıkla rastlanan sonuç da bu şekilde gerçekleşmektedir. Tazminat, kıdeme göre hesaplanan “temel tazminat” ve işçinin gerçek kaybını ortaya koyan “telafi edici tazminat” olarak adlandırılan iki kalemden oluşmaktadır (Bölüm 118)<sup>94</sup>. İşe dönüş kararı verilir ama işverence uygulanmazsa işçi yine tazminata hak kazanmaktadır (Bölüm 117,3). Kararın işverence uygulanmaması durumunda ek olarak işçinin 26 ila 52 haftalık ücreti tutarında bir tazminata hükmedilmektedir (Bölüm 117, 3,b).

92 Willemsen, Heinz Josef: Kündigungsschutz - vom Ritual zur Rationalität- Gedanken zueiner grundlegenden Reform,NJW 2000, 2781; Güzel, İş Güvencesi, 104; Rebhahn, Robert : Abfindung statt Kündigungsschutz - Rechtsvergleich und Regelungsmodelle, RdA 2002, H.5, 278.

93 Bkz. Smith, Ian T./Baker, Aaron: Employment Law, Oxford University Press, New York 2010, 476vd.

94 Smith/Baker, 480vd.; Rebhahn, Abfindung statt Kündigungsschutz, 280.

Belçika, Danimarka ve Finlandiya'da geçersiz feshin yaptırımını doğrudan tazminata hükmedilmesidir<sup>95</sup>.

İspanya'da genel feshe karşı koruma açısından, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda işverenin bir seçim hakkı bulunmaktadır. İşveren işçiyi ödenmemiş olan ücretlerini ödeyerek çalıştırmaya devam edebilmekte veya bir tazminat karşılığında iş sözleşmesini sona erdirebilmektedir. Tazminatın miktarı, işçinin 42 aylık ücretini geçmemek üzere, her kıdem yılı için 45 günlük ücret tutarındadır. İşveren seçim hakkını feshin geçersizliğinin tespitinden itibaren 5 gün içinde kullanmaması durumunda, işçiyi çalıştırmaya devam etmekle yükümlüdür<sup>96</sup>.

Almanya'da yapılan bir çalışmada, 1979 yılında feshe karşı açılan davalarda, davaların sadece %14'ünde bir mahkeme kararı verildiği ve dava açanlardan sadece % 1,7'sinin işverenin iradesine rağmen işlerine geri döndükleri ortaya konmuştur. 1978 yılında ise, tüm işveren fesihleri dikkate alındığında, mahkeme kararı veya sulhe dayanarak gerçekten çalıştırılmaya devam ettirilen işçilerin oranının % 0,7 (71/10.000) olduğu belirtilmektedir<sup>97</sup>.

Feshe karşı koruma kanununun bir tazminat kanunu olmadığı, iş ilişkisinin korunması kanunu olduğu yönündeki klasik söylem, uygulamada bir gerçeklik kazanamamakta ve dava sonuçlarına ilişkin istatistikler bunun aksini ortaya koymaktadır. Alman Hukukunda feshe karşı koruma kanununun fiili duruma uyum sağlaması gerektiğine ilişkin tartışmalar yoğunluk kazanmaktadır<sup>98</sup>. Uyuşmazlıkların çoğu mahkeme önünde ya da mahkeme dışında yapılan sulh ile sonuçlanmakta, işçi iş sözleşmesinin belirli bir tarihte sona erdiğini kabul etmekte ve karşılığında bir tazminat almaktadır. Bu tazminatın miktarı § 10 KSchG'de öngörülen miktar kadar olabilir.

95 Willemsen, Kündigungsschutz - vom Ritual zur Rationalität, 2781; Rebhahn, Abfindung statt Kündigungsschutz, 291; aynı yazar, Der Kündigungsschutz in EU, 175-176; 215.

96 Willemsen, Kündigungsschutz - vom Ritual zur Rationalität, 2781; Rebhahn, Der Kündigungsschutz in EU, 216; aynı yazar, Abfindung statt Kündigungsschutz, 276-277.

97 Willemsen, Kündigungsschutz - vom Ritual zur Rationalität, dn.5, 2779; Baştıerci, Uygulama Alanı, 630; Preis, Das Kündigungsschutzrecht, 13; Ulucan, İş Güvencesi, 22. Almanya'da 2000 yılında iş mahkemelerinde toplam 574.644 davanın karara bağlandığı, bunun 246.808'inin (% 43) feshe karşı koruma davası olduğu, aynı yıl Federal İş Mahkemesi'ne 2012 adet yeni iş geldiği, bunlardan 624 tanesinin (%31) feshe karşı koruma ve belirli süreli iş sözleşmeleri ile ilgili olduğu, uygulamada işveren fesihlerinin yaklaşık %90'ının mahkeme içi veya mahkeme dışı sulh anlaşması ile çözümlendiği belirtilmektedir (Rüthers, Bernd: Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts, NJW 2002, H.22, 1602). Rebhahn, bu konuda yılda 300.000 feshe karşı koruma davasının % 85'inin karardan önce sulh yolu ile sona erdiğini belirtmektedir (Rebhahn, Abfindung statt Kündigungsschutz, 272).

98 Willemsen, Kündigungsschutz - vom Ritual zur Rationalität, 2779.

diği gibi daha yüksek de olabilmektedir. Öğretide bazı yazarlar tarafından abartılı bulunsa da, uygulamada tazminata dayalı çözümlerin ağırlıklı olması nedeniyle Feshe Karşı Koruma Kanununun ismini hak etmediğinden, gerçekte bir Tazminat Kanunu olduğundan söz edilmektedir<sup>99</sup>.

Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Kanununa eklenen § 1a hükmü de bu eğilimin bir parçası olarak görülmektedir. Söz konusu hükme göre, işçi, işverenin acil işyeri gerekleri ile yaptığı fesih işlemine karşı dava açmadığı takdirde, her kıdem yılı için son ücretinin yarısı (15 günlük ücreti) tutarında bir tazminata hak kazanabilmektedir. Ancak bunun için, işverenin fesih bildiriminde bu olanağa işaret etmiş olması gerekmektedir. Talep hakkının varlığı açısından feshin sosyal açıdan haklı olup olmadığı bir önemi bulunmamaktadır. Uygulamada bu hükmün pek işletilmediği belirtilmektedir. Bunun nedeni ise, işçinin kendini haklı görmesi durumunda daha yüksek bir tazminat alabilmek için bu yolu kabul etmemesi, işveren açısından da işverenin ancak kaybedeceğini düşündüğü uyuşmazlıklarda böyle bir teklifte bulunmasıdır<sup>100</sup>.

İngiliz Hukuku uygulamasında, haksız işten çıkarma davalarının sadece %0,1'inde işe dönüş yönünde karar verilmektedir. Bu sebeple de haksız işten çıkarma kararı sonucu işe iade imkanı doktrinde, “kayıp/kaybedilmiş imkan” (*the lost remedy*) olarak adlandırılmaktadır<sup>101</sup>.

## **b) Hukukumuzdaki Durum**

İş Kanununa göre, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşveren süresi içinde başvuran işçiyi işe başlatmazsa, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (m.21/I). Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler (m.21/II).

Ayrıca, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir (m.21/III). Bu yükümlülük, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamasından bağımsız olarak mevcuttur. İşçinin işe başlamak amacıyla başvurması yeterlidir. Başvurmasına rağmen işe başlamayan işçinin durumu aşağıda incelenecektir.

99 Zöllner/Loritz/Hergengröder, 291.

100 Bu konuda bkz. Brox/Rüthers/Henssler, Rn. 573-576; Zöllner/Loritz/Hergengröder, 291.

101 Smith/Baker, 476, dn. 292; 477, dn. 293-294; Rebhahn, Abfindung statt Kündigungsschutz, 280.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, boşta geçen süre için yapılacak ödemedenden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir (m.21/IV).

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur (m.21/V). Bu durumda işçi koşulları varsa sadece ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanır; işe başlatmama tazminatı veya boşta geçen süre ücretini talep edemez<sup>102</sup>.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir (m.21/VI).

Görüldüğü gibi, Kanun, işverene işçiyi işe iade etme veya tazminat ödeme konusunda bir seçim hakkı tanımıştır. İşçiye ise herhangi bir seçim hakkı tanınmadığı gibi konu hakkında hakimin de takdir yetkisi bulunmamaktadır. İşçi sadece işe iade isteyebilecektir; hakim de feshin geçersiz olduğu kanısına varırsa işe iade yerine tazminata hükmedemeyecektir. Kanun işçinin sadece ve mutlaka işe iade edilmeyi isteyeceği varsayımından hareket etmiştir ki, bu varsayım ne gerçekçi ne de isabetlidir<sup>103</sup>.

102 Feshin geçerli bir sebebe dayanmadığının kesinleştiği bir durumda, sırf işçinin süresinde başvurmaması nedeniyle yani işçinin iradesiyle feshin geçerli sayılmasının hukuken tutarsız olduğu, başvuruda bulunmayan işçinin boşta geçen süre ücretini talep edebilmesi ancak tazminatı istememesi gerektiği, nasıl işveren tazminat ödeyerek işçiyi işe başlatmamak hakkına sahipse, işçinin de tazminat hakkından vazgeçerek tekrar eski işyerinde çalışmama hakkına sahip olması gerektiği yönünde, Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 37.

103 Soyer, Feshe Karşı Koruma, 64. Yazarın isabetle vurguladığı gibi, "...Yasa koyucunun bu tahmini, orta vadede işçi aleyhinde bir sonuç ortaya çıkmasına da zemin hazırlayacaktır. Özellikle, dava sayısının artması nedeniyle işe iade sürecinin uzadığı hallerde, iade kararına rağmen işçinin eski işine dönme olanağına fiilen sahip bulunmaması, olayların büyük çoğunluğunda uzak bir olasılık değildir. Nitekim uygulamada, işverenlerin –bazen bir blöf olarak- işçileri işe davet ettiklerine fakat uzayan süreç içinde işçilerin ya başka bir işe girmiş ya da aldıkları kıdem tazminatının da sağladığı destekle kendilerine küçük de olsa bir iş kurmuş olmaları nedeniyle işyerlerine dön(e)mediklerine tanık olunmaktadır. Ödenmiş ihbar ve kıdem tazminatını iade yükümlülüğünün (doğru bir hukuki sonuç olmasına rağmen), işe dönme tercihini önemli ölçüde zayıflattığı da bir gerçektir. Böyle bir durum ise, işçinin iş güvencesi tazminatından; daha kötüsü, sendikal nedenlere dayanan fesihlerde sendikal tazminattan yoksun kalması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Oysa, güvence kapsamı dışında kalanların iade talebinde bulunma hakkı olmadığı için, hiç değilse sendikal tazminatı alma olanağı bulunmaktadır...fiili gerçeklerin, işverenleri, sendikal nedenlere dayanan feshi dahi göze almaya teşvik etmesi ihtimal dahilindedir..."

Kanunda öngörülen model, iş ilişkisinin devamlılığını sağlamaktan ziyade tazminata ağırlık veren bir modeldir<sup>104</sup>. Zira iş ilişkisinin devamlılığını esas alan bir sistem, 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesinde işyeri sendika temsilcileri için söz konusu olduğu gibi, geçersiz fesih halinde iş sözleşmesinin sürdürülmesini gerektirir<sup>105</sup>. Mevcut sistemde ise işverene seçim hakkı tanınmıştır ve işverenin işçiyi işe başlatmak yerine tazminat ödemeyi tercih etmesi de baskın olasılıktır<sup>106</sup>. Uygulamada, işverenin tercihini işe başlatma yönünde kullandığı olayların bazılarında, işçiye sadece kayıtlara yansıtılan gerçek ücretinin altındaki ücretin ödenmek istendiği<sup>107</sup>, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapıldığı<sup>108</sup> da yargı kararlarından anlaşılmaktadır.

İşverenin işçiyi işe başlatması durumunda, iş sözleşmesinin herhangi bir kesinti olmaksızın devam ettiği kabul edilmekte ancak işçiye yargılama sırasında boşa geçen süre için en çok dört aylık ücreti ve diğer hakları ödenmektedir.

İşverenin işçiyi işe başlatmaması durumunda ise, iş sözleşmesi bir aylık işe başlatma süresinin sonunda veya bu süre içinde işverenin işe başlatmama iradesini açıkladığı tarihte sona ermektedir. Bu ihtimalde işçiye yargılama sırasında boşa geçen süre için en çok dört aylık ücreti ve diğer haklarının yanı sıra mahkeme (veya hakem) kararında belirtilen 4 ile 8 aylık ücreti arasında değişen işe başlatmama tazminatı da ödenmektedir<sup>109</sup>. Bu ihtimalde de, yargılama sırasında boşa geçen dört aylık sürenin işçinin hizmet

---

Bkz. Soyer, Feshe Karşı Koruma, 65.

104 Süzek, 579; Güzel, İş Güvencesi, 20, 106; Alp, Feshe Karşı Koruma, 22.

105 Alp, Feshe Karşı Koruma, 22.

106 Süzek, 579; Güzel, İş Güvencesi, 20, 106.

107 Örneğin, bir Yargıtay kararında, "...Somut olayda davacı işçi işe davet üzerine işyerine gitmiş ve çalıştırılmayı talep etmiştir. Davalı işveren yetkilileri tarafından sigorta kayıtlarında yer alan düşük ücret üzerinden çalıştırılacağı bildirilmiş, davacının eski haklarının garanti edildiği yönünde bir yazılı taahhüt talep etmesi üzerine de işyerinden çıkartılmıştır. Böyle olunca davacı işçinin işverence işe başlatılmadığı kabul edilmelidir..." ifadelerine yer verilmiştir, (Yarg. 9.HD., 13.04.2010, E. 2009/40153 K. 2010/10252, Çil, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010, 88-91).

108 Örneğin, bir Yargıtay kararında, "...Davacı işe iade davasının kesinleşmesi üzerine işe başlamak için başvurduğunu işverenin kabul ettiği halde eski işinde başlatmadığını, çalışma koşullarını zorlaştırıldığını...savunmuştur...Somut olayda davalının davacıyı gerçekten işe başlatma iradesinin olmadığı dosya içindeki bilgi ve belgeler ile tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Davacının eylemi olarak işe başlatılmasından söz edilemeyeceğinden işe iade konusunda İş Kanunu'nun 21. maddesinin sonuçlarından kurtulmak için görünürde başlatma vardır..." ifadelerine yer verilmiştir, (Yarg. 9.HD., 06.05.2010, E. 2008/25942 K. 2010/12399, www.legalbank.net).

109 Sendikal üyeliği veya sendikal faaliyetler yahut işyeri sendika temsilciliği nedeniyle yapılan fesihlerde, işe başlatmama tazminatı işçinin bir yıllık ücretinden az olamaz (SK.m.31/VI, m.30/II).

süresine eklenmesi ve kıdeme bağlı haklarının hesabında dikkate alınması söz konusudur.

İş Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan söz konusu düzenlemelerin birçoğu hakkında Anayasa'ya aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Bu konuda ilk aykırılık iddiası, 21. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde yer alan, "İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur." düzenlemesi ile ilgilidir.

Bu düzenlemenin, feshin geçersiz olduğuna karar verildiğinde işverene, işçiyi işe başlatmayıp dört ila sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeme seçeneği sağladığı, bunun iş güvencesini etkisiz hale getirdiği, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 48., 49. ve 53. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, Yüksek Mahkeme oyçokluğu ile verdiği kararıyla iptal isteminin reddine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak Devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmamasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir. Bu nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir. Kuralın Anayasa'nın 2., 5., 11. ve 53. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir."<sup>110</sup>

Kanun Tasarısı'nın TBMM'de görüşülmesi sırasında da, iptali istenen söz konusu düzenlemenin iş güvencesinin etkinliğini azalttığı düşüncesiyle madde metnin çıkarılması için önerge verilmiş ancak bu önerge kabul edilmemiştir<sup>111</sup>. Kanımızca da, işverenden işçiyi zorla çalıştırması beklenmemelidir. Geçersiz feshin yaptırımının sonuçta tazminata dönüşmesi, 158 sayılı Sözleşmeye de aykırı değildir. Yukarıda belirtildiği gibi, karşılaştırmalı hukukta da feshe karşı koruma konusunda genel eğilim, işe iade düşüncesin-

110 AYM., 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72, RG., 24.11.2007, 26710.

111 İzmir Milletvekili Oğuz Oyan ve arkadaşları tarafından verilen önerge, TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 1. Yasama Yılı, 76. Birleşim, 07.05.2003, 28vd. En az 4 en çok 8 aylık ücreti tazminat olarak ödemek suretiyle işçiyi işe başlatma yükümlülüğünden kurtulmanın iş güvencesini etkisiz hale getirdiği yönünde, Şakar, 175.

den tazminat hukukuna yönelik şeklindedir<sup>112</sup>. Ancak işveren işçiyi işe iade etmemesinde söz konusu olabilecek haklı gerekçelerin, işçinin eski işine dönmek istememesi açısından da söz konusu olabileceği unutulmamalıdır. Mevcut sistem ise, bu şekilde düşünen bir işçinin iş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshedilmesi halinde herhangi bir yaptırım öngörmemiştir.

İkinci olarak, 21. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "...en çok dört aya kadar..." ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 11., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, Yüksek Mahkeme oyçokluğu ile verdiği kararıyla iptal isteminin reddine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Yasa'nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan düzenlemeler arasında bütünlük bulunduğu görülmektedir. Yasakoyucu tarafından 20. maddede yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık süre, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için elde edebileceği azami ücret ve diğer hakları belirlemede ölçü olarak kullanılmıştır. İş hayatında işçi ve işveren arasındaki dengeyi kurarak çalışma barışını sağlamak ve korumak Devletin görevleri arasında yer almaktadır. Buna göre, iş hayatı koşulları ve ülke verileri göz önüne alınarak, işçi ve işveren ilişkilerinde her iki tarafın hak ve yükümlülüklerinin gözetilmesi zorunlu bulunmaktadır. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır. Bu nedenle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2., 11., 49. ve 60. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir. Kuralın Anayasa'nın 5. maddesiyle ilgisi görülmemiştir..."<sup>113</sup>.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi kararında işe iade davasının seri yargılama usulüne göre yürütüleceğine vurgu yapmış, bir anlamda davanın öngörülenden çok uzun sürmeyeceğinden hareket etmiştir. Oysa, yukarıda belirttiğimiz gibi, seri yargılama usulünün adından başka bir serilik taşımadığı herkesçe kabul edildiği gibi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesinde dahi bu gerçeğe yer verilmiş ve bahsedilen usul kaldırılmıştır. İşe iade davasının uzamasının bedeli genellikle ekonomik yönden güçsüz olan işçi tarafından ödenmekte, dava ne kadar sürerse sür-

112 Alpagut, İş Güvencesi, 202-203.

113 AYM., 18.12.2008, E. 2005/2 K. 2008/181, RG., 7.10.2009, 27369. Karara ilişkin bir değerlendirme için bkz. Centel, Tankut: Anayasa Karşısında Boşta Kalınan Süreye İlişkin Ücreti Sınırlama, Sicil, Aralık 2009, S.16, 15 vd.

sün işçi en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını alabilmektedir. Öğretide belirtildiği gibi, feshin geçersiz sayılması sonucunda, iş sözleşmesinin bir kesilme olmaksızın devam ettiği kabul edildiğine göre, teknik hukuk açısından işçiye boşta geçen tüm süreye ilişkin ücretin ve hakların ödeneceğinin öngörülmesi daha isabetli olurdu<sup>114</sup>.

Son olarak, 21. maddenin altıncı fıkrasının, sözleşmeyle birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda yer alan hususların değiştirilmesine olanak bırakmadığından, işçilerin sözleşme ile iş güvencesini daha etkin koşullara bağlamasını engelleyeceği, toplu iş sözleşmesi ve sözleşme özgürlüklerine ilişkin Anayasa'nın 53. ve 48. maddelerine, anılan hak ve özgürlükleri sınırlandırdığı için Anayasa'nın 13. maddesine ve bu nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine de aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, Yüksek Mahkeme oyçokluğu ile verdiği kararla iptal isteminin reddine karar vermiştir. Karara göre, "...Sözleşme hürriyetine aykırı olduğu ileri sürülen kuralın, işverenler karşısında işçilerin zor durumundan yararlanılarak 21. maddede belirtilen haklarının sözleşmelerle ortadan kaldırılmasının ya da daraltılmasının önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu anlamda işçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge oluşturulduğu görüldüğünden kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir. Osman Alifeyyaz Paksüt bu görüşe katılmamıştır. Kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 53. maddeleri ile ilgili görülmemiştir."<sup>115</sup>.

Kararda da atıfta bulunulan Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşıoy yazısında isabetli olarak, "...Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması için açık bir sebep gösterilmemiştir. Her ne kadar muhterem çoğunluk, 48. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve özel teşebbüslerin çalışmalarına ilişkin tedbirlerin alınması amacıyla devlete verilen görevi, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına olanak veren bir neden gibi kabul etmiş ise de, bahse konu ikinci fıkranın bu şekilde anlaşılmasının temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güçlendirilmesi amacına uymadığı düşüncesindeyim. Kaldı ki, Anayasa'nın 53. maddesinde düzenlenen toplu iş sözleşmesi hakkı yönünden 48. maddedekine benzer, yorum yoluyla dahi sınırlama nedeni kabul edilebilecek herhangi bir kural mevcut değildir. İptali istenen kuralın amacının, İş Kanunu'nun 21. maddesinde öngörülen tazminatların

114 Süzek, 566, 588; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, 174; Şakar, 174-175; Taşkent (Eyrenci/ Taşkent/Ulucan), 180; Güzel, İş Güvencesi, 111, 116; Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 37; Ulucan, İş Güvencesi, 84. Karş. Tuncay, İş Güvencesi Yasası, 10; Soyer, Feshe Karşı Koruma, 61.

115 AYM., 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72, RG., 24.11.2007, 26710.

sözleşmelerle işçi aleyhine değiştirilmesini, yani azaltılmasını önlemek olduğu yolundaki görüşlere de katılmak mümkün değildir. Maddenin gerekçesinde, "Maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle artırılmaması için, bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır." denilmek suretiyle amaç açıkça ortaya konmuştur. İptal davasına konu edilen bir yasa kuralının amacı yasama gerekçesinde açıkça belirtildiği halde Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılırken, aksi yönde bir amacın varlığı yorum veya tahmin yoluyla kabul edilmek suretiyle sonuca gidilmesinin Anayasa yargısının esaslarına uygun bir yöntem olmadığını da kaydetmek gerekir. Bu nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 13., 48. ve 53. maddelerine aykırılıktan dolayı iptal edilmesi gerektiği görüşünderim" ifadelerine yer verilmiştir.

Gerçekten, Anayasa Mahkemesi kararında, "...kuralın, işverenler karşısında işçilerin zor durumundan yararlanılarak 21. maddede belirtilen haklarının sözleşmelerle ortadan kaldırılmasının ya da daraltılmasının önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır" denilmesine karşın; söz konusu maddenin gerekçesinde açıkça, "Maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle artırılmaması için, bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır" ifadelerine yer verilmiştir<sup>116</sup>. Belirtmek gerekir ki, Kanunda öngörülen tazminatların kanun koyucu tarafından bu şekilde mutlak emredici hükümlerle sınırlandırılması isabetli olmamıştır<sup>117</sup>.

## **2) İşçinin Başvurmasına Rağmen İşe Başlamaması**

Yukarıda belirtildiği gibi, işe iade davası lehine sonuçlanan işçi, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. İşçi, bu süre içinde başvuruda bulunmazsa, işverence yapılan fesih geçerli fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur (İşK. m.21/V). İşçi böyle bir durumda dört aya kadar ücret ve diğer haklarını kaybedeceği gibi, iş sözleşmesi ilk fesih tarihinde sona ermiş sayılacak ve boşta geçen dört aylık sürenin hizmet süresine eklenmesi de söz konusu olmayacaktır.

116 TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 1, S.Sayısı 73. 4773 sayılı Kanunun gerekçesinde de bu konuda, "Maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle artırılmaması veya azaltılmaması için, bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır." ifadelerine yer verilmiştir (TBMM, Dönem 21, Yasama Yılı 4, S.Sayısı 893).

117 Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 2001, 59; Özdemir, M.Erdem: İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, III. Yılında Yeni İş Yasası Seminerine sunulan tebliğ, 21-25 Eylül 2005, 40, 99. Söz konusu düzenlemenin toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırı olduğu yönünde, Güzel, İş Güvencesi, 118; aynı yazar, İş Güvencesine İlişkin Yasa Tasarısı, 43; Tuncay, İş Güvencesi Yasası, 12.

Kanunda işçinin süresi içinde işe başlamak için başvurmamasının sonucu düzenlenmiş olmasına karşın, başvuruyu müteakip işverenin daveti üzerine işe başlamaması durumunda nasıl bir hukuki sonucun ortaya çıkacağı öngörülmemiştir. Öğretide savunulan bir görüşe göre, işveren tarafından işe davet edilmesine rağmen işe başlamayan işçi, İşK.m.21/V uyarınca başvuruda bulunmamış işçi gibi değerlendirilir. Dolayısıyla, mahkemece geçersizliğine karar verilmiş olmasına rağmen, işveren tarafından yapılan fesih geçerli sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olur. Başka bir deyişle, işçi bu durumda boşta geçen süre ücreti veya işe başlatmama tazminatına hak kazanamaz<sup>118</sup>. Bu konuda diğer bir görüş, işverenin işe başlatma iradesine rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin davranışını, sözleşmenin işçi tarafından feshi olarak değerlendirmektedir. Buna göre, işçi işe başlamamakla, hiç feshedilmemiş sayılan iş sözleşmesini kendisi sona erdirmiş olmaktadır. Böyle bir durumda ise, işçi daha önce peşin ödeme veya kıdem tazminatı almış ise, bunları iade etmesi gerekecektir. Bunun yanı sıra, işçi yaptığı usulsüz feshin sonuçlarına da katlanacaktır<sup>119</sup>.

Yargıtay 2007 yılında verdiği bir kararında, süresi içinde işverene başvuran işçinin, işveren tarafından işe davet edilmesine rağmen işe başlamaması halinde, boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara hak kazandığına hükmetmiştir. Karara göre, “...Davacı işçi, işe iade davası sonucu yasal süresi içinde işe başlamak için başvuruda bulunmuş ve davalı işveren tarafından süresi içinde işe davet edilmiştir...davacı işçi işyerine gittiği halde işe başlamaya dair bir belgeyi imzalamaktan imtina etmiş ve işe başlamayacağını bildirmiştir. Bu durumda, davacı işçi yasal süresi içinde işe başvurmakla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara hak kazandığının kabulü gerekir...”<sup>120</sup>.

Söz konusu içtihat yapılan eleştiriler doğrultusunda değiştirilmiştir. Yüksek Mahkeme, sonraki kararlarında konu ile ilgili olarak, “...İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin

118 Ekonomi, İş Güvencesi, 17; Uçum, Mehmet: İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları, Legal YKİ, 2006/2, 191-192; Arslan Ertürk, 1439-1440.

119 Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, 173; Mollamahmutoğlu, 763; Aktay, Davete Rağmen İşe Başlamama, 106; Akyiğit, İş Güvencesi, 319; Uşan, İşe İade Davaları, 32-34.

120 Yarg. 9.HD, 09.10.2007, E. 2007/21611, K. 2007/29866, Çalışma ve Toplum, 2008/1, S.16, 189-190.

*gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir... İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez..." ifadelerine yer vermiştir<sup>121</sup>.*

Yüksek Mahkeme'nin içtihat değişikliği ile vardığı sonucun isabetli olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten, İşK.m.21/V'te işçinin başvuruda bulunmaması durumuna bağlanan feshin geçerli sayılması yönündeki hukuki sonucun, işçinin çağrıldığı halde işe başlamaması ihtimalinde de kıyasen uygulanması en uygun çözümlerdir<sup>122</sup>.

Yüksek Mahkeme'nin önceki içtihadının, işe iade davalarının uzun sürmesi, mevcut iş güvencesi sisteminde işçiye işe iade yerine tazminatı tercih etme ya da hakime yaptırımı takdir etme hakkını tanınmamış olması karşısında, işçi işe geri dönmek istemese de, geçersiz feshin yaptırımsız kalmaması gerektiği düşüncesine dayandığını düşünüyoruz. Esasen bu düşüncenin haklı temelleri olduğu şüphesizdir. Zira işçinin bu arada memnun olduğu bir iş bulmuş olması ve daha önce geçerli olmayan bir nedenle feshedilmiş iş ilişkisine geri dönmek yerine, mevcut iş sözleşmesi ile çalışmasını sürdürmek istemesi son derece doğaldır. Ancak işçi açısından tek seçenek olarak işe iadenin temel alındığı, işverene tanınan seçim hakkının da son aşamada kullanılmasının öngörüldüğü mevcut iş güvencesi sisteminde bu sonuca varmak mümkün görünmemektedir.

### **3) İlamlı İcra Başvurulamaması**

İş güvencesi hükümleri çerçevesinde açılacak davanın eda ve tespit davaları ayırımında hangi tür davalar sınıfına dahil olduğunun tespiti, dava sonunda elde edilecek kararın icrası bakımından önem arz etmektedir. Alman Hukukunda feshe karşı koruma davasının bir tespit davası (Klage auf Feststellung) olduğu kanunda açıkça öngörülmüştür (§4 KSchG). İş Kanunumuzda ise bu yönde bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide savunulan bir görüşe göre, işçinin işe iade ve boşta geçen süre ücreti talepleri açısından bu dava bir eda davasıdır. İşe iade edilmeme halinde ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatı açısından ise bir tespit davası söz konusudur<sup>123</sup>.

121 Yarg. 9.HD, 14.10.2008, E. 2007/29383, K. 2008/27243, Kazancı İçtihat Bankası.

122 Süzek, 583; Canbolat, Dürüstlük Kuralı, 131.

123 Özkes, 137-138, 148-149; Güzel, İş Güvencesi, 106-107; karş. Günay, İş Kanunu Şerhi,

İşçi, İş Kanunu m.20 uyarınca açtığı dava ile asıl olarak feshin geçersizliğinin tespitini talep etmektedir. İşe iade, boşta geçen süre ücreti ve işe iade edilmeme ihtimali için iş güvencesi tazminatının belirlenmesi, Kanunun feshin geçersizliğinin tespitine bağladığı sonuçlardır. Öte yandan, bu sonuçların tamamı Kanun tarafından bir şarta bağlanmıştır. Bu şart ise, işçinin kararın kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurusudur (İşK.m.21/V). Görüldüğü gibi, burada şarta bağlanmış, dolayısıyla henüz muaccel olmamış talepler söz konusudur. Muaccel olmayan talepler ise bir eda davasına konu olamazlar<sup>124</sup>. Bu talepler, tespitte hukuki yarar olması şartıyla ancak tespit davasına konu olabilirler. İşe iade davası ise, Kanunda açıkça düzenlenmiş olduğundan ayrıca bir hukuki menfaat şartı aranmasına gerek yoktur.

Henüz işverene başvuru şartının gerçekleşmediği, işverenin de işe iade veya işe başlatmama tazminatı ödeme yönünde seçim yetkisini kullanmadığı bir dönemde, kanunen şarta bağlanmış taleplere yönelik eda hükmünün varlığından söz edilmemelidir. İşverene tanınan işçiyi işe iade etme veya işe başlatmama tazminatı ödeme yönündeki seçim hakkı bakımından bir öncelik-sonralık ilişkisi söz konusu olmayıp, işveren seçiminde tamamen serbesttir. Böyle olunca, işe iadenin bir eda hükmü, işe iade edilmeme halinde ödenecek tazminatın belirlenmesinin ise bir tespit hükmü olarak kabulü isabetli olmaz. İşverenin seçim hakkının hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkması dolayısıyla kararda işe iade ve tazminat seçeneklerinin belirtilmesi, sadece işverenin kanundan doğan yükümlülükleri konusundaki seçim hakkının mahkeme hükmü ile tespiti ve hukuki durumun belirginleştirilmesi işlevini görmektedir. İşe iade davasının belirtilen özellikleri nedeniyle bir tespit davası olduğu kanısındayız. Dolayısıyla, bu davada verilen hükümler de tespit hükmü niteliğindedir.

Nitekim, işçinin işe iadesi yönündeki hükmün bir eda hükmü olduğunu savunan görüş taraftarları da, bu hükmün icra kabiliyetinden yoksun olduğunu belirtmektedir<sup>125</sup>. Zira, Kanunda işe iadenin alternatifi olarak işverene iş güvencesi tazminatı ödemek suretiyle işçiyi işe başlatmama olanağı tanınmıştır. İşe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti bakımından da verilen karar bir tespit hükmü niteliğinde olduğundan ilamlı icraya konu olamayacaktır<sup>126</sup>. İşe iadeye ilişkin hükmün icra edilememesi, bu talebin

797.

124 Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, 277-278.

125 Özekes, 138, 148-149; Güzel, İş Güvencesi, 108.

126 Güzel, İş Güvencesi, 110; Süzek, 571; Alpagut, İş Güvencesi, 241; Uşan, İşe İade Davaları, 44;Korkusuz, M.Refik: İşe İadeye İlişkin Yargılama Yöntemi ve Türk Hukukunda Uygulaması, Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2006, 24; Günay, İş Kanunu Şerhi, 919; Akı,

maddi hukuka göre zorla yerine getirilemez şekilde düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. İşe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti ise ifaya yönelik para borcu niteliğinde olmalarına karşın, şarta bağlı şekilde ortaya çıktıklarından ilamlı icraya konu olamamaktadırlar.

Yargıtay'a göre de, işe iade davaları sonucunda verilen kararların, yargılama giderleri ve avukatlık ücreti dışındaki kısımları eda hükmünü içermeyip tespit niteliğinde olduğundan ilamlı icra takibine konu olamaz<sup>127</sup>.

Sonuç olarak işçi, koşulların gerçekleşmesi durumunda, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti için ancak genel haciz yolu ile takip yapabilmekte, borçlunun itirazı üzerine takibin durması halinde ise, ancak itirazın iptali davası yoluyla takibin devamını sağlayabilmektedir. Mahkemenin verdiği tespit hükmü, itirazın kaldırılması için yeterli bir belge sayılmamaktadır. Öğretide, tespit hükmünün İİK.m.68/I'de öngörülen resmi nitelikte belgelerden olmasına karşın, aynı madde kapsamında bu nitelikteki belgelerde aranan borçlunun belirli miktarda kayıtsız şartsız para borcu olduğunu gösteren belge olma özelliğini taşımadığı kabul edilmektedir<sup>128</sup>.

#### **4) Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Boşta Geçe Süre Ücreti ve İş Güvencesi Tazminatından Pek Çok Olayda Asıl İşverenin Sorumlu Tutulamaması**

İş Kanununa göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur (m.2/VII). Yerleşik Yargıtay içtihadı uyarınca, asıl işverenin birlikte sorumluluğu, işin alt işverene verildiği tarihten başlar ve alt işveren işçisinin kendi işyerinde geçen çalışma süresiyle sınırlıdır<sup>129</sup>. Öğretide de, bu konuda görüş birliği mevcuttur<sup>130</sup>.

---

Sözleşmenin Feshi, 311.

127 Yarg. 12.HD., 24.12.2007, E. 2007/21721 K. 2007/23966; HGK, 25.06.2008, E. 2008/12-451 K. 2008/453, Kazancı İçtihat Bankası. İşe iade davasında verilecek karar tespit niteliğinde olduğundan, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin miktar gösterilmeksizin belirlenmesi gerektiği konusunda bkz. Yarg. 9.HD., 22.2.2004, E. 2003/2381, K. 2004/950, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

128 Özekes, 165.

129 Yarg. 9.HD., 22.2.2001, E. 2000/19790 K. 2001/3151, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yarg. 9.HD., 15.2.2005, E. 2004/10569 K. 2005/4336, Çankaya, Osman Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2. Bası, Ankara 2009, 261-262; Yarg. 9.HD., 11.5.2004, E. 2004/9643 K. 2004/11278, Çil, İş Kanunu Şerhi, C. I, 451.

130 Süzek, 152; Çelik, 50; Şahlanan, Fevzi: Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Mütessesil Sorumluluğunun Sınırları, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Ocak 2011, Hukuk 55, 3; Mollamahmutoglu, 175; Akyiğit, İş Güvencesi, 55; Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2008, 63; Çankaya/Çil, 47; Çil, İş Kanunu Şerhi, C. I, 69.

Buna göre, asıl işverenin bir işçilik alacağıının tamamından müteselsil sorumluluğu, ancak alt işverenin işçisinin sadece asıl işverenin işyerindeki çalışmalarından kaynaklanan haklarını talep etmesi halinde söz konusu olabilir. Örneğin, alt işverenin bir işçisinin, asıl işverenin işyerinde yaptığı fazla çalışmaların ücretlerini talep etmesi halinde böyle bir durum söz konusudur. Ancak, bu sonucun aksinin kabulünü gerektiren olaylar da ortaya çıkabilir. Gerçekten, alt işverenin bir işçisinin, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasından önce alt işveren yanında yaptığı çalışmaların da dikkate alınması suretiyle hak talep etmesi ihtimalinde, asıl işveren borcun tamamından sorumlu olmayacaktır. Zira, asıl işveren, alt işverenin işçisinin sadece kendi işyerinde yaptığı çalışmalar nedeniyle hak kazandığı alacaklarından birlikte sorumludur.

Asıl işverenin birlikte sorumluluğu için gerekli olan bir diğer koşul, işçilik alacağıının bu ilişkinin devam ettiği süre zarfında doğmuş olması zorunluluğudur<sup>131</sup>. Asıl işveren ve alt işverenin işe iade davaları açısından sorumluluklarının da bu temel ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Bunun sonucu olarak, asıl işverenin boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı alacaklarından birlikte sorumlu tutulabilmesi için, bu alacakların doğduğu tarihte asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sürüyor olması gerekir. Dolayısıyla, işe başlatmama tazminatının doğduğu, yani işe başlatmama iradesinin açıklandığı veya bir aylık işe başlatma süresinin dolduğu tarihte, asıl işveren-alt işveren ilişkisi son bulmuşsa, asıl işverenin bu tazminattan birlikte sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>132</sup>. Salt ilk yapılan fesih işleminin alt işveren ilişkisi mevcutken gerçekleştiğinden hareketle, teknik hukuk açısından asıl işverenin işe başlatmama tazminatından sorumlu olduğu sonucuna varılamayacaktır. Zira, bu tarihte söz konusu alacağın doğup doğmayacağı dahi belli değildir.

Boşta geçen süre ücretinin doğma anı açısından, öğretide bu ücretlerin işçinin kesinleşen mahkeme kararı üzerine işverene başvurduğu tarihte doğacağı savunulmaktadır<sup>133</sup>. Kanunda, boşta geçen süre ücretine hak kazanabilmek için işçinin başvurusunun bir ön koşul olarak öngörülmesi ve

131 Şahlanan, Müteselsil Sorumluluğun Sınırları, 3; Çankaya/Çil, 47; Günay, Cevdet İlhan: Geçersiz Feshin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Uygulaması, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri, Ankara 2008, 133.

132 Aynı yönde, Çankaya/Günay/Göktaş, 307-308; Çankaya/Çil, 60; Günay, Geçersiz Feshin Sonuçları, 133.

133 Bu görüş, buradan hareketle, boşta geçen süre ücretinden asıl işverenin birlikte sorumluluğu için, işçinin işe başlatılması için başvuru tarihi itibarıyla, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığını aramaktadır Bkz. Çankaya/Çil, 60; Günay, Geçersiz Feshin Sonuçları, 137; Çankaya/Günay/Göktaş, 310-311.

başvurmayan hatta başvuru üzerine yapılan davete icabet etmeyen işçinin bu ücrete hak kazanamaması dikkate alındığında, bu görüş isabetli sayılabilir. Ancak kanımızca, Borçlar Hukuku bakış açısıyla bazı itirazlar yapılabilsen de, dört aylık boшта geçen süreye ilişkin ücretlerin, geçersiz feshi izleyen dört aylık dönemde doğduğu kabul edilmelidir. Kanunda işverenin temerrüdünün sadece dört aylık kısmı için ücret ödeneceğinin öngörülmüş olması ve buradaki geçersizliğin teknik anlamdaki geçersizliğe tam olarak uymaması<sup>134</sup> bu sonucun kabulüne engel olmamalıdır. İş Kanunu m.21/III'te yer verilen “*Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir*” şeklindeki düzenleme de bu sonucu destekleyici niteliktedir.

Yargıtay, boшта geçen süre ücretinin işçinin işverene başvurduğu tarihte muaccel olacağına<sup>135</sup>, söz konusu ücretlere başvuru tarihinde hak kazanılacağına hükmetmekteyse de, Yüksek Mahkeme'nin boшта geçen süre ücretinin doğma anını kesin olarak ifade eden bir kararını tespit edememiş bulunmaktayız. Ancak, Yüksek Mahkeme, savunduğumuz görüşe paralel olarak, boшта geçen süre ücretinin geçersiz sayılan feshi izleyen dört aylık dönemdeki ücret ve haklara göre belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir<sup>136</sup>.

Böylece, geçersiz sayılan feshi izleyen dört aylık sürede asıl işveren-alt işveren ilişkisi devam etmişse, asıl işverenin de boшта geçen süre ücretinden sorumlu olduğu sonucuna varılacaktır. Bu sürede alt işveren ilişkisi sona ermişse, asıl işverenin sorumluluğu ilişkinin sona erdiği tarihe kadar doğan kısımla sınırlı olacaktır.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadında, asıl işveren ve alt işverenin birlikte dava edilmesi ve muvazaa bulunmaması durumunda, asıl işveren hakkında işe iadeye yönelik hüküm kurulamayacağı, asıl işverenin sadece işe başlatma tazminatı ile boшта geçen süre ücretinden müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir<sup>137</sup>. Yargıtay'ın kararlarında, söz konusu alacakların doğduğu tarihlerde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devam edip etmeyeceğine göre bir ayırım yapılmadığı görülmektedir.

134 Bu konuda bkz. Çelik, İş Güvencesi, 44; Süzek, 580; Günay, İş Kanunu Şerhi, 797-798; Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, dn.37, 216-217.

135 Yarg. 9.HD., 13.04.2010, E. 2009/40153 K. 2010/10252, Çil, Ücret, 88-91.

136 Yarg. 9.HD., 22.01.2010, E. 2009/13227 K. 2010/834, Çil, Ücret, 43-46. Ücret ve diğer hakların boшта geçen son dört aylık kısmına göre belirlenmesi gerektiği yönünde, Çil, Ücret, 73; Yargıtay görüşü yönünde, Çankaya/Günay/Göktaş, 309.

137 Yarg. 9.HD., 06.02.2006, E. 2005/17213 K. 2006/2266, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu konuda bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, C.I, 63; Şahlanan, Fevzi: Alt İşveren İşçisinin İşe İade Davası, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, (Tekstil İşveren-Aralık 2004), İstanbul 2011, 3.

Dolayısıyla, Yargıtay yukarıda belirtilen ilkelere farklı bir görüşü benimsemiş görünmektedir. Esasen Yargıtay'ın aksi görüşte olduğunu açıkça ifade eden bir kararını tespit edememiş bulunmaktayız. Ancak Yüksek Mahkeme, yasaya uygun alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu tüm kararlarında standart olarak şu şekilde karar vermektedir:

“...4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfat bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin iş almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır...”

**HÜKÜM:** Yukarıda açıklanan gerekçe ile;.....

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı alt işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın her iki davalının birlikte sorumlu olmak kaydı ile miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak taktiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4. Davacı işçinin işe iadesi için davalı alt işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilin tahsilinin gerektiğine.... Kesin olarak.....gününde oybirliği ile karar verildi..”<sup>138</sup>.

Oysa işe iade davasının kesinleşmesi tarihinde mevcut olan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin dahi işçinin başvuru tarihine –işverenin işe başlatma yükümlülüğünün doğacağı tarihe- kadar geçecek olan süre içinde sona ermesi mümkündür. Tespit hükmü niteliğindeki feshin geçersizliği ve işe iade kararında ise, yukarıda görüldüğü gibi, koşullarının gerçekleşmesi halinde boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatından asıl işverenin de sorumlu olduğu ifadesine yer verilmektedir.

138 Yarg. 9.HD., 15.09.2008, E. 2008/1987 K. 2008/23547; Yarg. 9.HD., 06.12.2010, E. 2010/12585 K. 2010/36341, www.legalbank.net.

Alt işveren işçilerinin iş sözleşmeleri ise uygulamada büyük çoğunlukla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesi üzerine feshedilmektedir. Başka bir deyişle, olayların büyük çoğunluğunda boşta geçen süre ücretinin veya işe başlatmama tazminatının doğduğu tarihte, hatta ilk yapılan fesih tarihinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona ermiş olmaktadır. Bu durumda, işçi söz konusu alacakları için asıl işverene başvuramayacaktır. Görüldüğü gibi, işe iade davaları ve sonuçları konusunda mevcut sistem, dava sonucunda söz konusu olan parasal haklar açısından, alt işveren işçileri için son derece önemli olan, asıl işverenin birlikte sorumluluğu prensibinin uygulanamaması sonucunu doğurmaktadır.

İşe iade davalarının feshe bağlı işçilik alacakları üzerindeki etkisi dikkate alındığında konu daha da önem kazanmaktadır. Zira, asıl işverenin birlikte sorumluluğu için aranan, alt işveren işçisinin alacağının asıl işveren-alt işveren ilişkisi sürerken doğmuş olması koşulu, bu alacaklar için de söz konusudur. Buna bağlı olarak, işçinin işe iade kararı üzerine süresi içinde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığı tarihte, asıl işveren-alt işveren ilişkisi son bulmuşsa, asıl işveren feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücretinden de sorumlu olmayacaktır<sup>139</sup>. Çünkü bu durumda, önceki fesih ortadan kalkmakta, işçinin işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak kabul edilmektedir<sup>140</sup>. İşçinin son ücreti, bu tarihe göre hesaplanmakta, kıdem tazminatı açısından bu tarihteki tavan miktarı esas alınmaktadır.

Sonuç olarak, mevcut sistemde, asıl işverenin feshe bağlı haklardan ve işe iade davasının parasal sonuçlarından birlikte sorumlu tutulamaması ihtimali yüksek olup, bu husus alt işveren işçilerinin alacaklarının tahsilinin zorlaşmasına neden olabilecektir. Bu konuda teknik hukuk açısından farklı bir sonucun söz konusu olmayacağı görüşünde olduğumuzu yinelemekle birlikte, Yargıtay'ın mevcut içtihadında benimsenen çözümün, olması gereken hukuk açısından adil bir sonucu içerdiğini de belirtmek gerekir.

## **V. SONUÇ**

Ülkemizde (genel) iş güvencesi sisteminin kabul edilmiş olması, son derece isabetli olmuştur. Böylece, haksız fesihlerin yanı sıra geçersiz fesihlere karşı da bir güvence sağlanmış olmaktadır. Ancak, önce bu haktan sadece İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilerin yararlandırılması, ardından özellikle TBMM'de 10 işçi ölçütünün hiçbir gerekçe belirtilmek-

---

139 Çankaya/Çil, 60-61.

