

Ali Güneren'e ARMAĞAN

2010



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



Genel Yayın Sıra No: 159
2010/1
ISBN No: 978-605-5614-20-1

Yayına Hazırlayan
Av. Celal Ülgen / Av. İsmail Gömlekli

Kapak
Can Eren

Tasarım / Uygulama
Referans Ajans
Tel: +90.212 347 32 47
e-mail: info@referansajans.com

Baskı
Sanat Matbaacılık
Medya ve Reklam Hizm. San. Tic. Ltd. Őti.
Hattat Halim Sokak No: 13
Balmumcu - BeŐiktaŐ / İstanbul
Tel: +90.212 267 04 23
e-mail: as@sanatmatbaacilik.com

Birinci Basım: Ocak 2010

İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararıyla 1.000 adet basılmıŐtır.

ALİ GÜNEREN'E ARMAĞAN



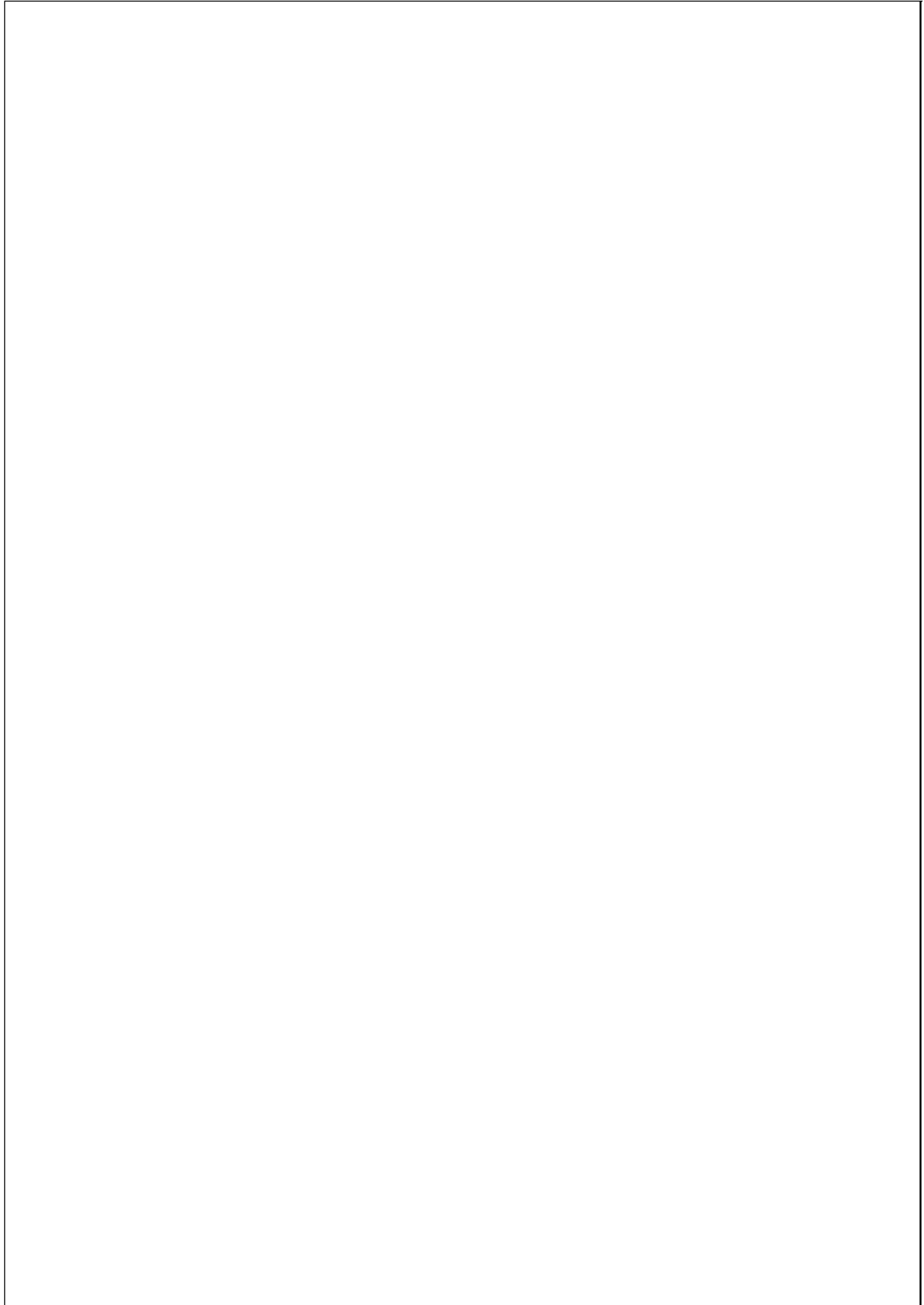
İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstiklal Caddesi Orhan Adli Apaydın Sokak

1. Baro Han Beyoğlu / İstanbul

Tel: (0212) 251 63 25 (pbx) / Faks: (0212) 293 89 60

dergi@istanbulbarosu.org.tr





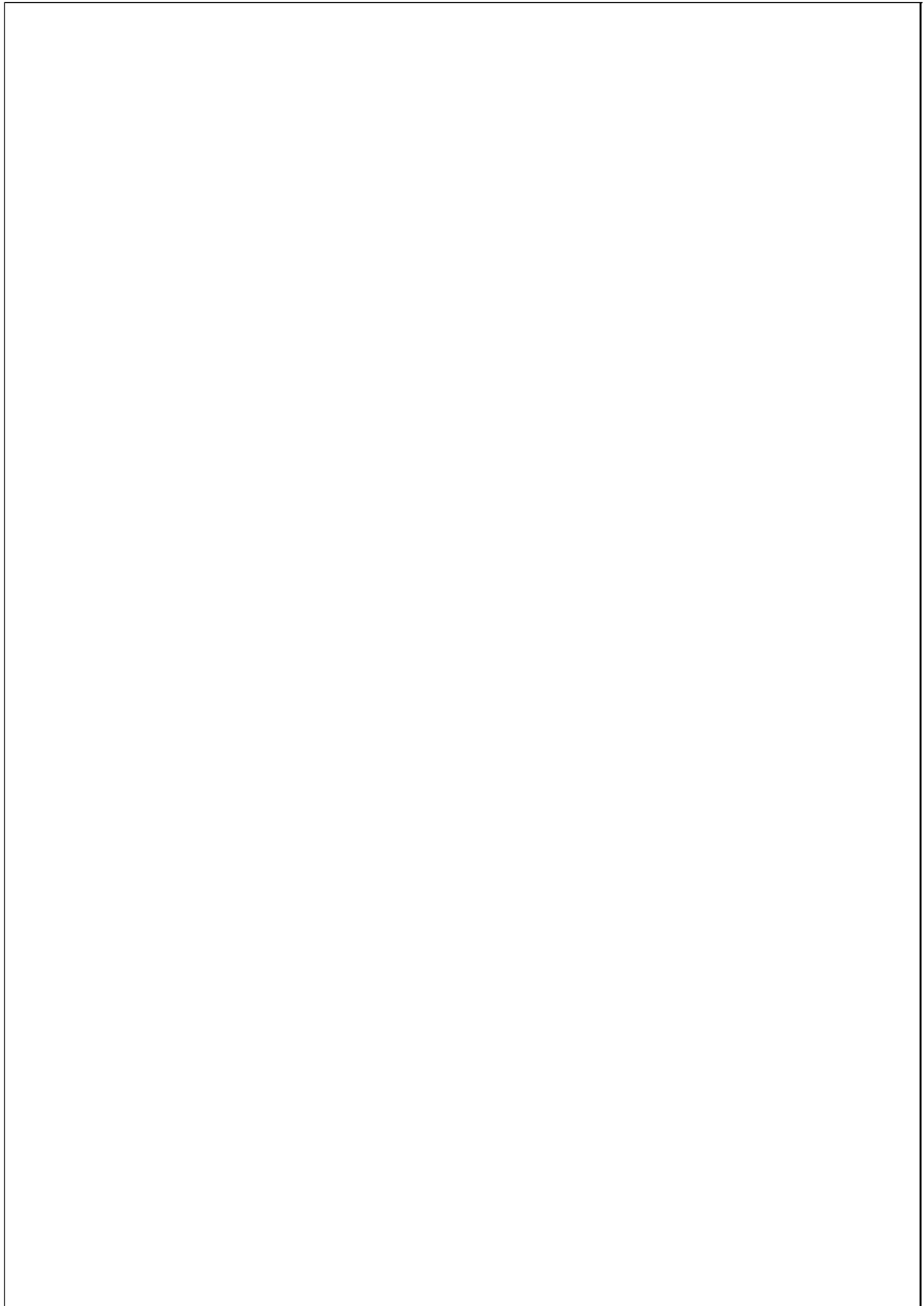
ALİ GÜNEREN

Ali Güneren 09.09.1944 tarihinde Marmaris'te doğdu. İstanbul Atatürk Erkek Lisesi'ni bitirdi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1966 yılında mezun olduktan sonra askerlik görevini Kırkağaç'ta yaptı.

İstanbul hâkim adayı olarak mesleğe başladı, sırasıyla Alucra, Balya, Boyabat, İznik, Lüleburgaz, Beyoğlu ve Bakırköy Hâkimliği görevlerinde bulundu.

15.08.1991 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Ali Güneren, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca, önce 30.09.2003, sonra 01.10.2007 tarihlerinde Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanlığı'na seçildi. İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları (2004), İstihkak Davaları (2008), Tasarruf İptal Davaları (2008) adlı eserleri ve mesleki inceleme yazıları bulunmaktadır. İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Tazminat Davaları adlı kitabı yayınlanma aşamasındadır.

Evli ve 2 çocuk babası olan Güneren, 09.09.2009 tarihinde Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanlığı'ndan emekliye ayrıldı.



İÇİNDEKİLER

Yayın Kurulu'ndan	9
<i>5510 Sayılı Kanun Açısından Mululiyet Sigortası'nun Esasları</i> Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY	13
<i>Anayasa Mahkemesi'nin Siyasi Grev Konusunda Bir Kararı</i> Prof. Dr. Melda SUR	29
<i>Çağdaş Taşıma Anlayışı ve Değişen Taşıyan Sorumluluğu</i> Prof. Dr. Necmettin AKTEN	47
<i>Borçlar Kanunu'nun 325. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi</i> Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR	73
<i>İşçinin Dinlenme Hakları ve Bu Hakların İhlaline Uygulanacak Yaptırım Sorunu</i> Doç. Dr. E. Murat ENGİN	85
<i>Birbirini İzleyen İş Sözleşmeleri Akdedilerek Hizmet Akdinin Devri Karar İncelemesi</i> Doç. Dr. Mustafa ALP	93
<i>Kıdem Tazminatlarında En Yüksek Mevduat Faizi Uygulaması</i> Av. Celal ÜLGEN	103
<i>İş Yaratma, İstihdam Politikası ve İş Hukuku'nun Endüstri İlişkilerindeki Rolü</i> Av. Dr. Erdal EGEMEN	113
<i>Konkordatonun Tasdiki</i> Av. Talih UYAR	121
<i>Donatma İştirakinin Davalarda Temsili</i> Av. Yörük KABALAK	131

<i>Gemi Adamlarının İşçilik Alacakları Hakkında Farklı Uygulamalar</i> Av. Tuncay BİLEN	139
<i>Ücretin Haciz, Devir ve Temlik İşlemlerine Karşı Korunması</i> Av. Merve GÖKSEL	149
<i>Kanununun Derhal Tatbiki</i> Av. Dr. Hakkı AKTAŞ	163
<i>Her Meslek Hastalığına 32 Yıl Formülü'nün Uygulanması Doğru mu?</i> Namık Kemal ÖZDEMİR	171
<i>İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Yapılan Ödemelerin Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesindeki Durumu</i> Av. Şevket Güney BİGAT	179
<i>Kısmi Çalışma</i> Av. Özge İŞERİ	223
YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ KARAR DERLEMESİ	255

YAYIN KURULU'NDAN

Ali Güneren, uzun süren Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanlığı görevinden yaş haddi nedeniyle emekliye ayrıldı.

İstanbul Barosu Yayın Kurulu olarak, Sn. Ali Güneren'e gelene değin, herhangi bir yargıç için bir armağan kitap yayınlamadık.

Elinizdeki bu kitap bu anlamda bir ilk ve belki de bir sonudur.

Armağan kitabın hazırlanması düşüncesi ilkin İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonumuzdan çıktı. Yayın Kurulu olarak bu öneriyi uygun bulduk. İstanbul Barosu Yönetim Kurulu da Yayın Kurulumuzun bu yöndeki istemini onayladı.

Sayın Güneren, şimdiki adıyla İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu'nun Kurucu Başkanı büyük üstadımız ve anısı önünde her zaman saygı ile eğildiğimiz **Akkın Sokullu**'nun başlattığı "İş Hukuku'nda Sorunlar ve Çözüm Önerileri" adlı toplantılara Yargıtay 21. Hukuk Dairesi üyesiyken katılmaya başlamış, Başkan olduktan sonra da bu toplantılara hem katılımcı, hem de Oturum Başkanı olarak süreklili katkıda bulunmayı ihmal etmemiştir.

Yayın Kurulu olarak, İstanbul Barosu Dergisi'nde yayınlanacak bir takım Yargıtay Kararlarına ulaşmada sıkıntı çektiğimizi zaman zaman dile getirdik. Gerek dergilerimizde gerekse de İş Hukuku Özel Sayımızda siz okurlarla bu sıkıntımızı paylaştık. En çok da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları bulmakta güçlüklerle karşılaşılıyor; bu güçlüklerin halen de sürdüğünün bilinmesini istiyoruz.

Gerek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan, gerekse Yargıtay Ceza Genel Kurulu'ndan karar alıp, siz okurlarımıza sunmakta zorluk çekiyoruz. Ne var ki, mesleki dayanışma ve kişisel çabalarımızla bu sıkıntılarımızı gidermeye çalışıyoruz.

Sn. Güneren, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları teminindeki sıkıntımızı öğrendiğinden beri, elinden geldiğince bize karar göndermeye başladı. Eğer Dergimizin okurları, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarını son yıllarda biraz kısıtlı da olsa okuyup, Genel Kurul'un görüşlerini bir nebze öğrenebildiyse, bunda en büyük pay hiç kuşku yok ki Sn. Güneren'e aittir.

Sn. Ali Güneren'e gerek İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu'na katkıları, gerekse dergimize hem 21. Hukuk Dairesi hem de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları sağlamasındaki unutulmaz destekleri nedeniyle; böyle bir armağan kitap hazırladık.

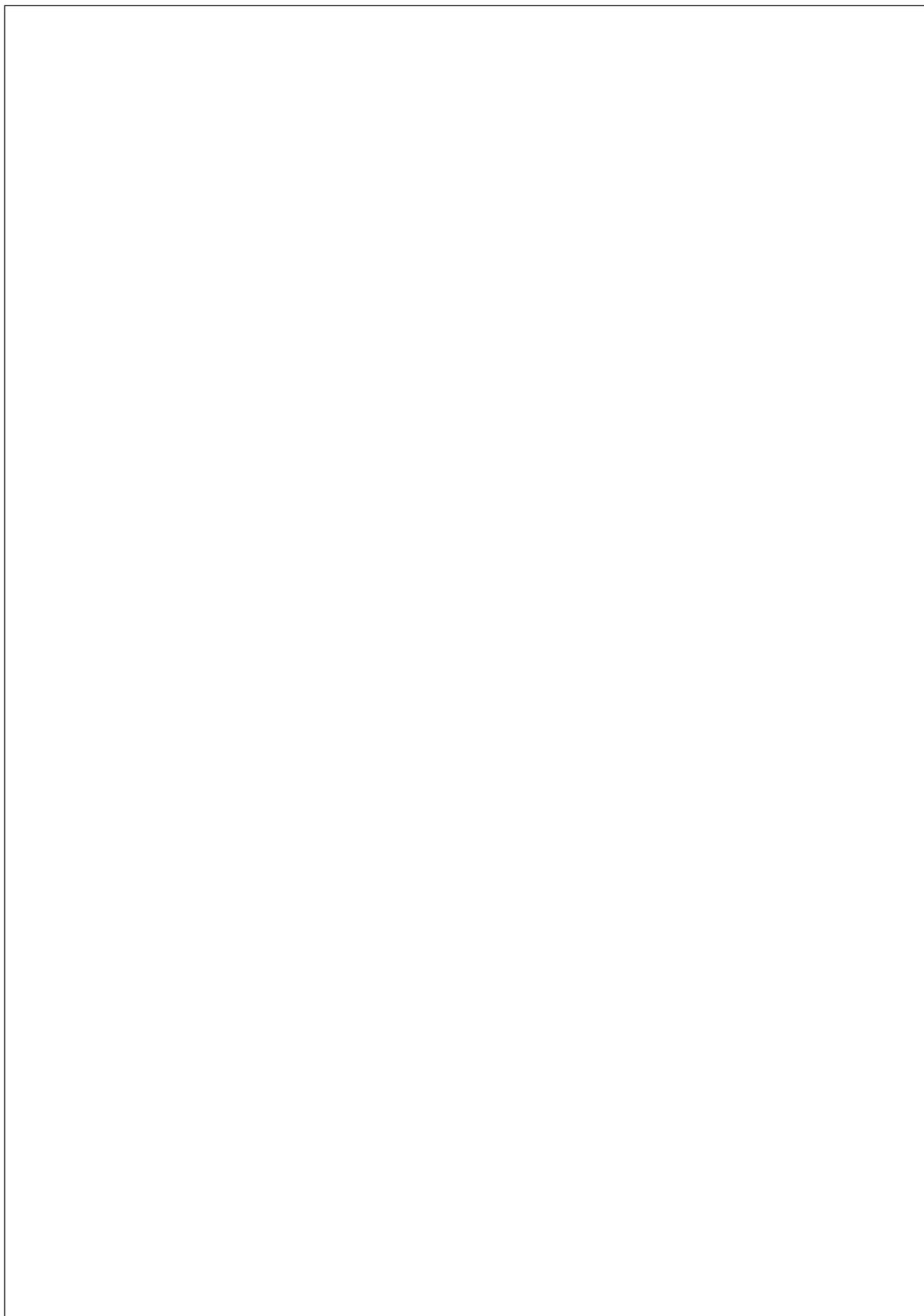
Bu armağan kitabın, Türk İş Hukuku'na önemli katkılarda bulunacağına inanıyoruz.

Armağan'ın hazırlanmasında katkısı olan Sayın Yazarlarımıza Yayın Kurulu olarak ayrı ayrı teşekkürlerimizi iletiyoruz.

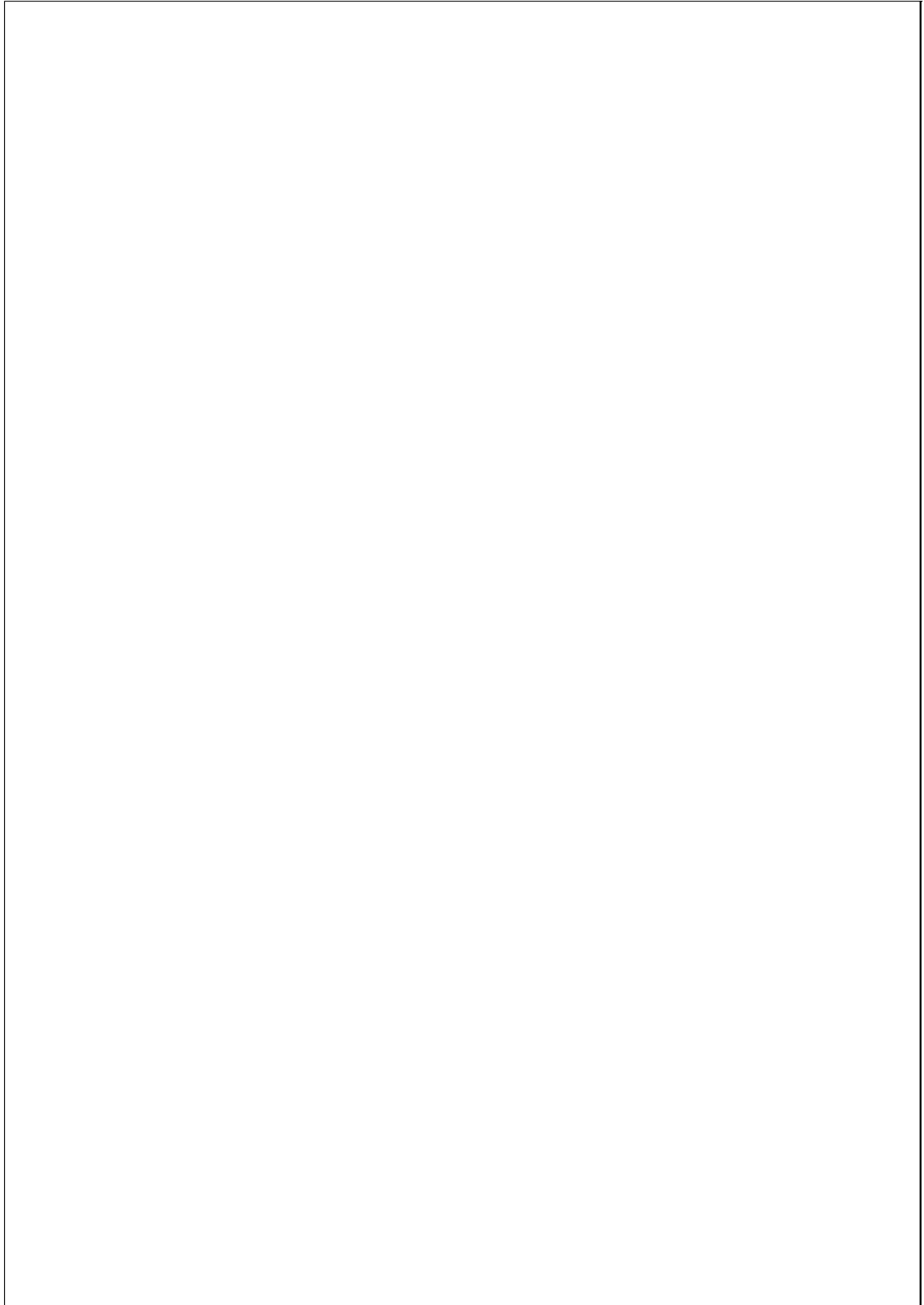
Armağan'ın son kısmında yer alan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin hizmet tespiti ile ilgili ayrıntılı kararlarını özenle seçerek bize gönderen Sn. Ali Güneren'e bir kez daha teşekkür ediyor, kendisine bundan sonraki emeklilik yaşamında da mutluluk ve esenlikler diliyoruz.

Yayın Kurulu Adına

Av. İsmail Gömleklİ



YAZILAR



5510 SAYILI KANUN AÇISINDAN MALULİYET SİGORTASI'NIN ESASLARI

Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY*

I. GENEL OLARAK

Malullük hali, günümüzün sosyal güvenlik sistemleri içinde korunan önemli bir sosyal risktir. Malullük, çalışma gücünün sürekli bir biçimde kısmen veya tamamen kaybedilmesi demektir. Bir görüşe göre, malullük ve sakatlık kavramları yakın kavramlar olmakla beraber aynı şey değildir. Malullük, sakatlığın belirli bir düzeye gelmiş halini ifade eder (L. Akın, Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Bağlı Çalışanların Maluliyeti, Ankara 2007, 155). Bu niteliği itibarıyla sürekli iş göremezlik hali doğurur. Malullük sigortası, malul sayılan yani çalışabilir durumda olmadığı saptanan sigortalıya bu durumu devam ettiği sürece yardımlar sağlar, böylece sigortalıya uzun süreli yardımlar sağlayan sigorta türlerindedir.

Türkiye'de iş sözleşmesi ile çalışanlar için ilk defa 01.04.1950 tarih ve 5417 Sayılı Kanun'la kurulan malullük sigortası daha sonra biraz daha genişlemiş biçimde 01.06.1957 tarih ve 6900 sayılı Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunu içine, sonra da diğer sigorta kolları ile birlikte 506 sayılı SSK. kapsamında düzenlenmişti (m.52-58). Malullük sigortasından bağımsız çalışanlar da 14.09.1971 tarihinden itibaren yararlanmakta idiler (1479 sayılı BağKur Kanunu m.27-33). 1949 tarihli 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nda memurların malullük sigortasını düzenlemişti (m.44-65). Öyleki bu Kanun adı malullük, vazife malullüğü ve harp malullüğü adıyla 3 tür maluliyet hali öngörmüştü. Şimdi bütün bu maluliyet halleri artık tek bir Kanun içinde toplanmıştır. Nitekim Sosyal Güvenlik Kurumlarını ve Kanunlarını tek çatı altında toplama sloganı ile hazırlanan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 31.05.2006 tarihinde kabul edildiği halde yürürlüğe gireceği yılbaşını beklerken AY Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihinde büyük bölümünü kamu görevlilerini ilgilendiren hükümler açısından 111/112 sayılı kararıyla iptal etmesi üzerine yürürlüğe girmesi üç kez ertelenmiş olarak 2 yıldan fazla gecikmiş ve aradan geçen zamanda 17.04.2008 tarihinde 5754 Sayılı Kanun'la kapsamlı bir değişiklik geçirmiştir. Sonunda Yasa büyük bölümü itibarıyla 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Denebilir ki, 5510 Sayılı Kanun daha yürürlüğe konulamadan önce önemli ölçüde değişmiştir. Ancak değişmemiş olan birkaç şeyden biri Yasanın iş kazası, meslek hastalığı,

(*) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

hastalık ve analık sigortalarını kısa vadeli sigorta başlığı altında tek bir sigorta kolu, diğeri de maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortalarını uzun vadeli sigorta başlığı altında yine tek bir sigorta kolu gibi düzenlemiş olmasıdır. Bu sigorta kollarına bir de genel sağlık sigortası adı altında yeni bir sigorta kolu eklenmiştir. Biz burada sadece maluliyet sigortası üzerinde duracağız.

II. MALULİYET SİGORTASI

Bu sigorta kolu, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile birlikte uzun vadeli sigorta kollarının adeta bir alt ayrımı gibi ele alınmıştır. Maluliyet, çalışma gücünün sürekli biçimde kısmen veya tamamen kaybedilmesi sonucunu doğuran sağlık bozukluğu halidir (Bak. Akın, Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, 155 vd.).

1. Malul sayılma şartları

5510 Sayılı Kanun'un, 5754 Sayılı Kanun'la değişik 25. maddesi kimlerin malul sayılacağını düzenlerken malul sayılanları iki gruba ayırmıştır. Şöyleki, Kanunun 25. maddesine göre sigortalının veya işverenin talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurulları tarafından düzenlenen raporlarda,

- 4/1a ve 4/1b kapsamındaki sigortalılar bakımından herhangi bir nedenle (neden önemli olmadığı gibi sigortalının kusurlu olup olmaması da önemli değildir) çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını,

- 4/1c kapsamındaki sigortalılar için ise çalışma gücünün en az %60'ını veya vazifelerini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulu'nca tespit edilenler malul sayılır (m.25/1). Kurum Sağlık Kurulu bu sonuca varırken bu raporların dayanağı tıbbi belgeleri de incelemiş olacaktır. Demek oluyor ki 4/1a ve 4/1b'liler bakımından çalışma gücünün en az %60'ının kaybı herhangi bir nedenle mümkün olabilirken, malullüğün nedeni iş kazası veya meslek hastalığı ise meslekte kazanma gücünün en az %60 oranında kaybedilmiş olması şartı aranacaktır.

Görülüyor ki, 5510 Sayılı Kanun, 506 Sayılı Kanun'da yapıldığı üzere hastalık sigortasından yapılan tedavi sonucu sigortalının iyileşemeyeceğinin anlaşılmasıyla oluşan malullük haline yer vermemiş ve malul sayılma halini üçten ikiye indirmiştir (N. Caniklioğlu, 5510 Sayılı Kanun'a Göre Malullük Aylığı, Sicil Eylül 2006, 146, 147). Ancak 28.08.2008 tarihli Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m.53/3c'ye getirdiği bir hükümlerle bu konuda kamu görevlileriyle ilgili bir istisnaya yer vermiştir. Buna göre personel Kanunlarına tâbi olan hastalıklarının Kanunlarında belirtilen sürelerden fazla sürdüğü, tâbi olmayanların ise hastalık sebebiyle malul sayılmalarına

esas alınacak hastalık süreleri hakkında kendi özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar 657 sayılı DMK'nın hastalık iznine ilişkin hükümleri uygulanmak suretiyle bu süreleri doldurdukları sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu Kurum Sağlık Kurulu'nca tespit edilen sigortalılar malul sayılır. 5510 Sayılı Kanun'da yer almayan bu olanağın yönetmelikle getirilmesi Yasayla ters düşmesi bir yana bu olanağın neden hizmet akdiyle çalışanlara ve bağımsız çalışanlara sağlanmadığı da ayrı bir sorudur. Kayıp oranının %60 olarak belirlenmiş olması bir anlamda 506 ve 1479 Sayılı Kanunların kapsamına girenlere kıyasla daha lehe, 5434 sayılı Kanun kapsamına girenlere kıyasla aleyhe olmuştur (C. Saraç, Son Tasarı Işığında 5510 Sayılı SSGSS Kanununun Başlıca Yenilikleri, Sicil, Mart 2008, 125). Çünkü 5434 Sayılı Kanun'un 5510 Sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan m.44 malul sayılma için çalışma gücü kaybına oran getirmemiştir.

Sigortalı ilk kez çalışmaya başladığı tarihten önce çalışma gücünün %60'ını veya vazifesini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybettiği önceden ya da sonradan tespit edilirse sigortalı bu hastalık ya da özürlü nedeniyle malullük aylığından yararlanamayacaktır (m.25/2). Bunun gibi yedeksubay veya er olarak ya da talim, manevra, seferberlik, harp dolayısıyla görevleri ile ilgileri kesilmeksizin silah altına alındıkları dönemde malul olup bu malullükleri asıl görevlerini yapmaya engel olmayanlar hakkında da bu hastalık ya da özürleri nedeniyle malullük sigortasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır (m.25/3).

11.10.2008 gün ve 27021 sayılı RG'de yayınlanan Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nde hangi sağlık hizmeti sunucularının çalışma gücü ve meslekte kazanma gücü kaybına ilişkin raporları vermeye yetkili olduklarına, sağlık kurulu raporlarının nasıl düzenleneceğine, raporların bağlayıcılığına, malul sayılmaya ve meslekte kazanma gücü azalma oranının tespitine ilişkin usul ve esaslara ve meslek hastalıkları listesine yer verilmiştir. Buna göre, sağlık kurulu raporlarını düzenlemeye Sağlık Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Hastaneleri, Devlet Üniversitesi Hastaneleri, TSK'ya bağlı Asker Hastaneleri ile sigortalıların ikamet ettikleri illerde belirtilen bu hastanelerin bulunmaması durumunda Sağlık Bakanlığı'nın tam teşekküllü hastaneleri yetkilidir (Yön. m.5). Hangi hallerde çalışma gücünün %60 oranında kaybedildiği de bu yönetmelikte liste halinde gösterilmiştir (Yön. m.12).

Yönetmeliğe göre, sağlık hizmeti sunucuları sağlık kurullarının raporlarındaki çalışma gücü kaybı, maluliyet derecesi tespitleri Kurum Sağlık Kurulu kararlarını bağlayıcı değildir (m.8). Sigortalının çalışma gücünün veya meslekte kazanma gücünün kaybına ilişkin son karar Kurum Sağlık Kurulu'na aittir. Diğer bir ifade ile sigortalının çalışma

gücünün veya iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60 oranında yitirdiği Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu tespit edilecektir. Bu inceleme ve tespit ise Kurum Sağlık Kurulu'nca yapılır, malullük kararı da Kurum Sağlık Kurulu'nca alınır (m.25/1). Bir başka hükme göre de çalışma gücünün en az %60'ını kaybetmiş haliyle ilk defa çalışmaya başlayan ancak daha sonra ortaya çıkan farklı bir hastalık veya arıza nedeniyle çalışma gücünün en az %60'ını kaybettiği Kurum Sağlık Kurulu'nca tespit edilenler de malul sayılacaktır (Yön. m.12/1c). Kanunda yer verilmeyen bu ayrıntı sigortalı lehinedir. Sağlık sunucuları sağlık kurulları raporlarına karşı ilgililer Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'na itirazda bulunabilirler. Yüksek Sağlık Kurulu raporlarına karşı nereye başvurulacağı Yasada gösterilmiş değilse de bu kararlara karşı iş mahkemelerinde itiraz mümkündür (5510 Sayılı Kanun m.58/4; 95/2). Yüksek Sağlık Kurulu raporları sadece Kurum açısından bağlayıcıdır (Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 12. bası, İstanbul 2009, 420).

Sigortalı olarak ilk kez çalışmaya başladığı tarihte maluliyet durumu olanlar malulen emekli olamayacaklarına göre bunların 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 31. maddesindeki sakatlık vergi indiriminden yararlanmaları mümkündür. Sakatlık indirimi sigortalının ücretinden yapılacak ise de bundan da ancak çalışma gücünün kaybı %40'ın üzerinde olanlar yararlanabilecektir. O halde 5510 Sayılı Kanun m.25 kapsamına girdiği halde çalışma gücünün kaybı %60'ın altında fakat %40'ın üstünde olan sigortalılar çalışıyorlarsa bunların da sakatlık indiriminden yararlanmaları doğaldır.

Bununla birlikte 5510 Sayılı Kanun'un geç. 10. maddesinde yer alan hükme göre bu Kanunun yürürlük tarihinden önce sigortalı olup *"Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlanmaya hak kazanmış durumda olan sigortalılar hakkında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 60. maddesinin (c) bendinin (b) alt bendi ve geçici 87. maddesine göre işlem yapılır"* (geç. m.10/2). 506 Sayılı Kanun'un 60. maddesinin (c) bendinde ise sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlanmaya hak kazanmış olan sigortalıların sakatlık derecelerine (I, II, III. dereceler) ve analık, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeme gün sayısına göre (3600, 4000, 4400 gün) yaşlılık aylığından yararlanmalarına, geç. m.87 ise söz konusu maddedeki değişikliğin yürürlüğe giriş tarihine göre kademeli bir uygulamaya yer verilmiştir.

4/1c kapsamındakiler için bazı ayrıntılı hükümler öngörülmüş olup bunların yazılı talepleri sonucu malul sayılmalarına rağmen malullükle-

rinin engel olmadığı başka görev veya sınıflara tayin edildikleri durumda eski görevlerinden istifa etmiş sayılacaklardır. Ancak bunların istifa etmiş sayıldıktan sonra dahi bu kanun hükümlerinin uygulanmasını isteme hakları saklı tutulmuştur (m.25/4). Bu hüküm 5434 Sayılı Kanun m.44/2'den aynen alınmıştır.

Ayrıca bu kişilerden (4/1c'liler) görevlerini yapamayacak derecede hastalığa uğrayanlar hastalıklarının Kanunlarında belirtilen sürelerden fazla sürmesi durumunda hastalıklarının mahiyetine ve doğuş nedenine göre ya malul ya da m.47 hükmüne göre vazife malulü sayılacaklardır (m.25/5).

Çalışma gücünün ve meslekte kazanma gücünün kaybının ne ifade ettiği hususunda yasada veya yönetmeliklerde bir açıklama yok ise de çalışma gücünün kaybindan sigortalının çalışırken eskiye göre daha düşük bir performansla gerilemesi, meslekte kazanma gücünün kaybindan ise sigortalının mesleğini ya da görmekte olduğu işi yerine getirmesi için gerekli olan nitelikleri kaybetmesi anlaşılmalıdır (Karş. Caniklioğlu, Maluliyet Aylığı, 147).

Alman Hukuku'nda bizdeki çalışma gücünün kaybı yerine kazanç elde edemezlik (Erwerbsunfähigkeit), meslekte kazanma gücünün kaybı yerine de mesleği yerine getiremezlik (Berufsunfähigkeit) kavramları kullanılmaktadır (Bu konuda bak. Gitter/Schmitt, Sozialrecht, 5. Aufl.,München 2001, Nr. 27, 28, 64; E. Eichenhofer, Sozialrecht, 5. Aufl. Tübingen 2004, Nr. 319,320; Bley/Kreikebohm/Marschner, Sozialrecht, 9. Aufl., Neuwied 2007, Nr. 519, 520, 530, 531, 532. Ayrıca bak. A. N. Sözer, İşgöremezlik, Meslekte Kazanma Gücünün Kaybı, Çalışma Gücünün Kaybı Kavramları ve Sakatlık Kavramı ile İlişkileri, Adalet Dergisi, Ocak-Şubat 1984, 35 vd.). Gelir elde edemezlik kısmi veya tam olabilir. Eğer gelir elde edemezlik, sigortalının bir hastalık ya da sakatlık nedeniyle öngörülebilir bir süre için emek piyasasının olağan şartları altında günde 6 saatten fazla gelir elde edemez duruma düşmesine neden oluyorsa buna kısmi gelir elde edemezlik denir (§43 SGB VI). Buna karşılık sigortalı bir hastalık veya sakatlık nedeniyle günde 3 saatlik geliri bile elde edemez duruma düşmüş ise iş göremezlik tamdır. İş göremezlik durumunun saptanması hem tıbbi ölçülere hem de emek piyasasının olağan şartlarına göre yapılabilir. Alman Hukuku'nda mesleği yerine getiremezlik ise sigortalının uğradığı hastalık veya özürünün kendisini benzeri eğitim görmüş aynı bilgi ve beceriye sahip fakat sağlıklı bir başka sigortalının yarısı kadar bile gelir edemez duruma düşürmesi hali olarak kabul edilir. Demek oluyor ki bu Hukuk Sisteminde mesleği yerine getiremezlik ve gelir elde edemezlik durumlarının belirlenmesi oldukça teknik konulardır.

Bizde de çalışma gücünün kaybı ya da meslekte kazanma gücünün kaybı, bu kaybın oranını belirleme işi tıbbi ölçülere göre belirlenecek

konular olup bunlar sağlık kurullarınca belirlenebilir. Yasa bu belirlemeyi yapacak sağlık kurullarını Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurulları olarak açıklamıştır (m.3/20). Hükümden, belirlemeyi yapacak sağlık kurulunun resmi bir sağlık kuruluşu olması şartının aranmadığı, yetkilendirilmiş olmak kaydıyla özel bir sağlık kuruluşu da olabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak 11.10.2008 tarihli Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oran Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nde ise sigortalının veya hak sahiplerinin çalışma gücünün veya meslekte kazanma gücünün kayıp oranlarını belirlemeye Sağlık Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Hastaneleri, Devlet Üniversitesi Hastaneleri, sigortalının oturduğu illerde bu sayılanların bulunmaması halinde Sağlık Bakanlığı'na bağlı tam teşekküllü hastaneler, m.4/1a ve 1b hükmü kapsamındaki sigortalıların meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü kayıp oranını belirlemeye ise Ankara, İstanbul veya Zonguldak'ta bulunan Sağlık Bakanlığı Meslek Hastalıkları Hastaneleri ile Kurumca belirlenecek üniversite hastanelerinin sağlık kurulları yetkili kılınmaktadır (m.5/1). Yönetmelikte sayılan bu sağlık hizmeti sunucularının hepsi resmi kurumlar sayıldığından Yasa ile Yönetmelik arasında bir çelişki varmış gibi görünmektedir.

Belirtelim ki, sigortalının özürünün çalışmaya başladığı tarihte malul sayılmayı gerektirmeyecek nitelikte önemsiz olmakla birlikte daha sonra bu durumu ağırlaşarak sigortalıyı malul durumuna düşürmesi sigortalıya aylık bağlanmasını engellemez (Caniklioğlu, Maluliyet Aylığı, 155; Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, 344-345; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 418).

Birleşik Krallık'ta 1994 yılına kadar malullük ödeneği (invalidity benefit) ve hastalık ödeneği (sickness benefit) uygulaması vardı. 28 haftaya kadar iş göremezlikte hastalık ödeneği, bundan sonra ise malullük ödeneği ödenmekteydi. Bu uygulamanın mali yönden fazla külfetli olduğu gerekçesiyle Sosyal Güvenlik Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle bu iki ödenek kaldırılarak yerine daha sıkı şartlara bağlanan iş göremezlik ödeneği (incapacity benefit) getirildi. Bu ödenek kısa süreli iş göremezlik ve uzun süreli iş göremezlik olarak ikiye ayrılır. Yeni uygulamaya göre 52 haftaya kadar daha az miktardaki kısa süreli iş göremezlik ödeneği bundan sonra da iş göremezliğin devam etmesi halinde daha cömert olan uzun süreli iş göremezlik ödeneği ödenmeye başlar ki teorik olarak sigortalının emeklilik yaşına kadar sürebilir. İş göremezlik durumu kısmi veya tam olabilir. İş göremezlik belirli bazı hastalıklar veya bir bedeni engel ya da zihinsel bir engelden kaynaklanabilir. Bu belirleme çalışmaya elverişlilik testi sonucu verilen tıbbi bir rapora dayanmalıdır (Bak. Wikeley/Ogus/Barendt, The Law of Social Security, 5. Ed. London 2002, 525, 531 vd.).

2. Malullük Sigortası'ndan yararlanma şartları

Malullük Sigortası'ndan sağlanan en önemli hak sigortalıya malullük aylığı bağlanmasıdır (m.26/1). Malullük aylığından yararlanabilmek için en az 10 yıldan beri sigortalı olmak ve toplam olarak 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi bildirilmiş olması gerekir (m.26/2b). Başka birinin sürekli bakımına muhtaç olan bir kişi için 5510 Sayılı Kanun'un ilk şeklinde 5 yıllık sigortalılık ve toplam 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödemiş olma yeterli sayılmışken 5754 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle sürekli bakıma muhtaç olanlar için tanınan hafifletilmiş koşullar kaldırılmıştır. Bunun yerine başka birinin sürekli bakımına muhtaç olanlar açısından sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi bildirilmesi şartı getirilmiştir. Bu süre kesintisiz 5 yıla tekabül eder ki yasanın ilk şekline oranla daha ağırlaştırılmış bir şarttır.

Böylece sigortalı adına prim ödeme gün sayısı bildirilmiş, ancak henüz primler ödenmemiş olsa dahi diğer şartlar oluşmuşsa malullük aylığı bağlanacaktır. Buna karşılık 5510 Sayılı Kanun m.26/2c'de, 5754 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle m.4/1b kapsamındaki sigortalılar için prim bildirilmiş olması yeterli görülmemiş genel sağlık sigortası primi dahil, prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması da aranacaktır. Görülüyor ki, bağımsız çalışanların ödemedikleri primler prim ödeme gün sayısında dikkate alınmayacaktır.

Belirtelim ki, ödenen primlerin zorunlu ya da isteğe bağlı sigorta hükümleri kapsamında ödenmesinin herhangi bir önemi yoktur.

Yasaya göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanması bakımından dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı, bu Kanun ile büyük bölümü yürürlükten kaldırılmış olan değişik sosyal sigorta yasalarına göre (5417, 6900, 506, 1479, 2925, 2926, 5434 Sayılı Kanunlar) 506 Sayılı Kanun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklara tâbi olarak ilk defa malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olarak çalışmaya başladıkları tarih kabul edilir (m.38). Bu sürenin kesintisiz prim ödeyerek, çalışarak geçirilmesi şart değildir. Önemli olan ilk defa sigortalı olunan tarihten malullük aylığı almak için Kuruma başvuru tarihi arasında on yıllık sürenin geçmiş olmasıdır (Tuncay/Ekmekçi, 159).

5510 Sayılı Kanun, 506 Sayılı Kanun'daki (m.60/G) kuralı adeta tekrarlayarak bu Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olarak geçirilen sigortalılık süresinin 18 yaşın dolduğu tarihten başlamış saymış ve bu tarihten önceki süreler için ödenen MYÖ sigortaları primlerinin sadece prim ödeme gün sayılarına ekleneceğini hükme bağlamıştır (m.38/2). Burada adil olmayan bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Zira örneğin İş Kanunu'nun en az çalıştırma yaşına

(m. 71) uygun olarak 15 yaşında, üstelik sigortalı olarak çalışmaya başlayan bir kişi 26 yaşında bir kaza sonucu çalışma gücünü %60 oranında kaybetse bu hüküm sonucu sigortalılıkta 10 yıl dolmadığı için kendisine malullük aylığı bağlanmayacaktır. Bu adaletsiz hükmün düzeltilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir (Caniklioğlu, Maluliyet Aylığı, 152).

Yukarıdaki şartları yerine getirmiş olan bir kimse malullük aylığından yararlanabilmek için işten ayrıldıktan veya işyerini kapattıktan ya da devrettikten sonra Kurumdan yazılı istekte bulunmalıdır (m.26/c).