140 Ekonomi, İş Güvencesi, 16; Mollamahmutoglu, 765; Ulucan, İş Güvencesi, 85; Süzek, 585; Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 37.

sizin 30'a çıkarılması sonucu, bu güvenceden uygulamada çok sınırlı bir grup faydalanabilmektedir. Bu durum, güvenceden yararlananların değil, yararlanamayanların "sınırlı bir kategori" olabileceği öngören 158 sayılı Sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Yapılacak bir yasal değişiklikle iş güvencesinin kapsamının genişletilmesi gerekir.

Hukukumuzda öngörülen ve 158 sayılı Sözleşmeyi temel alan düzenlemeler esas itibarıyla isabetlidir. Düzenlemelerin gerekçesinde iş güvencesi sistemi yıllardır uygulayan ülkelerin mevzuat ve yargı kararlarından faydalanılarak, sistemi ilk defa uygulayacak yargı organına yol gösterici açıklamalar yapılmıştır. Kapsam dışında, 158 sayılı Sözleşmeye aykırılık söz konusu değildir. Bu durum öngörülen model açısından da geçerlidir. Ancak öngörülen model, ülke koşulları da dikkate alındığında, uygulamada ciddi bazı sorunlara yol açmaktadır.

İş güvencesinin özünde işçinin mevcut işinin korunmasının yattığı tartışmasız olmakla birlikte, bunu zorla sağlamanın mümkün olmadığı da bir gerçektir. İşverene işçiyi işe başlatmama olanağın tanınmasında söz konusu olan haklı gerekçeler, aynı şekilde geçersiz (bazen sendikal) sebeple çıkarıldığı işyerine dönmek istemeyen işçi açısından da geçerlidir.

İşe iade davaları öngörülenden çok daha uzun sürmektedir. İşçinin uzayan dava sürecinde memnun olduğu bir iş bulmuş olması ve daha önce geçerli olmayan bir nedenle feshedilmiş iş ilişkisine geri dönmek yerine, mevcut iş sözleşmesi ile çalışmasını sürdürmek istemesi son derece doğaldır. Bunun ötesinde, eski işyerinde işçiye karşı iyi niyet kurallarına aykırı davranılmış, işçinin sendikal hakları ihlal edilmiş, iş ilişkisinin devamı beklenemez ölçüde zedelenmiş olabilir. Öğretide bu gibi durumlar göz önünde tutulduğunda, işçiye işe iade davası yerine kötü niyet tazminatı veya sendikal tazminat talep edebilme olanağı sağlayan bir yasa değişikliği yapılması gerektiği belirtilmektedir<sup>141</sup>.

Etkili bir iş güvencesi sisteminin onlarca yıldır uygulayan ülkelerde dahi işe iade davaları sonucunda işe dönme oranı yok denecek kadar düşük bir seviyede gerçekleşmektedir. Ülkemizde bu konuda tutulmuş istatistikler mevcut olmamakla birlikte, oranın diğer ülkelerden daha yüksek olmadığı, hatta daha düşük olabileceği düşünülmektedir. Dava sonucunda verilen işe iade kararları üzerine sürdürülen iş ilişkilerinin büyük çoğunluğunun da, kısa bir süre sonra tekrar sona erdiği yargı kararlarına konu olaylardan anlaşılmaktadır.

141 Süzek, 563; Soyer, Feshe Karşı Koruma, 66; Alpagut, İş Güvencesi, 239-240; Akyiğit, İş Güvencesi, 333; Çil, Şahin: Sendikal Tazminat, Karar İncelemesi, Legal İSGHD, 2005/6, 670.

Dolayısıyla mevcut sistemin işe iadeyi temel alması pratikte işçi yararına bir sonuç doğurmamaktadır. Ancak sistemin yapısı, işe iade davasının işe iade veya tazminat şeklinde net bir sonuçla sona ermemesi ve tercih hakkının tek başına işverene tanınmış olması uygulamada işçi aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. İşe iade kararının kesinleşmesi üzerine, bazı durumlarda, taraflar arasında adeta bir “taktik mücadelesi” yaşanmaktadır. Birçok olayda arada başka işe girmiş ve eski işine dönmek istemeyen işçi bunu rapor, izin almak suretiyle gizleyerek eski işverene başvurmakta; gerçekte işçiyi işe başlatmayacak olan işveren de, bazı yollarla işçinin başka işe girip girmediğini araştırmakta, buna göre tavır alabilmektedir. Sonuç olarak, işçi açısından sadece işe iade seçeneğinin öngörülmesi, uygulanacak yaptırım konusunda tek belirleyici kişinin işveren olmasının işçiye bir yarar sağlamadığı, iş güvencesinin etkinliğini azalttığı görülmektedir.

Öte yandan, yargılamanın şarta bağlı bir hükümlerle sonuçlanması, maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin çok sayıda başka sorunlara da neden olmaktadır. İşçinin fesih işlemi üzerine talep edebileceği haklar aynı davada ileri sürülememekte, yargılama paralel bir şekilde yürütülememekte, işçinin alacağına kavuşması yıllar sürebilmektedir. İşçiye tanınmış bazı güvenceler mevcut sistemde uygulanamamaktadır. Yıllarca devam edebilen dava sürecine rağmen, boşta geçen süre ücretini dört ayla sınırlı tutan ve bunu dahi elde etmeyi işverenin tavrına göre işe geri dönme koşuluna bağlayan mevcut sistemde, geçersiz fesih yaptırımsız kalabilmektedir.

Yapılacak bir yasal değişiklikle geçersiz feshi uygulanacak yaptırımın mahkeme aşamasında nihai olarak belirlendiği bir sistemin benimsenmesi isabetli olacaktır<sup>142</sup>. Bu konuda çeşitli alternatifler düşünülebilir. Ancak hangi alternatif kabul edilirse edilsin, feshin geçersizliğin yargı organınca tespit edilmesi durumunda, bunun bir yaptırımının olması gerekir.

Öngörülecek sistemde, işçiye daha başlangıçta işe iade ya da tazminat yönünde bir seçim hakkının tanınması, uygulamada yaşanan davaların birlikte görülememesi, kararların ilamlı icraya konu olmaması, asıl işverenin birlikte sorumluluğunun uygulanamaması, geçersiz (sendikal) feshin yaptırımsız kalması gibi sorunlara çözüm sağlayabilecektir. İşçi tercihini tazminat yönünde kullandığı takdirde pek çok sorun kendiliğinden çözülmüş olacaktır. İşçinin böyle bir hakka sahip olması uyuşmazlıkların mahkeme önüne gelmeden çözümlenmesi yolunu da kolaylaştıracaktır<sup>143</sup>. İşçinin ter-

142 Süzek, 572; Güzel, İş Güvencesi, 106; Alpagut, İş Güvencesi, 204-205, 250; Ertürk, İş İade Davaları, 959-961.

143 Yargıtay 9. Hukuk Dairesine, 2010 yılında, 52000 yeni iş gelmiş, 2009 yılından 34100 iş aktarılmış, toplam 86100 adet işten, 42051 iş çıkarılmış, 2011 yılına 44049 iş aktarılmıştır.

cihini işe iade yönünde kullanması ihtimali açısından da, hakime tarafların durumunu değerlendirerek yaptırımı sadece tazminat olarak belirleme yetkisinin tanınması uygun olacaktır<sup>144</sup>.

**Av. Abdi PESOK** (*Oturum Başkanı*)- Saygıdeğer Hocamız Doktor ERCÜMENT ÖZKARACA'ya verdiği bilgilerden dolayı teşekkür ediyoruz. Süre aşımını haklı kılacak güzel konulara değindi, mahiyeti çok güzeldi.

### SORU- YANIT

**Av. Abdi PESOK** (*Oturum Başkanı*)- Saygıdeğer Katılımcılar, oturumumuzun ikinci bölümüne geçiyoruz. Bu bölümde genel görüşme yapılacak.

**Av. Necdet OKCAN** (*İstanbul Barosu*)- Gerçekten yasama faaliyeti sırasında, bu gerek 4773 sayılı Kanun, gerekse de 4857 sayılı İş Kanunu'nun yasalaşması sırasındaki Meclisteki yaşananları söylemeniz bu yasama faaliyetinin ne olduğunu, ülkemizde bir yasa yapılırken nasıl davranıldığını sergilemek bakımından önemli oldu. Ben bu yasa yapılırken bu yasanın sosyal taraflarından işçi kesimini oluşturan bir konfederasyon, DİSK temsilcisi olarak bu faaliyetlerin içinde olmama rağmen adeta bir kısıt yaşadık, çünkü şöyle bir şey vardı: O ortamı hatırlarsanız, ülkede bir iş güvencesi kurumu getirilirken ülkenin batacağına ilişkin, karışacağına, Türkiye'nin bunu karşılayamayacağına ilişkin bir tartışma yaşanıyordu. Bu toz bulutu içerisinde bu kurumun yasalaşması anlamında işçi kesiminin çok güçlü itirazları olmadı. Ben kaynakları araştırdığım zaman, akademik çevreden, doktrinden de çok ciddi eleştiriler olmadı; yani “*bir kurum gelsin, sonrasına bakarız*” anlayışı hakimdi. Dolayısıyla, biz önce yapmadığımız tartışmaları şimdi yasalaşmadan sonra yapıyoruz, bunun zorluklarını yaşıyoruz.

Sayın Pesok istatistikleri verdi, ben çok güncel olması anlamında Avrupa Sosyal Şartının ülke raporu, bu Haziranda Çalışma Bakanlığı tarafından hazırlanıp gönderilecek, o raporu hazırlarken de benzer, çok güncel istatistikler, Sosyal Güvenlik Kurumunun hem işçi sayıları ve işyeri sayıları bakımından istatistikler, Sayın Pesok'un istatistikleriyle çakışıyor. Gerçekten kapsam dışında çok büyük bir işçi ve işyeri kesimi var.

<http://www.yargitay.gov.tr/istatistikler/2010.pdf>, ayrıca bkz. RG., 02.06.2011, 27952.

144 Bu konuda bkz. Soyer, Feshe Karşı Koruma, 65; Çelik, İş Hukuku, 416; Sözek, 572; Eyrenci, Öner: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2010, 230; Sur, Melda: İş Hukukunda Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara 2011, 55; Alpagut, İş Güvencesi, 241; Güzel, İş Güvencesi, 106-107; Korkusuz, Yargılama Yöntemi, 27; iş ilişkisini sürdürmek istemeyen işverenin gerekçe göstermesi ve takdirin yargıca bırakılması gerektiği yönünde, Engin, İşletme Gerekleri, 31-32. Centel'e göre, işe iade yerine 158 sayılı ILO Sözleşmesinde öngörülen seçeneklerden “yeterli bir tazminat” seçeneğinin kabulü halinde, yargılamanın uzun sürmesinden doğacak sakıncalardan kaçınılabilecektir, Boştan Kalınan Süreye İlişkin Ücret, 19.

ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesinin yanında Avrupa Sosyal Şartınının 25. maddesi de özellikle işe iade davası isteminde bulunan işçinin dava sonuçlanana kadar açıkta geçen, boşta geçen süreye ilişkin ücretin güvencesinin alınması için çok açık düzenlemesi var 158 sayılı Sözleşmeden paralel hükümler içermesine rağmen.

Ben hemen buradan lafı uzatmadan size Anayasamızın 90. maddesine atıfla, acaba bu temel insan haklarına ilişkin sözleşmelerde yasa hükmüyle uluslararası sözleşmenin çatışması halinde doğrudan uygulanabilir hüküm içeren uluslararası sözleşmenin uygulanma koşulu varsa acaba bizim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin bu hükmü ihmal edilip uluslararası sözleşme uygulanabilir mi diye soruyorum.

**Av. Mahmut BEYLEM** (*Adana Barosu*)- Öncelikle Sayın Hocama sunumundan dolayı teşekkür ediyorum. Benim bir sorum olacak, bir de Hocamın tartışmaya açtığı konudaki fikrimi söyleyeceğim.

Sorum şu: Geçen yıl düzenlenen bir panelde Sayın Canbolat ortaya bir sözleşmenin artçı etkisi dediğimiz olayı attı ve bunun akabinde şu anda bütün benim kendi yöremde, Adana'da feshe itiraz davası açıldığı anda işverenler, özellikle karar aşamasına doğru işçiyi herhangi bir nedenle Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunma zorunda hiss ediyorlar. Elimde Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 13 Aralık 2010 tarihli kararı var. Sendikal nedenle işten çıkartılan ve sendikal tazminat hükmedilen bir olayda karardan bir gün önce genel müdüre hakaret ettiği şeklinde yapılan bir suç duyurusu üzerine maalesef Yargıtayımız sözleşmenin artçı etkisinden bahisle kararın tümünden ortadan kaldırılmasına karar vermiştir. Şimdi Sayın Canbolat'ın bu konudaki görüşü eğer taraflar arasında hizmet sözleşmesinin yeniden sağlıklı şekilde kurulması mümkün değilse, sadece tazminat ve işe iadenin hukuki parasal sonuçlarına hükmetmek gerektiği işe iade kararı verilemeyeceği yönünde bildiğim kadarıyla. Ancak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin belirttiğim 13 Aralık 2010 tarihli kararında bu yöne de hiç değinmiyor, parasal haklara, sendikal tazminata veya boşta geçen süre ücretine. İlk olarak sizin bu konudaki görüşünüzü almak istiyorum.

İkinci olarak, işe iade davalarında eğer asıl işvereni biz sorumlu tutmazsak, feshin, işe başlatmamanın doğuracağı hukuki sonuçlardan, parasal sonuçlardan, şu anda kamu kesiminin, özellikle sağlık kesiminde ve belediyelerde, ki iki sektör de insan sağlığı için çok büyük önem arz eden iki kuruluş ve bunlarda çok yoğun olarak hizmet alım sözleşmeleri söz konusu. Maalesef siyasi iktidar birtakım ekonomik istikrar tedbirlerini sadece emekçiler üzerinde denemekte ve bugün gerek hastanelerimizde ve gerekse

belediyelerimizde çalışan işçilerin büyük çoğunluğu hizmet alım sözleşmesiyle hiçbir mali gücü olmayan, özellikle de o kamu kesiminin yöneticilerinin egemenliğindeki şirketlere devredilmiş durumda. Acaba burada Sağlık Bakanlığını veya belediyeleri bu sorumluluktan uzaklaştırırsak kamu kesiminde iş güvencesi nasıl sağlanacak, onu merak ediyorum.

**Prof. Dr. Ali Rıza OKUR** (*Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)- Benim öteden beri merak ettiğim bir konu var, bu vesileyle Ercüment'e onu sormak isterim.

Şu 21. maddenin 5. fıkrası: “*Yargıcın işe iade kararıyla ilgili davada feshi haksız bulup, geçersiz sayıp işçiyi işe iade kararı vermesine rağmen işçi 10 gün içinde işe başlamazsa, fesih geçerli hale dönüşür*” diye bir ifade var. Ben bunu bir türlü anlayamıyorum. İşçi bu süre içinde işe başvuruda bulunmazsa işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır. İşçinin davranışını yargıcın vermiş olduğu kararı ortadan kaldıracı bir davranış olarak yorumluyor. Ben bunu bir türlü hukuki kalıplarıma sığdıramadım. Bu konuda siz ne düşünüyorsunuz onu rica edecektim.

Öncelikli olarak iş güvencesi hükümleri ülkemize yasalarla getirildiğinde gerçekten bir iş güvencesi tüm sınırlamalarına rağmen işçi sayısı ve kıdemle uygulanabilir olması bizim için değerliydi. Ancak, gelişen zaman içerisinde iş güvencesine sahip olan işçilerin bile dava sonuçlarında iş güvencesinden yararlanamamaları ortaya çıkmaktadır ve bu hususta da sorularımızı Sayın Hocamıza yöneltmek istiyorum. Sayın Abdi Pesok da bu hususlara değindi, uzun süren yargılamalar gerek yerel mahkeme, gerek Yargıtay safhası 2,5-3 yıla varan neredeyse bir işe iade davası süreciyle karşı karşıya kalıyoruz. Böyle bir sonuçta da tabii ki işçiler üç sene süreyle bir işi bekleme ya da işsiz kalma durumları söz konusu olamıyor. Bir yerlerde çalışma imkânlarını, hayatlarını devam ettirmeye çalışıyorlar. Bu sonuçlardan da yararlanılarak işverenler özellikle işe iade noktası geldiğinde “*nasılsa işe başlamayacak, iş güvencesi hükümleri ortadan kaldırılın*” diye “*işe başla*” çağrısını bir şekilde yapmaktadır.

Burada özellikle yine asıl işveren ve alt işveren hususunda da konuyu açarsak, ki Hocamız da bunun açılmasını istedi, o birlikte sorumluluk görüşünde, alt işverenler işi belli bir süre için alıyorlar ve zaten o işi bir şekilde bitirip gidiyorlar. Dolayısıyla, işe başlama sürecinde de Yargıtay kararlarında alt işverene başlamasını öngörmektedir. O iş zaten ortadan fiilen kalkmış oluyor, ama çağrı yapılarak işe güvence kısmı bu nedenle de kaldırılması söz konusu olacak. Eğer işçi bu hükümlerden yararlanma şansına sahip değilse ve alt işveren de ortada kalmamışsa belki, esas güvenceyi tabii ki

asıl işveren sağlamak durumundadır. Ben Hocamıza burada Yasadan kaynaklanarak katılmadığı görüşe, ben de sizin görüşünüzü paylaşamıyorum, çünkü o zaman iş güvencesindeki tazminat hukuku nasıl halledilecektir? Diyorsunuz ki alt işveren de ortadan kalkacak ve asıl işveren de sorumlu olmasın, o zaman güvence hükümleri de pek bir işe yaramamış olacaktır. Bu kısım itibarıyla da değerlendirmek söz konusu olabilir mi hususunda görüşünüzü talep ediyorum.

Bunun dışında, Hocam yine uygulamada işverenler iş değişikliği yaparak görev veriyorlar, işçi kabul etmiyor, ama 22. maddeyi uygulamak yerine 25. maddeye göre çıkış yapılıyor. Buradaki görüşünüz nedir? 22. madde uygulanmıyor, bir kolay fesih şekli olarak yine Abdi Pesok arkadaşımız da değişti, genellikle m. 25/II uygulanıyor, “*verilen işi yapmadın*” hükmü içerisinde iş akdi sona eriyor. Burada iş güvencesi hükümlerinin işleyiş tarzı nasıl olacaktır?

Yine tabii bu 4 aylık ücret konusunda, İş Yasasındaki hüküm geçersiz fesih-ten bahsediyor. Feshin geçersizliğine karar verilirse, işçinin doğmuş bulunan 4 aylık ücretine hak kazanması görüşü var. Eğer işçi işe başvuruyor, ya işi aynı iş değil veya bu imkân olmadığında o zaman yine sanıyorum görüş budur, 4 aylık ücretin ödenmemesi şeklinde, ben bunu çok hakkaniyetli bulmuyorum. İşçi davayla uğraşiyor, böyle bir iş güvencesi davasını açıyor, üç sene uğraşiyor, sonunda geçersiz feshe karar veriliyor, ama diğer teknik kriterler nedeniyle de 4 aylık ücreti de yok ediliyor. 4 aylık ücret bir geçersiz fesih sonucu olarak gördüğümüz zaman hak kazanılan bir durumsa, o zaman bu ücret konusundaki hak kazanma görüşünüz nedir? Teşekkür ederim.

**Doç. Dr. Talat CANBOLAT-** Doktor diye geçiyor, ama ben şu bilgiyi de sayın heyete vereyim, Cuma günü itibarıyla Yardımcı Doçent ataması yapıldı, kendisini o nedenle ben Yardımcı Doçent Doktor olarak selamlamak ve kutlamak istiyorum. Kapsamlı, doyurucu tebliğinden ötürü teşekkürlerimi sunuyorum.

İş güvencesi Türkiye’de çok tartıştık, nasıl gelmesi gerekir, vesaire. Öyle zannediyorum ki gerek akademik çevrelerde, gerek yargı ve uygulayıcılar aşamasında geçtiğimiz zaman içerisinde yeteri kadar bilgi birikimi, tecrübemiz oluştu. Öyleyse, ilk yapılacak Kanun değişikliğinde artık iş güvencesinin aksayan yönlerine ilişkin olarak bazı değişiklikler yapılması gerekir. Hemen hemen hemfikir olduğumuz konunun bir tanesi 30 işçi sayısı çok fazladır, bunun düşürülmesi gerekir. Aşağı yukarı da 10 işçi sayısı ölçütünde hemfikir gibi gözüküyoruz.

Bir başka konu, bence işe iade kararının kesinleşmesinden sonra işçinin işyerine başvurusu sisteminden vazgeçilmeli, işverenin daveti sistemine

dönülmelidir. Karar kesinleştikten sonra işe almak isteyen işveren işçiyi bulmalı, ona davet göndermelidir. Bu nedenle işçinin başka yerlere gidip adresini bulamaması, tebligat sorunları, vesaire gibi durum ve aynı zamanda da işverenin niyeti daha somut olarak ortaya çıkar diye düşünüyorum. Şayet Alman hukukunda olduğu gibi veya birçok ülkede olduğu gibi başlangıçta sorup işverene “işe iade edersem alacak mısın, almayacak mısın, sulh oluyor musunuz?” aşamasında biz bunu çekebilirsek daha da isabetli olur. Lakin, hangi sistem benimsenirse benimsensin, 158 sayılı Sözleşmeyi Türkiye onayladı ve bana göre 158 sayılı Sözleşme doğrudan uygulanabilir niteliktedir 10. maddesi ve hakime şu yetkiyi veriyor: Zaten iş güvencesi işe iadenin özünde de iş ilişkisinin devam etmesi gerektiği düşüncesi yatıyor, iş ilişkisinin sürdürülebilir olduğu ölçüde bir işe iade söz konusu olabilir.

Kanunumuzda bir boşluk var. Acaba fesihden sonra yargılama süreci içerisinde iş ilişkisi devam ediyor mu, etmiyor mu, bunu bilemiyoruz. Arkadaşım da dedi ki şarta bağlı olarak; yani işçinin başvurusu, işverenin davetine göre yeniden bir iş ilişkisi kurulacak veya da kurulmayacak. Ali Rıza Hocam bahsetti, 10 işgünü içerisinde başvurmazsa başlangıçtaki fesih geçerli sayılacak, başvurursa yeniden iş. Lakin, iş ilişkisinin sürdürülebilir nitelikte olup olmadığını hakim denetleme yetkisine sahip ve denetleyecek.

İşte, buradan Sayın Beylem’in söylediğine gelmek istiyorum, dava açıldıktan sonra tarafların borçları devam ediyor mu, etmiyor mu? Burada teknik olarak bir askı var diyemiyoruz, ama askının hukuki sonuçlarını buraya uygulamak zorundayız. Yargılama süreci devam ederken buna kızıp, gelip işyerini yakan bir işçiye siz hâlâ işverenden işe davet etmesini bekleyemezsiniz veya bunun tersi olarak işyerine gelen işvereni yolda durup, arabasından indirip döven işçiyi de davet etmesini bekleyemezsiniz veya bunun tam tersi olarak işçiyi işe tekrar gelmesi halinde aba altından sopa gösterip gereğini yapacağını beyan eden işverene işçinin başvurusunu bekleyemezsiniz. İşte, ben art etkidem söz etmedim, Yargıtay'ın kararında öyle geçiyor, teknik olarak isabetli bulmuyorum, ama kararı isabetli buluyorum. Ben diyorum ki 25. maddedeki iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektiren durumlar; yani tarafların işvereni, işçiyi gözetim borcu, işçinin sadakat borcu bu süre içerisinde devam ediyor. İşte, bu sürede kendi kusuruyla iş ilişkisinin devamını mümkün kılamayacak durum yaratan kişi bunun sonucuna katlanır, işçiye işçi, işverense işveren. İşverenin kusurlu bir davranışı yüzünden, haklı bir feshi gerektiren bir davranışı yüzünden ben artık işçimden başvuru bekleyemem, o işyerine gitmesini de bekleyemem. Öyleyse burada 158 sayılı Sözleşme hakime şu yetkiyi veriyor: İş ilişkisinin kurdurulabilir nitelikte olduğuna kanaat getirirsen işe iade, değilse tazminata

hükmet. Ben de diyorum ki hakim, boşta geçen 4 ay, artı 6 ay, toplamda 10 ay işe iadenin sonucuna bağlı olarak tazminata mı hükmedecek? Artık başvuru filan beklemesin, direkt iş ilişkisi işverenin davranışı yüzünden işçiden ben başvuruyu beklemiyorum, bu nedenle 10 aylık tazminatın alınıp verilmesine diye hüküm kurması gerekir. Bu bir tespit değil, eda davası olması gerekir. Yargıtay bunu kabul ediyor, işe iade davası sırasında ıslahla alacak davasına dönüştürülebilir. Bu arada bir talep söz konusu... Çünkü talep olmadan hüküm kuramaz bunun dışındakilere, ihbar, kıdem, diğer alacaklarını istemişse de artık dava tamamen bir alacak davası niteliğinde dönüşmesi ve o şekilde hükmün kurulması gerektiğini düşünüyorum.

Bir başka konu, efendim, alt işverenlik deyince tabii ben konuya çok söyleyecek sözüm var, ama sizin uyarınızı da dikkate alarak sadece sonuç olarak şunu beyan etmek istiyorum: Alt işverenlik müessesesi Türk hukukuna 1936 yılında ilk İş Kanunuyla girmiş, dünyanın hiçbir yerinde yok. Bugün biz Cumhuriyet sonrası kanunlarımızı yabancı ülkelere alıp kodifikasyon yaparken şu an tek bir madde olarak yabancıların bizi örnek aldığı bir maddedir, tek bir cümle, tek bir fıkrayken her değişiklik alt işverenlik müessesesinin sorununu çözmemiş, daha büyük sorun haline getirmiştir. Bugün 8-9 fıkra haline gelmiş, ama uygulama eskisinden daha sancılıdır, daha kötüdür. Kamu işyerlerinde hizmet alım ihalelerini de çalıştırılan işçilerin hukuki durumunun mutlaka yasal olarak düzeltilmesi, işçi teminine bizim başka türlü bir hukuk, pozitif düzenleme yapmamız şart, ama beri tarafa gelip baktığımızda neden dolayı bizim kanun koyucumuz alt işverenliği 1936 yılında getiriyor? Aynı zamanda biz 94 sayılı Uluslararası Sözleşmeyi onaylamışız. 94 sayılı Uluslararası Sözleşme kamuda asıl işveren dediğimiz işverenlere, kamuya ihale ettiği işlerde daha aşağı ücret vermeyi yasaklıyor ve doğrudan uygulanabilir nitelikte pozitif düzenleme getiriyor. Siz kamudaki şikâyetlerden bir tanesi, biz kamu olarak işçiyi verimli çalıştıramıyoruz, taşeronlar daha verimli çalışıyor. Ama *“evet, vereceksin, çalıştırabilirsin verimli, ama daha aşağı hak veremezsin”* diyor 94 sayılı Sözleşme. Bunu uygulayamıyoruz, uygulanmıyor. Bence 94 sayılı Sözleşme tekraren self executive nitelikte doğrudan uygulanabilir hüküm getiriyor, *“Türkiye bu yönde düzenleme yap”* demiyor ve uzun zaman da bu uygulanmış. Bayındırlık işleri şartnamesi ve Bakanlar Kurulunun belirlemiş olduğu bazı tarifelerle kamuda sınırlı sayıda uygulanıyor, ama onun dışında özellikle Kamu İhale Kanunununun değişmesinden sonra kamu kuruluşlarına *“siz şu nitelikte sözleşme yapacaksınız”* diye hükümler getiriliyor, daha sonra da bunlar geçersiz sayılıyor.

Yargıtay istisnasız alt işveren ilişkisinin düzenlemelerindeki tüm geçersizliği muvazaa olarak nitelendiriliyor. Bu teknik olarak yanlıştır, Kanunda

getirilen sınırlamalar Kanuna aykırılık nedeniyle geçersizdir. Muvazaa 3. şahısları aldatmaya yönelik ayrı bir sözleşmedir. Evet, muvazaa da olabilir. Nitekim 2. fıkra ardından diyor ki, yukarıda belirtilen durumlarda aksi halde ve genel olarak muvazaa diye devam ediyor. İşte, birinci kelimesi yukarıda birtakım sınır getiriyor. Nedir o? Örnek, diyor ki “*teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmeyen işi veremezsin*” diyor. Peki, verirse muvazaa mı? Hayır, alan vermiş, öbürü de almış, uygulamışlar, üçüncü şahısları aldatmaya yönelik yok, ama geçersiz. Geçersizliği muvazaanın yaptırımına bağlamış. Neden? Bunun birçok hukuki sonucu olacak. Asıl işveren, alt işverenlik geçersizliğine ilişkin 3. maddeye getirilen cezai yaptırım muvazaaya bağlandı arka tarafta. Öyleyse her türlü suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu teknik olarak ceza verilebilmesi için Kanundaki geçersizlik değil, muvazaa olup olmadığını hakim araştıracak o zaman. Muvazaa da üçüncü şahsı aldatmaya yönelik bir sözleşmenin irdelenmesini gerektirir. Birinci tespitim bu.

İkincisi, tabii, bizim şuna bakmamız lazım: Alt işverenliği tartışmaya açarken geçerli olduğu durumdaki sonuçlar nedir, geçersizliğindeki sonuçlar nedir? Az önce tartışmaya açılan konu alt işverenin geçerli olması halinde, bence Yargıtay'ın görüşü son derece isabetli, diyor ki “asıl işverene karşı işe iade olmaz, çünkü gerçek işveren alt işverendir ve burada bir geçerli alt işverenlik vardır, ama bunun hukuki sonuçlarına müşterek müteselsil sorumluluk. Bence de doğru. Alt işverenliğin geçersiz olduğu durumlarda, ben Yargıtay'ın görüşüne katılmıyorum, ama Yargıtay bir olumlu adım attı, eksik buluyorum. Sebep de şu: Alt işverenlik geçersizse, alt işveren işverenlik sıfatı yoktur, dolayısıyla “*gerçek işveren üst işverendir, ona karşı hükmün kurulması, alt işverene karşı açılan davanın husumetten reddi gerekir*” diye hüküm kuruyor ve yargılama giderlerine de mahkûm ediliyor. Alt işverenin geçerli olup olmadığını bilmiyor işçi, dava açıyor, yargılama yapıyor, yargılama sonunda yerel mahkeme “*geçerlidir*” diyor, Yargıtaya gidiyor, Yargıtay da “*hayır geçersizdir*” diyor. Bunun üzerine bir de yargılama ücretine ve avukatlık ücretine mahkûm oluyordu. Bence isabetli bir şekilde bir adım atıldı, denildi ki “kendi kusuru nedeniyle dava açılmasına sebebiyet verdiği için vekâlet ücretinin hükmedilmemesi gerekir”, doğrudur.

Ben diyorum ki, alt işverenlik geçersiz dahi olsa, yine müşterek müteselsil sorumlu tutulması gerekir. Neden? Üç tane temel neden var: Bir, Kanunun amacı, Kanunun amacı işçiyi korumak için bir düzenleme getiriyor. Siz reddederseniz işçiyi korumuş olmuyorsunuz. İki işveren kendi arasında hesaplaşıyorlar. İşçiye karşı müşterek müteselsil işçinin korunma amacına yönelik olarak getirilmiştir, ister geçersizlik olsun, ister muvazaa olsun, üs-

telik muvazaada Yargıtay içtihadı birleştirme kararı diyor ki “kimse kendi muvazaasından yararlanamaz.” Şimdi, muvazaa var diyoruz veya geçersizlik, alt işverenin tarafı geliyor, diyor ki “evet, ama bana dava açamazsın, çünkü ben muvazaa yaptım.” Bu hukuken kabul görmez. Veyahut diyor ki “evet, biz Kanunun emredici hükmünü ihlal ettik, geçersiz bir alt işverenlik vardır, o nedenle bana dava açamazsın.” Kimse kendi kusurundan yararlanamaz, kimse kendi muvazaasından yararlanamaz, birinci ilke.

İkincisi, güven prensibi; biz taraflar işçiye karşı “ben senin işverenim” diyor, primlerini ödüyor, yeri geldiği zaman işveren olarak karşısına çıkıyor. Geçersizlik ya da muvazaa olup olmadığı uzun süren yargılamayı gerektiriyor. Burada biz işçiden bunu bilmesini bekleyemeyiz. İşte, siz bir güven oluşturuyorsunuz. Bu güvenin sonucuna da katlanmanız gerekir ve Yargıtay'ın güven prensibini açıklayan çok güzel hukuk genel kurulu kararı var. Bu da yine ikisinin müşterek müteselsil olarak sorumlu tutulmasını gerektirdiği düşüncesindeyim.

**Doç. Dr. Süleyman BAŞTERZİ** (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Teşekkür ederim. Kıymetli meslektaşına ben de teşekkür ederim. İş güvencesinin gerçekten güncel sorunlarına temas etti, öğretti ve yargı görüşlerini belirtti.

İki konuya değinmek istiyorum konuların aydınlatılması bakımından. Konuşmasının birçok yerinde altını çizerek işverenin işçiye işe iade kararı üzerine işe başlatıp başlatmama konusunda bir seçimlik hakkı olduğunu belirtti. Acaba burada gerçekten teknik anlamda bir seçimlik haktan bahsetmek mümkün mü, değil mi, bunun aydınlatılması gerekir. Tabii, özel sektör işverenlerini düşündüğümüz zaman işe başlatmama durumundaki iş güvencesi tazminatını ve boşta geçen süreye ilişkin ücreti ödemeye göze alarak bu yola gidebilir, ama kamu kuruluşlarında özellikle aynı şeyi söylemek mümkün mü, değil mi bunun tartışılması gerekir diye düşünüyorum. Kanımca bu seçimlik haktan ziyade bir yaptırım niteliğindedir. Bu konudaki görüşünü merak ediyorum ilk olarak.

İkincisi, boşta geçen süreye ilişkin ücret, 4 aylık ücretin bu boşta geçen sürenin hangi dönemine ilişkin olduğu da meslektaşımın tebliğinde konu edildi ve ilk 4 aylık döneme ilişkin ücret olduğu sonucuna varıldı. Belki iş hukuku bakımından haklı olabilir, ama bunun bir de sosyal güvenlik hukuku boyutunun düşünülmesi gerektiğini düşünüyorum, çünkü işçi işe başlatılmadığı tarih itibarıyla iş akdi sona eriyor, ondan sonra doğacak sosyal sigorta hakları bakımından bazen işçinin geçmişteki belirli bir dönemde ödediği primler dikkate alınıyor. Bunu ilk 4 ay olarak değerlendirirseniz, birtakım hak yoksunlukları söz konusu olabilir. Dolayısıyla, bu 4 ayın han-

gi 4 ay olduğunun sosyal güvenlik hukuku da dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir diye düşünüyorum.

**Av. Abdülhalim EKE** (Ankara Barosu)- Yasada işe iadeye ilişkin hükümler kimlerin işe iadeden yararlanacağına dair bir kural şeklinde düzenlenmiş, bunun bir istisnasına yer verilmemiş; yani sanki işe iade hükümleri istisna şeklinde ve bunun da istisnası olmayacak gibi algılanmış. Olması gereken düzenlemeler bakımından, örneğin, Milli Savunma Bakanlığı işyerlerinde çalışanlar, İstihbarat Teşkilatı işyerinde çalışanlar, Makine Kimyada çalışanlar, Makine Kimyanın bazı silah mühimmatlarının en azından ilk malzemelerin temin ettirdiği özel işyerlerinde çalışanlar; yani gerçekten bomba yapımının temel malzemelerini özel sektöre yaptıran Makine Kimya Endüstrisinin işyerinde çalışan kişiler işe iade kapsamında olmalı mıdır yahut bazı gruplar güvenlik nedeniyle farklı kabul edilerek işe iade hükümleri dışına çıkarılmalı mıdır? Birincisi bu.

İkincisi, yararlanmak için 6 aylık süre yeterli bir süre midir? Kıdem tazminatı bakımından yer alan bir yıllık, işsizlik sigortası bakımından kanunlarda yer alan üç yıllık sürelerle altı aylık süreleri mukayese ettiğimizde bir paralellik sağlanması bakımından 6 aylık süre yerine bir başka süre önerilmesi doğru olursa hangi süre uygundur?

Bir başkası, vekâlet ücretleri ve mahkeme yargılama giderleri bakımından, şarta bağlı bir hüküm dedik, işçinin başvurusu koşuluna bağlı. Eğer işçi başvurmazsa fesih baştan itibaren geçerli olacak. O zaman vekâlet ücretleri de, mahkeme masrafları da istenemez olmayacak mı? Ne zamana kadar? İşçinin işverene başvurusuna kadar olan dönemde vekâlet ücretlerinin ve masrafların infaz edilememesi ve bu şartın belgelenmesine bağlı olmayacak mı, böyle olması gerekmez mi?

Sayın Başterzi sosyal güvenlikle ilgili bir kısım uyarılarda, açıklamalarda bulundu, ben de kısaca bir şey eklemek istiyorum: İşe iadede geçen 4 aylık ya da 120 günlük süre, biz Yasa hükmüne şöyle bakıyoruz, Yasa diyor ki “4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları” diyor, “diğer hakları” kısmı altında biz sosyal güvenliği de ya da o dönemin primlerini de kuruma bildiriyoruz. Bu süre neredeyse bir işçinin emekli olacağı yaşamda 60’ta 1’e; yani toplam sigortalılık süresinin 60’ta 1’ine tekabül etmekte. İşçi davasından vazgeçerirse sosyal güvenlik bu defa vazgeçmeye bağlı sonuçlara bağlı tutuyoruz. Almanya ya da diğer ülke örneklerini verdiniz, onlar da tazminata dönüşen durumlarda sosyal güvenlik sorunu nasıl çözülüyor, zorunlu sigortaya primler ödeniyor mu, ödenmiyor mu, birde 2009 yılında değişen kararı, Yargıtay kararını isabetli bulmadığını söylüyoruz, ama şu anlamda,

2009 yılında Yargıtay'ın değişen kararını ölüm halinde işe iadeye ilişkin hükmü uygun bulmadığınızı söylüyorsunuz, ama sosyal güvenliği biz işe iadenin içerisinde kabul ettiğimizde kişinin 899 günü varsa, ölüm aylığını alabilmesi için 900 gün olan güne 1 günü varsa, biz 1 günü otomatik olarak işe iadeyle kazanmış oluyoruz. Aslında işe iade davasının içerisinde bir de sigortalılığın tespiti söz konusu.

Şu mu olmalı? Sosyal güvenlikten vazgeçilemez deyip bu hükümleri ayrı bir yerde mi düzenlemeliyiz, yoksa siz evet, vazgeçersiniz, ama tazminat ve ücret alacaklarınızdan vazgeçerseniz sosyal güvenliğe ilişkin haklardan vazgeçemezsiniz mi demeliyiz?

Bir de işe iadenin gerçekten değerlendirilmesi, tartışılması gereken bir başka boyutu da bu 4 aylık sürelerde ödenen sigorta primlerinin yaşlılık aylığına etkisi ki bu başka tartışmaların konusu.

**Av. Emin ULUDAĞ** (*İstanbul Barosu*)- Sayın Abdi Pesok'a saptamaları ve açıklamaları için, Sayın sunucuya da açık ve net tebliği için teşekkürlerimizi sunarız.

Benim sorum kısa olacaktır: Uygulamada işe iade kavramı bana göre anlamını yitirmiş durumdadır. İşe iade işçinin işine dönmesi ve işçinin korunmasını amaçlamaktadır, ancak görülmektedir ki işe iade değil, tazminat alanında yasanın öngördüğü ücretleri almaya yönelik bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu konuda Sayın Hocamdan düşüncelerini rica etmekteyim.

Ayrıca, sonuçta işçinin müracaatı değil, işverenin işçiyi işe davet etmesi gerektiği görüşümdedir. Bu konuda Yasada gerekli değişiklik yapılırsa daha iyi olacağı düşüncesindeyim.

**Seracettin GÖKTAŞ** (*Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi*)- Tartışmalı konulardan biri aslında işçiye de seçimlik hak verilmesi konusu, Sayın Başkan da belirttiler. Ancak, ben de Süleyman Hocanın belirttiği gibi Kanunda işverene bir seçimlik hak verilmediği yönünde düşünüyorum. Gerçekten 21. maddenin 1. fıkrasına baktığımızda işveren işçiyi başlatmak zorundadır işe iade kararından sonra. Başlatmazsa, işe başlatmama tazminatı söz konusu olur. İki seçimlik hak veya bir seçimlik haktan söz edeceksek Kanunun şöyle demesi lazımdı: Ya başlatır ya da tazminatını öder. Burada kanun koyucu açıkça "*başlatmak zorundadır*" ifadesi kullandığına göre bunu böyle değerlendirmek lazım.

Bunun pratikte ne sonucu olabilir dediğimizde de, işyerinin kapanmasında bunu ele alabiliriz. İşyeri kapanmışsa, bu konuda ben de değerli büyüğüm Ömer Bey'in görüşüne katılıyorum, işverenin kusuru olmaksızın veya bir

muvaazalı bir kapanma söz konusu değilse, burada seçimlik hak, artık burada kanun koyucu “başlatmaz ise” diyor. Burada bir kasıttan söz edemeyeceğimize göre işe başlatmama tazminatının söz konusu olmaması gerekir diye düşünüyorum. Esasında burada şuna da dikkat etmek lazım: İşe başlatmama tazminatının niteliği de çok önemlidir burada. Bu geçersiz feshin bir sonucu mudur, yoksa işe başlatmamanın bir yaptırımı mıdır? İşe başlatmamanın bir yaptırımı ise o zaman her halükârda işyerinin kapanması, her kapanmada söz konusu olmaması gerekir diye düşünüyorum.

Bu hatalı karardan söz ettiler Sayın Başkan, gerçekten iş yargılamasında karar düzeltme yolu olmadığı için işlerin yoğunluğu nedeniyle de Daire bu konuda zaman zaman çok açık hukuki hataları da maddi hata kapsamında değerlendirerek yanlışları gidermektedir.

İş Kanunu'nun 25. maddesine göre yapılan fesihlerde savunma almak zorunluluğunun öngörülmemiş olması hakikaten Kanunun düzenlemesi gereğidir. Hem 19. maddenin 2. fıkrası, hem de 25. maddenin son fıkrası bunu açıkça belirtmiştir, ancak bu uygulamada son derece kötüye kullanılan bir düzenlemedir. Bu konuda da kanımca bir düzenleme yapılması ihtiyacı vardır. Savunma almamış olan işverenler genellikle, eğer yazılı bir fesih bildirimini de yoksa ya da yazılı fesih bildirimini olabilir, “biz 25. maddeye göre feshettik” diye savunmada bulunuyorlar ve böylece Kanunun bu açıklığından faydalanmaya çalışıyorlar.

Bir diğer konu 30 işçi sayısı. 30 işçi sayısı gerçekten hem sayı itibarıyla, hem de işkolu sınırlaması yönünden tabii iş güvencesi sınırlandırılmış, işkolu yönünden sınırlandırmanın uygulamada yarattığı sıkıntılardan biri de özellikle yurtdışındaki işçiler bakımından, işçi sayısı bakımından uygulamada sıkıntı yaratmaktadır. Dairenden de geçen birkaç kararda yurtdışında çalışan işçiyi biz 30 işçi sayısını da dikkate aldık, ancak o dosyalarda bir işkolu itirazı gelmemişti. İşkolu itirazı olduğu takdirde de bizim yurtdışındaki işkolunu tespit edebilmemiz, bir de kendi ülkemizin kriterlerine göre belirlememiz pekala zor olacaktır. Dolayısıyla, burada da kanımca bu işkolu sınırlamasının kesinlikle kaldırılması gerekir diye düşünüyorum. Sisteme yönelik bir eleştiri olarak bunu da belirtmek istiyorum.

Ayrıca, burada bir soru daha var. Aslında bunu soru olarak da yöneltmek istiyorum Hocama: Burada işçi kapasitesini mi dikkate almak lazım, yoksa fiilen çalıştırılan işçiyi mi dikkate almak lazım? Bu konuda da bazı eleştiriler var. Tabii, Dairenin görüşü belli, fesih tarihinde fiilen çalışan işçi sayısını dikkate almaktadır. Ancak, bir görüşe göre burada işletmenin kapasitesini dikkate almak lazım. Eğer gerçekten 30 veya daha fazla işçi çalıştırılıyorsa

bu işletmeyi ya da işyerini güvence kapsamında kabul etmek lazım diye bir görüş var. Bu konuda da Sayın Hocamın görüşünü merak ediyorum.

6 aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala yapılan fesihlerde kanımca bu süre iş güvencesinin deneme süresidir, iş güvencesi bakımından bir deneme süresidir. Buna istinaden işveren 6 aylık sürenin bitimine az bir süre kala iş sözleşmesini feshederse, salt bu nedenle bir kötü niyet kabul etmemek lazım, ancak bu deneme amacı dışında kullanılırsa bu süre, bu durumda da gerçekten Sayın Hocamın da belirttiği gibi, belki iş güvencesi hükümleri kapsamına almak, gerçi Hocam kötü niyet tazminatı olabilir dedi, ama burada belki güvenceden yararlandırmak daha isabetli olur diye düşünüyorum. Uygulamada çok sıkça rastladığımız bir konu, işverenler bütün işçileri 5,5 ay çalıştırıyorlar iş güvencesi kapsamına girmesin diye, 5,5 aydan sonra ya da 6'ya bir-iki gün kala hepsini işten çıkarıyor, tekrar yeniden işçi alıyor. Bunları da yine aynı şekilde aynı süreyle çalıştırıp böylece güvence dışında bırakmaktadır.

İşe iade davalarıyla diğer işçilik alacaklarının birlikte açılması konusunda Sayın Hocama ben de katılıyorum, hatta bir ilave yapmak istiyorum: Artık feshe bağlı tazminatlarla, alacaklarla işe iade davalarının incelemesi yeri de farklı. Dolayısıyla, bu da Sayın Hocamın görüşünü destekler mahiyettedir.

Bir diğer konu, yine sisteme yönelik bir eleştiri belki kabul edilebilir. Biz işyeri sendika temsilcilerine uygulamada ilave bir güvence kabul ettik, uygulamada kabul edilen bir husus, aslında Kanunda düzenlenmiş değildir. Çalışma koşulları temsilcinin rızası olmadan değiştirilirse eski işyerine iade şeklinde bir dava açabiliyor ve bu Dairenin de kabul ettiği bir uygulama. Ancak, işyeri sendika temsilcisi değilse, çalışma koşulları rızası dışında değiştirilen işçi her ne kadar bu değişiklik kendisini bağlamasa da gitmemek onu işinden edecektir ve yargılamanın çok uzun sürdüğünü de dikkate aldığımızda aslında işçi çok mağdur olmaktadır. Zaman zaman bize de soru yöneltilmekte bu noktada. "Ben işimi kaybetmek istemiyorum, fakat itirazi kayıtlarla bunu kabul etmediğimi belirterek gitsem ve bu konuda dava açsam ya da benim açabileceğim bir dava yok mu, bir hak talebinde bulunamaz mıyım şeklinde sorular yöneltilmektedir. Kanımca bu noktada da bu açıklığın giderilmesi lazım. Çalışma koşulları, özellikle işyerinin değiştirilmesi bakımından ya da başka türlü, çalışma koşullarının esası tarzında değiştirilmesi durumunda işçinin eski işyerine iade yönünde, hatta bunu da belki bu karara uymayan işverende bir yaptırım öngörülmesi mümkün olabilmelidir, en azından bir yasal düzenlemeyle yapılabilirdir.

İşçinin ölümüyle ilgili konuya gelince, yargılama sırasında işçi ölürse bu durumda ne olmalıdır. Kanımca Kanun hükmü çok açık. Sayın Okur Hocamın da belirttiği gibi işçinin başvurusuna bağlamıştır. İşçinin başvurusu artık imkânsızlaşmıştır. Dolayısıyla, burada artık işe başlatmama tazminatının söz konusu olmaması gerekir. Nitekim, işveren davet ettiğinde işe başlamayan işçiye de biz samimi bir başvuru yoktur, dolayısıyla, fesih geçerliymiş gibi bir sonuca bağlıyoruz. Bu kararlar da uyumlu olacaktır diye düşünüyorum.

Asıl işverenin işe başlatma tazminatından sorumluluğu konusunda da ben de Hocama katılıyorum, gerçekten burada işe başlatmama tazminatının niteliği çok çok önemli. Bunu feshin geçersizliğinin bir sonucu mu, yoksa işe başlatmamanın bir yaptırımını mıdır şeklinde böyle bir nitelendirme yaparsak sanırım daha kolay olur işimiz, çünkü işe başlatmayan kişi kimdir? Alt işverendir ve o tarihte asıl işveren-alt işveren ilişkisi bitmiştir. Dolayısıyla, alt işveren-asıl işveren ilişkisinin bittiği bir dönemde alt işverenin bir davranışından asıl işvereni sorumlu tutmak doğru değildir. Ben de bu konuda Hocama katılıyorum.

Son bir nitelendirmem de Sayın Canbolat'a, onun bir tespitine: Dairenin kanuna uygun olarak kurulmayan geçersiz asıl işveren-alt işveren ilişkileriyle muvazaayı hep aynı, hep muvazaa şeklinde nitelendirdiği yönünde tespitleri vardı, onu belirttiler. Ancak, son zamanlarda buna çok özen gösterdik. Kanuna uygun kurulmamışsa, veya muvazaaya dayanmamışsa birçok kararımızda bu geçiyor. Tabii, tespitiniz gerçekten doğru. Bunu da belirtmek istedim.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU** (*Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı*) - Sayın Başkan, seçkin konuklar, işe iadeye ilişkin sunumlarında eleştirel gözle Sayın Özkaraca'nın sunduğu tebliğ son derece doyurucu, çok yönlü, ışık verici, ayrıca anlatımında önündeki yazılı metne bakmadan, kaş altından şöyle bir göz ucuyla bakıp konuya hakim bir şekilde anlatması ve yabancı doktrine yer vermesi de gerçekten çok sevindirici. Kendisine teşekkür ediyorum. Biraz zamanınızı alacağım, başlıyalım beni.

İşe iade davaları talihsiz dönemler yaşamıştır. Özelleştirme bir işçi çıkarımı, işçi kıyımı şekline dönüşmüştür. Bu yetmiyor, peşine küresel kriz geldi. Bu küresel krizin bir bölümü de Türkiye'ye yansdı; kimi sektörel bazda oluyor. Bence makro düzeyde de yansdığına inanıyorum. Bu da işçi çıkarmaya neden olmuştur. Dolayısıyla, işe iade davaları çığ gibi önümüze gelmiştir.

Bu işe iade davalarında, hadi, bu işçinin yeterliliği diyelim, işçinin davranışı, bunları çözmek kolay, fakat işyeri ve işletme gerekleri söz konusu

olduğunda bir problemle karşılaşırız. Bu problemleri aşmak için biz önce çeşitli üniversitelerden, Bilkent'ten olsun, ben iktisat profesörlerini, ekonomi profesörlerini topladım, dedim ki “*bu ekonomik kriz nedir, bunu anlatın, bir de bu nasıl ölçülür?*” Önce bir bilimsel gözle bakalım. Evet, biz hukuk fakültelerinde iktisat okuduk, ama bir de bunun gerçek anlamda, bilimsel anlamda bir açıklanışı gerekiyor. Dolayısıyla, biz coğrafi açıdan, sektörel açıdan, makro düzeyde, mikro düzeyde birçok ölçütler koyduk. Tabii, işverenimizin de Almanya'dan getirilen bir İş Güvencesi Yasasını doğru olarak yorumlaması çok zor. Mükemmele yakın bir Yasa geliyor, fakat ortam çok iyi değil. Bu sıkıntılar da yaşanıyor. Dolayısıyla, iş güvencesi davalarına, işe iade davalarına da bir sonuç bağlamak hakikaten zor. Bu yalnız bizde de değil, yabancı hukuklarda da öyle, Almanya'da da öyle. Bazen olayı o kadar şeye getiriyorlar ki konuşmalarda, diyorlar, bir nevi bazen yazı tura gibi olur şeklinde yazılar da okuyoruz. Bu, bizde olaya özenli yaklaşma ihtiyacı doğurmaktadır.

Böyle olunca, zaten hakimlerimiz de, yerel mahkeme hakimlerimiz de son derece güzel çalışıyorlar, olayın içine giriyorlar. Dolayısıyla, orada bir inceleme belirli bir müddet sürüyor. Yargıtaya geliyor, iş yoğunluğu nedeniyle de biz bunu Yasada belirtilen süre içerisinde çözemedik, çözmemiz de mümkün değil. Bir makine gibi çalışmamıza rağmen bunu işte, bu ilke kararlarının yararını orada görüyoruz. Yerel mahkeme yargıçları o bizim kıstasları en azından ortaya koyuyorlar ve ona göre çözülüyorlar ve başarılı da çözüyorlar diye düşünüyorum. Kendilerine teşekkür ediyorum.

Şimdi maddi hatadan biraz söz edeyim. O kadar yoğun çalışıyorlar ki tetkik hakimi arkadaşlarımız, biz de çok yoğun çalışıyoruz. Bazen gözümüzden kaçıyor. Yerel mahkeme hakimleri bunu bize maddi hata şeklinde göndermeler, kendileri de re'sen gönderebilirler veya taraflardan biri isteyerek de gönderebilirler, daha kısa zamanda olay çözülür diye düşünüyorum. Biz haksız ve adaletsiz hiçbir kararın taraflara ulaşmasını istemeyiz, bu bizi incitir.

30 işçi olayına gelince, Yasanın çıkış nedeninde de var, Avrupa yönergelerinde de var. Buradaki o ülkenin koşulları göz önüne alınarak bir sayı belirleniyor. Ben Yüksek Hakem Kurulu Başkanı olarak önce bu 30 işçi sınırını kaldırdım. Bir yıl bekledik, fakat bir yıl sonucunda gelen yakınmalarda bunun çok ağır ekonomik külfet getirdiğini ifade ettiler, özellikle küçük belediyeler, 4 kişi, 5 kişi çalışıyor. Bu sefer bu sayıyı 10'a çıkardım ve şu an 10'da dengeli şekilde tutuyoruz. Benim kişisel düşüncem de Türkiye ölçeğinde 10 işçi sayısı sanki daha ideal gibi düşünüyorum; yani 30 işçinin yukarıda bir sayı olduğunu düşünüyorum.

Tabii, şöyle bir özellik de var: Eğer biz bu sayıyı düşürdüğümüzde kayıt dışı işçi çalıştırmayı sanki özendirme gibi bir riskin de varlığını az çok görebiliyoruz; yani böyle bir risk de var. Bir dengeyi tutturmak öyle sanıldığı gibi kolay bir şey değil diye düşünüyorum.

Sayın Pesok da ifade etti, 25. maddeye göre fesih yapıp yazılı savunma almama gibi birtakım yasal zorunluluklardan kurtulmak isteyen işverenler var. Bizim bazı kararlarımızda böyle hallerde hakkın kötüye kullanılması kriterini uyguluyoruz, dolayısıyla, diyoruz ki “burada sen 25. maddeyi gösterdin, ama ortada aslında geçerli fesih nedeni var, dolayısıyla, bu yazılılık koşullarına uymadı, o halde işe iade ediyoruz veya bu koşula uymadın diye doğrudan işe iadesi gerekir” şeklinde kararlarımızda var. Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılması kriterini biz her an uyguluyoruz.

İş güvencesi kapsamını genişletmek kişi olarak, ben bunu isterim, ama bir de norm olayı var. Bir normu aşarak ve Türkiye'nin ekonomik dengesine yargıcın müdahalesi bence çok düşünülerek ve titrek elle yaklaşılarak ulaşılabilir, yoksa yargıç doğrudan “ben geçici işçileri şu şekilde, bu şekilde veya diyelim ki memurları da işe iade ediyorum” gibi genişletme hakkımız yok bizim. 158 sayılı Sözleşme yorumlanabilir, ama Türkiye'nin ekonomik dengesini de az çok gözetmek lazım ve aşırı uygulamalara çok itinayla yaklaşmak gerekir diye düşünüyorum.

6 aylık süre dolmadan, birkaç gün kala fesihlerde biz işe iadeyi hakkın kötüye kullanılması kriteri ve Borçlar Kanunu 154'e göre iki ayrı gerekçeyle de biz kabul ediyoruz. “İşe iade etmeyin, ama kötü niyet tazminatı verilsin” diye bir düşünceye varıldığında iki ayrı menfaatten büyük olan menfaat, ki Yasanın konuluş amacı bu. Nedir? İşe iade. İşe iadeyi ben neden feda edeyim de akçalı bir hakka itibar edeyim? Dolayısıyla, burada biz diyoruz ki “evet, sen işe iade et”, hatta genişletiyoruz, bu işverenin davranış biçimi nedir, bütün işçilere mi bunu yapıyor? Genellikle de bu bizi doğruluyor; yani işe iadeden kurtulmak için bu tür yöntemlere bazı işverenler başvuruyor. Buradaki tercihimiz de doğrudur diye düşünüyorum.

11. madde konusunda benim tereddütlerim var. Sayın Hocama katıldığım nokta, evet, burada Yasanın kaleme alınışında bir sıkıntı var, ama referans yönergeler dikkate alındığında aslında esnek çalışmayı destekleyici nitelikte bir çalışma türü olarak 11. madde ortaya konulmuştur. Dolayısıyla, ilk sözleşmenin belirli olarak her an yapılabileceği şeklinde yönergeden hareketle bir sonuca varmak gerekir diye düşünüyorum. Ancak, Türkiye'nin koşulları dikkate alındığında biz böyle bir şeyi getirdiğimizde artık belirsiz süreli işçi çalıştırmak mümkün değildir ve diğer alttaki fıkralarla birlikte yorumladığımızda şu anki içtihatlarımızın doğru olduğu düşüncesini taşımaktayım.

Sayın Hocamıza, bu basit yargılamaya tabi olması nedeniyle bu yeni 6100 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasındaki bu değişiklikle basit yargılamaya tabidir yargılama sistemi olarak, ancak dediğim gibi bunların ayrı ayrı; yani işe iade davalarının ayrı, diğer feshe tabi ve diğer alacaklarla ilgili davaların ayrı görülmesi düşüncesine aynen katılıyorum.

İşçinin ölmesi konusu getirildi. Burada iş sözleşmesi feshedilen işçinin dava açarken iradesine bakmak lazım. İradesi nedir? İradesi işe yeniden iade edilmesi. Bu iradeyi ne zamana kadar taşıyor? Ölünceye kadar taşıyor. Size birkaç somut olay söyleyeyim: İşe iade davasıyla ilgili öncelik dilekçesinde şunu diyor: “*Ben çok ağır bir hastayım,*” ismine de nitelik vermiyorum, çünkü her türlü hastalığın aşağı yukarı tedavi yöntemi var çok gecikmemek koşuluyla, “*ama ben davanın bitmesini ve benim feshin haksızlığını görmek istiyorum*” diyor. Böyle bir insanın işe iade yargılaması devam ederken ölmesi halinde onun o sıkıntısının evde verdiği stresi, çocuklarının ve mirasçıların duymaması mümkün mü? O nedenle işçinin iradesinin ve çıkacak sonucun Yasanın getiriliş amacı içerisinde yorumlandığında ölen işçinin lehine yorumlanması gerektiğini düşünüyorum. Aksi bir yorum adalet duygusunu incitir. Bizim burada mevcudiyetimizin amacı nedir diye düşündüğümüzde normların arkasına takılmak değil. Hukukun anlamı zaten doğru, doğruyu bulmak diye düşünüyorum.

Alt işveren olaylarında bizim kararlarımızda seçimlik hak olayı kaldırılmıştır ve uzun süreden beri biz bu düşünceyi kararlarımızda belirtmiyoruz ve Daire içerisindeki tartışmalarımızda da bu tür bir kavrama yer vermiyoruz. Önceden bu tür bir kavram vardı, ancak şu an hem benimsemiyoruz, hem de işletmiyoruz.

İşyerinin kapatılması olayı konusunda Sayın Hocama katılıyorum. Ortada bir işletme var, madem ki kârını üzerinde barındırıyor, rizikoyu da üzerinde barındırması gerekir. İşyerini kapatması kendi ticari hayattaki doğru adım atmamasından kaynaklanıyorsa, burada işçinin kabahati nedir? Ancak, belki belki mücbir sebep olaylarında tartışılabilir diye düşünüyorum.

Yine üzerinde durulan konu, asıl işveren ve alt işverenin, özellikle alt işverenin işe iade edilmesi nedeniyle sorumlu olması doğrudur, ancak asıl işverenin buradan sorumlu olmayacağı şeklindeki bir düşünce bana göre Yasanın getiriliş amacı göz önünde tutulduğunda ve Türkiye'nin reel ortamı yine göz önünde tutulduğunda isabetli değildir diye düşünüyorum. Her ikisinin de sorumluluğu olması gerekir. Zaten bizim alt işverenlere varmamız mümkün değil. Tebligatlar genellikle alt işverenlere tam olarak yapılamıyor; Türkiye'nin reel gerçekleri bu. Bakıyorsun, bir alt işvereni bir dönerci veya

bir satıcı gibi birtakım kişilerle karşılaşıyoruz; yani sabit ikametgâhını dahi bulamıyoruz. Böyle bir ortamda sadece alt işvereni sorumlu tutmak doğru değil. Başka bir yandan da doğrulayıcı bir sonuç var.

Asıl işveren alt işverenle sözleşme yaparken bir kere özenli davranmak zorunda. İşe iade davasının sonucu nedir? Bir mahkeme kararıdır. Mahkeme kararına uymamak nedir? Haksız fiildir. Sen haksız fiil yapacak bir alt işvereni seçmeyle özenli de davranmıyor asıl işveren. Dolayısıyla, “*alt işvereni doğru bul, doğru tespit et, ona göre bakın akçalı sonuçlar sana geliyor*” diyebiliriz. Biz burada da Dairemizin kararının doğru olduğunu düşünüyoruz. Yasanın getiriliş amacı da budur.

Şöyle bir şey var, işveren işçinin iş sözleşmesini feshediyor, üst katta eline fesih yazısı geliyor. Bir somut olaydan bahsediyorum. Yukarıda muhasebeci de tebellüğ ediyor, alt katta alt işverene hakaret ediyor, küfrediyor. Burada işe iade davası açsak, kazansa; yani “*daha önce haksızdır*” desek, burada nasıl bir çalışma barışı olacak, nasıl bir taraflar arasında iş ilişkisi yürüyecek veya “*Yasanın amacı bu değildir*” nasıl diyebileceğiz. Ama buradaki hareket felsefemiz, biraz da kurcalıyoruz, Anglosakson hukukunu az çok onların dünyası biraz daha pratik, matematiksel olaya yaklaşım biçimini görüyoruz çoğu olaylarda. Biraz da onun etkisi olduğunu ben ifade edebilirim, ama doğrudur diye düşünüyorum kararımız, yoksa dediğim gibi normlar bunu diyor, yenilik doğuracak karşı tarafa vardı, sonuçları kesin... Bu, normal akış süreci içerisinde verebileceğim bir sonuç, ama bu öyle gerçekleşiyor, kendi ülkemize özgü bir uygulama.

Alt işveren ilişkisi, bu konuda bir kere Yasanın kendi içerisinde bir muvazaaya var. Biz bunun ötesinde genel muvazaayı da göz önünde tutuyoruz borçlar hukukunda. Belki şu denilebilir: Borçlar hukukuna göre her ikisi de sorumludur gibi bir sonuca varılabilir, ama 2. maddenin düzenlenişi buna imkân vermiyor. Hukuka aykırılık zaten özel muvazaada da, genel muvazaada da var. Hukuka aykırılık zaten sorumluluğun temel nedeni, muvazaada var. Ama şu olabilir: “*Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları gerçekleşmedi.*” diyebiliriz. Örneğin, bir hastaneyle, 100 işçi var hastanede ve bir temizlik sözleşmesi yapılıyor, bunlardan 10 tanesi bakıcılık, hasta bakıcılığı, hemşirelik gibi birtakım şeylerde çalışıyor. İşte, böyle durumda asıl işveren alt işverenin unsurları gerçekleşmiyor, o 10 işçiyle sınırlı olarak unsurları gerçekleşmiyor ifadesinden hareketle tümünü; yani sözleşmenin tümünü muvazaalı kabul etmiyoruz. Dolayısıyla, geri kalan 80 işçiyle doğru bir akit yapmış. Bu 10 tane işçi nedeniyle tüm sözleşmenin muvazaalı kabul edilmesi doğru değildir diye de düşünüyorum.

Genel olarak şunu söyleyeyim: Olayın temelinde, bu 2. maddenin temeli tamamen akçalı. İşveren diyor ki “Ben maliyetleri düşüreceğim. Ben toplu iş sözleşmesinden yararlandırmak istemiyorum.” Bu mali hakların düşürülmesi düşüncesiyle 2. madde ortaya konmuş, fakat sosyal taraflar arasında gerek ülkesel alanda öyle büyük bir kavga var ki, bu kavganın normlara aktarılması da o kadar sanıldığı gibi kolay değildir. Bu uyuşmazlık, bu kavga hâlâ devam ediyor. Ben insan unsurunun, insan emeğinin kutsallığını dikkate alarak bırakın bu mali mücadeleyi, alt işvereni de, asıl işvereni de veya alt işveren işçilerinin de asıl işverenin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılır şeklindeki bir düzenlemeyle buna adil, akçalı, doğru, hakkaniyete uygun bir çözüm getirilir diye düşünüyorum.

**Av. Abdi PESOK** (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederiz Sayın Başkanım. Bütün Katılımcılara katkılarından dolayı teşekkür ederim. Şimdi saygıdeğer Hocamız mümkün olduğu kadar özetleyerek konuları değerlendirecek.

**Yrd. Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA**- Soruları okumam herhalde çok uzun sürer. Bütün kâğıtlar doldu, çok sayıda soru var.

25. maddenin uygulamada kötüye kullanılması sorununa ilişkin sorulara zaten Sayın Başkan dürüstlük kuralını esas alarak çözüm buldukları yönünde cevap verdi, ben de katılıyorum. Soruları biraz da tasnif etmek suretiyle sırayla devam edersek;

Sayın Okcan Avrupa Sosyal Şartı'nın 25. maddesinden söz etti, “ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi'nin yanında bunu da dikkate almak gerekir.” dedi. Sayın Hocam Canbolat, 158 sayılı Sözleşmenin 10. maddesinden, bunun gibi 94 sayılı ILO Sözleşmesinden söz etti, alt işverenlik noktasında bunların doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadığı konusu; bu bizim hukukumuzda tartışmalı. Dün de bu gündeme geldi. Sayın Hocam Sağlam da ifade ettiler. Tabii, normu görmek lazım. Bu doğrudan uygulanacak nitelikte bir hüküm mü buna bakmak lazım, yoksa Anayasa'nın 90. maddesi şüphesiz buna cevaz verir diye ifade etti dün Sayın Hocam Sağlam. 158 sayılı Sözleşme'nin doğrudan uygulanabilirliği konusunda özel olarak düzenlenmiş seminerler de var, çeşitli görüşler var, ama ağırlıklı görüş bunun doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığı, alternatifler içeren düzenlemeler getirdiği yönünde, devlete bir yükümlülük getirdiği yönündedir.

25. maddeyi doğrudan uygulayarak boşa geçen süre ücreti açısından bütün sürenin ücretini ona dayanarak vermek mümkün müdür? 25. maddenin somut metni şu an önümde yok, ancak buna ihtiyatla yaklaşmak gerekir diye düşünüyorum, ülke gerçeklerini her zaman her konuda dile getiriyoruz. Esasen teknik hukuk açısından yürürlükteki düzenlemenin

isabetli olmadığını tebliğimde belirttim. Ancak sırf ilk derece işe iade yargılamasında heyet üyesi iki bilirkişinin birbiriyle irtibatının 10 ayda sağlandığı, dosyanın bilirkişide kaldığı sürenin öngörülen yargılama süresini önemli ölçüde aştığı olayları biliyorum. Bu konuda Anayasa Mahkemesine başvuran Kartal 1. İş Mahkemesi demiştir ki, “*bir yıldır bu dava bizim elimizde, biz bunu çözüme kavuşturamadık. Yargıtaya gönderdiğimiz dosyalar bir yılı aştı, hâlâ dönmedi.*” Gerekçelerinde bunu ifade etmiştir. Bütün bu yargılamanın 2-3 yıl sürdüğünü düşünün, tamamını işverene yüklemek de ne kadar adil bir çözüm olur, onu da aslında değerlendirmek gerekir. Bu konuda Sayın Başkanın da ifade ettiği dengenin de göz önünde tutulması gerekir diye düşünüyorum.

Onun dışında Sayın Av. Mahmut Beylem Bey’in soruları, Talat Hocamın, Kadir Has Üniversitesinde düzenlenen seminerde sunduğu tebliğde dile getirdiği hususlarla ilgili olarak, oraya referans yapabilirim, özellikle bu tür sorular açısından işe iade davasında dürüstlük kuralı çok detaylı bir şekilde orada incelenmiştir. Yargıtay da dürüstlük kuralına önem veriyor, uyguluyor kararlarında. Bu noktada sözünü ettiğiniz kararlar şu an elimizde mevcut değil maalesef ve tam da netlik kazanmadığını gördüm sorunuzda. Tabii, soruyu soran meslektaşım da, cevap veren Sayın Başkan da kararın içeriğini tam olarak bildikleri için bir taraf isabetsiz, bir taraf isabetli dedi. Ancak, şunu ifade edelim: Sayın Hocam Canbolat “*Burada parasal sonuçlara hükmedilmeli.*” dedi, Sayın Beylem, burada Yargıtay’ın kararında, 12 Aralık 2010 tarihli kararda “*Parasal sonuçlar da olmaz şeklinde bir karar verildi*” dedi. Tabii, ben kararı görmeden bir şey söylemek istemiyorum. Ancak, bu noktada işverenin yaptığı fesihten sonra gerçekleşen işçi eylemi nedeniyle haklı bir fesih varmış gibi düşünüyorsunuz. Katılmadığımı belirtmek isterim. Şöyle ki, Sayın Canbolat Hocamın ileri sürdüğü gibi bir çözüm de benimsenmediği takdirde gerçekleşmiş bir fesih işleminden sonra o davranışa hukuk kuralları yaptırım bağlamıştır, gerek ceza hukuku, gerek borçlar hukuku o davranışa bana göre gerekli yaptırımları bağlamıştır. Örneğin, işverene hakaret etmişse, onun cezai sorumluluğu da vardır, tazminat sorumluluğu da gündeme gelebilecektir. Geçersiz feshi bu sebeple yaptırımsız bırakmamak gerekir diye düşünüyorum. Ancak, sizin yaklaşımınızı da anlıyorum. Bu da yine sistemin bir sorunu. Ben doktora tezimi yazarken de bütün kaynaklara özellikle bakmıştım; acaba dava sırasında bu sözleşme ne durumda? Net bir şekilde biz “*burada bu sözleşme askıdadır*” diyemiyoruz. “*Burada işveren temerrüdü var.*” diyemiyoruz, çünkü getirilen sistem net bir sonuca varmaya engel. Hukuka uygun bir sonuca, adil bir sonuca varmak istiyorsunuz, sistem önünüze engeller çıkarıyor.

Ama, mevcut sistemde, zaten uygulanması bu kadar zor koşullara bağlanmış olan bir sistemde işçi evet, daha sonra sözleşme devam etseydi haklı feshi gerektirecek bir davranışta bulunmuş olabilir ya da işveren aynı şekilde bunu gerektirecek bir davranışta bulunmuş olabilir. O davranışlar birbirinden bağımsız davranışlardır. Bunların yaptırımları da kendi içinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir diye düşünüyorum.

**Osman Güven ÇANKAYA** (*Yargıtay Onursal Başkanı*)- Bu konu üzerinde hakikaten ben de çok düşündüm. Geçen yıl yayınlanan bir makalemde, bilmem dikkatinizi çekti mi, Mollamahmutoğlu'nun kitabından da yararlanarak o fikri benimsedim. Burada feshin askıda bulunması teorisi bence en geçerli teoridir, bundan yararlanarak sağlıklı sonuca varılabilir ve sistem de bozulmaz. O konuda hiç durmadınız, onu hatırlatmak istedim; yani feshin askıda bulunması teorisinin kullanılması gerektiği kanısındayım.

**Yrd. Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA**- Tabii, bunların çok derinlemesine incelenmesi gerekir, bu konudaki temel düşüncemin bu yönde olduğunu yinelemek isterim. Özellikle bu noktanın belki bir bilimsel çalışmaya konu edilmesi gerekir diye de düşünüyorum. Maalesef hukukumuzda bunun yine sistemden kaynaklanan bir şekilde sonuca bağlanmadığını tekrar etmek istiyorum.

Asıl işverenin sorumluluğu da, çeşitli açılardan sorumluluk, muvazaa durumu, işe iadedeki sorumluluk hep dile getirildi. Öncelikle, belediyelerde ve sağlık sektöründe, hastanelerdeki çalışmalar bunların insan hayatı için önemi; yapılan çalışma insan hayatı için önemli olabilir, olmayabilir. Sonuçta işçi bir iş yapmaktadır, o kriter değildir bana göre, ama bu soruna başka açılardan da yaklaşmak gerekir. Özellikle dün Sayın Sağlam Hocamın kullandığı duyarsızlaşma kelimesi. Yine Anayasa Mahkemesinin bir kararından söz etmek istiyorum.

İstanbul 7. İş Mahkemesi 2. maddede kamu işverenleri için öngörülen ayrıcalıklı düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurdu. Ancak, Anayasa Mahkemesi dava konusu olayda bu kuralın uygulanabilir nitelikte olmadığı gerekçesiyle bu başvuruyu reddetti. Olayı bildiğim için kişisel kanaat olarak söylemiş olayım, devam eden bir yargılamayla ilgili olmak anlamında söylemiyorum, o olayda kanaatimce söz konusu kurallar olaya uygulanacak kurallardı. Evet, Yargıtayımız çok isabetli bir yaklaşımla eşitlik ilkesini esas alarak bu normları uygulamıyor, çok doğrudur, ama Anayasa Mahkemesinin de bu başvuruyu "*olaya uygulanacak kural değildir*" gerekçesiyle reddetmesi son derece isabetsiz olmuştur. O dosyada bilirkişi raporu düzenlemiş bir kişi olarak bunu rahatlıkla söyleyebilirim.

Bu noktada asıl kamu kuruluşlarındaki muvazaâ durumunun daha dikkatlice ele alınması gerektiğini düşünüyorum temel olarak. Hizmet alımı sözleşmeleri, Sayın Hocam Canbolat belirtti, özel olarak düzenlenmesi lazım, düzenlemeler getirilmesi lazım. Sayın Hocamın birlikte sorumluluk konusundaki yaklaşımına tamamıyla katılıyorum ki bu konuda özellikle Hukuk Genel Kurulunun 2008 tarihli bir kararını fark ettiğim günden itibaren anlattığım bütün derslerde de bu kararı dile getiriyorum, bunu da savunuyorum. Şöyle ki, bana göre de burada kişi kendi kusurlu hareketine dayanamamalıdır, muvazaalı davranışına dayanamamalıdır, işçiye karşı koşulları varsa, gerek işe iadenin sonuçlarında, gerek diğer işçilik alacaklarında muvazaalı ilişkinin tarafları birlikte sorumlu olmalıdır. Kendi aralarındaki iç ilişkide alt işveren asıl işverene karşı sorumlu olmayabilir, rücu durumu ayrıdır, ama işçiye karşı muvazaalı davranışı ileri sürememelidir. Hukuk Genel Kurulu'muz bu konuda bir direnme kararı üzerine Özel Daire'den farklı olarak ve bence isabetli bir biçimde çok ciddi bir açılım getirmiştir ve bir kararında burada muvazaalı alt işveren ilişkilerinde her iki işverenin de, gerçek işveren asıl işveren sayılsa da görünürdeki alt işverenin de işçiye karşı birlikte sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bu kararı son derece isabetli bulduğumu ifade etmek isterim. Aynı yaklaşımın hukuka aykırı olarak bordro işverenliği şeklinde kurulan ilişkiler açısından da benimsenmesi gerekir.

Sayın Ali Rıza Okur Hocamın sorusu gerçekten benim de tebliğimde yer verdiğim bir soru, bu nedenle Hocama çok teşekkür ediyorum. 21. maddenin 5. fıkrasındaki düzenleme, isabetli bir düzenleme midir? Nedir bu düzenleme? Feshin geçersizliğine mahkemece karar veriliyor, bu karar kesinleşiyor, ama işçi işe başlamak üzere işverene süresi içinde başvurmazsa geçerli bir fesih vardır şeklinde yasa koyucu bir sonuç bağlıyor ve işçi feshin geçersizliğinin sonuçlarından yararlanamıyor. Bu öğretilerde daha önce de eleştirilmiştir. Daha Kanun ilk çıktığında Sayın Hocam Eyrenci bu konuda yazdığı bir makalede bunun hukuken tutarsız bir düzenleme olduğunu kanımca da son derece isabetli bir şekilde ifade etmiştir. Burada denilmiştir ki, *“mahkemece feshin geçersizliği kesinleşmiş bir kararla tespit edilmiş olmasına rağmen salt işçinin bir iradesiyle bunu geçerli hale getirmek hukuken tutarsızdır. Nasıl işveren tazminat ödeyerek işe başlatmama yönünde bir hakka sahipse, işçinin de en azından tazminattan vazgeçerek boşta geçen süre ücretini alması mümkün kılınmalıydı yasal düzenlemede”* diye, ki kanaatimce son derece isabetlidir. Dolayısıyla, ben de bu görüşe ve Hocamın eleştirisine katıldığımı ifade etmek istiyorum.

Sayın Av. İnciser Alptekin'in sorularına gelirsek, evet, davalar uzun sürüyor. Asıl işveren konusundaki belirttiğim görüşlere katılmadığını söylediler, işe iade davalarındaki sorumluluk. Sayın Başkan da bu noktada asıl işverenin özen yükümlülüğüne de dayanarak da katılmadığını söylediler. Ben zaten bu konuya başlarken bu konuyu anlatmakta bile çok tereddüt ettiğimi ifade etmiştim. Gerçekten uygulamada işçi lehine uygulanan bir düzenleme var. Yargıtay kararları istikrar kazanmış, kimse buna ses çıkarmıyor, bunun bir gün çıkıp burada teknik olarak isabetsiz olduğunu söylemek kolay da değil. Ancak, burada sisteme eleştirel bakma görevi tarafımıza verildiğinden ve mevcut hukuk, altını özellikle çizdim ki, yine aynı şekilde teknik hukuk kurallarının buna müsaade etmediğini düşünmekteyim. Ancak bu konuda çok ısrarcı olmadığım da zaten anlatımından da anlaşılırdır diye düşünüyorum, aksi halde şöyle bir ifade kullanmayı tercih ederdim: *"Kanaatimizce Yargıtay bir an önce bu görüşünü değiştirmelidir"* şeklinde bir ifade kullanırdım ki bunu kullanmaktan özellikle imtina ettim ve olması gereken hukuk açısından Yargıtay'ın benimsediği çözümün adil olduğunu ifade ettim. Ama yine söylüyorum ki, teknik hukuk açısından baktığımızda, ben bu düzenlemeye baktığımda asıl işverenin birçok olayda birlikte sorumluluğuna cevaz veren bir düzenlememiz şu anda söz konusu değildir, hatta boşta geçen süre ücretinden sorumluluk konusundaki görüşümü netleştirmekte oldukça zorlandım ve sırf en azından bu noktada bir sorumluluk olabilmesi açısından borçlar hukuku kurallarının da zorlanması gerektiğini ifade ettim. Bu anlamda açıklamalarım bakidir, çünkü kural buna cevaz vermemektedir. Biz asıl işverenin işinde işçi 10 yıl çalışmış bile olsa, alt işveren bu işyerinden ayrıldıktan sonra örneğin, 5 yıl daha alt işveren yanında çalıştı, sözleşmesi feshedildi, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, kıdem tazminatı; feshe bağlı haklar. Bunların herhangi birinden asıl işverenle birlikte sorumlu tutuyor muyuz? Neden tutmuyoruz? Çünkü alacak orada doğmadı diyoruz. Bu konuda çok sayıda örnek sayabilirim. Bunu başka Yargıtay içtihatları ve öğreti görüşleri doğrultusunda açıklamak amacıyla çok fazla örnek verebilirim. Bunun işçi aleyhine sonuçlar doğurduğunun son derece farkında olduğum için de zaten tereddütle açıklamalarımı da yaptığımı ifade etmek istiyorum.

Çalışma koşullarında değişiklik konusu; bu konuda bir kere çağdaş iş güvencesi sistemlerinin en temel özelliklerinden bir tanesi çalışma koşullarındaki esaslı değişikliklere karşı da işçiyi feshe karşı koruma hükümleri çerçevesinde bir güvence getirmesidir. Bizim 22. maddeye baktığımız zaman, gerekçesine baktığımız zaman en azından, yasa koyucunun da bu amaçla bu düzenlemeyi getirdiğini söyleyebiliriz. Gerçekten gerekçede ay-

nen “bazı olumsuz koşullar ortaya çıktığında iş sözleşmesinin derhal sona ermesi yerine çalışma koşullarında birtakım değişiklikler yaparak işçinin işinin sürdürülmesi imkânı böylece tanınmıştır” denilmiştir. Maddenin sistematik yapısına baktığımız zaman da hemen zaten 18, 19, 20, 21 iş güvencesi hükümlerinin akabinde bu düzenlemeye yer verilmiştir. Gerek gerekçe, gerek sistematik yapı bunun iş güvencesiyle bir bütün olarak düzenlenmek istendiğini ortaya koymaktadır, ancak maalesef ki mevcut düzenleme bu şekilde olmamıştır, uygulamada da bu anlamda değişiklik ihtiyacı vardır. Bu noktada bir ayrıntı, Basın İş Kanunu hükümlerine yapılan atıfta 22. maddenin sayılmaması da tabii ki bu yine yasama faaliyetindeki dikkatsizlikten kaynaklanmıştır, ama bu da düzenlemenin feshe karşı korumayla bir bütün olarak düşünülmediğinin küçük bir göstergesidir. Ne yapılmalıdır? Tıpkı Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndaki gibi gerçek anlamda değişiklik feshi getirilmelidir. Sayın Hocam Yenisey'in bu konuda çok kapsamlı bir tebliği vardır, bizim düzenlememiz İsviçre hukukundaki gerçek olmayan değişiklik feshi biçimindedir. Gerçek değişiklik feshinde tek bir hukuki işlemde hem değişiklik teklifinde bulunursunuz, hem fesih iradenizi ortaya koyarsınız. Mevcut sistemde işveren değişiklik yapmak istiyor, işçi bunu kabul etmiyor, işveren ısrar ediyor, ama bir fesih yoluna da gitmiyor; yani ne geçerli fesih, ne haklı fesih. İnciser Hanım “m.25'i uyguluyorlar” dedi. Bence o sorun değil, m.25'i de uygulasa siz işe iade davasını açarsınız, geçersizse sonuçta bir amaca ulaşılır. Ama işveren bir anlamda işçiyi feshe zorluyor. Tabii, Yargıtayımızın bu anlamda çok titiz bir incelemeyle, somut olayın koşullarından anlaşılıyorsa, işçinin feshe zorlandığı durumlarda, bir işveren feshi olduğunu kabul eden kararları var. Bu yaklaşım da çok isabetli. Ancak, bu konuda bir yasal değişiklik gereklidir. Örneğin, İngiliz hukukunda yasayla düzenlenmiştir feshe karşı zorlama halinde bunun bir işveren feshi sayılacağı.

Konuya 22. madde açısından, değişiklik feshi açısından baktığımızda bir diğer sıkıntı, değişiklik teklifiyle karşı karşıya kalan işçi mevcut uygulamamızda o değişikliği kabul etmezse, fesih işlemine maruz kalacağına farkına varamamaktadır bazı durumlarda. “Ben bu değişikliği kabul etmiyorum, ama acaba arkasından fesih işlemi gelecek mi” bilmemektedir.

Kanaatimizce, Alman Feshe Karşı Koruma Kanununun bu konudaki düzenlemesi isabetlidir, işçiye değişikliği ihtirazi kayıtla kabul etme imkânı tanınmıştır, yine aynı şekilde bir feshe karşı koruma davası gibi bu tarihten itibaren 3 hafta içinde dava açarak bu değişikliğin geçersizliğini ileri sürülebilmektedir. Sayın Hocam Mustafa Alp de bunun çok üzerinde durur, bizim sistemimizde değişikliğin geçersizliğinin denetimi öngörülmemiştir, bu bir

eksiklidir. Sonuç olarak işçinin işi burada korunmuş olacaktır. Eğer değişiklik geçerli sebebe dayanıyorsa, sözleşme değişmiş koşullarda devam edecek, dayanmıyorsa, o değişiklik hiçbir etki doğurmayacaktır. İşçinin bir hakkında azalma yapılmışsa, onlar geçmişe dönük olarak telafi edilecektir. Bu aynı zamanda değişiklik feshiyle işçinin iradesi üzerinde “acaba kabul etmezsem işten çıkarılır mıyım, o nedenle kabul etmek zorundayım” gibi bir baskının oluşmasına da engel olacaktır diye düşünüyorum. Son olarak mevcut uygulamada Yargıtay kararlarında, değişikliğin geçerli nedene dayanması durumunda esaslı değişiklik sayılmayacağı yönünde kullanılan ifadelerin de isabetli olmadığını belirtmek isterim. Zira, değişikliğin esaslı olup olmadığının mevcut çalışma koşulları üzerinde yarattığı etkiye göre belirlenmesi gerekir.

Yine İnciser Hanım, başvurup işe başlamayan işçinin 4 aylık ücreti alamamasının hakkaniyete aykırı olduğunu söyledi. Başvurmayan işçinin alamaması dahi hakkaniyete aykırı ve hukuk tekniği açısından isabetsiz olduğu için bu evleviyetle geçerli sayılabilir, ancak mevcut sistemimizde Yargıtay'ın görüş değişikliği isabetlidir. Bildiğiniz gibi Yargıtay 2007 yılında verdiği kararlarda işçi işe başvurup başlamasa dahi 4 aylık ücreti alabileceğine hükmetmekteyken eleştiriler doğrultusunda bu görüşünden dönmüştür ki bence son derecede savunulabilir nitelikte görüşlerdir. Nedir? Burada işçinin istifasının dahi gündeme getirilebileceği savunulmaktadır. Brakınız, boşta geçen süreyi, önceki ihbar kıdem tazminatını, işçiyi işverene ihbar tazminatı ödemekle yükümlü dahi sayılabiliyorsunuz hukuk tekniği açısından bunlar da savunulabilir görüşlerdir, ancak ben bu konuda Sayın Hocam Süzek tarafından savunulan görüşe katılıyorum. Yargıtay'ın da şu anki içtihadında sonuç olarak aynı kanaate varılıyor. Başvurup işe başlamayan işçinin de başvurmayan işçi gibi değerlendirilmesi, 21. maddenin 5. fıkrasının kıyasen uygulanması kanaatimce de en adil çözüm yöntemidir.

Burada Yargıtay'ın 2007 tarihli kararı gibi diğer kararları değerlendirirken asıl yaklaşım biçimim şuydu: Yargıtay da bunun farkında kanaatimce, ancak mevcut sistemin aksaklıklarına çözüm üretmeye çalışmakta. Sayın Başkan şimdi de ifade etti, normlara takılmamak gerekir şeklinde. 13. yıl toplantısında 235. sayfada da Sayın Başkanın şu ifadesi var: “Biz Daire olarak yalnız iş hukukunun teknik, yasal maddeleri uygulayıcılığı yanında bir de felsefesine yönelik, yani bir menfaatler dengesini uygulayacak bir sistem uygulamak zorundayız.” Gerçekten son derece önemli ifadeler, her toplantıda Sayın Başkandan duyuyoruz. Daire de bazen bu noktada mevcut sistemin sorunlarını aşmaya çalışmaktadır. Hukuken isabetli bulsam da ölümle ilgili kararı da bu kapsamda değerlendirdiğimi ifade etmek istiyorum.

Sayın Hocam Canbolat'ın sorularına bu anlamda cevap verdiğimi düşünüyorum. Hocamın tabii ki diğer konularda da görüşleri oldu. Sayın Başkanın açıklamaları, kamudaki alt işverenlik müessesine ben biraz daha ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini düşünüyorum. Birçok olayda muvazaa varken bu muvazaa yaptırımını uygulamamak kanaatimce daha işçi aleyhine bir yaklaşımdır. Alt işverenlik kamuda ucuz işçi çalıştırmanın bir yöntemi olmamalıdır.

Geçersizlik konusunda birlikte sorumluluk asıl işveren, alt işverenin muvazaa durumuna da değindik. Sayın Hocam Başterzi, “*seçimlik hak mıdır, değil midir*” diye sordu. Sayın Başkan da kararlardan “*bu ifadeleri çıkardık*” dedi. Burada da nasıl Daire bu anlamda yorumlarında normun koruma amacını göz önünde tutuyorsa, tabii biz de yorumlarımızda onu dikkate almaya çalışıyoruz. Borçlar hukuku anlamında seçimlik haktır, değildir, Sayın Göktaş da bu konuya değindiler, Sayın Hocam da. Tabii, kamu kurumlarında işe başlatmak zorundadır, başlatmazsa mahkeme kararını uygulamamış bir işveren vekili olarak acaba cezai sorumluluğu dahi gündeme getirilebilir mi? İşte, savunduğumuz görüş bunun da önüne geçer diye düşünüyorum Hocam. Bunu bir seçimlik hak olarak görmek işyerinin kapanmasında da savunduğumuz görüşü tutarlı kılar diye düşünüyorum. Kanaatimce işveren işe başlatmak ya da tazminat ödemek konusunda tamamen serbesttir, bunlar işverene eşit mesafededir. Tabii ki benimsediğimiz görüşler diğer konudaki görüşlerimizi de etkilemektedir. Aynı şekilde işyerinin kapanması noktasında da görüşümüzü sürdürdüğümüzü söylemek isterim.

İşletme rizikosunu kavramı da, Sayın Başkan çok isabetli bir şekilde ifade ettiler. Geçen hafta Kadir Has Üniversitesi'ndeki seminerde de Sayın Hocam Alpagut vurguladılar, ben de aynı şekilde düşünüyorum. Bunun riskine işçi katlanmak zorunda değildir.

Boşta geçen süre ücreti, Sayın Hocam Başterzi'nin bir diğer sorusu: “*İlk 4 ay mı, son 4 ay mı?*” İlk 4 ay alırsanız, hastalık sigortasında prim ödeme koşulu, kısa vadeli sigorta kollarından yararlanma gibi sosyal güvenlik boyutları son derece önemli tabii ki, Sayın Hocamın dikkat çekmesinden dolayı teşekkür ediyorum. Tabii, son 4 ayı esas almamızın da başka sakıncaları olabilir. Ne olabilir? İşsizlik sigortasından faydalanma noktasında bildiğimiz gibi, biz ne diyoruz burada bütün tebliğ boyunca, tüm görüşlerde kriter olarak esas aldığımız sözleşmenin sona erme tarihi bir aylık sürenin dolduğu ya da işverenin işe başlatmadığı tarihtir diyoruz. 10. Hukuk Dairesi ne demektedir? Özel Daire “*4 aylık sürenin sonunda sözleşme sona ermiştir*” demektedir. Neden? 10. Hukuk Dairesi de bizim bu görüşlerimizin farkında değil midir? Farkındadır elbette. Orada da başka bir menfaatin korunması

gündeme gelmektedir. Bunu kabul etmediğiniz takdirde işçinin son 120 gün kesintisiz çalışma koşulu ve bazen son üç yıl içerisinde 600 gün prim ödeme koşulunun işsizlik sigortası açısından gerçekleşmesi olanaksızlaşacaktır. Dolayısıyla, Yargıtay'ın 9. ve 10. Hukuk Daireleri arasındaki içtihat farklılığının temelinde de bu vardır, orada da yine sosyal güvenlik haklarını koruma düşüncesi bulunmaktadır. Bir tarafı korurken diğer tarafı da koruyamamak bu işin zorunlu sonucu olmaktadır, o da Yasadan kaynaklanmaktadır.

**Yrd. Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA-** 6 ayın yeterli olup olmadığı bir tercih sorunudur. Çeşitli ülke uygulamalarından söz ettim, ama burada kıdem bir yıl, işsizlik sigortası 3 yıl dendi, ki işsizlik sigortası için 3 yıl çalışmak değil, 600 gün prim ödemek gerekiyor biliyorsunuz. Son 3 yıl sadece esas alınan süredir. Ben mevcut 6 aylık kıdem koşulunun uygun olduğu görüşüdeyim. “*Bazı gruplar güvenlik nedeniyle iş güvencesinin kapsamı dışında tutulabilir mi?*” dediniz, ama bunun gerekçelerini ortaya koymadınız. Kanaatimce bunun gerekçeleri ortaya konulursa düşünülebilir. Vekalet ücreti ve masrafları usul hukuku sorunudur.

Ölüm noktasında, örnek biraz uç ama tabii ki sizin de sorunuzu bu anlamda etkileyici kılmaktadır, 899 gün primi olan bir insan 1 gün daha primi olsaydı geride kalanlara aylık bağlanacaktı. Bu tür örnekleri pek çok olayda çoğaltmak mümkündür. Hukuk normlarını esas alarak yorum yapmak gerekir diye düşünüyorum. Ölüm halinde dediğim gibi Yargıtay kararına katılamıyorum.

Sayın Avukat Emin Uludağ da “*Uygulamada işe iade anlamını yitirmiştir*” dedi ve kendi görüşü olarak işverenin davetinin gerekli olduğunu, Sayın Hocam Canbolat da aynı şeyi söylemişlerdi. Zaten bütün dünyada bu sonuçta bir tazminata dönüşmektedir bir şekilde. Onu bütün tebliğim boyunca vurgulamaya çalıştım. Gerçek işe iade oranı olarak binde 1’lerden, yüzde 1’lerden söz edilmektedir.

Sayın Göktaş’ın soruları kapanma konusunda Sayın Hocama cevap verirken buradaki bir seçimlik hak mıdır, değil midir cevaplandırdım. Hatalı karar, o konuda ben sadece bir katkı anlamında söyleyeyim, Yargıtay kararının kesin olması noktasında Bakırköy İş Mahkemelerinden, şu anda kaçınıcı iş mahkemesi olduğunu hatırlayamıyorum, ama hâkimin Sayın İbrahim Okur olduğunu biliyorum, 13. İş Mahkemesi. Anayasa Mahkemesine bunun Anayasaya aykırı olduğu için başvuru dilekçesi bana da ulaştı, ben de okudum, ancak bunun Anayasaya aykırı olduğunu düşünmüyorum.