3. Malullük aylığının başlangıcı, kesilmesi ve yeniden bağlanması

Malullük aylığı, sigortalının malul sayılmasına esas rapor tarihi yazılı istek tarihinden önce ise yazılı istek tarihini; rapor, yazılı istek tarihinden sonra ise rapor tarihini; kamu görevlileri içinse maluliyetleri nedeniyle görevlerinden ayrıldıkları tarihi takip eden ay başından itibaren başlar. Şu kadar ki, bunların görevlerinden ayrılmış olmaları ve başka bir sigortalılık statüsünde çalışmamaları da şarttır (m.27/2).

Malullük aylığı almakta iken 5510 Sayılı Kanun'a ya da yabancı bir ülke mevzuatına tabi olarak çalışmaya başlayanların malullük aylıkları çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme döneminin başında kesilir. Bunlardan yeniden kısa ve uzun sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına ait prim alınır.

Bu kişiler işten ayrılarak yeniden malullük aylığı bağlanması için yazılı talepte bulunurlar ya da 4/1c'li iseler emekliye ayrılır veya sevk edilirse, kontrol muayenesine tabi tutulmak (Bak. m.94) ve ilk aylığına esas malullüğünün devam ettiği anlaşılacak kaydıyla yeniden malullük aylığı bağlanır (m.27/3).

4. Malullük aylığının hesaplanması ve bağlanması

Malullük aylığı hesaplanırken prim ödeme gün sayısı 9000 günden az olan sigortalılar için 9000 üzerinden, 9000 ve daha fazla olanlar için ise toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden yaşlılık aylığının hesaplanmasındaki usule göre hesaplama yapılacaktır (m.27/1). Sigortalı başka birinin sürekli bakımına muhtaç ise aylık bağlama oranı 10 puan arttırılır. 5754 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle m.4/1a kapsamına girenler için MYÖ sigortası primi 7200 güne indirilmiş olup 9000 prim gün sayısının 7200 olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Bu durumun bu olanağa sahip olmayan memurlar ve bağımsız çalışanlar bakımından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu söylenebilir (Ş. Ertürk, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Değişiklik Öngören 5754 Sayılı Kanun'dan Sonra Uzun Vadeli Sigorta Kollarına Genel Bir Bakış, Legal İş HSGHD, 19/2008, 1051).

Malullük aylığı 4/1a ve 4/1b'liler ile 4/1c'li iken görevinden ayrılmış olup başka bir sigortalılık durumuna tâbi olarak çalışmamış olanlar için malullük durumunu tespit eden rapor yazılı istek tarihinden önce ise yazılı istek; rapor yazılı istek tarihinden sonra ise rapor tarihini; 4/1c kapsamında çalışmakta iken maluliyet nedeniyle görevinden ayrılanlar için ise ayrılmayı takip eden ay başından itibaren başlar (m.27/2).

Malullük aylığı almakta iken 5510 Sayılı Kanun'a göre ya da yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında yeniden çalışmaya başlayanların aylıkları çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başında kesilir (m. 27/3). Yeniden çalışmanın iş sözleşmesine göre ya da bağımsız çalışma şeklinde olması önemli değildir. Oysa 506 Sayılı Kanun döneminde malullük aylığı almakta iken yabancı ülkede çalışmaya başlama halinde aylığın kesilmeyeceği gerek doktrinde gerek Yargıtay içtihatlarında kabul edilmekte idi (Bak. Tuncay/Ekmekçi, 350-351; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 433). Çünkü tersi durumda Türk mevzuatının yabancı bir ülkedeki sigortalılık ilişkisine uygulanması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktaydı.

5510 Sayılı Kanun, malullük aylığı alan bir kişinin sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmasına kesin bir ifade ile olanak tanımamıştır.

Malullük aylığı almakta iken 5510 Sayılı Kanun hükümlerine göre yeniden çalışmaya başlayanlardan çalıştıkları süre zarfında prime esas kazançları üzerinden 81. madde uyarınca kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası primi alınmaya başlanır. Eğer bunlar işten ayrılıp yeniden malullük aylığı bağlanmasını isterlerse kontrol muayenesine tâbi tutulurlar ve muayene sonucu ilk aylığa esas malullük durumunun devam ettiği anlaşılırsa talep tarihini takip eden ödeme döneminden itibaren yeniden malullük aylığı bağlanır (m.27/3). Kontrol muayenesi ile ilgili esaslar m.94'te kaleme alınmıştır.

5. Değişen sağlık durumuna göre aylığın arttırılması, azaltılması veya kesilmesi

Sigortalının malullük durumu sonradan değişmiş, örneğin artmış ve bu artış nedeniyle başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma girmiş veya malullük azalmış yahut tamamen ortadan kalkmış olabilir. Bu takdirde sigortalının almakta olduğu malullük aylığını değişen duruma göre arttırmak, azaltmak veya kesmek gerekir. Bunu sağlamak için sigortalının bir kontrol muayenesinden geçirilmesini hem Kurum hem de kendisi her zaman isteyebilir (m.94/2). Kurumca yaptırılan kontrol muayenesi sonucunda veya sigortalının isteği üzerine yapılan muayene sonucunda yeniden belirlenecek malullük durumuna göre, malullük aylığı veya sürekli iş göremezlik geliri, yeni malullük durumunu belirleyen rapor tarihini takip eden ödeme dönemi başından başlanarak ödenir. Malullük

artmışsa aylık arttırılır, azalmışsa aylık azaltılır, malullük hiç kalmamışsa kesilir (m.94/3).

Kontrol muayenesi, hükümlerini kural olarak geleceğe yönelik olarak doğurur (Yargıtay 10. H.D. 23.11.2006, E. 9399, K. 15258 (yayınlanmamıştır)).

Çalışma gücünün en az %60'ını kaybeden malul çocuklara bağlanmış bulunan aylık veya gelirler kontrol muayenesi sonunda tespit edilecek malullük durumuna göre rapor tarihinden sonraki ödeme dönemi başından itibaren kesilir.

Kabul edilir bir özrü olmadığı halde kontrol muayenesini Kurumun yazılı bildiriminde belirtilen tarihten sonraki ödeme dönemi başına kadar yaptırmayan sigortalının malullük aylığı veya sürekli iş göremezlik geliri ile çalışma gücünü %60 oranında yitiren çocukların bağlanmış gelir veya aylığı kontrol muayenesi için belirtilen tarihten sonraki ödeme dönemi başından başlanarak kesilir. Şu kadar ki, kontrol muayenesini Kurumun yazılı bildirisinde belirtilen tarihten başlayarak üç ay içinde yaptıran ve malullük veya iş göremezlik halinin devam ettiği tespit edilen sigortalının veya gelir bağlanmış olan malul çocuğun kesilen malullük aylığı ödemenin kesildiği tarihten başlanarak yeniden bağlanır (m.94/5, 6).

Kontrol muayenesini Kurumun yazılı bildirisinde belirtilen tarihten üç ay geçtikten sonra yaptıran ve malullük halinin devam ettiği tespit edilen sigortalının malullük aylığı veya yeni sürekli iş göremezlik derecesine göre hesaplanacak geliri, gelir veya aylık bağlanan çalışamayacak durumdaki malul çocukların almakta oldukları gelir veya aylık rapor tarihinden sonraki ay başından başlanarak ödenir (m.94/7). Kuşkusuz kontrol muayenesi sonucunda malullük durumunun değişmediği saptanırsa sigortalının malullük aylığı tutarı değişmeden ödenir. Buna karşılık malullüğün arttığı veya azaldığı saptanırsa yeni aylık miktarı da bu oranda yüksek olacak veya azalacaktır.

6. Vazife malullüğü

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu kamu görevlileri için üç tür malullük durumu öngörmüştür. Bunlar adi malullük, vazife malullüğü ve harp malullüğüdür. 5510 Sayılı Kanun ve 5434 Sayılı Kanun'daki malullükle ilgili düzenlemeleri kısmen yürürlükten kaldırmış ve malullük türlerini malullük ve vazife malullüğü olarak ikiye indirerek bunları bünyesine katmıştır. Malullük sigortası yukarıda görüldüğü üzere işçiler, bağımsız çalışanlar ve memurlar için ortak olarak düzenlenmiş (m.25), vazife malullüğü ise kamu görevlilerine ilişkin hükümler bölümünde ayrıca düzenlenmiştir (m.47).

a) 5434 Sayılı Kanun'un 45. maddesindeki tanımlamaya çok benzer bir şekilde 5510 Sayılı Kanun m.47'de kaleme alınmış olan daha sonra da

5754 Sayılı Kanun'la değişmiş olan tanıma göre m.4/1c kapsamına giren sigortalıların görevlerini yaptıkları sırada veya görevleri dışında idarelerince görevlendirildikleri herhangi bir kamu idaresine ait başka işleri yaparken bu işlerden veya kurumlarının çıkarlarını korumak amacıyla bir iş yaparken ya da idarelerince sağlanan bir taşıtla (burası 5754 Sayılı Kanun'la eklenmiştir) işe gelişi ve işten dönüşü sırasında veya işyerinde meydana gelen kazadan doğmuş olan malullük durumuna vazife malullüğü ve malullüğe uğrayanlara da vazife malulü denir. Bununla birlikte malullük, içki veya keyif verici maddeleri kullanmaktan, kanun, tüzük, emir dışı hareketten, yasak fiilleri yapmaktan, intihara teşebbüsten ve her ne suretle olursa olsun kendisine veya başkalarına çıkar sağlama veya zarar verme amacından doğmuş olursa bunlara uğrayanlara vazife malullüğü hükümleri uygulanmaz (m.47/2). Bu hükümler aşağı yukarı aynen 5434 Sayılı Kanun'dan (m.48) alınmıştır.

b) 5510 Sayılı Kanun ve 5434 Sayılı Kanun'da yer alan harp malullüğü (m.64) kavramını ise vazife malullüğü kavramının bir alt türü olarak düzenlemiştir. Harp malullüğü, TSK kadrolarında görevli askeri personel ile m.4/1c kapsamına giren ve Türk Silahlı Kuvvetleri'nce görevlendirilen diğer kamu personeli için söz konusu olur. Dolayısıyla harp malullüğü kavramı hem askerler hem de TSK tarafından görevli diğer kamu görevlileri için geçerlidir (L. Akın, harp malullüğü kavramının md. 4/1a ve md. 4/1b'liler dahil her türlü sigortalı için geçerli olacağı görüşündedir: 5510 Sayılı Yasa'nın Maluliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, Sicil, Mart 2008, 138).

Nitekim 5434 Sayılı Kanun'daki düzenlemenin benzeri bu düzenlemeye göre, subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş sınıfına giren personel ile Türk Silahlı Kuvvetleri'nce görevlendirilen m.4/1c kapsamındaki sigortalılardan harpte fiilen ateş altında, harpte veya harp bölgelerindeki hizmetleri sırasında bu hizmetlerinin neden ve etkisiyle, harpte ve harbe hazırlık esnasında düşman silahlarının etkisiyle, askeri hareketi gerektiren iç tedip ve sınır hareketleri sırasında, barışta veya olağanüstü durumlarda emir veya görev ile uçuş yapan pilotlarda, hangi sınıf ve meslekten olursa olsun emirle uçakta bulunanlarda uçuşun havadaki veya yerdeki nedenleriyle, dalış yapan dalgıçlarda, hangi sınıf ve meslekten olursa olsun emirle görevli olarak denizaltı gemisinde bulunanlarda geminin veya dalgıçlığın etki ve nedenleriyle, yurtdışına gönderilen Türk Silahlı Kuvvetleri'ne ait birliklerde bunların yurt içindeki veya dışındaki hizmetleri, yabancı ülkelere gidiş ve dönüşleri sırasında vazife malulü olanlara harp malulü denir (m.47/8).

Oldukça uzun bir madde olan bu maddede vazife malullüğü aylığının hesaplanmasına, harp malulünün tanımına, harp malullerine bağlanacak aylığın hesabına, bazı durumlarda aylığa yapılacak vazife malullüğü

zammına, harp malullüğü zammına ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır.

M.47'nin en önemli özelliği bu hükümlerin 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk kez m.4/1c kapsamında çalışmaya başlayacaklar için uygulanacak olmasıdır (m.47/1, geç. m.4/3). 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce 5434 Sayılı Kanun kapsamında çalışmaya başlayanlar ise aynı yasanın vazife malullüğü, harp malullüğü ile ilgili hükümlerine tâbi olmaya devam olacaklardır (geç. m.4).

III. UZUN VADELİ SİGORTA KOLLARINA İLİŞKİN ORTAK HÜKÜMLER

5510 Sayılı Kanun'un bazı hükümleri uzun vadeli sigorta kolları arasına giren her üç ya da iki sigorta kolunu ortaklaşa ilgilendiren hükümlerdir.

1. Gelir ve aylıkların birleşmesi

Zaman zaman bir sigortalı veya hak sahibi aynı anda birden çok aylık veya gelire hak kazanabilir. Böyle bir durumda nimet külfet dengesini ve Kurumun mali yapısını korumak amacıyla ne yönde işlem yapılacağı, hangi gelir veya aylıkların sınırlanacağı, hangi aylık ve gelirlerin devre dışı bırakılacağı m.54'te düzenlenmiştir. Madde birleşme halinde yapılacak işlemi uzun vadeli sigorta kolları ve kısa vadeli sigorta kolları için ayrı ayrı düzenlemiştir. Çalışma konumuz uzun vadeli sigorta kolları içerisinde yer alan malullük sigortası olduğuna göre burada kısa vadeli sigorta kollarından hak kazanılan aylık ve gelirlerin birleşmesini ele almayacağız.

5754 Sayılı Kanun m.54'te önemli değişiklikler yapmıştır.

Buna göre;

- Hem malullük hem de yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya, bu aylıklardan yüksek olanı, aylıklar eşitse yalnız yaşlılık aylığı,
- Malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı ile birlikte, ölen eşinden dolayı da aylığa hak kazanan sigortalıya her iki aylığı,
- Ana ve babasından ayrı ayrı aylığa hak kazanan çocuklara, yüksek olan aylığın tamamı, az olan aylığın yarısı,
- Birden fazla çocuğundan aylığa hak kazanan ana ve babaya en fazla ödemeye imkân veren ilk iki dosyadan yüksek olan aylığın tamamı, düşük olan aylığın yarısı,
- Hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm aylığına hak kazananlara, tercihine göre eşinden ya da ana ve/veya babasından bağlanacak aylığı (5754 Sayılı Kanun'la değişmeden önceki şeklinde bu uygulama sadece kız çocuklar için düzenlenmişti),

• Bu Kanuna göre vazife malullüğü aylığı almakta iken, tekrar sigortalı olanlardan hem vazife malullüğüne hem de malullük aylığına hak kazananlara bu aylıklardan yüksek olanı, aylıkları eşitse yalnızca vazife malullüğü aylığı, bunlardan hem vazife malullüğü hem de yaşlılık aylığına hak kazananlara, bu aylıkların her ikisi,

• Evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda sonraki eşinden de aylığa hak kazananlara tercih ettiği aylığı bağlanacaktır.

Malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları ve vazife malullüğü ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık veya gelirlerden yüksek olanın tamamı, az olanın yarısı, eşitliği halinde ise iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tümü, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığının yarısı bağlanır.

Yapılacak değerlendirmeler sonucunda, bir kişide ikiden fazla gelir veya aylık birleştiği takdirde, bu gelir ve aylıklardan en fazla ödemeye imkân veren iki dosya üzerinden gelir veya aylık bağlanacak, diğer dosya veya dosyalardaki gelir ve aylık hakları durum değişikliği veya diğer bir dosyadan gelir veya aylığa hak kazanıldığı tarihe kadar düşecektir (m.54/son).

2. Uzun vadeli sigorta kolları primi

Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı sigortalının prime esas kazancının %20'sidir. Bunun %9'u sigortalı, %11'i işveren hissesidir (md. 81/1a). Prime esas kazançlara hangi kalemlerin gireceği bunların alt ve üst sınırları md. 80'de düzenlenmiştir. Fiili hizmet zammı uygulanan işler için bu oranlara kaç puan ekleneceği 81. maddenin 1b bendinde gösterilmiş olup bunun hakkında yukarıda bilgi verilmişti. Hatırlatalım ki, fiili hizmet zammı nedeniyle eklenen puanlarla oluşan oran ile %20 oran arasındaki farka ait primin tamamı işverene yüklenmiştir.

15.05.2008 tarihinde kabul edilen ve kamuoyunda İstihdam Teşvik Paketi olarak anılan 5763 Sayılı Kanun ve 5510 Sayılı Kanun'un 81. maddesinin birinci fıkrasına bir bent ekleyen hükme göre işçi çalıştıran özel sektör işverenlerine ait malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden işverene düşen payın 5 puanlık kısmı 01.10.2008'den itibaren Hazinece karşılanacaktır. İşveren payının Hazinece karşılanabilmesi için işverenlerin aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermiş olmaları, sigortalılara ve işverene düşen (Hazinece karşılanacak kısım dışında kalan) sigorta primlerinin yasal süresi içinde ödemiş olmaları ve Kuruma prim, idari para cezası ve gecikme cezası ve zammı borcu bulunmaması şarttır. Çalıştırdığı sigortalıları Kuruma bildirmediği tespit edilen işverenler bu teşvik

olanağından bir yıl süreyle yararlanamaz. Bu teşvik uygulaması bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Bu konuda Sosyal Güvenlik Kurumu'nca 13.11.2008 tarihinde 2008/93 sayılı bir de Genelge yayınlanmıştır. Genelgeye göre bu uygulama bir işverenin Türkiye genelindeki tüm işyerleri bazında değil, sigorta prim indiriminden yararlanacak (örneğin prim borcu bulunmayan) işyerleri bazında yapılacaktır (Bu konuda bak. H. Ergin, İşverenlere Getirilen Beş Puanlık Prim İndirimi, Sicil, Aralık 2008, 176 vd.).

Yine 5763 Sayılı Kanun ile İş Kanunu m.30'da yapılan bir başka değişikliğe göre özürlü işçi çalıştıran özel sektör işverenlerine ait prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı ile yükümlü olmadığı halde kontenjan fazlası özürlü çalıştıran işverene ait alt sınır üzerinden hesaplanan prim hissesinin yarısı Hazinece karşılanacaktır. Bunun için de işverenlerin aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içinde Kuruma vermiş olmaları, sigortalıların tamamına ait primlere ait sigortalı ve işverene düşen payların tamamı süresi içinde Kuruma ödenmiş olması şarttır (İş Kanunu m.30/6). Bu konuda da Kurumca 09.08.2008 tarihinde 2008/77 sayılı bir Genelge yayınlanmıştır.

5763 Sayılı Kanun bir teşvik hükmü de genç ve kadın işçi çalıştıran işverenler için (özel ve kamu sektörü ayrımı yapılmamıştır) getirmiştir. Nitekim 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen geçici 7. maddeye göre 18-29 yaş arası erkekler ile 18 yaşından büyük kadınları bu maddenin yürürlüğünden (26 Mayıs 2008) önceki altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı olan sigortalılar dışında (yani bu dönemde çalışmamış) olmaları kaydıyla bu maddenin yürürlük tarihinden önceki bir yıllık sürede işyerinde çalıştırılan ortalama sigortalı sayısına ek olarak bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde işe alan ve fiilen çalıştıran işverenlere ait prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin,

- Birinci yıl için %100'ü,
- İkinci yıl için %80'i,
- Üçüncü yıl için %60'ı,
- Dördüncü yıl için %40'ı,

• Beşinci yıl için %20'si İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanır. Bu primlerin İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılara ait aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermeleri, sigorta primi işçi ve işveren paylarını ödemiş olmaları şarttır. Kurum bu konuda da 01.08.2008 tarihinde 2008/73 sayılı Genelgeyi yayınlamıştır. Ancak teşvik önlemlerine ilişkin olarak Sosyal Güvenlik Kurumu'nca yayınlanan 19.08.2008 tarih ve 2008/77 sayılı Genelgeye göre bir işveren farklı teşvik önlemleri kapsamına

giren sigortalılardan dolayı aynı dönem için birden fazla teşvikten yararlanamaz. Bunlardan ancak birini seçebilir (Bak. Ergin, Prim İndirimi, 183; A. Terzioğlu, 5763 sayılı Yasa ile Getirilen Teşviklerden Hangisini Seçmek Gerekir Sorusuna Cevap Aramak, İşveren, Temmuz 2008, 20 vd.). Kanunda çok sıkı yararlanma şartlarına bağlanan teşvik önlemlerinin genelgeyle daha da zorlaştırıldığı görülmektedir.

İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen geç. 7. madde ile kadın ve genç işçi çalıştıran işverenlere sağlanan sigorta primi indirimlerinin İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanması 4447 Sayılı Kanun'un "Bu Fon bütçe kapsam dışında olup gelirlerinden hiçbir şekilde kesinti yapılamaz ve Genel Bütçeye gelir kaydedilemez" hükmüne (m.53/4) aykırıdır. Hükümet 5763 Sayılı Kanun ile adeta işçi ve işveren primleriyle oluşan İşsizlik Sigortası Fonu'nun sırtından istihdama teşvik getirmektedir. Bu uygulama 5763 Sayılı Yasa ile sınırlı kalmamış bu defa İşsizlik Sigortası Fonu 11.08.2009 tarih ve 5921 Sayılı Kanun'la yatırımları teşvik uğruna bir darbe daha yemiş bulunmaktadır (RG. 18.08.2009, 27323). Şöyle ki; 5921 Sayılı Kanun'un 1. maddesi 4447 Sayılı Kanun'un 50. maddesinin mülga 5. fıkrasını yeniden düzenleyerek Fondan işsizliği ödeneği alanların, işe alındıkları tarihten önceki aydan başlayarak girdikleri işyerine ait son altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ek olarak işe alınmaları kaydıyla, prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanacak kısa vadeli sigorta primleri tutarının yüzde biri olmak üzere işçi ve işveren sigorta primleri ile genel sağlık sigortası primi, kalan işsizlik ödeneği süresince Fondan karşılanacaktır. Bu uygulamaya geçici 20. maddeye tâbi özel sandıkların personeli de dahildir. Şu kadar ki, bu uygulamadan yararlanmak diğer teşvik hükümlerinden yararlanmama şartına bağlanmıştır. Bir de işverenlerin aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içinde Kuruma vermeleri, varsa prime esas kazanç alt sınırı ile prime esas kazanç arasındaki kısa vadeli sigorta primleri farkı ile işsizlik sigortası primlerini süresi içinde Kuruma ödemiş olmaları gerekmektedir.

İşsizlik Sigortası Fonu'nun sırtından 5921 Sayılı Kanun'la getirilen diğer bir teşvik uygulaması da şudur: 2009 yılı Nisan ayına ait prim ve hizmet belgelerinden bildirilen sigortalı sayısına ek olarak 31.12.2009 tarihine kadar, işe giriş tarihinden önceki 3 aylık dönem içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na verilen prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı olan sigortalılar dışındaki kişilerden olmak kaydıyla işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanacak sigorta primlerinin işveren hissesine düşen tutar 6 ay boyunca İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanacaktır. Bu teşvik 5510 Sayılı Kanun kapsamında çalışanlarla 506 Sayılı Kanun'un geçici 20. madde kapsamındaki çalışanlar için uygulanacaktır (4447 Sayılı Kanun geç. m.9).

3. Üçüncü kişinin sorumluluğu

M.39, üçüncü kişinin kasıtlı hareketi nedeniyle malul veya vazife malulü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihten ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan 3. kişilere rücu edileceğini öngörmüştür. Vazife malullüğü kavramı maddeye 5754 Sayılı Kanun'la eklenmiştir. Böylelikle 5510 Sayılı Kanun'da sigortalının maluliyet, vazife maluliyeti ve ölümü halinde Kurumun rücu olanağı düzenlenmiştir. M.39'da SSK m.26/2'dekinden farklı olarak Kurumca yapılan tüm giderlerden sorumluluktan ve BK hükümlerine göre sorumluluktan söz edilmemiştir. Üçüncü kişinin sorumluluğu sadece kasıtlı davranışı ve bağlanacak aylıkların ilk peşin sermaye değerinin yarısıyla sınırlandırılmıştır. Böylece üçüncü kişinin sorumluluğu 506 Sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan ve onun önceden herhangi bir prim ödememiş olması nedeniyle kastı dışında ihmali de kapsayan sorumluluğuna (bak. Tuncay/Ekmekçi, 440) oranla onun daha lehine düzenlenmiştir. Buna karşılık malullük, vazife malullüğü veya ölüm hali kamu görevlilerinin veya er veya erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin görevlerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan aylıklar için Kurumca ne görev yaptığı kuruma ne de kendisine rücu edilir (m.39). Buradaki rücu hakkı da halefiyet ilkesine dayanmakta olup bu hak üçüncü kişinin sadece kasıtlı fiili halinde mümkündür (A. N. Sözer, 5510 sayılı SSGSSK'nun Sosyal Sigortalara İlişkin Hükümleri Üzerine, Mercek, Temmuz 2006, 135).

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN SİYASİ GREV KONUSUNDA BİR KARARI

Prof. Dr. Melda SUR*

Grev hakkı, bir Anayasal hak olarak hukuk düzenimizde korunmaktadır. Anayasamız bu hakkı “*toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyumsuzluk çıkması hâlinde*” işçilere tanımıştır (m.54/I). Bizzat Anayasada, yasaklanan bazı eylem türleri de belirtilmektedir: “*Siyasî amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişler yapılamaz*” (m.54/VII).

Böyle bir bağlamda, kanun koyucunun söz konusu grev ve eylem türlerine cevaz vermesi anayasal değişiklik olmadıkça mümkün değildir. Bununla birlikte, yasaklanıp ayrıca ciddi hukukî ve cezaî yaptırımlara bağlanan siyasî grev, dayanışma grevleri ve genel grevler yeniden tanımlanarak veya bazı alt kategorilere ayrılarak farklı hukukî rejim ve sonuçlara bağlanabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, siyasî grev konusunda bir ayırım yapma gereğine işaret ederek, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m.73'deki cezaî yaptırımını öngören hükmü kısmen iptal etmiş bulunmaktadır.

Aşağıda Anayasa Mahkemesi'nin 17.01.2008 tarihli kararı (RG 3 Nisan 2009, S.27189) incelenerek, siyasî grev konusunda yapılması uygun olacak bazı ayrımlara yer verilecektir.

I. ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ İNCELENMESİ

Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılının başlarında vermiş olduğu karar, Resmî Gazete'de gerekçesiyle birlikte ancak 3 Nisan 2009'da yayınlanabilmiştir. Bu ilginç karar, içtihadımızda pek sık işlenmeyen “*siyasî grevi*” ele almaktadır.

Davaya yol açan olayda, sanıklar, hükümet tarafından hazırlanan ve Meclis gündeminde bulunan emeklilik yasa tasarısını protesto amacıyla, KESK'in aldığı karar doğrultusunda bir günlük işi bırakma eylemi yapmışlardır. Bunun üzerine işçi sıfatı taşıyan sanıklar hakkında TSGLK (Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu) m.73/3; kamu görevlisi olanlar hakkında da zamanında yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK m.236 uyarınca kamu davası açılarak, eylemcilerin cezalandırılmaları istenmiştir. İşte bu dava çerçevesinde, davaya bakan Bandırma Asliye Ceza Mahkemesi, söz konusu maddelerin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş bulunmaktadır.

(*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

A. Kararın hukukî dayanakları

1. Öne sürülen başlıca Anayasa hükümleri

Başvuruda Anayasamızın 12, 13, 14, 15 ve 90. maddelerine aykırılık bulunduğu öne sürülmektedir. Ayrıca zikredilen bazı uluslararası belgeler de vardır; bunlar, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87, 98 ve 151 sayılı Sözleşmeleridir.

Anayasa Mahkemesi'nin, ayrıca, başvuruda öne sürülmemiş başka Anayasa maddelerini de gerekçesinde dayanak olarak değerlendirdiği dikkat çekmektedir: m.2, m.5 ve m.54.¹

İptal kararının gerekçesindeki başlıca Anayasa maddeleri, 2, 5 ve 54. maddelerdir. "Cumhuriyetin nitelikleri" başlıklı 2. maddede Türkiye Cumhuriyeti'nin "...sosyal bir hukuk Devleti" olduğu belirtilmektedir. 5. maddede, "Devletin temel amaç ve görevleri" başlığı altında, "... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" yer alır. Grev hakkına ilişkin m.54'de, doğal olarak temel referanslardan birini oluşturmaktadır.

2. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TSGLK)'nın iptal konusu 73. maddesi

Konumuz kapsamında, iptali söz konusu olan TSGLK m.73 hükmü ise şöyledir:²

"Yasama, yürütme ve yargı organları ile merkezi veya mahallî idarelerce bir karar alınmasını veya alınmış bir kararın değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlamak veya alınmış bir kararı protesto etmek amacıyla kanun dışı grev veya lokavt kararı verenler, teşvik edenler, zorlayanlar veya propagandasını yapanlar üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkra söz edilen grev veya lokavt kararının uygulanması halinde; grev veya lokavta karar verilmesine veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devam zorlayan veya teşvik edenler veya bu yolda propaganda yapanlar ile lokavta katılanlar altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(1) Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 29. maddesine göre (I. fıkra): "Anayasa Mahkemesi; kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasaya aykırılık kararı verebilir."

(2) TSGLK m.73'ün 23.1.2008 tarih, 5728 sayılı kararıyla değişik şeklidir

Bu maddede belirtilen kanun dışı greve katılanlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

3. Siyasî grev bakımından uluslararası eğilimler

Görüldüğü üzere, yukarıdaki cezaî müeyyideler ciddidir. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, incelemiş olduğu Dilek ve Diğerleri/Türkiye olayında³ devletin uğradığı zararı faillere tazmin ettirme yoluna gitmesini dahi aşırı bir yaptırım olarak değerlendirmiştir. Kanımızca tartışmalı olan Avrupa Mahkemesi çözümüyle karşılaştırıldığında, TSGLK m.73'deki hapis cezalarının ağır olduğu ise açıktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı yönünden, TSGLK m.73 hükümlerinin uygulanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesini ihlâl edici sayılması muhtemeldir.

Eylem, sendika üyelerinin ekonomik ve sosyal haklarını doğrudan ilgilendirdiğinden, amacı yönünden “saf siyasî” grev sayılmayacaktır. Bu itibarla, mevzuatımızdaki yasaklayıcı düzenleme ve özellikle ağır cezaî yaptırım (TSGLK m.73), uluslararası organların, özellikle de Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sendika Özgürlüğü Komitesinin yorumları açısından da büyük ihtimalle sendika özgürlüğünü ihlâl edici sayılabilir. Sendika Özgürlüğü Komitesine göre, işçiler kendilerini doğrudan etkileyecek ekonomik ve sosyal politika tedbirleri hakkında görüşlerini desteklemek üzere grev yapabilmelidirler.⁴ Bu bağlamda istihdam, sosyal koruma ve yaşam koşulları, işçi topluluğunu doğrudan ilgilendiren konulardır. Sendika Özgürlüğü Komitesine göre, grev hakkını, salt işçilerin ve sendikanın bizzat tarafı olduğu toplu iş uyuşmazlıklarıyla sınırlı tutmak, sendika özgürlüğüne ters düşecektir.⁵ Dolayısıyla, hükümetin ekonomik ve sosyal politikasına karşı protesto grevlerine gidilmesi hukuken caiz sayılmalıdır.⁶ Hükümetin yürüttüğü politikaların sosyal sonuçlarına karşı protesto amaçlı ulusal düzeyde yapılan grevler yasaklanamaz; bu tür

(3) Dilek ve Diğerleri/Türkiye Kararı, İkinci Daire, 17.7.2007; karar 30.1.2008 itibarıyla kesinleşmiştir. Bu olayda üç saatlik işi bırakma eylemi söz konusuydu. KESK, kamu çalışanlarını ilgilendiren bir yasanın TBMM gündemine alınması üzerine ülke düzeyinde eylem kararı aldıktan birkaç gün sonra, İstanbul Boğazi köprüsü gişelerinde çalışan iki grup gişe görevlisi üçer saatlik işi bırakma eylemi yaparak iş koşullarını protesto etmişlerdi. Bu Kararın önceki başlığı “Satılmış ve Diğerleri” iken, başvuran kişinin ad ve soyadının Satılmış DİLEK olduğu anlaşılacak düzeltme yapılmıştır. Bu (ayrı) kararın bir incelemesi için bkz. Şebnem Gökçeoğlu BALCI, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Satılmış ve Diğerleri/Türkiye” Kararı, Çalışma ve Toplum, 2008/2, S.17, s.219-235.

(4) Rapor No. 295, Olay No. 1793, par. 603.

(5) Bkz. La liberté syndicale, 1996, 4.éd, BIT – Genève, s.109-111; ayrıca bkz. Bernard GERNIGON -Alberto ODERO – Horacio GUIDO, Les principes de l'OIT sur le droit de grève, Revue Internationale du Travail, Vol. 137, 1998, No.4, Genève.

(6) Rapor No.238, Olay No.1309, par. 360; Rapor No.241, Olay No.1309, par.800; Rapor No.260, Olay No.997 ve 1029, par. 39; Rapor No.277, Olay No.1549, par.445.

yasaklamalar sendika özgürlüğünün ağır ihlâlini teşkil eder.⁷ Benzer şekilde, asgarî ücretin artırılması, yürürlükteki toplu iş sözleşmelerine uyulması ve özellikle fiyat artışı ve işsizliğe yönelik ekonomik politika değişikliği talepleriyle girişilen 24 saatlik bir grev hukuka uygun kabul edilmelidir. Bu tür genel grevler, işçi örgütlerine tanınması gereken normal eylem biçimleridir.⁸

Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organlarının yukarıda özetle sunduğumuz görüşleri kararda etken olabilmiştir. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, m.73/son fıkra hükmünü Anayasaya aykırı bularak iptal ederken, bazı Anayasa hükümlerinden başka, uluslararası gelişmeleri de dikkate almış görünmektedir.

Belirtmeliyiz ki, TSGLK m.73'ün bütününe iptali söz konusu olabilirdi; ancak, sanık eylemleri yalnızca kanun dışı greve katılma olup, hükmün ilk iki fıkrası olaya uygulanmadığı için, maddenin tümünün iptali cihetine gidilmemiştir.⁹

B. Kararın bazı özellikleri

1. Karardaki temel yaklaşım

Anayasa Mahkemesi kararında bazı hususlar dikkatimizi çekmektedir:

Anayasanın 54. maddesinde yasaklanan grev türlerinin tüketici biçimde sayıldığına işaret eden yüksek mahkeme, "54. maddenin birinci fıkrasındaki güvence kapsamında olmamakla birlikte, ikinci ve yedinci fıkralardaki yasakların kapsamına da girmeyen iş mücadelesi niteliğinde veya düşünce açıklaması biçimindeki toplu eylemlere de rastlanabilmektedir" diyerek, bir üçüncü kategori oluşturmuş görünmektedir. Kararda ifade edildiği üzere, "işçilerin çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için gerçekleştirebilecekleri bu tür eylemlerin özgürlükler kapsamında değerlendirileceği açıktır". "(...) Anayasa'nın 54. maddesinin birinci fıkrası kapsamına girmemekle birlikte dar yorumlanması gereken yasak grevlerin kapsamına da girmeyen grev uygulamalarının yasaklanması, özgürlüklere yönelik bir sınırlama olacaktır".

"İtiraz konusu kural (TSGLK m.73), siyasî ve sosyal hak mücadelesi amaçlı olup olmadığına bakılmaksızın" kamu organlarının kararlarına tesir amaçlı grevlere katılımı yasaklamakta olup cezaî yaptırım öngörmektedir. "Maddedeki suç tanımında, yetkili organlarca alınmış ya da alınacak olan

(7) Rapor No.279, Olay No.1562, par.518 a.

(8) Rapor No.248, Olay No.1381, par.412-413.

(9) Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun itiraz yoluyla mahkemelere gönderilen işleri düzenleyen m.28 uyarınca, bir davaya bakmakta olan mahkeme, "O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun (...) hükümlerini Anayasaya aykırı görürse", sadece bu kuralların iptali cihetine gidilebilir.

kararların işçilerin iş ve çalışma koşullarına ilişkin olup olmaması bakımından herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Başka bir anlatımla, işçileri doğrudan ilgilendirmeyen siyasi veya idarî nitelikteki kararlara karşı uygulanan grev ile Bakanlar Kurulunun, devletin işveren olduğu belirli bir işkolundaki çalışma koşullarına ilişkin bir karara yönelik grev arasında herhangi bir ayırım yapılmamakta, her iki olgu da aynı suç kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıca, işçilerin çalışma koşullarıyla ilgili olarak ya da emeklilik yaşının yükseltilmesi veya kıdem tazminatının yasal bir zorunluluk olmaktan çıkarılması ve benzeri konularda verilecek veya verilmiş kararlara karşı uygulanacak grevlerin de bu suç kapsamına girdiği anlaşılmaktadır. Nitekim itiraz konusu kuralın uygulandığı davada, işçiler emeklilik yasa tasarısını protesto amacıyla işi bıraktıklarından haklarında 2822 sayılı Yasa'nın 73. maddesi uyarınca dava açılmıştır.”

Karara ilişkin yukarıda bazı bölümlerine yer verdiğimiz gerekçeleri ikiye ayırabiliriz:

Bir kere, yüksek yargı organımız yapılan eylemi Anayasa'da yasaklanan “siyasi grev” kapsamına almamak suretiyle, birçok yabancı hukukta gözlenen gelişmelere uygun bir ayırım yaparak yeni ve daha dar bir “siyasi grev” yorumu getirmektedir. Böylece, eyleme katılanları yakından ilgilendiren meslekî, ekonomik ve sosyal talepler hâlinde eylemin salt siyasi grevlerle bir tutulmaması ve uluslararası gelişmelere uygun olarak bu tür meslekî ağırlıklı eylemlere daha müsaade edici bir düzenleme getirilmesi gerekecektir. Her ne kadar olayda kararlara tesir amaçlı grev varsa da, Anayasa Mahkemesi, eylemin konu ve amacına göre cezada ayırım yapılmasını gerekli görmektedir.

Buna karşılık, davaya konu olayda grev hakkının hukuka uygun kullanımını olmadığına da işaret edilmektedir. İşçi-işveren ilişkileri çerçevesinde grev hakkı kapsamına girmeyen bir hareket vardır; iş sözleşmesindeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesini teşkil eden bu greve katılanlar “zaten sözleşmenin ihlaline bağlı sonuçlarla karşılaşabilmekte, işten çıkarılmak ve tazminat ödemek zorunda kalabilmektedirler”. Böylece, incelenen eylem Anayasa'nın koruma alanında yer alan yasal bir grev değildir; ancak saf anlamıyla siyasi grev kavramına da girmediğinden, cezaî yaptırım yönünden farklı değerlendirilmelidir.

2. Farklı gerekçe ve karşı oy yazıları

İptal kararı oybirliğiyle alınmakla birlikte, farklı gerekçe ve karşı oy yazıları dikkat çekmektedir:

a) Beş üyenin Farklı Gerekçe yazılarında, aslında Anayasa m.54'de güvenceye alınan grev hakkının kapsamında olmayan bu eylem için cezaî yaptırım öngörülebileceğine işaret edilmektedir. Dolayısıyla, bizzat bir ceza

normunun varlığının “anayasal güvence altına alınan temel bir hakkı sınırlandırdığı kabul edilemez.”

Bununla birlikte, Yasa koyucu, eylemi suç sayıp ceza tayininde geniş bir takdir yetkisine sahip olmasına karşılık, “bu takdir yetkisini Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkelerine uygun biçimde kullanarak suç nitelendirmesi ve ceza normunu belirlemesi gerekir.” (...) “Anayasal güvence altında olmasa da ekonomik çıkarlarını veya çalışma koşullarını ilgilendiren kararları etkilemek amacıyla kanun dışı greve katılanlar ile diğerleri arasında suçla ceza arasında bulunması gereken adil dengenin korunması suretiyle ayırt edici biçimde bir cezanın öngörülmesi gerekirken, böyle bir ayırma gidilmeden kanun dışı greve katılanların tümü için” aynı cezaların öngörülmesi “adalet anlayışı ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz.”

Görüldüğü üzere, bu gerekçede eylemin Anayasa’da korunmadığı ve yasadışı grev teşkil ettiğine daha net bir vurgu yapılmış ve eylemin cezaî yaptırımlara tâbi tutulmasında bir aykırılık olmadığına altı çizilmiş. Ancak, genel nitelikte “adalet anlayışı” “hukuk devleti ilkesi” gerekçelerine dayanmak suretiyle, meslekî amaç taşıyan eylemlerle diğerleri arasında ayırt edici bir cezaî düzenleme ihtiyacına da işaret edilmektedir.

b) Diğer bazı üyelerin Karşı Oy Gerekçelerinde ise, TCK m.236 hükmünün burada da kamu görevlileri açısından incelenmesi gerektiği haklı olarak belirtilmektedir. Gerçekten, kamu görevlileri açısından eylemin karakter ve amacı yönünden TCK’da bir ayırım yapılmasına karşın, olaydaki kamu görevlileri bakımından uygulanabilecek bu hükümlerin de Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi yerinde olurdu.

II. SONUCUMUZ:

TSGLK M.73’ÜN YENİDEN DÜZENLENMESİ İHTİYACI

Anayasa Mahkemesi kararında da işaret edildiği üzere, Ceza Kanunu’na, kamu görevlilerinin eylemleri hakkında, TSGLK’da yer almayan özel bir hüküm konulmuştur. 5237 sayılı TCK’nun “Kamu görevinin terki veya yapılmaması” başlıklı m.260’da şöyle bir ayırım yapılmaktadır:

“(1) Hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde görevlerini terk eden, görevlerine gelmeyen, görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmayan veya yavaşlatan kamu görevlilerinin her biri hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. Kamu görevlisi sayısının üçten fazla olmaması hâlinde cezaya hükmolünmaz.

(2) Kamu görevlilerinin meslekî ve sosyal hakları ile ilgili olarak, hizmeti aksatmayacak biçimde, geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları hâlinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza da verilmeyebilir.” (Sulh Ceza)

2004 yılında yürürlüğe giren yeni Ceza Kanunumuzda yapılan bu ayırımda uluslararası gelişmeler dikkate alınmıştır. Cezaî sonuçlar bakımından, “hizmeti aksatmayacak” “geçici ve kısa süreli” iş bırakma ve yavaşlatmalar için çalışan lehine bir düzenlemeye, “meslekî ve sosyal hakları ile ilgili olma” kaydı getirilmektedir. Burada dikkat çeken bir husus, salt “meslekî” deyimiyile yetinmeyip, daha geniş yorumlanabilecek “sosyal” haklardan da söz edilmesidir.

İşte yukarıdaki hükümden esinlenerek, uluslararası gelişmeleri de dikkate alarak TSGLK'da yapılacak değişiklikler arasında 73. madde yeniden düzenlenmeli ve kararlara tesir amacıyla yapılan kanun dışı grevlerde işçilerin ekonomik ve sosyal haklarına ilişkin grevler salt siyasal grevlerden ayrı ele alınmalıdır.

Nitekim 73. madenini son fıkrasını iptal eden Anayasa Mahkemesi kararında da buna işaret edilmektedir. Sendika Özgürlüğü Komitesi görüşlerinde, çalışanların ekonomik ve sosyal taleplerle greve gitmeleri grev hakkının kapsamında sayılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadında da, kamu görevlilerinin dahi gene meslekî taleplerle ilgili birtakım eylemlere gidebilecekleri kabul edilmektedir. Mevzuatımızda genel olarak siyasal grevlere cevaz verilmesini beklemek gerçekçi olmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin bu kararına uygun olarak, gecikmeden TSGLK m.73'ün yeniden düzenlenmesi ve TCK m.260 hükmüne benzer bir ayırım yapılması yerinde olacaktır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

3 Nisan 2009 CUMA / Resmî Gazete

Sayı: 27189

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı: 2002/71

Karar Sayısı: 2008/44

Karar Günü: 17.01.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bandırma Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 01.03.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2370 Sayılı Yasa ile değiştirilen 236. maddesi ile 05.05.1983 günlü, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 73. maddesinin, Anayasa'nın 12, 13, 14, 15 ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bir kısmı devlet memuru olan sanıklar hakkında "Kararlara tesir maksadıyla kanun dışı grev yapma" suçunu işledikleri iddia edilerek açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan mahkeme iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"23.07.1993 tarihinde 4121 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 53. maddesinde, 12.06.1997 tarihli 4275 sayılı Yasa ile 657 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde yapılan değişikliklerle sanıkların konumundaki kimselere sendika kurmak ve bu tür kuruluşlara girme hakkı sağlanmış,

Anayasamızın 12, 13, 14 ve 15. maddelerinde Temel Hak ve Özgürlükler düzenlenmiş, yine Anayasamızın 90. maddesine göre Milletlerarası Sözleşmelerin Anayasamız içindeki yeri belirlenmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler, Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, 87, 98 ve 151 sayılı İLO Sözleşmeleri ile Temel Hak ve Özgürlükler Uluslararası boyutta belirlenmiş ve Uluslararası Metinlerle Sendikal haklar güvence altına alınmıştır.