İş Kanunu m.25/II'nin kötüye kullanılmasına değindik. İşkolu sınırlaması, bu zaten yaşanan sorunlardan biridir. İşyerinin kapasitesi mi, fiilen çalışan işçi sayısı mı; işyerinin kapasitesine bakılması görüşü benim tespit ettiğim ilk defa Sayın Hocam Ekonomi tarafından 2003 yılında Çimento İşveren Dergisinin eki olarak yayınlanan bir makalesinde dile getirilmişti, 2004 Seminerinde Sayın Hocam Ali Güzel de bu görüşe katılmıştı. O zaman da tartışmıştık Sayın Hocamla. Ben de o görüşe yakın hissediyordum kendimi, ama bugün mevcut uygulamanın daha isabetli olduğunu, çünkü bunun tespitinin güçlüğüne ifade etmek isterim.

Sayın Göktaş, 6 aylık sürenin dolmasına kısa süre önce yapılan fesihlere uygulanacak yaptırım konusunda güvence kapsamında saymak daha doğru olur dedi. Sayın Başkan da sonra dikkat çekti niye daha korumalı bir yaptırım varken onu uygulamayalım diye. Saygı duyuyorum, ancak, Yasa "6 aydan az çalışan kişi iş güvencesi kapsamı dışındadır." ve "Bu kişi kötü niyetle işten çıkarılırsa kötü niyet tazminatına hak kazanır." demiştir. Kanaatimce yasada öngörülen yaptırımı uygulamak gerekir. Evet, diğer yaptırım daha ağır, böyle uygulamaları daha çok engelleyicidir. İşverenin ulaşmak istediği amacı engellemesi noktasında anlıyorum, ancak kötü niyet tazminatı da 6 aydan az çalışan bir işçi için hiç de yabana atılabilir bir yaptırım değildir diye düşünüyorum. Tespit ettiğimiz olayların çoğunda böyle uygulamalar yaptığını anlıyoruz dediniz. İşverenin her çıkardığı işçi için kötü niyet tazminatı ödemesi de o işveren için kanaatimce bir yeterli yaptırım sayılabilir. Tabii, bunlar hep tartışmalı konulardır.

Birlikte açılmaması konusunda temyiz mercilerinin farklı olması Yargıtay Başkanlar Kurulunun veya Büyük Genel Kurulun alacağı kararlarla aşılacak sorunlar olduğu için bir hukuki gerekçe olarak ortaya koymadım. Bu da tabii ki engellerden bir tanesidir.

**Av. Abdi PESOK** (Oturum Başkanı)- Efendim, toplantıya başlarken Doktor unvanıyla başlamıştık, aldığımız bilgiye göre Yrd.Doç.Dr. Ercüment Özkaraca'ya verdiği kapsamlı bilgiden dolayı teşekkür ederim.

## II. OTURUM

*Konu*

### GENEL HİZMET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN YENİ BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNİN İŞ HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEMİ

*Tebliğ Sahibi*

**Prof. Dr. Polat SOYER**

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

*Konuşmacı*

**Dr. Gülümnden ÜRCAN**

(Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi  
Öğretim Üyesi)

*Oturum Başkanı*

**Prof. Dr. Sarper SÜZEK**

(Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Prof.Dr. Sarper SÜZEK** (*Oturum Başkanı*)- Sayın meslektaşlarımız, hepinizi saygıyla selamlıyoruz hep birlikte. Bilindiği gibi programımıza göre iki tane çok değerli meslektaşım tebliğlerini sunacaklar. Programımızda Sayın çok değerli arkadaşım, dostum, Hocamız Polat Soyer Hoca tebliğini sunacaktı, fakat maalesef kendisi bir rahatsızlık geçiriyor, zatürree olmuş durumda. Kendisine acil şifalar diliyoruz hep birlikte. Ama Gülümnden Hanım Hoca'nın tebliğini sizlere aynı ehliyetle sunacaktır, ona hiç şüphem yok. Hoca 45 sayfalık bir tebliği bütün yönleriyle hazırlamış; yani hem Alman, hem İsviçre hukukuyla mukayeseli, hem borçlar hukukunun gelişmesi karşısında hizmet akdinin hükümleri karşısında İş Kanunu hükümlerinin durumu, hepsini son derece ayrıntılı olarak hazırlamış. Biz tabii 45 sayfalık bir tebliği 45 dakikada sunacağı için kendisinden daha ziyade tartışmalı noktalara yönelmesini, çünkü çok da artık, sabahleyin de yorulduunuz, bu oturumu-

muzun da çok sarkmasını istemiyoruz doğrusu. O bakımdan en tartışmalı noktalara Sayın Hocamız yönelirse çok memnun oluruz.

Diğer tebliği bilindiği gibi Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi bölümü içinde bizim bildiğimiz hizmet akdi, iş akdi, genel hizmet akdi başlığı altında yer alıyor, ondan sonra kapıdan satışlarla evde çalışmalar ayrıca düzenlenmiş, ama onlar da genel hizmet sözleşmesinin içinde. O kısmını da çok değerli Hocamız Sayın Hediye Ergin sunacaklar. Tabii, konu çok önemli. Hemen ben uzatmadan bir şey söyleyeceğim ve sözü Gülümnden Hanıma vereceğim.

Şu kadarını söyleyeyim: İki açıdan işlevi var bu değişikliklerin; birincisi, bilindiği gibi İş Kanununa tabi olmayanlara Borçlar Kanunu hizmet akdi hükümlerini uygulayacağız, ayrıca Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu gibi kanunlarda boşluk olan hallerde genel kanun olarak İş Kanunu değil, Borçlar Kanunu devreye girdiği için bu kanunlar açısından da çok önem taşımaktadır. Nitekim tebliğlerinde sayın hocaların ortaya çıkacak bu durumlar. Birinci işlevi bu; yani İş Kanununa tabi olmayanların ve İş Kanunu dışında kalan iş akdiyle çalışanlara uygulanması bakımından önem taşıyor.

İkinci önemli işlevi bizim açımızdan, iş hukukçuları açısından, İş Kanunu'nda boşluk olan hallerde, ki çok hüküm var böyle, hâlâ var, tamamen İş Kanunu kapatamamıştır bu boşlukları, boşluk olan hallerde de yine Borçlar Kanunu'na gideceğiz. Dolayısıyla, iş ilişkileri bakımından son derece uygulama alanı bulan hükümlerdir. Bu açıdan da bizi doğrudan ilgilendiriyor, ama bir sürü sorun çıkıyor. Bunları dile getirecekler. Ben de çok kısaca daha sonra müsaade edilirse bu işin biraz perde arkasını da anlatmak istiyorum. Bu kanunlarda ne oldu, değişikliklerde, vesaire, bir parça işin içine sınırlı da olsa girme fırsatım oldu, onları da anlatmak istiyorum.

Şimdi, önce ben Gülümnden Hanıma söz vermek istiyorum. Aman, 45 dakikayı asla aşmamak üzere her iki konuşmacıdan da rica edeceğim, süremize riayet edelim.

*Konu*

**GENEL HİZMET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN YENİ BORÇLAR  
KANUNU HÜKÜMLERİNİN İŞ HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEMİ**

*Tebliğ Sahibi*

**Prof. Dr. Polat SOYER**

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

*Konuşmacı*

**Dr. Gülümnden ÜRCAN**

(Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi  
Öğretim Üyesi)

**“Yeni” Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne  
İlişkin Bazı Düzenlemelerin İş Hukuku Açısından Önemi\***

**A. Giriş**

11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu (TBK), pek çok alanda olduğu gibi, işçi-işveren ilişkilerinde de önemli değişiklikler getirmektedir. Yasanın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri, diğerleri gibi, büyük ölçüde, İsviçre Borçlar Kanunu’nun iş sözleşmesine ilişkin maddelerinin tercüme edilmesi suretiyle hazırlanmıştır. Kaynak kanunun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri ise, 1971 yılından itibaren köklü değişikliklere uğrayan nispeten ayrıntılı düzenlemelerdir. Bu durumun hukukumuz açısından ortaya çıkardığı doğal sonuç, yeni yasada yer alan hükümlerin hizmet ilişkilerini eskisine oranla çok daha kapsamlı bir çerçeveye kavuşturmasıdır. Daha önce yayınlanan bir incelememde<sup>145</sup> de belirttiğim gibi, burada şu üç tespiti yapmak mümkündür: Her şeyden önce, yeni Türk Borçlar Kanunu, tıpkı İsviçre Borçlar Kanunu gibi, sadece klasik anlamda hizmet sözleşmesi (genel hizmet sözleşmesi)<sup>146</sup> ile ilgili ayrıntılı hükümler getirmekle kalma-

145 (\* 01 Haziran 2011 tarihine kadarki yayınlar dikkate alınmıştır.) Bkz. Soyer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, 2008, s. 150-151.

146 İsviçre Borçlar Kanunu’nun onuncu başlığının birinci bölümü “Einzelarbeitsvertrag” (bireysel iş sözleşmesi) başlığını taşımaktadır. Kanunda ise, bunu karşılamak üzere, “genel

makta, bugüne kadar herhangi bir düzenlemeye tâbi tutulmamış olan “pazarlamacılık sözleşmesi” ile “evde hizmet sözleşmesi”ni de genel bir yasal çerçeveye kavuşturmuştur<sup>147</sup>. Sonra, kanunun genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri, iş kanunlarının kapsamı dışında kalanlar hakkında uygulanacağı için, bu kesim, önemli sayılabilecek bir koruma altına alınmış olmaktadır. Nihayet kanun, pek çok konuda iş mevzuatında bulunmayan bazı yeni hükümler de getirmektedir ki, bunun anlamı, söz konusu düzenlemelerin, iş kanunlarına tâbi olanlar hakkında da uygulanacak olmasıdır.

Bu incelemede, yeni Türk Borçlar Kanunu’nun genel hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri iş hukuku açısından irdelenerek getirilen yeniliklerin isabet derecesi tespit edilmeye çalışılacaktır:

## **B. Hizmet Sözleşmesi Kavramı, Hizmet Sözleşmesinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi**

### **I. Hizmet Sözleşmesi Kavramı**

Kanun, hizmet sözleşmesinin tanımını yaparken, önceki Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak, fakat İsviçre Borçlar Kanunu’na paralel biçimde, bağımlılık unsuruna ayrıca yer vermiş bulunmaktadır (md.393 f. 1). Maddeye göre, “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak<sup>148</sup> belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”. Bu düzenlemeyle, İş Kanunu md. 8 ile bir paralellik sağlandığı kadar, salt işyeri organizasyonuna dahil olmanın bir hizmet sözleşmesinin varlığını kabule<sup>149</sup> yetmeyece-

---

hizmet sözleşmesi” kavramı kullanılmaktadır. “Genel hizmet sözleşmesi”nin ne derece isabetli bir kavram olduğu tartışmaya açıktır. Kanunda herhalde, “pazarlamacılık sözleşmesi” ile “evde hizmet sözleşmesi” de düzenleme konusu yapıldığı için, klasik anlamdaki hizmet sözleşmesi, “genel hizmet sözleşmesi” olarak adlandırılmış bulunmaktadır. Diğer taraftan, kanunda “hizmet” sözleşmesi yerine “iş” sözleşmesi kavramının tercih edilmemesi, İş Kanunu ile bir terim birliği sağlanamamasına da yol açmıştır. Bkz. Ekmekçi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesi Hükümleri Üzerine, Mercek, Temmuz 2005, s. 157 (159); TİSK, TİSK’in Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Görüş ve Önerileri, s. 4; Soyer, Ulucan’a Armağan, s. 150, dn. 1.

147 Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, bu alanların düzenleme konusu yapılmış olmasını eleştirmektedir. Bkz. TİSK, s. 2.

148 Madde gerekçesinde, “bağımlı olarak” ibaresinin, İsviçre Borçlar Kanunu md. 319 f. 1’deki “im Dienst des Arbeitgebers” ifadesinin karşılığı olarak kullanıldığı ve işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak iş görmeyi ifade ettiği belirtilmektedir.

149 Bu konudaki tartışmalar için örneğin bkz. Güzel, Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s. 83 vd; Kuban, Yeni İstihdam Türleri Açısından İşçi Kavramı, Galatasaray Üniversitesi ile İstanbul Barosu Tarafından Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Düzenlenen İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Ortaya Çıkan Sorunlar Semineri, İstanbul, 1997, s. 47 vd.

ği<sup>150</sup>, yasal olarak bir kez daha ortaya konulmuş olmaktadır. Yasada ayrıca, İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi (Art. 319 Abs. 2), bir hizmetin kısmi süreli olarak düzenli bir biçimde yerine getirildiği hallerde de bir hizmet sözleşmesinin mevcut olduğu hükme bağlanmıştır (md. 393 f. 2). Bu düzenlemelerin isabetli olduğunda şüphe yoktur.

## **II. Hizmet Sözleşmesinin Kurulması ve Süreye Bağlanması**

### **1. Hizmet Sözleşmesinin Kurulması**

Hizmet sözleşmesinin kurulması ile ilgili 394. maddede yasa, üç hususu düzenlemektedir: Bunlardan birincisi (f.1) hizmet sözleşmesinin şekli ile ilgilidir ve getirilen metnin önceki düzenlemeden (BK md. 314 f.1) herhangi bir farkı yoktur. İkinci nokta, sözleşmenin örtülü olarak kurulmasına ilişkindir (f.2) ve burada da, daha arı bir dil kullanılmış olması dışında, önceki düzenlemeden (BK md. 314 f.2) farklı bir husus bulunmamaktadır. Üçüncü nokta ise, geçersiz hizmet sözleşmelerinin akıbeti hakkındadır (f.3) ve bu hüküm öğretide zaten kabul edilen<sup>151</sup> ve Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirme kararında isabetle dile getirilmiş olan<sup>152</sup> "sürekli borç ilişkilerinde geçersizliğin geçmişe değil; ileriye etkili sonuçlar yaratması prensibi" ile ilgilidir fakat mevzuatımız bakımından yeni bir düzenlemedir. Anılan fıkraya göre, "Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur". Belirtmek gerekir ki, burada, madde metni ile gerekçe arasında uygulama açısından tereddütlere yol açabilecek ciddi bir çelişki göze çarpmaktadır: Şöyle ki, kanunda, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan (Art. 320 Abs. 3) farklı olarak ve kanaatimce isabetli bir biçimde, sözleşmenin ortadan kaldırılmasına kadar geçerli bir ilişkinin bütün hüküm ve sonuçla-

150 Gerçekten, iş organizasyonuna dahil olmak, bağımlılığın sadece bir emaresi sayılabilir; yoksa, tek başına, bağımlılık ilişkisinin varlığını göstermez. Bunun, iş organizasyonu içinde bağımsız bir müteşebbis görünümünde olmamak kriteri ile desteklenmesi gerekir. Şöyle ki, bir kimse, işverenin iş organizasyonu içinde yer almakla birlikte, faaliyetinin kapsamını tek başına belirleyebiliyor, ekonomik risklerini taşıyor, kazancının düzeyini tek başına tayin edebiliyor, işverene hesap verme mecburiyetinde bulunmuyor, işverenin denetim, kontrol ve yaptırımlarına tâbi tutulmuyor, emeğini önemli ölçüde işverene tahsis etmiyor ise, iş hukuku anlamında işçi değildir. Bkz. Süzek, İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2008, s. 218; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2005, s. 215 vd; Soyer, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (İHSGHD), Yargıtay'ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, s. 20-21.

151 Bkz. Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdî İş Hukuku, İstanbul, 1984, s. 160-161; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul, 2010, s. 128-129; Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, İstanbul, 2008, s. 89-90; Süzek, İş Hukuku, s. 287-288; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2005, s. 343 vd; Akyiğit, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Ankara, 1990, s. 38.

152 18. 6. 1958, 20/9, RG., 30.9.1958, Sa. 10020.

rını doğurması, işçinin iyi niyetli olması şartına bağlanmamıştır<sup>153</sup>. Gerçekten, bu konuda iyi niyet şartını aramak, özellikle çalıştırma yasaklarında işçinin menfaatlerine aykırı bir sonuç ortaya çıkarır: Örneğin, çalıştırıldığı işte istihdam edilmesinin yasak olduğunu bilen bir işçi bakımından durum budur. Fakat böyle bir sonucu, koruma prensibi ile bağdaştırmak da mümkün değildir. Çünkü, işçinin bu tür bir işi çoğu kez zaruretler nedeniyle kabul ettiği açıktır<sup>154</sup>. Ne var ki, şaşırtıcı olan yön, madde gerekçesinde, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek iyi niyetle iş görme koşuluna yer verilmediği belirtildiği halde, bir önceki paragrafta “Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyi niyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır” denilmiş olmasıdır. Böyle bir “inanılmaz” çelişkiye Borçlar Kanunu gibi temel bir yasaya ilişkin malzemede herhalde rastlanmaması gerekir. Fakat maddenin, iş ilişkisini mümkün olduğu kadar ayakta tutmak amacına yöneldiği dikkate alınarak, buradaki “iyi niyet”/“geçersizliğin sonradan anlaşılması” şartını, Türk Medeni Kanunu md. 3’te sözü edilen ve bir hakkın kazanılmasına yol açan iyi niyet anlamında değil<sup>155</sup>; sözleşmenin geçersizliğine yol açan nedeni hukuka aykırı olarak bizzat işçinin yaratmış olması şeklinde anlamak doğru olur.

Diğer taraftan, maddede, kötü niyetli işverenin geçersizlik itirazında bulunamayacağı da belirtilmemiştir. Fakat bu ihtimalde, işverene geçersizlik itirazında bulunma hakkı tanınmamalıdır. Aksi takdirde, kötü niyetli işveren, ilişkiyi ortadan kaldırma serbestisi bakımından ödüllendirilmiş olur. Nitekim, madde gerekçesinde, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işverenin, geçersizliği ileri süremeyeceği ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacağı belirtilmektedir. Buradaki sorumluluğu, işverenin, ilişkiyi geçersizlikten kurtaracak bir çerçeveye ka-

153 İyi niyet şartının ne şekilde uygulanacağı konusunda İsviçre öğretisi de berrak değildir.

Bir görüş, işçinin iyi niyetli olduğunun Medeni Kanun md. 3 uyarınca karine olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir (bkz. Staehelin, Der Arbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, V2c, 4. Aufl., 2006, Art. 320 N. 30 [ZK/OR Staehelin, 2006]). Buna karşılık, bir başka görüş, işçinin ancak, sözleşmenin geçersizliğini kesin olarak bilmesi halinde ileriye etkili geçersizlik kuralından yararlanamayacağını kabul etmektedir (bkz. Rehbindler, ZGB, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt, Art. 319-330a OR, Bern, 1985, Art. 320, N. 47 [BK/Rehbindler]). Konunun İsviçre Hukukunda dahi tartışmalı olması, geçmişe etkili geçersizliğin bertaraf edilmesinde işçinin iyi niyetli olması şartını aramanın ne kadar isabetsiz olduğunu göstermektedir.

154 Bu nedenledir ki, bir önceki dipnotta anılan görüşler, işçinin çıkarlarını yeteri kadar korumaya hizmet etmemektedir.

155 Bu yönde, Rehbindler, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Hrsg., Honsell/Vogt/Wiegant, Basel, 1996, Art. 320 N. 17 [Honsell/Vogt/Wiegant/Rehbindler].

vuşturmak zorunda olmasını da içine alacak şekilde geniş anlamak gerekir. Çalıştırma yasakları bakımından bunun anlamı, işçinin, örneğin çalıştırılmasının yasak olmadığı bir işe nakledilmesinin gerekmesidir. Bu husus, esasen, gözetim borcunun da bir gereğidir<sup>156</sup>.

Bu konuda şunu da eklemek gerekir ki, sözleşmenin kurulması ile ilgili yasal düzenleme, iş kanunlarına tâbi olan iş ilişkilerinde de uygulanacaktır.

## **2. Hizmet Sözleşmesinin Süreye Bağlanması**

Hizmet sözleşmesinin süreye bağlanması konusunda kaynak kanun gibi, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da herhangi bir düzenleme ve sınırlama yer almamaktadır: Bu durum karşısında, süreli sözleşmelerin meşruluğu sorunu tartışma konusu olabilir:

Burada, İş Kanunu md. 11 hükmünün getirilmesinden önce sözleşmenin süreye bağlanmasını sınırlandırma yönündeki görüş nasıl kabul görmekte idiyse, aynı sonucun, yeni Türk Borçlar Kanunu karşısında da geçerli olması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, böyle bir iddianın tartışmaya açık olacağı kanaatindeyim. Çünkü, dikkat etmek gerekir ki, sözleşmenin süreye bağlanmasının sınırlandırılması yönündeki düşünce, hukukumuzda, sözleşmeyi ilk kez süreye bağlama ve zincirleme hizmet sözleşmeleri hakkında hiçbir kısıtlayıcı kaydın bulunmadığı bir dönemde savunulmuş ve kabul edilmiştir. Oysa, yeni Türk Borçlar Kanunu, süre konusundaki sınırlandırma eğilimini eskisinden farklı olarak açık bir biçimde ortaya koymuş ve esaslı neden şartını, sadece üst üste süreli sözleşme yapılması noktasında aramıştır (TBK 430 f. 2 c. 2)<sup>157</sup>. Nitekim, gerekçede de, maddenin düzenlenmesi sırasında 4857 sayılı İş kanunu'nun 11. maddesinin 2. ve 3. fıkralarından; yani zincirleme iş sözleşmeleri ile ilgili hükümlerinden yararlandırıldığı belirtilmiştir. Bu da göstermektedir ki, yasa, sözleşmenin ilk kez süreye bağlanmasında herhangi bir sınırlama getirmek istememiştir<sup>158</sup>. Amacı aksi yönde olan bir kanun koyucudan bu yönde de bir düzenleme yapması beklenir. O halde, sözleşmenin ilk kez süreye bağlanmasında objektif bir nedenin varlığını aramak isabetli bir çözüm tarzı olarak görünmemektedir.

156 Ekonomi, İHU İşK 14 (No.24); Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985, s. 295; Soyer, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Türk-İş, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 12-13 Temmuz 2003, Bolu 2003 (içinde), s. 35.

157 Maddeyi karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu Art. 334'te yasal bir sınırlama bulunmamasına rağmen öğretti, üst üste süreli sözleşme yapılmasında esaslı bir nedenin varlığını aramaktadır. Bkz. Honsell/Vogt/Wiegant,Rehbinder Art. 334 N. 2; Staehelin, Der Einzelarbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Erster Abschnitt, 1996, Art. 334 N. 5 [ZK/OR Staehelin, 1996]; Streiff/von Kaenel, Der Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, Zürich, 2006, Art 334 N. 7.

158 Sonuç olarak aynı yönde, Ekmekçi, Mercek, Temmuz 2005, s. 172.

Bu düşüncenin, Deniz İş Kanunu ile, Basın İş Kanunu'na tâbi sözleşmeler bakımından da geçerli olup olmadığı sorununa gelince: Kanaatimce, Basın İş Kanunu'na tâbi olanlar bakımından bir iş güvencesi sistemi ve kıdem tazminatı; Deniz İş Kanunu'na tâbi olanlar bakımından ise, yine bir kıdem tazminatı hakkı mevcut olduğu için, anılan kişiler açısından sözleşmenin süreye bağlanmasını, işçilik haklarını bertaraf etme amacının bulunup bulunmadığı noktasında İsviçre Hukuku'ndakinden ve Borçlar Kanunu'na tâbi iş sözleşmelerinden daha sıkı bir denetime tâbi tutmak doğru olur (TMK md. 2).

Esasen, iş sözleşmelerinin süreye bağlanmasını sadece hukukî bir sorun olarak görmekten vazgeçip istihdam yaratan bir sosyal politika aracı olarak kavramadıkça, bu alandaki tartışmaların sürmesi kaçınılmazdır. Süreli sözleşmeleri istihdam yaratmanın bir aracı olarak düşünüp yeniden düzenlemek gerektiğinde ise, sözleşme süresi hakkında (en çok iki yıl gibi) azami bir süre koymak, doğru olur

### III. Hizmet Sözleşmesinin Hükümleri

#### 1. İşçinin Özen ve Sadakat Borcu

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 396. maddesi, "özen ve sadakat borcu" başlığını taşımakta ve bu iki borcu bir arada düzenlemektedir. Burada da İsviçre Borçlar Kanunu'nun 321a maddesi esas alınmış bulunmaktadır. Ne var ki, İsviçre Borçlar Kanunu md. 321a hükmü ne sistematik açıdan isabetli ne de iş ilişkisinde taraf yükümlülüklerinin niteliği ile uyumlu görünmektedir:

Anılan düzenleme sistematik açıdan isabetli değildir; çünkü, bu maddede özen borcu düzenlenmekle birlikte, özen borcuna aykırılığın yaptırımı ve özen borcunun ölçüsü, "işçinin sorumluluğu" kenar başlığı altında bir başka yerde (md. 321e'de; TBK md. 400'de) hükme bağlanmaktadır. Oysa, doğru olan, bu üç hususun aynı maddede kaleme alınmasıdır<sup>159</sup>. Nitekim, önceki yasanın 321. maddesi böyle bir sistematik anlayışa dayanır. Diğer taraftan, yasanın 396. maddesinin karşılığını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu md. 321a hükmü, iş ilişkisinde taraf yükümlülüklerinin niteliği ile de uyumlu görünmemektedir. Çünkü, bu maddede, nitelikleri itibarıyla birbirinden tamamen farklı iki yükümlülük düzenlenmiştir. Gerçekten, özen borcu, aslı edimin gereği gibi yerine getirilmesine hizmet etmektedir ve bunun ihlâli, aslı edim yükümlülüğünün ihlâli anlamını taşır. Oysa, sadakat borcu, sadece bağımsız bir *yan yükümlülük*tür. Bunların birbirinden ayrı maddeler halinde düzenlenmesinde yarar vardır. Bu anlayış çerçevesinde burada, yeni yasanın

159 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 153.

önce özen borcu ve işçinin sorumluluğu ile ilgili düzenlemeleri, sonra da sadakat borcuna ilişkin hükümleri değerlendirecektir:

### **a. Özen Borcu ve İşçinin Sorumluluğu**

İşçinin yüklendiği işi özenle ifa etmesi konusunda yeni yasa öncekinden farklı bir düzenleme getirmemektedir (bkz. TBK md. 396 f. 1; BK md. 321 f. 1). Yasada, öncekinden farklı olarak sadece, işçinin, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve araçları da usulsüne uygun olarak kullanmak ve kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlü olduğu öngörülmektedir (TBK md. 396 f. 2=Art 321a OR Abs. 2). Ne var ki, bu husus zaten öteden beri öğretilerde iş görme borcunun özenle ifa edilmesinin bir gereği olarak kabul edildiği için<sup>160</sup>, hukukumuz bakımından herhangi bir yenilik oluşturmamaktadır.

Yeni kanun, özen borcunun kapsamı ve özen borcuna aykırılığın sonuçlarını, İsviçre Borçlar Kanunu md. 321e hükmüne paralel olarak md. 400'de düzenlemektedir: Hükme göre işçi, kural olarak kusurun her derecesinden sorumludur. Ancak, maddede, işçinin sorumluluğunun sınırlandırılması ile ilgili bir hükme de yer verilmektedir ki, bu düzenleme, hem hukukumuz bakımından yenidir hem de iş kanunlarının kapsamına giren iş ilişkilerinde de uygulanacağı için özel bir önem arz etmektedir. Gerçekten, maddeye göre, özen borcuna aykırı davranıştan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, "işin tehlikeli olup olmaması", uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri de göz önünde tutulacaktır.

Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, işçinin sorumluluğunu tayin hususunda kanunda yer alan "işin tehlikeli olup olmaması"<sup>161</sup> kısıtasıdır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda işin tehlikeli olup olmamasından değil, özen borcunun ölçüsünü belirlemede meslek rizikosunun (Berufsrisiko) da göz önünde bulundurulmasından bahsedilmiştir (Art. 321e Abs. 2 OR). İsviçre öğretisi ise, meslek rizikosu kavramını, işin "zarara yatkın olması" şeklinde değerlendirmektedir<sup>162</sup>. Bunun anlamı da, bu tür işlerde zararın, tipik bir teşebbüs rizikosu sayılmasıdır<sup>163</sup>. Bu bakımdan, yasada yer alan "işin

160 Sadece bkz. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Bd., 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M., 1963, s. 226-227; Süzek, İş Hukuku, s. 300. Ayrıca bkz. İşK md. 25/II-1.

161 Bu konuda bkz. Akman, Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, İÜHFİM, 1976, 1-4, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Özel Sayı, s. 423 vd; Soyer, Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1989 s. 386 vd; aynı yazar, Alman Hukukunda İşçinin Sorumluluğu ile İlgili Yeni Eğilimler, Tühis, Ağustos 1987, s. 27 vd. Özellikle, Brox/Rüthers/Hennsler, Arbeitsrecht, 16. Aufl., Stuttgart, 2004, s. 83. vd.

162 Bkz. Streiff/ von Kaenel, Art 321e N. 7.

163 Bkz. Honsell/Vogt/Wiegant, Art.321e, N.5.

tehlikeli olması” kıstasını, İsviçre Borçlar Kanunu doğrultusunda, “meslek rizikosu” teşkil etmesi/zarara yatkın olması şeklinde değerlendirmek doğru olur. Bu düzenlemeden İsviçre Hukukunda çıkarılan sonuç ise, işçinin, ağır ihmalle verdiği zararın tamamından sorumlu tutulması; buna karşılık, orta dereceli ihmalde zararın taraflar arasından paylaşılması; en hafif ihmalin söz konusu olduğu hallerde ise, işçinin zarardan sorumlu tutulamayacak olmasıdır<sup>164</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Alman Hukukunda da işçinin sorumluluğunu sınırlandırma yönündeki görüşler, başlangıçta, işin tehlikeli (ya da zarara yatkın) olup olmaması ölçütüne göre gelişme eğilimi göstermiştir. Ancak, özellikle hangi işlerin tehlikeli (ya da zarara yatkın -*gefahrengeigeite* oder *schadensgeneigete Arbeit*) sayılacağını tespit konusunda karşılaşılan güçlük, içinden çıkılmaz sorunlar yaratmış ve işçinin sorumluluğu konusunda bu ölçüt zamanla nispileştirilerek “özenli bir işçinin dahi ara sıra hata yapması olağan görülen işlerde işçinin hafif ihmalle verdiği zararlardan sorumlu tutulamayacağı; bu tip zararların *işletme rizikosuna* dahil edilmesi gerektiği” noktasına gelinmiştir<sup>165</sup>. Federal İş Mahkemesi’nin son içtihadı karşısında ise, Alman Hukukunda işçinin sorumluluğu ile ilgili olarak ortaya çıkan tablo şudur: En hafif ihmalle verilen zarardan işçi sorumlu değildir. Normal ihmal halinde ise işçinin zarara kısmen katlanması gerekir. Bu katlanmanın oranı, zararın nedeni ile sonuçlarından başlayıp, hakkaniyet ve zarara katlanmasının işçiden beklenebilirliği düşüncelerine kadar uzanan ve somut olayı çevreleyen bütün koşulların değerlendirilmesi suretiyle belirlenebilir. Burada özellikle kusurun derecesi, işin tehlikeli olup olmaması, zararın yüksekliği, riskin sigorta edilebilirliği, işçinin işletmedeki konumu, ücretinin seviyesi, kıdemi, yaşı, ailevi ilişkileri ve zarar anına kadarki davranışları göz önünde bulundurulmalıdır. Ağır ihmal halinde ise, sorumluluğun hafifletilmesi imkânsız değildir; somut olayın özelliğine göre bu da mümkün görülebilir<sup>166</sup>.

Bu açıklamalar karşısında sonuç olarak şunu söylemek mümkündür: Yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, iş kanunlarının kapsamında olsun olmasın, işçinin, “tehlikeli/zarara yatkın işlerde” hafif ihmalle verdiği zarardan sorumlu tutulmaması; orta dereceli ihmalle yol açtığı zararın ise, taraflar arasında paylaşılması gerekecektir. Fakat, Alman Hukukunda bir zamanlar yaşandığı gibi, “tehlikeli/zarara yatkın” işlerin tespiti konusunda

164 Honsell/Vogt/Wiegant/Rehbinder, Art. 321e N. 5 ve orada anılan yargı kararları; aynı yazar, BK/OR, Art. 321e N. 27; Streiff/von Kaenel, Art 321e N. 2

165 Brox/Rüthers/Hennsler, s. 83. vd.

166 Brox/Rüthers/Hennsler, s. 87.

uygulama sorunlarıyla karşılaşılacağı tahmin edilebilir. Bu güçlük, Alman ve İsviçre uygulamasından yararlanılarak “kısmen” aşılabılır<sup>167</sup>. Diğer taraftan, önümüzdeki dönemde, kusurun derecesini belirleme sorununun da uygulamayı meşgul edeceği düşünülebilir. Nihayet, en hafif ihmalle verilen zararın (dahi) otuz günlük ücretle karşılanamayacak bir tutarda olması halinde işverene önelsiz fesih hakkı tanıyan İş Kanunu md. 25/II-1 hükmünün yeni Türk Borçlar Kanunu md. 400 kuralı ile uyumlu bir hale getirilmesi de zorunlu görünmektedir<sup>168</sup>. Çünkü, tazmin yükümlülüğü doğurmayan bir zararın önelsiz fesih nedeni olarak kabul edilmesi de mümkün değildir.

### **b. Sadakat Borcu**

Yeni Türk Borçlar Kanunu, işçinin sadakat borcu hakkında yasal bir çerçeve getirmektedir. Gerçekten, md. 396 f. 1’de, “İşçi...işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır” denilerek sadakat borcu genel olarak düzenlendikten sonra, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunulamayacağı ve özellikle işveren ile rekabete girişilemeyeceği (md. 396 f. 3), işin görülmesi sırasında öğrenilen üretim ve iş sırları gibi bilgilerin hizmet ilişkisinin devamı süresince kullanılamayacağı ve başkalarına açıklanamayacağı (md. 396 f. 4 cümle 1) öngörülerek, sözleşme süresince sır saklama ve rekabet yasağına ilişkin görüşler<sup>169</sup> pozitif bir temele kavuşturulmuş bulunmaktadır. Bu bakımdan anılan düzenlemeler, hukukumuz bakımından herhangi bir yenilik getirmemektedir. Buna karşılık, yasa, işçinin sır saklama borcunu akit sonrası döneme de (hatta sınırsız olarak) yaymaktadır (md. 396 f.4) ki, bu düzenleme kanaatimce 396. maddenin en isabetsiz yönüdür. Çünkü bu hükmün temelinde yatan “sözleşme sonrası sadakat borcu”, çoktan terk edilmiş bir düşüncedir<sup>170</sup>. Kaldı ki, anılan hükmün İsviçre Borçlar Kanunu’na 1971 yılında eklenmesi, sözleşme

167 Alman Federal İş Mahkemesi zarara yatkın işleri, özenli bir işçinin dahi ara sıra hata yapması ihtimalini yaratan, insanî yetmezliklere bağlı dikkatsizliğe neden olabilecek işler olarak tanımlamış (25.6.1957, NJW 1958. s. 237) ve bu tanım öğretide de benimsenmiştir. Uygulamada, örneğin vinç operatörlüğü, laborantlık, kasiyerlik, şoförlük, çok karışık veya yoğun müşteri ortamında yerine getirilmesi gereken işler, zarara yatkın iş olarak nitelendirilmiştir. Fakat, önemle belirtmek gerekir ki, bu konuda önceden kesin bir liste vermek mümkün değildir; önemli olan, işin, verilen tanım doğrultusunda bir zarara yol açmaya elverişli olup olmadığıdır. Bu da her somut olayın önceden incelenmesini gerektirir.

168 Yenisey, Türk Borçlar Kanunu’nda Hizmet Sözleşmesi, 1-2 Nisan 2011’de İstanbul Bilgi Üniversitesinde Düzenlenen Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu’na Sunulan Tebliğ (henüz yayınlanmamıştır).

169 Sadece bkz. Hueck/Nipperdey, I, s. 241-251; Ekonomi, s. 128-129.

170 Bkz. Soyler Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara, 1994, s. 14, dn. 48’de anılan Alman öğretisindeki görüşler ve Alman Yüksek Mahkeme kararları.

sonrası sır saklama yükümlülüğü ile rekabet yasağı sözleşmesi arasındaki ilişkiyi bugüne kadar açıklığa kavuşturulamayan son derece karmaşık bir sorun haline dönüştürmüştür<sup>171</sup>. Bu nedenle, madde, sözleşme sonrası sır saklama borcunun ancak bir rekabet yasağı sözleşmesine konu olabileceği prensibiyle de bağdaşmamaktadır<sup>172</sup>. Diğer taraftan, maddenin mutlak bir biçimde uygulanması, işçinin Anayasa’da koruma altına alınan çalışma yerini serbestçe seçme özgürlüğüne (md. 48) ağır bir aykırılık da oluşturabilir. Bu nedendir ki, İsviçre öğretisinde bazı yazarlar, sözleşme sonrası sır saklama borcunun belirli bir süreye bağlanmasını<sup>173</sup>, bazı yazarlar ise, bu borcun, işverenle ilgili kişisel konularla sınırlı tutulmasını<sup>174</sup> daha doğru görmekte-dirler.

## 2) İşverenin İşçiyi Koruma Borcu

Yeni kanun, “işçinin kişiliğinin korunması” kenar başlığını taşıyan 417. maddede önce, Türk Medenî Kanunu md. 23-24 anlamında kişiliğin korunmasını iş hukuku açısından bir ölçüde somutlaştırarak, işverenin, işçinin kişiliğini korumak ve ona saygı göstermekle ve işyerinde dürüstlük ilkelere uygun<sup>175</sup> bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize<sup>176</sup> uğramamaları; uğramış olanların da daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.

İşverene, işçileri psikolojik ve cinsel tacize karşı koruma konusunda bir yükümlülük getirilmiş olması, hiç şüphesiz ki isabetlidir. Bunun dışında, korunması gereken kişilik alanına, işçinin kişisel ya da meslekî onuru, işyeri içindeki konumu, sır alanı, düşünce özgürlüğü, özel yaşamı gibi değerler girer. Maddede, kişilik hakkının sınırlanmasıyla ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun nedeni, sınırlamanın, işin ifası ve işverenin

171 Bkz. Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 13 ve orada dn. 44’de yazarlar.

172 Bkz. Soyer Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 14-17; aynı yazar, Ulucan Armağanı, s. 153.

173 Bkz. BK/Rehbinder, Art. 323b N. 14;

174 Bkz. Blatter, Der Schutz des Know-How im Arbeitsvertragsrecht, Diss, Bern, 1982, s. 171-172.

175 Tasarıda ve madde gerekçesinde dürüstlük ilkelerine değil, kaynak kanun doğrultusunda “ahlâka (Art. 328 Abs. 1 OR, Sittlichkeit) uygun” kavramına yer verilmişti. Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesine göre, komisyonu’ndaki görüşmeler sırasında “ahlâka uygun” tâbirinin çıkarılmasına ilişkin önerge üzerine”...madde ile ilgili genel bir yapı değişikliğini getiren temel önerenin benimsenmesi eğilimi...” ortaya çıktığı için “ahlâka uygun” ifadesi geri çekilmiştir.

176 Tasarıda, kaynak kanun doğrultusunda sadece, “kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları”ndan söz edilmekteydi. İşçilerin psikolojik tacize uğramalarının önlenmesi yönündeki düşünce ise, maddeye Adalet Komisyonu’ndaki çalışmalar sırasında eklenmiştir. Diğer taraftan, kanunda, tasarıdan farklı olarak, cinsel tacize karşı koruma konusunda kadın ve erkek işçilerden söz edilmemiş olması, kanaatimce, sadece bir grubun korunmak istendiğini göstermemektedir. Madde, iki cinsiyeti de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

haklı menfaatleri gerekli kıldığı sürece, genel hükümler çerçevesinde zaten mümkün görülmesidir<sup>177</sup>. Belirtmek gerekir ki, yasada, işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğünün ayrıca düzenlenmiş olması, hukukumuz açısından tam bir yenilik olarak da değerlendirilemez. Çünkü öğreti, bu alanda batılı hukuk sistemlerine paralel bir gelişimi öteden beri göstermektedir. Kişiliğin korunmasına ilişkin yükümlülük müstakil çalışmalara konu olacak kadar zengin bir içeriğe sahip bulunduğu için<sup>178</sup>, burada bu tespitlerle yetinilmektedir. Kişiliğin korunması hakkındaki düzenlemenin, iş kanunlarına tâbi olan ya da olmayan bütün iş ilişkilerinde uygulanacağı tartışmasızdır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlem alma yükümlülüğü ise, yasada, İş Kanunu md. 77 hükmü ile tamamen örtüşen bir şekilde düzenlenmiştir (md. 417 f. 2). Nihayet, maddenin son fıkrasında, işverenin, 1. ve 2. fıkra dahil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlâline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbi tutulmuştur. Adalet Komisyonu gerekçesinde, ayrıca, bu madde ile, hakkaniyet sorumluluğu-kusursuz sorumluluk tartışmalarına da son verildiği kaydedilmektedir. Düzenlemenin bu tartışmaları ortadan kaldırmaya ne derecede elverişli olduğu, kanaatimce tartışmaya açıktır. Diğer taraftan hükmün, iş kazası ile ilgili davalar bakımından önemli bir yenilik getirmede de söylenebilir.

Yasa'nın 419. maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu md. 328b<sup>179</sup> doğrultusunda, işçinin kişiliğinin korunmasını kişisel veriler bakımından özel olarak düzenlemekte ve işverenin işçiye ait kişisel verileri ancak, işçinin işe yatkınlığıyla<sup>180</sup> ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceğini belirtmektedir. İş sözleşmesine dayanarak çalışan bütün işçiler hakkında uygulanacak olan bu madde, hukukumuz bakımından yeni bir düzenlemedir ve kural olarak isabetlidir. Ne var ki, maddede göze çarpan ilk husus, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, verinin işlenmesinden (Bearbeitung) değil; kullanılmasından söz edilmiş olmasıdır.

177 Bkz. BK/Rehbinder, Art. 328, N. 6-7. Ayrıca bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 346-348; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006, s. 45-75; 95-111.

178 Kanun tasarısını kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler açısından değerlendiren bir inceleme için bkz. Aydın, İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi, Tühis, Kasım 2005, C. 19, Sa. 6, s. 21 vd.

179 Bu madde İsviçre Borçlar Kanunu'na 19 Haziran 1992 tarihinde Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Federal Kanun (Ziff.2) ile 19 Haziran 1992'den itibaren yürürlüğe girmek üzere eklenmiştir.

180 Bu anlatımı, işçinin iş ilişkisi bakımından ehliyeti/iş ilişkisine uygunluğu/işe elverişliliği şeklinde anlamak gerekir.

Ancak maddenin, kişisel verilerin sadece kullanılmasında değil; elde edilmesinde de uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Çünkü, veri işleme eylemine, verilerin kullanılması kadar, elde edilmesi de dahildir<sup>181</sup>. Esasen, kişisel verilerin korunmasını tek bir maddeyle ideal biçimde düzenlemenin mümkün olmadığı da açıktır. Yasanın 419. maddesinin 2. fıkrasında saklı tutulan özel bir yasa ile en geç Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe gireceği tarihe kadar bu alanda temel kuralların getirilmesi zorunludur<sup>182</sup>. Anayasa'nın 20. maddesine 3. fıkra olarak eklenen ve kişisel bilgi ve belgelerin korunmasını özel olarak düzenleyen hüküm<sup>183</sup> de, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın bir an önce yürürlüğe konulmasını gerekli kılmaktadır.

#### IV. İşin Düzenlenmesi

##### 1. Ücret ve İkramiye

###### a. Ücretin Tutarı ve Ödenmesi

###### aa. Ücretin Tutarı

Ücretin tutarı ile ilgili olarak yasanın 401. maddesinde, işverenin işçiye sözleşmelerde belirlenen; sözleşmelerde hüküm bulunmayan hallerde ise, asgarî ücretten az olmamak üzere, emsal ücreti ödemekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bu düzenleme, iş sözleşmesiyle çalışan herkesin asgarî ücret rejiminden yararlanmasını öngören İş Kanunu md. 39 hükmüne uygundur. Diğer taraftan, maddede emsal ücretin ödenmesi, sözleşmelerde hüküm bulunmaması şartına bağlanmış gibi görünmekte ise de, hüküm, öğreti görüşü ve Yargıtay içtihadı doğrultusunda, ücret tutarının taraflar arasında uyumsuzluk konusu olması halini de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak doğru olur<sup>184</sup>.

181 Honsell/Vogt/Wiegant/Rehbinder, Art. 328b, N. 2; Sevimli, s. 144. Bkz. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı md. 3/c.

182 Sevimli, s. 144.

183 AY md. 20 f. 3 "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel bilgi ve verilerin korunması hakkına sahiptir. Bu bilgiler, ancak kişinin açık rızasına veya kanunla öngörülen meşru bir sebebe dayalı olarak kullanılabilir. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan veya kayıtlarda yer alan bilgilere erişme, bunlarda düzeltme yaptırma ve bu bilgilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahiptir". Bu fıkra, halkoylamasına sunulmak üzere 13.5.2010 tarih ve 27580 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı kanunun 2. maddesiyle 20.madde metnine eklenmiştir. 13.5.2010 tarih ve 27580 sayılı mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan Yüksek Seçim Kurulu'nun 13.5.2010 tarih ve 317 sayılı kararıyla 5982 sayılı kanuna ilişkin halkoylamasının 12.9.2010 tarihinde yapılmasına karar verilmiş ve söz konusu kanun, halkoylaması sonuçlarına ilişkin Yüksek Seçim Kurulu kararının 23.9.2010 tarih ve 27708 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir

184 Kanun Tasarısı'nda önceki kanunda yer alan "mutad ücret" kavramını karşılamak üzere "alışılmış olan ücret" kavramı kullanılmıştı. Öğretide bir görüş, ücretin tutarı ile ilgili olarak

**bb. Ücretin Ödenmesi****aaa. Ödeme Zamanı**

Yasa, aksine âdet yoksa, ücretin her ayın sonunda ödeneceğini öngörmektedir (md. 406 f. 1). Ayın sonu tâbirini, ayın sonuncu günü olarak anlamak gerekir (TBK md. 91). Diğer taraftan maddede, sözleşmelerle daha kısa ödeme sürelerinin kararlaştırılabileceği de belirtilmekte, fakat, İş Kanunu'ndan (md. 32 f. 5) farklı olarak, bir aylık sürenin ne kadar kısaltılabileceği hakkında herhangi bir kural yer almamaktadır. Bu boşluğun, İş Kanunu md. 32 f. 5 hükmünü kıyasen uygulamak suretiyle doldurulması düşünülebilir. Ayrıca, maddede, bir aylık sürenin sadece kısaltılabileceğinden söz edildiği için, uzatılmasına imkân tanınmak istenmediği de kabul edilmelidir<sup>185</sup>. Bu sonuç, ödeme süresinin bir aydan uzun olamayacağını öngören İş Kanunu md. 32 f.5 ile, Deniz İş Kanunu md. 29 f. 3 hükmüne uygundur. Buna karşılık, Deniz İş Kanunu'nda bir aylık ödeme süresinin kısaltılıp kısaltılamayacağına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun ödeme süresini kısaltma imkânı sağlayan md. 406 f. 1 c. 2 hükmünü Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren iş sözleşmelerinde de uygulamak mümkündür. Ancak, Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren işlerde ücretin maktu aylık olarak kararlaştırılmasına ilişkin yaygın bir uygulamanın mevcut olduğuna da işaret edilmelidir<sup>186</sup>.

**bbb. Ücretin Ödenme Şekli**

Kanun Tasarısında, ücretin ödenme şekli ile ilgili olarak İş Kanunu'nun o dönemde geçerli olan 32. maddesinin 2. fıkrasına benzer bir düzenlemeye yer verilmiş ve ücretin, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadıkça işyerinde veya özel olarak açılan banka hesabına ödeneceği öngörülmüştü. Ancak, Kanun Tasarısı'nın hazırlanmasından sonra, İş Kanunu'nun bu hükmü, ücretin

---

belirsizliklere yol açabilecek bu tür kavramlar kullanmak yerine, kanunen uygulanması gereken ücrete atıf yapmakla yetinilmesinin daha isabetli olacağını ileri sürmüştü. Bkz. Ekmekçi, Mercek, Temmuz 2005, s. 157 (160);aynı yönde, TİSK, s. 5. Bu düşüncüyü paylaşmadığımı kanun tasarısına ilişkin bir incelememde belirtmişim. Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 155, dn. 13. Kanun koyucunun anılan eleştiriye üstünlük tanımaması isabetli görülmelidir. Çünkü, yaptığı işin niteliği gereği işçiye ödemesi gereken ücret pekalâ asgari ücretin üzerinde olabilir.

185 İsviçre hukukunda ise, bir aylık sürenin hizmet sözleşmesinin tarafları açısından azami sınır olduğu; buna karşılık toplu iş sözleşmeleriyle uzatılabileceği kabul edilmektedir. Bunun nedeni, TBK md. 406 f. 1 hükmünü karşılayan Art 323 Abs. 1 OR kuralının, toplu iş sözleşmeleriyle bir aylık sürenin -uzatılmasını da kapsayacak şekilde- değiştirilebileceğini öngörmüş olmasıdır. Bkz. BK/Rehbinder, Art. 323 N. 10; 12; Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern, 1976, Art 323 N. 2; ZK/OR Staehelin, 2006, Art 323 N. 6-7; Streiff/von Kaenel, Art. 323 N. 2, 8.

186 Bkz. Ulucan, Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, İstanbul, 1986, s. 42; Özbek, Yorum ve Yargıtay Kararlarıyla Deniz İş Kanunu, İstanbul, 1984, s. 93.

ödenme şeklini düzenleyen Deniz İş Kanunu md. 29, Basın İş Kanunu md. 14 ve Borçlar Kanunu md. 323 ile birlikte, 5754 sayılı “Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”<sup>187</sup> tarafından (md. 82-85) değiştirilmiş ve Tasarının TBMM’de görüşülmesi sırasında madde bu değişikliğe paralel bir biçimde düzenlenmiştir. Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nite-likteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönet-melik<sup>188</sup> ise, İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu’na tâbi olan ve 10 veya daha fazla işçi çalıştıran işverenler için işçi ücretlerini banka he-sabına yatırma konusunda bir zorunluluk öngörmüş, Borçlar Kanunu’na tâbi işverenler açısından ise, herhangi bir sınırlama getirmemiştir. O halde, yeni Türk Borçlar Kanunu md. 407 f. 1 cümle/son hükmüne göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanlığı tarafından müştereken çıkarılacak bir yönetme-likle Borçlar Kanunu’na tâbi işverenler için de ücretin banka aracılığıyla ödenmesi zorunluluğu getirilinceye kadar, elden ödeme uygulamasına de-vam edilebilecektir. Hiç şüphesiz, tarafların anlaşmasıyla ücretin banka he-sabına yatırılmak suretiyle ödenmesi imkânı da vardır.

Ücretin yabancı para ile ödenmesi konusunda ise, Türk Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri arasında herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durum karşısında ücretin yabancı para ile kararlaştırıl-masını genel hükümler (TBK md. 99 f. 2-3) çerçevesinde mümkün görmek gerekir.

## **b. Ücretin Korunması**

### **aa. Haciz, Devir ve Rehin Yasağı**

Yeni Türk Borçlar Kanunu ücretin korunması ile ilgili olarak önceki kanun-da bulunmayan bir hüküm getirmekte ve ücretin dörtte birinden fazlası için haciz, devir ve rehin yasağı öngörmektedir (md. 410 f. 1).

4857 sayılı İş Kanunu md. 35 ile paralellik gösteren bu düzenleme, rehin yasağına da yer vermek suretiyle, önemli bir boşluğu doldurmuş ve devir yasağının rehin yoluyla aşılmasını önlemiştir<sup>189</sup>. Yasa ayrıca, İş Kanunu md. 35 hükmüne paralel şekilde, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bi-reyleri için hakim tarafından takdir edilecek tutarın dörtte bir oranına dahil olmadığını belirtmekte ve nafaka alacaklarının haklarını saklı tutmaktadır (md. 410 f. 1). Yeni hüküm, haciz, devir ve rehin sınırlaması konusunda

187 Resmî Gazete 8 Mayıs 2008, Sa. 26870.

188 Resmî Gazete 18 Kasım 2008, Sa. 27058.

189 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 158 ve orada dn. 22.

herhangi bir düzenleme içermeyen Basın İş Kanunu'na tâbi iş ilişkileri hakkında da geçerlidir. Haciz ve temlik sınırını 240 TL. ile sınırlı tutan Deniz İş Kanunu md. 32 hükmü ise, varlığını korumaktadır. Yasalar arasında yeknesaklık sağlamak bakımından bu hükmün de değiştirilmesinde yarar vardır.

Nihayet, yasa, gelecekteki ücret alacaklarının devrini ve rehnedilmesini de hiçbir oran belirtmeksizin yasaklamıştır (md. 410 f. 2). Bu yasak, tüm iş kanunlarına tâbi iş ilişkileri hakkında uygulanacaktır.

### **bb. Takas Sınırlaması ve Trampa Yasağı**

Yasa, ücretin korunması ile ilgili olarak takas konusunda iki önemli düzenleme getirmektedir. Bunlardan birincisi, kasten verildiği yargı kararıyla sabit olan zararlar nedeniyle doğan alacağın, ancak ücretin haczedilebilir kısmı ile takas edilebilecek olmasıdır (md. 407 f. 2 c. 2). Böylece yasa, bu konuda herhangi bir sınır getirmeyen İsviçre Borçlar Kanunu Art. 323b Abs. 2'den farklı ve kasten verilen zararlar nedeniyle de olsa, sınırsız takas yasağına yöneltilen eleştirilere<sup>190</sup> uygun bir çözüm getirmiş olmaktadır.

Takas konusunda getirilen ikinci düzenleme ise, işverenin, işçiden olan alacağını işçinin rızası olmadıkça takas edememesidir (md. 407 f. 2). Ancak yasa, rızaya bağlı takasta herhangi bir sınırlamaya da yer vermemiştir. Oysa, İsviçre Borçlar Kanunu, ücretin sadece haczedilebilir kısmının takasa konu olabileceğini öngörmüş (Art. 323b Abs. 2) ve bu prensibi emredici bir hükümlerle (Art. 361 OR) düzenleyerek, işçinin rıza göstermesi halinde dahi haciz sınırını aşan bir takasa izin vermemiştir<sup>191</sup>. Bu durum karşısında rızaya bağlı olarak sınırsız; kasten verilen zararlar bakımından ise rızaya bağlı olmayan fakat sınırlı bir takas imkânı ortaya çıkmıştır. Böyle bir tablonun isabetli görülemeyeceği ise, her türlü tartışmanın dışındadır. Düzenlemeye tasarı aşamasında yönelttiğim bu eleştirinin<sup>192</sup> yasama süreci sırasında dikkate alınmaması isabetli olmamıştır. Kanaatimce, kasten verilen zararlarda dahi ücreti korumak düşüncesiyle takasa sınır getiren bir yasanın, rızaya bağlı takasta hiçbir sınır tanımamayı amaç edinmiş olması düşünülemez. O nedenle, ortaya çıkan aksaklığı bu yönde bir anlayışla aşmak doğru olur. Böyle bir tutum, rızaya bağlı devir hakkındaki hükmün amacıyla da bağdaşır. Bu bakımdan, rızaya bağlı takasta da haciz sınırlamasının uygulanacağını kabul etmek gerekir.

190 Bkz. Reisoğlu, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara, 1968, s. 194; Ekonomi, s. 150.

191 Hensell/Vogt/Viegant/Rehbinder, Art 323b, Anm. 3.

192 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 158.

Takas hakkındaki düzenlemelerin tüm iş ilişkilerinde uygulanacağı da belirtilmelidir.

Yine, tüm iş ilişkilerinde geçerli olacak bir başka yasak, yasanın 407. maddesinin son fıkrasında öngörülmüştür: Buna göre, ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir. Hükmün, trampa yasağını ilgilendirdiği; ancak, uygulama alanının son derece sınırlı olduğu; hatta, sadece moral açıdan bir önem taşıdığı da açıktır.

### c. İkramiye

Yasanın ikramiye ödemeleri ile ilgili 405. maddesi, işverenin, yılbaşı, bayram, doğum günü gibi özel nedenlerle ikramiye verebileceğini belirtmekte fakat, bu konudaki talep hakkının, ancak, ya bir anlaşma, ya bir çalışma şartı ya da işverenin tek tarafı bir taahhüdü bulunması halinde doğacağını öngörmektedir<sup>193</sup>. Bu düzenlemenin eleştiriye açık herhangi bir yönü yoktur. Diğer taraftan, maddeye göre, hizmet sözleşmesi ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, ikramiyenin çalışılan süreye yansıyan bölümünü ödemek gerekmektedir. Böylece, bu konudaki öğreti ve Yargıtay görüşü kanun hükmü haline gelmiş bulunmaktadır<sup>194</sup>.

## 2. Çalışma Süresi ve Fazla Çalışma

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun eksik gördüğüm yönlerinden biri, günlük çalışma süresinin uzunluğu hakkında herhangi bir düzenlemeye yer vermemesidir. Kanaatimce, kamu hukuku nitelikli bir koruma normu olması nedeniyle, İş Kanunu md. 63 f. 2'de öngörülen on bir saatlik sınır, Borçlar Kanunu'na tâbi hizmet ilişkilerinde de uygulanmalıdır<sup>195</sup>.

Yasada, haftalık çalışma süresinin uzunluğu hakkında da bir hüküm yoktur. Sadece, fazla çalışmayı düzenleyen md. 398'de, fazla çalışmanın, "ilgili kanunlarda" belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışma olduğu belirtilmektedir. Ne var ki, fazla çalışmadan söz edebilmek için aranan "ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin" aşılması olması

193 Kaynak kanun burada sadece "anlaşma"dan söz etmektedir (Art. 322d OR).

194 Buna karşılık, Kanun Tasarısı'nda, kaynak kanun doğrultusunda, hizmet sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermesi halinde işçinin çalıştığı süre ile orantılı bir bölümü isteme hakkı, bu konuda bir anlaşma olması şartına bağlanmıştı (md. 404 f. 2). Bu düzenlemeyi, Türkiye'deki öğreti görüşünün ve Yargıtay içtihadının, çalışılan süre ile orantılı olarak ikramiye talep edilmesini bu yönde bir anlaşma bulunması şartına bağlamaması nedeniyle eleştirmiştim ve tasarının bu haliyle yasalaşması halinde, bir içtihat değişikliğine gidilmesi gerekeceğini; bunun da, işçi lehinde sonuçlar yaratacağını söylemenin zor olduğunu belirmiştim. Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 155-156. Tasarının bu eleştiri doğrultusunda değiştirilmesi, kanaatimce isabetli olmuştur.

195 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 158.

koşulu, uygulamada tereddütlere yol açabilecektir. Şöyle ki, "ilgili kanunlar" ifadesi ile herhalde iş kanunları kastedilmektedir. Ancak, bu kanunlar arasında haftalık iş süresinin uzunluğu bakımından bir yeknesaklık yoktur. İş Kanunu, haftalık çalışma süresini kırk beş saat olarak tespit etmiş iken (İşK md. 63 f. 1), Deniz İş Kanunu bakımından haftalık çalışma süresi kırk sekiz saattir (DenişK md. 46 f. 1). Basın İş Kanunu'na göre ise, haftalık çalışma süresi, sürekli gündüz çalışanlar bakımından kırk sekiz saat; sürekli gece çalışanlar için ise, kırk saattir (BasİşK Ek md. 1, md. 19)<sup>196</sup> Böyle olunca, söz konusu yasaların kapsamına girmeyenler bakımından haftalık çalışma süresinin ne kadar olduğu konusunda bir belirsizlikle karşılaşılmaktadır. Tasarı aşamasında bu açıdan yönelttiğim eleştirinin yasa sürecinde dikkate alınmaması isabetli olmamıştır<sup>197</sup>. Ortaya çıkan tablo karşısında en uygun çözüm tarzı, Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu'nun özellik arz eden çalışmalar için getirilmiş yasalar olduğunu göz önünde tutarak, İş Kanunu'ndaki ölçüyü esas almaktır<sup>198</sup>. Kanunda, günlük sürenin mi, yoksa haftalık sürenin mi aşılması halinde fazla çalışmadan söz edileceğine dair bir açıklık da yoktur. Haftalık çalışma süresinin işgünlerine dağıtılmasına ve günlük çalışma süresinin hesaplanmasına dair bir hükme de yer verilmediği için, haftalık kırk beş saatlik çalışma süresinin aşılması halinde fazla çalışmadan söz edileceği sonucuna varmak, hukukumuz bakımından daha uygun olur<sup>199</sup>. İş Kanunu md. 63 f. 2'de öngörülen günlük azamî on bir saatlik sınır, kamu hukuku nitelikli bir koruma normu olması nedeniyle, tüm iş ilişkileri bakımından geçerlidir. Bu nedenle, on bir saati aşan çalışmaların da fazla çalışma sayılması gerekir.

Fazla çalışmanın türü bakımından kanunda bir ayırım yapılmıştır: Buna göre, asıl olan, fazla çalışmanın işçinin rızasıyla yapılmasıdır (md. 398 f. 1 c. 1). Fakat, normal (ekonomik) sebeplere dayanan ve işçinin rızasına bağlı tutulmuş olan bu fazla çalışma türü yanında kanun, zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalarını da düzenlemektedir. Buna göre, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa, işçi, karşılığı verilmek koşuluyla fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür (md. 398 f. 1 c. 2). Bu ihtimalde, fazla çalışma artık işçinin rızasına bağlı değildir. Fazla çalışmanın

196 Bkz. Tuncay, Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul, 1988, s. 72.

197 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 156.

198 Kaynak kanunda ise, fazla çalışma, "kararlaştırılan" veya "mutad" olan ya da "toplu iş sözleşmesinde öngörülen" süreyi aşan çalışmalar şeklinde tanımlanarak, bu konuda doğabilecek tereddütler bir ölçüde önlenmiştir.

199 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 156.

hangi türü olursa olsun, kanun bunun azamî sınırı hakkında da herhangi bir hüküm içermemektedir. Günlük azamî çalışma süresi olan on bir saatin normal sebeplerle yapılan fazla çalışma bakımından da bir sınır olduğunu kabul etmek gerekir. Zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalarda ise, işçiye en on bir saatlik bir dinlenme süresi tanınmalıdır<sup>200</sup>.

Fazla çalışmanın karşılığı konusunda ise yasa, ücretin en az yüzde elli oranında zamlı olarak ödenmesini öngörmektedir (md. 402 f. 1). Maddede “en az” tâbirine yer verildiği için, bu oranın sözleşmelerle artırılması mümkündür.

Yasa, fazla çalışma karşılığında zamlı ücret yerine, işçinin rızasına bağlı olarak, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı izin verilebileceğini de hükme bağlanmaktadır (md. 402 f. 2). Her şeyden önce, maddede kullanılan “izin” kavramını, çalışılması gereken gün ve saatlerde tanınacak<sup>201</sup> “serbest zaman” olarak anlamak gerekmektedir. Nitekim, kaynak kanunda da “boş zaman” (Freizeit) tâbiri kullanılmıştır. Diğer taraftan, bu noktada dikkat çeken ilk husus, fazla çalışma karşılığında serbest zaman verilmesinin, İş Kanunu’ndan farklı olarak fakat İsviçre Borçlar Kanunu Art. 321c Abs. 2 doğrultusunda, işçinin talebine değil, rızasına bağlanmış olmasıdır. Bu durum karşısında, her ne kadar işveren tek yanlı olarak fazla çalışma karşılığında serbest zaman kullandırma yoluna gidemeyecek ise de, işçinin zamlı ücret yerine serbest zaman kullanma yönündeki talebine uymak zorunda da değildir. Yasada açıklık bulunmamakla birlikte, işçinin, bütün fazla çalışmaların serbest zamanla karşılanmasına ilişkin olarak önceden; sözleşmenin kurulması sırasında verdiği rızanın işçi için bağlayıcı olmadığını kabul etmek gerekir. Çünkü, çalışma hayatında asıl olan, fazla çalışmanın zamlı ücretle karşılanmasıdır; serbest zaman tanınması, istisnadır. İstisna teşkil eden hallerde ise, rızanın her bir münferit olayda alınması gerekir.

Yine İş Kanunu'ndan farklı olarak yasada serbest zamanın kullandırılabilmesi azamî süre hakkında herhangi bir açık düzenleme yer almamış, kaynak kanunda olduğu gibi, sadece, bunun uygun bir zaman dilimi içinde verileceği hükme bağlanmıştır. Tasarının gerekçesinde, işin aksamasının önlenmesi düşüncesiyle böyle bir yol izlendiği kaydedilmektedir. “Uygun zaman”dan ne anlaşılması gerektiği konusunda İsviçre öğretisi, İş Kanunu’na ilişkin tüzükte bu konu ile ilgili olarak yer alan azamî on dört haftalık sürenin burada da geçerli olması gerektiği görüşündedir<sup>202</sup>. Bu dü-

200 İşçi Postaları Yönetmeliği (RG., 7.4.2004, Sa. 25426) md. 9.

201 ZK-OR/ Staehelin, 2006, Art. 321c N. 17.

202 Bkz. BK/Rehbinder, Art. 321c, Anm. 9; Streiff/von Kaenel, Art. 321c N. 11.

şünce izlendiği takdirde, İş Kanunu'ndaki altı aylık sürenin (md. 41 f. 5) Borçlar Kanunu'na tâbi hizmet sözleşmelerinde de geçerli olması gerektiği savunulabilir.

Dikkat çekmek gerekir ki, tasarıda herhangi bir ayırım yapılmadığı için, fazla çalışma karşılığında serbest zaman uygulaması, İş Kanunu'ndan farklı olarak ve fakat kanaatimce daha isabetli bir biçimde<sup>203</sup>, hem normal hem de zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalar bakımından söz konusu olabilecektir.

Kanun, gerek fazla çalışma ücretinin tutarı gerek fazla çalışma karşılığında verilecek serbest zamanın uzunluğu konusunda kaynak kanundan işçi lehinde olmak üzere önemli ölçüde ayrılmıştır. Gerçekten, İsviçre Borçlar Kanunu'nda fazla çalışma karşılığında ödenecek ücretin en az yüzde yirmi beş zamlı olması; serbest zamanın da aksi kararlaştırılmadıkça en az çalışma süresi olarak uygulanması öngörülmüş iken (Art. 321c Abs. 2, 3), yasa da zamlı ücret oranı en az yüzde elli olarak belirlenmiş, serbest zamanın da fazla çalışma ile orantılı olacağı hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde İş Kanunu md. 41'e yapılan atıf dolayısıyla, tanınması gereken serbest zamanın, her bir fazla çalışma saati için bir saat otuz dakika olarak anlaşılması doğru olur.

Şunu da eklemek gerekir ki, kanunda, İş Kanunu'ndan farklı olarak, fazla sürelerle çalışma müessesesine yer verilmemiştir.

### **3. Dinlenme ve İzin Hakları**

Yeni yasa, işçinin tatil ve izin hakları konusunda kaynak kanuna paralel ve önceki yasa da yer almayan oldukça ileri düzenlemeler getirmektedir:

Her şeyden önce, işçiye, kural olarak Pazar günü; durum ve koşullar buna imkân vermezse bir tam çalışma günü tatil verilmesi zorunludur (md. 421 f. 1). Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalışanların da, bu haktan yararlanabileceklerinde şüphe yoktur<sup>204</sup>. Ancak, hafta tatiline hak kazanma koşulları konusunda yasa da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi isabetli olmamıştır<sup>205</sup>.

Yasanın dinlenme hakları bakımından getirdiği en önemli yeniliklerden bir diğeri, yıllık ücretli izin hakkındadır: Buna göre, en az bir yıl çalışmış olan işçilere en az iki hafta; on sekiz yaşından küçük işçilerle, elli yaşından bü-

203 Bkz. Soyer, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İHSGHD, 2004/3, s. 804.

204 ZK-OR/ Staehelin, 2006, Art. 329 N. 3.

205 Bu yönde, TİSK, s. 8.

yük işçilere en az üç hafta yıllık ücretli izin verilmesi gerekmektedir (md. 422).

Buradaki bir yıllık süre, hizmet yılına işaret etmektedir ve işçinin işe başladığı tarihten itibaren hesaplanmak gerekir<sup>206</sup>. Böylece, kaynak kanundan farklı<sup>207</sup>, fakat diğer iş yasalarına paralel olarak, yasa, yıllık izin için bir bekleme süresi kabul etmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan, yine kaynak kanundan (Art. Art 329a Abs. 3) farklı şekilde, yasa, bir yıldan kısa süreler için orantılı bir izin hakkı tanımamıştır.

Kanunda, bir yılın hesabında hangi sürelerin dikkate alınacağına dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Böyle olunca, fiilen çalışılan süreler kadar, çalışılmayan süreler de göz önünde tutulacaktır. Bunun anlamı, yasanın yıllık izne hak kazanmak için hizmet sözleşmesinin hukuken mevcut olmasını gerekli ve yeterli görmüş bulunmasıdır. Bu konuda sadece, çalışılmayan bazı haller için yıllık izin süresinden belli bir indirim yapılabilmesi esası benimsenmiştir (md. 423). Örneğin, işçinin bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan<sup>208</sup> daha uzun süreyle hizmeti yerine getirememesi halinde, çalışılmayan her tam ay için yıllık izinden bir gün<sup>209</sup> indirim yapılabilir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı nedenlerle; veyahut gebelik ve doğum nedeniyle en çok üç ay süreyle iş görme edimini yerine getirememesi durumunda, izin süresinden herhangi bir indirim yapılamaz (TBK md. 423 f. 1-2). İndirim imkânı, devamsızlığın bu süreleri bir ay geçmesi halinde ortaya çıkar<sup>210</sup>.

İşçinin yasal bir greve katılmasının yıllık izinde indirim sebebi sayılıp sayılmayacağı ise, tartışma yaratacak konulardan biridir: Gözden kaçırmamak gerekir ki, yasa, izin süresinde indirim imkânını işin ifasının engellenmiş (Arbeitsverhinderung) olması şartıyla tanımakta<sup>211</sup> ve ifa engelini ortaya çıkmasında işçinin kusurlu olup olmamasına göre bir ayırım yapmaktadır. Kanunî bir greve katılma halinde ise, ne bir ifa engelinden ne de işçinin kusurundan bahsetmek mümkün görünmektedir. Bununla birlikte, İsviçre Hukukunda bazı yazarlar, bu madde dolayısıyla değil; fakat genel ilkeler

206 ZK-OR/ Staehelin, 2006, Art 329a Anm. 5; Akyiğit, Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, Sicil, Mart 2011, s. 28.

207 İsviçre'de 1983 revizyonu ile (üç aylık) bekleme süresi kaldırılmıştır. Bkz. ZK/OR Staehelin, 2006, Art 329a Anm. 5.

208 Haftada beş gün çalışan bir işçi için bunun anlamı devamsızlığın 21.5 günü (52 hafta x 5 gün = 260 gün : 12 ay) aşmasıdır. ZK/OR Staehelin, 2006, Art. 329b N. 5.

209 Kaynak kanunda bu süre yıllık iznin 1/12'sidir. Art 329b Abs. 1.

210 Hensell/Vogt/Viegant/Rehbinder, Art. 329b N. 1.

211 Streiff/von Kaenel, Art. 329b N. 3.

uyarınca; iznin önceki çalışmaların karşılığını teşkil etmesi düşüncesinden hareketle, grevde geçen süre için izinden indirim yapılabileceğini savunmaktadır<sup>212</sup>. Buna karşılık, bir başka görüş, yeni eğilimlere göre yıllık iznin, çalışılan süreyle ilgili bir edim değil; işçinin sağlığını korumak bakımından işverenin gözetim borcunun somutlaştırılması anlamını taşıdığını; bu nedenle de iznin, işçinin çalışıp çalışmamasıyla ilgili bulunmadığını; önem taşıyan noktanın, hizmet sözleşmesinin devam süresi olduğunu ileri sürmektedir<sup>213</sup>. Birinci görüşün, İş Kanunu bakımından yıllık izne hak kazanmak için geçmesi gereken bir yıllık sürenin hesabında kanunî grev günlerinin dikkate alınmaması prensibiyle bağdaştığı söylenebilir. Ancak, bunun âdil bir sonuç olduğunu söylemek de zordur. Esasen, bir mevzuat değişikliğiyle, yıllık izin kıdemi bakımından Alman Hukukunda olduğu gibi (§ 4 BUrlG), iş sözleşmesinin belli bir süre devam etmiş olmasını yeterli görmek, kanaatimce daha isabetli bir çözüm tarzı olacaktır<sup>214</sup>.

Kanunî izin süreleri, bir hafta içinde çalışılan gün sayısının hak kazanılan hafta sayısı ile çarpılması suretiyle hesaplanır. Bunun anlamı, haftada altı gün çalışan ve iki haftalık izin hakkı bulunan bir işçiye kanunî tatil günleri hariç on iki gün dinlenme hakkı tanınması gereğidir. Yoksa, işçi iki haftanın karşılığı olarak on dört çalışma günü izin talebinde bulunamaz<sup>215</sup>. Kanunî tatillerin izin süresine dahil edilmemesi ise, işverenin izni tatillerin yoğun olduğu döneme rastlatarak dolaylı yoldan kısaltmasını önleme düşüncesine dayanır<sup>216</sup>. Kanundaki süreler asgarîdir; sözleşmelerle artırılabilir.

Yıllık izinlerin kullandırılması konusunda yasa, işverene, işçinin de isteklerini göz önünde tutarak izin zamanını belirleme yetkisi tanımaktadır md. 424 f. 2). İşverenin böyle bir yetkiye sahip olduğu; fakat bunu gözetim bor-

212 ZK/OR Staehelin, 2006, Art. 329b N. 3; Streiff/von Kaenel, Art. 329b N. 3. Akyiğit ise, grevde geçen süre için indirim imkânının hiç değilse, TBK md. 423 f. 2 çerçevesinde söz konusu olabileceğini kabul etmenin ortalama bir yol olduğu kanaatindedir. Bkz. Sicil, Mart 2001, s. 32. Bunun anlamı, grev süresinin üç ayı aşmasından sonra yıllık izinde indirim imkânının söz konusu olmasıdır. Ne var ki, bu düşünce, yasanın izin süresinde indirimi sadece, işçinin kusuruyla ifanın engellendiği hallerde kabul etmiş olması gerçeğiyle bağdaşmamaktadır. Diğer taraftan, yazarın, greve katılmayan işçiyi işverenin (üç aydan uzun süre ile) çalıştırmaması halinde dahi izinde indirim yoluna gidilebileceğine ilişkin düşüncesi de (bkz. Akyiğit, Sicil, aynı yer) kanaatimce aynı gerekçelerle isabetli değildir.

213 BK/Rehbinder, Art. 329b N. 1.

214 Gerçekten Alman Hukukunda, Federal İzin Kanunu'nun, yıllık izne hak kazanmak için iş sözleşmesinin altı ay devam etmiş olmasını arayan düzenlemesi (§ 4 BUrlG) karşısında, iş mücadeleleri de dahil olmak üzere, iş görmeden geçirilen pek çok süre, yıllık izin kıdemine dahil edilmektedir. Bkz. Dersch/Neumann, Bundesurlaubsgesetz, 6. Aufl., München, 1981, § 4, Anm. 32-39.

215 BK/Rehbinder, Art. 329a N. 6; ZK/OR Staehelin 2006, Art. 329a N. 7; Akyiğit, Mercek, Mart 2011, s. 31.

216 BK/Rehbinder, Art. 329a N. 6; ZK/OR Staehelin 2006, Art. 329a N. 7;

cunun gerekleri doğrultusunda kullanması gerektiği, öğretide zaten öteden beri kabul edilen bir husustur. Buna karşılık yasada, kaynak kanundan (Art. 329c Abs. 1) farklı olarak, iznin ertesi hizmet yılında kullandırılması esasına yer verilmemiştir. Fakat buradan, yasanın bu sonucu benimsemediği sonucu çıkarılmamalıdır. Asıl olan, iznin bir yıllık bekleme dönemini izleyen yıl içinde kullandırılmasıdır. Bununla birlikte, kullandırılmayan izin hakkının ortadan kalkmayacağı da açıktır. Nitekim yasa, kullanılmayan izinlerin sözleşme sona erdiği takdirde paraya dönüşmesi esasını benimsemiş bulunmaktadır (md. 425 f.3)<sup>217</sup>.

Diğer taraftan yasa, yıllık iznin kural olarak aralıksız bir biçimde verileceğini; fakat tarafların anlaşmasıyla ikiye bölünerek de kullandırılabilirliğini hükme bağlamaktadır (md. 424 f. 1). Yıllık izinlerin aralıksız kullandırılması, işçinin gereği gibi dinlenmesini sağlamak için kabul edilen “izinde devamlılık” esasının bir gereğidir. İznin en çok ikiye bölünebileceğini kabul etmek suretiyle de yasa, izinde devamlılık esasına İş Kanunu’ndan daha fazla değer vermiş görünmektedir. Ancak, böyle bir durumda izin bölümlerinden hiç değilse biri için herhangi bir asgarî süre öngörülmemesi, isabetli olmamıştır.

Yasada, yıllık izin ücretinin izne başlanmasından önce peşin olarak ödeneceğinin veya avans olarak verileceğinin hükme bağlanması (md. 425 f. 1), yıllık izinden feragatin yasaklanması (md. 425 f. 2), sözleşmenin hangi nedenle olursa olsun, sona ermesi halinde kullanılmayan izinlerin son ücret üzerinden paraya dönüşeceğinin belirtilmesi (md. 425 f. 3 c. 1), izin ücretine ilişkin zamanaşımının sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren işleyeceğinin öngörülmesi (md. 425 f 3 c. 2) İş Kanunu’na paralel ve olumlu karşılanması gereken düzenlemelerdir.

Nihayet, işçinin yıllık izin sırasında ücret karşılığında bir başka işte çalıştığına anlaşılması durumunda işverenin izin ücretini geri alabileceğine ilişkin tasarı hükmü, nasafet ilkesiyle bağdaşmadığı ve bu hakkı kullanılmaz hale getireceği gerekçesiyle Adalet Komisyonu tarafından metinden çıkarılarak yasalasamıştır. İş Kanunu’na tâbi olan işçilerle Türk Borçlar kanunu’na tâbi olan işçiler arasında bu açıdan bir ayırım ortaya çıkmıştır. Bu ayırım derhal giderilmelidir.

Dinlenme ve izin hakları ile olarak şunu da belirtmek gerekir ki, İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer alan ve kadın işçinin doğumdan sonra en az 14 hafta analık izni talep edebileceğine ilişkin düzenleme (Art. 329f OR) kanuna alınmamıştır. Bu tercihin isabet derecesi hiç şüphesiz ki tartışmaya açıktır.

217 Akyiğit, Sicil, Mart 2011, s. 34.

### **C. Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları**

Yasada, hizmet sözleşmesinin sona ermesi ve sonuçları, İsviçre Borçlar Kanunu doğrultusunda oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Konuyu, sözleşme süresinin dolması, fesih ve ölüm açısından üç ana başlık altında incelemek gerekmektedir:

#### **I. Sözleşme Süresinin Dolması**

Önceki Borçlar Kanunu'nda (md. 338) olduğu gibi, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da, süreli hizmet sözleşmesinin, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona ereceği belirtilmektedir (md. 430 f. 1)<sup>218</sup>. Bu anlatımdan da anlaşılacağı üzere, süreli bir sözleşmenin sona ermesi, taraflardan birinin bildirimde bulunması şartına bağlanabilecektir. Böyle bir kararlaştırma halinde, yapılan bildirim, teknik anlamda bir fesih beyanı olmayıp, sözleşmenin yenilenmek istenmediğinin açıklanmasıdır. Bu nedenle bildirim, feshe ilişkin ilkeleri uygulamak mümkün değildir. Buna karşılık, bildirim şartına uyulmadığı veya böyle bir şart öngörülmediği takdirde, sözleşme, sürenin dolmasıyla birlikte kendiliğinden sona erecektir.

Süreli sözleşmeler alanında yasanın getirdiği en önemli yenilik, hizmet ilişkisinin, sürenin dolmasından sonra sürdürülmesi konusunda kendini göstermektedir: Önceki yasaya göre, süreli sözleşme sürenin sona ermesinden sonra "sükût ile temdit" edilirse, sözleşme, aynı süre ve fakat en çok bir yıl için "tecdit" edilmiş sayılır (BK md. 339 f. 1). Yeni yasaya göre ise, süreli sözleşme, sürenin dolmasından sonra örtülü olarak sürdürülürse, süresiz sözleşmeye dönüşür (md. 430 f. 1). Sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceğinin kararlaştırıldığı fakat fesih bildiriminde bulunulmadığı hallerde de aynı sonuç geçerlidir (md. 430 f. 4).

Süreli sözleşmenin, sürenin dolmasından sonra örtülü olarak sürdürülmesi halinde süresiz sözleşmeye dönüşmesi, taraflar arasında yeni bir sözleşme kurulmadığını; ilk sözleşmenin süre koşulu hariç olmak üzere, önceki şartlarla devam ettiğini göstermektedir. Fakat bu, aksi kanıtlanabilen bir karinedir<sup>219</sup>. O nedenle, bu karineyi çürüten; yani, taraflar arasında yeni bir süresiz; şartları varsa (TBK md. 430 f. 2), süreli sözleşme kurulduğunu gösteren bir anlaşma yapılabilir. Bununla birlikte, önceki sözleşmenin örneğin

218 Yasa koyucu bu hükmü getirirken, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 18 Mart 1988 tarihli kanunla (yürürlük; 1 Ocak 1989) değiştirilmesinden önceki metnini esas almıştır. Anılan kanunla değiştirilen maddede ise, sözleşmenin sona ermesi için, tarafların bir bildirimde bulunmaları yönünde anlaşabileceklerinden hiç söz edilmemekte, sadece, süreli bir sözleşmenin feshe gerek olmaksızın sona ereceği belirtilmektedir (Art. 334 Abs. 1 OR).

219 Streiff/von Kaenel, Art. 334 N. 6; ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 334 N. 21.

ücret, izin süresi gibi birkaç konuda değiştirilmiş olması, uzatılan ilişkinin yeni bir sözleşmeye dayandığını göstermeye yetmez; yeni bir sözleşmenin varlığı, ancak, işçinin işletme içinde önemli ölçüde farklı bir faaliyette çalıştırılmaya başlanması gibi, istisnaî hallerde kabul edilebilir<sup>220</sup>. Süreli sözleşmenin süresiz sözleşmeye dönüşmesi, önceki sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren söz konusu olabilir<sup>221</sup>.

Yasa, uygulama alanına giren ilişkiler bakımından önemli bir yenilik olarak, üst üste süreli sözleşme kurulabilmesini, esaslı bir nedenin varlığına bağlamaktadır (md. 430 f. 2). Böylece, zincirleme sözleşmeler alanında İş Kanunu md. 11 f. 2 ile paralellik kurulmuş olmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki, süreli sözleşmenin süresiz sözleşmeye dönüşmesine ilişkin düzenleme, bu konuda özel hükümler öngören İş Kanunu ile, Deniz İş Kanunu'nun (İŞK md. 11; DenİŞK md. 7-8) kapsamına giren iş ilişkilerinde uygulanmaz.

## **II. Hizmet Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi ve Feshe Karşı Koruma**

### **1. Sözleşmenin Fesih Yoluyla Sona Ermesi**

#### **a. Süreli Sözleşmeler Bakımından**

##### **aa. On Yıldan Uzun Süreli Hizmet Sözleşmelerinin Feshi**

İsviçre Borçlar Kanunu (Art. 334 Abs. 3) doğrultusunda yasa, on yıldan uzun süreli bir sözleşmenin on yıl geçtikten sonra taraflarca her zaman altı aylık bir ihbar süresine uymak şartıyla, ihbar süresini izleyen aybaşında hüküm ifade etmek üzere feshedilebileceğini öngörmektedir (md. 430 f. 3). Hemen hemen hiçbir uygulama alanı olmayan<sup>222</sup> bu düzenleme hakkında sadece teorik açıdan şu eleştiriler dile getirilebilir: Bir defa, fesih hakkının önceki yasadaki (BK md. 343) farklı olarak, işçi yanında işverene de tanınması isabetli olmamıştır<sup>223</sup>. İkinci olarak, maddede öngörülen on yıllık süre çok uzundur ve bu, İsviçre öğretisinde de eleştirilmektedir<sup>224</sup>. Üçüncü

220 ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 334 N. 21.

221 ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 334 N. 22.

222 Bu nedenle TİSK, düzenlemenin gereksiz olduğu görüşündedir. Bkz. TİSK, s. 8.

223 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 160-161. Nitekim Alman Medenî Kanunu da fesih hakkını sadece işçiye tanımaktadır. Bkz. §624 BGB. İsviçre'de yasanın 1988 yılındaki revizyonuyla ilgili öneri metninde fesih hakkı sosyal düşüncelerle sadece işçi için öngörülmek istenmişken, parlamentodaki görüşmeler sırasında bu hak işverene de tanınmış bulunmaktadır. Bkz. ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 334 N. 27.

224 Bkz. Streiff/von Kaenel, Art. 334 N. 9; ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 334 N. 27'de anılan yazarlar. Kanun taslak halinde iken, bu sürenin, Alman Medenî Kanununda olduğu gibi (§ 624 BGB), hiç değilse beş yıla indirilmesi gerektiğini ileri sürmüştüm. Bkz. Soyer, Ulucan

olarak, bu tür sözleşmeler bakımından önceki yasada ihbar süresi bir ay olarak belirlenmiş iken (BK md. 343), bunun İsviçre Borçlar Kanunu doğrultusunda altı aya çıkarılması da yerinde olmamıştır<sup>225</sup>. Nihayet maddede, fesih bildiriminin “ihbar süresini izleyen aybaşında” hüküm ifade edeceğinin belirtilmesi de eleştiriye açık bir çözüm tarzıdır. Çünkü, feshin hüküm ve sonuçlarını doğurması için ihbar öneli dışında bir ek koşul (Kündigungstermin) aranması, hukukumuza yabancıdır<sup>226</sup>.

Hükmün uygulanması bakımından önemli olan, sözleşmenin on yıldan uzun süreli olmasıdır. Süresiz bir sözleşmenin on yıldan uzun sürmesi veya on yıldan kısa süreli bir sözleşmenin süre sonunda süresiz sözleşmeye dönüşerek on yıldan fazla devam etmesi, bu düzenlemeden yararlanılmasına imkân sağlamaz<sup>227</sup>.

### **bb. Süreli Sözleşmelerin Haklı Nedene Dayanmayan Feshi**

Süreli hizmet sözleşmelerinin haklı nedene dayanmayan feshine hangi hukukî sonuçların bağlanacağı, ne önceki Borçlar Kanunu’nda ne de iş kanunlarında düzenlenmiştir. Buna karşılık, yeni Türk Borçlar Kanunu, soruna hem işveren hem de işçi tarafından yapılan fesihler açısından “tüm iş ilişkilerinde” uygulanacak birtakım esaslar getirmekte ve bugüne kadar devam eden bazı tartışmaları ortadan kaldırmaktadır:

### **aaa. İşveren Tarafından Yapılan Fesihler**

Süreli sözleşmelerin işveren tarafından haklı nedene dayanmadan feshedilmesi konusunda yasanın İsviçre Borçlar Kanunu’na paralel olarak getirdiği hükme (md. 438 f. 1) göre, “İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi...belirli süreli sözleşmelerde... sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, *tazminat* olarak isteyebilir”<sup>228</sup>. Bu düzenlemenin doğal sonucu,

---

Armağanı, s. 161.

225 Alman Medenî Kanunu’ndaki ihbar öneli de altı aydır (§ 624 BGB). Bununla birlikte, İsviçre ve Türk Hukukunda ihbar önelinin hiç değilse beş yıldan daha kıdemli işçiler için öngörülen altı haftalık süre (md. 432 f. 2) kadar olması daha isabetli görülebilir (yasa taslak halinde iken ileri sürdüğüm bu öneri için bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 161). Çünkü, bu madde açısından söz konusu olan, on yılı aşan sürenin dolmasından sonra, sözleşmenin kanundan dolayı süresiz bir sözleşmeye dönüşmesidir (md. 430 f. 2; ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 334 N. 29). Bu durum karşısında, süresiz sözleşmeler için öngörülen en uzun önelin burada da uygulanması, yasanın sistemine aykırı değildir.

226 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 161.

227 ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 334 N. 28.

228 Maddedeki anlatımın başarılı olmadığını belirtmek gerekir. İfade, “İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi...belirli süreli sözleşmelerde... sürenin sonuna kadar kazanabileceği tutarı, tazminat olarak isteyebilir” şeklinde olmalıydı. Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 163 dn.38.

iş ilişkisinin fesihle birlikte hem fiilen hem de hukuken sona ermesidir<sup>229</sup>. Böylece, haklı nedene dayanmayan feshin sözleşmenin sona ermesine yol açacağını, süre sonuna kadar ödenecek tutarın ise, ücret değil; tazminat niteliğinde olduğunu savunan öğreti görüşü<sup>230</sup>, hukukumuz bakımından yasal bir zemine kavuşturulmuş olmaktadır<sup>231</sup>.

Şüphesiz, bu gelişimin ortaya çıkardığı en önemli sonuç, şartları gerçekleştiği takdirde, işçiye kıdem tazminatı verilmesinin de yasal bir gereklilik haline gelmesidir.

Yasada, kaynak kanun doğrultusunda ve tıpkı işi kabulde temerrüt halinde olduğu gibi, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle işçinin tasarruf ettiği miktar ile, başka bir işten elde ettiği veya elde etmekten bilerek kaçındığı gelirin, ödenecek tazminattan indirileceği de hükme bağlanmaktadır (md. 438 f. 2)<sup>232</sup>.

229 Streiff/von Kaenel Art. 337c N. 3. Oysa, hukukumuzda daha önce, öğretinin önemli bir kesimi, süreli sözleşmeyi haklı neden olmaksızın fesheden işverenin işi kabulde temerrüde düşmüş sayılacağını; bu nedenle de işçinin, süre sonuna kadar ücret talebinde bulunabileceğini (önceki BK md. 325); sözleşmenin hukuken, sürenin dolmasıyla sona ereceğini savunmakta idi (bkz. Tunçomağ, Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İşverenin İş Kabulde Temerrüdü, Sosyal Siyaset Konferansları, XIX. Kitap, İstanbul, 1968, s. 103; Reisoğlu, Hizmet Akdi, Tanımı-Mahiyeti-Unsurları, Ankara, 1968, s. 161; Seliçi, Borçlar Kanunu'na Göre Kanundan Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s. 216; Kaneti, Karar İncelemesi, İHFM C. XXIX Sa. 1-2, İstanbul 1963, s. 1210 vd; Tuncay, İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkarmalar ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları, İHFM C. XXXVIII, Sa. 1-4, İstanbul, 1973'den ayrı bası, s. 4-5; Eyrenci, İHU, İşK 9 (No.2); Ulucan, Die Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses, Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, hrsg. von Ekonomi/Rehbinder, Bern, 1978 (içinde), s. 115; aynı yazar, İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Komite 1979-1983 Kararları, s. 22; Sümer, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Sonuçları, Tühis, Şubat 1992, s. 6) ve bu görüş bazı kararlarında Yargıtay tarafından da paylaşılmıştı (örneğin bkz. Y9.HD., 9.10.1984, E.7303, K.8690, İşveren D., Mart 1985, s. 15; Y9.HD., 1.7.1988, E.5397, K.7228, Tekstil İşveren D, Ekim 1988, s. 21; Y9.HD., 6.3.1989, E.1988/12055, K.1989/2088, YKD Ağustos 1989, s. 1121, Y9.HD., 28.12.1989, E. 7899, K. 11458, Tühis, Şubat 1990, s. 17; Y9. HD., 21.5.1991, E. 753, K. 8770, İHD C.1, Sa.3, s. 438; Y9.HD., 25.11.1993, E. 8962, K. 17312, YKD Haziran 1994, s. 910-911; Y9.HD., 24.12.1996, E.16732, K. 24049, Tekstil İşveren D., Temmuz 1997, s. 14). Bir başka görüş ise, süreli sözleşmeyi haklı neden olmaksızın fesheden işverenin, "iş kabul edimini" kusurlu olarak imkânsızlaştırdığını kabul etmekte idi. Bkz. Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s. 143; aynı yazar, Karar İncelemesi, İHFM C. XXV, Sa. 1-4, İstanbul, 1960, s. 430 vd.

230 Yasa koyucunun bu tercihinə yönelttiğim eleştiri için bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 164-165.

231 Yasa koyucunun bu tercihinə yönelttiğim eleştiri için bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 164-165.

232 Yasa tasarısı mahsup hükmünü, İsviçre Borçlar Kanunu doğrultusunda, önellere uyulmaması nedeniyle ödenmesi gereken tazminatı (Tasarı md. 437 f. 1; TBK md. 438 f. 1) da kapsayacak şekilde düzenlemişti. Daha önce yayınlanan bir incelemede, İsviçre Hukukundan farklı olarak hukukumuzda, önel şartına riayetsizlik nedeniyle ödenmesi

**bbb. İşçi Tarafından Yapılan Fesihler**

Yasa'nın 439. maddesi, işçinin haklı sebep olmaksızın -kanunun ifadesiyle- işe başlamaması veya aniden işi bırakması halinde işverenin -ek zararların tazminini talep hakkı saklı olmak kaydıyla- aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat talep edebileceğini öngörmektedir. İşverenin hiç zarara uğramaması veya uğradığı zararın bu tutardan az olması halinde tazminatın indirilmesi imkânı da vardır (md. 439 f. 1, 2). Madde, sözleşmenin türü bakımından herhangi bir ayırım yapmadığı için, hem süreli hem de süresiz sözleşmelerde uygulanabilir. Nitekim, İsviçre öğretisinde bu düzenlemenin, işveren tarafından yapılan haksız fesihlerin sonuçları ile ilgili hükmü karşıladığına işaret edilmektedir<sup>233</sup>. İşverenin tazminat talebi, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından itibaren otuz günlük bir hak düşürücü süreye bağlanmıştır (md. 439 f. 3 c. 1-2). Hükmün önemi, süreli sözleşmelerin işçi tarafından haksız feshinde özel düzenlemeler içermeyen iş kanunları bakımından da uygulanacak olmasında kendini göstermektedir.

**ab. Süreli Sözleşmelerin Haklı Nedenle Feshi**

Yasanın 435. maddesinde, taraflardan her birinin sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebileceği, feshine ilişkin bildirimde yazılı olması gerektiği (f. 1 c. 1-2); sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklene-meyen bütün durum ve koşulların da haklı sebep sayılacağı (f. 2) belirtilmektedir.