Bu uluslararası sözleşmelerin TBMM tarafından onaylanarak yürürlüğe girmesi karşısında kamu çalışanlarının sendikal faaliyette bulunma hakları, Anayasamızın 12, 13, 14, 15 ve 90. maddesi içinde konumu belirlenerek Temel Hak ve Özgürlükler çatısı altına alınmıştır.

Sanıklar olay günü Hükümet tarafından hazırlanan ve Meclis'te görüşülmesi gündemde olan "Emeklilik yasa tasarısını" protesto etmek amacı ile, KESK'in aldığı karar doğrultusunda 1 günlük işi bırakma eylemini gerçekleştiklerini kabul etmişler, eylemin bu özelliği nedeni ile, bir kısım sanıklar hakkında 2822 sayılı Yasa'nın 73/3. maddesinin ve bir kısım sanıklar hakkında da TCK'nun 236. maddesinin bir ve ikinci fıkralarının uygulanma ihtimali vardır. TCK'nun 236. maddesi ile 2822 sayılı Yasa'nın 73. maddesinin Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerinin düzenlendiği 12, 13, 14 ve 15. maddeleri ile Anayasamızın 90. maddesi içinde milletlerarası sözleşmenin Anayasamızda belirlenen konumu ve iç hukukumuz açısından çerçevesi birlikte değerlendirildiğinde TCK'nun 236. maddesinin ve 2822 sayılı Yasa'nın 73. maddesinin Anayasa'nın 90. maddesinin işlevini yok ettiği, dolayısı ile Anayasa'nın 12, 13, 14 ve 15. maddelerinde sınırları ve kapsamı belirlenen temel hak ve özgürlükleri kullanılamaz ve yine özellikle Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasının uygulanamaz hale getirdiği kanaatine varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

1- 01.03.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 236. maddesi şöyledir:

“Memurlardan veya işçi niteliğini taşımayan kamu hizmeti görevlilerinden üç veya daha fazla kimse aldıkları karar gereğince kanun hükümlerine aykırı olarak, memuriyetlerini terk eder veya vazifelerine gelip de görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmazlar yahut yavaşlatırlarsa her biri hakkında dört aydan bir yıla kadar hapis ve ikibin liradan onbin liraya kadar ağır para cezasıyla birlikte muvakkaten veya müebbeten memuriyetten mahrumiyet cezası da hükmolunur.

Başkaları tarafından alınan karara veya yayınlanan bildirilere uyarak yukarıdaki fıkırdaki yazılı fiilleri işleyen memurlara ve işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerine de aynı ceza hükmolunur.

Bu maddedeki eylemler dernek veya meslek kuruluşları yöneticilerinin bu yönde aldıkları karar veya yayınladıkları bildirimler üzerine vuku bulmuşsa, bu kararı alan veya bildiriye yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üçbin liradan onbin liraya kadar ağır para cezası verilir. Fail memur ise müebbeten memuriyetten mahrumiyet cezasına da hükmolunur.”

2- 05.05.1983 günlü, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 73. maddesi şöyledir:

“Yasama, yürütme ve yargı organları ile merkezi veya mahalli idarelerce bir karar alınmasını veya alınmış bir kararın değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlamak veya alınmış bir kararı protesto etmek amacıyla kanun dışı grev veya lokavt kararı verenler, teşvik edenler, zorlayanlar veya propagandasını yapanlar üç aydan dokuz aya kadar hapis ve yetmişbeşbin liradayüzellibin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilirler.

Yukarıdaki fıkrada sözü edilen grev veya lokavt kararının uygulanması halinde; grev veya lokavta karar verenler, grev veya lokavta karar verilmesine veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devamla zorlayan veya teşvik edenler veya bu yolda propaganda yapanlar ile lokavta katılanlar bir yıldan az olmamak üzere hapis ve yüzellibin liradan üçyüzbin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilirler.

Bu maddede belirtilen kanun dışı greve katılanlar altı aydan az olmamak üzere hapis ve onbin liradan az olmamak üzere ağır para cezasına mahkûm edilirler.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuruda Anayasanın 12, 13, 14, 15 ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Nurettin TURAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN ve Enis TUNGA'nın katılımlarıyla 01.05.2002 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında ilk önce uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmayaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz başvurusunu yapan mahkemenin bakmakta olduğu davada 765 sayılı TCK'nın 236. maddesi uyarınca Emek Platformu tarafından alınan karar gereği toplu iş bırakma eyleminde bulunanlar hakkında cezai yaptırım talep edildiğinden, 236. maddenin sanıkların eylemlerine uyan ikinci fıkrası ile buna yönelik eylemi belirleyen birinci fıkraların uygulanacak kural oldukları açıktır. Maddenin üçüncü fıkrası ise söz konusu eylemlerin gerçekleşmesine, aldıkları karar veya yayınladıkları bildirimlerle neden olan dernek veya meslek kuruluşları yöneticilerini cezalandırmaktadır. Dava konusu eylemler arasında üçüncü fıkroda yazılı suç tipine uygun eylemler yer almamaktadır.

Öte yandan sanıklardan bazılarının işçi olması nedeniyle davayı sonuçlandırmada etkili olan 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 73. maddesinin bütünü'nün iptali istenmişse de, sanık eylemleri yalnızca alınmış karar uyarınca uygulanan bir kanun dışı greve katılma kapsamına girdiğinden, maddenin ilk iki fıkrasının uygulanacak kural olmadığı anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle,

A- 01.03.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2370 Sayılı Yasa ile değiştirilen 236. maddesinin 3. fıkrası ile 05.05.1983 günlü, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin

bakmakta olduğu davada uygulanacak kurallar olmadığından, bunlara ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine,

B- 01.03.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2370 Sayılı Yasa ile değiştirilen 236. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 05.05.1983 günlü, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 73. maddesinin üçüncü fıkrasının esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralları, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 765 Sayılı Yasa'nun 236. maddesinin 1 ve 2. fıkralarının İncelenmesi

İtiraz konusu kuralın yer aldığı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 26.09.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 260. maddesi ile kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu yeniden düzenlenerek, 765 Sayılı Yasanın 236. maddesinde öngörülen cezanın alt sınırı dört ay yerine üç ay olarak saptanmış, para cezası da kaldırılmıştır. Ayrıca eylemlerin münhasıran memurların mesleki ve sosyal güvencelerine ilişkin olması durumunda cezanın indirilebileceği ya da hiç ceza verilmeyebileceği ngrlmştır. Buna göre, yeni düzenleme sanıkların lehine olduğundan, 765 Sayılı Yasa'nun 236. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına ilişkin istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir. Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAş bu görüşe katılmamışlardır.

B- 2822 Sayılı Yasa'nun 73. maddesinin 3. fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, Anayasa ve yasalarda yapılan değişikliklerle memurlara sendika kurma ve bu tür kuruluşlara girme hakkının sağlandığı, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde bu hakkın güvence altına alındığı, 2822 Sayılı Yasa'nun 73. maddesinin Anayasa'nun 90. maddesinin işlevini yok ettiği, dolayısıyla Anayasa'nun 12, 13, 14. ve 15. maddelerinde sınırları ve kapsamı belirlenen temel hak ve özgürlükleri kullanılamaz hale getirdiği ileri srlmştır.

2949 Sayılı Yasa'nun 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, Yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Taleple bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, kuralın Anayasa'nun 2, 5 ve 54. maddeleri yönünden de incelenmesi uygun grlmştır. Yasa'nun 73. maddesinde nitelikli yasadışı grev ve lokavt cezai

yaptırma bağlanmaktadır. Cezai yaptırımın uygulanması için yasadışı grev ve lokavtın yasama, yürütme ve yargı organları ile merkezi veya mahalli idarelerce bir karar alınmasını veya alınmış bir kararın değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlama veya alınmış bir kararı protesto amacına yönelmiş olması gerekir. Anayasa'nun 2. maddesinde öngörülen sosyal devlet, mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılması ve ekonomik yaşama müdahale yoluyla sosyal barışı sağlama amacına dönük olarak emek-sermaye dengesini kuran, zayıfları güçlüler karşısında koruyan, bireysel girişim ve sorumluluğu esas almakla birlikte bireylerin kendi güçleriyle üstesinden gelemeyecekleri sosyal riskleri üstlenen, bu yolla sosyal adaleti kuran devlettir. Bu ilke Anayasa'nun birçok maddesinde somutlaştırılmıştır. Anayasa'nın 5. maddesiyle devlet "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya" çalışmakla yükümlü kılınmaktadır.

Anayasa'nın 49. maddesinde devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü olduğu; 51. maddesinde çalışanların ve işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahip bulunduğu; 53. maddesinde de işçiler ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip olduğu vurgulanmaktadır. Bu kurallar, çalışanların ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini koruma mücadelelerinin temel bir anayasal değer olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Uluslararası sözleşmelerde de işçilerin en etkin mücadele aracı olan grev hakkı Anayasa'nın 54. maddesinde düzenlenmiş ve işçilerin "Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde grev hakkına sahip" olduğu kabul edilmiştir. 54. maddenin ikinci ve yedinci fıkralarında ise, iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edici grevler ile, siyasal amaçlı grev, dayanışma grevi, genel grev, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişlerin yapılamayacağı tüketici biçimde sayılmıştır. Ancak 54. maddenin birinci fıkrasındaki güvence kapsamında olmamakla birlikte, ikinci ve yedinci fıkralardaki yasakların kapsamına da girmeyen iş mücadelesi niteliğinde veya düşünce açıklaması biçimindeki toplu eylemlere de rastlanabilmektedir. İşçilerin çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için gerçekleştirebilecekleri bu tür eylemlerin özgürlükler kapsamında değerlendirileceği açıktır. Grev uygulaması da iş

sözleşmesinden doğan bir edimin işçiler tarafından toplu olarak belirli bir süre için yerine getirilmemesidir. Bu eylem Anayasa'nın 54. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kaldığı sürece, güvenceden yararlanmakta ve herhangi bir yaptırımla karşılaşmamaktadır. Bu kapsam dışındaki grevlerde ise işçiler işten çıkarılma veya sözleşmeden doğan yükümlülüğü ihlal nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalabilirler. Dolayısıyla Anayasa'nın 54. maddesinin birinci fıkrası kapsamına girmemekle birlikte dar yorumlanması gereken yasak grevlerin kapsamına da girmeyen grev uygulamalarının yasaklanması, özgürlüklere yönelik bir sınırlama olacaktır.

İtiraz konusu kural, siyasi veya ekonomik ve sosyal hak mücadelesi amaçlı olup olmadığına bakılmaksızın, "Yasama, yürütme ve yargı organları ile merkezi veya mahalli idarelerce bir karar alınmasını veya alınmış bir kararın değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlamak veya alınmış bir kararı protesto etmek amacıyla" gerçekleştirilen greve işçilerin katılımını yasaklamakta ve bu yasağa cezai yaptırım öngörmektedir.

Maddedeki suç tanımında, yetkili organlarca alınmış ya da alınacak olan kararların işçilerin iş ve çalışma koşullarına ilişkin olup olmaması bakımından herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Başka bir anlatımla, işçileri doğrudan ilgilendirmeyen siyasi veya idari nitelikteki kararlara karşı uygulanan grev ile, Bakanlar Kurulu'nun, devletin işveren olduğu belirli bir iş kolundaki çalışma koşullarına ilişkin bir karara yönelik grev arasında herhangi bir ayırım yapılmamakta, her iki olgu da aynı suç kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıca, işçilerin çalışma koşullarıyla ilgili olarak ya da emeklilik yaşının yükseltilmesi veya kıdem tazminatının yasal bir zorunluluk olmaktan çıkarılması ve benzeri konularda verilecek veya verilmiş kararlara karşı uygulanacak grevlerin de bu suç kapsamına girdiği anlaşılmaktadır. Nitekim itiraz konusu kuralın uygulandığı davada, işçiler Emeklilik Yasa Tasarısı'nı protesto amacıyla işi bıraktıklarından haklarında 2822 Sayılı Yasa'nın 73. maddesi uyarınca dava açılmıştır.

Yasa koyucu, Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerinde öngörüldüğü üzere Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına almak zorunda olduğu gibi, toplumsal ve siyasal yapıyı korumak amacıyla da bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlamak suretiyle suç yaratabilir. Yasa koyucu bu çerçevede suç yaratırken koruma yükümünün gerekleriyle bağlıdır. Buna karşın temel hak kullanımlarının sınırlanması niteliğindeki yasama tasarruflarının, Anayasa'nın 13. ve diğer maddelerindeki temel hak ve özgürlük güvenceleriyle sınırlı olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

2822 Sayılı Yasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında sözü edilen kurum kararlarını protesto amacıyla yürütülen grevin, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinden kaynaklanan çalışma yükümlülüğünün ihlali

olduğunda kuşku bulunmamaktadır. İşçiler bu eylemleriyle zaten sözleşmenin ihlaline bağlı sonuçlarla karşılaşabilmekte, işten çıkarılmak ve tazminat ödemek zorunda kalabilmektedirler.

Yetkili organlarca alınmış ya da alınacak olan kararlara etki etmek amacıyla işçilerin protesto ve benzeri eylemlerini, iş ve çalışma koşullarına ilişkin olup olmamasına bakılmaksızın cezai yaptırıma bağlanmasına ilişkin itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2, 5 ve 54. maddelerine aykırı düşmektedir. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK iptal sonucuna farklı gerekçeyle katılmışlardır.

Kural iptal edilmiş olduğundan, Anayasa'nın 12 ve 90. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiş, 14 ve 15. maddeleriyle ilgisi kurulamamıştır.

VI- SONUÇ

A- 01.03.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2370 Sayılı Yasa ile değiştirilen 236. maddesi, 26.09.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 260. maddesiyle lehe olarak düzenlendiğinden, 236. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına ilişkin İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 05.05.1983 günlü, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 73. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE 17.01.2008 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN
Üye	Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK
Üye	Üye	
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ	

FARKLI GEREKÇE

2822 sayılı Toplu İş sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 73. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin iddianın incelenmesi; Anayasa'nın 54. maddesinin birinci fıkrası, işçilerin toplu iş sözleşmesi sırasında çıkacak uyuşmazlıklar nedeniyle grev hakkına sahip olabileceklerine işaret ederek, anayasal güvence altına alınan grev hakkının sınırını belirtmiştir. Grev hakkının iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamayacağına aynı maddenin ikinci fıkrasında, siyasi amaçlı grevin, dayanışma grevinin, genel grevin, işyeri işgalinin, işi yavaşlatmanın, verimi düşürmenin ve diğer direnişlerin yapılamayacağına ise yine aynı maddenin yedinci fıkrasında yer vermek suretiyle toplu iş sözleşmesi sırasında olsa bile bu tür grev ve davranışların anayasal güvence dışında olduğuna işaret ederek, güvence altına alınan grevin sınırlarını netleştirmiştir. Buna göre, Anayasa'nın 53. maddesi ile korunan toplu iş sözleşmesi yapma hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için, toplu sözleşmenin yapılması sırasında gerçekleştirilen grevin anayasal güvence altına alındığı, bunun dışındaki grevlerin anayasal güvenceden yararlanamayacağı ortaya çıkmaktadır.

İtiraz konusu kural, 2822 Sayılı Kanun'un 73. maddesinin birinci fıkrasında yasama, yürütme ve yargı organları ile merkezi veya mahalli idarelerce bir karar alınmasını veya alınmış bir kararın değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlamak veya alınmış bir kararı protesto etmek amacıyla kanun dışı grev veya lokavt kararı verenler, teşvik edenler, zorlayanlar veya propagandasını yapanlar biçiminde tanımlanan greve katılanlar için yaptırım öngören, aynı maddenin üçüncü fıkrasıdır. Maddede tanımlanan grevin, Anayasa'nın 54. maddesinde güvence altına alınan ve sınırları belirtilen grev hakkı kapsamında olmadığı açıktır. Bu nedenle olağan bir ceza normu niteliğinde olan kuralın, anayasal güvence altına alınan temel bir hakkı sınırladığı kabul edilemez.

Öte yandan, Yasa koyucu bir eylemi suç olarak nitelendirmede ve ceza tayininde geniş takdir yetkisine sahiptir. Ancak, bu takdir yetkisini Anayasa ve Ceza Hukuku'nun genel ilkelerine uygun biçimde kullanarak suç nitelendirmesi ve ceza normunu belirlemesi gerekir.

Kural, ekonomik çıkarlarına veya çalışma koşullarına ilişkin olup olmadığına bakmadan 73. maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suça katılanlara, altı aydan az olmamak üzere hapis ve onbin liradan az olmamak üzere ağır para cezası öngörmektedir. Anayasal güvence altında olmasa da ekonomik çıkarlarını veya çalışma koşullarını ilgilendiren kararları etkilemek amacıyla kanun dışı greve katılanlar ile diğerleri arasında suçla ceza arasında bulunması gereken adil dengenin korunması suretiyle ayırt edici biçimde bir cezanın öngörülmesi gerekirken, böyle bir ayırma gidilmeden

kanun dışı greve katılanların tümü için altı aydan az olmamak üzere hapis ve on bin liradan az olmamak üzere ağır para cezası öngörülmesi, adalet anlayışı ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

İptal kararına, açıkladığımız bu gerekçeyle katılıyoruz.

Başkan
Haşim KILIÇ

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

01.03.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2370 Sayılı Yasa ile değiştirilen 236. maddesi, 26.09.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 260. maddesiyle lehe olarak değiştirilmesine karşın eylem suç olmaktan çıkarılmadığından, 236. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının iptaline ilişkin istem hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolundaki görüşlere, 17.01.2008 günlü, E.2002/71, K.2008/44 sayılı kararda kullandığım karşıoy gerekçesi ile katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2370 Sayılı Yasa ile değiştirilen itiraza konu 236. maddesi, 26.09.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 260. maddesiyle lehe olarak yeniden düzenlendiğinden bahisle 236. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının iptali istemiyle ilgili itiraz davası hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolunda verilen çoğunluk kararına, 2002/54 E. 2008/43 sayılı, 17.01.2008 günlü Anayasa Mahkemesi Kararı'nın karşıoy yazısında belirtilen gerekçe uyarınca katılmıyoruz.

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A.Necmi ÖZLER

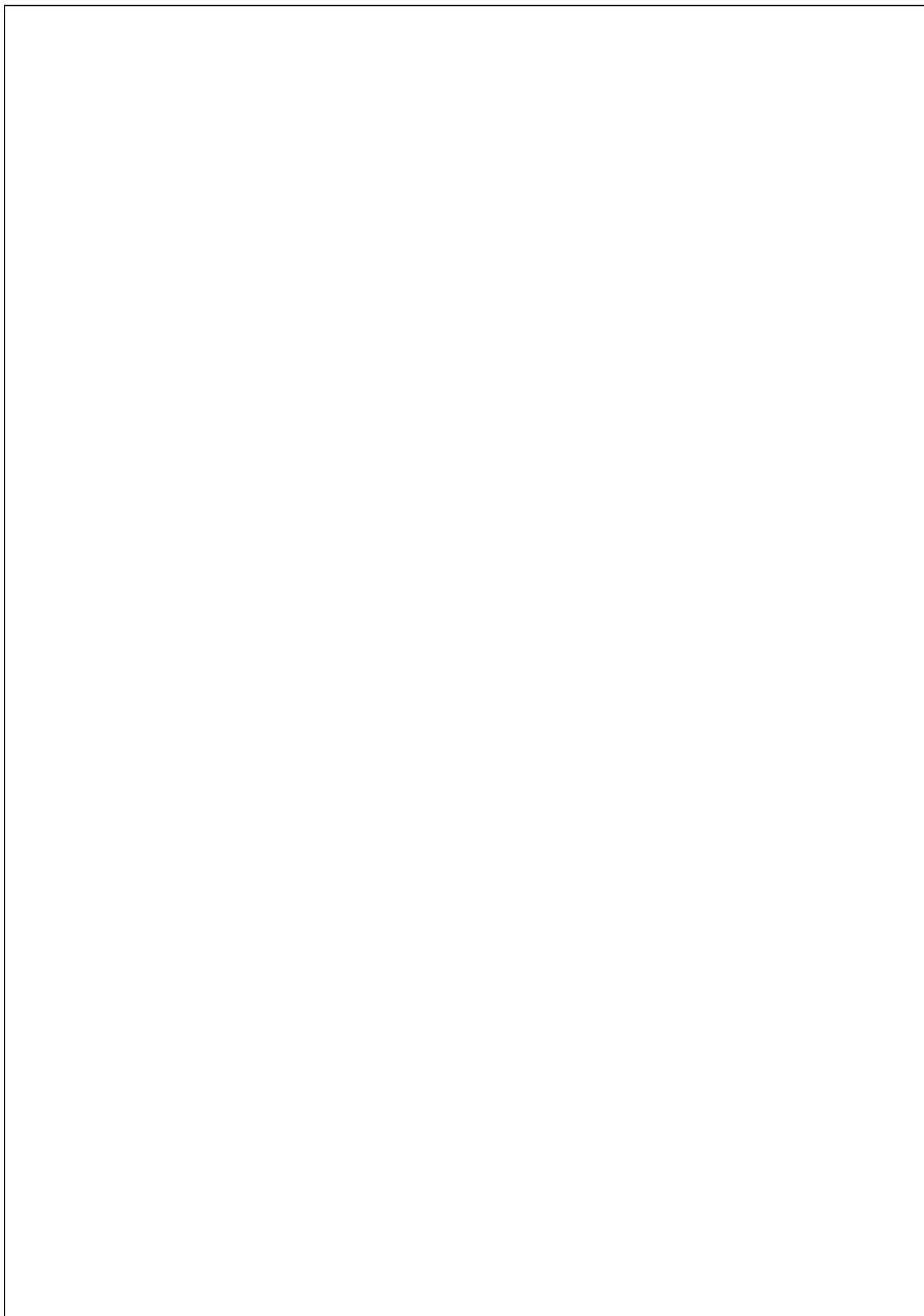
Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2370 Sayılı Yasa ile değiştirilen itiraza konu 236. maddesi, 26.09.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 260. maddesiyle lehe olarak düzenlendiğinden bahisle 236. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının iptali istemiyle ilgili itiraz davası hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolunda verilen çoğunluk kararına 17.01.2008 günlü, E.2002/54, K.2008/43 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı'nda kullandığım karşıoy yazısında belirtilen gerekçe uyarınca katılmıyorum.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ



ÇAĞDAŞ TAŞIMA ANLAYIŞI ve DEĞİŞEN TAŞIYAN SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Necmettin AKTEN*

1. Taşıma denen hizmet

Taşıma, yükün/insanın bir yerden diğerine doğrudan/aktarmalı götürülmesi işidir.

Taşıma bir hizmettir. Üretim, hizmet üretimidir. Yük ya da insan üretilen hizmetin unsurlarıdır.

Taşıma hizmeti değişik unsurlarda şekillenir. Bu unsurlar taşıma hizmetinin türünü, hizmet biçimini ve kapsamını belirler. Bu unsurlar arasında taşıma ortamı (deniz, kara, hava, ulusal, bölgesel,¹ uluslararası), hizmetin sonlandırılma biçimi (aktarmalı, doğrudan, kapıdan-kapıya, unimodal), rekabet şekli (tarifeli, tarifersiz), uğrak sayısı (tek uğraklı, çok uğraklı, kurvaziyer), hizmetin muhatabı (yük, insan, posta), taşıma sığıası vb. belirtilebilir.

Taşıma hizmeti ya doğrudan ya da aktarmalı olarak yürütülür. Doğrudan taşıma, belli iki nokta arasında yapılan aktarmasız taşımadır. Hizmet aynı taşıtla yani araç değiştirmeksizin tamamlanır. İzmit-İstanbul yolcu taşıması gibi... Oysa varma yerine aktarma yapılarak/taşıt değiştirilerek sonlandırılan taşıma, aktarmalı taşımadır. İzmit-Tekirdağ yolcu taşımasının İstanbul'da aktarma yapılarak sonlandırılması gibi.

Taşımanın konusu ağırlıklı olarak insan ya da yüküdür. Posta olarak nitelendirilen mektup, koli vb. adrese teslim amaçlı iletişim gereçleri de taşımanın bir başka konusunu oluşturur.

Taşımaya konu insan, yolcu adını alır. İnsan ağırlıklı taşıma hizmeti de yolcu taşımacılığı diye bilinir.

Yük ise, taşımaya konu çoklukla ekonomik değeri olan ambalajlı, dökme, konteynerli vb. eşyadır. Taşınma tekniği yönünden yükler çok eskiden amforalar içinde taşınırdı. Günümüzde ise kırkambar, dökme, birimleştirilmiş (konteynerli, paletli, çekermeli) şekilde yüklenir, taşınır ve/veya aktarılır.

Kırkambar taşıması ambalajları farklı yükler için söz konusudur. Ambalajlı yükler çokluk sanayi ürünleridir. Posta taşımaları da bu sınıfta yer alır. Sandık, kasa, fiçi, balya, koli, vb. yüklere uygulanan ambalaj türlerinden bazılarıdır. Kırkambar taşıması ağırlıklı olarak gemiyle, ayrıca kamyonla, uçakla ve demiryolu ile yapılır.

(*) Uzakyol Kaptanı

(1) Örneğin AB ülkeleri arasındaki taşımalar.

Dökme yük taşınması dökme haldeki katı ve sıvı yüklere verilen hizmettir. Tahıl, maden cevheri, kömür, fosfat, ham petrol, petrol türevleri, vb dökme yüklerin örnekleridir. Dökme yükler ağırlıklı olarak gemiyle, yerine ve yüküne göre boru hattıyla ve ayrıca trenle taşınır.

Birimleştirilmiş yükler, konteyner ve çekme (swap body) içinde ya da palet üzerinde istiflenmiş yüklerdir. Yükçünle² birlikte taşınırlar. Birimleştirilmiş yükler kapıdan-kapıya taşıma için uygundur.

Taşıma hizmetinde uzmanlaşmaya gidilmeden önce yolcu ve yük çoklukla aynı taşıtta yolculuk ederdi. Örneğin posta gemilerinde yük ve yolcunun birlikte taşınması gibi. Verimlilik uğruna hizmette uzmanlaşmayla birlikte yük ve yolcu kendi taşıtında taşınır oldu. Buysa taşıtlarda çeşitlenmeyle sonuçlandı.

Taşıma, ya ulusal sınırlar içinde yapılır; ya da birden çok ülkeyi kapsayacak biçimde uluslar arası ortamda. Ancak ulusal ve uluslar arası taşımalar farklı rejimlere/düzenlemelere tabidir. Ulusal taşımaları mevzuat şekillendirirken uluslararası taşımaların normunu uluslararası sözleşme(ler) (konvansiyon) oluşturur.

Taşıma, hizmetin başlangıç ya da bitiş noktaları itibariyle ya kapıdan-kapıya yapılır; ya da limandan-limana (denizyolu ve nehir yolu), terminalden-terminale(karayolu), istasyondan-istasyona (demiryolu), havaalanından-havaalanına (havayolu) olur. Burada yükün taşıyana teslim edildiği ve taşıyandan teslim alındığı yer bakımından taşıma hizmetinde farklılıklar vardır. Kapıdan-kapıya taşıma satıcıdan alıcıya teslimi öngörür; diğerinde (örneğin limandan-limana taşıma) ise alıcıya teslim ilave taşımaya ihtiyaç gösterir. Hinterlant taşıması (liman gerisi taşıma) gibi.

Kapıdan-kapıya taşımalar çokluk tümleşik (entegre) taşımadır; sayıca birden çok taşıma sisteminin tümleşmesiyle oluşur. Ayrıca aktarma(lar) içerir. Multimodal taşıma, intermodal taşıma, kombine taşıma gibi türevleri vardır.

Limandan-limana, terminalden-terminale aktarmasız, tek taşıtla yapılan taşımalar unimodal taşıma³ diye bilinir. Bu bağlamda tek başına yapılan denizyolu, demiryolu, iç suyolu, karayolu taşıması unimodal taşımanın örnekleridir.

Liman, liman terminali, terminal, istasyon, havaalanı gibi ulaştırma altyapıları yük ve yolcunun indi-bindi ve aktarma yaptığı yerlerdir. Hizmet anlayışına göre buralarda yük depolaması da yapıldığı olur. Taşıma hizmeti bu ulaştırma altyapılarından biriyle başlayıp bittiği (limandan-limana, istasyondan-istasyona gibi) ve aktarmasız yapıldığı takdirde unimodal

(2) Konteyner, çekme, palet gibi yük ünitelerinin geneli için söylenen terim.

(3) Literatürde konvansiyonel taşıma diye de anılır.

taşımaya dönüşür. Denizyolu, demiryolu, havayolu, karayolu, boruyolu, iç su yolu taşıma sistemleri, hizmeti tek başına yaptıkları, birbirleri arasında tümleşmedikleri sürece unimodal taşımanın örnekleridir.

Taşıma hizmeti, hizmet bütününde kullanılan taşıt(lar)a (taşıtın aynı ya da farklı taşıt olmasına) ve hizmetin sonlandırılma (aktarmalı ya da doğrudan) biçimine göre farklılık gösterir ve değişik isimlerle anılır. Tekli taşıma, online taşıma, interline taşıma, tümleşik taşıma gibi.

Tekli taşıma (single mode, singlemodal), aynı taşıma sistemi ile ve fakat aktarmalı şekilde sonlandırılan hizmettir. Çoklukla hat (tarifeli) taşımalarında yahut sevkiyatlarda görülür. Aktarma hizmetinin nedeni, teslim yerinin taşıma hattının dışında olmasından ötürüdür.

Bu tür hizmette, örneğin deniz taşımacılığı ise, yük hattın bir limanında gemiden boşaltılır; çoğunca limanda aktarılacağı gemiyi bekler; sonrasında teslim yerinin gerektirdiği hat/uçrak değişikliğine bağlı olarak bir başka gemiye yüklenip teslim limanına gönderilir. İstanbul'dan bir Kanada limanına gönderilecek sandıklı bir yükün bir hat gemisiyle önce örneğin Rotterdam'a götürülüp orada gemiden alınması, Kanada'ya gidecek bir gemiye yüklenmek üzere limanda depolanması, sonrasında Kanada'ya gidecek gemiye aktarılıp teslim limanına götürülmesi gibi.

Bu tür aktarmalı taşımalarda aynı tür araç (gemi+gemi, tren+tren, uçak+uçak, kamyon+kamyon gibi) kullanılır. Araç değişikliği de aktarma yerinde (liman, istasyon, havaalanı, terminal) olur.

Unimodal hizmet, tek araçla ve aktarmasız yürütülen taşımadır. Limandan-limana, istasyondan-istasyona yapılan taşımalar gibi. İzmit'ten Tıra yüklenen yükün doğrudan Münih'e götürülüp teslim edilmesi... Yük araçtan boşaltıldığında taşıma hizmeti de sonlanır. Tekli taşıma ise aynı tür araçla ve aktarmalı olarak yapılır. İki sistem arasındaki farkı aktarma yapılıp yapılmaması ve hizmetin yerine göre birden çok taşıyanla yapılabilmesi oluşturur.

Şayet yük/yolcu aynı taşıyanın aynı tür araçlarıyla aktarmalı olarak taşıyorsa hizmet on-line taşıma adını alır; aktarmalı taşıma farklı taşıyanların (aynı tür) araçları kullanılarak sonlandırılmışsa taşıma interline hizmet olarak bilinir. Örneğin, Ambarlı Limanı'ndan New York'a taşınacak konteynerlerin önce Turkon'un hat gemisiyle Hamburg Liman Terminali'nde boşaltılıp sonrasında yine Turkon'un Amerika hattı gemisine aktarma edilerek New York Limanı'na götürülmesi durumunda online taşıma söz konusu olur. Ambarlı-New York parkurunda taşınacak konteynerlerin Ambarlı-Hamburg taşımasının Turkon'a ait bir gemiyle, Hamburg-New York parkurunun da MSC (bir başka taşıyan) gemisiyle yapılması durumunda interline hizmetten konu edilir.

Dolayısıyla taşıma hizmeti, taşımanın tek sistemle, aktarmalı ya da doğrudan (aktarmasız) yapılmasına, hizmetin sonlanmasında aynı ya da ayrı taşıyanların araçlarının kullanılma durumuna göre unimodal, singlemodal, online ya da interline gibi değişik adlar alır.

Hizmet şekli yönünden taşımanın benzer ve farklı yanları aşağıdaki tabloda verilmektedir:

Tablo 1: Aynı tür araçla aktarmalı/aktarmasız taşıma hizmeti

Hizmet şekli	Kullanılan araç türü	Aktarma	Kullanılan araç	Taşıyan
Unimodal	Aynı	Yok	Tek	Tek
Singlemodal	Aynı	Var	Birden çok	Tek/birden çok
On-line	Aynı	Var	Birden çok	Aynı
Interline	Aynı	Var	Birden çok	İki ya da çok

2. Kapıdan-kapıya (tümleşik) taşıma

Bu tür taşıma "*modern taşımacılık*" diye de bilinir. Kapı denince fabrika, sundurma, ya da depo olsun, taşımanın uç noktası (yani başlangıç/bitiş noktası) anlaşılır. Kapıdan-kapıya taşımada birden çok taşıma sistemi kullanılır. Taşıma sistemleri *-birbiriyle entegre olarak-* yükün satıcıdan alıcısına (pazarına) ulaştırılmasını sağlar.

Taşımacılıkta bir takım değişiklikler, gelişmeler olmuştur; olmaktadır da. Bunlar taşımada verimliliği artırma amacına yöneliktir. Dolayısıyla, hizmetin özünde de değişiklikler söz konusudur.

Taşımacılıkta, önceleri limandan-limana olan hizmet anlayışı, sınırlarını (sığasını) kapıdan-kapıya olacak biçimde genişletmiştir. Taşıma sistemleri satıcıyı alıcıya tek taşıyanın hizmetiyle ve sorumluluğunda bağlayan taşıma hizmeti şeklinde birbirleriyle bütünleşme eğilimine bürünmüştür. Bunda, taşıtanların (alıcı/satıcı), taşıma işiyle uğraşmak istememeleri kadar tek taşıyanla muhatap olma arzuları etken olmuştur.

Taşıtanın arzusu, malının kendi ardiyesine teslim edilmesi yönündedir. Önceden limanlarda odaklanan teslim-tesellüm işlemleri artık alıcının ardiyesine yönelmiştir. Buysa, önceleri yüklerin teslim noktası (yeri) olan limanları giderek aktarma (indi-bindi) yeri haline dönüştürmüştür. Liman artık, taşımanın bittiği ve yükün alıcısına teslim edildiği yer olmaktan çıkmış, yükün bir taşıma sisteminden (çoklukla da deniz taşımasından) diğerine aktarıldığı ara bağlantı ünitesi durumuna gelmiştir.

Taşımalar önceden ağırlıklı olarak limandan-limana yapılırdı. Yüklerin teslim edilme/alınma yeri, limandı. Rasyonel taşıma anlayışı taşıma sektöründe yaygınlaştıkça hizmet kapıdan-kapıya yapılır olmuş; yüklerin

teslim alınma/edilme yeri alıcının ardiyesine odaklanmıştır. Buysa, liman gerisi taşımaların da ana taşıma ile bütünleşerek taşıma zinciri oluşturması biçiminde gelişmiştir. Dolayısıyla, taşıma hizmetinde ibre özde kapıdan-kapıya (tümleşik) (entegre) taşıma yönüne kaymıştır.

Hangi isimle söylenirse söylensin, tümleşik taşıma kapıdan-kapıya hizmeti amaçlar. Bu tür taşıma, hizmet felsefesi aynı yani kapıdan-kapıya olmakla birlikte yöresel uygulamalara ve çevreci yaklaşıma bağlı olarak değişik tarzlarda yürütülmekte ve farklı isimlerle anılmaktadır. Intermodal taşıma, kombine taşıma, çoklu taşıma gibi adlarla anılan taşıma şekillerinin hepsi kapıdan-kapıya taşımanın türevleridir. Bu taşımalar Türkçemizde “tümleşik taşıma” başlığı altında toplanmaktadır.

Tümleşik taşıma, malın satıcıdan alıcıya aktarılma aşamasında rekabet içindeki farklı taşıma sistemlerini birbiriyle tümleştirir. Taşıma, tek bir hizmet bütünü şeklinde ortaya çıkar ve organizasyon gerektirir.

Tümleşik hizmetin özünde yükü bir taşıma sisteminden diğerine aktarırken gecikmeyi minimize ederek en seri şekilde taşıma ilkesi yatar.⁴ Taşıma sistemlerinin birleşimi (kombinasyonu) satıcı-alıcı arasındaki yük hareketinde güzergâh/yol seçeneğini de çeşitlendirir. Dolayısıyla yük değişik yollar aracılığıyla yerine ulaştırılabilme olanağı kazanır.

Taşıma sistemlerinde hizmetin birim maliyeti bir sistemden diğerine değişir. Maliyetleri birbirinden farklı sistemlerin hizmet zincirinde kombine edilmesi (birleştirilmesi) ayrıca taşımaya maliyet esnekliği de getirir. Hizmetin maliyeti, tümleştirilen taşıma sistemlerinin hizmet zinciri içindeki payına göre “ara maliyet” olarak belirir. Tümleştirilen taşıma sistemlerinden ucuz olanı hizmet zinciri içinde ne kadar yüksek oranda kullanılırsa hizmetin maliyeti ucuz olan taşıma sisteminin maliyetine o kadar yaklaşır.

Hizmette entegrasyonu amaçlayan taşıma düşüncesi yeni değildir. Malcolm Mac Lean, Ideal X isimli tankerden bozma gemiyle 27 Nisan 1956'da New York'tan Houston'a güvertede 58 tane treyler taşıdı. Bu taşıma dünyada entegre taşıma şekilleri arasında ilk deniz bağlantılı intermodal taşımayı oluşturmuştur.⁵

Entegre taşımalarda gelinen aşamayı beş unsur pekiştirmiştir:

- Taşıma sistemlerinin üleştirilmesi,
- Bilgisayar desteği,
- Uyumlu aktarma noktaları (terminaller),

(4) Muller G (1989): *Intermodal Freight Transportation*, Eno Foundation for Transportation, Westport, 1.

(5) Wood D.F and Johnson J.C, 1993: *Contemporary Transportation*, Mac Millan Publishing Company, New York, 238.

- GPS (DGPS)/GPRS,⁶ AIS vb. teknolojik navigasyon araçlarının kullanılması,

- Yükçünlerin hizmette kullanılması.

Entegre taşımalarda bilgisayar kullanımı yaygındır. Taşıtların ve yükçünlerin izlenmesi, yüklemelerin/taşımaların yönlendirilmesi, güzergah programlama, tarife düzenleme ve uyarılama, iş akışını programlama, taşıma bürokrasisini (konşimento kesme, manifesto düzenleme vb.) kolaylaştırma vb. bilgisayarla yürütülen işlemler arasındadır.

Uydu teknolojisi ulaştırma hizmetlerinde yaygın uygulama alanı bulmuştur. Deniz ve kara taşıtları yıllardır uydu yardımıyla taşıtların sağlıklı konumunu her an belirleyen seyir aygıtlarıyla (DGPS/GPS ve GPRS) donatılmaktadır. Bu sayede hem taşıtların güzergâhları ve hareketleri anında merkez yazıhaneden izlenebilmekte, hem de taşıtların seyir sırasındaki zaman kayıpları asgariye indirilmektedir.

Terminal, entegre taşıma hizmeti açısından, bir taşıma sistemi için hizmetin sonlandığı, yolculuğuna devam edecek yükçün için de diğer taşıma sistemine aktarıldığı ulaşım ara noktasıdır. Taşımanın tek sistemle başlayıp bittiği unimodal hizmette terminalin işlevi yükü alıcısına teslim etmektir. Entegre hizmette ise yükçün *-yolculuğunu sürdürmek üzere-* bir taşıma sisteminden diğerine aktarılmak durumundadır. Bu kesitte de terminal ulaşım ara noktası olma özelliğine bürünür.

Ulaştırma terminalleri liman, liman terminali, istasyon, kara terminali gibi hizmet verdiği taşıma sistemine göre değişik adlar alan ulaşım altyapılarıdır.

Entegre taşımalarda taşıma sistemleri arasındaki indi-bindi işlemleri standart yükçünler ile kolaylaştırılmıştır. Yükçün hem ara ulaşım noktalarında zaman kazandıran, hem taşımalarda üretim artışı sağlayan, hem de taşıma hizmetinde kaliteyi yükselten⁷ bir yük ünitesidir. Konteyner, treyler, çekme (swap body), demiryolu şasisi, vagon ve palet yükçün örnekleridir. Yükçünler arasında en yaygınlıkla kullanılanı kuşkusuz konteynerdir. Yükçün aynı zamanda, taşımalarda tümleşmeyi sağlayan ulaşım halkası durumundadır.

Tümleşik taşıma, en az iki farklı taşıma sistemi aracılığıyla malın satıcıdan alıcısına iletilmesi hizmetidir. Hizmetin kapsamında tek taşıma ücreti (navlun), tek taşıma senedi uygulaması söz konusudur. Kombine taşıma, çoklu taşıma, intermodal taşıma gibi türevleri vardır. Çoklukla bir

(6) Seyir uyduları yardımıyla taşıtların istenen andaki konumunu belirleyen navigasyon aygıtları. DGPS/GPS gemilerde, GPRS de kara araçlarında konum bulma amacıyla kullanılmaktadır.

(7) Zamanında (gecikmesiz) teslim, hasarsız teslim taşıma hizmetinde kaliteyi belirleyen temel öğelerden ikisidir.

ticari operatör (işletici) sayıca birden çok taşıma sistemini kullanarak adrese teslim taşıma yapar.

Tümleşik taşıma, özde hizmetin başından sonuna en az iki farklı taşıma sistemini kullanarak malın alıcısına teslimini öngörür. Bu tür taşıma hizmeti çoklukla ayrı taşıyanlar tarafından hizmet zinciri oluşturularak gerçekleştirilir; bazı taşımalarda da hizmet baştan sona aynı taşıyan aracılığıyla sonlandırılır.

İşletmeler arasında hem kara, hem de deniz taşımacılığı hizmetini kendisi verecek yapıda olanları vardır. Bu tür bir işletme açısından tümleşik taşıma farklı taşıma sistemlerinin kullanıldığı tek taşıyanlı hizmettir.⁸

Tümleşik taşıma günümüz gereksinimi çerçevesinde şekillenmiş, lojistik destekli çağdaş bir taşıma hizmetidir. Hizmette entegrasyon lojistik sayesinde sağlanır.

Tümleşik taşımanın özellikleri şunlardır:

- Seri, hızlı ve kesintisiz hizmet (kapıdan-kapıya),
- Entegrasyon hizmette-taşıma sistemlerinde değil,
- Hizmette lojistik desteği,
- Tarifeli ve kaliteli hizmet (gecikmesiz, hasarsız ve eksiksiz taşıma),
- Hizmette teslimden doğan gecikme taşıyanın sorumluluğu,
- Tek yük senediyle taşıma,
- Teknoloji yoğun altyapı,
- Hizmetin tümleştirilmesinde taşıma ünitelerinin kullanılması,
- Terminallerin taşıma hizmeti açısından aktarma noktasına dönüşmesi.

Tümleşik taşıma, gelişen uluslararası ilişkilerin sonucudur. Bir anlamda da, ülkeler arası ticarete sınır engelini kaldırılması/azaltılması, dolayısıyla uluslar arası ticaretin kolaylaştırılması uğruna verilmiş çabaların ürünüdür. Bu taşıma şeklini doğuran nedenler şöylece sıralanabilir:

- Kapıdan-kapıya hizmet gereksinimi,
- Taşımada verimliliği artırma (belli teslim süresi, yükün güvenli sevkıyatı, kaliteli ve seri taşıma vb.),
- Tek taşıyan ile muhatap olma arzusu,
- Gelişen ve çeşitlenen lojistik uygulamaları,

(8) Bu tür işletmeler ABD'de çoklu işletmeler (multimodal companies) diye bilinmektedir. (Wood D.F and Johnson J.C, 1993: a.g.e, 237.)

Tümleşik taşıma kara ve su ortamından yararlanır. Su ortamında nehiryolu, kanal ve iç su yolu; kara ortamında karayolu ve demiryolu; hava ortamında da havayolu taşıma sistemleri taşıma organizatörünün sefer güzergâhını ve yolculuk süresini oluşturmada yararlanacağı hizmet rejimleridir.

Tümleşik taşıma konseptinde çokluk rekabet içinde olan taşıma sistemleri⁹ ortak bir hizmet için birbirleriyle üleştirilir.

Tümleşik taşıma, hangi şekil uygulanırsa uygulansın, ana ve ara taşımalarda bütünleşir. Yani, taşıma zincirini ana ve ara taşımalar oluşturur.

Ana taşıma, satıcı ile alıcı arasındaki taşıma zinciri içinde hizmetin ağırlığını oluşturan taşımadır. Hizmet maliyetini aşağı çekebilmek ya da düşük tutabilmek için ana taşımalarda denizyolu, demiryolu, kanal ve içsu ulaşım ağı gelişmiş yörelerde iç su yolu/nehiryolu gibi ekonomik/rasyonel taşıma sistemleri yeğlenir.

Ara taşıma, taşıma zinciri içinde ana taşımaya göre daha kısa mesafeli olan taşıma ayağıdır. Genellikle ana taşıma hizmet maliyeti daha düşük, ara taşıma da ana taşımaya oranla hizmet maliyeti daha yüksek olan taşıma sistemlerinden seçilir. Farklı ulaşım ortamlarını üleştirecek tümleşik taşımalarda ana taşımanın denizyolu, ara taşımanın demiryolu ile yapılması gibi. Aynı ulaşım ortamında üleştirilecek entegre taşıma hizmetinde ana taşıma olarak demiryolunun, ara taşıma olarak karayolunun kullanılması gibi...

Gerek ana taşıma, gerekse ara taşıma zinciri içinde sayıca birden fazla olabilmektedir.

3. Tümleşik taşımanın türevleri:

Kombine taşıma:

Kombine taşıma (ulaşım), hizmetin ilk ve/veya son kısa sevkiyat ayağının karayolu ile gerçekleştirildiği, uzun mesafeli ana ayağın/ayakların hizmette ekonomi sağlamak, yani rasyonel taşıma yapmak için demiryolu, iç su yolu veya denizyolu taşımalarından en az biriyle yapıldığı taşıma şeklidir. Bu tanım, Avrupa Ulaştırma Bakanları Konferansı (AUBK) (ECMT) tarafından kabul edilmiştir. Hizmetin entegrasyonunda karayolu ayağı, çevreci zorlamalara bağlı olarak asgaride tutulmaktadır.

Kombine ulaşım şöyle tanımlanmaktadır: "Avrupa ulaşımının ağırlıklı bölümünün demiryolu, iç su yolu ve kanal veya denizyolu ulaşım sistemlerinden en az biriyle, olabildiğince kısa tutulacak ilk ya da son ayağının da karayolu sistemiyle yapıldığı intermodal ulaşım şeklidir."¹⁰

(9) Batıda karayolu ile demiryolu rekabeti gibi.

(10) UNCTAD (2001): Implementation of multimodal transport rules, UNCTAD/SDTE/TLB/2, Geneva,5. Ayrıca, TRANS/WP.24/2000/1.

Kombine taşıma, bir tümleşik (entegre) taşıma türüdür; zincirleme ve kesintisiz hizmeti esas alır. Bu hizmet tek taşıyan tarafından, tek yük/hizmet senediyle gerçekleştirilir.

Taşıtan, genel kural olarak, seri/hızlı, bu bağlamda gecikmesiz, ekonomik -yani haklı rekabetten yararlanmış, hasarsız ve eksik teslimsiz- ve bilgilendirmeye açık taşıma hizmeti ister. Hizmetin kalitesi de bu unsurlarda belirir. Buna taşıtanın tek taşıyanla muhatap olarak malını alıcıya yollama talebini de eklemek gerekir.

Kombine taşıma, tarifeli hizmet türüdür. Hizmet tarifesi, satıcıyı alıcıya bağlayan taşıma hizmetinin süreci (ana ve ara taşıma(lar), aktarma yer(ler)i, taşıma süresi gibi hizmet öğeleri belirlenerek oluşturulur.

Kombine taşıma ana ve ara taşımalarda bütünleşir. Ana taşıma ayağı denizyolu, demiryolu gibi tarifeli hizmetin yerleşik olduğu taşıma sistemlerine bırakılır; kısa ayak -ki 150 kilometrenin altında olur- da özellikle karayoluna...

Kombine taşıma da diğer kapıdan-kapıya taşıma türleri gibi tek taşıma senediyle ve tek taşıyanla sonlandırılır. Kombine taşıyan/taşımacı, kombine taşıma hizmeti sunan kişi ya da kuruluştur. Aynı zamanda taşıma organizatörü olarak da bilinir.

Kombine taşımacı, kombine taşıma senedi kesen kişidir. Kişi terimi bir kurumu, ortaklığı ya da hukuki kişiliği de içler.¹¹

Kombine taşıma, Avrupa tek pazarı için kabul edilmiş intermodal taşıma sistemidir. En az iki farklı taşıma sisteminde bütünleşir. Dolayısıyla taşıma zincirinde ana ve ara taşıma(lar) olarak iki farklı taşıma hizmeti söz konusu olur. Ana taşıma, taşıma zinciri içinde uzaklık yönünden uzun olanıdır; ara taşıma da kısa olanı.

Kombine taşıma hizmetinde ana taşıma olarak -Avrupa'nun coğrafyasıyla da örtüşecek biçimde- demiryolu, denizyolu ya da iç su yolu taşıma sistemleri esas alınmıştır. Ara taşıma(lar) da karayoluna bırakılmıştır.

Kombine taşıma (ulaşım), hizmetin ilk ve/veya son kısa sevkiyat ayağının karayolu ile gerçekleştirildiği, uzun mesafeli ana ayağın/ayakların hizmette ekonomi sağlamak, yani rasyonel taşıma yapmak için demiryolu, iç su yolu veya denizyolu taşımalarından en az biriyle yapıldığı intermodal taşıma şeklidir.¹² Bu tanım, Avrupa Ulaştırma Bakanları Konferansı (AUBK) (ECMT) tarafından kabul edilmiştir. Hizmetin entegrasyonunda (bütünleştirilmesinde) karayolu ayağı, çevreci zorlamalara bağlı olduğu kadar rasyonel hizmet için asgaride tutulmaktadır.

(11) ICC (1975): *Uniform Rules for a Combined Transport Document (1975 Revision)*, ICC Publication No.298, Rule 2(b), Paris.

(12) UNECE (2001): *Combined Transport, Terminology on Combined Transport*, 1.2, Geneva.

Kombine taşıma, en az 2 unimodal taşıma¹³ sistemini bütünleştirir ve rasyonel hizmeti esas alır. Taşıma zinciri içinde ana taşıma denizyolu, iç su yolu, demiryolu gibi birim hizmet maliyeti düşük yani ekonomik taşıma sistemleriyle yapılır. Ara taşıma(lar)da karayoluna yer verilir.

Intermodal taşıma:

Intermodal taşıma, en yalın tanımla, "yükün değişik taşıma sistemleri kullanılarak belli iki yer arasında taşınmasıdır".¹⁴ Etraflı tanımı ise: "Yükün, yüklendiği taşıma ünitesinde ya da karayolu taşıtında -bir ulaşım sisteminden diğerine geçişi sırasında yüke herhangi bir elleçleme yaptırılmaksızın- peş peşe 2 ya da daha çok ulaşım sistemi kullanılarak taşınması işidir"¹⁵ şeklindedir.

Avrupa Ulaştırma Bakanları Konferansı (AUBK) (ECMT) bu tanımı -özde aynı olmakla birlikte- biraz farklı vermektedir:

"Intermodal taşıma, yükün tek ve aynı yükçünle ya da yüklendiği taşıtla -ve yüke bir ulaşım sisteminden diğerine geçişi sırasında herhangi bir elleçleme yaptırılmaksızın- değişik taşıma sistemleri peş peşe kullanılarak taşınmasıdır."¹⁶ Yükün alıcıdan satıcıya teslimi aşamasında taşıma hizmeti bu tanıma göre sürdürülür.

Intermodal taşımanın temel özellikleri şöyle sıralanabilir:

- Yük, yolculuğun bütününde yüklenmiş olduğu taşıma ünitesinde (konteyner, treyler, çekeme (swap body), vb.) yolculuk yapar.
- Ya da satıcının yüklediği taşıma ünitesinde (kara aracında) alıcıya teslim edilir.
- Peş peşe 2 ya da daha çok ulaşım sistemiyle taşıma gerçekleştirilir.
- Bir ulaşım sisteminden diğerine taşıma ünitesi aktarılırken yüke indibindi yaptırılmaz.

Intermodal ulaşım, multimodal taşıma benzeri hizmeti yansıtır. ABD'de tümleşik taşıma hizmeti karşılığı kullanılmaktadır.

(13) UNCTAD'a göre, unimodal taşıma, yükün tek taşıma sistemiyle bir ya da daha fazla taşıyan tarafından taşınmasıdır. Hizmetin tek taşıyan tarafından verilmesi durumunda taşıyan/taşıyıcı kendi konşimentosunu /taşıma senedini keser. Taşımanın aktarmalı ve birden çok taşıyan tarafından yapılması durumunda taşıyanlardan birisi tüm taşımayı kapsayacak şekilde doğru konşimento kesebilir. Dolayısıyla taşıyanın sorumluluğu konşimento hükümleri doğrultusunda ya tüm seferi yahut yolculuğun kendisine ait olan bölümünü kapsar.

(14) Muller G(1989): a.g.e. 1.

(15) UNCTAD (2001): a.g.e. 5. Ayrıca, TRANS/WP.24/2000/1.

(16) Grey R and Kim G.2001: Logistics and International Shipping, Korea Maritime University, Institute of International Maritime Affairs, ISBN 89-89409-01-2-93320, 184-185.

Öte yandan, intermodal sevkiyat, Amerikan literatüründe “sevkiyatta iki farklı taşıma sisteminin birlikte kullanılarak yükün taşınması işi” olarak nitelendirilmektedir.¹⁷

Intermodal hizmet, maliyetleri ve rekabet tarzları birbirinden farklı en az iki taşıma sisteminin birbiriyle kombine edilerek yükün belirlenmiş iki nokta arasında -tek taşıma ücreti ve tek taşıma senedi ile- taşınması şeklindedir. Uygulaması çokluk kara ağırlıklı bir hizmet tarzıdır. Demiryolu ile karayolu taşımalarının üleştirilmesinden oluşur.

Intermodal taşıma hizmetinde ekonomik performans yüksektir. Bunun da nedeni, demiryolunun maliyet üstünlüğü ile karayolunun adrese teslim esnekliğinin hizmet bütününde birleştirilmesidir.

Intermodal hizmet, uzak mesafe taşımalarında ekonomiktir. Hizmet zinciri içinde demiryolu taşımasının oranı yükseldikçe hizmet de daha ekonomik olur. Bu bakımdan rasyonel intermodal taşıma, demiryolu ayağı uzun, karayolu ayağı kısa olan bir hizmet zinciri şeklindedir.

Intermodal taşıma demiryolunda, denizyolunda ve hava kargo taşımacılığında uygulanmaktadır. Vagona yüklenmiş karayolu taşıtlarının ve yükçülerin (treylar, çekeme ve konteyner) istasyonlar/limanlar arasında sevkiyatını öngörür. İlk ve yaygın uygulaması demiryolunda kamyonların/treylerlerin taşınması biçimindedir. Bu hizmet tarzı 60'lı yılların ortasından beri kullanılmaktadır.

Intermodal taşıma bir anlamda yükçünün taşımacılığıdır. Bu tür taşımada yükçün olarak çoklukla konteyner ve treylar kullanılır. Yükçün sadece yükleyicinin ardiyesinde yüklenir, bir de alıcının deposunda boşaltılır. Taşıma sürecinde yani ara noktalarda yüke ilişkin herhangi bir elleçleme hizmeti söz konusu olmaz. Sadece yükçün bir taşıma sisteminden diğerine aktarılır. Elleçleme hizmeti ise salt yükçünün yüklenmesi/boşaltılması aşamasında olur.

Taşıma sistemleri arasında yükçünün aktarma edilmesi sırasında elleçleme hizmeti yüke değil, yükçüne verildiği için yükle ilişkili elleçleme işlemleri enazlanmakta, yükün hasar ve kayıp rizikosu azaltılmakta, hizmet bütününde taşıma hızlanmakta, dolayısıyla taşıma hizmetinin de kalitesi artmaktadır. Bu nedenle intermodal taşıma önceleri hizmette ekonomi sağlamak üzere oluşturulmuş, zamanla yüke özeni de esas almıştır.

Intermodal taşımanın İlk kullanım yeri ABD demiryollarıdır. 1926 yılında kamyon treylarları demiryolu şasileri üzerine yüklenerek yük gibi bir yerden bir yere taşınmıştır. ABD'de özel demiryolu şirketleri karayolu ile rekabet edebilmek için bu taşıma şekline yönelmişlerdir. Karayolu ve

(17) Wood D.F and Johnson J.C, 1993: a.g.e, 237.

demiryolu taşıma sistemleri arasındaki rekabet, özellikle uzak mesafelerde demiryolunun karayoluna olan maliyet üstünlüğü yüzünden yüklü kamyonların demiryolu şasisi üzerinde taşınması olgusunu doğurmuş, intermodal taşıma hizmeti de yaygın biçimde böyle başlamıştır.

Intermodal ulaşımın ABD'de yaygın uygulanma biçimi piggy-back¹⁸ taşımadır. Piggy-back karşılığı bizde "kondurma" terimi kullanılmaktadır. "Aracı araçta taşıma" anlamındadır. Kondurma taşımasında treyler, kamyon, tır¹⁹ gibi karayolu aracı demiryolu şasisi üzerine yüklenerek demiryolunda yolculuk yapar. Ana taşıma demiryolu sistemiyle yapılır. İstasyon ile teslim yeri arasındaki ara taşımada da karayolu taşımacılığı ile hizmet sonlanır. Bu tür hizmet kondurma (piggy-back) taşıma diye adlandırılır.

Uygulamada yaygın olanı da karayolu aracının vagona yolculuk yapmasıdır. Bu yolla hizmet maliyeti karayolu ile demiryolu maliyetleri arasında (ara maliyet) oluşur ve fakat karayolu maliyetinin hayli altına çekilir.

Piggy-back kamyon/treyler taşıması TOFC²⁰ kısa adıyla nitelendirilir.

Konteynerin taşımalara girmesiyle birlikte demiryolu vagonlarında konteyner de taşınır olmuştur. Vagona konteyner taşıması da piggy-back taşıma gibi intermodal taşımanın bir türevidir.

Demiryolu vagonunda ayrıca diğer taşıma üniteleri de taşınır. Konteyner, çekerme (swap body) bu türden taşıma üniteleri (yükçünler) arasında belirtilebilir. Konteynerin demiryolu vagonunda taşınması hizmeti COFC kısaltmasıyla belirtilir.²¹ Uygulama, demiryolu taşımalarının maliyet üstünlüğünden yararlanabilmek için konteynerleri üst üste 2 sıra yükleyerek taşıma yönündedir. Bu taşıma hizmetine ikileme (double stack) denir. İkili konteyner taşıması ilk kez ABD'de 1983 yılında uygulanmıştır.²²

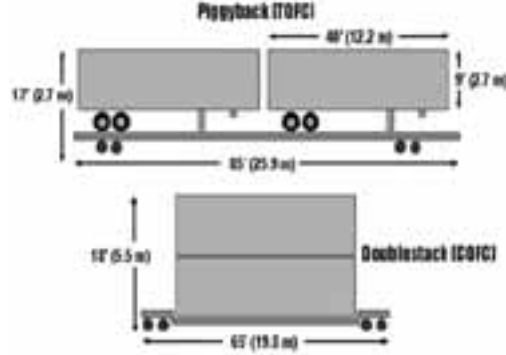
(18) Piggy back taşıma yükçünlerin vagona taşınması olarak adlandırılmaktadır.

(19) TIR kavramı her ne kadar uluslar arası karayolu ulaşım hizmetini simgelemekte ise de, toplumda büyük çaplı taşıma yapabilen kamyonları nitelendirmek amacıyla da kullanılmaktadır.

(20) Trailer on Flat Car sözcüklerinin kısaltılmışı.

(21) Container on Flat Car sözcüklerinin kısaltması.

(22) Wood D.F and Johnson J.C, 1993: a.g.e, 244.



Şekil: Kondurma taşıma (piggy-back) ve ikileme

Kaynak: Rodrigue, J-P et al. (2006) Transport Geography on the Web,
Hofstra University, Department of Economics & Geography,
<http://people.hofstra.edu/geotrans>.

Multimodal taşıma:²³

Dünya ticaretinde önceleri unimodal (yani tekli) taşımalar egemendi. Dünya coğrafyasının getirdiği sınırlamalara koşut olarak ağırlığı deniz taşımacılığı oluşturmakta; taşımalar da limandan-limana yapılmaktaydı. Liman gerisi veya hinterlant taşımalarını ise yerine göre karayolu, demiryolu, iç su yolu/nehiryolu ve boruyolu taşımaları yürüte gelmekteydi.

Ancak 60'lı yıllarla birlikte yükçünlerin, özellikle de konteynerin deniz taşımacılığına girmesiyle taşıma anlayışı değişti. İki liman arasında yapılan taşıma, sınırlarını genişleterek liman öncesi ve liman gerisi taşımaları da içledi; "kapıdan-kapıya taşıma", "fabrikadan mağazaya taşıma" şekline dönüştü.

Taşımaların pek çoğu amaca ulaşılırken birden çok taşıma modunu birbiriyle üleştirir. Uçak yolculuğuna çıkacak bir yolcunun evinden havalimanına giderken özel araç/taksi/otobüs/yeraltı treni kullanması gibi.

Aynı olgu yük taşımaları için de geçerlidir. Denizyoluyla taşınacak bir yük yanaşma yerine/rıhtıma çokluk demiryolu, nehir yolu, karayolu aracıyla getirilerek gemiye yüklenir. Burada da çok modlu (çoklu) bir hizmet söz konusu olur.

(23) Çoklu taşıma olarak da adlandırılmaktadır. "Çoklu taşıma" deyimini ilk kez Ulaştırma Bakanlığının UKİ: 0.114 sayılı ve Ekim 1977 tarihli UNCTAD Ulusal Hazırlık Çalışmaları Raporunda kullanılmıştır.

Çoklu taşıma, yükçünle yapılan kapıdan-kapıya taşıma hizmetidir. Konteynerle gelişmiştir. Çoklu taşıma da kombine ve intermodal taşımalar gibi konteynerin taşımalara girmesiyle varlık kazanmıştır. Bu bağlamda konteyner, taşıma hizmetinin kapıdan-kapıya yapılabilmesinin ilk köşe taşı olmuştur. Diğer yükçünlerin kullanılmasıyla da hizmet seçenekleri çeşitlenmiştir.

Çoklu taşımayla birlikte en az iki taşıyan sınıfı ortaya çıkmıştır:

- Çoklu taşımacı (MTO) (ana taşıyan),
- Asıl taşıyan(lar) (actual carrier).
- Ana taşıyan
- Ara taşıyan(lar)

Çoklu taşımacı taşımayı organize eder; yükleyici, sigortacı ve asıl taşıyan(lar) gibi taşıma hizmeti ve yük üzerinde enteresesi olan değişik kişileri üleştirir. Kapıdan-kapıya uzanan tümleşik taşımada hizmet sorumluluğunu üstlenir. Çoklu taşımacı, tümleşik hizmetin/operasyonun bütünleştiği ana ve ara taşımaların taşımacılarından birisi olabileceği gibi sevkiyatçı (forvarder) da olabilir.

Çoklu taşımacı literatürde taşıma organizatörü diye de anılmaktadır. Bu nedenle de taşıma hizmetinde birincil etkinliği olan kişidir. Ama çoklu taşıyanın taşımacı olması gerekmez; işlevi taşıma operasyonunu organize etmektir. Çoklu taşıyan/taşımacı verdiği hizmet sürecinde taşımanın tarafı olarak yükleyiciye karşı sorumludur.

Çoklu taşımacı, uygulamada çokluk ana taşıyandır.

Ana taşıyan, kapıdan-kapıya taşıma zinciri içinde yükleyiciye karşı hizmetin ağırlıklı bölümünü üstlenen kişidir. Denizyolu taşıyanı, demiryolu taşımacısı gibi... Bu da kapıdan-kapıya hizmette maliyeti minimize etmek üzere taşımanın ağırlıklı bölümünde ekonomik olan sistemler kullanılarak maliyet aşağı çekilsin içindir.

Asıl taşıyan(lar) taşıma işiyle uğraşan, taşımayı gerçekleştiren kişi(ler)dir. İşlev(ler)i, taşıma zinciri içinde kendilerinin üstleneceği ana ya da ara taşımayı, taşıma konsepti kapsamında yürüterek tamamlamaktır. Yük, çoklukla da konteyner, çoklu taşımacının denetiminde bir taşımacıdan diğerine teslim edilerek taşıma zincirini tamamlar ve alıcısına ulaşır.

Çoklu taşıyan taşımada sorumluluğu üstlenir. Yük senedini de o düzenler. Dolayısıyla fiili taşımayı yapan ana ve ara taşıyanların sebebiyet verebilecekleri zarar ve/veya hasardan yük ilgisine karşı da o sorumlu olur.

Çoklu taşımayla sorumluluk anlayışı farklılaşmıştır. Asıl taşıyanlar taşıma zinciri içinde yükü birbirlerine devrederek hizmeti gerçekleştirmekte (yürütmekte); taşıtana karşı ise taşımayı organize eden çoklu taşımacı sorumlu olmaktadır. Ayrıca konteyner içinde taşınan yükün taşımanın hangi ayağında hasar/zarar gördüğünün kolayca anlaşılabilmesi konuyu karmaşıklaştırmaktadır.

Çoklu taşıma bir yükün, satıcıyla alıcı arasında, en az iki farklı taşıma sistemiyle ve tek yük senediyle taşınmasıdır.²⁴ Bu taşımanın beş ana özelliği vardır. Bunlar şöyle belirlenebilir:

- Taşıma hizmetinde kullanılan taşıma sistemleri en az ikidir. Denizyolu+demiryolu gibi...
- Taşımada hizmetin başlangıcından bitimine kadar tek yük senedi kullanılır.
- Taşıma, taşıma sistemleri arasında organizasyon gerektirir. Bu işi çoklu taşıyan (MTO) yapar.²⁵
- Kapıdan-kapıya hizmet yükçünle verilir.
- Çoklu taşımada modern teknoloji kullanılır. Konteyner teknolojisi, arayüz noktalarında (liman terminallerinde) mekanizasyon uygulaması gibi.

Çoklu taşıma bir ülkenin ulusal sınırları arasında yapılabileceği gibi, uluslararası alanda da yürütülür. Yükün uluslararası alanda yani, iki ülke arasında taşınması durumunda taşıma, uluslararası çoklu taşımaya dönüşür.²⁶

Hizmetin uluslararası alanda yürütülmesi çoklu taşımanın beşinci ana özelliğidir.

Günümüzdeki uygulama, ağırlıklı olarak, uluslararası çoklu taşıma yönündedir. Bu nedenle, çoklu taşıma denince "uluslararası çoklu taşımacılığı" anlamak yanlış olmayacaktır. Öyleyse çoklu taşıma, "yükün sayıca birden çok taşıma sistemiyle ve tek yük senediyle iki ülke arasında taşınması" şeklinde de tanımlanabilir.²⁷

(24) Dr. Peter Faust (1987): UN Convention on International Multimodal Transport of Goods, Uluslararası Deniz Taşımacılığı ve Eğitimi Semineri, Ulaştırma Bakanlığı, Ocak 1987, 36.

(25) Çoklu taşıyan bir acente değildir. Bir taşıyan adına hareket etmez. Değişik taşıyanların hizmetini bütünleştirerek yükün kesintisiz akışını sağlar.

(26) UNCTAD(1975): Technical and Financial Aspects of Modern Transport Technologies Used in Multimodal Transport Operations, TD/B/AC.15/15, Geneva, September 1975, 3.

(27) Necmettin Akten (1977): Çoklu Taşıma Olayı, Ulaştırma Koordinasyon İdaresi Başkanlığı (UKİ), Ekim 1977, 1.

4. Taşıyanın hizmet sorumluluğu

Taşıyanın hizmet sorumluluğu genel kural olarak yükü teslim aldığı anda başlar; taşıma sürecinde devam eder; yükün alıcısına teslimiyle de son bulur. Unimodal taşımalarda yükün teslim alınma ve edilme yerleri, kullanılan taşıta özgülenmiş yükleme ve boşaltma terminalleri olduğu için taşıyan sorumluluğunun başlangıç ve bitiş sınırlarını da çokluk bu terminaller belirler

Kapıdan-kapıya taşıma rejimlerinde ise sorumluluğun başlangıcı yükün teslim alınma yeri olarak unimodal taşıma terminallerinin dışına taşıp satıcının deposuna, bitimi de alıcının mağazasına kadar uzanır. Dolayısıyla Sorumluluk Hukuku açısından, hizmetin özelliği gereği, taşıtana karşı taşıma organizatörünün/ana (üst) taşıyanın, ana taşıyana karşı da ara (alt) taşıyan(lar)ın sorumlulukları gündeme gelir.

Unimodal taşıma türleri olarak denizyolu, karayolu, havayolu ve demiryolu taşıma sistemlerinde taşıyan sorumlulukları farklı rejimlerle düzenlenmiştir. Bu farklılık aslında taşıma sistemlerinin birbirlerine göre olan niteliksel ayrıcalıklarından ileri gelmektedir.

Taşıyanın taşıma hizmetinden kaynaklanan yüke ilişkin sorumlulukları hasar, geç teslim (teslimde gecikme), ziya(yükte eksiklik) gibi 3 temel konuda toplanır. Denizyolu taşımacılığı dışındaki unimodal taşıma sistemlerinde ve kapıdan-kapıya taşıma rejimlerinde 3 temel konunun hepsi taşıyanın hizmet sorumluluğu kapsamındadır. Denizyolu taşımalarında ise kuralların çoğunda (Lahey 1924, Lahey-Visby 1968) taşıyan sorumluluğu yüke ilişkin olarak hasar ve ziya/eksiklik ile sınırlıdır.

Denizyolu taşımalarında taşıyan için yükü teslimde gecikme edimi 1978 Hamburg Kuralları ile getirilmiştir. Yani, konteynerin deniz taşımacılığında yaygınlaşması ve gemilerde yüksek hıza²⁸ geçilmesiyle yaşattır. Yüksek hızları ve büyüyen tonajları sayesinde gemiler, tarife koşulları ile daha uyumlu sefer çevirebilen, yolculukta kötü deniz koşullarından kaynaklanan seyir gecikmelerine eskiye oranla daha az maruz kalabilen yüzer yapılar haline gelmiştir. Bu yüzdendir ki, taşıtan isteklerinin ağır bastığı Hamburg Kuralları *-Lahey serisi kuralların tersine-* teslimde gecikme halini de taşıyan sorumluluğu içine katmıştır.

Öte yandan, entegre ya da tümleşik taşımaların hepsi *-ister denizyolu taşımanın ayaklarından biri olsun, isterse yüke yolculuk boyunca ve özellikle aktarma noktalarında elleçleme hizmeti verilmemiş bulunsun-* 3 hali de taşıyanın hizmet sorumluluğu kapsamında ele alır.

(28) Yüksek hız denince 25 mil/saat ve üzeri hız anlaşılır.

Taşıma hizmeti sebebiyle taşıyanın sorumluluk/sorumsuzluk halleri konşimento hükümleri içinde sıralanır. Bu hükümlerin dayandığı genel kabul görmüş kurallar bu kapsamda belirtilir.

Kapıdan-kapıya hizmet amaçlı uluslararası taşımalarda yük üniteleri (yükçünler) çoklukla çıkış gümrüğüne mühürlenir; zorunlu haller dışında mühürü fek edilmeden (kopartılmadan) yolculuğunu bitirir ve alıcının gümrüğünde mühür kırılarak yükçünden yük boşaltılır. Bu yüzden yolculuğun hangi ayağında hasar ve/veya zararın meydana geldiği çoklukla da belirlenemez.

Uluslararası taşımalarda kapıdan-kapıya hizmet amaçlı taşımaların rejimlerini (sorumluluk, istisna hükümleri, taşıma hizmetinin tarafları vb.) nitelendiren genel kabul görmüş konşimentolarda taşıyan sorumluluğu hasar ve zararın hangi taşıma ayağında oluştuğunun belli olmasına/belli olmamasına göre ayrıcalık ortaya koyar ve ikili sorumluluk limiti uygulanarak çözümlenir.

Hasar ve zararın taşımanın hangi ayağında oluştuğu belli değilse taşıyan sorumluluğu konşimentolarda 2 SDR/brüt kg. ile sınırlandırılmıştır.

Genel kabul görmüş kurallar denince çokluk uluslararası sözleşmeler kastedilmektedir. Artan ve gelişen uluslararası ilişkilere koşut olarak genel kabul görmüş kuralların yazılı metin haline getirilebilmiş ve de standartlaştırılabilmiş unimodal taşıma sektörleri vardır. Denizyolunda Lahey serisi kurallar bunlar arasındadır ve ilkleridir. Taşıyan sorumluluğunun niteliği ve kapsamı da bu kuralardan şekillenmiştir. Sonradan teknolojik olanakların sürüklediği karayolu, demiryolu ve havayolu sistemleri de ulusal sınırları aşarak kendi genel kabul görmüş kurallarını oluşturmuşlardır.

Ne var ki, unimodal sistemler için genel kabul görmüş olma ve bir örnek uygulama yaratabilme özelliğine sahip kurallar, unimodal sistemler taşıma zinciri oluşturacak biçimde birbirleriyle tümleştirildikçe hukuksal açıdan uygulamada sorun yaratabilmektedir. Bu da esasen kurallardaki farklılıklar yüzünden (sigorta rejimi, sorumluluk limitleri, zamanaşımı süresi, tazminat alanları vb.) ortaya çıkmaktadır.

Bir başka deyişle, fiziksel ve teknik yönden hizmet zinciri oluşturulabilirken hukuk rejimi yönünden aksaklıklar doğmaktadır. Bu bakımdan kapıdan-kapıya taşıma hizmetinde uluslararası ölçekte genel kabul görmüş sorumluluk kuralları oldukça kısıtlıdır. Kurallar, kombine taşımada FIATA, multimodal taşımada ICC ve BIMCO gibi uluslararası örgütlerin biçimlendirdiği şekilde vardır.

İntermodal taşıma konusunda ise henüz genel kabul görmüş kurallar oluşmamıştır.

Kapıdan-kapıya hizmet alanında BM ve organlarında (örneğin UNCTAD'da) multimodal hizmet konusunda "Uluslararası Multimodal Taşıma Konvansiyonu" hazırlanmış ve 24 Mayıs 1980'de kabul ve onay için ülkelerin imzasına açılmıştır. Ancak burada da uygulanacak uygun sigorta rejimi (yani mutlak sorumluluk, taşıma ayağına göre sorumluluk, geliştirilmiş mutlak sorumluluk rejimlerinden hangisinin konvansiyon metninde yer alacağı gibi) ülkeler ve ülke grupları arasında sorun yarattığı için bu konvansiyon günümüz itibarıyla genel kabul görmüş kurallara ailesine katılamamıştır.

Özetle:

- Multimodal taşımalarda çoklukla UNCTAD/ICC Kuralları doğrultusunda "multimodal docs" esas alınarak multimodal taşıma konşimentosu düzenlenerek kullanılmaktadır. BIMCO Multidoc-95, FBL (FIATA Multimodal Transport Bill of Lading) bu konudaki örneklerdir.

- İntermodal taşımalarda kapıdan-kapıya özellikleri yansıtması nedeniyle çoklukla FIATA BL, BIMCO Combiconbill-revised 95 norm konşimentolarından biri yerine göre kullanılmaktadır.

- Kombine taşımalarda BIMCO Combiconbill norm konşimentosu yaygınlıkla kullanılan konşimento türüdür.

Taşıyan sorumluluğu, taşıma hizmetinden kaynaklanan ve yüke yönelik hasar, eksiklik ve teslimde gecikme gibi hususların yol açtığı tazminat sorumluluğudur. Bunun ilk adımını da taşıyana yapılacak yazılı ihbar oluşturur.

Taşıyan sorumluluğunun ihbarı alıcı/gönderilen ya da yükü teslim almaya yetkili gönderilen/alıcı temsilcisi tarafından yazılı olarak yapılır. Yazılı ihbar, genel kabul görmüş kuralların tümünde, ister unimodal taşımalar, isterse kapıdan-kapıya hizmet için olsun, aranan temel koşuldur. Taşıtanın (gönderilenin/alıcının) uyması gereken bir şekil şartıdır. Bir anlamda da hasar, ziya ya da teslimde gecikme hallerinden birinin varlığı taşıyana yapılacak yazılı ihbarla anlaşılacaktır. Yazılı ihbarın yokluğu halinde genel kabul görmüş uygulamalar açısından şekil şartı yerine gelmemiş olacak, ortaya usul eksikliği çıkacaktır. Buysa taşıyanın elini güçlendirecek, yük tarafı açısından da zafiyet ortaya koyacak bir durumdur.

Taşıyan sorumluluğunu içleyen uluslararası kuralların tümünde (bu arada TTK 1066/1) hasar, ziya/eksiklik (bazı kurallarda da yükün tesliminde gecikme) tespiti ön koşul olarak taşıyana yapılacak yazılı ihbar şartına bağlanmıştır. Nitekim genel kabul görmüş kurallarda ve TTK'da yazılı ihbar koşulu şöyle gösterilmiştir:

Tablo 2: Uluslararası Kurallarda Yazılı İhbar Koşulları

Uluslararası Kural	Taşıma Sistemi	Madde/Kural
Lahey 1924	Denizyolu	Kural 3 (6)
Lahey-Visby 1968	Denizyolu	Kural 3 (6)
Hamburg	Denizyolu	Kural 19 (1)
TTK	Denizyolu	1066/1 ²⁹
CIM (COTIF)	Demiryolu	53
CMR	Karayolu	30/1 ^a 30/2 ^b
Varşova/Montreal	Havayolu	12/1
Budapeşte	Nehiryolu	23/3 ^a 23/4 ^b
UNCTAD/ICC 481	Multimodal	9/1 ^a 9/2 ^b
Cenevre 1980	Multimodal	24/1 ^{a b} 24/5 ^{c 30}
FIATA Model Kuralları	Kombine	9/1 ^a 9/1 ^b
Combiconbill 1995	Kombine	13/1 ^a 13/2 ^b

a (görünür hasar/ziya)

b (gizli hasar/ziya)

c (teslimde gecikme)

Yazılı ihbar genel kabul görmüş kurallara yansımış hükümlere nazaran telgraf, teleks, telefaks veya elektronik herhangi bir kayıt yoluyla yapılan bildirimdir. Yazılı ihbar şartı genel kabul görmüş konşimentolara şöyle yansımıştır:

(29) Madde 1066 - Malların uğramış olduğu zıya veya hasarın, en geç navlun mukavelesi gereğince bunları teslim almaya yetkili olan kimseye teslimi sırasında taşıyana veya boşaltma limanındaki temsilcisine yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Zıya veya hasar haricen belli değilse, ihbarnamenin mezkûr tarihten itibaren üç gün içinde gönderilmesi kâfidir. İhbarnamede zıya veya hasarın umumi olarak gösterilmesi lazımdır. (Lahey Kuralları 3(6)(i))

(30) Teslimde gecikme yükün teslimini izleyen 60 gün içinde yazılı ihbar yapılmışsa söz konusudur.

Tablo 3: Kapıdan-kapıya Taşıma Konşimentolarında Yazılı İhbar Şartı

Genel Kabul Görmüş Taşıma Senedi	Taşıma Sistemi	Madde/Kural
FIATA Model Kuralları	Kombine/Intermodal	Kloz 9.1; Kloz 9.2
BIMCO Combiconbill	Kombine/Intermodal	Kloz 13.1; 13.2
FIATA Multimodal B/L	Multimodal	Kloz 16

Yazılı ihbarın ne zaman yapılacağı ise hasar ve zararın konusuna göre değişmektedir. Görünür hasar/ziya durumunda çoklukla engeç teslimde ya da teslimi izleyen işgünü içinde, gizli hasar/ziya durumunda da taşıma hizmetinin türüne bağlı olarak teslimi izleyen 3-14 gün içinde, teslimde gecikme ihbarı da 21-60 gün içinde yapılmak durumundadır. (Ayrıntı için bkz Tablo.1)

Öte yandan, yazılı ihbar yükümlülüğünün gönderilen/alıcı tarafından zamanında yerine getirilmemiş olması taşıyan lehine karine oluşturmaktadır. Bu bağlamda 1924 Lahey Kurallarının ilgili hükmü doğrultusunda düzenlenmiş TTK 1066/2 aynen,³¹ *"Malların ziya veya hasarı ne ihbar edilmiş ve ne de tespit ettirilmiş olursa, taşıyanın malları konşimentoda yazılı olan halde teslim ettiği ve şayet mallarda bir ziya veya hasar sabit olursa, bu zararın taşıyanın mesul olmayacağı bir sebepten ileri geldiği kabul olunur"* demektedir.

Hasar tespiti tarafların katılımıyla yapılan bir durum tespit prosedürüdür. Kural koyucu tarafların mutlak katılımını hasarın niteliği ve kapsamı açısından gerekli görmüştür. Öyle de olması gerekir. Tespitin şekil şartı *-bir anlamda da olmazsa olmaz-* taşıyan ve gönderilenin prosedür sırasında ve boyunca huzurda olmalarıdır. Taşıyanın ya da yetkili ilgisinin (kaptan, geminin acentesi, forvarder vb.) tespitinde hazır bulundurulmaması TTK 1066/3 ile öngörülen gönderilen/alıcı yararına oluşacak karineyi boşlukta bırakır. TTK 1066/2 ile getirilmiş taşıyan yararına karineyi ise güçlendirir. Zira Türkiye'nin taraf olması sonrasında TTK kapsamına alınmış Lahey Kurallarının 3(6) hükmü, gönderilen/alıcı için avantaj olan *"yazılı ihbarda bulunmama"* imkânını sadece her iki tarafın iştirakiyle yapılacak ortak sörvey (joint sorvey) veya denet (inspection) prosedürüne tanımıştır.³² Dolayısıyla *"ortak yapılmış durum tespiti"* dışında gönderilen/alıcı, her hal ve karda taşıyana/temsilcisine yazılı ihbarda bulunmak durumunda olacağına göre, taşıyan yararına olan karinenin (TTK 1066/2; Lahey 1924 K.3(6)(iii)) oluşturulmasındaki temel gerekçe, kanımızca, *"yazılı ihbar"* ya da *"ortak durum tespiti"* mekanizmalarından birini işler kılmaktır.

(31) Kural 3(6)(i)

(32) Lahey Kurallarının orijinalinde yer alan. *"The notice in writing need not be given if the state of the goods has, at the time of their receipt, been the subject of joint survey or inspection."* (Kural 3(6)(iii))

Öte yandan:

- Hasar/ziya ihbarının süresi içinde yapılmamış olması,
- Taşıyana hasar ihbarını gönderen/alıcı adına yapan kişinin temsil niteliği,

- Hasar tespitinin taşıyan adına temsil kabiliyeti bulunan kişinin katılmamış olmasıyla yapılmış bulunması,

vb. nedenler TTK 1066/2 ile öngörölmüş taşıyan yararına karineyi daha da güçlendirir.

Her ne kadar Yasa Koyucu Türkiye’de ortak durum tespitini hakem sıfatıyla mahkemeye bırakmışsa da Türkiye dışındaki uygulama çoklukla tarafların katılımıyla ve ortaklaşa belirlenmiş bir sorveyor marifetiyle işlemi sonlandırmaktır. TTK 1065 kapsamında yer alan “Mümkün oldukça diğer taraf da hazır bulundurulur” hükmü, bu bağlamda 1924 Lahey Hükümü’yle uyum göstermemektedir. Bu olgu aynı şekilde öngörölmüş yasal süre içinde yapılmamış durum tespiti prosedürü için de geçerli olmak durumundadır.

Özetle, taşıyanın katılmadığı hasar tespiti tek yanlı olmakla taşıyan lehine olan karineyi güçlendirecek bir sonuç ortaya koyacaktır, kanısındayız.

Tablo 4: Kapıdan-kapıya Taşımalarda Taşıyan Sorumluluğu

Konşimento	Taşıma Hizmeti	Sorumluluk Süreci	Sorumluluk Sahası	Sorumluluk Sınırı	İhbar Süresi	Zamanaşımı
FIATA BL	Multimodal	Yükün teslim alınmasıyla teslim edilmesi arasındaki kapıdan-kapıya taşıma süresi	Hasar, ziya ve teslimde gecikme	Hasar /ziya: 666.67 SDR/ yük birimi a veya ambalaj başına veya 2 SDR/kg (hangisi daha yüksekse) ^b (taşıma hizmeti içinde denizyolu ya da nehiryolu yoksa 8.33 SDR/brüt kg) ^c Teslimde gecikme: Geciktirilen yükün navlun bedelinin en çok 2.0 katı ^d	Görünen ziya/ hasar: en geç yükün teslimini izleyen işgünü. Gizli ziya/hasar: Teslimi izleyen 6 takvim günü içinde. Teslimde gecikme: Kararlaştırılmış taşıma / teslim süresinin aşılması. Bunu izleyen 90 gün içinde yük kaybolmuş sayılır. ^e	Teslim tarihini veya teslim edilmesi gereken tarihi izleyen 9 ay.
Combiconbill	Kombine	Yükün teslim alınmasıyla teslim edilmesi arasındaki kapıdan-kapıya taşıma süresi	Hasar, ziya ve teslimde gecikme	Hasar/ziya: 2 SDR/brüt kg Teslimde gecikme: Geciktirilen yükün en çok navlun bedeli ya da değeri kadar (hangisi daha düşükse)	Görünen ziya/hasar: en geç yükün teslimi sırasında. Gizli ziya/hasar: Teslimi izleyen 3 gün içinde.	
Combined Transport BL	Kombine	Yükün teslim alınmasıyla teslim edilmesi arasındaki kapıdan-kapıya taşıma süresi	Hasar, ziya ve teslimde gecikme	Hasar/ziya: (hangi kesitte oluştuğu belli değilse): 2 SDR/brüt kg (hangi kesitte oluştuğu belli ise): Deniz ayağında 100 Sterlin/ yük birimi veya ambalaj başına ^f veya 500 usd/ ambalaj ya da mutad yük birimi başına (USA) 2 SDR/ brüt kg (diğer durumlarda) Teslimde gecikme: Geciktirilen yükün en çok navlun bedeli kadar	Görünen ziya/ hasar: teslimden önce ya da en geç yükün teslimi sırasında. Gizli ziya/ hasar: Teslimi izleyen 3 gün içinde. Teslimde gecikme: Kararlaştırılmış taşıma / teslim süresinin aşılması.	Teslim tarihini veya teslim edilmesi gereken tarihi izleyen 9 ay.

Konşimento	Taşıma Hizmeti	Sorumluluk Süreci	Sorumluluk Sahası	Sorumluluk Sınırı	İhbar Süresi	Zamanaşımı
UNCTAD/ICC Kuralları	Kombine taşıma	Yükün teslim alınmasıyla teslim edilmesi arasındaki kapıdan-kapıya taşıma süresi	Hasar, ziya ve teslimde gecikme	Forvarderin (sevkiyatçının) konşimento koşulları (FIATA TB/L, ICC TB/L vb)	Ülkelere göre değişken	Değişken
Multimodal 1980	Multimodal taşıma	Yükün teslim alınmasıyla teslim edilmesi arasındaki kapıdan-kapıya taşıma süresi	Hasar, ziya ve teslimde gecikme	Hasar/ziya: 920 hesap birimi iii yükçün başına veya 2.75 hesap birimi/brüt kg. (Taşıma ayaklarında denizyolu/nehir yolu yoksa 8.33 hesap birimi/brüt kg) Teslimde gecikme: Geciken yükün navlun bedelinin 2.5 katı	Görünen ziya / hasar: en geç yükün teslimini izleyen işgünü. Gizli ziya/hasar: teslimi izleyen 6 takvim günü içinde. Teslimde gecikme: Yükün teslimini izleyen 60 gün içinde yazılı ihbar yapılmış olursa.	2 yıl.ihbar yapılmamış ise 6 ay.

a- Yük birimi denince konteyner, palet veya benzeri taşıma kapları anlaşılacaktır (Kloz:8/4)

b- Kloz 8.3

c- Kloz 8.5

d- Kloz 8.7

e- Kloz 6.4

f- Lahey 1924 Kuralları (m.1-8)

i- 1 SDR= 1.60079 USD, 1.06 Euro; 1USD= 0.624691 SDR, 1 Euro= 0.94 SDR (27.02.2008)

(Kaynak: IMF, SDR Valuation).

ii- Teslimde gecikme, yükün alıcısına teslimde geciktirilmesi yüzünden uğranılan ekonomik zarar anlamındadır.

iii- Hesap birimi denince, IMF'nin tanımlanmış olduğu SDR (özel çekme hakkı) anlaşılacaktır. (Konvansiyon: m.31)

Başvuru Kaynakları:

Allen E. Branch (1998): Maritime Economics-Management and Marketing (3rd Ed), Stanley Thornes (Publishers) Ltd, Cheltenham U.K, 88-90.