Düzenlemenin kaynak kanundan ayrılan yönü, bildirim yazılı olmasını öngörmesidir. Gerçekten, md. 435 f. 1 cümle 2'de, sözleşmeyi fesheden tarafın fesih nedenini yazılı olarak bildirmek zorunda olduğu belirtilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'na göre ise, ancak feshine muhatap olan tarafın talep etmesi halinde fesih nedeninin yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir (Art. 337 Abs. 1). Yeni düzenleme karşısında yazılı şekli bir geçerlilik koşulu olarak kabul etmek ve bunu iş kanunlarına tâbi iş ilişkilerinde de aramak doğru olur.

---

gereken tutarın, kusur ve zarar şartından bağımsız olup "maktu" bir nitelik taşıdığını, bu nedenle de tasarının bu yönden düzeltilmesi gerektiğini belirtmişim (bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 164-165). Madde yeniden düzenlenirken, bu eleştiri doğrultusunda ve kanaatimce isabetli olarak, mahsubun, sadece süreli sözleşmenin haklı nedene dayanmayan feshinde ödenmesi gereken tazminat bakımından söz konusu olabileceği açıklığa kavuşturulmuştur (md. 438 f.2).

233 ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 337d N. 1; Streiff/von Kaenel, Art. 337d N. 2.

Diğer taraftan yasa, İsviçre Borçlar Kanunu'na (Art. 337b Abs. 1) paralel olarak ve önceki yasaya (BK md. 345) benzer şekilde, derhal fesih nedeninin taraflardan birinin sözleşmeye aykırı bir davranışına dayanması halinde, fesheden tarafın tam bir tazminat talebinde bulunabileceğini de hükme bağlamaktadır (md. 437 f. 1). Maddede yer alan "tam bir tazminat" kavramı, "ifa menfaati"ni ifade etmektedir. Bunun anlamı, talepte bulunanın, sözleşme devam etseydi içinde bulunacağı (süresiz sözleşmelerde, önel sonundaki; süreli sözleşmelerde ise, süre sonundaki) duruma getirilmesidir<sup>234</sup>. O halde, örneğin, işverenin kusuru nedeniyle işçi tarafından yapılan fesihlerde, süreli sözleşmenin işveren tarafından haklı nedene dayanmayan feshine bağlanan sonuçların (TBK md. 438 f. 1-2) uygulanması gerekmektedir<sup>235</sup>. Burada, md. 438 f. 3'te düzenlenen haksız fesih tazminatına<sup>236</sup> kıyas yoluyla ayrıca hükmetmek de mümkün değildir<sup>237</sup>. İşveren tarafından işçinin kusuru nedeniyle yapılan fesihlerde ise, işverenin zararı, yeni bir işçi buluncaya kadar diğer işçilere yaptırmak zorunda kaldığı fazla çalışma ile ilgili giderler veya ikame işçiye yaptığı fazla ödemeler, kaçırılan sözleşme fırsatları nedeniyle uğradığı kazanç kaybı gibi kalemlerden oluşabilir. Sözleşmesi feshedilen işçiye ödenmeyen ücretin bu tutardan mahsup edilmesi gerektiği de açıktır<sup>238</sup>.

Nihayet, sözleşmenin haklı nedenle feshi, taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışının dışında kalan bir olguya dayanıyorsa, önceki yasada olduğu gibi, hakime bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı nedenle feshin maddî sonuçlarını serbestçe değerlendirme yetkisi tanınmaktadır (md. 437 f. 2). Burada, iki tarafın da kusursuz veya aynı derecede kusurlu olduğu hallerde, zararın paylaşılması; fakat, fesih nedeni kendi "alan"ında ortaya çıkan tarafın zararın daha fazlasına katlanması; kusur oranının farklı olduğu hallerde ise, tazminat miktarı tespit edilirken kusur oranının belirleyici olması gerektiği söylenebilir<sup>239</sup>.

234 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 3; ZK-OR/ Staehelin, 1996 Art. 337b N. 5.

235 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N 5; Kabakcı, Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi, Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2011, s. 137; Yargıtay 9. HD'nin anılan incelemeye konu olan 20.12.2010 tarih ve E. 15688, K. 38732 sayılı kararı.

236 Bkz. C II 2 b bb.

237 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N 5; ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 337b N. 10.

238 ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 337b N. 7.

239 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 7.

**cc. Süresiz Sözleşmeler Bakımından**

**aa. Öneli Fesih**

Süresiz sözleşmelerin öneli olarak feshi konusunda yasa, işçinin kıdemine göre değişen ihbar öneleri öngörmektedir. Bu öneler, kıdemi bir yıla kadar olan işçiler için iki hafta; bir yıldan beş yıla kadar olan işçiler için dört hafta; beş yıldan fazla olan işçiler için ise, altı haftadır (md. 432 f. 2).

Yasada ayrıca, önelerin asgarî olduğu ve sözleşmeyle artırılabilmesi; farklı ihbar önelerinin kararlaştırıldığı hallerde ise -kaynak kanuna paralel olarak- uzun önelin her iki taraf için de uygulanacağı hükme bağlanmaktadır (md. 432 f. 3, 5). Bu hüküm, iş kanunlarına tâbi iş ilişkileri hakkında da geçerlidir.

Taraflar için farklı feshi ihbar önelerinin kararlaştırılması, hem İsviçre ve Alman<sup>240</sup> hem de Türk Hukukunda<sup>241</sup> öteden beri tartışma konusu olmuş bir sorundur. Bu tartışmalara rağmen, İsviçre öğretisinde de eleştiri konusu yapılan<sup>242</sup> kaynak kanundaki çözüm tarzının benimsenmiş olması, konunun ileride de tartışılmaya devam edeceğini göstermektedir. Bu konuda kanaatimce isabetli olan çözüm tarzı, ihbar önelerinin asgarî olup sözleşmeyle artırılabilmesini belirttikten sonra, tıpkı Alman Medenî Kanunu'nda olduğu gibi (§ 622 Abs. 6 BGB)<sup>243</sup>, işçiyi daha kısa önelle bağlı tutma olanağını açık bırakmaktır. Çünkü, işçi için kısa; işveren için uzun önel kararlaştırılan hallerde, işçi tarafından yapılan bir feshi uzun öneli tutmanın savunulabilir bir gerekçesi yoktur<sup>244</sup>.

Yasada, İsviçre Borçlar Kanunu'nda bulunmayan bir hükümlerle, sözleşmenin askıya alındığı hallerde ihbar önelerinin işlemeyeceği belirtilmekte (md. 432 f. 6), sözleşmenin işveren tarafından ihbar öneline ilişkin ücretin peşin olarak ödemesi suretiyle feshedilebileceği de öngörülmektedir (md. 342 f. 4). Dikkat edilmez ki, peşin ödemeye fesih hakkı, İş Kanunu doğrultusunda (md. 17 f. f.5)

240 Bu konuda örneğin bkz. Soyer, İsviçre Hukuku ile Alman Hukukunda İşçi ve İşveren İçin Farklı Feshi İhbar Önelerinin Sözleşmeye Kabul Edilmesi Sorunu -Doktrindeki Bazı Görüşler ve Yasal Gelişmeler- Yasa Hukuk Dergisi, Aralık 1978, s. 1997 vd.

241 Bu konudaki tartışmalar için Bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 462.

242 Bkz. Schweingruber, s. 231.

243 § 622 Abs. 6 BGB hükmüne göre, işçi tarafından yapılacak fesihlerde, işverenin yapacağı fesihlere göre daha uzun bir ihbar öneli kararlaştırılmaz. Alman öğretisine göre, bu hükmün temelinde, işçinin hizmet sözleşmesini işverene oranla daha zor koşullarda feshetmek durumunda bırakılmayacak olmasına ilişkin genel hukuk düşüncesi yatmaktadır. Bkz. Erman/Hanau, BGB Kommentar, I. Bd., 8. Aufl., Münster, 1989, § 622 Anm. 41-42. Yazar, bu düşüncenin, Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında da kabul edilmiş olduğuna işaret etmektedir. Bu durum karşısında, işveren tarafından yapılacak fesihlerde daha uzun bir önelin kararlaştırılması mümkün olabilecektir. Bkz. Henssler/Willemsen/Kalb/Bittner, ArbeitsrechtKommentar, Köln, 2004, §622 BGB Rz. 58.

244 Yasa tasarisına bu konuda yönelttiğim eleştiri için bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 162.

fakat Basın İş Kanunu'ndan farklı olarak (md. 5 f.2), sadece işverene tanınmış bulunmaktadır (TBK md. 432 f. 4). Deniz İş Kanunu'nda ise, bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Genel hüküm olması nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükmün burada da uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Yasanın 438. maddesine göre, belirsiz süreli sözleşmelerde işveren haklı neden olmaksızın sözleşmeyi derhal feshederse, bildirim süresine ilişkin tutarı tazminat olarak ödemek zorundadır (f.1). Bu hükümle yasa, İş Kanunu'ndaki ihbar tazminatına paralel bir düzenleme getirmiş olmaktadır. Buna karşılık, yukarıda da değinildiği üzere, işçinin haklı neden olmaksızın -kanunun ifadesiyle- işe başlamaması veya aniden işi bırakması halinde, işveren -ek zararlarının tazminini talep hakkı saklı olmak kaydıyla- aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat talep edebilir. İşverenin hiç zarara uğramaması veya uğradığı zararın bu tutardan az olması halinde hakimin tazminatı indirme yetkisi de vardır (md. 439 f.1,2). Belirtmek gerekir ki, yasada, ihbar öneline işçinin riayet etmemesi ile ilgili olarak, işverenin tâbi olduğu tazminat yükümlülüğünden ve İş Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı bir çözüm tarzı benimsenmiş olması, tartışmaya açık bir husustur. İşverenin tazminat talebinin, işçinin işi bırakmasından itibaren otuz günlük bir hak düşürücü süreye bağlandığı (md. 439 f. 3 c. 1-2) da hatırlatılmalıdır.

Nihayet, yasanın 421. maddesinin ikinci fıkrasında, süresiz sözleşmenin feshi halinde işverenin bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Yeni iş arama iznine hak kazanmak için, sözleşmeyi kimin feshettiğinin herhangi bir önemi yoktur<sup>245</sup>. Fakat, sözleşmenin süresiz olması şarttır<sup>246</sup>. Böylece bu konuda İş Kanunu (md. 27) ile bir paralellik kurulmuş olmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ve önceki yasadan (BK md. 334 f. 2) farklı olarak ve yine İş Kanunu doğrultusunda, yasada iş arama izninin süresi de belirtilmek suretiyle olası uyuşmazlıklar önlenmiştir.

### **bb. Önelsiz Fesih**

Yasanın, taraflardan her birinin sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebileceğine; feshe ilişkin bildirim de yazılı olması gerektiğine; sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşulların, haklı sebep sayılacağına; derhal fesih nedeninin, taraflardan birinin sözleşmeye aykırı bir davranışına dayanması halinde de, fes-

245 ZK-OR/ Staehelin, 2006, Art. 329 N. 16; Streiff/von Kaenel, Art. 329 N. 10.

246 İsviçre öğretisinde ise, yasanın bu yöndeki sınırlayıcı ifadesine rağmen, süreli sözleşmelerde de işçiye yeni iş arama izni verilmesi gerektiği; çünkü aynı ihtiyacın süreli sözleşme ile çalışan işçi açısından da mevcut olduğu savunulmaktadır. Bkz. ZK-OR/ Staehelin, 2006, Art. 329 N. 16.

heden tarafın bir tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin düzenlemeleri (md. 435;437), hiç şüphe yok ki, süresiz sözleşmeler alanında da uygulama alanına sahiptir.

## **2. Fesih Hakkını Sınırlandıran Ceza Koşulu ve Feshe Karşı Koruma**

### **a. Fesih Hakkını Sınırlandıran Ceza Koşulu**

Bilindiği gibi, işçinin belirli bir tarihten önce hizmet sözleşmesini feshetmesi halinde cezaî şart ödeyeceğini öngören sözleşme hükümlerinin geçerliliği sorunu, hukukumuzu uzun süre meşgul etmiştir<sup>247</sup>. Bugün için öğreti ve Yargıtay, cezaî şartın sadece işçi için kararlaştırılmış olmasını geçerli görmemektedir. Yeni Türk Borçlar Kanunu bu görüşü bir yasa kuralı haline getirmekte ve hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olduğunu isabetli olarak hükme bağlamaktadır (md. 420 f. 1)<sup>248</sup>. Hiç şüphesiz, bu düzenleme, eğitim giderlerinin karşılanması amacıyla tek taraflı olarak işçi aleyhinde düzenleme getirilmesini<sup>249</sup> engellemektedir<sup>250</sup>.

### **a. Feshe Karşı Koruma**

Yeni yasa, feshe karşı koruma düşüncesini işçinin işini kaybetmemesi (Bestandschutz) anlamında değil; sadece, kötü niyetli ve haksız fesihleri belli bir yaptırıma bağlama noktasında ele almış bulunmaktadır:

### **aa. Kötü Niyet Tazminatı**

Yasanın 435. maddesi, “Feshe karşı koruma” kenar başlığı altında, işverenin fesih hakkını kötüye kullanması halinde işçiye ihbar önelllerinin üç katı tutarında tazminat ödemek zorunda olduğunu öngörmektedir. Gerçi maddede gerekçesinde bu hüküm getirilirken İsviçre Borçlar Kanunu’nun 336 ve 336a maddelerinin göz önünde tutulduğu belirtilmektedir. Fakat yasa hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu’ndan oldukça farklıdır: Bir defa, kaynak konusunda kötü niyetli fesih halleri örnek verilmek suretiyle sayıldığı halde (Art. 336 OR)<sup>251</sup>, yasada, bu hususa ilişkin hiçbir ifade yer almamıştır. İkinci

247 Bu konuda bkz. Soyer, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezaî Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, 2000, s. 370 vd.

248 Bu düşüncenin dogmatik temeli hakkında bkz. Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Cezaî Şart, Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, s. 306 vd.

249 Bu konuda yaptığım bir incelemede, hizmet akitlerine, eğitim giderlerini karşılamak üzere işçi aleyhinde tek taraflı düzenlemeler konulabileceği görüşünü ileri sürmüştüm. Bkz. Soyer, Esener Armağanı, s. 363 vd; özellikle, s. 370 vd. O incelemede vardığım sonuç, daha sonra Yargıtay’ın yerleşik içtihadı haline gelmiştir.

250 Ekmekçi, Mercek, Temmuz 2005, s. 167; Soyer, Ulucan Armağanı, s. 159.

251 Örneğin, feshin, işyerindeki ortak çalışmayı (işbirliğini) engellemeyen bir kişilik özelliğine veya sözleşmeyi ihlal etmeyen ya da işyerindeki işbirliğini zedelemeyen anayasal bir hakkın

olarak, yasalaşan metinde tazminatın tutarı ihbar önellere üç katı olarak belirlendiği halde, İsviçre Borçlar Kanunu'nda, tazminatın tutarı açısından yargıca altı aylık ücret tutarını aşmamak koşuluyla, nispeten geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Ancak, kabul etmek gerekir ki, bu noktada kaynak yasadaki farklı ve İş Kanunu md. 17 ile, Deniz İş Kanunu md. 16 hükmüne paralel bir düzenleme getirilmesi isabetli olmuştur. Çünkü bu hüküm, iş kanunlarına tâbi olanlara göre daha lehte sonuçların ortaya çıkması ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Üçüncü olarak yasa, fesih hakkının kötüye kullanılmasını, yine İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, sadece işveren tarafından yapılan fesihler açısından düzenlemiştir<sup>252</sup>. Böyle olunca, bizim hukukumuz bakımından işçi tarafından yapılan fesihlerde bu maddenin uygulanmasına imkân yoktur.

Diğer taraftan, maddenin, Basın İş Kanunu'na tâbi ilişkiler bakımından özel bir önem taşıdığını da belirtmek gerekir. Çünkü, Basın İş Kanunu'nda kötü niyet tazminatına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Gazetecilerin kötü niyet tazminatı talep edip edemeyecekleri ise, geçmişte, bunların, İş Kanunu'ndaki istisnalar arasında yer almamalarından hareketle, kötü niyet tazminatına ilişkin İş Kanunu hükmünden yararlanmaları gerektiği ileri sürülerek çözümlenmeye çalışılmıştır<sup>253</sup>. Fakat, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra artık, bu yasanın genel nitelikte olması nedeniyle, gazetecilerin de kötü niyet tazminatı talebinde bulunmaları, hiçbir tereddüde yol açmayacak şekilde mümkün olacaktır. Bu durumda, kötü niyet tazminatının miktarı, Basın İş Kanunu md. 6 f. 3'te belirtilen ihbar önellere dikkate alınarak hesaplanacaktır. Şüphesiz, bu haktan yararlanacak olanlar, iş güvencesinin kapsamı dışında kalanlardır. Çünkü, İş Kanunu md. 17 f. 7 hükmü, güvence sisteminde olanlara kötü niyet tazminatı talep hakkı tanımamıştır.

---

kullanılmasına; hizmet sözleşmesinden birtakım hakların doğmasının engellenmesine, dürüstlük kurallarına göre sözleşmeden doğan bazı hakların talep edilmesine, işçinin sendikaya üye olması ya da olmamasına; sendikal bir faaliyette bulunmasına dayanması, fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren haller arasındadır (Art. 336 OR).

252 İsviçre Borçlar Kanunu'nun kötü niyetli feshin sonuçlarını düzenleyen hükmü ise, aynen şöyledir : "Hizmet sözleşmesini kötü niyetle fesheden taraf diğer tarafa bir tazminat ödemek zorundadır" (Art 336a Abs. 1).

253 Bkz. Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976, s. 162. Tuncay ise, önce, gazetecilerin hem İş Kanunu'na hem de Borçlar Kanunu'na tâbi oldukları görüşünü savunmuş (bkz. Tuncay, 931 Sayılı İş Kanunu'nun Uygulama Alanı, İÜHF 1969, C.XXXIV, Sa. 1-4, s. 412), daha sonra yazar, Basın İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun uygulanmasını kabul eden görüşe katılmıştır. Bkz. Tuncay, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, s. 26.

**bb. Haksız Fesih Tazminatı**

Yukarıda da değinildiği gibi, sözleşmenin haklı bir neden olmamasına rağmen işveren tarafından derhal feshinde işçiye, süresiz sözleşmelerde bildirim süresine; süreli sözleşmelerde ise, kalan süreye ilişkin ücretin tazminat olarak ödenmesi gerekmektedir (TBK md. 438 f. 1). Yasanın 438. maddesinin 3. fıkrası ise, bunun yanında, İsviçre Borçlar Kanunu'na (Art. 337c Abs. 3 OR) paralel olarak, hukukumuz için tamamen yeni bir düzenleme getirmektedir: Buna göre, haklı nedene dayanmayan fesihlerde hakim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, en çok altı aylık ücret tutarında bir tazminat verilmesine de hükmedebilir (TBK md. 438 f.3). İsviçre öğretisinde, feshin iktisadî sonuçları, işçinin yaşı ve sosyal seviyesi, feshin kişisel değerler üzerindeki etkisi, işçinin işletme içindeki konumu, feshin hukuka aykırılık bakımından ağırlığı, işçinin ortak kusurunun bulunup bulunmadığı; varsa, derecesi<sup>254</sup>, hizmet ilişkisinin süresi, feshin kötü niyetli olup olmaması<sup>255</sup> gibi örnekler, bu tazminata hükmedilirken dikkate alınması gereken haller arasında sayılmaktadır. Ne var ki, bir tür "hukuka aykırılık cezası<sup>256</sup>"; âdetâ, "kanundan doğan bir cezaî şart"<sup>257</sup> niteliğinde olduğu ve işverenin haklı fesih iddiasına kolayca sığınmasını engellemek amacıyla getirildiği<sup>258</sup> belirtilen bu tazminatın, iş kanunlarına tâbi (iş güvencesi kapsamında olmayan) iş ilişkilerinde de uygulanıp uygulanmayacağı, tereddüt yaratabilir: Kanunu'ndaki düzenlemenin genel hüküm niteliğinde olması, bu sorunun olumlu yönde yanıtlanmasını gerektirmektedir. Fakat bu sonucun, ortaya çıkaracağı malî külfet nedeniyle eleştiri konusu olacağı da tahmin edilebilir. Zaten, kanun tasarı halinde iken, bu düzenlemenin, uygulama açısından çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu; özellikle, buradaki tazminatla, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin alabilecekleri tazminatlar arasında miktar bakımından makul bir denge bulunup bulunmadığının tartışılabileceğini; bu ve buna benzer birtakım hassas noktalar üzerinde yeteri kadar durulmadan, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki bir hükmün çeviri yoluyla hukukumuzda ithal edilmek istenmesinin isabetli olmadığını belirtmişim<sup>259</sup>.

Diğer taraftan, feshin hem kötü niyetli hem de haksız olması halinde işçinin kötü niyet tazminatına ek olarak haksız fesih tazminatını da talep edip edemeyeceği, uygulamada tereddüt yaratabilecek bir başka sorundur: Her

254 Streiff/von Kaenel, Art. 337c N. 8; ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 337c N. 3.

255 Bkz. Honsell/Vogt/Wiegant/Rehbinder, Art. 337 N. 3.

256 Bkz. Honsell/Vogt/Wiegant/Rehbinder, Art. 337c N. 3.

257 ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 337c N. 14

258 Honsell/Vogt/Wiegant/Rehbinder, Art. 337c N. 3.

259 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 165.

bir tazminatın azamî tutarının altı aylık ücret olarak belirlendiği İsviçre’de, öğretinin bir kesimi, haksız feshe ilişkin sonuçların münhasıran Art. 337c Abs. 3 (TBK md. 483 f. 3)’te düzenlendiği, kanun tasarısındaki kümülatif ödeme öngören hükmünün de parlamentoda kabul edilmediği gerekçesiyle, hem haksız fesih hem de kötü niyet tazminatına birlikte hükmedilemeyeceğini savunmaktadır<sup>260</sup>. Hukukumuz bakımından ise, Borçlar Kanunu’na tâbi hizmet sözleşmelerinde kötü niyet tazminatının kaynak kanundaki gibi en çok altı aylık ücret tutarında değil; ihbar önellerinin üç katı ücret tutarında (en çok 18 hafta=4.5 ay) belirlenmiş olması karşısında, kötü niyetli haksız fesih tazminatını, kötü niyet tazminatını da kapsayacak şekilde belirlemek gerektiği; buna karşılık, ihbar önellerinin üç katı tutarındaki tazminatın altı aylık ücrete ulaştığı hallerde (İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu’na tâbi ve kıdemi üç yıldan fazla olan işçiler bakımından) ayrıca haksız fesih tazminatına hükmedilemeyeceği söylenebilir. Bu çözüm tarzı, Basın İş Kanunu’na tâbi hizmet ilişkileri bakımından da izlenmelidir.

### III. Taraflardan Birinin Ölümü Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

Yasanın 440 ve 441. maddeleri, taraflardan birinin ölümü halinde hizmet sözleşmesinin akıbetini düzenlemektedir:

Buna göre, sözleşme, işçinin ölümü halinde sona erer (md.440). Bu sonuç, hizmet sözleşmesinde işçinin şahsî nitelikli bir edim üstlenmiş olmasının doğal ve bilinen bir gereğidir.

Ancak, yasada, işçinin ölümüyle ilgili önemli bir başka düzenleme yer almaktadır: Buna göre, işveren, ölen işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür (md. 440)<sup>261</sup>.

Madde, İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki hükmün (Art. 338 Abs. 2 OR) aynen tercüme edilmesi suretiyle kaleme alınmıştır. Düzenlemenin sözünden de anlaşılacağı üzere, bir aylık ödemeye hak kazanmak için işçinin belli bir kıdeme sahip olması şart değildir; sözleşmenin, işçinin ölümü nedeniyle sona ermiş olması gerekli ve yeterlidir. Beş yıllık kıdem ise, sadece, iki aylık ücret tutarının talep edilebilmesi bakımından aranmaktadır.

260 Bkz. ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 33a N. 8; ayrıca, Streiff/von Kaenel, Art. 336 N. 15, 336b N. 2.

261 TİSK’e göre, “Kıdem tazminatı fonuna ilişkin durum açıklık kazanmadan, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı kıdem tazminatı benzeri bir ödeme öngörülmesi isabetli değildir”. Bkz. TİSK, s. 9.

İş kanunlarına tâbi olmayanlar bakımından hükmün uygulanmasında önemli bir sorunla karşılaşılmayacağı söylenebilir ise de, düzenlemenin, ölüm nedeniyle kıdem tazminatı ödenmesi gereken hallerde uygulama alanı bulup bulmayacağı, tartışma konusu olabilir. Belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde benimsenen sonuç, bu ödemenin ölüm nedenine dayanan kıdem tazminatından (Art. 339b OR)<sup>262</sup> bağımsız olarak; ona eklenmek suretiyle yapılması yönündedir<sup>263</sup> ve bu konuda herhangi bir tartışma da yoktur. Bu sonucun gerekçesi, her iki müessesenin farklı amaçlara hizmet etmesi; ölüm nedenine dayanan ödemenin, hizmet sözleşmesinin bir “ard etki”si olarak düşünölmüş olmasıdır<sup>264</sup>.

Bu görüş doğrultusunda, kanaatimce hukukumuzda da aynı sonucu benimsemek doğru olur. Kıdem tazminatına hak kazanılmayan hallerde ise, sadece yeni yasadaki ödemenin yapılacağı açıktır<sup>265</sup>.

Diğer taraftan, bu düzenleme karşısında, gazetecinin ölümü bakımından yine tartışmaya elverişli bir durum ortaya çıkmaktadır: Şöyle ki, Basın İş Kanunu md. 18, gazetecinin ölümü halinde eşi ve çocuklarına; yoksa, bakmakla yükümlü olduğu aile üyelerine aylık ücretinin üç katından az olmak üzere, kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı verileceğini öngörmektedir. Bu durum karşısında sorun, gazetecinin yakınlarına, bu ödemeye ek olarak yeni Borçlar Kanunu’ndaki miktarın da verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır: Kanaatimce, bu konuda tatminkâr bir sonuca varabilmek için, Basın İş Kanunu’ndaki ödemenin hukukî niteliğini doğru bir biçimde tespit etmek gerekmektedir: Öğretide bir görüş, bunun kıdem tazminatı olduğunu kabul ederken<sup>266</sup>, bir başka görüş, anılan öde-

262 Hükme göre, en az 50 yaşında olan ve 20 yıl veya daha fazla kıdemi bulunan bir işçinin iş sözleşmesi sona erdiğinde kendisine kıdem tazminatı ödenmesi gerekir. Sözleşme devam ederken işçinin ölmesi halinde ise, ödeme, sağ kalan eşe veya ergin olmayan çocuklarına; yoksa, bakmakla yükümlü olduğu kişilere yapılır. Art. 339c Abs. 1 ve 2’ye göre ise, tazminatın miktarı, sözleşmelerle kararlaştırılabilir; fakat işçinin iki aylık ücretinden az olamaz (Abs. 1). Tazminat tutarı sözleşmelerle kararlaştırılmadığı takdirde hakim tarafından belirlenir; fakat sekiz aylık ücret tutarını aşamaz (Abs. 2)

263 Honsell/Vogt/Wiegant/Rehbinder, Art. 339d N. 1; ZK-OR/ Staehelin, 1996, Art. 339b N. 2; Streiff/von Kaenel, Art. 339b N. 6.

264 Honsell/Vogt/Wiegant/Rehbinder, Art. 338 N. 1. Buna karşılık, İsviçre öğretisinde bir başka görüş, söz konusu ödemenin, iş ilişkisiyle kurulan ve kanunda zorlayıcı olarak öngörölen “tam üçüncü şahıs yararına sözleşme”ye dayandığını kabul etmektedir. Bkz. Schweingruber, s. 279. Ekmekçi (Mercek 2005 s. 175) ise, bunun kıdem tazminatı benzeri bir ödeme olduğu görüşündedir.

265 Son nokta açısından, hükmün genel nitelikte olması nedeniyle bu görüşte, Yenisey (henüz yayınlanmamış tebliğ).

266 Bkz. Narmanlıoğlu, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1971, s. 255.

menin, kıdem tazminatı olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>267</sup>. Kanaatimce, ikinci görüş daha isabetlidir: Bir defa, anılan ödemenin kanun içindeki sistematik yeri, bunun kıdem tazminatı olarak nitelendirilmesine elverişli değildir. Yasa koyucu, 212 sayılı kanunla getirdiği bu hakkı kıdem tazminatı olarak düşünmüş olsaydı, kıdem tazminatı ile ilgili md. 6 içinde düzenleme yoluna giderdi. Sonra, 18. maddenin “ölüm tazminatı” şeklindeki kenar başlığı da bunun kıdem tazminatı olarak değil; ölüm nedeniyle yardım niteliği taşıyan bir ödeme olarak düşünüldüğünü göstermektedir. Nihayet, gözden kaçırmamak gerekir ki, kıdem tazminatına ilişkin bütün düzenlemelerin ortak yönü, işçi açısından belirli bir kıdem aramasıdır. Oysa, ölüm tazminatının ödenmesi, belli bir kıdeme sahip olmayı gerektirmemektedir. O halde, kıdem tazminatı niteliğinde olmadığı için, ölen gazetecinin yakınlarına bu ödemeye ek olarak yeni kanundaki miktarın da verilmesi gerekmemektedir. Bu hüküm, niteliği itibarıyla, Türk Borçlar Kanunu'ndaki yeni düzenlemenin gazeteciler bakımından özel bir şeklidir ve ölüm halinde ödenecek tazminat, Basın İş Kanunu md. 18'de öngörülmüş olan tutardan ibarettir.

İşverenin ölümü halinde sözleşmenin sona ermesi ise, önceki yasada olduğu gibi, sözleşmenin ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuş olması şartına bağlanmıştır (md. 441 f. 2). Bunun dışında kalan hallerde, ölen işverenin yerini mirasçıların alacağı belirtilmektedir. Önceki kanunda düzenlenmemiş olan bu nokta, küllî halefiyet ilkesinin bir sonucu olmakla birlikte, yasa bu durumda, işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükmün (TBK md.428) kıyas yoluyla uygulanacağını hükme bağlamış bulunmaktadır (md. 441 f.1).

#### IV. İbraname

Yeni Türk Borçlar Kanunu, öğreti ve uygulamayı uzun süreden beri meşgul eden ibraname sorununu mevzuatımızda ilk kez ayrıntılı olarak düzenlemekte ve md. 132'de yer alan genel hükümden farklı olarak, “işverenden olan işçilik alacakları” ile ilgili ibranamenin geçerliliği konusunda bir arada bulunması gereken dört koşul aramaktadır: Bunlar, ibranamenin yazılı olması, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden itibaren en az bir aylık sürenin geçmesinden sonra düzenlenmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi ve ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılmış olmasıdır. Bu unsurları taşımayan ibranameler kesin olarak hükümsüz sayılmıştır (md. 420 f. 2). Böylece, yeni yasa hizmet

267 Bkz. Tuncay, Basında İşçi-İşveren İlişkileri, s. 75.

sözleşmesi alanında ibranameyi gerçek anlamından ayırarak, borcu ortadan kaldıran değil; borcun ifa edilmiş olması şartıyla geçerli sayılan bir işlem olarak düzenlemiş olmaktadır<sup>268</sup>. Kısmî ifa halinde de ibra sözleşmelerinin veya ibra beyanını içeren diğer ödeme belgelerinin, içerdikleri miktarla sınırlı makbuz hükmünde oldukları belirtilmiştir (TBK md. 420 f. 3). İşaret etmek gerekir ki, bu sınırlamalar, destekten yoksun kalanlar ile, işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dahil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanacaktır (TBK md. 420 f. 4). Getirilen yeni düzenlemelerin iş kanunlarına tâbi iş sözleşmelerinde de geçerli olduklarında şüphe yoktur.

### **V. Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı**

Yasanın sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin hükümleri mevcut düzenlemelere göre ileri sayılabilecek birtakım yenilikler içermektedir. Ancak, bu hükümlerin hazırlanması sırasında sadece İsviçre Borçlar Kanunu göz önünde bulundurulduğu için, olması gereken düzeyde bir korumaya ulaşılamamıştır. Özellikle, rekabet yasağının, ancak bir bedel karşılığında kararlaştırılabileceğinin öngörülmemiş olması<sup>269</sup>, kanaatimce önemli bir eksiklik<sup>270</sup>. Nitekim, yeni Türk Ticaret Kanunu md. 123 f. 1'de, acentenin tâbi olacağı sözleşme sonrası rekabet yasağında dahi karşı edim yükümlülüğü bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. Yeni Türk Borçlar Kanunu ise, hizmet sözleşmesine ilişkin rekabet yasağında karşı edimi tarafların anlaşmasına bırakmıştır (md. 445 f. 2). Uygulamada bu yönde bir anlaşma yapılması ihtimali, yok denecek kadar azdır.

Diğer taraftan kaynak kanunda, yasağın sadece özel koşullar altında üç yılı aşabileceği öngörülmüş iken (Art. 340a Abs. 1 OR), yasada, yasak "...özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz" denilmiştir (md. 445 f. 1). Yasak süresinin kaynak kanundan daha kısa tespit edilmesi isabetli olmuştur<sup>271</sup>. Ancak kanaatimce daha doğru olan, rekabet yasağını Alman Hukukunda olduğu gibi (§ 74a Abs.1 HGB), hiçbir istisna tanımadan iki yıllık bir azamî süre ile sınırlandırmaktır<sup>272</sup>. Nitekim, yeni Türk Ticaret Kanunu md. 123 f. 1'de, acentenin tâbi olacağı sözleşme sonrası rekabet yasağı, iki yıllık bir azamî süreye bağlı tutulmuştur.

268 Bkz. Çil, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği, Sicil, Mart 2011, s. 67, 80.

269 Alman hukukunda ise, rekabet yasağının geçerliliği, yasak süresince her yıl için son ücretin en az yarısı kadar bir karşı edimde bulunulması şartına bağlıdır (§ 74 (2) HGB).

270 Bu konuda bkz. Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 19 vd. Bu eleştiriyi kanun taslak halinde iken de dile getirmişt看m. Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 166.

271 Yasağın kural olarak iki yılı aşamayacağını öngören hüküm, uygulamada yeknesak düzenlemeler ortaya çıkaracağı gerekçesiyle TİSK tarafından da isabetli görülmektedir. Bkz. TİSK, s. 10; aynı yönde, Ekmekçi, Mercək, Temmuz 2005, s. 175.

272 Bkz. Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 21; aynı yazar, Ulucan Armağanı, s. 166.

Nihayet, yasa açıkça, hakime aşırı rekabet yasağını sınırlama yetkisi de tanımaktadır (md. 445 f. 2). Ancak, önceki kanunda bu yönde açık bir düzenleme olmaması nedeniyle hükmü önemli bir yenilik olarak görmek<sup>273</sup> de doğru değildir. Çünkü, önceki kanun dahi rekabet yasağını, işçinin iktisadî geleceği bakımından hakkaniyete aykırı bir güçlük teşkil etmediği ölçüde bağlayıcı saymıştır. Bunun anlamı, işçinin, bağlayıcılık sınırları dışında kalan bir faaliyeti sözleşmeye aykırı davranmış olmaksızın yerine getirebilecek olmasıdır. Bunun için önceden ne herhangi bir işlemde bulunması ne de bir dava açması gerekir. Ancak, rekabet yasağının uygun bir sınır içinde kalınarak tespit edilmiş olup olmadığını işçinin tek başına güvenilir bir biçimde tespit etmesi de mümkün değildir. Bu nedenle, uygunluğun yargıç tarafından belirlenmesi işçi açısından büyük bir önem taşır. Yargıcın bu belirlemeyi ya bir tespit davası nedeniyle ya da yasağa aykırı davranıldığı iddiasıyla açılan bir dava dolayısıyla yapması söz konusu olabilir. Hangi yola gidilmiş olursa olsun, yargıcın bu faaliyeti, sözleşme içeriğini yasa koyucu tarafından istenilen sınırlar içine çekebilmesi demektir. Sözleşme kapsamını bu şekilde daraltabilme imkânı, yasağın, hakkaniyetle bağdaşan bir biçimde sınırlandırılmasını öngören BK. md.349 hükmünün doğrudan bir sonucudur. Yasağın kapsamını tayin etme imkânının pratik değeri ise, takdir hakkı tanınan diğer hallerde olduğu gibi, yargıcın yasağa hakkaniyetle bağdaşan bir sınır getirmesidir. O halde, aşırılığın tespiti, burada, yasağın sınırlandırılması şeklinde gerçekleşmek durumundadır. BK. md. 349 hükmünün, yargıca fahiş cezaî şartı veya tellallık ücretini indirebilme yetkisi veren yasa hükümlerinden (BK. md.163 f.3; BK. md.409) tek farkı, sözleşmeye müdahale imkânını üstü kapalı (implizit) bir biçimde tanımış olmasıdır. Nitekim yasanın hazırlık çalışmaları sırasında da yargıcın böyle bir yetkiye sahip olduğundan hiçbir şekilde şüphe edilmemiş ve bu yetki İsviçre Federal Mahkemesi tarafından yerleşik bir uygulama halinde kullanılmıştır<sup>274</sup>.

Fakat sözleşme içeriğinin yargıç tarafından denetlenmesi konusunda yeni yasanın getirdiği en önemli yenilik, hiç şüphesiz, genel işlem şartları alanındadır (md. 20-25). Bu düzenlemelerin iş hukukunda “genel iş koşulları”<sup>275</sup> bakımından taşıdığı değer ise, sadece ayrı bir tebliğin değil; fakat daha ayrıntılı çalışmaların konusudur.

273 Karş. Uşan, Rekabet Yasağının Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yarg. 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Sicil, Mart 2011 s. 123.

274 Bak. Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 72-73 ve orada anılan kaynaklar.

275 Bu konuda bkz. Soyer, Genel İş Koşulları, İstanbul, 1987.

**D. Sonuç**

Yeni Türk Borçlar Kanunu, inceleme konusu yapılan hükümleri çerçevesinde genel bir değerlendirmeye tâbi tutulacak olursa denilebilir ki, getirilen düzenlemeler, kaynak kanunun büyük ölçüde tercüme edilmesi suretiyle hazırlanmıştır. Bu durum, zaman zaman, Türk İş Hukuku'nun yerleşmiş prensipleriyle uyumlu olmayan veya uygulamada sorunlar yaşanmasına yol açabilecek hükümlerle karşı karşıya kalınmasına yol açmaktadır. Bilim komisyonu çalışmalarında iş hukukçularının yer almaması, önemli bir eksiklik olarak hissedilmektedir. Ancak, kanun tasarısı hazırlandıktan sonra iş hukukçularının da bu konuda gereken ilgiyi göstermedikleri kabul edilmelidir. Diğer taraftan, son tasarıya kadar birkaç metin hazırlanmış olması yanında, Adalet Komisyonu tarafından yapılan değişiklikler, bazen, yasa maddesi ile gerekçesi arasında çelişkiler ortaya çıkmasına da yol açmış bulunmaktadır. Borçlar Kanunu gibi temel bir kanunda herhalde bu tür aksaklıklarla karşılaşılmalıdır. Bütün bunlara rağmen, yasanın, pek çok konuda yeni ve öncekine göre işçi açısından oldukça ileri düzenlemeler getirmiş olduğu da açıktır.

**Prof.Dr. Sarper SÜZEK** (*Oturum Başkanı*)- Burada Sayın Polat Soyer Hocamız sonuç bölümünde şöyle bir ifadeye yer vermiş, haklı bir ifade: “*Bilim komisyonu çalışmalarında iş hukukçularının yer almaması önemli bir eksiklik olarak hissedilmektedir*” diyor.

Ara vermeden önce ben de kısaca hem bu konudaki görüşümü, hem de çok önem verdiğim, belki tartışmalara ışık tutabileceğini düşündüğüm bu tebliğle ilgili birkaç noktayı söyleyeceğim. Belki söylenecek çok şey var, ama çok zamanınızı almayacağım.

Bir kere, bu iş hukukçularının yer almaması gerçekten önemli bir eksiklik olmuştur. Bizim biraz katkımız oldu, ama sınırlı oldu, onu da anlatacağım, ama ona geçmeden önce şunu söylemem lazım. Tabii, bu Borçlar Kanunu'nun Hizmet Akdi bölümünün İş Kanunu ve diğer iş yasalarıyla uyum içinde olması gerekiyor. Bu uyum kurulamamıştır. Bunun kurulamamasının tabii en önemli nedeni, geniş ölçüde İsviçre Borçlar Kanunu'nun Hizmet Akdi bölümünün tercüme edilmiş olmasıdır. Evet, bazı değişiklikler var, yok değil, ama ağırlıkla İsviçre Borçlar Kanunu hizmet akdi bölümü tercih edilmek suretiyle Kanuna girmiştir, sistem odur. Ama İsviçre'deki durum farklı. İsviçre'deki İş Kanunu'nun içinde, ayrıca bir İş Kanunları var, ama İsviçre'deki İş Kanunu'nun içinde iş akdi, hizmet akdi bölümü yoktur. O Borçlar Kanunu içinde düzenlenmiş ve o kısım geliştirilmiştir. İsviçre'deki İş Kanunu bizim İş Kanunumuzun işin düzenlenmesi bölümünde yer

alan hususları sadece kapsar; yani kamu hukuku nitelikli iş hukuku hükümlerini kapsar; Çalışma süreleri, dinlenme süreleri, iş sağlığı, iş güvenliği hükümleri, iş denetimi, kamusal yaptırımlar, idari, cezai yaptırımlar, bunları kapsar. Sadece İş Kanunu'nda onlar vardır. Onun dışında kalan iş akdi Borçlar Kanununun hizmet akdi, iş akdi bölümünde düzenlenmiştir, onu İş Kanunu içine sokmamışlardır. Böyle olunca tabii yıllar içinde baştan itibaren iş akdi bölümünde İsviçre Borçlar Kanunu'nun yenilikler yapma gereği ortaya çıkmıştır. Çok değişiklikler olmuştur yıllar içinde ve çok ileri hükümler de İsviçre Borçlar Kanunu'nun hizmet akdi bölümlerine girmiştir. Biz nasıl İş Kanunu'nda bunları öngörmüş isek. O zaman da tabii, bunlar aynen tercüme edilince, çoğu hükmü İsviçre Borçlar Kanunu'nun, bizim Borçlar Kanunumuzun hizmet akdi bölümünü. Burada pek çok örnek var, ama ayrıntıya girmek istemiyorum. Borçlar Kanunu'ndaki bazı hükümler, hizmet akdi hükümleri İş Kanunu'ndan da ileri olmuştur; yani İş Kanunu yerine Borçlar Kanunu'ndaki hükmün uygulanması işçilerin daha lehine olmuştur birçok hükmü. Bu tabii bir uyumsuzluk yaratıyor.

Burada aslında temelde baktığımızda olay nedir? Bizde ayrı bir İş Kanunu içinde hizmet akdi, iş akdi olduğu için ve Borçlar Kanunu'na tabi ilişkiler, iş ilişkileri, işverenlerin İş Kanunu'nu dışında kalan iş ilişkilerini düzenlediğinden işverenlerin daha zayıf işverenler olarak, bunların daha düşük şartlarla, daha düşük çalışma koşullarının getirilmesi gerekirdi. Böyle olmamıştır. Bana göre şeyin sınırı, bunları söyledik onlara. Bunun sınırı; yani Borçlar Kanunu'ndaki hükümler aynen İş Kanunu'ndaki hüküm de getirilebilir, ona da bir itirazım yok, ama onun ötesine geçmemeliydi, önüne geçmemeliydi. Biz Borçlar Kanununu mu, İş Kanunu'nu mu uygulayacağız? Bu sorun karşımıza çıkıyor çelişik hükümler karşısında. Boşluk bulunan hallerde ise tabii orada bir engel yok, boşluk bulunan hallerde ne kadar ileri hüküm getirirseniz getirin İş kanununa tabi olanlara uygulanacak.

Burada Polat Hocanın eleştirisine gelince şöyle bir şey oldu: Bu taslak üzerinde, bu hizmet akdine ilişkin taslak üzerinde bir çalışma yapmak üzere zamanın Adalet Bakanlığı 6 tane hocayı görevlendirdi. Bu hocalar, bunların içinde bendeniz de yer alıyordum, 9 tane bilim kurulu üyesinin 6'sı Borçlar Kanununun hizmet akdiyle ilgili görüşlerimizi biz belirttik, hatta o kurul beni görevlendirdi: Sen Ankara'dasın, komisyona sen katıl" diye. Orada da, o rapordaki görüşlerimizi size çok temel olarak aksettirdiği görüşleri ve diğer ayrıntılara ilişkin görüşlerimizi rapor olarak sunduk, savunduk. Fakat bunların ne yazık ki pek nazara alınmadığını görüyoruz. Sayın Soyer Hoca da tebliğinde çok kapsamlı tebliğinde çok uyarıcı, daha önce kanunlaşmadan önce çok uyarıcı önerilerde bulunmuş, bunların da pek çoğu nazara

alınmamıştır. Dolayısıyla, bu kaçınılmaz bir uyumsuzluk ortaya çıkmıştır, pek çok sorunla karşı karşıya kalacağımız görülüyor. Bu temelle ilgili bir şey, hükümlerle ilgili çok önemli gördüğüm birkaç noktada görüşlerimi söylemeden geçemeyeceğim: belki bunları tartışma imkânımız bulunur. Geçersizliğin geçmişe yürümemesi, ileriye yürümesi gerçekten içtihatla da kabul edilen çok ileri bir hüküm, bunu kabul ediyoruz. Ama ben şunu da arzu ederdim: İleriye dönük olarak da, İş Kanununa tabi olanlara da bunlar uygulanacağı için bunun, gerçi Polat Hoca tebliğinde bunun nakledilebileceğini söylüyor, ama orada bir hükmün yer alması, iş güvencesinin sağlanması bakımından Borçlar Kanunu 21'sinin 2. fıkrasından hareketle iş akdinin tümünün değil, geçersiz hükmün sadece geçersizliğine karar verilmesi, o hükmün yerine gözetme borcuyla işverenin dolduracağını bunu ve ayakta tutulacağını, bu borçlar hukukunun da bir prensibidir, belirtmesi uygun olur.

Bir başka sorun şu: Sayın Gülümnden Hanım da bahsetti, burada dikkat edilirse şöyle birçok önemli hüküm var İş Kanunu'ndan farklı olarak: Borçlar Kanunu'ndaki hüküm belirli sürenin iş akdinin kurulmasında İş Kanunu'nun 11. maddesindeki objektif koşulları aramıyor. Dolayısıyla, iş kanunu tabi olmayanlar bakımından belirli süreli iş akitleri o sonuca varmamız gerekir diye düşünüyorum, objektif koşullar aranmaksızın da kurulabilecek. Yenilenmede sadece objektif koşulların varlığını arıyor, zincirleme haline getirilmesinde. Ama bundan tabii şu sonuç ta ortaya çıkıyor: Mesela tabii Basın İş Kanununa tabi olanlar bakımından böyle bir düzenleme olmadığı için onlara Borçlar Kanunu uygulanacak. Borçlar Kanunu uygulandığı için basın işkolunda ilk defa yapılan sözleşmelerde de belirli süreli iş akdi yapılabilecek. Böyle olunca Basın İş Kanununa tabi olanlar iş güvencesi hükümlerinden ilk kuruluşu itibarıyla belirli süreli iş akdi yapıldığı için yararlanamayabileceklerdir, böyle bir kaçınılmaz sonuç ortaya çıkıyor. Bu bence önemli bir nokta, onlara kaununla getirilmiş olan iş güvencesi hükmü oldukça geri çekilmiş oluyor bu hükümle.