Brian Slack (2001): Intermodal Transportation, Ch.9, Handbook of Logistics and Supply Chain Management (eds Ann M. Brewer, Kenneth J. Button, David A. Hensher), Handbooks in Transport Vol.2,Pergamon Press, ISBN 978 0 08 043593 0, NY, 142.

Commission of the European Communities (CEC) (1999): COM(1999) 277 Final, Decision No. 1692/96/EC as Regards Seaports, Inland Ports and Intermodal Terminals, Parliament and Council Division, Art.1(3), Brussels, June 17, 1-2.

Don Benson and Geoffrey Whitehead (1975): Transport and Distribution, Made Simple Books, W.H.Allen, ISBN 0 491 01684 0, London, 35.

European Commission Transport (2009): What do we want to achieve?, Transport infrastructure,1.

ESPO (2006): Recommendations for the consultation process on European seaport policy,

Adopted by the General Assembly of ESPO in Stockholm on 1 June 2006, 1-2.

European Commission (1998): Green Paper on Seaports and Maritime Infrastructure, Common Transport Policy, Luxembourg, ISBN 92-828-5190-7, 33 s.

EU (1999): Communication on the Development of Short Sea Shipping in Europe, COM(1999) 317,2.

Gerhardt Muller (1985): Intermodal Freight Transportation (2nd Ed), ENO Transportation Foundation, Washington DC, 1.

Gerhardt Muller (1999): Intermodal Freight Transportation (4th Ed), Intermodal Association of North America, Greenbelt, MD/ENO Transportation Foundation, Washington DC, 1.

Jean-Paul Rodrigue, Brian Slack and Claudia Comtois C (2006): Intermodal Transportation, Transport Geography on the Web, Hofstra University, Department of Economics & Geography, <http://people.hofstra.edu/geotrans>.

John J. Coyle, Edward J. Bardi, Robert A. Novack (2006): Transportation(6th ed),Thomson South-Western, ISBN 0-324-20214-8, USA.

M.G Graham and D.O Hughes (1985): Containerisation in the Eighties, LLP, London, ISBN 1-85044-068-9, 22-23.

Necmettin Akten (2009): Sevkiyatçı ve Sevkiyat Acentesi, İstanbul Barosu Dergisi 83(3), İstanbul, Temmuz 2009, ISSN 1304-737X, 1285 -1305.

Necmettin Akten (1995): Taşımacılık Kılavuzu, İstanbul Ticaret Odası yayını, 1995-27, Can Matbaa, İstanbul, 174s.

Patrick M.Alderton (1995): Sea Transport Operation and Economics, Thomas Reed Publications, London, ISBN 0 901281 63 8, London, 1.

Peter Brodie (2003): Dictionary of Shipping Terms, Lloyd's of London Press, London, ISBN-1-84311-270-1, 37-38, 241.

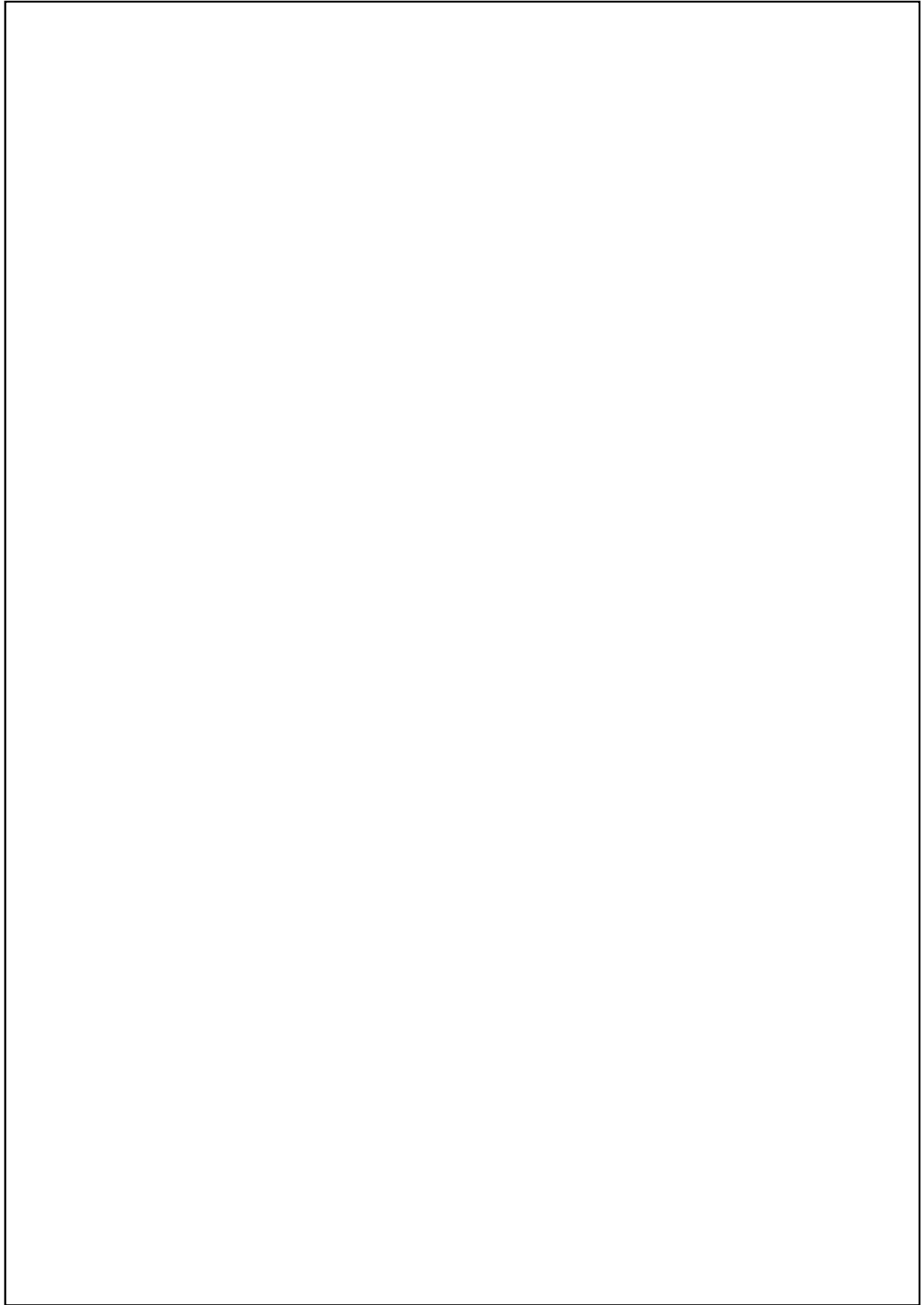
Richard Gray and Gilsoo Kim (2001): Logistics and International Shipping, Institute of International Maritime Affairs, Korea Maritime University, ISBN 89-89409-01-2-93320, 92,139,184-185.

UNCTAD (1975): Technical and Financial Aspects of Modern Transport Technologies Used in Multimodal Transport Operations, TD/B/AC.15/15, 8.

UNCTAD (2001): Implementation of multimodal transport rules, UNCTAD/SDTE/TLB/2, Geneva.

Yehuda Hayuth (1987): Intermodality: Concept and practice, LLP, Colchester, UK.

ICC (1975): Uniform Rules for a Combined Transport Document (1975 Revision), ICC Publication No.298, Paris.



BORÇLAR KANUNU'NUN 325. MADDESİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR*

I. Genel olarak

Borçlar Kanunu'nun "İş sahibinin temerrüdü" başlığını taşıyan 325. maddesi, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshi durumunda en geniş biçimde uygulanmaktadır. Gerçekten, BK m.325 hükmüne atıf yapılan yargı kararlarının büyük bir çoğunluğu belirli süreli sözleşmelerin işverence süresinden önce feshine ilişkindir.

Belirli süreli sözleşmelerin sürenin bitiminden önce işveren tarafından feshi konusu bugüne kadar kapsamlı bilimsel araştırmaların konusunu oluşturmuş ve konu ile ilgili teorik altyapı bu araştırmalarda yeterince açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinin uygulama bakımından sorunları beraberinde getirdiğini görüyoruz. Özellikle yerel mahkemeler, bu hükmü uygularken tereddütlerle karşılaşmakta, çok sayıda karar, Yargıtay tarafından benzer sebeplerle bozulmaktadır. Bu incelememizde, Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarını bütünlük içinde ele alarak, belirli süreli sözleşmelerin haksız feshi ekseninde BK m.325 hükmünün uygulamasını aktarmaya çalışacağız.

II. BK m.325 Hükmüne Göre Talep Edilebilecek Tazminatın (Ücretin) Kapsamı

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi, birinci fıkrasında "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir" hükmünü içermektedir. Burada sözü geçen "mukaveledeki ücret" ifadesinin yorumu uygulama bakımından önem taşımaktadır. Gerçekten, sözleşmedeki ücretten ne anlamak gerekecektir? İşçinin aldığı mı, yoksa (emsal işçi ücretlerindeki artışa göre) alması gereken ücret mi esas alınacaktır? Ücretten anlaşılması gereken dar anlamda çıplak ücret midir, yoksa geniş anlamda ücret ekleri de bu kapsama girmekte midir? Bu anlamda, ikramiyeler, primler, yemek ve yol gibi sosyal yardımlar dikkate alınabilecek midir?

Bütün bu sorulara yanıt vermek kolay değildir ve doktrinde de konu üzerinde yeterince durulmamıştır. Öncelikle, mukaveledeki ücretten, işçinin fiilen aldığı değil, çalışmadığı dönemde alması gereken ücretin anlaşılması isabetli olur. Buna göre, işçinin ücretine zam yapılması

(* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

gerekiyor ise, bu zammın da hesaplama dikkate alınması gerekecektir. Ancak bu noktada, uygulama bakımından ispat sorunları ile karşılaşılacaktır. İşçinin ücretine yapılacak artışlar bir toplu iş sözleşmesine dayanıyorsa, ya da sözleşmede ilerideki dönemler için bir artış öngörülmüş ise sorun kolayca çözülebilir. Buna karşılık, böyle bir dayanak yoksa, işçinin ücretine zam yapılmasının gerekip gerekmediği, ancak işyerindeki emsal işçilere yapılan uygulamaların açıklığa kavuşturulması ile mümkün olacaktır. Buna göre, işyerinde işçilere seyyanen belirli bir oranda zam yapıldığı anlaşılıyor ise, bu zammın sözleşmesi feshedilen işçiye de uygulanması gerekeceği söylenebilecektir. Buna karşılık zam yapılmış olmakla birlikte, değişken bir nitelik arz ediyorsa, işverenin işçilerin sübjektif özelliklerine göre bu artışı gerçekleştirdiği söylenebilecek ve bu durumda da işçinin talep hakkının kabul edilmesi güçleşecektir.

İkinci olarak, mukaveledeki ücret kapsamında sorgulanması gereken burada hangi kalemlerinin dikkate alınacağı olacaktır. Her şeyden önce çıplak ücretin bu kapsamda olduğuna tereddüt etmemek gerekir. Buna karşılık ikramiye, prim ve diğer ve sosyal yardımların dikkate alınıp alınmayacağı tartışılabilir. Kanımızca, buradaki ücreti, çıplak ücret ile sınırlı olarak değerlendirmemek gerekir. Ancak Yargıtay ikramiyeler ile ilgili olarak verdiği kararlarda aksi düşüncüyü benimsemiş gözükmektedir. Gerçekten, Yargıtay 2001 yılında verdiği kararda *“..Mahkemece ayrıca boşta kalınan süreler için ikramiyeye hükmedilmesi de doğru değildir. Zira ikramiye fiilen çalışılan günlere ve kistelyevm dikkate alınarak ödenir”*¹ anlatımına yer vererek ikramiyeleri dahil etmemiştir. Yüksek Mahkeme bu görüşünü 2005 yılındaki bir kararında da sürdürmüştür: *“...Davacı dava dilekçesinde bakiye süreye ilişkin ikramiye alacağı talebinde bulunmuştur. Çalıştığı süreyle ilgili ikramiye talebi yoktur. Çalışılmayan dönem için ikramiye istenemez. Çalışılan süreye karşılık ikramiye ödendiğinden ikramiye isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır”*,²⁻³

Kanımızca, Yargıtayın anılan kararları isabetli değildir. Gerçekten ikramiye, primden farklı olarak işçinin özel bir çabasının ödüllendirildiği bir ödeme değil, dönemsel olarak yapılan bir ücret ekidir. Dolayısıyla,

(1) Y. 9. HD, 13.6.2001, 7774/10037, E. Akyiğit, İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, İstanbul 2003, 140-141.

(2) Y. 9. HD 24.11.2005, 9819/37165; benzer şekilde *“...18.9.2001 tarihli davalıya ait işyerinde üç yıllık belirli süreli hizmet akdi ile çalışmaya başlayan davacının hizmet akdinin 23.8.2002 tarihinde davalı tarafından sona erdirildiği davacının bakiye süre ücretini talep ettiği mahkemece %30 indirim yapılarak bakiye sürenin ücreti hüküm altına alındığı anlaşılmıştır... ..ikramiyenin çalışılmayan süre içinde hüküm altına alınması da hatalıdır”* (Y. 9. HD 05.04.2004, E. 2003/18738, K. 2004/6913).

(3) Buna karşılık Yargıtay 2003 yılında verdiği bir kararda açık olmamakla birlikte ikramiyelerin de talep edilebileceğini kabul etmiş görünmektedir: *“...Taraflar arasındaki akit belirli süreli hizmet akdi vasfını kaybetmeden haklı neden bulunmadığı halde işveren tarafından feshedildiği anlaşıldığından Borçlar Kanunu 325. madde gereğince davacı bakiye hizmet süresi ile ilgili ücret ve ikramiye alacaklarını talep edebilir”* (Y.9. HD 30.01.2003, E. 2002/12236, K. 2003/970).

ikramiyelerin BK m.325 hükmüne göre yapılacak hesaplamada dikkate alınması gerektiği kanısındayız.

Primlerin ise bu kapsamda dikkate alınması söz konusu olmamalıdır. Zira prim, işçinin özel bir çabasının başarısının karşılığı olarak ödenen bir ek ücret olup, işçinin çalışmadığı dönemde böyle bir çaba ya da başarısından söz etmek olası değildir. Aynı şekilde yemek ve yol yardımlarının da hesaba dahil edilmemesi gerekir. Bu yardımlar da işçinin fiilen çalışmasına bağlı olarak yapılan yardımlardır. Nasıl hafta tatilinde veya yıllık izinde bu yardımların ödenmesi gerekmezse, çalışılmayan dönemde de bu yardımların ödenmesi söz konusu olmamalıdır.

III. BK m.325 Hükmüne Göre Talep Edilebilecek Tazminatın (Ücretin) Niteliği

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde ücretten söz edilmekte ise de, maddenin indirimi öngören 2. fıkrasından anlaşılacağı üzere bu teknik anlamda bir tazminattır. Gerçekten, işçinin bakiye süre içinde başka bir işte sebebiyle elde ettiği gelirleri belirli süreli sözleşmenin kalan süresinde elde edeceği tutardan daha fazla ise, bakiye süre ücretine hak kazanamayacaktır. Bu açıklamalara göre bakiye süre ücretinin tazmin yönü ağır basmaktadır. Yargıtayca da kabul edildiği üzere, bakiye süre ücreti için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen özel faizin uygulanması söz konusu olmaz. Zira, eylemli çalışmanın karşılığı değildir. Sosyal Sigortalar Kurumuna bakiye süre ücreti içinden bakiye süreye dair prim ödemesi de gerekmez.⁴

IV. Mahsuba Konu Olan Değerler

1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinin ikinci fıkrasına göre işçi, "iş yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur". Özellikle bu fıkranın uygulamada çok sayıda yargı kararına konu olduğu görülmektedir. Hemen hemen bütün bu kararlardaki ortak bozma gerekçesinin, yerel mahkemelerin bu konuda yeterli araştırma yaparak maddede sözü geçen değerleri tespit etmemiş olması noktası olduğu dikkat çekmektedir. Gerçekten, Yargıtay maddede sözü geçen değerlerin araştırılmasını istemekte ve mahkemenin bu konuda bir araştırmaya gitmeksizin⁵ belirli bir yüzde üzerinden⁶ veya genel olarak takdiri bir

(4) Y. 9. HD 13.11.2008, E. 2007/30828, K.2008/30812, www.legalbank.net

(5) "...Borçlar Kanununun 325. maddesinde belirli süreli hizmet akdi ile çalışan işçinin işine son verilmesi halinde, geri kalan süre için işçinin istekte bulunabileceği öngörülmüştür. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu süreye ilişkin ücret hesabı yapılmıştır. Ancak mahkemece BK. 325. maddesi uyarınca bir

indirime gitmiş olmasını bozma sebebi saymaktadır.⁷ Örneğin 10.07.2007 tarihli kararda vurgulandığı üzere, “...Bakiye süre ücretinden indirimle öngören Borçlar Kanunu'nun 325/son maddesinde, işçinin işi yapmamasından kaynaklanan tasarruf ettiği miktar ile diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeylerin mahsup edileceği kuralı mevcuttur. Somut olayda davacının yaklaşık 7 aylık bakiye süre içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği, kasten feragat ettiği gelirlerinin olup olmadığı araştırılmalı ve davacının bu işi yapmaması sebebiyle sarf etmemiş olduğu giderleri belirlenmeli, buna göre indirim hususu düşünülmelidir. Bu yönde gerekli araştırmaya gidilmeden belli bir yüzde indirim yapılması da kabul şekli itibarıyla hatalı olmuştur”.⁸

Yüksek Mahkeme'nin kararları bütünlük içinde incelendiğinde, indirime ilişkin düzenlemenin re'sen uygulanması gerektiği kabul edilmekte⁹ ve mahkemeden her halde bu konuda araştırma yapması beklenmektedir.¹⁰⁻¹¹ Ancak temel sorun işte burada karşımıza çıkmaktadır.

değerlendirme yapılmamıştır. Anılan yasa maddesi uyarınca davacının işi yapmamasından dolayı tasarruf ettiği veya bu süre içinde çalıştığı ve başka işte kazandığı veya kasten feragat eylediği şeylerin mahsubu yapıldıktan sonra kalan miktara hükmetmek gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Y.9HD, 21.3.2005, E.2004/18778, K.2005/9345).

(6) “...Davacının belirli süreli hizmet akdinin süre sona ermeden 9 ay 25 gün kala davalı işveren tarafından feshedildiği halde çalışmamaktan dolayı tasarruf ettiği miktar ile başka bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat ettiği miktar konusunda bir araştırmaya gidilmeden Borçlar Kanununun 325. maddesi uyarınca yapılan indirimin %80 oranında belirlenmesi isabetli değildir” (Y.9HD, 28.3.2005E, 2004/21959 K. 2005/10347).

(7) “...Mahkemece, davacının bakiye süre ücretinden Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine uygun olarak bu yönde gerekli indirimler yapılmaksızın %85 oranında taksiri indirime gidilerek karar verilmesi hatalı olmuştur” (Y.9HD, 19.9.2006E, 2006/17963 K. 2006/24128).

(8) Y. 9. HD, 10.7.2007, 17466/23044.

(9) “...Dava belirli süreli iş sözleşmesinin feshine ilişkindir. Mahkemece tüm süre üzerinden ücrete karar vermiştir. Borçlar Kanununun 325. maddesine göre, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın sözleşmedeki ücreti isteyebilir. Ancak işçi işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyin mahsubu gerekir. Mahkemece sözkonusu araştırma yeterli yapılmamıştır. Sadece davalı işverene ait kolejden gelen yazıya göre hüküm kurulmuştur. Eksik araştırma sonucu verilen karar bu yönü ile bozmayı gerektirmiştir” (Y.9HD, 23.9.2004E, 2004/5852 K. 2004/19909).

(10) “...Taraflar arasında (2) yıllık bir sözleşme yapılmıştır. Takriben 6 ay çalıştıktan sonra hizmet akdi davacı tarafından haklı nedenle feshedilmiştir. Bu durumda davacı, bakiye süre için ücret talep etmekte haklıdır. Ne var ki, Borçlar Kanununun 325. maddesine göre, davacı iş yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur. Bu madde çerçevesinde bir araştırma ve inceleme yapılmadan takriben bakiye 1,5 yıllık ücretin tamamına karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır” (Y. 9. HD, 12.12.1988, 9596/11849).

(11) “...Mahkeme, indirim konusunda gerekli araştırmayı yapacak olmakla birlikte, indirim hükmünden yararlanacak olan işverenin bu konuda ispat faaliyetine katılarak kendi lehinde delil oluşturabilecek hususları Mahkemeye surnması gerekecektir. Aksi halde Mahkeme mevcut delil durumuna göre cüzi bir indirimle yetinebilecektir. Gerçekten 19.6.1997 tarihli kararda da vurgulandığı üzere; “...Davacı, davalı şirket ile aralarında bağitlanan 14/05/1993-14/11/1993 tarihleri arasında kapsayan süreli hizmet akdinin işveren ve tek taraflı ve haksız olarak 27/08/1993 tarihinde sona erdirildiğini bu nedenle kalan süreye ilişkin ücretini

Mahkeme neyi, ne şekilde araştırarak ve nasıl karar verecektir? Bu sorunun yanıtını bulmak için maddede sözü geçen değerlerin tek tek incelememiz uygun olacaktır.

2. İşçinin İşi Yapmamaktan Dolayı Tasarruf Ettiği Değerler

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre, her şeyden önce işçinin işi yapmamaktan dolayı tasarruf ettiği değerlerin mahsup edilmesi gerekecektir. Öğretide de belirtildiği üzere, burada işçinin işi yapmamaktan dolayı tasarruf ettiği değerler, işçinin normal olarak iş görülse idi iş ve işin ifası nedeniyle yapacağı masraflardır.¹² Buna göre işçinin işe gidiş ve geliş masrafları,¹³ işveren tarafından sağlanmadığı sürece iş kıyafeti işçinin tasarruf ettiği değerlerdir.¹⁴ Ancak bu değerlerin mahkeme tarafından tam bir kesinlik içinde tespitinin mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Nitekim Yargıtay'ın 19.06.2007 tarihli kararında, "davacının davalı işverene ait işyerinde çalışmamış olması sebebiyle yapmak zorunda olmadığı harcamalar için %75 gibi yüksek bir oranda indirimine gidilmesi doğru olmaz. Araç tahsis edilen ve yakıt gideri işverence karşılanan yemek verilen bir işyerinde işçinin gelirinin %75'ini işyerinde çalışma sebebiyle gider olarak harcaması düşünülemez. Bu nedenle somut olayın özelliklerine göre, davacının işyerinde çalışmamış olmasından kaynaklanan harcamaları toplamı %5'i geçmemek üzere bir oranda indirimine gidilmesi yerinde olur"¹⁵ sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere Yargıtay işyerinde yemek ve servis verilmesi olgularının altını çizmekte ve bu durumda işçinin işi yapmamaktan dolayı tasarruf edeceği değerlerin %5 gibi bir oranı geçmemesi gerektiğini kabul etmektedir. Yerel Mahkemenin %75 gibi gerçekten çok yüksek bir oranı nasıl bulduğu anlaşılamadığı gibi, Yargıtay'ın %5 oranına nasıl ulaştığını da tespit etmek olası değildir. Buna karşılık, Yargıtay'ın yaklaşımının Yerel

talep etmiştir. Mahkemece kalan süreye ilişkin ücretin B.K. madde 325'e göre % 50 indirilerek hükümlenmiştir. Bilindiği üzere B.K. madde 325'e göre "iş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadarki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur". Somut olayda davacının boşta kaldığı sürede çalıştığına dair bir belge olmadığı gibi bu konuda bir iddia da yoktur. O halde kalan kısa süre ile ilgili yaptığı tasarruflarla ilgili olarak cüzi bir miktarda indirim yapmakla yetinilmesi gerektiği halde fahiş şekilde indirim yoluna gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Y. 9. HD, 19.6.1997, E. 1997/8502 K. 1997/12296).

(12) G. Alpagut, Belirli süreli İş sözleşmesi, Ankara 1998, 186-187.

(13) Yargıtaya göre; "...Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde bakiye süre ücretinden mahsup edilecekler içinde sadece başka bir işten sağlanan kazanç sayılmamış olup, bunun dışında işçinin tasarruf ettiği şeyler ile kasten feragat ettiği kazançlarında mahsup edileceği belirtilmiştir. Bakiye süre ücreti tutarında belirlenen tazminattan, davacının tasarruf ettiği, örneğin yol gideri gibi kazanç ile kasten feragat ettiği kazançta mahsubu gerekeceğinden bu kazançlara yönelikte araştırma ve inceleme yapılması gerekir. Mahkemece davacının kalan sürede çalışmadığı kabul edilerek eksik inceleme sonucu bakiye süre ücretinin tamamının hüküm altına alınması hatalıdır" Y. 9. HD, 22.1.2001 894/612.

(14) Alpagut, 186-187.

(15) Y. 9. HD, 19.6.2007, 11049/19514, Çalışma ve Toplum, sayı 16, 293-294.

Mahkemeye göre çok daha tutarlı olduğu çok açıktır. Gerçekten, işçinin tasarruf ettiği değerlerin kesin olarak belirlenmesi son derece güçtür. Sonuçta yapılacak indirim büyük ölçüde “*takdiri*” olacaktır. Ancak bu indirim yapılırken mahkemenin ölçülü davranması, temel mantık normlarının dışına çıkmaması gerekecektir.

3. Diğer Bir İş İle Kazanılan Değerler

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinin ikinci fıkrasına göre, işçinin diğer bir iş ile kazanılan değerlerin mahsup edilmesi gerekecektir. Görüldüğü gibi, madde, işçinin boşta kaldığı süre içinde başka bir işte çalışması durumunu düzenlemektedir. Teorik olarak bakıldığında, işçinin ister bağımlı, ister bağımsız bir çalışması olsun, elde ettiği kazançların indirimine konu olması gerektiği söylenebilecektir.¹⁶ Ancak, uygulama bakımından söz konusu kazançların mahkemece nasıl belirleneceğini belirlemek yine kolay görünmemektedir.

İşçinin kayıtları düzgün tutan ve yasal şekilde çalışan bir işyerinde çalışmaya başlaması durumunda, sorunun çözümü daha kolay olacaktır. Özellikle SSK kayıtları ve SSK hizmet cetvelinde görülen prime esas kazançlar Mahkemeye işçinin elde ettiği gelir hakkında başlıca ipuçlarını sağlayacaktır. Bu noktada Yüksek Mahkeme'nin, işçinin boşta geçen sürede yanında çalıştığı işverenden de bilgi isteyebileceğini kabul ettiği görülmektedir. Gerçekten, Yargıtay'a göre; “*Davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra kalan süre içinde İletişim Fakültesi'nde ders verdiği tartışmasızdır. Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre yapılacak olan indirimde esas olmak üzere davacının, sözleşmenin kalan süresi içinde elde ettiği gelirlerin belirlenmesi için ilgili üniversiteye yazı yazılmış ve gelen cevapta sadece ek dersi ücretleri bildirilmiştir. Mahkemece, davacının bu işten elde ettiği gelirlerin belirlenmediği gerekçesiyle davaya konu bakiye süre ücretlerinden taktiri indirimde gidilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacının üniversitede çalışması karşılığında elde ettiği gelirlerin belirlenmemesi düşünülemez. Mahkemece gelirleri sorulduğu halde ilgili üniversite cevap yazısında sadece ek ders ücretleri bildirilmiştir. İlgili üniversiteden konu tekrar sorularak, bakiye süre içinde davacı işçiye yapılan ödemelerin toplamının bildirilmesi istenmelidir*”.¹⁷

Ancak, işçinin kayıtları sağlıklı tutmayan bir işyerine girmesi, kaçak çalışması veya ücretinin gerçek olmayan bir şekilde kayıtlara düşük olarak yansıtılması da söz konusu olabilecektir. Kayıt dışı çalışma durumunda, çalışmanın ispatı sorunuyla karşılaşılacaktır. İşçinin ücretinin kayıtlara düşük yansıtılması varsayımında ise, Mahkemenin mutlak şekilde işçinin kayıtlardaki ücretle bağlı sayılması gerektiği kanısında değiliz. Özellikle

(16) Alpagut, 187.

(17) Y. 9. HD, 13.9.2005, 4816/29668.

kalifiye, eğitilmiş, yüksek ücretle çalışan bir işçi söz konusu ise ve boşta geçen sürede girdiği işte de asgari ücretle çalışıyor gözüküyorsa, Mahkemenin somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, örneğin işçinin yaptığı işi gözeterek ve yine "işçinin kazanmaktan kasden kaçındığı" değerler hükmüne de dayanarak indirim oranını elde edilen kazançların üzerinde tutabileceğini düşünürüz.

Öğretide de belirtildiği üzere, işçinin haksız fesihden sonra bağımsız olarak çalışması da mümkündür. Bu durumda da işçinin elde edeceği gelir indirime tabi tutulacaktır.¹⁸ İşçinin, sözleşmenin sona ermesinden sonra, boşta kaldığı dönem içinde yaşlılık aylığına hak kazanması ve bu aylığı almaya başlaması da olasıdır. Bu durumda yaşlılık aylığının mahsuba konu olup olmayacağı üzerinde durmak gerekir. Yargıtay bir kararında konuyu inceleme fırsatı bulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre; "...Davacı ile davalı arasında belirli süreli hizmet akdi yapılmış olup bu sözleşme süresinden önce davalı tarafından feshedilmesi sebebiyle bakiye süre için davacı tarafından ücret talebinde bulunulmuştur. Mahkemece verilen ilk kararda geriye kalan sürenin tümü için ücrete hükmedilmiştir. Bu kararın davalının temyizine üzerine dosyayı inceleyen Dairemiz 09.07.1997 tarihli ilam ile bakiye süre için hüküm altına alınan ücret alacağından Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi uyarınca "işin yapamamasından dolayı davacının tasarruf ettiği yahut diğer bir işle kazandığı yada kazanmaktan kasden feragat ettiği şeyi indirmesi gerekeceği" düşüncesiyle bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyularak davacının emekli aylığı aldığından bahisle bu isteği tamamen reddetmesi hatalıdır. Gerçekten davacının her üç ayda bir emekli aylığı alması onun başka bir işte çalıştığı anlamına gelmez. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun anılan hükmü gözönünde tutularak uygun bir indirim yapılmak suretiyle bu istek hüküm altına alınmalıdır".¹⁹ Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme, işçinin emekli aylığı almasının, BK m.325 uyarınca isteminin tümünden reddi sonucunu doğurmayacağını, ancak bu durumda "uygun bir indirim" yapılması gerektiğini kabul etmiş bulunmaktadır.

4. İşçinin Kazanmaktan Kasten Feragat Ettiği Değerler

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi uyarınca bakiye süre ücret alacağından "iş yapmadığından dolayı tasarruf edilen yahut diğer bir iş ile kazanılan veya kazanılmaktan kasden feragat edilen değerlerin" mahsubu gerekir. Gerçekten, işçinin çalışmaması durumunda da anılan hükme göre indirim yapılabilecektir. Yargıtay da "Davacının belirli süreli hizmet akdinin feshinden sonraki 9 aylık süre içinde çalışmaması yeterli değildir. İş yapmamasından dolayı tasarruf ettiği yahut kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyin mahsup edilmesi gerekir. Bu nedenle kararın bozulması

(18) Alpagut, 187.

(19) Y. 9. HD, 29.12.1997, 21060/22846.

*gerekmiştir*²⁰ anlatımına yer vererek işçinin çalışmaması durumunda da, BK m.325 hükmüne göre indirim yapılması gerektiğini vurgulamıştır.

BK m.325 hükmünde her ne kadar işçinin kazanmaktan kasden feragat ettiği değerlerin saptanmasına, işçinin diğer bir iş ile kazandığı değerlerin söz konusu olmaması durumunda başvurulacağı anlaşılmakta ise de, boşta kalan süreye ilişkin olarak her iki yola da birlikte veya alternatifli olarak başvurulabileceğini belirtmek gerekir. Şöyle ki, işçi sözleşmenin feshinden hemen sonra başka bir işe girmiş ise, Mahkeme işçinin "diğer bir iş ile kazanılan" değerlerinin ne olduğunu saptamaya çalışacak, işçi bu sürede tamamen işsiz kalmış ise, "kazanmaktan kasden feragat edilen" değerlerin olup olmadığına bakacaktır. Ancak boşta geçen sürede işçi bir süre çalışmış, bir süre de işsiz kalmış ise, çalışılan dönem bakımından diğer bir işe ile kazanılan, çalışılmayan süre bakımından ise kazanmaktan kasden feragat edilen değerler saptanacak, yani her iki düzenleme birlikte uygulanabilecektir.²¹

Yargıtay, 13.12.2004 tarihli kararında, Bk m.325 hükmüne göre mahsup yapılırken, işçinin kasten feragat ettiği değerlerin olup olmadığının saptanmasında izlenecek yöntem ve ispat yüküne ilişkin esaslara yer vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre; "...Davacı, davalıya ait dershanede 01.09.1999 tarihli belirli süreli hizmet akdiyle büro elemanı (Sekreter) olarak çalışmış ancak hizmet akdi, süresi sona ermeden işverence feshedilmiştir. Davacı bu dava ile, sözleşmenin geri kalan süresi için çalışmamaktan dolayı tazminat isteğinde bulunmuştur. Mütalaasına başvuru bilirkşi bakiye süre için davacı çalışmış olsaydı alabileceği ücretin miktarını belirlemiş mahkemece bu miktar hüküm altına alınmıştır. Oysa Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi açık biçimde konuyu düzenleyerek "iş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasden feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur" biçimindeki kurala yer vermiştir. Mahkemece bu kuralın ikinci cümlesi uyarınca bir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. Buna göre, fesihden sonra iş arandığının ve bulunmadığının kanıtlanması işçiye düşer. Karşı deliller işverenden sorulmalıdır. Tereddüt halinde bu işlerden anlayan uzman bir bilirkşi marifetiyle dosya içeriğine

(20) "...Y. 9. HD, 04.11.2004, 8130/24857; "...Davacının bu süre içinde çalışmadığı anlaşılmış ise de işe gitmemekten dolayı tasarruf ettiği şeyler araştırılmamış ve mahsup edilmemiştir. Mahkemece bu yön üzerinde durularak tasarruf edilen bir değer var ise, bakiye ücret alacağından mahsup edilmeli ve hüküm kurulmalıdır" (Y. 9. HD, 26.10.2005/5930 :2005/34662).

(21) Yargıtaya göre, Borçlar Kanunu 325. maddesine göre, bakiye süre ücretinden, davacının o işi yapmamasından dolayı tasarruf ettiği veyahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasden feragat eylediği şeylerin mahsup edilmesi gerekir. Bakiye süre ücretinden indirim yapıp yapılmayacağı araştırılırken, davacının başka bir işte çalışıp çalışmadığı hususunun yanında maddede belirtilen diğer hususlar da araştırılmalı ve sonucuna göre bir indirim yapılmalıdır. Bkz. Y.9HD, 27.4.2006, E.2005/20714, K.2006/11827.

*göre bir inceleme yaptırılarak ne kadar zamanda iş bulabileceği ya da fesih tarihi, davacının yaşı ve iş tecrübesi dikkate alınarak iş bulup bulamayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Öte yandan davacının iş yapmaktan dolayı tasarruf ettiği miktar belirlenmelidir. Eksik inceleme ile davanın kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.*²²

Yüksek Mahkeme'nin bu kararında dile getirilen görüşler tartışılabilir niteliktedir. Her şeyden önce işçinin mahkemenin yapacağı mahsup miktarını etkileyebilmesi için iş aradığını kanıtlaması gerektiği yolundaki görüş tartışmaya açıktır. Teorik olarak bu yerinde görülebilse bile, pratik bakımından işçinin isteğine rağmen iş bulamadığını kanıtlaması oldukça güçtür. Bu konuda işçi iş başvurularını veya İş-Kur'a bu yöndeki müracaatını delil olarak sunabilir. Ancak işçinin bu başvurulara çağrılıp çağrılmadığı, işçinin bu işyerlerinde işe başlamamasında kendi isteği olup olmadığının tespiti çok güç hatta imkansızdır.

İkinci olarak, işçinin ne kadar zamanda bir iş bulabileceğinin belirlenmesi konusunda “*bilirkişi incelemesi*” yaptırılması da pek rasyonel görünmemektedir. Bu konuda bilirkişi kim olacaktır? İşçinin çalıştığı sektörden kimselerin bilirkişi olarak görevlendirilebileceği söylenebile, bilirkişilik bilgi, birikim ve tecrübesi olmayan bu kişilerin vereceği raporların sağlıklı olacağı kanısında değiliz. Kısaca, işçinin ne kadar zamanda ne kadar ücretle iş bulabileceğini tam bir kesinlikle saptayacak bir uzman bulmak kolay kolay mümkün değildir. Bu durumda yargıcın somut olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirebileceği görüşündeyiz. Nitekim işçinin tecrübesi, eğitimi, yabancı dil bilgisi, uzmanlık alanı, çalışılan sektör gibi hususlar yargıca işçinin ne kadar sürede iş bulacağı konusunda önemli ipuçları sağlayabilecektir. Bu yaklaşımın yargı kararlarına da yansımaları söyleyebiliriz. Yüksek Mahkemeye göre, Davacının, müdür olarak davalı bankada çalıştığı belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Dairemizin bozma kararı gereğince araştırma yoluna gidilip yine BK. 325. maddesi uyarınca bir indirim yapılmadan karar verilmiştir. Davacının nitelikli personel olması nedeniyle iş bulma şansı ve çalışmaktan dolayı yol parası dışında tasarruf edeceği miktar göz önüne alınarak %30'dan aşağı olmamak üzere bir indirim yapılması gerekirken mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.²³

Yargıtay bir başka kararında, davalı işverenin davacıya sözleşmenin feshinden sonra başka bir iş teklif olmasını ve işçinin vasıflı olmasını birlikte dikkate alarak yapılan indirimi az bulmuştur. Yargıtay'a göre,

(22) Y. 9. HD, 13.12.2004, 12120/27469.

(23) Y. 9. HD, 29.1.2007, E. 2007/96 K. 2007/1142.

"...18.9.2001 tarihli davalıya ait işyerinde üç yıllık belirli süreli hizmet akdi ile çalışmaya başlayan davacının hizmet akdinin 23.08.2002 tarihinde davalı tarafından sona erdirildiği davacının bakiye süre ücretini talep ettiği mahkemece %30 indirim yapılarak bakiye sürenin ücreti hüküm altına alındığı anlaşılmıştır. Hizmet akdinin feshinden sonra 15.11.2002 tarihinde davalı tarafından davacıyı 1.750.000.000.-TL. ücretle ziraat teknik koordinatörü görevi teklif ettiği davacının bunu kabul etmediği görülmüştür. Gerek bu iş teklifi kabul etmeme eyleminin gerek davacının üst düzey yöneticisi olması nazara alındığında Borçlar Kanunu 325. maddesi gereğince yapılan indirim azdır. Hüküm altına alınan miktarda nazara alınarak daha fazla indirim yapmak üzere kararın bozulması gerekmiştir".²⁴

5. İşverence Ödenen İhbar Tazminatı

Yapılacak indirim kapsamına maddede açıkça belirtildiği üzere, işçinin diğer bir iş ile kazandığı değerler girecektir. Ancak uygulamada, sözleşmenin niteliğine ilişkin ihtilaflar da söz konusu olabilmektedir. Nitekim, sözleşmenin işverence "belirsiz süreli" olarak nitelendirilmiş ve bunun karşılığında işçiye "ihbar tazminatı" ödenmiş ise ödenen ihbar tazminatının işverence geri istenmesi gündeme gelebilecektir. Yargıtay bu durumda ihbar tazminatının da bakiye süreye ait ücretten mahsup edilmesi gerektiğine karar vermiş bulunmaktadır. Gerçekten, Yüksek Mahkemeye göre, "Taraflar arasındaki akit belirli süreli hizmet akdi vasfını kaybetmeden haklı neden bulunmadığı halde işveren tarafından feshedildiği anlaşıldığından Borçlar Kanunu 325. madde gereğince davacı bakiye hizmet süresi ile ilgili ücret ve ikramiye alacaklarını talep edebilir. İhbar tazminatının ödenmiş olması belirli süreli hizmet akdinin belirsiz süreli hizmet akdine dönüştürmez. Ödenen ihbar tazminatı hak kazanılacak bakiye süreye ait ücret ve ikramiyeden indirilebilir. Mahkemenin yanlış değerlendirmeye davacının bakiye süreye ait ücret ve ikramiye alacak isteklerinin yazılı şekilde reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".²⁵

Yine Yüksek Mahkemeye göre; "...işçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse, bu tutarın, bakiye süre ücretinden hak kazanılan miktardan indirilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle mahsup işlemi, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan tutar üzerinden gerçekleştirilmelidir".²⁶ İşverence sözleşmenin belirsiz süreli olduğu varsayılarak ödenen ihbar tazminatının re'sen mahsup işlemine tabi tutulması isabetli değildir.²⁷ Zira bu durumda

(24) Y. 9. HD, 5.4.2004, E. 2003/18738, 2004/6913.

(25) Y. 9. HD, 30.1.2003, E. 2002/12236, K. 2003/970.

(26) Y. 9. HD, 13.11.2008, E.2007/30828, K.2008/30812, www.legalbank.net

(27) Öğretide de belirtildiği üzere, İsviçre ve Türk hukukunda, şartları mevcut olsa dahi, karşılıklı borçlar kendiliğinden takas edilmiş olmaz (S. Reisoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995, 323 ve dn. 1'de anılan kararlar).

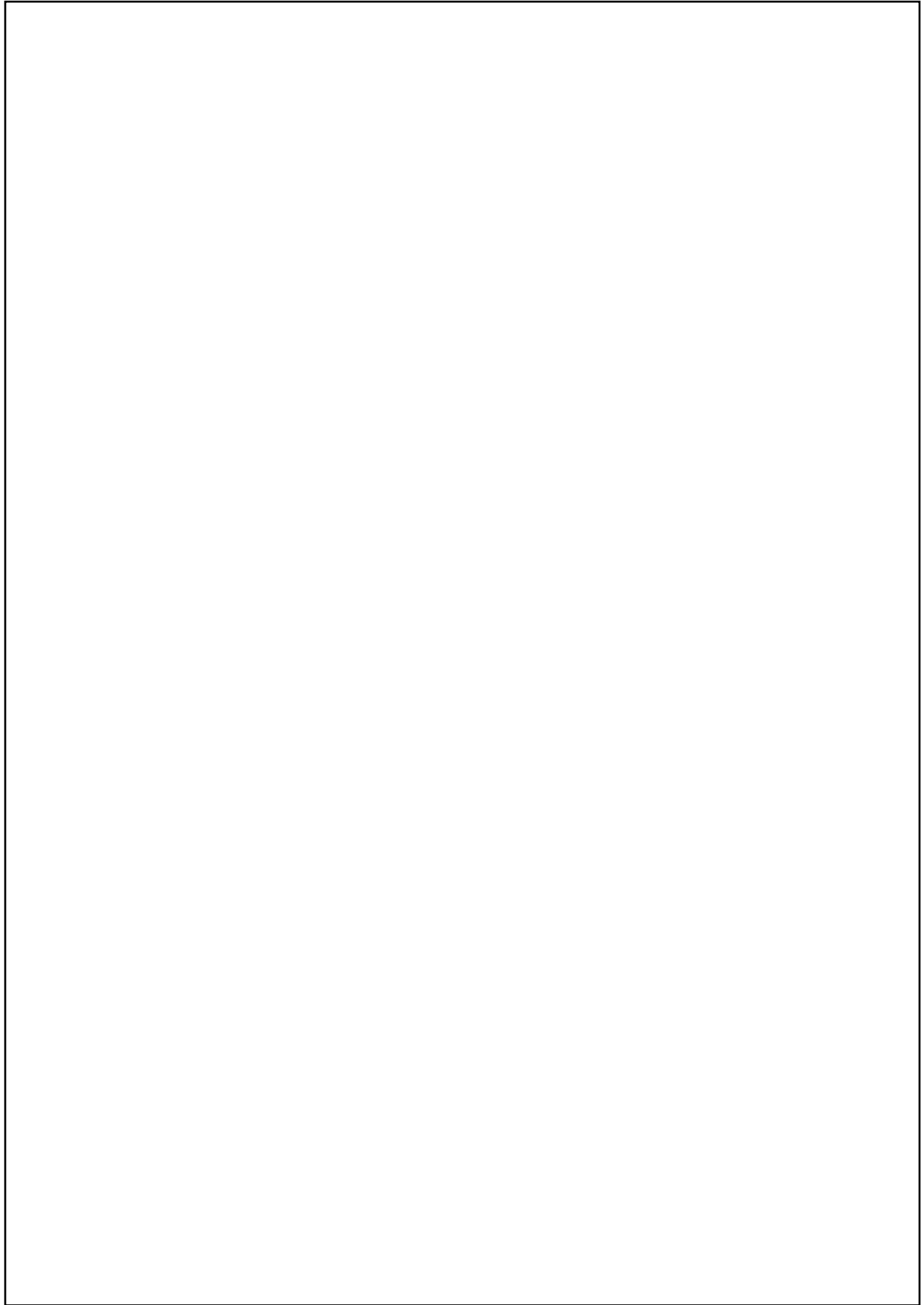
ödenen ihbar tazminatı, işveren yönünden sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir alacak niteliği kazanacaktır. Bu durumda da işveren ancak takas beyanı ile bu borcunu işçinin karşılık alacağından indirebilecektir. Kuşkusuz, takas beyanı yargılama sırasında işverence defî olarak ileri sürülebilecektir.²⁸

IV. Değerlendirme ve Sonuç

İşverenin temerrüdünü düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi, in geniş uygulama alanını, belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haksız şekilde sürenin bitiminden önce sona erdirilmesi konusunda bulmuştur. İşçi söz konusu düzenlemeye dayanarak, belirli sürenin bitimine kadar boşta geçen döneme ilişkin ücret alacaklarını tazminat olarak talep edebilmektedir. Ancak, maddenin ikinci fıkrasında yer alan mahsup hükmü çok sayıda yargı kararına konu olmaktadır. Bu noktada Yargıtay yerel mahkemelerden maddede sayılan ölçütlere göre yeterli inceleme yapmasını beklemektedir. Ancak maddede belirtilen ve mahsuba dayanak oluşturan olguların tam bir kesinlik içinde saptanması ciddi güçlükler arz etmektedir. Bu noktada önerilen işçinin iş bulup bulamayacağına ilişkin bilirkişi incelemesi yapılması formülünü çözüm getirmediği gibi, yargılama sürecini de uzatacak ve güçleştirecektir.

Sonuçta, Mahkemenin toplanan delillere göre takdir hakkını kullanarak indirim oranını tespit etmesi gerekecektir. Bu noktada, Yargıtay kararlarında isabetli olarak vurgulandığı üzere, Mahkemelerin "*işçinin tasarruf ettiği değerler*" kapsamında ölçülü olması, %5 gibi bir değeri aşmaması isabetli olacaktır. İşçinin diğer bir iş ile kazandığı değerler konusunda mahkemelerin gerekli araştırmayı yapması gerekecek, böyle bir araştırma yapmaksızın belirli bir oran ile doğrudan indirime gitmesi yerinde görülmeyecektir. Yine işçinin diğer bir işte çalışmadığı anlaşıldığında, mahkemenin mevcut delil durumu ve özellikle işçinin niteliklerini dikkate alarak iş bulma şansının yüksek olup olmadığını sorgulayarak hüküm vermesi gerekecektir. Her ne kadar Yargıtay kararlarında, mahkemelerin re'sen böyle bir araştırma yapmasını beklemekteyse de, işveren vekilinin mahsuba konu değerlerin tespiti konusunda kararı etkileyecek kanıtları bularak mahkemeye sunması, cüzi bir miktar mahsupla yetinilmesi riskine karşı tutarlı bir davranış olacaktır. Aynı şekilde işçi vekilinin yüksek bir mahsup riskine karşı boşta geçen sürede iş arandığı ancak bulunamadığına ilişkin inandırıcı delilleri Mahkemeye sunması gerekecektir.

(28) Bkz. Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 323-324.



İŞÇİNİN DİNLENME HAKLARI ve BU HAKLARIN İHLALİNE UYGULANACAK YAPTIRIM SORUNU

Doç. Dr. E. Murat ENGİN*

Yargıtay Kararı

İşçiye işyerinde çalıştığı sırada ara dinlenmesi verilip verilmediği ve süresi konularında uyumsuzluk söz konusudur.

İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay ve sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır.

Ara dinlenmesi 4857 Sayılı Kanun'un 68. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli şekilde belirlenmiştir. Buna göre, dört saat veya daha kısa süreli günlük çalışmalarda ara dinlenmesi en az on beş dakika, dört saatten fazla ve yedi buçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat, ve günlük yedi buçuk saati aşan çalışmalar bakımından ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmelidir. Uygulamada yedi buçuk saatlik çalışma sürelerinin çok fazla aşıldığı günlük çalışma sürelerine de rastlanılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine göre günlük çalışma süresi 11 saati aşamayacağından, 68. maddenin belirlediği yedi buçuk saati aşan çalışmalar yönünden en az bir saatlik ara dinlenmesi süresinin günlük en çok 11 saate kadar olan çalışmalarla ilgili olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla günde 11 saate kadar olan çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, on bir saat ve daha fazla çalışmalarda ise en az bir buçuk saat olarak verilmelidir.

Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez. Ancak, bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmışsa, işçinin normal ücretinin ödenmesi gerekir. Bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmını oluşturması halinde ise zamlı ücret ödenmelidir.

Somut olayda davacı 2004 yılı Eylül ayından itibaren 12-16 saat çalışmak suretiyle fazla çalışma yaptığını iddia ederek fazla çalışma ücret alacağı isteğinde bulunmuştur.

Mahkemece tanık beyanlarına göre bilirkişi tarafından hesaplanan fazla çalışma ücret alacağından %40 hakkaniyet indirimi yapılarak isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Davacının günde 12-16 saat sürelerle çalıştığı kabul edilmesine rağmen günlük bir saat ara dinlenme yapıldığı kabul edilerek hesaplama yapılmıştır.

(*) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Bir işçinin sadece bir saat ara dinlenme yapılarak on altı saat çalışmasını insan bünyesi kaldırmaz. Buna göre günde en az bir buçuk saat ara dinlenmesi yapıldığının kabulü ile fazla çalışma ücretinin hesaplanması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.¹

I. İşçinin dinlenme hakları ve hukuki niteliği

Yargıtayın fazla çalışmanın hesabında hakkaniyet indirimi ve ara dinlenme süresinin hesabına ilişkin bu kararı İş Kanunu'nun çalışma süresine azami sınır getiren hükümlerle dinlenme sürelerine ilişkin hükümlerin hukuki niteliklerini bir kez daha değerlendirme olanağı vermektedir. İş Kanunu günlük çalışma süreleriyle ilgili olarak iki azami sınır düzenlemektedir. İş Kanunu m.63/II ile günlük çalışmanın azami sınırı on bir saat olarak belirlenirken, İş K. m.69/III ile gece çalışmasının yedi buçuk saati aşamayacağı ayrıca hükme bağlanmıştır. Bunun gibi, fazla çalışmaların yıllık toplam süresi de yılda iki yüz yetmiş saat ile sınırlanmaktadır (İş K. m.41/VIII). Çalışma sürelerinin azami sınırlarına ilişkin mutlak emredici nitelikteki bu hükümlerin amacı işçi sağlığının korunmasıdır.

Çalışma süreleri yanında dinlenme sürelerine ilişkin kimi düzenlemeler de yine işçi sağlığının korunması amacını taşıyan mutlak emredici niteliktedirler. Örneğin İş Kanunu madde 41, işçilere tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat hafta tatili verileceğini hükme bağlamaktadır. Dinlenmenin çalışanların hakkı olduğunu hükme bağlayan Anayasa m.50/III'e dayanan hafta tatili düzenlemesi, iş sağlığının korunması ve işgücünün yenilenmesi için öngörülen bir zorunluluktur.²

Anayasa'nın 50. maddesiyle güvenceye alınan dinlenme hakkı, hafta tatili yanında yıllık ücretli izni kapsar. Anayasa doğrultusunda İş Kanunu yıllık ücretli izni emredici hükümlerle düzenlemektedir. Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez (m.53/II) hükmüyle işçi, kendi iradesine karşı da korunmuş, bu hükmün aksine yapılacak sözleşmeler geçersiz kılınmıştır. Yıllık ücretli iznin niteliği, işçi bakımından mutlaka kullanılmasını, işveren bakımından da mutlaka kullanılmasını gerektirir. Nitekim, işçi yıllık ücretli izin sırasında işçinin çalışması yasaktır (m.58), yıl içinde verilmiş ücretli veya ücretsiz diğer dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izin süresine mahsup edilemez (m.56/IV).

(1) Yargıtay 9. HD. 05.02.2009, 2007/34145 E./ 2009/1674 K , Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009 sa. 22, s. 773

(2) Süzek, Sarper, İş Hukuku, 4. baskı, İstanbul 2008, s. 767

Çalışma sürelerinin azami sınırları ve dinlenme sürelerine ilişkin bu mutlak emredici hükümler, işçinin dinlenme hakkının, kişinin yaşama hakkı ile beden ve ruh bütünlüğü haklarını kapsayan şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunu ifade etmektedir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olma özelliği nedeniyle, dinlenme hakkını düzenleyen hükümler aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliği normlarındanadır.

II. Dinlenme haklarının ihlali halinde uygulanacak yaptırım sorunu

Dinlenme haklarının iş güvenliği normu ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olmaları bu hakların etkin bir yaptırım ve koruma mekanizmalarına bağlı tutulmalarını gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte, dinlenme haklarının ihlaline karşı etkili yaptırımların öngörülüp uygulandığından söz etmek mümkün değildir.

Kamu Hukuku yaptırımları yönünden bakıldığında, İş Kanunu'nda dinlenme haklarının ihlali halinde uygulanacak çeşitli idari para cezaları düzenlenmektedir. Ancak, idari para cezaları düşük miktarları nedeniyle etkili bir yaptırım özelliği taşımadıkları gibi, esasen uygulandıkları da söylenemez.

Özel hukuk yaptırımlarına gelince, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin özel hukuk yaptırımları genellikle hukuka aykırı işlemin geçersiz sayılması, tazminat ödenmesi ve eski hale iade biçimlerinde ortaya çıkar. Söz konusu yaptırımlar İş Hukuku'nda da çeşitli biçimlerde yer almakla birlikte genel hükümlerde öngörülen esaslardan farklı düzenlemelere tabi tutulurlar. İş sözleşmesinin bir insan fiili olan iş görme edimine dayanması, sözleşmenin kişisel ve sürekli borç ilişkisi olma nitelikleri söz konusu yaptırımların biçim değiştirmesine ve bazı yaptırımların etkisinin sınırlı kalmasına neden olur.

Örneğin, yapma borçlarının yaptırımı olan eski hale iade, İş Hukuku'nda geçersiz ya da haksız fesih hallerinde işçinin iadesine ilişkin düzenlemelerde ortaya çıkar. Ancak, bir kişinin belirli bir davranışta bulunmasının kişilik haklarına aykırı olacağı düşüncesiyle yapma borcunun alternatifi olarak götürü bir tazminat yaptırımı da benimsenmiştir. Gerçekten, götürü tazminat yaptırımı İş Hukuku'nun bir özelliği haline gelmiştir. Sorumluluk hukukunun genel ilkesi, zarar uğrayan kişinin uğradığı zararın tazminat yoluyla telafisidir. Amaç zararın telafisi olduğu için öncelikle bir zararın varlığı ve ispatı zorunludur.³

İş Hukuku'nda ise götürü tazminatın düzenlendiği hallerde zararın varlığı ve ispatına gerek olmaksızın götürü tazminat talep edilebilir. İhbar tazminatı, kötüniyet ve sendikal tazminatlar, İş K. m.5 ile düzenlenen

(3) Süzek, 108-109; Radé, *Christophe, Droit du travail et responsabilité Civile, Paris1997, 20 vd.*

mutlak ayırım yasağına ilişkin tazminat bu niteliktedir. Götürü tazminatın düzenlendiği hallerde hukuka aykırı bir işleme maruz kalan işçi hiçbir zararı olmasa da asgari bir tazminat yaptırımıyla korunurken, zararın varlığını ispat yükümlülüğünden de kurtulmaktadır. Götürü tazminatın esas önemli işlevi ise hukuka aykırı işlemleri caydırıcı özellik taşımaları, önleyici olmalarıdır.⁴ İşçinin kişilik hakları, çalışma ve sendikal haklarının korunmasında önemli rol oynayan götürü tazminatların etkin birer yaptırım oldukları söylenebilir.

Dinlenme hakları arasında sadece yıllık ücretli izin hakkının ihlali halinde önleyici nitelikte götürü bir yaptırımın varlığından söz edilebilir. Uzun süre devam eden iş sözleşmelerinde işçiye kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlerin de beş yıl içinde zamanaşımına uğraması karşısında, Yargıtay, zamanaşımına ilişkin genel hükümlerin işçi aleyhine hakkaniyete aykırı sonuç yarattığını tespit etmiştir. Bu tespit üzerine hukuk yaratma yoluyla Yargıtay, kullandırılmayan izinlere ilişkin ücretlerin sözleşmenin sona erdiği tarihte muaccel olacağını ve işveren tarafından birikmiş tüm izin ücretlerinin son ücret üzerinden ödeneceğini içtihadını geliştirmiştir. Yargıtay'ın kökleşen bu içtihadı 4857 sayılı İş Kanunu m.59 ile yasal ifadesini bulmuştur.

Biriken izin ücretlerinin sözleşmenin sona erdiği tarihte son ücret üzerinden ödenmesi zorunluluğu, hak edilen ücretin ödenmesi olmanın yanında, izin gün sayısına göre değişken olmakla birlikte götürü bir tazminat yaptırımı olma özelliğine de sahiptir. İşçinin kıdeminin artmasıyla yaptırım etkisi daha da artan bu uygulama ikinci bir kıdem tazminatı özelliği kazandığı gibi, kimi zaman ödenen izin ücreti tutarı kıdem tazminatını bile aşabilmektedir. Nitekim, söz konusu uygulama nedeniyle işverenlerin işçileri izin kullanmaya teşvik ettikleri, hatta bu konuda işçileri zorladıkları bilinmektedir. Böylece İş K. m.59, yıllık izin hakkı konusunda hakkın ihlalini önleme işlevini görmektedir. Gerek götürü tazminat olma ve gerekse önleyici olma niteliği nedeniyle söz konusu hükmün gerçek anlamda bir iş hukuku yaptırımı olduğu söylenebilir.

Ancak, yıllık izin hakkı dışında kalan diğer dinlenme haklarının ihlaline karşı götürü tazminat gibi etkili bir yaptırım bulunmamaktadır. Dinlenme hakları ihlal edilen işçinin başvurabileceği tek seçenek iş sözleşmesinin haklı nedenle feshidir. Ancak, işçinin sözleşmesini fesih zorunda bırakılarak işini kaybetmesi işverenden çok işçinin maruz kaldığı bir yaptırım niteliğindedir ve İş Hukuku'nun amaçlarıyla bağdaşmaz. Bu nedenle öğretide genellikle bir yaptırım olarak nitelenen haklı nedenle fesih, kanımızca, bir yaptırım türü değildir.

(4) Süzek, aynı yer, Radé, 21 vd.

Giderek, dinlenme hakkının vazgeçilmez mutlak hak niteliğini dahi tartışmalı hale getiren ve haklı nedenle feshin işçiye karşı bir yaptırım olarak uygulandığı Yargıtay kararlarına rastlanabilmektedir. Örneğin, davacı işçinin üç hafta tatilinde de çalıştırılan işçinin üç gün izne hak kazandığını ileri sürerek izin istemesi ve işverenin bu talebi kabul etmemesi üzerine işe devam etmediği bir olayla ilgili kararında, Yargıtay, işin düzenlenmesi ve yönetiminin işverene ait olduğu, bu yetki çerçevesinde izinlerin belirleneceği ve “*elverdiği ölçüde mevzuata uygun olmak koşuluyla*” izinlerin kullanılacağı, işçinin kendi başına izin kullanamayacağı gerekçesiyle işveren tarafından yapılan feshin haklı olduğu sonucuna varmıştır.⁵ Halbuki, mutlak emredici hükümle düzenlenen bir konuda yönetim hakkından söz edilemeyeceği gibi, mevzuata uygunluğun işverenin takdirine bırakılması da mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu karar nispeten eski tarihli olduğu gibi istisnai niteliktedir.

Diğer sözleşme ilişkilerinde etkili bir yaptırım olan geçersizlik yaptırımının da iş sözleşmesi bakımından yaptırım olma özelliği yoktur. Dinlenme sürelerine ilişkin nispi ve mutlak emredici hükümleri ihlal eden sözleşme hükümleri geçersizdir. Ancak, iş ilişkisinin niteliği ve işçinin korunması ilkesi gereği yasaya aykırı çalışmalara da hukuki sonuç bağlanmasını zorunlu kılmaktadır. İşçi, dinlenme sürelerini ihlal eden çalışmaları karşılığında yasal fazla çalışmalarda olduğu gibi yine fazla çalışma ücreti hak eder. Örneğin, Yargıtayın yerleşmiş içtihadına göre, hafta tatilinden önce 45 saat çalışmış olan işçinin hafta tatili gününde de çalıştırılması halinde, hafta tatili ücreti yanında 1,5 gündelik ücret tutarı fazla çalışma ücreti olarak ödenir. Günlük azami on bir saat sınırının aşılması, yıllık iki yüz yetmiş saat fazla çalışması sınırlarının aşılması halinde de işçi yine ve sadece fazla çalışma ücretine hak kazanır. Yasaya aykırı fazla çalışmalarda ücret ödenmesi ise esasen iş görme ediminin hukuki sonucu olup herhangi bir yaptırım özelliği bulunmamaktadır. Ancak, Yargıtay’ın yasaya aykırı fazla çalışmalara ilişkin içtihadı kimi yönleriyle bu hukuki sonucun dahi elde edilememesine neden olmaktadır.

III. Kararın Değerlendirilmesi

Bilindiği gibi Yargıtay, öteden beri süregelen içtihadıyla yaşamın olağan akışına aykırı bulduğu fazla çalışma iddialarını kabul etmemektedir. İşçinin uzun süre her gün fazla çalıştırılmasının yaşamın olağan akışına ve insan doğasına uygun düşmeyeceği, yaşam tecrübelerine göre işçinin hiç hastalanmadan özel işleri için mazeret izni kullanmadan yıllarca sürekli çalıştığı varsayılmayacağı, fazla çalışmalarda işin niteliğinin dikkate

(5) Y. 9. HD. 20.03.200, 298/2934, TÜHİS Kasım 2000-Şubat 2001; Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Engin, Murat, *Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi* 2000, Ankara 2002, s. 19 vd.

alınması gerektiğini içtihat ederek hükmedilecek fazla çalışma ücretinden hakkaniyet indirimi yapılmasını hükme bağlamaktadır. Yargıtayın yaşamın olağan akışına aykırı düşen ve inandırıcı olmayan fazla çalışma iddialarını reddeden yerleşmiş içtihatı kural olarak isabetlidir. Bununla birlikte, son zamanlarda verilen kararlarda hakkaniyet indiriminin standart uygulama haline geldiği görülmektedir.

Yargıtay, fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini aldığı belirterek, *"bir işçinin uzun süre ve her gün aynı şekilde günlük çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapması"* hayatın olağan akışına uygun düşmez. Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü indirimi çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemesi gerektiği sonucuna varmaktadır.⁶ Buna göre, yazılı belgelerin varlığı durumunda indirime gidilmemekle birlikte, tanık anlatımlarına göre fazla çalışma tespiti yapıldığında indirim yapılması gerekmektedir.

Yargıtay, kimi zaman ilk derece mahkemesinin yaptığı indirim oranını az bularak yapılması gerekli indirim oranını belirleyerek kararı bozmaktadır. Nitekim bir kararına göre, *"Mahkemece davacının izinli, raporlu olabileceği süreler gözönünde bulundurularak fazla çalışma ücretinden yaptığı % 10 oranında takdiri indirim oranı azdır. Mahkemece % 20 oranından aşağı olmak üzere bir indirim oranı uygulanarak hüküm kurulması gerekirken eksik oranda indirim yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"*.⁷

Yargıtay'ın incelediğimiz kararında da ilk derece Mahkemesinin fazla çalışma süresinden %40 hakkaniyet indirimi yaptığı, bu indirim oranının Yargıtay tarafından da uygun bulunduğu anlaşılmaktadır.

Öncelikle, sürenin uzunluğu ve miktarın yüksek olmasından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Ülkemizde uzun süreler boyunca fazla çalışma ile ilgili sınırlamalara uymama konusunda yerleşik bir alışkanlığın bulunduğu bilinmektedir. Süre uzadıkça, yasal olmayan fazla çalışma sürelerinin artacağı da bir gerçektir. Diğer yandan, fazla çalışma ücreti beş yılda zamanaşımına uğramaktadır. Dava sırasında zamanaşımı definde bulunan işveren en çok son beş yıllık fazla çalışmalardan sorumlu tutulabilmektedir. Halbuki, ülkemizdeki yerleşik uygulama nedeniyle işçiler beş yıldan çok daha uzun sürelerle yasaya aykırı fazla çalışma yapmaktadırlar.

(6) Y. 9. HD. 17.04.2008, 1720/9022, Kazancı.com

(7) Y. 9. HD. 07.04.2008, 9028/7607, Kazancı.com

Öte yandan, tanık anlatımları genelde yetersiz bir delil olarak kabul edilmekle birlikte, somut olayın özelliğine göre birbirini tamamlayan davacı ve davalı tanık anlatımları işin özellikleri ile birlikte değerlendirildiğinde fazla çalışma süresine ilişkin iddia ispatlanabilmektedir. Tanık beyanlarının alınması konusunda hakimin rolü de son derece önemlidir. Yazılı belgelerin işverenin elinde olduğu, işçinin genellikle yazılı belgeyle ispat olanağından mahrum bulunduğu düşünülmelidir. Tanık beyanlarına dayalı olarak yapılan tespitlerde indirim gidilmesinin mutlak bir kural olarak kabulü en başta hakkaniyet kavramıyla bağdaşmamaktadır.

Gerçekten hakkaniyet, somut olay adaletinin sağlanması amacıyla hakime tanınmış olan takdir yetkisini ifade eder. Bu nedenle her somut olayın ayrı değerlendirilmesi, fazla çalışma süresi konusunda gerçekten kuşku varsa uygulanması gerekir. Uzun yıllar boyunca fazla çalışma yapan ve zamanasını defî nedeniyle ancak son beş yıl için talepte bulunabilen işçinin alacağına, salt tanık beyanlarına dayandığı için formül gerekçeyle zorunlu indirim tabî tutulması ve %40'lara varan oranlarda indirim yapılmasının hakkaniyete uygun olmadığı kanısındayım.

İncelediğimiz kararın dikkat çeken bir diğer yönü ara dinlenmesine ilişkin değerlendirmedir. Kararda, *"bir işçinin sadece bir saat ara dinlenme yapılarak on altı saat çalışmasını insan bünyesi kaldırmaz. Buna göre günde en az bir buçuk saat ara dinlenmesi yapıldığının kabulü ile fazla çalışma ücretinin hesaplanması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır"* sonucuna varılmaktadır. Günlük çalışmanın yasal azami sınırı on bir saat iken günde on altı saat çalıştığı tespit edilmekte, yasaya aykırı olarak çalıştığı dört saat içinde yarım saat ara dinlenmesi yaptığı kabul edilmektedir. Kararda da belirtildiği gibi, bu kadar uzun süre ara dinlenmesi yapmadan çalışmayı insan bünyesi kaldırmayacağı açıktır. Ancak, yasaya aykırı fazla çalışmaya yasal fazla çalışma esasları uygulanarak ara dinlenmesi indirimi yapılması, esasen yaptırımsız olan dinlenme hakkının ihlaline daha da meşruiyet kazandırmaktadır. Yasa dışı fazla çalışmalarda ara dinlenmesi indirimi yapılmadan bu sürenin de fazla çalışma olarak kabulünün gerektiği kanısındayım. Böylece, yasa dışı çalışmaya karşı küçük de olsa gerçek anlamda bir yaptırım içtihat yoluyla geliştirilmiş olur.

Sonuç:

Anayasa'da tanınan mutlak bir hak olmasına rağmen, mutlak haklar arasında ihlali en kolay olanı herhalde dinlenme hakkıdır. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan ve bu nedenle Anayasa tarafından açıkça düzenlenen işçinin dinlenme hakkının en önemli özelliği yaptırımsız olmasıdır. Düşünüldüğünün aksine, yasaya aykırı fazla çalışmalar karşılığında dava yoluyla alınan fazla çalışma ücreti bir yaptırım değil, bu çalışmaya

bağlanan hukuki sonuçtur. Yargıtay'ın hakkaniyet indirimine ilişkin son içtihadı, bu hukuki sonucun dahi işçi tarafından elde edilmesini önemli ölçüde engellediği ve hakkın ihlalini daha da cesaretlendirdiği kanısındayım. Yargıtay'ın bu içtihadını gözden geçirmesi ve yıllık ücretli izin hakkında olduğu gibi, Yasa Koyucu'nun suskun kaldığı bu alanda mümkün olduğu ölçüde yaptırım geliştirmesi anayasal korumanın bir gereğidir.

BİRBİRİNİ İZLEYEN İŞ SÖZLEŞMELERİ AKDEDİLEREK HİZMET AKDİNİN DEVRİ - KARAR İNCELEMESİ -

Doç. Dr. Mustafa ALP*

Kararlar

Yerel Mahkeme Kararı¹

"Yapılan yargılama sonucunda toplanan delillere ve tüm dosya içeriğine göre, davacının 07.06.1983 - 30.11.1991 tarihleri arasında ... Boya Fab. AŞ, 01.12.1991-30.9.1997 tarihleri arasında Boya Fabrikaları AŞ, 01.10.1997-15.11.2001 tarihleri arasında ise Oto Boyaları Pazarlama Ltd. Şirketi nezdinde çalıştığı, 15.11.2001 tarihinde SSK'dan emekli olup SGDP ödemek sureti ile çalışmasını sürdürdüğü, emeklilik sonrası çalışmasının ise 31.12.2003 tarihinde istifa yolu ile sona erdiği, emeklilik sonrası çalışmasının sona eriş şekline göre bu dönem dışlanarak, toplam hizmetinin 18 yıl 5 ay 8 gün olarak hesaplandığı, davacının bir şirketten diğerine geçişi sırasında işverence kendisine bu şirketteki çalıştığı süre ve ücret seviyesine göre kıdem tazminatının ödendiği ve iş sözleşmesinin sona erdiği tarih itibarı ile 01.10.1997-15.11.2001 tarihleri için son işveren tarafından kıdem tazminatı ödemesi yapıldığı hususunda taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki çekişme 15.11.2001 tarihi itibarı ile gerçekleştirilen fesihle toplam hizmet süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınıp alınmayacağı noktasında toplandığı görülmekte olup, gerek getirilen işyeri kayıtları ve gerekse tanık beyanlarına göre, davacının işe ilk girdiği 07.06.1983 tarihinden itibaren yaptığı iş ve çalıştığı işyeri değişmeksizin çalışmasını sürdürdüğü, davalı şirketlerin aynı şirketler grubuna bağlı ve birbirleri ile organik bağ içinde olan işyerleri olduğu, bir şirketten diğerine geçişin birbirini takip eden günlerde gerçekleştiği, bu giriş çıkışlar sırasında gerçekleştirilen fesihlerin taraflar arasındaki çalışma ilişkisini tasfiyeye yönelik olmayıp bu süreçte aklın sona ermediği, buna göre davacının kıdem tazminatı hesabında tüm hizmet süresinin göz önüne alınması gerekeceği sonucuna varılmış ve son aylık brüt ücreti üzerinden davacının... kıdem tazminatına hak kazandığı, ancak davalı şirketler arasındaki giriş çıkışlar sırasında yapılan ödemelerin işlemiş faizleri ile birlikte bu tutardan mahsubu sonucu davacının bakiye ... kıdem tazminatı alacağı kaldığı, bu alacaktan

(*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) İzmir 3. İş Mahkemesi, 20.10.2005, E. 2004/898, K. 2005/824, Özel Arşiv

son işveren ... Oto Boyaları Pazarlama Ltd. Şirketi'nin sorumlu olduğu, diğer davalıların davacıyı çalıştırdıkları süre ve ücret seviyesine göre kıdem tazminatı ödediklerinden bu davalılar hakkındaki davanın reddi gerekeceği sonucuna varılmış ve hüküm kurulmuştur.”

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı²

“Davalı üç şirket sermaye şirkettir. Ayrı hükmü şahsiyetleri ve işyerleri mevcuttur. Davalı şirketlerin aynı holding bünyesinde faaliyet göstermeleri hizmet birleştirmesi için “kıdem tazminatına esas” yeterli değildir. Şirketler arasında işyeri devri mevcutsa devir fesih için haklı bir neden olmayacağından işverenin feshinin kötü niyete dayandığı başka bir anlatımla, ilerde daha fazla kıdem tazminatı ödemek için gerçek fesih olmadığı halde fesih gibi gösterilip kıdem tazminatı ödendiği kabul edilebilir. Ancak somut olayda davalı şirketler arasında işyeri devri olduğuna dair kanıt mevcut değildir. Hizmet akdinin devri de kanıtlanamamıştır. Somut olayda önceki şirkette hizmet akdi tazminat ödenerek feshedilen davacının holding bünyesindeki diğer bir şirkette yeni bir hizmet akdiyle çalışmaya başladığı kabul edilmelidir. Böyle olunca her şirket kendi dönemindeki çalışmalar nedeniyle hak kazanılan işçilik alacaklarından sorumludur. Yukarıda açıklandığı gibi farklı hükmi şahsiyetleri ve farklı işyerleri bulunan şirketlerin aynı holding bünyesinde bulunmaları tüm şirketlerdeki hizmet sürelerinin birleştirilmesi için yasal bir neden sayılamaz. Ancak işyerlerinin aynı olması, şirketler arası işyeri devri veya hizmet akdi devri bulunması ve işverenlerin ilerde daha fazla kıdem tazminatı ödememek için gerçek bir hizmet akdi feshi olmadığı halde kıdem tazminatı adı altında avans niteliğinde ödeme yapmaları halinde kıdem tazminatına esas sürenin hesaplanmasında tüm şirketlerde geçen sürenin esas alınması mümkündür. Somut olayda işyeri ve hizmet akdi devri kanıtlanamadığından davacının fark kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Kararların Özeti:

Davacı işçi, aynı şirketler topluluğuna bağlı üç ayrı şirkette birbirini izleyen dönemlerde fasilasız olarak çalışmasını sürdürmüştür. İşçinin birinci ve ikinci topluluk şirketlerinden ayrılışı iş sözleşmesinin feshi ile gerçekleşmiş, feshe bağlı olarak bu şirketler işçinin hak kazandığı kıdem tazminatını ödemişlerdir. Üçüncü topluluk şirketinde çalışma ilişkisinde de işçinin emeklilik nedeni ile kıdem tazminatını talep hakkı doğmuş, bu kıdem tazminatı işçinin sadece bu son şirketteki çalışma süresi esas alınarak ödenmiştir. İşçi kıdem tazminatının tüm grup şirketlerindeki

(2) E. 2005/34562 K. 2006/15019 T. 22.5.2006, Özel Arşiv

çalışma süresi esas alınarak hesaplanması ve ödenmesi talebi ile dava açmıştır.

Uyuşmazlık daha önceki topluluk şirketlerindeki çalışma sürelerinin birleştirilip buna göre toplam kıdem tazminatından (ara kıdem tazminatı ödemeleri avans olarak düşülmek suretiyle) son işveren olan topluluk şirketinin sorumlu tutulabilmesi konusundadır. Yerel mahkeme, kararında işçinin ilk grup şirketinde işe girdiği tarihten emeklilik tarihine kadar olan çalışmasını iş ve işyeri değişmeden sürdürdüğü, davalı şirketlerin aynı şirketler grubuna bağlı ve organik bir bağ içinde oldukları, bir şirketten diğerine geçişin birbirini takip eden günlerde gerçekleştiği, bu geçişler sırasında yapılan fesihlerin taraflar arasındaki çalışma ilişkisini tasfiye etmek amacına yönelik olmadığından akdin sona ermediği gerekçeleri ile kıdem tazminatı hesabında tüm çalışma süresinin birlikte dikkate alınmasına karar vermiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise bu kararı davalı üç şirketin ayrı tüzel kişilik ve işyerleri bulunduğu, bu şirketlerin aynı holding bünyesinde faaliyet göstermelerinin kıdem tazminatına esas hizmet birleştirilmesi için yeterli olmadığı gerekçesi ile bozmuştur. Yargıtay'a göre ancak işyerlerinin aynı olması, şirketler arası işyeri devri veya hizmet akdi devri bulunması ve işverenlerin ileride daha fazla kıdem tazminatı ödememek için gerçek bir fesih olmadığı halde kıdem tazminatı adı altında avans niteliğinde ödeme yapmaları halinde kıdem tazminatına esas sürenin hesaplanmasında tüm şirketlerde geçen sürenin esas alınması mümkündür. Somut olayda da işyeri devri ve hizmet akdi devri kanıtlanamadığından davacının fark kıdem tazminatı talebinin reddi gerekir.

Hukuki Sorun

Karardaki temel hukuki sorun, iş sözleşmesi feshedilip kıdem tazminatı ödenerek aynı şirketler topluluğu bünyesindeki bir şirketten diğer bir şirkete geçirilen işçinin kıdem tazminatına esas hizmet süresinin belirlenmesidir. Genel kural bakımından Yargıtay'ın kararı doğrudur; kıdem tazminatının hesaplanmasında farklı özel sektör işverenlerinde geçen çalışma süreleri birleştirilmez. 1475 sayılı İş Kanunu madde 14'de sadece aynı işverene bağlı farklı hizmet süreleri ile bazı koşullar altında farklı kamu işverenlerinde geçirilen sürelerin birleştirilmesi olanağına yer verilmiştir. Aynı şirketler topluluğuna bağlı olsalar da her bir topluluk şirketi ayrı tüzel kişiliğe sahip farklı birer işverendir. Bu nedenle kural olarak farklı topluluk şirketlerinde geçirilen hizmet süreleri birleştirilemez.

Yargıtay'ın da kararında isabetle işaret ettiği üzere sadece somut olayda işyeri devri veya iş sözleşmesi devri söz konusu ise farklı bir sonuca ulaşılabilir. Somut olayda bu hususların iddia edilmediği görülmekte, yerel

mahkeme kararında bir işyeri veya sözleşme devrinin olup olmadığı tartışılmamaktadır. Kararlara konu olan olayda bir işyeri devrinin bulunduğu ancak aynı işi gören, örneğin aynı projede görev alan bir grup işçinin gördükleri faaliyet ile birlikte başka bir şirkete devri halinde düşünülebilir. Kararlarda bu konuda bir veri yer almadığından işçinin tek başına bir şirketten diğerine geçirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda işyeri devrini tartışmak gereksizdir. Dış görünüm itibarı ile bir sözleşme devri de yoktur. Bir şirketten diğerine geçişler iş sözleşmesinin feshi ve yeni bir iş sözleşmesi kurulmak sureti ile gerçekleşmiştir. Ancak işçinin fesih bildirimlerine rağmen aralıksız olarak aynı şirketler topluluğuna bağlı üç şirkette aralıksız çalışmasını sürdürmesi konunun farklı ele alınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle temel sorun, bir şirketten diğerine geçiş iş sözleşmesinin feshi ve yeni bir iş akdi kurulması ile olmasına rağmen sözleşme devrinin kabul edilebilirliği olmaktadır.

Şirket Toplulukları (Holdingle)

Şirket topluluğu veya grubu, hukuken bağımsızlıklarını koruyan şirketlerin ortak bir yönetim gücü altında birleşerek oluşturdukları ekonomik bütündür. Holding ise bu bütünlüğün yöneticisi olan üst kuruluştur; ana şirkettir. Konu hakkında doğrudan bir yasal düzenleme bulunmamakta, sadece TTK 466'da yedek akçe konusu düzenlenirken holding "gayesi başka işletmelere iştirak olan şirket" şeklinde tanımlanmaktadır. Şirket topluluklarının temel iki özelliği, hukuken bağımsızlık ve ekonomik yönden birlikteliktir. Bu ekonomik birliktelik ortak işbirliğine dayalı bir yönetim tarzı gerektirir.

Ortak işbirliğine dayalı yönetim tarzı özellikle iş gücü unsurunun yönetiminde kendini gösterir. Şirket topluluklarında genellikle ortak bir insan kaynakları yönetimi bulunmakta, personelin kariyer ve çalışma planlaması topluluk bir bütün olarak dikkate alınmak suretiyle tek elden yapılmaktadır. Buna uygun olarak, "kariyer planlamasında personel sadece bulunduğu işyeri veya şirket değil, çoğu zaman topluluk bir "bütün" olarak dikkate alınmak suretiyle, birinden diğerine geçici veya sürekli verilmek suretiyle diğer şirketlere devredilmektedir. Nihayet holdingde ve yavru şirketlerde iş organizasyonuna göre insan kaynaklarına ihtiyaç topluluk bir bütün olarak göz önünde tutularak giderilmektedir".³ Bir şirket topluluğunun oluşturulmasının başta gelen amaçlarından biri de her konuda olduğu gibi personel yönetiminde de azami verimlilik ve tasarruf sağlanması olduğuna göre, personelin nasıl değerlendirileceğinde ortak bir planlamaya gitmek ve koordinasyon sağlamak normaldir. Fakat bu durum kararlara konu olan olayda farklı bir sonuca varmayı haklı kılabilir.

(3) EKONOMİ, Münir/EYRENCİ, Öner: Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, II, 1199, 1203, 1204

İş Sözleşmesinin Devri

Öğretide ve Yargıtay kararlarında hizmet akdinin devri adı verilen iş sözleşmesinin devri ve devrin sonuçları konusunda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğüne dayanarak iş sözleşmesinin devredilebileceği gerek öğretide gerek Yargıtay kararlarında kabul görmektedir.⁴ Genel olarak sözleşme devri veya sözleşmenin yüklenilmesi, bir sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin hukuki durumunun bir bütün olarak devralınmasıdır. Alacağın temliki ve borcun naklinden farklı olarak sözleşmeyi devralan, sadece münferit alacak veya borcu değil, yerine geçtiği tarafın hukuki durumunu tüm hak ve borçları ile bir bütün olarak kazanır.⁵ İş sözleşmesi devri de iş ilişkisinde işveren tarafının değişmesi, sözleşmeyi devralan işverenin sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları, işveren konumu ve yetkilerini üstlenmesidir.

Sözleşme devri kendine özgü üç taraflı bir sözleşme ile gerçekleşir. Bu sözleşmenin tarafları, iş sözleşmesini devreden işveren, sözleşmeyi devralan işveren ve işçidir. Devir sözleşmesi, devreden ve devralan işveren ile işçinin birlikte katılması veya devreden ile devralan arasındaki sözleşmeye işçinin onay vermesi ile kurulur. Sözleşmeyi devreden işveren, iş sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkarken onun yerine sözleşmeyi devralan işveren geçer. Böylece sözleşme devri ile iş sözleşmesinin işveren tarafı değişir, fakat iş sözleşmesi bir kesinti olmadan devralan işverene geçer. Bu şekilde sözleşmeyi devralan işveren devreden işverene halef olur; devreden tüm hak ve borçları aynı kapsam ve içerikte devralana geçer.⁶

Sözleşme devrinin işçi yararına önemli bir sonucu, iş sözleşmesinin ve işçinin hizmet süresine bağlı hakların korunmasıdır. İş sözleşmesi fesihle sona ermediğinden, işçinin hizmet süresine bağlı haklarının hesabında devir tarihi değil, iş sözleşmesinin ilk kurulma tarihi esas alınır. Devralan işveren, devreden hukuki konumunu devraldığından, işçiye toplam hizmet süresini esas alarak işlem yapmakla yükümlüdür. Bu sayede işçinin kıdem ve ihbar tazminatının hesabında tüm hizmet süresi esas alınır. İş güvencesinden yararlanmak için devralan işverende tekrar bir 6 ay çalışmak gerekmez. Yıllık ücretli izin süresi toplam hizmet süresi üzerinden hesaplanır. Böylece işçinin, örneğin senede 20 gün izin hakkının

(4) EKONOMİ/EYRENCİ, 1199, 1203; SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, 2008, 295; ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin: *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Ankara, 2006, 244; GÜZEL, Ali: *İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Aktilerine Etkisi*, İstanbul, 1987, 266; ENGİN, Murat: *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren*, 1993, 211; Yarg. 9 HD 14.3.2001, 225/3914 ve AKYİĞİT, Ercan'ın İncelemesi, *Tühis*, Kasım 2001, 40; ARSLANOĞLU, M. Anıl, *İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi*, *Legal İSGHD*, S. 10, 543; DANAR, Cüneyt: *Yargıtay Kararları ile Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri*, *Sicil* 6, 62; BAŞBUĞ, Aydın: *İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki*, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Mayıs/Ağustos 2003, 10

(5) EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul, 2008, 1206, 1207

(6) EKONOMİ/EYRENCİ, 1214

doğması için devralanda tekrar 5 yıl çalışması aranmaz. Önceki işverende 5 yıl çalışmış olan işçi, devralan işverene karşı da senelik 20 gün ücretli izin hakkına sahiptir.

Birbirini İzleyen İş Sözleşmeleri Akdedilmesinin İş Sözleşmesini Devir Olarak Nitelenebilmesi

İş sözleşmesi devrinin gerçekleşmesi üç koşulun bir arada gerçekleşmesine bağlıdır: İşverenlerin anlaşması, işçinin onayı ve iş sözleşmesinin sona ermemiş olması. Sona eren bir iş sözleşmesinin devri mümkün değildir. Somut olayda olduğu gibi iş sözleşmesi feshedilmiş ise sözleşmesinin devri kural olarak kabul edilemez. Ancak bu koşul dürüstlük kuralına aykırı olarak işçiyi zarara uğratmak amacıyla da kullanılamaz. Somut olayda işçi bir topluluk şirketinden diğerine geçerek kesintisiz şekilde 18 yılı aşkın süre çalışmasını sürdürmüştür. Bu durumda yapılan işlemlerin gerçek duruma uygun olup olmadığı incelenmelidir. Yargıtay daha önce bir kararında, işçinin holdinge bağlı bir şirketten diğerine geçirilmesi için yapılan fesih işleminin şekli bir işlem olduğunu kabul etmiş, asıl irade ve uygulamanın işveren değişikliği yani sözleşme devri olduğu sonucuna varmıştır. Olayda işverenin, işçiye aynı belgede sözleşmesinin feshedildiğini ve diğer işverende göreve başlamasını duyurması da karara etkili olmuş gözükmektedir.⁷

İncelediğimiz karara konu olan olayda işverenin aynı hataya düşmediği, iş sözleşmesinin başka bir bildirim yapılmadan feshedildiği ve feshi izleyen gün diğer topluluk şirketi ile yeni bir iş akdi kurulduğu görülmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin feshi ve yeni bir iş sözleşmesi kurulması gerçek durumu yansıtmamaktadır. İşçinin ilk işe girdiği topluluk şirketinde sözleşmesi 30.11.1991 tarihinde feshedilmiş, bunu izleyen 01.12.1991 tarihinde ikinci topluluk şirketi ile iş sözleşmesi akdedilmiştir. 30.09.1997 tarihinde bu şirket tarafından iş sözleşmesi feshedilmiş, üçüncü topluluk şirketi ile feshi takip eden 01.10.1997 tarihinde yeni bir iş sözleşmesi akdedilmiştir. Fesih bildirimleri ile yeni iş akdi kurulması arasında işçinin faaliyetinde bir kesinti olmamıştır. Aksine işçinin 18 yılı aşkın süre aralıksız üç farklı topluluk şirketine hizmet verdiği görülmektedir. Ayrıca işçi tüm bu işlemlere rağmen aynı işte ve aynı işyerinde çalışmasını sürdürmüştür. Buna karşılık işçiye sadece son şirkette çalışma süresi üzerinden kıdem tazminatı hesaplanıp ödenmiş, toplam hizmet süresi esas alınmamıştır.