Şu çok önemli, zarara yatkın işler, onun üstünde çok durmak istiyorum, ama çok önemli, bunu eskiden beri savunuyoruz. En küçük hafif bir ihmalde bile işçinin bundan sorumlu olması. Dünyada artık bu açılmıştır diğer ülkelerde. Zarara yatkın işlerde hafif ihmalden işçinin kusurlu olması kabul edilmez. Çok güzel belirttikleri gibi burada öyle bir durum oldu ki, Borçlar Kanunu, bunu getirmekle iyi bir hüküm getirmiştir. Zarara yatkın işler hafif ihmalde işçi sorumlu olmayacak, ama tabii çok önemli bir çelişki ortaya çıkmış oldu; tazmin yükümlülüğü yok hafif işte, ama hafif bir ihmalle bile 30 günü aşkın bir ücret, zarar verilirse ücreti tutarında işçinin iş akdi feshedilebilecek. Bu da tabii mesela çok önemli çarpıcı çelişkilerden iri.

Mobbing'in psikolojik tacizin, çok önemli bir başka nokta, Borçlar Kanunu'na girmesi tabii olumlu. İş Kanunu'nda böyle bir düzenleme yok. Biz biraz zorlayarak fesih hakkının doğabileceğini filan söylüyoruz, ama tazminat konusunda bir düzenleme yok. Burada Adalet Komisyonu Başkanı bana son zamanlarda gönderdi taslağı. Orada Mobbing yoktu, psikolojik taciz yoktu. Ben “*bu da girebilir*” dedim hemen bunu benimsediler, sonradan girdi zaten. Mobbing, psikolojik taciz kanuna girmiş oldu, fakat, şimdi açık konuşmak gerekirse, çok iyi mi yaptık çok emin değilim, çünkü bizim ülkemizde iyi çalışmayan, promosyon alamayan, ilerlemeyen herkes “bana Mobbing yapılıyor” diye davayı açar, açacaktır. Nitekim Almanya’da ve Fransa’da olağanüstü bu konuda dava açılmıştı Kanuna girdiğinde, haklı, haksız, belki de çoğu kez haksız, onu da söyleyeyim. Onun için sonradan bunu sınırlama ihtiyacı duydular o ülkelerde. Onu da belirtmeden geçemeyeceğim. Biraz günahı da, sevabı da bana ait onu hatırlattım Adalet Komisyonu Başkanı, onu söyleyeyim.

Çok önemli bir nokta gene, sorumluluk, iş kazasından doğan sorumluluk. Burada İş Kanunu'nun 77. maddesiyle bir paralellik getirilmesi son derece önemli olmuştur. Bilindiği gibi eski Borçlar Kanunumuzda bir kaçamak noktası vardı. İşveren ancak hakkaniyet gerektirdiği kadar iş güvenliği önlemleri almaktan sorumluydu. Bu tabii çok zayıflatıyordu iş güvenliği konusunu. Şimdi bu Kanunda aynen 77. madde oraya taşınmakla gereken her türlü önlem alır demekle tamamen kapatmış oluyor; yani sadece gereken her türlü önlemler yüce Yargıtayımız bu konuda da çok güzel içtihatlar çıkarmıştır, gereken her türlü önlem sadece Mevzuatta yer alan önlemler değildir. Modern teknoloji hangi önlemi gerektiriyorsa, çünkü bu insan sağlığı, yaşamıyla ilgili her türlü önlemin alınması gerektiğini içtihat etmiştir. Bunu tabii Borçlar Kanunu'na taşımakla son derece bence ileri bir adım atılmıştır. Ancak, gerekçesinde Kanunun burada kusur sorumluluğu mu var, kusursuzluk sorumluluk var, sorunu da halledilmiştir diyor, bu onu halletmez. Onun teknik teferruatına girmeyeyim. Gene kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk tartışması bu hükme rağmen devam edecektir, onun teknik ayrıntısına girmek istemiyorum.

Birçok beklediğim bir şey gerçekleşmemiş bu Kanunda, bu bence son derece önemli. Malum İş Kanunu'nda da var, pardon, İş Kanunu'nda yok, ama eskiden beri bu boşluk olduğu için Borçlar Kanunu hükmüyle uygulanıyordu. İşçinin ücretinin devri yasaklanmıştır. Çok güzel, ama bir başka nokta var, özellikle iş kazalarında ortaya çıkan bir sorunumuz. Gerçekten bizi üzen, tedirgin eden bir sorun var. İş kazası tazminatlarında, mesela icabında 50 kişi, 100 kişinin hayatını kaybettiği tazminatlarda ne yazık ki

bazı meslektaşlarımız oraya gidiyorlar, destekten yoksun kalanlara birtakım bazı haklar veriyorlar çok sınırlı alacakları haklara göre. Ve tazminat alacaklarını devralıyorlar. Dolayısıyla, o destekten yoksun kalanlar hak etiklerini alamıyorlar. Kanun da buna imkân tanıyor. Sadece ücret alacağı devredilemiyor. Tazminat alacağının devredilemeyeceği konusunda bir düzenleme yok. O zaman bunu söyledik, başka şeyler de söyledik, ama bunun da girmesi lazımdı. Buna son derece önem veriyorum, her türlü tazminat alacağının devredilmesi bence önlenmeliydi.

Haksız fesihle ilgili, bu da çok önemli bir nokta ve çok teknik. O tekniğe belki çok girmeden şu kadarını söyleyeyim: Burada Yargıtayımızın ulaştığı noktanın gerisine giden bir düzenleme var. Bilindiği gibi daha önce Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi ne diyordu? *“Eğer işçi emeğini sunar, işveren de bunu kabul etmezse, bu takdirde işçi çalışmaksızın işveren alacaklı temerrüdüne düşer, işçi çalışmaksızın ücretini alır”* diyordu. Bu durumda tabiatıyla belirli sürenin sonuna kadar olan ücreti işçi alacak. Burada temerrüt ve ücret ikilisi söz konusuydu. Fakat bu böyle olduğunda iş akdi sona ermemiş, feshedilmemiş olduğu için işçi bu durumda İş Kanunu'nun 14. maddesindeki kıdem tazminatını alamıyordu, çünkü fesih yok. Bu ise önemli bir sorun yaratıyor daha önce, çünkü bilindiği gibi belirli süreli iş akitlerinin de haksız feshinde, vesaire, 14. maddeye baktığımızda kıdem tazminatı hakkı doğar. Böyle olunca bu iki hüküm çelişiyordu; Borçlar Kanunu'nun 325. maddesiyle İş Kanunu'nun 14. maddesi ve biz de o zaman dedik ki, burada bir buna iki hüküm çelişirse, açıkça bizim mevzuatımızda bilindiği gibi medeni hukuka göre çatışma boşluğu ortaya çıkar, boşluk ortaya çıkar kısacası, hukuk boşluğu. Bunu da yargı organı doldurabilir demiştik. Nitekim, yargı organı son derece ileri, güzel bir içtihatla bunu doldurdu. Dedi ki, *“bu bir fesihdir; yani temerrüt ve ücret değil, bu bir fesihdir. Fesih olduğu için fesih ve tazminat ikiliği söz konusu olur, kıdem tazminatını işçi alır”* dedi. Bize göre böyle doldurdu ve doğrusu da buydu.

Ne görüyoruz yeni düzenlemede? Diyor ki burada işte, ilginç bir şey çıkacak gene, tartışma konusu. Diyor ki, böyle bir durumda geriye kalan ücretini alır işçi; yani belirli süreli bir iş akdi işveren tarafından, biz ona fesih diyoruz, ama Sayın Soyer bunu kusurlu imkânsızlık olarak nitelendirmiş; yani belirli süreli iş akdinin iş vermemesi işverene, gerçekten böyle de bakılabilir olaya, ama öyle olduğu takdirde şöyle bir sorun ortaya çıkıyor: Kusurlu imkânsızlıktan oradaki tazminat, çünkü burada İş Kanunu'nda böyle durumlarda belirli süreli iş akitlerinin feshinde ne olacak? Hüküm yok. Onun için hep Borçlar Kanunu'na gitti, onun için uyarılama yaptı, boşluğu doldurdu Yargıtayımız. Burada kusurlu imkânsızlık deyince buna, ki rahmetli

Kemal Oğuzman Hocamızın eskiden beri görüşüdür bu ayrıca. O zaman fesih demeyince kendine özgü sorunlar ortaya çıkacak. Tabii yalnız kanun koyucu şunu da getirmiş: “*Böyle bir durumda işçinin 6 aya kadar ücretine hükmedilebilir*” diyor. Kıdem tazminatı değil, ama 6 aya kadar ücretine hükmedilecek ve boşta geçen; yani geriye kalan süreyi alacak.

Burada şöyle bir sorun ortaya çıkıyor: Eğer kıdemi azsa işçinin, 2-3 ay, 4 ay, 5 aysa, o zaman fazla bir sorun yok, 6 aya kadar kıdem tazminatı; yani kıdem tazminatı yerine gelen bu 6 aya kadar olan tazminatı alabilecek, ama çok uzunsa, 10 sene, 15 sene, 20 seneyse o zaman Kanun 6 aylık ücret alacağıyla sınırlıyor. Bu tabii önemli bir sorun olarak karşımıza çıkıyor, kıdemli işçiler bakımından çok önemli. Yargıtay'ın içtihadının aksine çok önemli bir geriye gidiş söz konusu.

Bir başka nokta, bitiriyorum, sabrınızı çok zorlamak istemiyorum, bitiriyorum, bir de ölüm halindeki tazminat meselesi. Kanun ölüm halinde bir aylık veya iki aylık çok sosyal, çok güzel bir hüküm getirmiş Borçlar Kanunu, fakat bunun kıdem tazminatıyla ilişkisinin de irdelenmesi lazım. Bunlara kıdem tazminatı ölüm halinde de alındığı için her iki tazminatta alınabilecek mi, alınamayacak mı sorunuyla karşı karşıya kalacağız. Bence zannediyorum Polat Hoca da o yönde yazmış, amaçları farklı olduğu için belki her iki tazminat, tartışılabilir, her iki tazminatın da talep edilebileceği sonucuna varabiliriz.

Ben de daha fazla uzatmayayım, bir kahve, çay arası verelim, ondan sonra arkadaşımızı dinleyeceğiz.

## 2. Bölüm

*Konu*

### ÖZEL HİZMET SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN YENİ BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNİN İŞ HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEMİ

*Konuşmacı*

**Yrd. Doç. Hediye ERGİN**

(Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi  
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı)

**Prof. Dr. Sarper SÜZEK -Oturum Başkanı-** Günün son konuşmasını, son sunumunu Sayın Yardımcı Doçent Doktor Hediye Ergin Hanımefendi yapacak. Kendisi artık çok yaygınlaşmış olan ve İş Kanunumuzda da yer almayan evde çalışmalar üzerine çok önemli sorunlar çıkıyor, ülkemizde de çok yaygın, hatta ben bu konuyu bir meslektaşımıza, Siyasal Bilgilerde İş Hukuku bir doçentlik tezi olarak verdim, ama tamamlayamadı henüz, son derece önemli bir konu ve bu şimdi bizim Borçlar Kanunumuza girdi bir müessese olarak. Bunu anlatacaklar. Buyurun efendim, kolay gelsin.

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Bu seminerde iş hukukunu kendisinden öğrendiğim değerli Hocam Profesör Sarper Süzek'le aynı oturumda tebliğ sunacak olmanın verdiği onuru ve heyecanı taşıdığımı da belirtmek isterim.

#### **EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ**

##### **I.GİRİŞ**

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olmayan, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 351 ila 355. maddeleri arasında toplam 9 maddede düzenlenen Evde Hizmet Sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 461 ila 469. maddelerinde toplam 9 maddede hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlenmiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metni ile yeni getirilen hükümleri karşılaştırdığımızda, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan kelime kelime maddelerin çevrilerek yasalaştırıldığı görülmektedir. Çok güzel, hatasız bir çeviri yapıldığını da belirtmek isterim. Yeni düzenlemeleri İsviçre'den aldığımız için oradaki yargı kararları ve öğretisi görüşleri bizim hukukumuz açısından da önem taşımaktadır. Bu nedenle tebliğ metni yer yer İsviçre hukukuyla karşılaştırmalı olarak hazırlanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 461. maddesine göre, “*Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Madde gerekçesine göre, “evde hizmet sözleşmesinde işçi, mesela bir mağazaya, kendi evinde bizzat veya aile bireyleriyle birlikte **çeyiz, yatak örtüleri, giysiler dikip vermeyi, kendisine teslim edilen ürünleri paketlemeyi üstlenebilir**”.<sup>276</sup> Burada, Türk Borçlar Kanunu'nda bilgisayar ve telefonla yapılan evde çalışma türü olan tele çalışmanın değil, daha basit, geleneksel evde çalışmanın düzenlendiği tespit edilmektedir.

Burada tartışılması gereken önemli bir husus ise evde hizmet sözleşmesiyle çalışanların İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalıp kalmadığıdır. İş Kanunu'nun “*İstisnalar*” başlıklı 4. maddesinin (d) bendine göre, “*Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatların yapıldığı işlerde*” İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bir kimsenin belirtilen derecede hısım veya aile üyesi sayılabilmesi için bunların aynı evde yaşamaları gerekmez. Bir başka deyişle, aile üyeleri aynı çatı altında yaşamasalar, başka konutlarda otursalar bile, diğer koşulların var olması halinde yaptıkları faaliyetin İş Kanunu'nun kapsamı dışında kaldığını kabul etmek gerekir.

İş Kanunu'nun m.4/d bendindeki düzenlemede, **işin tamamen aile üyeleri ve 3. derece de dâhil hısımlar arasında yapılması ve bu işin yapımına aile üyeleri ve bu hısımlar dışında birisinin katılmamasının aranması**, bu istisna hükmünü Borçlar Kanunu'ndaki evde hizmet sözleşmesine yakınlaştırmaktadır.

Evlerde hısımlar arasında yapılan işin İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalması için aranan bir diğer özellik de yapılan işin **el sanatı** işi olmasıdır. El sanatı işleri genellikle üzerinde el emeğinin yoğun olduğu, halıcılık, dokumacılık, işlemecilik vb. gibi işlerdir. Borçlar Kanunu'nda 461. maddenin gerekçesinde Evde Hizmet Sözleşmesine ilişkin verilen örneklerden el

<sup>276</sup> Madde gerekçesinde 461. maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 351. maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir.

emeğinin yoğun olduğu geleneksel evde çalışmanın düzenlendiği daha önce tespit edilmişti. Bu yönüyle de evde hizmet sözleşmesi İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisna hükümlerine yakındır.

Borçlar Kanunu'nun 469. maddesindeki, **“evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır”** düzenlemesi de evde hizmet sözleşmesine İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı görüşünü destekler niteliktedir.

## **II. “EVDE HİZMET” ile “EV HİZMETLERİ” ARASINDAKİ FARK**

İş Kanunu'nun 4. maddesinin kapsamı dışında kalan evle ilgili bir diğer iş grubu da ev hizmetleridir (İş K. m. 4/I-e). İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalması için yapılan işin “ev hizmeti” olması dışında başka bir özellik aranmamıştır. Ev hizmeti, hizmetçilik, temizlikçilik, aşçılık, çocuk bakıcılığı, bahçıvanlık gibi evin gündelik işleyişine yönelik çalışmalardır.<sup>277</sup> “Ev Hizmetleri” ile “Evde Çalışma” birbiriyle karıştırılmaması gereken farklı kavramlardır. Evde çalışmada işçi iş sözleşmesinin konusu olan işi kendi evinde görmekteyken, ev hizmetleri işverenin evinde yerine getirilir. Evde çalışma özellikle dokuma endüstrisinde, terzilikte yaygın olmakla birlikte paketleme, sarma, kutulama, el işi, oyuncak üretimi gibi alanlarda görülmektedir.

Bu bağlamda değinilmesi gereken önemli bir başka husus, klasik evde çalışma ile tele çalışmanın her ikisi de evde yapılmakta iken, bu iki çalışma şeklinin de birbirinden farklılık gösterdiğidir. Şöyle ki, klasik evde çalışmada, daha çok fazla nitelik gerektirmeyen el becerisine dayanan işler yapılırken, tele çalışmada bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılmasına dayalı yüksek nitelikler gerektiren ve profesyonelce yapılan işler söz konusudur. Tele çalışmanın en önemli özelliğini, bu çalışma şeklinin evde de yapılmakla birlikte, iletişim teknolojileri aracılığıyla yapılması oluşturur. Çoğunlukla işletmeye bir on-line (hat-üstü) bağlantısı mevcuttur. Bu şekilde iş sonuçları sürekli bağlantı içinde geliştirilmekte ve gönderilmektedir. Tele çalışmadan farklı olarak evde çalışmada ise kablo bağlantısı yoktur. İşçiler işleri işyeri dışında yerine getirmekte, üretilen mal ise başka türlü iletilmektedir.

## **III. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI**

### **1. İşin Yalnız ya da Aile Üyeleriyle Birlikte Yerine Getirilmesi**

Ev işçisi üstlendiği edimi bu konuda özel bir düzenleme yapılmasına gerek kalmaksızın, yasa gereği, aile bireyleriyle birlikte yerine getirebilir. Aile üye-

<sup>277</sup> Yargıtay 9. HD., 09.10.2008, E.2007/27814, K.2008/25988; Yargıtay 9. HD., 09.06.2009, E.2009/20489; K.2009/16455; Yargıtay 9. HD., 08.04.2010, E.2010/6315, K.2010/9972, Süzek, İş Hukuku, s.202.

lerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda Kanaatimize göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinden yararlanılabilir. İş Kanunu'nun "İstisnalar" başlıklı 4. Maddesinin (d) bendine göre, "Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatların yapıldığı işlerde" İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu yasal düzenlemeye göre eş dışında kan bağı olan altsoy ile üst soyda bulunanlar (anne, baba, dede, babaanne, çocuklar, torunlar, torun çocukları) ile bunların eşleri, üvey evlatlar ile evlat edinilmiş çocuklar anlaşılmaktadır.<sup>278</sup> İsviçre Hukukunda ise kardeşler, amca, dayı, hala teyze, yeğenler ile evde hizmet sözleşmesi bağitlanamayacağı kabul edilmektedir.<sup>279</sup> Kanımızca kapsama ilişkin bu farklılık iki ülkedeki aile yapısının farklı olmasından kaynaklanmaktadır.

## 2. İşçinin Kendi Evinde ya da İşçinin Kendisi Tarafından Seçilen Başka Bir Yerde İşin Görülmesi

Ev işçisi nerede çalışacağını kendisi belirler. Ev işçisi işveren için çalışır ancak işverenin hizmetinde çalışmaz.

## IV. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

### 1. İşveren (Arbeitgeber)

Genel bir tanımla işveren, özel hukuk sözleşmesine göre yabancı bir iş organizasyonunda bir gerçek kişiyi çalıştırandır. Bu iş organizasyonu işverenin kendi organizasyonu ya da başka bir üçüncü kişinin organizasyonu olabilir. Buna karşın işveren kavramı evde hizmet sözleşmesinde iki açıdan içerek olarak genişletilmiştir;

*Birinci olarak*, Evde hizmet sözleşmesinde işçi iş görme edimini yabancı bir organizasyonda değil kendi iş organizasyonunda yerine getirir. Öyleyse işçi organizasyonel açıdan bağımsız çalışmaktadır, yabancı bir iş organizasyonunda değildir.

*İkinci olarak*, yeni Borçlar Kanunu'nun 463. maddesindeki düzenlemede iş başarısının söz verilmesi vardır, işçi işin sonucunu borçlanmıştır. Dolayısıyla ekonomik risk işçiye yüklenmektedir. Bu yönüyle evde hizmet sözleşmesi eser sözleşmesine benzemektedir. Evde hizmet sözleşmesinde işveren bir gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisi veya kamu tüzel kişisi olabilir.<sup>280</sup>

278 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre; Çocukları, babası ve annesi birinci dereceden, Torunlar, büyükbabalar (dedeler), babaanne ve annearne ile kardeşleri ikinci dereceden, Amca, hala, dayı, teyze, yeğenler (kardeş çocukları) ve torun çocukları üçüncü dereceden hısımlardır (MK m.17-18).

279 İsviçre Hukukundaki durum için bkz. Rehbinder, Manfred, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Teilband, s.477.

280 Aubert, Heimarbeitvertrag, s.3.

## **2. Ev İşçisi (Heimarbeitnehmer)**

Ev işçisi Türk Borçlar Kanunu m.461'e göre, özel hukuk sözleşmesine göre kendi iş organizasyonunda (evinde) ya da kendisinin belirleyeceği başka bir yerde iş görme borcu bulunan ve işverene bağımlı olan **gerçek kişidir**. Üzerine aldığı işi kendisi çalışmaksızın yardımcı kişileri çalıştırmak suretiyle yerine getiren kişi ev işçisi değildir.

Alman hukukunda ise Evde Çalışma Kanunu'na (Heimarbeitsgesetz) göre, işçi evinde tek başına ya da ikiden fazla olmayacak yabancı yardımcı elemanla işletme namına belirli malların üretim ve paketleme işini yerine getirebilmektedir.

## **3. Ev İşçisi Grupları (Heimarbeitsgruppen)**

İsviçre hukukunda evde çalışmada Takım İş İlişkisinin kurulmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.<sup>281</sup> Takım lideri işverenden ev işini alır, gruplarına dağıtır, işin yerine getirilmesini denetler, bitmiş ürünleri toplar, kontrol eder ve işverene vererek karşılık ücretini alır.<sup>282</sup>

## **V. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN DİĞER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI**

### **1. Evde Hizmet Sözleşmesi – İş Sözleşmesi**

Evde hizmet sözleşmesinde normal iş ilişkisinde mevcut olan yabancı bir iş organizasyonuna dahil olma unsuru gerçekleşmez. Ev işçisi, diğer işçilerden farklı olarak sadece işin yerine getirilmesini değil, işteki başarıyı da yükümlenir. Ücret de üretimdeki başarıya bağlı olarak düzenlenmiştir.

Evde hizmet sözleşmesinde de iş sözleşmesindeki gibi tarafların borçları ayıdır: İşçinin iş görme borcuna karşılık, işverenin ücret ödeme borcu vardır. Ancak normal iş ilişkisinde sonuç borçlanılmazken, evde hizmet akdinde ev işçisi (Heimarbeitnehmer) iş başarısını (*Arbeitserfolg*) borçlanmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 351., Türk Borçlar Kanunu'nun 461. maddesi anlamında evde hizmet sözleşmesi endüstriyel, ticari, bilim, gazetecilik ya da sanatsal yapıda olabilir.

Evde hizmet sözleşmesinde ücret ödeme yükümlülüğü hem yerine getirilen faaliyeti (iş) hem de yapılan işin sonucunu kapsar. Dolayısıyla zaman ya da işin sonucu ücretin belirlenmesinde ölçü olabilir.

Ev işçisi normal iş ilişkisindeki gibi işverenin hizmetinde değildir, yani yabancı bir iş organizasyonunda çalışmamaktadır. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun

281 Reh binder, Berner Kommentar, VI/2, s.476.

282 Reh binder, Berner Kommentar, VI/2, s.476.

351., Türk Borçlar Kanunu'nun 461. maddesi "işveren için" çalışıyor olmayı emredici olarak düzenlemiştir. Böylelikle evde hizmet akdiyle konusu iş görme olan diğer sözleşmesel ilişkilerden de sınır çizilmiş, fark ortaya konulmuştur.<sup>283</sup>

## 2. Evde Hizmet Sözleşmesi – Eser Sözleşmesi

Ev işçisi işini yerine getirirken eser sözleşmesiyle çalışan gibi bağımsız karar verebilme yetkisine sahip değildir. Evde Hizmet Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesi arasındaki benzerlik ise ev işçisinin de eser sözleşmesiyle çalışan gibi yerine getirdiği işte başarı yükümlülüğü taşıyor olmasıdır.

## 3. Evde Hizmet Sözleşmesi – Vekâlet Sözleşmesi

Eğer ücret iş ediminin başarılı olmasına endekslenmişse burada vekâlet sözleşmesi söz konusu olmaz. Bu durumda eser sözleşmesi ya da evde hizmet sözleşmesi söz konusu olabilir.

## VI. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

### 1. Tarafların Ehliyeti

Her sözleşme gibi evde hizmet sözleşmesi de fiil ehliyetine sahip kişilerin birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarıyla meydana gelir. İsviçre Hukuku'nda halen yürürlükte olan Evde Çalışma Kanunu'nun (*Heimarbeitsgesetz*) 6. fıkrasına göre işverenin 15 yaşını henüz doldurmamış kişilerle ev işini tek başlarına bağitlamaları yasaklanmıştır. Buna karşın 15 yaşın altındakiler ev işinde aile bireyi olarak çalışabilirler. Görüldüğü gibi çocukların çalışma yaşı 15'in altına inmektedir. Mesela 9-10 yaşındaki çocuklar evde aile bireyi olarak çalıştırılabileceklerdir. Bu halde evde hizmet sözleşmesi anne, baba ya da başka bir aile bireyi ile kurulmaktadır. İsviçre hukukunda küçüğe normal çalışma gücünün çok üstünde işler verilmesi suretiyle çalıştırılmamasından aile bireyi sorumlu tutulmuştur. 15 yaşın altında olup aile bireyi olmayan küçüklerin ise ev hizmetinde çalıştırılması yasaktır.<sup>284</sup>

### 2. Evde Hizmet Sözleşmesinde Şekil

Kural olarak Evde Hizmet Sözleşmesi'nin yazılı şekilde yapılması gerekmez. Borçlar Kanunu'nun 462. maddesinde sadece ücret ve malzeme için ödenecek bedel konusunda yazılı şekil şartı getirilmiştir.<sup>285</sup> Yazılı olarak belirlenmesi gereken hususlar:

1. İşçi tarafından sağlanacak malzeme,

<sup>283</sup> Rehbinder, Berner Kommentar, VI/2, s.480.

<sup>284</sup> Rehbinder, Berner Kommentar, VI/2, s.487.

<sup>285</sup> Madde gerekçesinde 462. maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 351a maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir.

2. Bu malzemenin sağlanması için kendisine yapılacak ödeme miktarı,
3. İş için ödenecek ücrettir.

Bu şekil şartına uymamak sözleşmenin geçersizliğini doğurmaz, sadece tazminat talep edilmesine etki eder. Borçlar Kanunu'nun 462. maddesinin II. fıkrasına göre, "işin verilmesinden önce malzeme için ödenecek bedel ve iş için ödenecek ücret yazıyla bildirilmemişse, **bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret ödenir**". Şekil serbestisi ilkesi gereğince evde hizmet sözleşmesinin açık irade beyanı ya da susmak suretiyle zmnî olarak, doğrudan ya da dolaylı olarak, sözlü olarak, telefonla ya da yazılı olarak yapılabileceği kabul edilir.<sup>286</sup>

### **3.Özel Bir Borç Olarak Çalışma Koşullarının Bildirilmesi**

Borçlar Kanunu'nun 462. maddesinin I. fıkrasına göre, "işveren, işçiye her yeni iş verişinde genel çalışma koşulları dışında kalan ve o işe özgü özellikleri bildirir". Maddede "**genel çalışma koşulları dışında kalan**" işin yerine getirilmesiyle ilgili çalışma koşullarından bahsedilmiştir. **Buradaki "Genel Çalışma Koşulları"** ifadesini "**Genel İşlem Şartları**" ile karıştırmamak gerekir. Maddede kastedilen toplu iş sözleşmesi vb. kaynaklarla belirlenmiş olan çalışma koşullarının yazılı olarak bildirilmesidir.

## **VII. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ TARAFLARININ BORÇLARI**

### **1.İŞÇİNİN ÖZEL BORÇLARI**

#### **a) Genel Olarak**

Ev işçisinin borçları kural olarak diğer işçilerinki ile aynıdır. Ancak ev işçisi kendi belirlediği bir işyerinde çalıştığından işverenin talimat verme hakkının, yani yönetim hakkının bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan boşluk yasadaki "İşçinin Özel Borçları" madde başlığı altında getirilen hükümlerle doldurulmuştur. Yine 463. maddede, iş ayıplı olarak meydana gelmişse ve bunda işçinin kusuru varsa işçiye masrafı kendisine ait olmak üzere ayıbı gidermek yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>287</sup> 464. maddede ise malzeme ve iş araçları bakımından işçinin özel borçları düzenlenmiştir. Buna göre işçinin özel borçları aşağıda açıklandığı gibidir.

#### **b) İşe Zamanında Başlamak**

463. maddede işçiye, ev işini zamanında bitirmek ve ürünü kararlaştırılan tarihte teslim edebilmek için "**işe zamanında başlamak**" yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülük işçi tarafından kusurlu olarak ihlal edilirse işveren haklı nedenle

<sup>286</sup> *Rehbinder*, Berner Kommentar, VI/2, s.488.

<sup>287</sup> Madde gerekçesinde 463. maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir.

sözleşmeyi feshedebilir ve zararının giderilmesini talep edebilir. Eğer işçi üzerine aldığı işi hangi sebeple olursa olsun kararlaştırılan teslim tarihinden önce bitiremeyeceğini tespit etmişse, dürüstlük kuralı gereği işvereni bu durumdan derhal haberdar etmeli ve işverenin yönelteceği talimatı beklemelidir.

### **c) Ürünün İşverene Zamanında Teslimi**

Karlaştırılan teslim tarihinden sonra ürünün teslim edilmesi işverene haklı nedenle fesih yetkisi vermez, ancak işçinin kusurlu olması halinde maddi tazminat talep hakkı verir.

İsviçre Hukukunda evde yapılacak işin verilmesi ve üretilen işin teslim alınması Pazar günlerinde ve diğer tatil günlerinde yapılamayacağı gibi, iş günlerinde de sabah saat 06:00'dan önce akşam da 20:00'den sonra yapılamaz (Heimarbeitsgesetz m.7). Bu düzenlemeler ile İsviçre Hukukunda evde çalışan kişinin dinlenme hakkı korunmuştur. Türk hukukunda ise benzer bir düzenleme bulunmamaktadır.

### **d) Üründeki Ayıbın Giderilmesi**

463. maddeye göre sözleşme konusu olan iş, işçinin kusuruyla ayıplı olarak üretilmişse işçinin maldaki ayıbı masrafları kendisine ait olmak üzere gidermesi gerekir. Bu yönüyle evde hizmet sözleşmesi eser sözleşmesine de benzemektedir. Zira maldaki ayıbın giderilmesi talebi eser sözleşmesinde tipik unsurdur ve eser sözleşmesinde kusur olmadan da talep edilebilir. Yine bu yönüyle evde hizmet ilişkisi normal iş ilişkisinden ayrılır. Maldaki ayıbın giderilmesi normal iş ilişkisinde bulunmaz, sadece evde hizmet sözleşmesinde vardır.

İşçinin maldaki ayıbı gidermemesi haklı nedenle feshe sebebiyet verebilir. Bu halde de işçi sadece ayıp nedeniyle doğacak zararın giderilmesinden değil, diğer zararlardan da sorumlu tutulur. Mesela, ürünün tesliminin gecikmesinden doğan zarardan, ek nakliye masraflarından işçi sorumlu olabileceği gibi, yeni malzeme tedarik edilmesinden doğacak masrafları da işçinin karşılaması gerekir.

Eğer üründeki ayıbın giderilemeyeceği en başından belliyse, işçinin sorumluluğu maddi zararın giderilmesiyle sınırlıdır.

**e) İşçinin İşveren Tarafından Sağlanan Malzeme ve İş Araçları Bakımın** Malzeme ve iş araçları işveren tarafından sağlanmışsa 464. madde gereğince işçi bunları gereken özeni göstererek kullanmak, bundan dolayı hesap vermek, ayrıca kalan malzeme ile iş araçlarını da işverene teslim etmekle yükümlüdür.

İşçinin malzeme ve iş araçlarını tahsis edilen amaca uygun olarak kullanması gerekir. Malzeme ve iş araçlarının başka amaçlarla kullanılması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur ve haklı nedenle feshe sebebiyet verir.

#### **aa) Malzeme ve İş Araçlarındaki Bozukluk**

Eğer işçi işi görürken malzemenin veya iş araçlarının bozuk olduğunu tespit ederse durumu **hemen** işverene bildirmeli ve onun vereceği talimatı beklemelidir. Borçlar Kanunu'nun 464. maddede, malzemedeki ve araçlardaki bozukluğun **“iş edimi yerine getirilirken”** fark edilmesi halini düzenlemektedir. Bu halde **“işin durdurulması”** gerekir.<sup>288</sup> İşçi işverenin talimatı gelinceye kadar beklemelidir. İşçinin malzemedeki bozukluğu malzemeyi daha teslim aldığı, henüz çalışmaya başlamadığı anda fark etmesi halinde de aynı yükümlülük söz konusu olacaktır. İşçinin malzemedeki bozukluğu fark edince çalışmaya başlamaması gerekir ki işveren bozuk malzemeyle üretimden dolayı bir zarara uğramasın. Eğer işçi malzemedeki bozukluğu bildirmezse ve bu suretle işveren bir zarara uğrarsa, işçi sözleşmeye aykırılıktan dolayı maddi tazminatla sorumlu olur. İsviçre Hukukunda bu düzenlemenin aksinin kararlaştırılabileceği, işçinin işverene sormaksızın bozuk malzemeyi tamir ettirebileceği kabul edilmektedir.

İşçinin işverenin talimatı gelinceye kadar çalışmaya ara vermesi gerektiği daha önce belirtilmişti. İşçi malzemedeki bozukluğu işverene bildirmişse, işverenin bu konuda vereceği talimatı işçiye ulaşıncaya kadar temerrüt hükümlerine göre (*Annahmeverzug*) işveren işçiye iş görmeksizin ücretini ödemekle yükümlü olur.

#### **bb) İşçinin Kusuruyla Malzeme ve İş Araçlarının Zarara Uğraması**

Malzeme ve iş araçları üzerindeki sorumluluk teslim ile birlikte işçiye geçer. Eğer işçi kendisine teslim edilen malzeme veya iş araçlarını kusuruyla kullanılmaz hale getirirse, işverene karşı malzemenin kullanılmaz hale geldiği gündeki rayiç bedeli kadar sorumludur.

## **2. İŞVERENİN ÖZEL BORÇLARI**

### **a) Maldaki Ayıbın İhbarı**

Yeni Borçlar Kanunu'nun 465. maddesine göre, işveren, işçinin üreterek teslim ettiği ürünü inceler; varsa bulduğu ayıpları teslimden başlayarak **1 hafta** içinde bildirir.<sup>289</sup> Bu düzenlemeyle satım ve eser sözleşmesindeki ayıbın bildirilmesine benzer bir hüküm getirilmiştir. Burada sadece ayıbın bil-

<sup>288</sup> Madde gerekçesinde 464. maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 352a maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir.

<sup>289</sup> Madde gerekçesinde 465. maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 353. maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir.

dirilmesi gereken süre farklıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda da ayıbın bildirilmesi gereken süre 30 gün olarak belirlenmiştir. Evde hizmet sözleşmesinde ise süre 1 hafta olarak tespit edilmiştir. Eğer malda gizli ayıp söz konusuysa ya da ev işçisi işveren den ayıbı gizlemişse farklı durum söz konusu olur. Söz konusu 1 haftalık süre ürün teslimiyle başlar, genel kurallara göre 7 gün içinde ayıp bildirilmelidir. Bu hüküm İsviçre Hukukunda nisbi emredici nitelikte kabul edilmektedir. İşçi ve işveren bir haftadan daha kısa süre kararlaştırabilirler, ancak daha uzun bir süre kararlaştıramazlar.

Eğer 1 hafta içinde ayıp bildirilmemişse, ürün mevcut durumuyla kabul edilmiş sayılır. Bu halde işveren BK m.463/II'ye göre işçiden maldaki ayıbın giderilmesini ya da maddi tazminat talebini kaybeder.

### a) Ücretin Ödenmesi

#### aa) Olağan Hallerde Ücretin Ödenmesi

Borçlar Kanunu'nun 466. maddesinde işverenin özel borçlarından birini oluşturan **ücretin ödenme zamanı** düzenlenmiştir.<sup>290</sup> Bu hükme göre ücretin ödenme zamanı işçinin aralıklı olarak çalıştırılıp çalıştırılmamasına göre belirlenir:

1. İşçi, işveren tarafından **aralıksız olarak** çalıştırılıyorsa **15 günde bir** ya da işçinin rızasıyla **ayda bir**,
2. İşçi, işveren tarafından **aralıklı olarak** çalıştırılıyorsa, **ürünün her tesliminde**, ücret ödenmelidir.

Aralıksız süren evde hizmet ilişkisi, eğer taraflar sürekli iş ilişkisi bağlamışlarsa ya da iş ilişkisi fiilen bu şekilde gelişmişse söz konusu olur. Tatiller ve zorunlu nedenlerden dolayı çalışmaya ara verme 466. madde anlamında kesinti oluşturmaz.

İş ilişkisinin aralıklı olarak sürdüğü hallerde ücret ürünün teslim edilmesiyle muaccel hale gelir. Evde hizmet ilişkisinin aralıklı sürmesi ev işçisinin ara sıra, geçici olarak ya da düzensiz şekilde işveren için çalışması halinde ya da sadece belirli bir işin yerine getirilmesi için görevlendirildiği hallerde söz konusu olur.

Ücret işçinin ikametgâhında ya da işçinin işyerinde ödenebileceği gibi, posta ya da banka yoluyla da ödenebilir. Ödeme genellikle ürünün teslim alınması esnasında peş peşe gerçekleşir ya da işveren tarafından yeni bir iş getirilmesi esnasında ödeme yapılır.

<sup>290</sup> Madde gerekçesinde 466. maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 353a maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir.

Üretilen malın işverene teslimi için oluşan nakliye masrafları işveren tarafından karşılanır. İşveren kendisi tarafından sağlanan malzeme ve iş araçları için daha sonra işçiden tazminat talep edemez.

Borçlar Kanunu'nun 466. maddesinin II. fıkrasında işverene, ücretin ödenmesi esnasında bir hesap özeti verme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu belge de varsa kesintilerin miktarı ve sebebi de gösterilir.

### **bb) Çalışmanın Engellenmesi Hallerinde Ücretin Ödenmesi**

Yeni Borçlar Kanunu'nun "çalışmanın engellenmesi durumunda" kenar başlıklı 467. maddesine göre, *"İşçiyi aralıksız biçimde çalıştıran işveren, ürünü kabulde temerrüde düştüğü veya işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve kusuru olmaksızın çalışma engellendiği takdirde, hizmet ediminin engellenmesi durumundaki ücret ödenmesine ilişkin hükümler gereğince, ona ücretini ödemekle yükümlüdür. Diğer durumlarda işveren, bu hükümlere göre ücret ödemekle yükümlü değildir."*<sup>291</sup>

Görüldüğü gibi 467. maddede işçinin çalışmasının engellenmesi halinde işverenin ücret ödeme borcu düzenlenmiştir. İşçiyi aralıksız biçimde çalıştıran işveren, şu iki durumda ona ücretini ödemekle yükümlüdür:

1. İşverenin, işçi tarafından sözleşmeye uygun olarak kendisine sunulan ürünü kabulden kaçınması.

Burada işverenin alacaklının temerrüdüne ilişkin düzenlemenin, evde hizmet sözleşmesi bakımından özel bir uygulaması söz konusudur.

2. İşçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve kusuru olmaksızın çalışmasının engellenmesi.

İşçinin kusuru olmaksızın tutuklanması veya hastalanması bu hallere örnek oluşturabilir.

Yukarıda belirtilen iki durum dışında kalan diğer hallerde, işçi çalışmazsa, işveren ona ücret ödemekle yükümlü olmayacaktır. Bir başka deyişle, işverenin ücret ödeme yükümlülüğü belirtilen bu iki hal ile sınırlıdır. Maddede işveren eser sözleşmesindeki "iş sahibi" gibi değerlendirilmiştir. Bu maddede Borçlar Kanunu'nun genel hizmet akdine ilişkin 408 ve 409. madde hükümlerinde düzenlenen edimin ifasının engellenmesi halleri kastedilmiştir. Zira İsviçre Borçlar Kanunu'nun konuyu düzenleyen 353 b maddesinde 324 ve 324 a maddeleri zikredilmiştir. 324 ve 324 a maddelerinin kelime kelime çevirisi ise yasada **"İşgörme ediminin ifasının engellenmesi halinde ücret"** başlığı altında 408 ve 409. maddelerinde yer almaktadır.

<sup>291</sup>Madde gerekçesinde 467. maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 353b maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir.

Borçlar Kanunu'nun "**İşverenin temerrüdü halinde**" başlıklı 408. maddesine göre, "*İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellersen veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.*"

Borçlar Kanunu'nun "**İşçinin çalışmayı durdurması halinde**" başlıklı 409. maddesine göre, "*Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalımla ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.*"

### **c) İş sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınması**

Yeni Borçlar Kanunu'nun m.417/II hükmüne göre: "*İşveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.*" Bu bağlamda işveren evde hizmet sözleşmesiyle çalışmanın niteliğinin gerektirdiği bütün önlemleri almak zorundadır. Evde çalışanın işyeri dışında bulunması, işvereni iş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin önlemleri almaktan alıkoyan bir durum değildir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği bakımından etkin ve sürekli bir denetim yapılabilmesiyle ilgili sorunlar ortaya çıkacaktır. Zira iş hayatının izlenmesi, denetimi ve teftişle görevli olan birimlerin evde çalışanın izni olmadan teftiş yapmaları konut dokunulmazlığının ve özel yaşamın gizliliğinin ihlali anlamına gelir.

## **VIII. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ**

Evde hizmet sözleşmesinin sona ermesi, evde iş ilişkisinin aralıklı ya da aralıksız devam etmesine göre farklı düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun "Sona Ermesi" başlıklı 468. maddesinde, evde hizmet sözleşmesinin sona ermesinin dolaylı olarak düzenlendiği görülmektedir. 468. maddede esasen evde hizmet sözleşmesinde deneme süresinin kararlaştırılması ile sözleşmenin belirli ve belirsiz süreli olması düzenlenmiştir.<sup>292</sup> Bu maddeye göre, ev işçisine deneme amacıyla iş verilmesi (*Probearbeit*) mümkündür. BK madde 468/I: "*İşçiye deneme amacıyla bir iş verilmişse, aksi kararlaştırılmadıkça sözleşme deneme süresi için kurulmuş sayılır.*"

292 Madde gerekçesinde 468. maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 354. maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir.

Deneme işinin teslim edilmesine kadar geçen sürede sözleşme haklı nedenle feshedilebilir. Deneme işinin teslim edilmesiyle birlikte ise iş ilişkisi kendiliğinden sona erer. Ancak bu hükmün aksi de kararlaştırılabilir. Deneme işinin teslim edilmesinden sonra eğer bir daha iş verilmişse bu yeni bir evde hizmet sözleşmesi kurulduğu anlamına gelir. Bu halde deneme işi daha önce yerine getirildiği için yeni bir deneme işi verildiği söylenemeyecektir.

Evde hizmet sözleşmesi eğer deneme işi olmaksızın başlamışsa, Borçlar Kanunu'ndaki genel hizmet akdine ilişkin 433. maddedeki deneme süresine ilişkin hüküm uygulama alanı bulur. Borçlar Kanunu'nun 433. maddesinde, tarafların hizmet sözleşmesine 2 ayı geçmemek koşuluyla deneme süresi koyabilecekleri düzenlenmiştir.

Madde 468/II: *“İşçi işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme belirsiz süreyle yapılmış sayılır; diğer durumlarda sözleşmenin belirli süreyle yapıldığı kabul edilir”*. Maddede işçinin işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırılıp çalıştırılmamasına göre, bir adi karine olarak, sözleşmenin belirsiz süreyle ve belirli süreyle yapıldığı durumlara yer verilmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 468/II. maddesi hükmünde belirli süreli sözleşme yapılabilmesi için objektif neden aranmayarak zincirleme belirli süreli sözleşme yapılmasına açıkça izin verilmiştir.

Ev işçisinin işveren tarafından aralıksız çalıştırılmasında sözleşme bildirimli veya bildirimsiz feshedilebilir. Fesih konusunda Borçlar Kanunu'ndaki genel hizmet sözleşmesinin feshe ilişkin 431 ve devamı maddeleri uygulanır.

## **IX. SONUÇ**

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 461 ila 469. maddelerinde atipik bir sözleşme türü olarak evde hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir. Belirtilen yasal düzenlemelerin ruhundan evde hizmet sözleşmesiyle çalışanların İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla evde hizmet sözleşmesiyle ilgili uyuşmazlıklar İş Mahkemelerinin değil Asliye Hukuk Mahkemelerinin görev alanına girecektir. Zira evde hizmet ilişkisi klasik iş ilişkisinden farklılıklar göstermektedir. Mesela klasik iş ilişkisinde üretilen malın ayıplı olması işverenin risk alanına girmektedirken, evde hizmet sözleşmesinde üretilen maldaki ayıplı olması halinde işçinin masrafı kendisine olmak üzere bu ayıbı gidermek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Yine klasik iş ilişkisinde işçinin sonuç borcu yok iken, evde hizmet sözleşmesinde işçiye üretimde başarı borcu yüklenmiştir. Bu haliyle evde hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesine yakınlaştırılmıştır.

**Prof. Dr. Sarper SÜZEK** (*Oturum Başkanı*)- Sayın Ergin'e teşekkür ediyoruz. Ben hemen varsa sorularınıza geçmek istiyorum. Yalnız, ona geçmeden birkaç cümleyle bu iş kazası meselesi üstünde durmak istiyorum, o da şu: Gerçekten evde meydana gelen kaza iş kazası sayılır mı, sayılmaz mı meselesinde zannediyorum illiyet bağı sorunu çok önem taşıyor; yani işvereni sorumlu kılacak iş kazasının mutlaka yapılan işle ilgisi olması gerekir. Dolayısıyla ev çalışmasında iş yapılması sırasında bir kaza meydana gelirse o işvereni sorumlu kılar, ama mutfaktaki bir patlama işvereni sorumlu kılmayacaktır, o illiyet bağı kesen bir durumdur benim görüşüme göre. Ama, bu tabii ispatı zor bir konu, onu da belirtmek zorundayım, evin içinde ne zaman olacak, ne zaman olmayacak. Bir de Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme işleri iyice zorlaştırdı, çünkü bu durumda gereken eski hükümden farklı olarak, birinci tebliğle ilgili olarak söylediğiniz gibi gereken her türlü önlemi alma zorunluluğu getiriyor artık Borçlar Kanunu. Hakkaniyet gerektirdiği kadar değil, işverenin sorumluluğunun sınırlarını son derece genişleten bir durum haline geliyor. Sosyal sigortaların sorumluluğuyla zaten işverenin sorumluluğunu birbirinden titizlikle ayırmamız lazım. Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğu tabii çok daha geniş. İşyerinde meydana gelen her kaza iş kazası sayılıyor. Tabii 4. maddedeki o sınırlı evde çalışmalar dışında kalan haller için bence uygulanacak bir durum söz konusu.