Olayda işverenlerin anlaşması ile ve onların menfaati doğrultusunda, işçinin iş ilişkisinde bir kesinti olmadan işveren değişikliği gerçekleşmektedir. İşverenlerin bu şekilde koordineli olarak fesih ve yeni iş

(7) 9. HD 25.6.1998, EKONOMİ/EYRENCİ, 1209, 1210

sözleşmesi kurma işlemleri sadece asıl amaç olan sözleşme devrini gizlemeye yöneliktir. Bu şekilde işçi hak kaybına uğratılmaktadır. Zira işçinin bir şirketten diğerine geçişi, iş sözleşmesinin devri ile gerçekleştirilseydi son işveren toplam hizmet süresinin tamamını dikkate alarak işlem yapmak zorunda kalacaktı. Bu durumda işçinin yıllık ücretli izin, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı gibi kıdeme bağlı hakları işçinin tüm şirketlerde geçen toplam hizmet süresi üzerinden hesaplanacaktı. Aynı holdinge bağlı, ortak bir insan kaynakları politikasına tabi işverenlere bu şekilde işçinin kıdeme bağlı haklarında indirim yapmak yetkisi tanınmaz. Bu amaca yönelik olarak, gerçekte iş sözleşmesi devri unsurlarını taşıyan işçinin bir şirketten diğerine geçişi, fesih ve yeni iş sözleşmesi akdi şeklinde gerçekleşse de, iş sözleşmesinin devrine bağlanan sonuçlardan kurtulmayı amaçlayan bu işlemlere hukuki geçerlilik tanınmamalıdır.

İşgücünün değerlendirilmesinde bir “bütün” olarak davrandığı kabul edilen şirket topluluklarında, işçinin bir şirketteki sözleşmesinin feshedilmesi ve yeni bir iş sözleşmesi kurularak fasılasız şekilde diğer bağlı şirkette çalışmaya devam etmesi de çoğunlukla planlı bir işlemdir. Buradaki fesih ve yeni sözleşme akdi işlemleri topluluğun ortak insan kaynakları politikası ve yönetiminin kararı doğrultusunda, bağlı şirketler arasındaki bir anlaşmaya dayalı olarak gerçekleşmektedir. Bu durumda Yargıtay’ın geçmiş kararında vardığı sonuca uygun olarak fesih bildirimini gerçek irade beyanını yansıtmayan şekli bir işlem den ibarettir. Bu sonuca varmak için mutlaka işçiye yazılı bir talimat verilmesi veya şirketler arasında yazılı bir anlaşmanın bulunması gerekmez. Kural olarak işçinin başka bir işverene devri işverenlerin menfaatine ise ve yapılan işlemlerde işverenlerin işbirliği ve koordinasyon içinde hareket ettikleri anlaşılabilirse, sözleşme devrinin varlığı kabul edilmelidir.

İşçinin korunması bakımından konuya yaklaşıldığında, işverenlerin aralarındaki işçi transferine hangi adı verdikleri veya bu transferi hangi hukuki yolla gerçekleştirdikleri önemli değildir. İşveren şirketler ortak insan kaynakları yönetimi ve aralarındaki işbirliği uyarınca bir işçiyi transfer etmek isterlerse, bu işlemi işçinin kıdeme bağlı haklarını kısıtlayarak yapmak hakkına sahip değildirlir.⁸ Personel yönetiminde ve işgücü ihtiyacının giderilmesinde bir “bütün” oluşturan holding şirketleri arasında işçi transferi yapılmış ise, bu işlemin görünürde bir fesih ve yeni bir sözleşme ile yapılmasına itibar etmemek gerekir. Gerçekte yapılan işlem, iş ilişkisinin ara vermeden, sadece iş sözleşmesine taraf olan işveren değiştirilerek yapılmasıdır. Sadece yeni işverenin başta kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin gibi kıdeme bağlı tüm haklarda yükümlülüğünü sınırlamak için sözleşme devri yerine işleme farklı bir görünüm

(8) HEIZ, Roman: Das Arbeitsverhaeltnis im Konzern, Wallisellen, 2004, 162 vd.

kazandırıldığı açıktır. Tam da yeni işveren olan şirketin işçiye ihtiyaç duyduğu gün eski işverenin sözleşmeyi sonlandırdığını kabul etmek normal hayat şartlarına aykırıdır.

Gerçekte işçinin bir şirketten diğerine devrini amaçlayan işlemin, fesih ve yeni iş akdi olarak gösterilmesi kötüniyetli, işçinin kıdeme bağlı haklarını ve yasaları dolanma amacı güden bir davranıştır. Bu sonuca varmak için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramına başvurmaya da gerek yoktur. Hakkın kötüye kullanımı yasağından MK 2 uyarınca fesih ve yeni iş sözleşmesi işlemlerini geçersiz kabul edip, gerçek işlem olan sözleşme devrine sonuç bağlanmalıdır. İşverenlerin bu olayda aralarında anlaşma bulunduğu, feshe rağmen işçinin kesintisiz çalışmaya devam etmesinden anlaşılmalıdır. İşçinin de feshi izleyen gün yeni işverende çalışmaya başlaması sözleşme devrine razı olduğunu göstermektedir.

Bu durumda mahkemelerin formaliteden ibaret olan ve gerçek irade beyanını yansıtmayan fesih işlemine değer vermemesi, kural olarak hangi ad ve görünüm altında yapılırsa yapılsın, işçinin aynı şirket topluluğuna bağlı bir şirketten diğerine geçerek fasılasız veya çok kısa bir ara ile çalışmasını sürdürmesini iş sözleşmesinin devri olarak kabul etmeleri gerekir. İşçinin kıdeme bağlı haklarında sözleşme devrine göre işlem yapılmalı, işçinin ilk işverende işe başladığı tarihe göre kıdemi esas alınarak sonuca varılmalıdır. Devralan işveren işçinin tüm kıdem süresine göre hesaplanacak kıdem tazminatından sorumlu olmalı, geçiş sırasında ilk işveren tarafından yapılan ödeme avans kabul edilerek toplamdan düşülmelidir. İşçinin iş güvencesine ve yıllık ücretli izin hakkına esas hizmet süresi de sınırlanmayacak, grup şirketlerindeki toplam hizmet süresi esas alınarak işlem yapılacaktır.

Somut olayda şüphesiz farklı sonuçlara varmak, fesih ve yeni iş sözleşmesi akdedilmesine geçerlilik tanımak uygun olabilir. Özellikle işçiye iş sözleşmesi feshedilirken ihbar tazminatı da ödenerek iş ilişkisinin tasfiye edilmiş olması, yeni iş sözleşmesinin belirli bir süre sonra akdedilmiş olması ve böylece işçinin çalışmasını kesintisiz sürdürmemesi gibi durumlarda sözleşme devri olduğu söylenemez. İşçinin haklı nedenle veya davranışından kaynaklanan geçerli bir sebeple sözleşmesinin feshi veya işçinin emeklilik sebebi ile işten ayrılması ya da başka bir işe girebilmek için işten ayrılma talebinin işçiden geldiğinin açıkça anlaşılması hallerinde de sözleşme devri kabul edilmeyecektir.

Sonuç:

Kararlardan davacı tarafın somut olayda sözleşme devrini ileri sürüp sürmediği anlaşılammaktadır. Bu nedenle konunun yeterince tartışılmış olduğu tahmin edilebilir. Fakat somut olayda işçinin üç farklı topluluk

şirketinde aralıksız çalıştırılması ile iki sözleşme devrinin gerçekleşmiş olduğu görülmektedir. Fesih ve yeni iş sözleşmesi akdetme işlemleri gerçek işleme farklı bir görünüm vermeyi amaçlayan formalitelerden ibarettir. Bu işlemler ile son işverenin kıdem tazminatı yükü azaltılmakta, işçi kıdem tazminatı bakımından zarara uğratılmaktadır. Mahkemelerin böyle bir durumda kötünietli, işçiye zarar veren işlemlere itibar etmeyip, fiili duruma uygun ve işçiyi koruyan hukuki kuruma göre sonuca varması gereklidir. Bu nedenle somut olayda iş sözleşmesi devrinin kabul edilmesi ve yerel mahkeme kararında olduğu gibi işçiye tüm çalışma süresi üzerinden kıdem tazminatı alma hakkı tanınması daha uygun olacaktır. Ara dönemde yapılan kıdem tazminatı ödemeleri ise, gerçek bir fesih işlemi bulunmadığı için, sözleşmeyi devralan son işverenin kıdem tazminatı yükünü azaltmak ve devredenlerin kendi dönemleri için sorumlu oldukları kıdem tazminatı borcundan kurtulmalarını sağlamak için yapılmış ödemelerdir. Bu ödemeler kıdem tazminatı avansı olarak kabul edilmeli ve toplam çalışma süresi üzerinden hesaplanacak son kıdem tazminatı ödemesinden düşülmelidir.

Kaynaklar:

AKYİĞİT, Ercan: Karar İncelemesi, Tühis, Kasım 2001

ARSLANOĞLU, M. Anıl, İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İSGHD, S. 10, 543

BAŞBUĞ, Aydın: İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs/Ağustos 2003, 10

ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006

DANAR, Cüneyt: Yargıtay Kararları ile Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri, Sicil 6, 62

EKONOMİ, Münir/EYRENCİ, Öner: Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, II, 1199

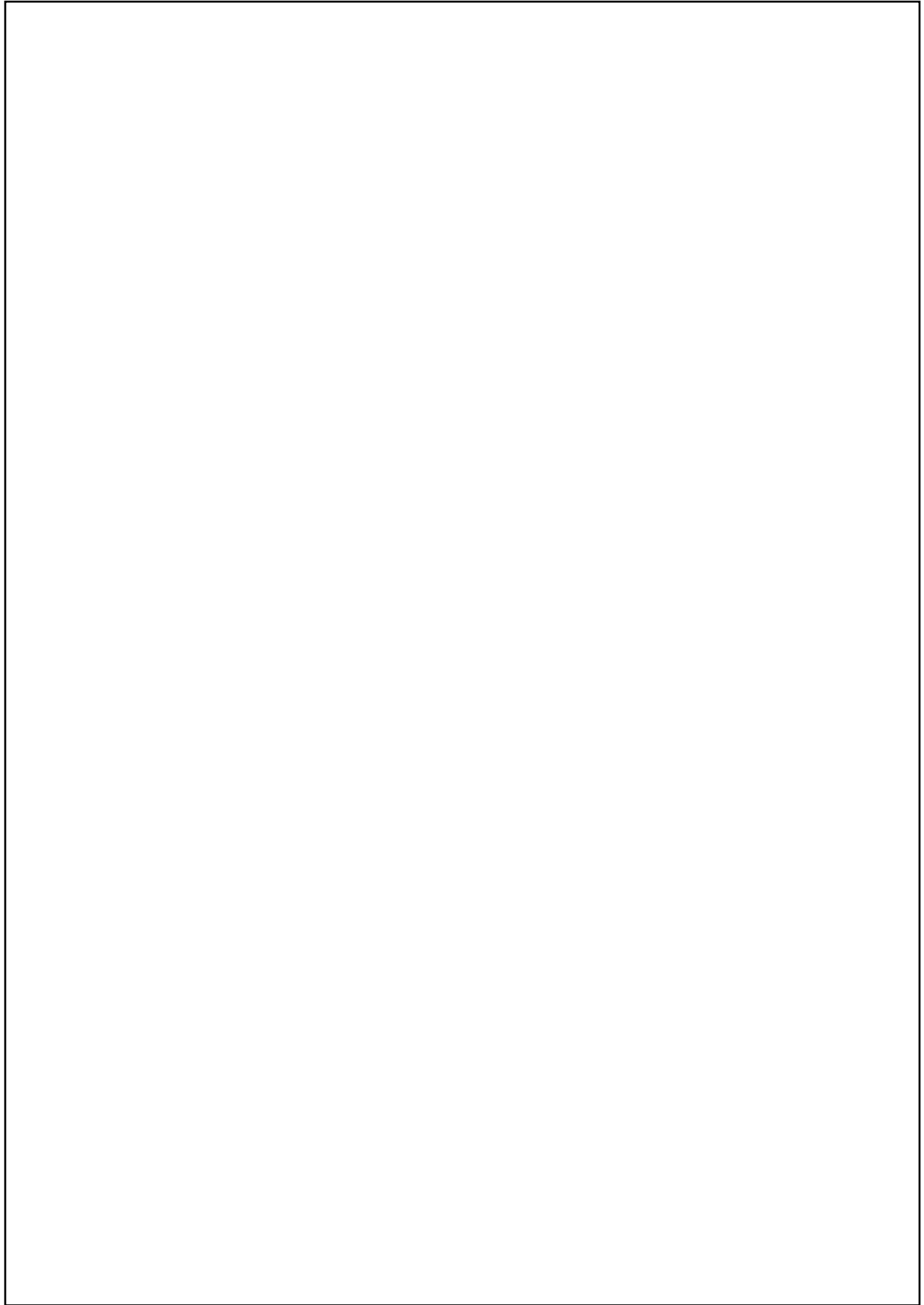
ENGİN, Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993, 211

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2008

GÜZEL, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1987

HEIZ, Roman: Das Arbeitsverhaeltnis im Konzern, Wallisellen, 2004

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2008



YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA **KIDEM TAZMİNATLARINDA** **EN YÜKSEK MEVDUAT FAİZİ UYGULAMASI** **VE UYGULAMADA SÜREGELEN YANLIŞLIKLAR**

Av. Celal ÜLGEN*

GİRİŞ

1475 sayılı İş Yasası'nın 14. maddesinin 11. bendi Kıdem Tazminatı Alacaklarına Bankaların mevduata uyguladıkları en yüksek faizin ödenmesini düzenlemektedir. Madde metni şöyledir:

“13. maddede sözü geçen tazminat ile bu maddede yer alan kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 26. maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de gözönünde tutulur. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hakim gecikme süresi için, ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder. İşçinin mevzuattan doğan diğer hakları saklıdır.”

Görüldüğü gibi Kıdem Tazminatı'nın ödenmemesi nedeniyle açılacak davanın sonucunda yargıç “*gecikme süresi için*” mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanacağını açıkça belirtilmektedir. Buradan en yüksek mevduat faizinin “*gecikme süresi için*” uygulanacağı daha sonrasında ise yasal faize döneceği sonucu çıkmaktadır. Ancak gerek öğretilerde ve gerekse uygulamada “mevduata en yüksek faiz” uygulaması çeşitli sorunlara yol açmış ve birlik sağlanamamış; yoruma açık bu konuda birbirini doğrulamayan uygulamalar olmuştur. Bu aşamadan sonra devreye Yargıtay 9. Dairesi ve 12. Dairesi girmiş, bu tartışmalara zaman zaman da HUKUK GENEL KURULU katılmıştır.

YARGITAYIN İLK UYGULAMASI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi başlangıçta en yüksek mevduat faizi olarak Merkez Bankası'nın verilerini almış daha sonra ise uzunca bir dönem Kamu Bankalarının uyguladıkları en yüksek mevduat faizini geçerli kılmıştır. Ancak bu uygulamalarda veri olarak Merkez Bankası'na ulaşan bilgilerin bankaların fiilen uyguladıkları en yüksek faiz oranları olmayıp uygulayabilecekleri alt ve üst limitler olduğu gerçeğinden hareketle buradaki en yüksek oranların dikkate alınmasının hak ve nesafet

(*) İstanbul Barosu Yayın Kurulu Başkanı

kurallarını yansıtmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Son dönemde bu görüşünden de vazgeçerek kamu bankalarının değil özel bankaların fiilen uyguladıkları mevduat faizlerinin en yüksek oranlarına dönüş olmuştur. Burada gerek kanun koyucunun ve gerekse Yargıtay'ın sürekli arayışı ve amacının temelinde işçilerin kıdem tazminatlarının geç ödenmesinden dolayı zarara uğramamaları ve korunmaları yatmaktadır. Kıdem Tazminatları için yüksek faiz uygulaması yapılarak iş verenleri Kıdem Tazminatı'nı beklemeksizin ödemeye teşvik etmek düşüncesi de yadsınmaz. Ancak bu durum bankaların mevduatlara verdikleri en yüksek faiz ile yasal faiz arasındaki makasın yönü ve miktarı belirleyici olmaktadır. Bankaların mevduata uyguladıkları en yüksek faizin yasal faizlerin altında kaldığı ve kalacağı dönemlerde makas ters açılmaktadır. Hiç değilse bu durumlarda alt sınır olarak yasal faizlerin uygulanması gerekir. Kanun koyucunun amacına en uygun yorum tarzı da budur.

FİİLEN UYGULANAN EN YÜKSEK FAİZ ORANLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9 ve 12. Hukuk Daireleri verdikleri kararlarda artık sanal oranların değil gerçekte "fiilen uygulanan oranların" esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bunun için de öncelikle kıdem tazminatı ile ilgili en yüksek faizin tarafların bildireceği özel bankalardan sorulması ve gelen bu yazı cevapları üzerine dosyanın bilirkişiye verilerek saptanan en yüksek mevduat faizi ile 1 (bir) yıllık dönemler halinde kıdem tazminatı alacağına uygulanmalıdır. Kartal 3. İcra Mahkemesi'nin 09.06.2005 gün ve 2005/91 E ve 2005/327 K sayılı "Merkez Bankası'nın bildirimini baz alınarak en yüksek mevduat faizlerine göre yapılan hesaplamayı kabul eden" kararını Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 25.10.2005 gün ve E. 2005/16553 ve K. 2005/20781 sayılı Kararı ile bozmuş ve mahkemenin kararda direnmesi üzerine ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12. Hukuk Dairesi'nin bozma kararını yeniden gerekçelendirerek 20.09.2006 gün ve E. 2006/12-594 ve K. 2006/534 sayılı Karar ile direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile 9 ve 12. Daire Karar özetleri aşağıda verilmiştir.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/12-594 **K:** 2006/534 **T:** 20.09.2006

"Ülkenin ekonomik gerekleri ve faize ilişkin tüm yasal düzenlemeler gözönüne alındığında; hükmedilen alacağa uygulanacak faizin belirlenmesinde kural olarak "hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde bankalarca mevduata fiilen uygulanan yasal en yüksek mevduat faiz oranlarının sorulması" yöntemi kabul edilmektedir.

Bu kurala göre Mahkeme, tarafların bildirdikleri bankalardan, hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde bankalarınca mevduata fiilen uygulanacak en yüksek faiz oranını sormalı ve oluşacak sonuca göre bir karar vermelidir.

Bu kural karşısında Özel Daire'nin 'Bir yıllık vadeli mevduata kamu bankalarınca fiilen uygulanan en yüksek mevduat faiz oranının adı geçen bankalardan tespiti'ne ilişkin bozma gerekçesi yerinde görülmemiştir. Nitekim Özel Daire'de dosyaya yansıyan emsal kararlarında açıkça belirtildiği üzere görüş değişikliğine giderek önceki uygulamasından dönmüş; yukarıda da açıklanan 'tarafların bildirdikleri bankalardan hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde mevduata bankalarınca fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının sorulması' yöntemini benimsemiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca da bu yöntem oybirliği ile usul ve yasaya uygun bulunmuştur.

Açıklanan nedenlerle direnme kararının bu değişik gerekçeyle bozulması gerekmiştir.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/11393 K: 2004/26806 T: 08.12.2004

"Mahkemece anılan bilirkişi raporunda davacının kıdem tazminatı gecikme faizi, fesih tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süre için aynı oran üzerinden hesaplanmıştır. Ancak gecikme süresi bir yıldan fazla olduğundan Dairemizin uygulaması gereğince her bir yıllık dönem için en yüksek mevduat faiz oranının tespit edildikten sonra birer yıllık dönemler halinde faiz alacağına hesaplanması gerekir. Yapılacak hesaplama sonucunda davalı yararına oluşan usuli kazanılmış hak dikkate alınarak faiz alacağı hüküm altına alınmalıdır.

Bilirkişi hesaplamasında nazara aldığı mevduat faizinin bankalarca uygulanan en yüksek faiz olup olmadığı da belirlenmemiştir. **Bu hususta uygulamacı bankalardan sorulmalı alınan cevaba ve yukarıdaki esaslara göre kıdem tazminatı gecikme faizi hesaplanması için bilirkişiden ek rapor alınarak sonuca gidilmelidir.**"

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2522 K: 2006/5088 T: 13.03.2006

"Takip dayanağı ilamda kıdem tazminatına fesih gününden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faiz üzerinden tahsiline karar

verildiği görülmüştür. İcra Mahkemesine, Merkez Bankası'ndan gelen ve fiilen uygulanan değil, uygulanması muhtemel olan en yüksek mevduat faiz oranları bildirilmiştir. Yargılama aşamasında bilirkişiden alınan faiz hesabına yönelik raporun incelenmesinde, Mahkemece, Dairemiz enflasyon geçiş dönemindeki ülke gerçekleri nazara alınarak uygulanan "kamu bankalarından sorulması" gerekeceği görüşüne değer verilerek kamu bankalarınca fiilen uygulanan en yüksek mevduat faiz oranı esas alınarak hüküm kurulmuştur. Ancak, Dairemizce bu görüş terk edilerek, Yargıtay sair Daireleriyle içtihat birliği sağlanması ve ülkenin ekonomik gerçeklerine uygun düşeceği görüşleriyle oluşturulan son içtihatlarına göre, **Mahkemece yapılması gereken iş, "hakkın doğum gününden itibaren birer senelik devreler halinde mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının" (tarafların bildirdikleri) bankalardan sorulmak üzere oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken** önceki içtihatlar doğrultusunda ve yazılı biçimde sonuca gidilmesi doğru değildir."

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5489 K: 2008/8277 T: 21/04/2008¹

"Mahkemece yukarıda ilkelere göre mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının tarafların bildirecekleri bankalardan sorulmak suretiyle tesbitinden sonra, hakkın doğum tarihinden itibaren (11/11/2005) birer yıllık devreler halinde hesaplanması için bilirkişiden ek rapor alınmalı ve düzenlenecek raporda takip talebinde izlenen ve bağlayıcı olan avans faiz oranının aşamayacağı genel ilkesi gözetilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir."

UYGULAMADAKİ YANLIŞLIKLAR

Yukarıda belirtilen Yargıtay Kararlarına karşın hâla² uygulamada yanlış uygulamalar sürüp gitmektedir. Özellikle yanlışlıklar faiz konusunda bilgisayar programı kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi programa hangi verileri yüklerseniz ve hangi hesap biçimini saptarsanız

(1) Bknz İSTANBUL BAROSU DERGİSİ Cilt 83 Sayı 2009/4 S.2226

(2) Bknz KABALAK Yörük - İSTANBUL BAROSU DERGİSİ- Dergisi 1996 /7-8-9 Sayfa 548

"Kıdem tazminatı faizinin hesaplanması meselesi, mahkeme ilamlarının icraya verilmesi aşamasında sorun oluşturmaktadır. Bazen yanılarak, bazen de kasıtlı olarak değişik ve farklı faiz hesaplamalarının icra emrine yazıldığı sık rastlanan bir durumdur. Doğaldır ki, böyle bir halde sorun icra Tetkik Mercüne intikal ettirilmekte, böylece ilamın infaz safhasında ikinci ve fazladan uyumsuzluklar doğmaktadır."

ona göre sonuçlar alınmaktadır. Örneğin bazı programlar ve dolayısı ile bu programı kullanan Bilirkişiler hesaplamalarında Merkez Bankası'ndaki Özel Bankalara ait veriler kullanılarak hesaplama yapılmaktadır. Oysa Merkez Bankası'ndaki veriler bir bankanın uygulayacağı en yüksek faiz ile en yüksek faiz oranını göstermekte olup fiilen kullandıkları faizi göstermemektedir. Fiilen uyguladıkları faiz ancak bu bankalara yazılacak müzekkere sonucu alınacak yanıtlara göre belli olacaktır. Bu bankaların seçimi ise taraflarca belirlenecektir. Davacı ve davalının ya da ilamların icrası aşamasındaki itirazlarda ise borçlu ile alacaklının göstereceği bankaların uyguladıkları faizler incelenecek ve en yüksek olanı 1 (bir) yıllık dönemler halinde uygulanacaktır.

ÖRNEKLER

10.000.-TL tutarında bir kıdem tazminatı alacağımız bulunsun ve bu alacak 01.02.2005 tarihinden itibaren işlemeye başlasın ve icraya verilmiş tarihi ise 01.08.2009 olsun. Bu durumda Yargıtayın kararları doğrultusunda Mahkemece yazılan müzekkereye fiilen en yüksek faizi veren bankalardan biri birinci dönem Zebank (%22), ikinci dönem GBanka (%17), üçüncü dönem Yine Zbank (%21) olsun ve bugüne değin Zbank fiilen en yüksek faizi uygulayadursun. Böylece faiz durumu aşağıdaki tablodaki gibi hesaplanmalıdır. Ancak dikkat edilmesi gereken bir hususta hesaplamamızın takip tarihi olan 01.08.2009'a kadar yapılacak olması, ondan sonraki dönemin ise alacağı yasal faizin işletilecek olmasıdır. Yani 01.08.2009'a kadar dosyaya ibraz edilen özel bankaların mevduata uyguladıkları en yüksek faiz dönemsel olarak uygulanacak ancak takip tarihinden sonra ise %9 yasal faizi işletilecektir.

ÖZEL BANKALARDAN ALINAN VERİLERLE HAZIRLANMIŞ FAİZ TABLOSU

Başlangıç	Bitiş	%	Faiz	Gün
01.02.2005	01.02.2006	22	2200,00	360
01.02.2006	01.02.2007	17	1700,00	360
01.02.2007	01.02.2008	21	2100,00	360
01.02.2008	01.02.2009	21	2100,00	360
01.02.2009	01.08.2009	21	1400.00	210
KIDEM TAZMİNATI FAİZİ 7.400.00				

Oysa Bilgisayar Programını ya da hazır icra programlarını kullanan bir alacaklı ya da Bilirkişi Merkez Bankası'nın verilerini "Bankalarca Yeni Türk Lirası Üzerinden Açılan Mevduata Uygulanacağı Bildirilen Azami Faiz Oranlarını" baz alarak en yüksek mevduat faizi uyguladığında şöyle bir fark doğmaktadır.

KARŞILAŞTIRMALI FAİZ TABLOSU

Başlangıç	Bitiş	Fiilen Uygulanan Oranlar %	MB Kayıtlarına Göre Oranlar %	Fark %
01.02.2005	01.02.2006	22	24	2
01.02.200	01.02.2007	17	21	4
01.02.2007	01.02.2008	21	26	5
01.02.2008	01.02.2009	21	24,5	3,5
01.02.2009	01.08.2009	21	27	6
TOPLAM		102	122,5	20,5

Bu oransal tabloyu parasal olarak da değerlendirdiğimiz zaman aradaki fark kolayca ortaya çıkmaktadır.

KARŞILAŞTIRMALI PARASAL TABLO

Başlangıç	Bitiş	Fiilen Uygulanan Oranlar TL	MB Kayıtlarına Göre Oranlar TL	Fark TL
01.02.2005	01.02.2006	2200,00	2.400,00	200,00
01.02.2006	01.02.2007	1700,00	2.100,00	410,00
01.02.2007	01.02.2008	2100,00	2.600,00	500,00
01.02.2008	01.02.2009	2100,00	2.450,00	350,00
01.02.2009	01.02.2009	1400,00	1.800,00	400,00
TOPLAM		9.500,00	11.350,00	1850,00

Yukarıdaki yanlış uygulama gördüğümüz kadarı ile İstanbul İcra Hukuk Mahkemelerinin bir çoğunda sürkdürülmektedir. Bir çok takip itiraza uğramadığı için görmezden gelinmekte bir çok takip de de bilirkişi

raporları mahkemece yeterince denetlenmediği için İcra Dairesi uygulaması doğru kabul edilmektedir. Bu açıdan uygulamaya örnek olması ve yanlışlığın düzeltilmesi için bu makalenin yazılmasına gerek duyulmuştur.

ÖZEL BANKALARDAN GELEN FAİZ VERİLERİ

Aşağıda üç özel bankadan alınan ve fiilen uygulanan faiz oranları görülmektedir. Bu bankalara göre de faiz tablosu oluşturulabilir.

Garanti Bankası	Akbank	Halk Bank
04/08/2003 49%	12/23/1994 90%	03/11/2003 47%
04/30/2003 47%	01/05/1995 95%	03/24/2003 48%
06/05/2003 44%	03/30/1995 90%	04/22/2003 47%
07/17/2003 43%	07/18/1995 85%	04/25/2003 42,50%
08/07/2003 41%	11/07/1995 90%	06/05/2003 40%
08/13/2003 40%	12/19/1995 95%	07/18/2003 38%
09/09/2003 38%	01/28/1997 90%	07/24/2003 37%
09/18/2003 37%	06/26/1997 95%	08/07/2003 35%
09/19/2003 36%	05/06/1998 93%	09/16/2003 34%
10/09/2003 32%	06/10/1998 90%	09/19/2003 32%
10/16/2003 29%	07/02/1998 85%	10/08/2003 30%
02.13.2003 28%	07/07/1998 75%	10/16/2003 27%
12/22/2003 26%	09/02/1998 82%	01/07/2004 25%
01/07/2004 24%	09/16/1998 85%	02/06/2004 23%
01/15/2004 23%	10/20/1999 80%	03/18/2004 21%
03/15/2004 22%	11/03/1999 75%	11/17/2004 22%
04/06/2004 21%	11/26/1999 70%	12/21/2004 21%
09/14/2004 20%	12/06/1999 67%	01/03/2005 20%
12/21/2004 19%	12/13/1999 55%	01/12/2005 19%
01/18/2005 18%	12/14/1999 45%	02/21/2005 18%
02/15/2005 17%	01/04/2000 52%	03/09/2005 17%
03/22/2005 17%	01/13/2000 42%	11/24/2005 16,50%
04/19/2005 17%	01/14/2000 37%	01/25/2006 15,50%
09/27/2005 16%	01/21/2000 34%	03/09/2006 15%
10/12/2005 15%	02/24/2000 40%	04/13/2006 14,50%
01/24/2006 14%	03/20/2000 38%	06/14/2006 15%
06/09/2006 15%	03/27/2000 36%	06/27/2006 17%
06/26/2006 16%	05/29/2000 38%	07/12/2006 18%
10/30/2006 16%	07/05/2000 36%	01/15/2007 18,50%
02/02/2007 15%	07/17/2000 34%	01/15/2007 18,50%

Garanti Bankası

02/06/2007 16%
 04/10/2007 16%
 04/12/2007 17%
 07/03/2007 17%
 09/25/2007 16,75%
 01/02/2008 16%
 01/15/2008 15,75%
 02/28/2008 15,50%
 06/02/2008 15,50%

Akbank

07/31/2000 31%
 08/17/2000 29%
 09/07/2000 32%
 09/15/2000 34%
 09/22/2000 35%
 10/04/2000 38%
 11/22/2000 42%
 12/01/2000 60%
 12/07/2000 75%
 12/12/2000 65%
 12/26/2000 100%
 01/02/2001 70%
 01/05/2001 65%
 01/08/2001 60%
 01/10/2001 55%
 01/23/2001 45%
 01/29/2001 43%
 02/08/2001 45%
 02/21/2001 60%
 02/26/2001 110%
 03/02/2001 100%
 03/09/2001 80%
 03/12/2001 80%
 03/29/2001 100%
 04/02/2001 85%
 04/25/2001 80%
 05/16/2001 75%
 05/17/2001 70%
 05/18/2001 67%
 06/06/2001 65%
 08/23/2001 66%
 08/24/2001 65%
 01/08/2001 63%
 03/21/2002 62%
 04/02/2002 59%
 04/09/2002 55%
 04/24/2002 50%
 05/16/2002 53%
 05/23/2002 54%

Halk Bank

05/17/2007 18%
 09/19/2007 17,50%
 10/17/2007 17%
 11/16/2007 16,50%
 02/01/2008 16%
 04/30/2008 16,50%

Akbank

06/20/2002	57%
11/11/2002	52%
11/19/2002	49%
06/06/2003	46%
06/10/2003	45%
07/18/2003	41%
07/24/2003	43%
08/08/2003	41%
08/13/2003	40%
09/01/2003	38%
09/15/2003	36%
09/19/2003	34%
10/08/2003	32%
10/16/2003	29%
12/11/2003	28%
01/06/2004	26%
01/12/2004	25%
02/06/2004	23%
02/27/2004	22%
03/09/2004	23%
03/19/2004	22%
09/10/2004	21%
09/14/2004	20%
12/22/2004	19%
01/12/2005	18%
02/10/2005	17%
04/12/2005	16%
10/12/2005	15%
01/04/2006	14%
06/09/2006	15%
06/27/2006	16%
06/28/2006	17,50%
08/11/2006	18%
09/15/2006	17,50%
02/20/2007	17,25%
09/17/2007	17%
10/18/2007	16,50%
11/16/2007	16,25%
02/01/2008	16%

FAİZ HESABINDA AY YIL VE GÜN

Bir çok Mahkeme kararına dayanak oluşturan raporlarda bir sorun da yıllık faizin hesaplanması sırasında yılın 360 değil 365 gün olarak alınmasından çıkmaktadır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 27.12.1993³ günlü bir kararında Hesaplama yöntemine göre, yılın (360) gün, ayın ise (30) gün üzerinden nazara alınıp, bakiyeye gün kalırsa bunun ilavesi suretiyle faiz tutarının belirlenmesi gerekirken, yılın (365) gün olarak kabulü ile bu suretle hesaplama yapılması doğru bulunmamış ve yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

SONUÇ OLARAK

1) Kıdem tazminatı faizinin başlangıç tarihi hizmet akdinin feshedildiği tarih olup ilamın icraya verildiği güne değin işletilmelidir. İlamın icraya verildiği tarihten sonra ise yasal faiz işletilecektir.

2) Hesaplama yapılırken, fesih tarihinde özel bankaların mevduata fiilen uyguladıkları en yüksek faiz oranı tarafların bildirecekleri bankalardan sorulmalı ve saptanan bu oran birer yıllık dönemler itibariyle ana paraya eklenmelidir. Bir yıllık zaman dilimi içinde değişen faiz oranları hesaplamayı etkilememeli ve faize faiz yürütülmemelidir.

3) Hazır programlara ve İcramatik gibi programlara dayanarak yapılan faiz hesaplamaları yüklenen verilere göre değişiklik göstereceğinden kolay yola sapılmamalı ve her olaya ilişkin faiz hesaplaması, dosyadaki verilere göre ayrı ayrı yapılmalıdır.

4) Bugünlerde (15.09.2009 tarihi itibariyle) bazı bankaların mevduata uyguladıkları faiz oranları aşağıya çıkarılmıştır. Görüldüğü gibi en yüksek faiz yasal faizin altında bulunmaktadır. Böyle durumlarda işçi alacaklarının korunması açısından yasal bu dönemler için yasal faizin baz alınması hak ve adalet ilkelerine daha uygun olacaktır.

15.09.2009 İTİBARIYLA BAZI ÖZEL BANKALAR TARAFINDAN FİİLEN UYGULANAN EN YÜKSEK MEVDUAT FAİZLERİ

ŞEKERBANK -	6.80%
GARANTİ BANKASI -	7.44%
FORTİSBANK -	6.38%
HSBC -	7.22%
Y. KREDİ BANKASI -	7.65%

(3) YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ E.1993/15901 K.1993/20222 T.27.12.1993

"Hesaplama yöntemine göre, yılın (360) gün, ayın ise (30) gün üzerinden nazara alınıp, bakiyeye gün kalırsa bunun ilavesi suretiyle faiz tutarının belirlenmesi gerekirken, yılın (365) gün kabulü ile bu suretle hesaplama yapılması doğru kılınmamıştır. Bu durumda anılan ilkeler doğrultusunda, bilirkişiye hesaplama yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir."

İŞ YARATMA, İSTİHDAM POLİTİKASI ve İŞ HUKUKU'NUN ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİNDEKİ ROLÜ

Av. Dr. Erdal EGEMEN

I. GİRİŞ

Bir yüzyıldan bu yana İş Hukuku, sosyal politikanın anahtar unsuru olmuştur. İş Hukuku'nun amacı yaygın koruma ve sosyal düzeni uyumlu kılmaktır. Günümüzde "İş hukuk terimi" en genel anlamda hem bireysel hem de kolektif boyutlarını ve endüstri ilişkilerini kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Endüstri ilişkilerinde tartışılan, İş Hukuku'nun düzenleyici boyutu ile işlevsel boyutu arasındaki karşılaştırmanın yapılmasının gerektiği görüşüdür.

Dünyada çeşitli ülkelerde (İngiltere, İtalya, Fransa, Amerika) İş Hukuku'nun hedeflerinde bir değişim yaşanmakta olduğu bir gerçektir. İş bireysel işçiyi koruma altına alan iş hukukunun bu durumundan çıkarıp, istihdamın desteklenmesi yönünde dinamik bir perspektife yönelmesini sağlama konusunda tartışmalar yaşanmaktadır. Tartışmaların tümüyle olmazı bile esas olarak İş Hukuku'nun normatif ölçüleri üzerinde odaklanmaktadır. Ancak iş hukukunun rolünün yalnızca korumasız ve ekonomik olarak zayıf bireylerin desteklenmesini sağlamaktan ibaret olduğunu belirtmek yanıltıcı olur. (1) Devletin iş hukuku ve buna bağlı çıkarılan yasalarla endüstrileşme süreci bakımından düzenleyici müdahalesi hiçbir zaman tek yönlü olmamıştır. Uyulmakla yükümlü bulunan iş yasalarının hükümleri, sadece işçinin korunmasına yönelik geleneksel bakış açısı yanında sosyal barışın ve kurulu düzenin, genel sağlığın ve üretim sisteminin rasyonalizasyonunun, girişimciler arasındaki rekabet biçimlerinin korunmasının, birbiriyle uyumlu olmasının sağlanması açısından her zaman önem taşır. O nedenle istihdam ilişkilerinin yasal çerçeveye kavuşturulması hiç kuşkusuz koruma kaynaklarının adil dağıtılmasını isteme hakkının bir ürünü olduğu kadar, aynı zamanda endüstri toplumun da üretimin çeşitlerini ve işleyişlerini disiplin altına alması iş hukukunun geleneksel tutumudur. Bu bakımdan iş hukukunun bugüne kadar oynadığı bu çok çeşitli roller ve onunla bağlantılı stratejiler ve kurallar hiç kuşkusuz gelecek yüzyılda da sürecektir. Ülkemizde ve Avrupa'da son 20 yılda bilimsel tartışmaları derinden koşullandırdığı bir yanlış anlama ve hata vardır. Bu yanlış anlama "İşgücü politikaları" ile "istihdam politikaları" nı birbirine karıştırılmaktadır. Oysa bunlar birbirlerinden tamamıyla farklı

kavramlardır. “İstihdam politikaları”, belirlenmiş bir sosyo-ekonomik sistem içindeki karmaşık istihdam düzeyini yükseltmeyi hedefler. Örneğin mali politika, endüstri politikası, kamu harcamaları politikası, ülkenin az gelişmiş yörelerinde iş yaratmayı destekleyen politikalar vergi ve zorunlu sosyal kesintilerin (SGK, BAĞ-KUR) kaçırılmasıyla mücadele amaçlı politikalar, kayıt dışı işçi çalıştırmaya karşı mücadele politikaları vb.

“İş gücü politikaları” ise esas olarak istihdam politikalarından çok farklıdır. İş gücü politikaları nüfusun belli bir kesiminin, uzun süreli işsizlerin, vasıfsız işçilerin, gençlerin, kadınların, engellilerin, göçmenlerin, kayıt dışı çalışanların, istihdam olanaklarını desteklemeye yönelik önlemlerden oluşur. Bu önlemler eğitim, mesleki yönlendirme vb. farklı müdahale düzeylerinde etkilidirler. Bunun dışında genel işsizlik düzeyinde marjinal ve dolaylı yol gösterme dışında önemli bir etkileri yoktur.

İş Hukuku'na işsizliği azaltma olarak yeni olanakları yaratma görevleri verilmesinin nedeni “İş gücü politikaları” ile “İstihdam politikalarının” birbirine karıştırılmasından kaynaklanmaktadır. Ortak görüş istihdam korunmasının, istihdam üzerinde bir etkisi olduğuna dair pek kanıt olmadığı gibi, işgücünü koruma standartlarının düşürülmesi ve esnekleştirilmesinin daha fazla iş yaratılmasına bir katkısı olacağını iddia etmeye herhangi bir haklı nedeni gösterilememektedir.

II. İstihdam Politikalarında İş Hukukunun Rolü:

İstihdam politikalarında İş Hukuku'nun rolü konusunda tartışmaya neden olan görüş, iş hukukunun tarihsel olarak sadece tek yönlü geliştiği, işçiyi sadece istihdam ilişkileri içinde koruyup, iş gücü piyasasında korumadığı iddiasıdır. İş hukukunun iş yaratma, istihdam edilebilirliği ve iyileştirme rolünü incelersek, bu iş hukukunun değil, sosyal güvenlik hukukunun konusuna giren mesele ve düzenlemeleri ilgilendirmektedir. Bu iki hukuk dalı da birbirinden bağımsız olarak istihdam ile ilgili sorunları ele almaktadır.

İş Hukuku bugün temsil ettiği sosyal değerleri ve dayandığı anayasal ilkeleri serbest rekabetin ekonomik talepleriyle uyumlu hale getirmeye zorlanmaktadır. Aslında iş hukuku her zaman işçilerin ve işverenlerin çıkarları arasında bir denge kurmaya çalışmış başarılı olmuştur. Ancak iş hukukunun ekonomik politikalarının sıradan bir aracı piyasanın gereksinmelerine göre, ayarlanarak bir değişken haline getirilmesi son derece tehlikelidir.

İş Hukuku'nun geçirdiği değişiklikleri incelerken iş sözleşmesinin egemen model olan sürekli bir işletmede, belli bir çalışma yerinde, belirsiz süreli bir sözleşmeye dayalı tek istihdam biçimi yerine değişik istihdam biçimleri Atipik ortaya çıkmıştır. Bu durum işgücü piyasalarında önemli bir

parçalanmaya yol açmıştır. Yasal alanda bugün geleneksel çalışma düzenlemelerinin yasaların işgücü ile geleneksel işçi haklarının çoğundan yararlanmayan işgücü (kadınlar, genç işçiler, göçmen işçiler, kaçak işçiler) arasında kesin ayrımlar yapılmaktadır. Bunun nedeni işgücünün önemli bir bölümünün kayıt dışı ekonomide çalışıyor olmasıdır.

Bu işgücünün parçalanması iş hukukunu da bir paradoksa zorlamaktadır. İş Hukuku'nun ortaya çıkmasını, gelişmesini ve varlığını haklı kılan şey zayıf olan işçinin korunması ve işgücünün yasal bakımdan bir meta gibi görülemeyeceği varsayımdır. Ancak İş Hukuku da korumacı özelliğini devam ettirirken değişik iş sözleşmeleri (Atipik) ve istihdam ilişkisi biçimlerine yanıt verme özelliğini de içermelidir. Bir anlamı varsa bütün işçileri koruduğu için vardır. O nedenle İş Hukuku istihdam ilişkisi içerisinde işçinin korunması ile istihdamının korunması arasında bir denge kurmak, salt "kapsam içi" olanın korunması değil "kapsam dışı" olanında korunmasını sağlamak zorundadır. Ancak bu korumacılığın sağlanmasında devletin yasaları ve sendikaların tek taraflı iş sözleşmelerinde işçileri istihdamda koruyan maddelerinin yitirilmesine, izin vermemek zorundadır. Günümüz iş hukuku kötü bir işin hiç iş olmamasından daha iyi olduğu varsayımına dayandırılmak istenmektedir. (2)

Ülkemizde ve Avrupa'da sendikaların göreceli olarak zayıflaması ve küresel ekonomik sistemin istemleri karşısındaki yeni tutumlar hem yasal çerçeve (4857 sayılı İş Kanunu ve işverenin lehine getirilen önemli değişiklikler) hem de toplu iş sözleşmesindeki hükümlerde değişikliklere yol açmıştır. Bu yasal ve toplu iş sözleşmelerinde yapılan değişiklikler yönetim haklarının artmasına işçilerin yararlandığı zorunlu koruma düzeylerinde aynı oranda bir azalmaya neden olmuştur. Genel olarak işverenler işgücünün işyerlerinde örgütlenmesinde ve yönetilmesinde sendikalara karşı yeniden önemli bir aktif rol üstlenmişlerdir.