#### **SORU - YANIT**

**Doç. Dr. Talat CANBOLAT** (*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)- Teşekkür ediyorum Sayın Hocam.

Borçlar hukukundaki yeni hizmet akdinin türü tahmin ediyorum bizim iş hukuku alanında da çok ciddi tartışmalara sebebiyet verecek, zaman içerisinde bunlar netleşecek.

Ben bir-iki konuda kısa değerlendirme yapmak ve soru sormak istiyorum. Bunlardan bir tanesi Borçlar Kanunu'nda hafif zararın işletme rizikosu içerisinde kabul edilmesi bana göre son derece yerindedir. İşletmenin biz bu zamana kadar işverenin sorumluluğunu değerlendirirken bu bir tehlike sorumluluğu mudur, riziko sorumluluğu mudur, kusur sorumluluğu mudur bunları çok tartıştık. Bu pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bundan sonra da bunun hem iş hukuku bağlantısı Sayın Polat Hocamın tebliğinde de gündeme getirildi ve İş Kanununun 25. maddesindeki 30 günü aşan zararın nasıl bağdaştırılacağı konusunda.

Sayın Hocam, özellikle lojistik sektöründe çalışan sürücüler mesleği boyunca trafikte. Malum, trafiğe çıkmak başlı başına bir risk demektir özellikle Türkiye'de. Bu trafik kazası bir işletme rizikosunu oluşturuyor. Bu trafik iş

kazası şeklinde önümüze gelen kazalarda kusur durumları yapılırken cezadaki kusur durumlarını Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi tali kusur, eşit kusur ve asli kusur olarak ayırımını yapıyor. Buna paralel bir şekilde de bizim artık, somut bir örnek olması bakımından söylüyorum, bir trafik kazasında sürücünün tali kusurlu olduğu durum bir hafif kusur ve aynı zamanda işletme rizikosu çerçevesinde gerçekleşecek bir zarar olarak kabul etmemiz gerektiğini ve bu zararın işçinin 30 günlük ücretini aşsa dahi haklı feshi gidilmemesi, haklı feshi oluşturmaması gerektiğini düşünüyorum. Eşit ve asli kusur ya da ağırlıklı kusurun olduğu durumlarda buna bizim gitmemiz gerektiği kanaatindeyim.

Bu tabii soracağımız sorular artık tebliğ sahibi Polat Hocam cevap veremeyecek, ama muhtemelen Gülümden Hanımın kendi kişisel görüşü olacaktır. Bu konudaki kendisinin görüşünü rica edeceğim.

İkincisi, Hocam tebliğinde sadakat borcu ile rekabet etmeme borcunu adeta özdeşleştirdi ve fesihten sonra rekabet etmemenin yazılı koşuluna bağlı olduğu ve yeni Borçlar Kanunu'nda getirilen sır saklama borcuyla bunu birlikte değerlendirilerek sır saklama borcunun devam edeceğinin kabul edilmesi eleştiri konusu yapıldı. Ben bu görüşe katılmadığımı ifade etmek için söz aldım. İkisi birbirinden tamamen bağımsız ayrı borçlardır. Sır saklama elbette ki iş ilişkisinin devamı sırasında bir sadakat borcunun zorunlu yükümlülüğüdür. Bunun için ayrıca bir sözleşmeye hüküm konulması ya da kararlaştırılmasına gerek yok. Sır saklama aynı zamanda iş ilişkisi sona erdikten sonra da bu yükümlülük devam eder. Bunun için rekabet yasağında olduğu gibi ayrı bir sözleşme yapılmasına da gerek yok. Zira Ceza Kanununda bu ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir ticari sırların açıklanması. Yine patent hakların korunması hakkındaki kanun hükmünde kararnamede buna ilişkin düzenleme yapılmış ve 6 yıla kadar varabilen ağır suç kapsamı içerisinde değerlendirilmiştir. Yine fikri ve sınai haklar içerisindeki Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu içerisinde de tescilli olmayan diğer haklar kapsamı içerisinde değerlendiriliyor.

Ar-Ge'de çalışan bir mühendisin işverenin artık işverenlerimiz uluslararası alanda rekabeti, hatta işletmenin ayakta durması tamamen Ar-Ge çalışmalarına bağlıdır ve iş akdinin konusu buluş olan sözleşmeler çok yaygın olarak kullanılıyor. Eski bir teknolojiyi kullanması mümkün değil. Tam yeni bir buluş yapıp diğer rakiplerinin önüne çıkabileceği bir durumda iş ilişkisi sona erdi diye bu ticari sırların açıklanmasının serbest kaldığı yorumu bunun niteliğiyle bağdaşmaz diye düşünüyorum. Rekabet etme bundan bağımsızdır, yazılı yapıldığı takdirde rakip şirketlerde belirli bir süre, ki onun da koşulları vardır, varsa çalışması yasak, ama ticari bir sırrın açıklanması

kati surette bir suç olarak düzenlenmiştir hukukumuzda, bunun için ayrı bir sözleşmeye de gerek yok diye düşünüyorum.

Bir başka sorum da, Borçlar Kanunu fesihe artık yazılılık koşulu getirildi. Bu ifadeden sonra, acaba fesih yazılı yapılmadıysa bunun hukuki sonucunu ne olarak değerlendiriyoruz. Bunu bir haksız fesih mi, yoksa geçerlilik koşulu denildiği için ortada hiçbir fesih yok, bu nedenden dolayı da tipik bir temerrüde bağlı sonuç olarak mı değerlendiriyorsunuz? Teşekkür ederim.

**Av. Abdülhalim EKE** (*Ankara Barosu Avukatı*)- Ben önce tazminatın devredilip devredilmemesine dair düzenlemelerin Borçlar Kanunu'nda yer alıp almaması konusunda söz almak istiyorum.

Her şeyden önce gidip tazminatı devralan her kimse eğer bir vekilse, Avukatlık Kanunu, avukatlık hukuku anlamında çekişmeli hakları edinme yaşağına tabi olduğu için zaten mesleki bir yaptırımını var. Diğer husus manevi tazminatlar bakımından devreye ilişkin bir hüküm kurulması gerekiyor mu? Bir başka 25. madde olan Medeni Kanun 25'te manevi tazminat istekleri karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez hükmü yer almaktadır.

Bir başka iş hukukundan kaynaklanan sınır daha vardır, o da göreve ilişkin bir sınırdır. İş mahkemeleri işçi-işveren arasındaki ihtilaflarda görevlidir. Devirle ilgili birisi karşımıza geldiği zaman zaten iş yargısı dışına taşıma imkânı karşısında bu yaptırım olarak da uygulanabilir. Manevi tazminatlarda neredeyse 3'te 1'e varan bir gerileme söz konusu olacak, cazip olmayacak.

Bir başka yön de, Sosyal Sigortalar Kanunu işlevi bakımındandır. Sosyal Sigortalar hükümlerini iş kazalarında biz zaten zararın tamamını karşılaması gerektiğini arzu ettiğimizden gelecek yıllardaki düzenlemelerde de maddi tazminat bakımından buna gerek yoktur. Şu anda arz etmek istemediğim sebeplerle zaten maddi tazminat kendi içerisinde iş kazası, sürekli iş görememezlik gelirleri karşısında zaten sıkıntılı bir durumdadır.

Yine devre ilişkin hüküm konulmamasının nedenlerinden olmak üzere bu defa maddi tazminatın devrine izin verilecek dahi olsa, halefet hükümlerinin işlevli hale gelebilmesi için SSK'nın halefet hükümlerinin yahut özel sigorta şirketlerinin halefet hükümlerinin işlevli hale gelebilmesi için bu defa zarar görenlerin muvafakatini almak gibi durumlarla karşı karşıya kalılabilecektir. Bir tek hüküm sadece maddi tazminatlar bakımındandır, iş yargısında da zararın Sosyal Güvenlikçe karşılanması esas arzu edildiğine göre bu hükme gerek yoktur diye düşünüyorum.

Evde meydana gelen iş kazalarıyla ilgili Hediye Hocamdan daha açık bir görüş istiyorum. 5510'da sigortalı sayılmayanlarla ilgili hüküm "işverenin evin içinde olması haliyle sınırlı olmak üzere sigortalı sayılmayanlar" demiştir, ama Borçlar Kanunu uygulamasında işveren evin dışında bir kişi olacaktır. O halde Borçlar Kanunu'na tabi olanlar 5510 anlamında sigortalı olacaklardır. Ancak iş kazası, burada sigortalı sıfatını taşıyacak olan kişi kimdir? Sigortalı olan mı? Tamam, Yanındaki kişi iş kazası geçirirse nasıl bir koruma sağlanması gerekecektir? Diyelim ki anne kızıyla birlikte çalışmaktadır, sigortalı anne dedik, kızı kaza geçirdi. Nasıl bir koruma sağlayacaksınız? Sistem görünen şu haliyle yanında çalışanları iş kazalarına karşı korumaz gibi görünmektedir yahut diğer sigorta kolları bakımından Sosyal Sigortalar anlamında başka çıkış ve sigortalılık yöntemleri bulmak gerekmektedir.

Sorularımdan bir tanesini Talat Hocam sordu. Ben de Talat Hocanın görüşlerine çok yakın düşünüyorum bu konuda. Sır saklama yükümlülüğüyle rekabet etmeme yükümlülüğü birbirinden, evet, benzer şeyler, ama çok farklı yönleri var. Ben bu Borçlar Kanunu'nun; yani 2012 Temmuzundan itibaren yürürlüğe girmesiyle birlikte çok ciddi problemlerle karşı karşıya kalacağımızı düşünüyorum. Bunun doktrindeki ismi gerçek olmayan norm çatışması. Neden gerçek olmayan norm çatışması deniliyor buna? Çünkü çözümü var. Bir tanesine önceki kanun, sonraki kanun, Roma'dan beri gelen bir prensip hangisinin uygulanacağı, diğeri de genel kanun, özel kanun, yine Roma'dan beri gelen özel kanun uygulanır ve sonraki kanun uygulanır. Yalnız, şu noktada biliyorum ki doktrinde mutabakat sağlanmış bir kesin çözüm yok. O da şu: Sonradan yürürlüğe giren genel Kanun; yani İş Kanunu karşısındaki Borçlar Kanunu hükümleri.

Somutlaştırayım: İş Kanunu'nda da yıllık ücretli izne ilişkin hükümler var, yeni Borçlar Kanunu'nda da yıllık ücretli izne ilişkin hükümler var. Hadi, şu şekilde hallettik diyelim meseleyi: İş Kanundaki hüküm uygulanır; yani oradaki süreler uygulanacaktır dedik, çünkü o özel Kanundur dedik. Yalnız, şöyle bir problemle daha karşı karşıyayız mesela somut olarak: Sonradan yürürlüğe giren genel kanun olması itibarıyla Borçlar Kanunu'nda işverene şöyle bir imkân tanınmış durumda: İndirime gitme; yani sürelerden indirim gitme, verilecek olan yıllık ücretli izin sürelerinden indirim gitme. Bir İş Kanununa tabi olan bir işçi ve işveren ilişkisinde bir işveren çıkıp da şunu söyleyebilecek midir? "Borçlar Kanunu'ndaki hükmü ben burada kendi ilişkimde uygulamam diyebileceğim midir?" sorusuyla karşı karşıyayız.

Bu noktada ben yargıya çok büyük iş düştüğünü düşünüyorum. Herkes biliyor, doktrin görüşleri çok önemlidir, ama Kıta Avrupa'sı hukuklarında, bizde yardımcı kaynaktır, çünkü sadece yargı yararlanır doktrinler, görüşlerden. Yargı ne derse o olacaktır netice itibarıyla.

Çok kısa bir de Hediye Hanım, size merak ettiğim için bir sorum var: Siz de gayet iyi biliyorsunuz biz iş hukuku derslerinin daha ilk başında bağımlılığı anlatırken “*aman ha, ekonomik bağımlılıkla karıştırmayın, ekonomik bağımlılık iş hukukunda kullanılabilecek bir kriter değildir*” deriz öğrencilere. Ama siz birtakım sözleşmelerden ayırırken anladığım kadarıyla yabancı doktrininin, İsviçre doktrininin de dayanarak oraya ekonomik bağımlılığı bir kriter olarak kullandınız. Bu konudaki görüşünüzü merak ediyorum. Teşekkür ediyorum.

**Av. Hakan YILDIRIMOĞLU-** Malum yeni Borçlar Kanunu'nda bir hüküm var, cezai şart tek taraflı olduğu ahvalde geçerlilik ifade etmez. Biliyoruz ki yine birçok iş sözleşmesine işverenler tarafından rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler konuyor ve rekabet yasağına aykırı davranan çalışanlarla ilgili de bir cezai şart hükmü konuluyor. Doğası itibarıyla da bu hükmün, bu cezai şartı da ihtiva eden bu düzenlemelerin tek taraflı zaten, iki taraflı olması mümkün değil, dolayısıyla, burada nasıl bir yaptırım uygulanacaktır, bu cezai şartın geçersizliği mi söz konusu olacaktır? Bunu Sayın Gülümden Hocadan rica ediyorum.

Bir de, Sarper Hocam bu iş sağlığı güvenliğiyle ilgili yeni düzenlemelerden bahsederken dediniz ki “*çok isabetli olmuştur, modern teknolojinin gerektirdiği bütün tedbirleri işverenler almalıdır.*” Doğru, ama şöyle bir ayırım yapmak gerekmez mi? Örneğin, bugün bütün araçlarda ABS fren sistemi var, ama yarın bir başka teknolojik gelişmeli, bir başka yenilik daha geliyor. Bizim bir ticari araç filomuz olsa, ABS fren sistemi onlarda olsa, yeni geliştirilen sistem olmasa, biz modern teknolojinin bütün imkânlarını uygulamamış olup da kusurlu mu olacağız?

**Doç. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU** (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Bu konuda zannediyorum önümüzdeki dönemde, herkes gerçi bunu söyledi, ama en önemli sorunlardan biri İş Kanunuyla Borçlar Kanunu arasındaki bağlantı boşlukların doldurulmasında mı yararlanılacak, yoksa genel hüküm, ama sonradan gelen Kanun olduğu için ve çok ayrıntılı hükümler içerdiği için adeta İş Kanunu'nu hapsedip sanki Borçlar Kanununu mu uygulamak zorunda kalacağız gibi bir kaygı söz konusu. Ben açıkçası orada biraz temkinle yaklaşılması ve İş Kanunu'nun bağımsız, ayrı bir Kanun olduğunu da olabildiği ölçüde gözetilerek gidilmesi gerektiğini, ama boşluklar varsa da muhakkak ki Borçlar Kanunu'na gidilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Bu bağlamda bir hususun tartışılması gerektiğini, daha doğrusu gündeme getirmek istedim. Gerçi bazı sorularımı Talat Hoca biraz sordu, ama ben biraz daha geliştirerek tekrar gündeme getireceğim.

Öncelikle üzerinde duracağım konu iş sözleşmesinin devri. Belki Polat Soyer Hocamın tezinde zaten vardır. Oradaki bilgilerin nakledilmesi söz konusu olabilir. Eğer değinilmediyse de yine yorum yapılabilirse Gülümnden Hoca tarafından sevinirim.

Bilindiği gibi iş sözleşmesinin devri daha önce İş Kanunu'nda düzenlenmek istenmişti tasarı halinde, ama tasarıdan çıkarıldı, Kanunda düzenlenmiyor. Ama şu an yeni Borçlar Kanunu'nda iş sözleşmesinin devri düzenlenmiş durumda. Oraya baktığımızda da adeta bir tanım yapıldığını görüyoruz, ama sorumluluk konusunda hiçbir düzenleme getirmiyor; yani birlikte sorumluluktan söz eden bir içeriğe sahip değil. Hemen onun öncesinde bir madde var yeni Borçlar Kanunu 428. maddesi: İşyerinin veya bir bölümünün devri, esasında o da İş Kanunu'nun 6. maddesinin ilk üç fıkrasının Kanuna alınması biçiminde, ama birlikte sorumluluk düzenlenmiş. Bir sonraki 429'a bakıyoruz, birlikte sorumluluk yok. Şimdi, böyle bir durumda öğretilerinde genel olarak Kanunda düzenleme olmadığı için kıyasen iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümlerin burada da uygulanması gerekir yaklaşımı gittikçe benimseniyordu diye düşünüyorum. Bazı Yargıtay kararlarında da adeta bu nitelikte hükümler ya da sonuçlar vardı. Şimdi yeni Borçlar Kanunu çıktıktan sonra ya da yürürlüğe girdikten sonra acaba bu konuda bir görüş değişikliği gerekliliği olacak mı, yoksa iş hukukunun kendine özgü yapısını yine dikkate alarak mı sonuca ulaşmak gerekecek, burada bir boşluk mu var, yoksa bilinçli bırakılmış bir husus mu var? Bunları acaba değerlendirmek mümkün olabilir mi diye düşünüyorum, soru olarak da yöneltmek istiyorum.

İkinci konu kısaca, haklı nedenli fesih konusu: Esasında o da enteresan. Yeni Borçlar Kanunu'na baktığımızda ihbar süresi tanıyarak fesihte yazılılık koşulu yok. Haklı nedenle fesihte bir düzenleme var, ama o da ilginç geldi bana. Oradaki düzenlemeye baktığımızda şöyle bir durum söz konusu: *“Taraflardan her biri haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilir”*. *“Yazılı olarak feshedebilir”* ifadesi yok aslında, ama ardından diyor ki *“sözleşmeyi fesheden taraf fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır”*; yani fesih yazılı yapılacak değil de fesih sebebi yazılı bildirilecek gibi bir anlam çıkıyor. Hemen buradan da benim aklıma bizim İş Kanunu'nun geçerli nedenle feshi düzenleyen maddesi geliyor. Oraya baktığımızda *“fesih bildiriminin yazılı yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak bildirilmesi zorunludur”* deniliyor. Bu farklılığa bir sonuç bağlamamız acaba gerekir mi sorusu aklıma geliyor.

Ayrıca, burada yine Talat Hocanın sorduğu gibi bir geçersizlikten söz edildi, ama şuna da dikkat çekmek lazım: Buradaki fesih işçi tarafından da, işveren tarafından da yapılabilir ve işçi bunun yazılı yapılması gerektiğini bilmi-

yorsa, ki bilmeyecektir de, geçersiz fesih vardır. Dolayısıyla da işçi feshedip gittiğini düşünüyor, ama geçersiz bir fesih, ardından işveren haklı nedenle mi feshedecek devamsızlık sebebiyle gibi bir dolu sorunu da içeriğinde barındıracak nitelikte. Özellikle burada bir yorum yapılabilirse sevinirim.

**Dr. Gülümden ÜRCAN-** Öncelikle Sayın Hocam Talat Canbolat. İşletme riskosu sayılmasını yerinde buldunuz 400. maddeyle ilgili açıklamalarda ve burada özellikle sürücülerin tali kusurlarından hareketle orada tali kusurlu olarak karıştıkları kazaların hafif ihmâl olarak değerlendirilebileceğini ifade ediyorsunuz ve buradan hareketle de 25.2.1 bendiyle karşılıklı bir değerlendirme noktasında.

Öncelikle Polat Hocamın tebliğinde işaret ettiği gibi eğer bu tümüyle Borçlar Kanunuyla paralel bir düzenlemeye, somut bir düzenlemeye kavuşursa tabii ki daha açıklayıcı olacak hepimiz için, uygulamaya da katkı sağlayacak, ama bu haliyle nasıl bir çözüm üretilebilir dediğimizde tebliğde işaret edilen kaygı bence çok haklı. Tazmin yükümlülüğü yoksa, ki hafif ihmâl halinde bunu işletme zararı sayıyorsak, ama elbette bu tehlikeye, zarara yatkın işler bakımından geçerli. Her türlü hizmet ilişkisinde bu sonuca ulaşmamız mümkün değil, ama sözünü ettiğimiz nitelikte bir iş varsa ve özen ölçüsü buradaki kriterlere göre değerlendirilecekse o zaman işçinin hafif ihmâlde yol açtığı bir zarardan dolayı iş sözleşmesinin de haklı nedenle, 25.2.1 kapsamında feshedilememesi beklenir.

Peki, burada bir çözüm olarak norm bize yardım ediyor mu? Dönüp İş Kanununa baktığımda “işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden” diye başlayarak kusur şartına burada da işaret ediyor. Kasıtlı ilgili zaten herhangi bir sıkıntı yok.

30 günlük ücreti tutarıyla ödeyemeyeceği; burada zaten eğer hafif ihmâlî işçiyi bir zararı ödeme borcu altında olmadığını söylediğimizde, işçinin böyle bir borcu olmadığını düşündüğümüzde zaten işvereni 30 günlük ücretiyle ödemesi gereken bir tazminat borcu yok ortada. Ödemesi gereken bir borç olmadığına göre o borçtan mütevellit hizmet sözleşmesinin de feshedilememesi, 25.2.1 bendinin yine 400. maddedeki sorumluluk esaslarıyla paralel uygulanması belki bir çözüm olarak düşünülebilir diyorum ben de size katılarak.

396. maddedeki durumla ilgili olarak anladığım kadarıyla Soyer Hocamla taban tabana zıt düşünüyorsunuz burada. Tabii, Hocamın görüşlerinde iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki sır saklama yükümlülüğünün çok geride kaldığı tespiti yapıldıktan sonra bununla ilgili temel kaygı belki zaman darlığı nedeniyle dile getiremedim, Anayasa'daki çalışma hürriyetiyle ilgili

yersiz ve sınırları belli olmayan bir işçi aleyhine müdahalenin doğabileceği. Bunu temel bir hak olarak çalışma yerini serbestçe seçme özgürlüğüne aykırılık doğurabilecek bir sebep olarak değerlendiriyor Polat Hocamız.

Elbette ticari sırların açıklanmasıyla ilgili artık işçi-işveren ilişkisi de ortadan kalkacağı için o herhangi bir ticari uyumsuzluk ya da iki birey arasındaki hukuk uyumsuzluğu halini de alabilecektir diye düşünüyorum, eğer gidip oradaki bilgileri kullanarak, o ticari sırları ifşa ederek bir kazanç, gelir elde etmişse. Bu aynı zamanda haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de belki yaptırıma bağlanabilecek.

435'le ilgili, aynı zamanda Nurşen Caniklioğlu Hocamın da sorusu, fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi. Hatta ben de bu tebliği çalışırken, buna bir göz atarken aynı hususa ben de açıkçası takılmışım ve dönüp hatta Hocamı bu noktada arama ihtiyacı da hissetmişim. Hocam, İş Kanunu açısından da Hocamız çünkü derhal fesih dahi olsa yazılı şekilde o fesih iradesinin açıklanması gerektiği kanaatinde bildiğim kadarıyla. Borçlar Kanunu'nun yanılmıyorsam 11. maddesinde eğer Kanun bir şekil şartı öngörmüşse ve bunun aksini belirtmemişse, bu bir geçerlilik şartıdır hükmü var. Burada da söz konusu düzenlemenin bir ispat şartı olduğunu söylemiyor Kanun, aksine öngörmemiş. O zaman Borçlar Kanunu'nun genel prensipleriyle değerlendirdiğimizde buradaki yazılı şekil şartını da sıhhat şartı olarak yorumlamak gerektiği sonucuna ulaşıyoruz.

İş Kanunu açısından baktığımızda, orada geçerlilik denetimi bakımından 19. maddedeki iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin fesihinde yazılı şekil şartı gerektiğini düşünüyorum ben. Onun dışında İş Kanununa tabi işçiler bakımından bir yazılı şekil şartı öngörülmediği kanaatindeyim. İş Kanunuyla ilgili bir problem yok. Ancak, Hocamız bunun hatta daha önceki görüşünü Polat Hocam zaten 435 gelmeden önce de yazılı şekil şartına riayet edilmesi gerektiğini savunuyordu muhik sebeple fesihte de. Şimdi 435. madde onun bu kanaatini belki bir anlamda daha da güçlendirmiş gibi oldu, çünkü haklı nedenle fesihte artık Borçlar Kanunu da yazılı şekil şartını arıyor diye ifade etti kendisi de. Borçlar genel hükümleriyle birlikte düşündüğümüzde bunu bir geçerlilik şartı olarak algılamak durumundayız.

Peki, bunun hizmet akdinin akıbetine, iş ilişkisinin devamına ilişkin sonuçları ne olacak dediğimizde bir iş güvencesi ya da bir işe iade davası açma şansı elbette yok işçinin. Evet, doğrudan doğruya belki de sebep yazılı olarak gösterilmediği için ve tazminat talebiyle ikame edilen bir davada yargılama sırasında da belki artık o yönde bir iddiaya girişemeyeceği için işveren, çünkü baştan bunu fesih sırasında beyan etmek zorundaydı o şekil şartına

uyarak, doğrudan doğruya tazminat yaptırımını ödemekle yükümlü kalacaktır diye bir yorum yapmak durumundayım.

Hocam, sizin bu hususta ekleyeceğiniz bir husus var mı? Ben devam edeyim.

**Prof. Dr. Sarper SÜZEK** (*Oturum Başkanı*)- Hayır, ben bazı eklemeleri sonra yapacağım.

**Dr. Gülümden ÜRCAN**- Sayın Avukat Ahmet Sevimli'nin rekabet yasağıyla ilgili zaten Canbolat Hocama katılıyorsunuz. Pardon, yanlış mı söyledim ismi?

Yıllık izinden indirimle ilgili olarak, burada bence herhangi bir problem yok. 4857 sayılı İş Kanunu kendi iş ilişkilerinde yıllık iznin nasıl uygulanacağını öngörmüş durumda tüm hüküm sonuçları ve yıllık izin süreleriyle birlikte. Sadece o çerçevede değerlendirilmesi gerekir diye düşünüyorum. Bir de yıllık izin sürelerinde malumunuz hangi süreler İş Kanununa tabi işçiler bakımından yıllık izinde çalışılmış gibi sayılır, bunu Kanun açıkça zaten sıralıyor ve bunlar arasında da yeni Borçlar Kanunu'nun getirdiği anlamda bir çalışıp çalışmama problemi yok. Sadece oradaki çalışılmış gibi sayılan halleri göz önüne almak yeterli olacak ve bunu sadece Borçlar Kanunu'na tabi işçiler bakımından yıllık izinden indirim sebebi olarak algılıyorum ben. İki kanunun kapsamını bu anlamda iç içe sokmuyorum açıkçası.

Sayın Avukat Hakan Yıldırımoğlu, cezai şartın tek taraflı belirlenmesinin hüküm ifade etmeyeceğini, geçerlilik taşımayacağını dile getirmiştiniz. Elbette, kural olarak böyle, ama bunu nerede söylüyoruz? İş sözleşmesinde söylüyoruz. Rekabet yasağı sözleşmesi ise bir iş sözleşmesi değil, tam aksine taraflar arasındaki işçi ve işveren sıfatının sona ermesinden sonra hüküm sonuç doğurmak üzere akdedilen bir sözleşme. O yüzden zaten bunu hizmet akdindeki cezai şart mantığıyla oradaki geçersizlik kurallarıyla yahut içtihatlarla paralel düşünmek çok uygun görünmüyor bana. Kaldı ki, rekabet yasağı sözleşmesi kural olarak eğer karşı edim kararlaştırılmamışsa tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme. Bu borcun, bu edimin niteliği nedir? Menfi edim yükümdür değil mi? Taraf yapmama borcu altına giriyor işverenin eski işçisi, ama yeni rakibi beklide, menfi edim yükümü altına giriyor. O yüzden de bu anlaşmada zaten o edimin ifasına hizmet etmek için tek taraflı olarak cezai şart kararlaştırılıyor. Bence geçerlilik bakımından herhangi bir sıkıntı yok.

Hizmet sözleşmesinin devriyle ilgili Sayın Hocam 428 ve 429'da, tebliğde bu bölüm yoktu açıkçası. 428'de genel olarak İş Kanunu'nun 6. maddesiyle

paralel bir düzenleme öngörülmüş ve müteselsil sorumluluğa işaret ediliyor. Eğer sözleşme devredilmişse burada da yine bütün hak ve borçlarıyla birlikte artık taraf değişmiş oluyor; yani birinde işçinin de yazılı rızası olduğu için burada üçlü bir anlaşma; yani devreden hizmet akdinin önceki tarafı işveren, yeni sözleşmenin tarafı haline gelen işveren ve işçi üçlü bir anlaşma, diğerinde ise sadece devralan ve devreden işveren arasında, işyerinin devrinden mütevellit akit geçtiğinde ikili bir anlaşma var. Devralan işverenin sorumluluğu taşıdığıyla ilgili hiçbir sıkıntı yok. Zaten Kanun bütün hak ve borçlarıyla birlikte geçeceğini söylüyor. Eğer devir sözleşmesinde ayrıca bu yönde bir hükme cevaz verilmişse, bu yönde bir hüküm sevk edilmişse, devreden işveren de elbette sorumlu olacak. Ama bu haliyle artık taraf sıfatıyla tek biri, tek bir kişi işçinin karşısında yer aldığı için müteselsil sorumluluğun da ancak Kanunda açıkça öngörülmesi halinde eğer akdi bir teselsül söz konusu değilse, sadece Kanunun birlikte sorumluluğu açıkça öngördüğü hallerde müteselsil borç ilişkisi kurulacağından ve 429 428'in aksine bu yönde bir açık hüküm sevk etmediğinden akdi teselsül kurulmadığı müddetçe 428'in kıyasen uygulanması suretiyle ben devreden önceki işverenin birlikte sorumluluk taşımayacağı kanaatindeyim. Gerekçem de temelde budur.

**Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN-** Öncelikle Sayın Ahmet Sevimli'nin sorusuna cevap vermek istiyorum. Sözleşmeleri ayırmada ekonomik bağımlılığın ölçüt olamayacağını söyledi. Tebliğimin başında düzenlemelerin İsviçre'den çevrilmek suretiyle alınması nedeniyle İsviçre hukukunda geçerli olan öğretisi ve yargı kararları doğrultusunda tebliğimin hazırlandığını söylemiştim. Orada bu ayırım bu şekilde yapılıyor. İş hukukunun ilk derslerinde de yine işçinin sonuç borcu olmadığını söylüyoruz, ama gördüğümüz gibi bu sözleşmede işçi işteki başarıya yükümlenmiş, atipik bir sözleşme söz konusu. Bilmiyorum, sorunuzu yanıtlayabildim mi?

Abdülhalim Eke Beyin bir sorusu vardı. "*İş kazasını biraz açar mısınız?*" dedi. Evde çalışmada meydana gelen bir kazanın mesleki faaliyet alanında, çerçevesinde meydana gelip gelmediği sorun yaratacak nitelikte.

Ekranaya yansıttığım 13. maddede 5510 sayılı Yasaya göre bir iş kazasının ne zaman olduğunu görmektesiniz. Tipik iş ilişkisinde işçi belli bir yer ve zamanda; yani fabrika veya bir büroda işi yapıyor. Bu yönüyle iş kazası olarak nitelenen kaza kazaya uğrayanın özel hayatı içinde değil, onun mesleki faaliyet alanı içinde meydana gelen kaza. Halbuki evde çalışmada zaman ve mekân kavramları anlamını yitirmekte, evde çalışan işçinin iş yaşamı ve özel yaşamı arasındaki çizgi belirsizleşmektedir. Bu durumda kazanın iş kazası sayılması açısından belirsizlik ve sorun yaratacak niteliktedir, çünkü evde çalışmada işçinin iş yaşamı ve özel yaşamı iç içe geçmektedir. Buna dikkat çekmek istiyorum.

**Prof. Dr. Sarper SÜZEK** (*Oturum Başkanı*)- Ben de birkaç cümle söyleyeyim, bana yönelik de bazı sorular veya yaklaşımlar oldu.

Sayın Abdülhalim EKE'nin sorusuyla ilgili bazı şeyler söylemek istiyorum. İş Mevzuatı tabii işçiyi işverenlere karşı korumak, akit serbestisinin sınırlandırılması, bu amaçlarla doğmuştur. Tabii bir denge de aranır, hiç şüphesiz o hassas dengenin de korunması lazım. Ama işçinin icabında kendisinden bence vekâlet alanlara karşı da korunması lazım. Ben öyle olaylar biliyorum ki, burada şimdi hiç yakışık almaz belki bahsetmem, yeri de değil, ama çok meslektaşımızın, hele iş kazaları sonucunda destekten yoksun kalanların üzerinden servetler edindiğini biliyorum. Bunu bir hukukçu olarak içimize sindiremeyiz bence. Bu gerçekten vahim bir durumdur.

Tabii, Avukatlık Kanununda bazı hükümler olabilir, ama Avukatlık Kanununda bazı hükümlerin olması İş Mevzuatında buna aykırı işçileri koruyan, hele işçilerin son ölümünden sonra destekten yoksun kalanları koruyan hükümleri getirmemize hiç engel değil. Manevi tazminatlar değil tabii söz konusu olan, ondan bahsetmek istemedim. Burada maddi tazminatlar söz konusu. Ücreti nasıl devredemiyorsa, görüşümde ısrar ediyorum, tazminatların devri konusunda da hüküm yer almalıydı bu Kanunda. Burada almayacaksa İş Kanunu'nda koruyucu hüküm olarak yer alması lazım. İş yargısının dışında da kalması önemli değil. Pek çok sorun iş yargısının dışında çözülüyor. ... .. böyledir, iki işverenin, alt işveren, asıl işveren arasındaki rücu davalarında, pek çok konuda tabii ki genel mahkemeler yetkili, burada da öyle olur, bir engel yok. Dolayısıyla, ben görüşümde ısrar ediyorum.

Sayın Ahmet Sevimli'yle ilgili çok önemli bence, işin kalbinde yer alan bir nokta bu. Başta da söylemeye çalıştım, Sayın Caniklioğlu'na da belki yanıt olacak bu aynı zamanda, olması gereken açısından söylüyorum, Borçlar Kanunu'ndaki getirilen düzenlemelerinde öyle olmamış birçok hüküm. İş Kanunu'ndaki hakları aşmaması lazım benim kanaatime göre. Tekrar edeyim, neden bu İş Kanunu dışında, tutulsun mu, tutulmasın mı, hukuk politikası için ayrı konu, 4. madde yürürlükten kalksın mı, neler kalksın, ama madem varsa bunun amacı Borçlar Kanunu'na tabi işçiler bakımından onları çalıştıran daha zayıf, daha güçsüz işverenlerin korunmasıdır. Dolayısıyla, İş Kanunu geçmemesi lazım.

Sayın meslektaşım güzel yanıtladı. Eğer getirilen hak İş Kanunu'nun gerisinde kalıyorsa, ki indirimler öyledir, kusurlu, kusursuz hastalıkta, vesaire, indirimler öyledir, ama birçok konuda Borçlar Kanunu'ndaki hüküm İş Kanunu'ndan ileri işçi lehine. Birçok konuda söyleyeyim, yıllık ücretli izinleri örnek olarak vereyim; mesela, bilindiği gibi İş Kanunumuzda yıllık ücretli izne sayılmada çalışılmış gibi sayılan haller belirtilmiştir. Mesela, hastalık, iş kazasında iş akdinin

askıya alınmasında bildirim önlemleri 6 haftaya kadar olan süreler yıllık ücretli izinden sayılır, daha fazlası sayılmaz. Bu çok daha uzun aylarca sürmüş olabilir, sayılmaz veya zorlayıcı nedenle iş akdi askıya alınmışsa, sadece 15 günü sayılır; orada sınırlamıştır İş Kanunu yıllık ücretli izin hakkını. Ama Borçlar Kanunu mesela bu sınırı getirmiyor. *“Bütün askıya alınma halleri yıllık ücretli izinde esas alınır”* diyor, İş Kanunu'ndan daha ileri bir hüküm.

Gene mesela yıllık ücretli izinde Borçlar Kanunu'nun daha lehe hüküm getirdiği bir başka örnek vereyim: Malum, İş Kanunu'nda işçi yıllık ücretli izinde başka bir işte ne yapabiliyordu işveren? Ücretli izin hakkını geri alabiliyordu, yıllık ücretli izin parasını geri alabiliyordu. Borçlar Kanunu'nda bu da yok; yani *“çalışırsa işveren bu ücreti geri alabilir”* diye bir hüküm de yok yine. Borçlar Kanunu daha lehinde işçinin.

Bu durumda ne yapacağız gerçekten? Bir İş Kanunu var, genel bir kanun gelmiş, daha işçi lehine hükümler getirmiş. Hangisini uygulayacağız? Orada ben de Sayın Caniklioğlu'na yakın düşünüyorum. Olmasa daha iyiydi, ama olmasına rağmen ben bu iki kanunun her şeye rağmen boşluk olan haller dışında çelişkili hükümler söz konusu olduğunda, lehe veya aleyhe, daha bunun üstüne düşünmemiz lazım, bu fikir yürütülmesi gereken, söz kaldırır bir durum, ama boşluk olan haller dışında bu İş Kanunu'nun bağımsız olduğunu, Borçlar Kanunu'nun, dolayısıyla, İş Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanması burada Borçlar Kanunu'na bu gibi durumlarda gitmemek gerektiğini düşünüyorum, ben de ona daha yakınum, onu söyleyeyim.

Bir diğer nokta, ama bu açıdan gerçekten çok tartışılmaya değer. Sorunlarımızın bir tanesi bu. Bu da tercümeden kaynaklanan bir durum. İsviçre'de daha ileri gitmişler, bizden de birçok hükümde ... ileri gitmişler, İş Kanunu'ndan da. Oralarda ne yapılacak? Bunların düşünülmesi gerekirdi Kanun yapılırken hiç şüphesiz.

Bu ekonomik bağımlılık, galiba siz yanıtladınız mı onu? Tamam, onu geçiyorum, ama ekonomik bağımlılığı artık biz iş akdini diğer sözleşmelerde Türk hukukunda bir kriter olarak kabul etmiyoruz. Burada kişisel ve hukuki bağımlılıktır bizim ölçütümüz. Ekonomik bağımlılık son derece geniş. İşçi-işveren ilişkisini başta tanımlarken ekonomik bağımlılığı vardır filan diyoruz, ama her ekonomik bağımlılık iş akdine neden olmaz. Bir girişimci de pekala işverene ekonomik bakımdan bağımlı olabilir, ama kendisi bir girişimciyse, kendi piyasasını kuruyorsa, müşterilerini şey ediyorsa, onun da işçi olduğunu düşünemeyiz diye düşünüyorum.

Sayın Yıldırımoğlu'nun sorularına gelince, burada şöyle bir şey var, ben onu savundum, gene de savunurum doğrusu, çünkü bize çok sorun yaratıyordu, iş hukukçularına. İş sağlığı güvenliği ve iş kazası tazminatları açısından

son derece önemli bir konudur. Borçlar Kanunu'nda ayrı bir düzenlemenin, İş Kanunu'nda ayrı bir düzenlemenin alınacak önlemler bakımından yer alması bize sorun yaratıyordu. Oradaki hakkaniyet sözcüğü, hakkaniyete uygun olduğu ölçüde önlemleri alır, vesaire de çok kafa karışıklığı yaratıyordu, hatta buradan hareketle kusursuz sorumluluk olduğunu savunanlar vardı, hani hakkaniyet sorumluluğu vardır ya, kusursuz sorumluluk, hâlbuki o ölçütten alınacak önlemlerin ölçütü olarak getirilmiş. Dolayısıyla, ben kitabımda da iş sağlığı güvenliği bahsine gelinceye kadar açıkçası öyle ceffel kalem işçi savunulmalıdır görüşünde hiçbir zaman olmadım, onu söyleyeyim; yani bu hassas dengeyi korumak gerektiğini her zaman düşündüm. Tabii, iş hukuku işçiyi korumaktan hareket eder belki, ama nerede duracağımızı bilmemiz lazım, işletmeleri de korumamız lazım. Her zaman ben o görüşteyim, farklı görüşte olanlar olabilir. Her zaman bu dengeyi kendimce korumaya çalıştım, ama mesele iş sağlığı ve güvenliğine geldiğinde orada tamamen tarafım; yani dünyada burada çalışanın yaşamı, beden bütünlüğü, bu ateş düştüğü yeri yakıyor. Ne kadar acı bir olaydır. Dünya istatistiklerinin de başındayız, bu da ülkemize şeref vermiyor iş kazaları, ölümler. Burada söylesem rakamları, istatistikleri, gerçekten çok çarpıcı. Başındayız. Anayasa hükümlerini de şöyle düşünün, kaç tane bu konuyu güvence altına alan hükmümüz var? İşçinin yaşamı söz konusu olduğu yerde, beden bütünlüğü, bunun söz konusu olduğu yerde artık öyle hassas denge filan söz konusu olmaz bence. Mesela parasal değil. İş hukuku işçiyi sadece ekonomik açıdan değil, sağlığını, şerefini, onurunu da koruyan bir hukuk dalı. Burada dünyada ileri ülkelerde ne düzenleme varsa, ne müessesese, ne kurum varsa, Türkiye'de de olmalı. Bize yakışan budur. Dolayısıyla, tamamen yanındayım, hem gereken her türlü önlemi alma hükmünün ve bunun Borçlar Kanunu'na taşınmasının tümüyle yanındayım.

Mesela Yargıtayımız bu içtihadı geliştirdi son derece isabetli olarak. Bir örnek vereyim; bu makine koruyucuları; malum olduğu üzere makine koruyucularında diyelim parmaklar biraz tehlikeli yere gelirse mekanik olarak makinenin kendisini durdurması lazım. Mekanik korumanın yetmediği yerde şimdi artık elektronik koruma var. 1 milim geçse dahi stop ediyor makine. Ama Yargıtayımız haklı olarak bunun getirilmesi gerektiğine hükmetti, son derece isabetlidir. O nedenle hele bir nakliyat şirketi filan söz konusuysa ABS fren sistemi en ilerisiyse onun da getirilmesi lazım benim kanaatime göre. Kaldı ki, şu da hep iş sağlığı güvenliği literatüründe adeta bir özdeyiştir: Önleme ödemekten ucuzdur; yani önlemekten kaçacağımız tedbirler, maliyetler sonucunda öyle büyük maddi, manevi tazminatlar ödemek zorunda kalırız ki. Bu bir söz değil, dünyaca kabul edilmiş bir şey. Varsın

başta iş güvenliği için bazı masraflar yapılsın, en iyi teknolojiler getirilsin. Bu, ilerde ödenecek tazminatları her zaman telafi edecektir. Bu kanaatimi koruyorum. Onun için cevabım o konuda da ne varsa yapılmalıdır. Ben çok işin tekniğini, modern teknoloji nedir, o tabii bilirkişi işi. O sorulur, o var mı, yok mu ona bakılır. Burada tarafım, açık söyleyeyim. Öbür konularda hiç taraf değilim; işçi de bizim, işveren de. İş hukukunun gerektirdiği kadar sadece işçinin korunmasından yanayım. Mesela ben şuna da karşıyım: Cetvel, kalem, böyle işçi yerine yorum meselesine de karşıyım, onu söyleyeyim. Kitabımda da yazdım, bizim hukuk sistemimizde de amaca göre yorum hepsinden önce gelir. Amaca göre yorumun yapılmasında sosyolojik hukuk yorumundan da yararlanmamız gerekir, diğer bilim dallarından yararlanmamız gerekir. Eğer bunlarla dahi bir sonuca varamıyorsak, o zaman işçi lehine yorumdan söz etmemiz lazım. Böyle yaklaşıyorum, ama iş sağlığı güvenliği konusunda farklı düşünüyorum doğrusu.

Sayın Caniklioğlu'nun sorularını yanıtladılar. Yalnız, burada bu iş sözleşmesinin devrinde bilindiği gibi Yargıtayımız gene çok isabetli olarak kıyasen işyerinin devri hükümlerini uyguluyor. Dolayısıyla, Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından da böyle bir durum karşımıza geldiğinde işyerinin devrini kıyasen uygulanması, ben de o görüşteyim, uygun düşeceği görüşümdedir.

Hepsi önemli de tabii, bütün konuşmacıların soruları da önemli, ama bu haklı nedenle fesih meselesine temas ettiler. Kaçınıcı maddeydi o? 435 ve devamı, evet.

Gerçekten şöyle bir hüküm var burada, diyor ki “*tarafardan her biri haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilir*”, birinci cümle, Sayın Caniklioğlu'nun belirttiği gibi, “*sözleşmeyi fesheden taraf feshin sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır.*” Aslında benim görüşüme göre bu hüküm tamamen İş Kanunumuzun 25. maddesinin son fıkrasıyla paralel bir hüküm, çünkü orada da bildiğiniz gibi, 25. maddenin son fıkrasında dikkat buyurulursa, haklı nedenle fesih veya haksız fesih meselesinde burada geçerli nedenli fesihteki usule göre düşünmeyeceğiz. Gerçi biz bunu eleştiriyoruz. Geçerli nedenli fesihte usul ne olmak gerekiyorsa, haklı nedenle fesihte de usulün aynı olması lazım. Sayın Sevimli'nin çok değerli bir makalesinde bu savunulmuştur, ben de aynı görüşü benimsedim. Burada bir paralellik olması lazım. Ama maalesef İş Kanunumuzun eleştirilecek yanlarından biridir. Mesela, çok çarpıcı, davranışları nedeniyle geçerli fesih yapacağımız bir işçiden savunma almak zorundayız değil mi sen verimsizsin filan diye? Haklı nedenle feshetmeye kalktığımız takdirde bu savunma gerekmiyor. Ben Bilim Kurulunda kıyameti kopardım; bu olmaz, adama hırsız diyorsunuz, savunmasını almıyorsunuz, feshediyorsunuz, verimsizsin diyorsunuz, savunmasını alıyorsunuz. Maalesef böyle bir düzenleme var. Şimdi bunların düzeltilmesi lazım.

Bu yazılı mı bildirecek, sebep bildirecek mi meselesine gelince, dikkat buyrulursa 25. maddenin son fıkrası haklı nedenli fesihte de 18, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanacağını söylüyor. Burada şöyle bir şey var: Bundan çıkan sonuç şudur: Haklı nedenle fesih yapıldığı takdirde 19 uygulanmayacağı için haklı nedenle fesihte feshin yazılı yapılması da gerekmiyor. 19. maddeyi aramıyor 25. madde açıkça, savunma da aramıyor, ama 20 ve 21. maddeye atıf yaptığı için benim kanaatime göre, orada sebep belirtme zorunluluğu vardır. Geçerli nedenle fesih yaparken bile fesih sebebi belirtme zorunluluğu vardır. Dolayısıyla, haklı nedenle fesih yaptığımızda bunun yazılı olması gerekmiyor, savunmanın alınması gerekmiyor, ama sebebin belirtilmesi gerekiyor, çünkü 20 ve 21 açıkça sebebi belirtecek diyor. Biraz karışık oldu belki, ama 20 ve 21'e de 25. maddenin son fıkrası atıf yapıyor. O halde sebebi belirteceğiz. İşte, muhtemelen Borçlar Kanununu hazırlayan Kanun koyucuya da aynı kanaat hakim olmuş. Dolayısıyla, sadece sebebin belirtilmesini yazılı olarak aramış, ama yazılı şekli aramamış, savunmayı da tabii aramamış. Doğrudur, yanlıştır, bence yanlış, İş Kanunu düzenlenmesi de isabetli değil, ama düzenleme böyle. Burada da bence paralellik var, ama bu tenkit edilebilir tabii. Bunu belirtmek istedim.

Benim de söylemek istediklerim bundan ibaret. Bizi sabırla dinlediniz. Zannediyorum bu konu da son derece önemli, yıllarca belki tartışacağız artık, bir başlangıç yapmış olduk karınca, kararınca.