Günümüzde yaşanan yeni bir olgu da geleneksel işletme modelinden uzaklaşmak işletmenin bölümlerinin ayrılması, üretimin bir bölümünün dışardan temin edilmesi, üretimin dışsallaştırılması, başka işletmeler ya da bağımsız alt işverenlere aktarılmasıdır. Aynı zamanda işletmeler arası birleşme yoğunlaşmakta sermayenin uluslararasılaşması bağlamında gerçekleşmektedir. Bunun sonucu olarak işletme sahibinin kişiliği ve işverenin kimliği yitip gitmektedir. Endüstri ilişkilerindeki bu değişiklik iş sözleşmelerinde yeniden şekillenmesine ve sendikaların gücünün zayıflamasına neden olmuştur. Kabul edilemez sayılan bu gelişmelerin genel bir kabul görmesi sağlanmıştır.

20. Yüzyıl'ın son yirmi yılı, başta sanayileşmiş ülkeler olmak üzere bütün dünyada sendikaların misyonu ve geleceği ile ilgili belirsizliklerin yoğun olarak tartışıldığı bir dönem olmuştur. Kaliteli üretime, Keynesgil

ekonomi politikalarının uygulanmasına ve örgütlü ve çatışmacı endüstri ilişkileri ve refah devletinin egemen gücüne dayanan geleneksel sistemin temellerinin 1960'tan itibaren zayıflamaya başladığı görülmektedir. Sendikalar kitle üretim endüstrilerinde mavi yakalılardan oluşan geleneksel üyelerini gittikçe kaybetmeye başlamışlardır. Küreselleşmenin ilk etkileri ülkenin işletmelerinin ve sendikaların geleneksel davranış biçimlerini değiştirmek suretiyle işçilerin çalışma koşullarını ve gelirlerini zayıflatmak olmuştur. Reel ücretlerin düşmeye başlaması, refah devletin gerilemesi, sosyal güvenlik ağının parçalanmaya başlaması, güç merkezlerinin ileri teknolojiye dayanan işletmeler ile çok uluslu şirketlere kayması işgücü özelliklerinin değişmesi, yüksek işsizlik oranlarının ortaya çıkışı, Atipik çalışma biçimlerinin yaygınlaşması, esnek üretim sistemlerinin, kuralsızlaştırmanın ortaya çıkışı, genç işçilerin oranlarının artması, işçilerin öğrenim düzeylerinin yükselişe, ekonomik, sosyal ve siyasal alanın en önemli temel taşlarından biri olan sendikalar, hem her ülkede önemli zorluklarla karşı karşıya kalmış, üye sayılarında önemli düşüslere neden olmuştur. (5)

Türkiye'de ekonomik ve sosyal alanda kısıtlamalar nedeniyle sendikalar bir "var olma" ve "yaşama" mücadelesi vermektedir. Günümüzde ise bu mücadelenin daha büyümesine yol açan koşullar ortaya çıkmaktadır. Örneğin; çalışanların uygulamalarda iş güvencesine tam olarak sahip olmaması, Atipik çalışma biçimleri, alt işveren uygulamaları, özelleştirme, endüstride küçük işletmelerin ağırlıklı konumu, nüfusun tarım ağırlıklı istihdam yapısı, demokrasinin kurumsallaşmaması sendikaların çalışma koşullarının daha da ağırlaşmasında etken olmaktadır.

Türkiye'de büyük ölçüde kütleli ve uzun süreli işçiliğe yol açan resestyonist süreci, işverenler işyerlerini kapatma ve işten çıkartma tehdidinde dönüştürmek suretiyle "çalışanların sendikalarına üye olma ve üyeliğini korumada çekingen ve korkak davranmasına" yol açmıştır. Toplumda işyerlerinde çalışan işçiler, "iş bulma şansları" olarak nitelendirilmeye başlanmıştır. İşçilerin, "işten çıkarılma riski" sendikaların sağlayabileceği çıkar beklentilerinin önüne geçmiştir. Bütün bu koşullar altında sendikalar haklarını sağlamak ve sendikaların etkinlik alanını genişletmek kolay olmamıştır. Ülkemizde genellikle kamu ağırlıklı sendikaların oluşması (TÜRK-İŞ, HAK-İŞ konfederasyonları) nedeni ile kolay ve güvenceli sendikal haklar kamu kesiminde uygulanabilmektedir. Kamu ağırlıklı sendikalar, tüm hükümetler ve siyasi partilerle esnek platformlarda iyi geçinmeyi gerektiren kolay ve siyasal manevralara dayalı ücret ya da toplu iş sözleşmesi sendikacılığı yaparak tek boyutlu politikalar izlemişlerdir. Ülkemizde çalışma koşullarının ve ücretlerin genellikle yetersiz olması da sendikaların işçilerin çıkarlarını iyileştiren "Pazarlıkçı"

sendikacılığın oluşmasına neden olmuştur. Türkiye’de sendikalar sınıf mücadelesi sonucu ve aracı olarak doğmadıkları gibi bu işlevi de üstelenmemişlerdir. Ayrıca sendikalar, toplum sorunlarına karşı ilgi ve duyarlılık pek göstermeyip, siyasal gücünü ve etkinliğini kullanmamış, üye tabanının biliçlenmesini için gereken eğitim yeterince yapmamış, bilim adamları ve uzman kişilerden yararlanmasını tam anlamıyla bilememiştir. Tabandaki işçilerin bakış açısında bir sınıf mücadelesi için değil, sendikalar örgütleri için de ve toplu pazarlık beklentisi (çıkarı) içinde oluşmuştur.

III. DEĞİŞEN İŞ HUKUKU

Bütün bu oluşumların iş mevzuatı ile ilgili yasaların işçilerin aleyhine olarak değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler bazı işverenlerin yasama organlarına baskı kurması, sendikalar hareketin zayıf direnişleriyle ve iş hukukçularının (Akademisyenlerin) hoşgörüsü ile gerçekleşmiştir. Bütün bu değişiklikler iş mahkemelerinin karar gerekçelerine kadar yansımıştır. İş mahkemeleri ve Yargıtay son yıllarda bazı kararlarında genel istihdamın desteklenmesi gerekçesi ile işverenlerin görüşlerine uygun düşen kararlar geliştirmiştir.

İş gücü piyasasının iyileşmesi iş hukukundan çok hükümetin sosyal ve mali politikalar alanıyla ilgili olduğu için, iş hukukunun bu konuda ancak ılımlı bir rol oynayabilir. Ekonominin iş yaratma yeteneği iş gücü piyasasının değil genel piyasada yatar. İş Hukuku’nda yapılan değişikliklerle istihdam yaratması beklenemez. Ancak İş Hukuku ekonomik sistemin verimli yönetiminin ya da istihdam yaratılmasının ve sürdürülmesi önünde bir engel oluşturulmamalıdır. İş Hukuku hem çalışmayı hem de işçiyi koruma şeklindeki özgün işlevini sürdürmek, bir taraftan da işletmelerin kendi aralarında piyasanın gereklerine göre rekabet etmelerine olanak veren bir düzenlemeyi sunmak durumuna getirilmiştir.

İş Hukuku’nun istihdam politikalarının bir aracı haline getirilmesi, İş Hukuku’nun hem bir İşçi Yasası (işçileri işveren karşısında koruyan yasa) hem de bir işletme yasası (işletmenin taleplerini karşılayan bir yasa) olmasının getirdiği çelişkili durumun daha da artmasına neden olmaktadır. (3)

IV. İŞ HUKUKU, TOPLU PAZARLIK VE ÇALIŞMA İLİŞKİLERİN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

İstihdam konusunda ülkeler arasında yapılan karşılaştırmalar, istihdamı koruma yasalarının genel işsizlik üzerindeki etkisi hiç veya çok az olduğunu göstermektedir. İstihdamı koruma yasalarının daha katı olduğu ülkelerde, belli bir yılda işsiz kalan işçilerin sayısı daha az olmakta buna karşılık işsiz kalanların bu işsizlik süreleri bir yıl veya daha fazla

sürme olasılığı oldukça yüksektir. İstihdamı koruma yasaları işgücü piyasasının yapısını etkileyebiliyorsa da kayıt dışı işgücü piyasasının büyüklüğü üzerinde önemli etkileri olmamaktadır.

İş gücü piyasasının en önemli sorunlarından biri yeni iş sahaları yaratamamak, üretken yatırım kaynaklarının büyük ölçüde sınırlı kalmasına yol açan kayıt dışı çalışma oranının büyüklüğüdür.

Endüstri ilişkilerindeki bu dengesizlikler, değişkenlikler İş Hukuku'nun yeniden yapılanması sonucunu doğurmuştur. Çalışma ilişkilerinde esnekliği destekleyen eğilimler, İş Hukuku'nun koruyucu rolünün azalmasını getirmiş ve toplu pazarlığın işçilerin sahip olduğu yasal korumayı iyileştirmedeki geleneksel rolünü radikal bir değişikliğe uğratmıştır. Günümüzde iş yasaları ve toplu pazarlık arasındaki ilişkiler çok daha karmaşık hale gelmiştir. Yasal düzenlemelere kıyasla toplu pazarlık düzenlemeleri daha ağır basmaktadır.

İş gücü piyasasındaki işlemlerin değişmesiyle toplu pazarlığın rolü ve içeriği geleneksel müzakere teknikleri de değişmektedir.

Bu gün toplu pazarlığa işgücü piyasasına dolaylı ya da dolaysız müdahale rolü verilmektedir. Toplu iş sözleşmeleri her zaman işgücü piyasasının düzenlenmesinin bir aracı olarak gelmiştir. Ancak şimdiye kadar istihdam politikalarının bir aracı olmamıştır. Toplu iş sözleşmeleri ilgili müzakerelerde her zaman mevcut istihdamla ilgilenilmiş, yeni iş yaratma kararının işverene ait olduğu, dolayısıyla taraflar arasında istihdamla ilgili bir pazarlık konusu olmamıştır. Toplu pazarlığın istihdam üzerindeki etkisi ekonomik bir krizin ya da işletmenin teknik alanda yeniden yapılanması (teknolojik değişim) sonucu olarak işçilerin işlerini kaybedebileceğini öngörebildiği durumlarda olmuştur. Günümüz toplu iş sözleşmelerinde istihdam ile ilgili konularda bir istihdam düzeyini korumak üzere taraflar arasında bir anlaşmaya varılmasıdır. İstihdamın korunmasıyla ilgili olarak taraflarca kabul edilen toplu iş sözleşmeleri, istihdam üzerinde doğrudan etkisi olan, işletmede uygulanacak iş sözleşmesi türleri, işin bir kısmını alt işverene verme, kiralık işçi, geçici çalıştırma ve esnek çalışma gibi kararları etkilemeye çalışmaktadır. Bunun sonucu olarak toplu pazarlığın genel olarak iş kolu düzeyinde olması gerekirken toplu pazarlık işletme ve işyeri düzeyinde tartışılmaya başlanmıştır.. Toplu pazarlığın işyeri düzeyine doğru kayması "*çalışma ilişkilerinin birleşmesinden*" söz edilmeye başlanmıştır. İşçi ve işveren arasındaki yapılan ferdi iş sözleşmeleri taraflar arasında daha benimsenen hale gelmektedir. İş sözleşmeleri giderek daha çok işçinin kendini koruması, kendi çalışma koşullarını belirlemesinde daha güçlü rol oynaması için geçerli bir araç olarak savunulmaktadır. Bu kabulün asıl amacı İş Yasalarının ya da toplu iş sözleşmelerinin dayattığı

kısıtlamalardan arınmış daha esnek bir yönetime ulaşmaktır. Sonuç ise yönetimin haklarının daha da genişlemesi ve buna paralel olarak işçinin yasalarla ve toplu iş sözleşmeleriyle sahip olduğu korunma düzeyinin azalmasına neden olmaktadır. İşverenler çalışma ilişkilerinde Medeni Kanun'un ya da Borçlar Kanunu'nun hükümlerine göre sözleşme özgürlüğüne uygulanmasını savunmaktadırlar. İşçi ve işveren arasında dikey eşitlik sağlanmadan, işveren karşısında zayıf olan işçinin, iş sözleşmesinde koşulların belirlenmesinde güçlü olması düşünülemez. İş Mahkemeleri ve yüksek yargı organlarının kararları da değişmeye başlamış, işçiyle işveren arasında yapılan iş sözleşmelerini kabul etmede daha esnek davranmaya başlamışlardır.

SONUÇ:

Endüstri ilişkilerinde meydana gelen değişiklikleri uyarlamaya çalışmak için iş hukuku kapsamını ve işlevini yeniden tanımlamış ilkelerini yeniden yapılandırmıştır. İş Hukuku diğer hukuk dallarına göre daha reformcu ve daha tepki gösterme yeteneğine sahip olduğunu kanıtlamıştır. İş Hukuku'nun iş gücü piyasası arasında yakın bir bağlantı olup olmadığı tam olarak belirlenmiş değildir. Sosyal Güvenlik Hukuku ile bunun işgücü piyasası üzerindeki arasındaki bağlantının daha fazla olduğu ileri sürülmektedir. İş gücü piyasasının biçimlenmesinde Vergi Yasası ile sermaye piyasasının, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'ndan daha fazla belirleyici etkiye sahip olduğu bir gerçektir. İşsizlikle mücadele kullanılacak yasal silahlar olarak sadece İş Hukuku'yla Sosyal Güvenlik Hukuku üzerinde odaklanan tek boyutlu bir perspektif yanlıcı olacaktır. İşsizlik genel ekonomik durumdan değil de çalışma ilişkilerinin bir sonucu gibi işsizlikten İş Hukuku sorumlu tutulması son derece yanlıştır. İş Hukuku'nun değişen endüstri ilişkilerinde gösterdiği bütün bilimsel çabalar görmezlikten gelinmektedir. Bu nedenle iş hukukçularına düşen göre her platformda iş hukukunun neler getirdiğini nelerle ilgilendiğini açıklamaya çalışmaktır. Endüstri ilişkilerinde bu değişiklikler İş Hukuku'nun koruyucu işlevini yitirdiği sonucu çıkartılmamalıdır.

Günümüzde üye sayıları siyasi güç ve etkilerle gerileme içerisinde olmasına rağmen sendikalar endüstri ilişkilerinin temel ortaklarından biridir. Hiçbir kurum onların yerini alamaz. Ekonominin insanlar için olduğu düşüncesi sürdüğü sürece sendikalar yaşamaya devam edeceklerdir. Temelde demokrasinin uygulamadaki örneği olan sendikaların sosyal ve siyasal eşitliği ve ekonomide adil paylaşımın sağlanması, insan hakları ve demokrasinin gelişmesi ve derinleşmesindeki çabalar önemini korumaktadır.

KAYNAKÇA

- 1- T. Treu, Et Al Puclic Service Labor Relations: Recent Trends And Future Prospects: ILO, Geneva, 1987
- 2- Miguel rodriguez iş yaratma ve İş Hukuku mess yayınları s.31
- 3- B. Heple, "The Future Op Labour Law, 1995, S.24, Industrial Law Journal, S.35.
- 4- Mangred Weiss Ve Marlone Schidt İş Yaratma Ve İş Hukuku, S.221, Mess Yayınları
- 5- Bu konuda IX IIRA Dünya kongresindeki tartışmalar için A.Purcell raporuna bakınız; Sidney, 1992

KONKORDATONUN TASDİKİ

(İİK mad. 298)

Av. Talih UYAR

“Hangi koşulların gerçekleşmesi halinde, ticaret mahkemesince konkordatonun tasdik edilebileceği” İİK mad.298’de düzenlenmiştir.

Konkordatonun ticaret mahkemesince tasdik edilebilmesi için gerçekleşmesi gereken koşullardan ‘alacaklı koşulu’ ile ‘alacak koşulu’ İİK. mad. 297’de, ‘diğer koşullar’ ise bu maddede düzenlenmiştir. Bu ‘tasdik koşulları’ kamu düzeni ile ilgili olduğu için¹ mahkemece tümünün gerçekleşip gerçekleşmediği² doğrudan doğruya araştırılır.³

Mahkemece konkordatonun tasdik edilebilmesi için, bu koşulların hepsinin birlikte gerçekleşmiş olması gerekir.⁴ Bir tanesinin gerçekleşmesi halinde -örneğin; diğer şekli koşulların gerçekleşmesine rağmen, borçlunun ‘dürüst olmadığı’nun saptanması halinde- konkordato mahkemece tasdik edilmez.

Alacaklılar tarafından konkordato talebine itiraz edilsin edilmesin mahkemece “tasdik koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği” saptamak için bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekir.⁵ Özellikle “borçlunun ödeme taahhüdünün kaynakları (serveti, malvarlığı) ile orantılı” olup olmadığını belirlemek için, “çoğunluk koşulu”⁶ yönünden, “borçludan alacak talebinde bulunmuş ve borçlu tarafından alacakları kabul edilmiş olan ancak başka alacaklılarca itiraz edilmiş olan alacaklar ‘gerçek alacak’ olup olmadığını” belirlemek için,⁷ “yargılama harç ve giderleri” yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekir.

I- a) Teklif edilen meblağ (para), borçlunun kaynakları (malvarlığı serveti) ile orantılı olmalıdır (İİK. mad. 298/I-1). Borçlunun kaynakları ile orantılı olmayan konkordato teklifi mahkemece tasdik edilmez⁸.

Maddede, 4949 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, “borçlunun teklifinin mevcudu ile orantılı olması” aranıyordu. “Mevcut” yerine, daha

(1) Bkz: 11. HD. 16.4.1990 T. 1156/3387

(2) Bkz: 19. HD. 25.2.1999 T. 119/1118 - 11. HD. 25.12.1989 T. 8872/7469

(3) KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, s:1279 - KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C:4, s:3719 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, s:615 - ULUKAPI, Ö. İcra ve İflâs Hukuku, s:42 - BERKİN, N. Konkordatonun Mahkemede Tasdiki Şartları (İBD. 1999/7, s:404)

(4) Bkz: 19. HD. 1.3.2001 T. 611/1625 - 19. HD. 27.2.1997 T. 9573/1876

(5) Bkz: 19. HD. 25.5.2006 T. 3031/5573 - 19. HD. 25.2.1999 T. 119/1118 - 11. HD. 25.2.1989 T. 8872/7469

(6) Bkz: 19. HD. 6.4.2006 T. 1807/3591

(7) Bkz: 19. HD. 14.10.1999 T. 4731/5943

(8) Bkz: 19. HD. 13.3.2008 T. 9122/2384 - 11. HD. 14.11.1988 T. 7795/6699

geniş bir kavram olan “kaynakları” sözcüğü, maddeye konulmuştur. Borçlunun kaynakları belirlenirken, borçlunun alacakları, muhtemel gelirleri ve nakit akışı ile iptâle tabi tasarrufları da dikkate alınır.⁹ Borçlunun yurt dışında bulunan malları¹⁰ ile miras yolu ile ileride borçluya ait olacak mallar da dikkate alınır. Yüksek mahkeme¹¹ çeşitli içtihatları ile “orantılılık koşulu” konusunda çıkmış uyuşmazlıkların çözümüne katkıda bulunmuştur...

b) Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, paraya çevirme halinde elde edilen hasılat veya üçüncü kişi tarafından teklif edilen meblağı, iflâs yoluyla tasfiye halinde elde edilebilecek bedelden fazla olmalıdır (İİK m.298/1-2).

c) Yeterli teminat gösterilmiş olmalıdır (İİK m.298/1-3). Borçlu, “konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini, alacakları kabul edilmiş olan imtiyazlı alacakların tamamen ödenmesini ve mühlet sırasında komiserin onayı ile akdedilmiş borçların ifasını sağlamak için” yeterli teminat¹² göstermek zorundadır.¹³

Konkordatonun tasdik koşulları arasında böyle bir koşulun öngörülmesi ile güdülen amaç, “hem konkordatonun tasdik edilen koşullar çerçevesinde yerine getirilmesini mümkün kılmak ve bu suretle borçluya ifa edemeyeceği taahhütlerde bulunmaktan alıkoymak hem de alacaklılar yönünden bir ödeme garantisini sağlamak”tır.¹⁴

Teminat; -kaydettilmiş olmaları koşulu ile- hem imtiyazlı¹⁵ ve hem de imtiyazsız (adi) alacaklar¹⁶ için gösterilmelidir: Öncelikle şu hususu belirtelim ki; burada sözü edilen “kayıtlı alacaklar”dan kastedilen ‘konkordato komiserine yirmi günlük süre içinde (İİK m.292/I, c:1) yazdırılmış olan alacaklar ile komisere yazdırılmamış olsa bile borçlunun ayrıntılı bilançosunda (İİK m.285/I, c:2) kendisine yer verilmiş veya resmi sicillerden varlığı belirlenmiş olan alacaklar’dır.¹⁷

(9) PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:616 - TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. Konkordatonun Tasdiki, s:93

(10) KURU, B. El Kitabı, s:1281 - KURU, B. age. C:4, s:3732 - TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. age. s:94

(11) Bknz: UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:12, s:20445 vd.

(12) Bknz: 19. HD. 22.5.1997 T. 3026/5243 - 19. HD. 14.11.1996 T. 5204/10058

(13) Bknz: 19. HD. 25.3.1999 T. 1670/2057 - 19. HD. 17.12.1998 T. 6867/7718 - 19. HD. 20.11.1997 T. 7136/9872 - 19. HD. 8.5.1997 T. 2177/4676 - 19. HD. 14.11.1996 T. 5681/10057 - 19. HD. 21.3.1995 T. 1500/2572 - 19. HD. 21.3.1995 T. 1795/2575; İİD. 4.11.1967 T. 7256/9618 - Bknz: 19. HD. 3.2.1994 T. 514/786; 9.7.1993 T. 5455/5080

(14) ÖKTEMER, S. Konkordatoda Teminat Sorunu (Yarg. D. 1977/1, s:160) - BERKİN, N. İflâs Hukuku, s:563 vd.

(15) Bknz: 19. HD. 14.11.1996 T. 5681/10057 - İİD. 2.12.1974 T. 10105/10528 - İİD. 26.5.1956 T. 5920/5786; 5.10.1963 T. 10545/10471

(16) Bknz: İİD. 26.5.1966 T. 5920/5786; 5.10.1963 T. 10545/10471

(17) POSTACIOĞLU, İ. Konkordato Komiseri, s:31 - TANRIVER, S. age. s:118

Konkordatonun tasdiki için, imtiyazlı alacaklar için; teklif edilen konkordato ister 'vade konkordatosu' ister 'indirim (yüzde) konkordatosu' olsun, alacağın tamamı tutarında, imtiyazsız (adi) alacaklar için ise, teklif edilen konkordato 'indirim (yüzde) konkordatosu' ise, konkordatoda kabul edilen yüzde oranında, 'vade konkordatosu' ise; alacağın tamamı oranında teminat gösterilmesi gerekir.¹⁸⁻¹⁹

Ayrıca belirtelim ki, her ne kadar İİK m.298/I-3'de "imtiyazsız (adi) alacaklar için de teminat gösterilmesi"nden bahsedilmemişse de, aynı maddede geçen "konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini... sağlamak için" sözcükleri ile bu tür alacaklar kastedilmiştir.²⁰

Alacaklar için teminat gösterilmesi zorunlu olan -yukarıda belirttiğimiz- hem imtiyazlı ve hem de imtiyazsız (adi) alacaklılar "özel olarak ve açıkca kendi alacakları bakımından" teminat gösterilmesinden vazgeçebilirler (İİK m.298/I-3).²¹⁻²²

Rehinle teminat altına alınmış alacaklar için teminat gösterilmez²³. Ancak, bu alacakların "rehinle karşılanmayan -'adi alacak' haline gelmiş olan- kısmı için" teminat gösterilmesi gerekir.

Nizalı (çekişmeli) -yani borçlu tarafından kabul edilmemiş olan (İİK m.293)- alacaklardan içinde, icra mahkemesi tarafından konkordato çoğunluğunun hesabında dikkate alınmasına karar verilen (İİK m.297/IV) nizalı (çekişmeli) alacaklar için tıpkı nizasız (çekişmesiz) alacaklar gibi teminat gösterilmesi gerekir.²⁴ Fakat, İcra Mahkemesi'nin "konkordato nisabına katılmamasına" karar verdiği nizalı alacaklar için teminat gösterilmesi gerekmez...²⁵

Taliki şarta bağlı veya muayyen olmayan bir vadeye bağlı alacaklar için de (İİK m.297/IV) teminat gösterilmesi gerekir.

(18) ÖKTEMER, S. *agm.* s:160 vd. - TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. *age.* s:119 - KURU, B. *El Kitabı*, s:1283 - KURU, B. *age.* C:4, s:3748

(19) Bknz: 12. HD. 23.2.1984 T. 10929/1896

(20) ÖKTEMER, S. *agm.* s:160 - ALTAY, S. *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, C:1, s:430 vd. - KURU, B. *El Kitabı*, s:1282 vd. - KURU, B. *age.* C:4 s:3747 - BAYGÜL, N. *İflas İçin Konkordatoda Teminat* (Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, 2009, s:154)

(21) POSTACIOĞLU, İ. *age.* s:31 - BERKİN, N. *age.* s:565 - ÖKTEMER, S. *agm.* s:161 - GÜRDOĞAN, B. *İflas Hukuku Dersleri* 195 - KURU, B. *El Kitabı*, s:1283 - KURU, B. *age.* C:4, s:3750 - ALTAY, S. *age.* C:1, s:439

(22) Bknz: 19. HD. 30.6.2005 T. 568/7353 - 19. HD. 7.2.2002 T. 7386/905 - 19. HD. 21.3.1995 T. 1500/2572 - 11. HD. 29.4.1991 T. 1291/2664; 8.2.1991 T. 6660/737

(23) Bknz: 12. HD. 23.2.1984 T. 10929/1896

(24) Ayrıntılı bilgi için bknz: KURU, B. *El Kitabı*, s:1284 vd. - KURU, B. *age.* C:4, s:3752 vd.

(25) Bknz: 11. HD. 7.11.1989 T. 7685/6060; 26.5.1989 T. 3761/3161

Teminat borçlu ya da borçlu adına üçüncü bilirkişi tarafından gösterilebilir.²⁶⁻²⁷

Neler teminat olarak gösterilebilir? İİK m.298/I-3'de bahsi geçen "yeterli teminat" ile ne kastedilmiştir? Burada sözü edilen "yeterli teminat" dan maksat, gösterilen teminatın gerek nicelik ve gerekse nitelik itibariyle tüm kayıtlı konkordato alacaklılarının alacaklarını karşılayabilecek durumda olmasıdır.²⁸

HUMK m.96 uyarınca; hisse senedi, tahvil, ipotek,²⁹ taşınır rehni,³⁰ banka teminat mektubu,³¹ kefalet "teminat" olarak kabul edilebilir.³²

Yüksek mahkeme³³ "kişisel kefaletin teminat yerine geçmeyeceğini" belirtmiştir.

Teminatın ne zamana kadar gösterilmesi gerekir? Yukarıda belirtilen yeterli teminatın "konkordato dosyasının ticaret mahkemesine (ticaret mahkemesi olmayan yerlerde; asliye hukuk mahkemesine) verilmesinden önce" gösterilmiş olması gerekir.³⁴⁻³⁵

Mahkemedeki ilk duruşmada borçlu "teminat göstermesi için kendisine süre verilmesini" isteyemez.³⁶ Ancak, mahkeme, duruşmadan önce konkordato dosyasını incelemeli ve teminat gösterilmediğini saptarsa, borçluya "teminatı duruşma gününe kadar göstermesi, aksi taktirde, kendisine duruşmada bu konuda süre veremeyeceğini" bildirmelidir (tebliğ etmelidir.)³⁷

(26) ÖKTEMER, S. agm. s:164 - ERİŞ, G. İflâs ve Konkordato, s:86 - TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. age. s:122 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:618

(27) Bkırz: 19. HD. 7.2.1992 T. 23/80 - 12. HD. 28.1.1987 T. 4067/869 - 12. HD. 28.5.1984 T. 6029/6799

(28) TANRIVER, S. age. s:124

(29) Bkırz: 19. HD. 18.11.1992 T. 9571/5986 - 19. HD. 7.2.1992 T. 23/80 - 11. HD. 21.10.1991 T. 3808/5497 - 11. HD. 8.11.1990 T. 5907/7106 - 11. HD. 23.11.1990 T. 7586/7500 - 11. HD. 21.11.1988 T. 8125/7000 - 11. HD. 14.11.1988 T. 1928/6747; 27.6.1988 T. 4118/4296 vb.

(30) Bkırz: 19. HD. 18.5.1993 T. 3423/3850; 11. HD. 22.5.1989 T. 2902/3069 - 19. HD. 7.7.1992 T. 6392/3325 - 11. HD. 21.10.1991 T. 3808/5497 - İİD. 23.9.1974 T. 5015/8170 - İİD. 18.6.1974 T. 5660/6499

(31) Bkırz: 11. HD. 13.2.1989 T. 290/770

(32) ÖKTEMER, S. agm. s:162 - BALCI, Ş. Konkordato, s:267 - TANRIVER, S. age. s:125 - ERİŞ, G. age. s:859 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:618 - BAYGÜL, N. agm. s:166 vd. - ALTAY, S. age. C:1, s:438

(33) Bkırz: 11. HD. 13.2.1989 T. 290/770; 22.1.1974 T. 12298/380

(34) KURU, B. El Kitabı, s:1282 - KURU, B. age. C:4, s:3743 - ÖKTEMER, S. agm. s:161 - TANRIVER, S. age. s:128 - ALTAY, S. age. C:1, s:440 - EROĞLU, E. C. 4949 ve 5092 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunlar'ın Adı Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tesbiti ve Değerlendirilmesi (ABD. 2005/3, s:108)

(35) Bkırz: 19. HD. 29.4.1999 T. 2370/2876 - 11. HD. 17.5.1990 T. 3164/3921; 7.4.1989 T. 2764/2096; 13.2.1989 T. 9870/769 vb. - 12. HD. 23.2.1984 T. 10929/1896

(36) Bkırz: 11. HD. 17.5.1990 T. 3164/3921; 7.4.1989 T. 2764/2096; 13.2.1989 T. 9870/769 vb.

(37) KURU, B. El Kitabı, s:1282 - KURU, B. age. C:4, s:3745 - TANRIVER, S. age. s:128

Eğer, borçlu tarafından yukarıda belirtilen süre için teminat gösterilmiş fakat bu teminat mahkemece 'yeterli' bulunmamışsa, borçluya teminatı tamamlaması için 'uygun ve kesin bir süre' verilmelidir...³⁸⁻³⁹

Teminat nasıl gösterilir? Konkordatoda, borçlu taşınmazı üzerinde ipotek kurarak,⁴⁰ taşınırını Medeni Kanun hükümlerine göre rehin ederek⁴¹ ya da teminat mektubu vererek⁴² teminat gösterebilir. Bunun için mahkemece borçluya ve konkordatoyu teminatsız kabul etmeyen alacaklılara "ipotek kurmak için belli gün ve saatte tapu idaresinde bulunmaları" ve "alacaklıların tapuya gelmemeleri halinde teminat istemekten vazgeçmiş sayılarak konkordatonun teminatsız tasdik edileceği", "borçlunun tapuya gelmemesi halinde konkordatonun tasdiki talebinin reddedileceği" ihtarını içeren davetiye gönderilir.⁴³ Böyle yapılmayarak, teminat olarak gösterilmek istenen taşınmazın tapu kaydına "tedbir şerhi" konulmakla yetinilemez.⁴⁴

Yüksek Mahkeme⁴⁵ çeşitli içtihatları ile "teminat" konusunda çıkmış uyuşmazlıkların çözümüne katkıda bulunmuştur...

d) Yargılama masrafları ile ilam harçlarının mahkeme vizesine depo edilmelidir (İİK m.298/I-4).

Burada bahsi geçen "yargılama masrafları"ndan maksat; tasdik kararının tebliği ve gerekli yerlere bildirilmesi ve ilanı masrafları⁴⁶ (İİK m.300), bilirkişi ücreti, komiserin ücretidir.⁴⁷

Konkordatonun mahkemece tasdiki için, ayrıca borçlunun 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca, "alacaklılara" verilmesi kararlaştırılan para üzerinden alınan -binde dokuz oranındaki- "ilam harcı"nda⁴⁸ yatırması gerekir...

(38) KURU, B. El Kitabı, s:1282 - KURU, B. age. C:4, s:3746 - TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. age. s:1290

(39) Bknz: 19. HD. 29.4.1999 T. 2370/2876 - 11. HD. 17.5.1990 T. 3164/3921; 7.4.1989 T. 2764/2096 vb. - 12. HD. 10.2.1983 T. 10613/921

(40) Bknz: 19. HD. 18.11.1992 T. 9571/5986 - 19. HD. 7.2.1992 T. 23/80 - 11. HD. 21.10.1991 T. 3808/5497 - 11. HD. 8.11.1990 T. 5907/7106

(41) Bknz: 19. HD. 18.5.1993 T. 3423/3850; 11. HD. 22.5.1989 T. 2902/3069 - 19. HD. 7.7.1992 T. 6392/3325 - 11. HD. 21.10.1991 T. 3808/5497

(42) Bknz: 11. HD. 21.10.1991 T. 3808/5497

(43) Bknz: 19. HD. 14.11.1996 T. 5681/10057; 12. HD. 20.1.1983 T. 9978/192 - 11. HD. 8.11.1990 T. 5907/7106 - 11. HD. 17.5.1990 T. 3164/3921; 27.6.1988 T. 4118/4296 - 11. HD. 21.11.1988 T. 8215/7000 - 12. HD. 25.4.1975 T. 2981/3938

(44) Bknz: 19. HD. 7.2.1992 T. 23/80 - 11. HD. 14.11.1988 T. 1928/6747; 27.6.1988 T. 4118/4296

(45) Bknz: UYAR, T. age. C:12, s:20457 vd.

(46) Bknz: 19. HD. 27.6.1995 T. 5195/5905; 12. HD. 16.3.1987 T. 8011/3593; 16.12.1985 T. 4522/11060

(47) KURU, B. El Kitabı, s:1286 - KURU, B. age. C:4, s:3756 - TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. age. s:134 - PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:619

(48) Bknz: 19. HD. 20.10.1993 T. 6282/6805 - 11. HD. 1.4.1991 T. 1040/2308; 11. HD. 4.3.1991 T. 162/1469 - 12. HD. 26.11.1977 T. 3251/3803; 12. HD. 30.11.1976 T. 10810/12349

Borçlu, miktarı mahkemece bildirilen⁴⁹ bu masrafları ve ilam harcını mahkemenin kendisine tanıdığı kesin süre içinde⁵⁰ mahkeme veznesine yatırmazsa, “*konkordatonun tasdiki talebi*” reddedilir.⁵¹

Yüksek Mahkeme,⁵² çeşitli içtihatları ile uygulamada bu konuda çıkmış uyuşmazlıkların çözümüne katkıda bulunmuştur...

e) Borçlu dürüst olmalıdır. “*Borçlunun ancak dürüst ise, konkordato teklifinin mahkemece tasdik edilebileceğini*” öngören İİK m.298/I-1 hükmü 2003 yılında 4949 sayılı Kanun ile kaldırılmış ise de **doktrinde**⁵³⁻⁵⁴ “*ancak dürüst*”⁵⁵ borçlunun konkordato teklifinin mahkemece tasdik edilebileceği” ifade edilmiştir.

Borçlunun “*alacaklılarına zarar vermek amacıyla*” hareket ederek, “*dürüstlikle bağdaşmayan tutum ve davranışlar*” sergilemesi, örneğin; İİK 278-280'deki iptâlâ tabi tasarrufları yapması,⁵⁶ kaynakları ile orantılı olmayan ödeme teklifinde bulunması, konkordato talebinde bulunurken üç alacaklısını projede göstermemiş olması,⁵⁷ mahkemeye sunduğu bilançoda, borçlarının tamamını göstermemiş olması, konkordato nisabını oluşturmak için alacaklı olmayanları, alacaklı olarak göstermesi,⁵⁸ konkordato teklifinden önce villa ve jeep satın alması,⁵⁹ konkordato mühleti isteminden kısa bir süre önce aşırı borçlanması ve yeter sayı oluşturmak için alacaklar yaratması,⁶⁰ mühlet talebinden kısa bir süre önce otuz sekiz adet taşınmazını devretmesi,⁶¹ konkordatonun amacına ulaşmasını sağlayacak

(49) Bknz: 19. HD. 24.1.2008 T. 8256/292; 16.2.1999 T. 214/783 - 19. HD. 16.12.1999 T. 7551/7739 - 19. HD. 27.6.1995 T. 5195/5905; 12. HD. 16.3.1987 T. 8011/3593

(50) Bknz: 19. HD. 16.2.1999 T. 214/783 - 19. HD. 27.6.1995 T. 5195/5905; 12. HD. 16.3.1987 T. 8011/3593; 16.12.1985 T. 4522/11060

(51) Bknz: 19. HD. 14.11.1996 T. 5681/10057; 11. HD. 15.2.1990 T. 9391/886; 9.2.1990 T. 512/774

(52) Bknz: UYAR, T. age. C:12, s:20496 vd.

(53) KURU, B. El Kitabı, s:1279 - TANRIVER, S. 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tesbiti ve Değerlendirilmesi (Tür. Bar. Bir. D. Mart-Nisan/2004, S:51, s:87 - Yeditepe Üniv. Huk. Fak. D. 2005, C:I, S:2, s:549) - BALCI, Ş. age. s:263

(54) Karş: TAŞPINAR, S. Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler (BATİDER, 2003, C. XXII, S:2, s:77) (Bu görüşe göre; hem konkordato mühleti verilebilmesi konusunda İİK. m. 286/I hem tasdik konusunda dürüstlüğü arayan İİK. m. 298/I-1 değiştirilmiştir... Kanun koyucular artık «dürüstlük» koşuluna veda etmiştir...)

(55) “Konkordato dürüstlük kavramı” hakkında ayrıntılı bilgi için bknz: TANRIVER, S. Konkordatonun Tasdiki Şartı Olarak Dürüstlük Koşulu (BATİDER, 1994, C:XVII, S:4, s:65 vd.) - KESEK, L. Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi (Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal Armağan, 2001, s:253 vd.)

(56) KURU, B. El Kitabı, s:1281 - KURU, B. age. C:4, s:3726

(57) Bknz: 19. HD. 11.11.2004 T. 571/11293 - 19. HD. 25.5.2000 T. 2688/3962

(58) Bknz: 19. HD. 11.12.2003 T. 9649/12518

(59) Bknz: 19. HD. 10.10.2002 T. 5784/6560

(60) Bknz: 19. HD. 4.4.2002 T. 9106/2532

(61) Bknz: 19. HD. 14.12.2000 T. 8313/8675

fabrikasını uzun süreli olarak başka bir şirkete kiraya vermesi ve bir kısım alacaklılarını konkordato talebinde bulunurken alacaklılar listesinde göstermemesi,⁶² alacaklılar tarafından kaydedtirilen alacakların dörtte birinden fazlasının borçlunun ticari defterlerinde yer almaması,⁶³ konkordato mühleti içinde komisere bilgi vermeden işyerini değiştirmesi ve işyerine adi ortak alması,⁶⁴ ticari defterlerinin yıl sonu tasdik işlemini yaptırmaması, bilançosunun gerçeği yansıtmaması, bankadan aldığı kredileri aktifinde göstermemesi, bilançosunda bir kısmını kabul ettiği borçlarının daha sonra tamamını inkar etmesi,⁶⁵ kendisinden alacaklı olan toplam otuz dört alacaklının alacak miktarına yakın miktarda alacaklı olan bir bankayı alacaklılar listesinde göstermemesi,⁶⁶ yirmi alacaklıyı ve alacaklarını bilançoda göstermemesi,⁶⁷ borçlanma karşılığı aktife girmesi gereken mal veya nakdin aktifte yer almaması (görülmemesi),⁶⁸ konkordato isteminden kısa bir süre önce, konkordato teminatı olarak gösterdiği taşınmazı üzerinde, taşınmazın gerçek değerinin çok üstünde ipotek kurdurması,⁶⁹ sermaye artırımında bulunduktan sonra konkordato teklifinde bulunması,⁷⁰ konkordato mehli talep ettikten sonra bir kısım alacaklılarına olan borcunu ödemesi,⁷¹ konkordato talebinden birkaç gün önce bankadan kredi alırken bankaya ibraz ettiği bilançoda bildirdiği borç miktarı ile, konkordato talebine eklediği bilançoda bildirdiği borç miktarı arasında büyük fark bulunması,⁷² borçlunun konkordato teklifinden sonra bazı alacaklılarla konkordato dışı anlaşma yapmak istemesi,⁷³ hazırladığı bilançoda, borçlarının tümünü göstermemesi,⁷⁴ bankadan kredi aldıktan yedi gün sonra konkordato istemesi,⁷⁵ paydaşı olduğu anonim şirkete kredi ve finansman sağlamak amacı ile kefil olduktan sonra, kefalet borcunu zamanında ödememek için konkordato teklif etmesi,⁷⁶ taşınmazlarını ve

(62) Bknz: 19. HD. 5.10.2000 T. 5377/6459 - 19. HD. 19.12.1996 T. 7708/11487

(63) Bknz: 19. HD. 14.11.1996 T. 5204/10058

(64) Bknz: 19. HD. 20.12.1995 T. 10881/11647

(65) Bknz: 19. HD. 25.10.1995 T. 8146/8883 - 19. HD. 26.9.1995 T. 6737/7489

(66) Bknz: 19. HD. 21.3.1995 T. 1795/2575

(67) Bknz: 19. HD. 28.2.1995 T. 2691/1725

(68) Bknz: 19. HD. 20.12.1994 T. 9575/12877

(69) Bknz: 19. HD. 15.4.1994 T. 1164/3836

(70) Bknz: 19. HD. 5.11.1992 T. 7977/5659

(71) Bknz: 19. HD. 11.5.1992 T. 3293/2005

(72) Bknz: 11. HD. 13.6.1991 T. 4109/3988

(73) Bknz: 11. HD. 27.5.1991 T. 3469/3264

(74) Bknz: 11. HD. 2.4.1991 T. 9318/13410; 29.6.1989 T. 4600/3986

(75) Bknz: 11. HD. 11.6.1990 T. 3651/4618

(76) Bknz: 11. HD. 28.5.1990 T. 2719/4259

pay senetlerini konkordato teklifinden önce eşine devretmesi,⁷⁷ bilançoda gösterdiği borçlarla, ticari defterlerindeki borçlarının birbirini tutmaması,⁷⁸ kendisine ait olmayan taşınmazları, kendisininmiş gibi göstererek gerçeğe aykırı açıklamada bulunması,⁷⁹ konkordato yargılamasının sürdüğü sırada, konkordatodan etkilenecek bazı borçlarını ödemesi,⁸⁰ bilançoda gösterilen alacaklar ile konkordatoda kabul edilen alacaklar arasında miktar bakımından fark bulunması,⁸¹ belirlenen borcundan daha fazla değerde taşınmaza sahip olması,⁸² ticari faaliyetine fiilen son verdikten ve işyerindeki malları kardeşine devrettikten altı ay sonra konkordato isteminde bulunması,⁸³ borçlu komandit şirketin temsilcisi konumundaki komandite ortakların şirketten borç para alarak ödememeleri ve konkordato teklifinde bulunmaları,⁸⁴ %60 oranında iflâs dışı konkordato talep edip, bu talebini geri aldıktan sonra iflâs edip, %10 oranında iflâs içi konkordato teklif etmesi,⁸⁵ konkordato teklifinde taşınmazının değerini düşük göstermesi,⁸⁶ konkordato teklifinden önce mallarını kaçırp, ticari defterlerini usulüne göre tutmaması,⁸⁷ yakınlarına muvazaalı bono (hatır bonusu) vermesi,⁸⁸ halinde, dürüst olmadığı sonucuna varılarak, yapılan konkordato teklifi kabul edilmez yani *"konkordatonun tasdiki talebinin reddine"* karar verilir.

II- Yukarıda belirtilen koşullardan birisinin *-ve ayrıca-* İİK m.297'de öngörülen *'çoğunluk'* koşulunun gerçekleşmediğini tesbit eden mahkeme *"konkordatonun tasdiki talebinin reddine"* karar verecektir. Ancak hakim *"konkordato teklifini yetersiz bulursa, kendiliğinden veya talep üzerine gerekli gördüğü düzeltmeyi yapabilir"* (İİK m.298/II).

4949 sayılı Kanun ile *-2003 yılında-* maddeye eklenmiş olan bu fıkranın kabulüne ait Hükümet Gerekçesi'nde⁸⁹ *"...hakim örneğin, yeterince açık olmayan bir konkordato projesini sarahate kavuşturabilecek, kanuna veya yargısal içtihatlarla aykırı bir şartı tadil edebilecek"* tir denilmiştir.

(77) Bkz: 11. HD. 10.3.1989 T. 1566/1507

(78) Bkz: 11. HD. 28.3.1989 T. 4357/1961

(79) Bkz: İst. 2. As. T. Mah. 9.3.1989 T. 1060/206

(80) Bkz: 11. HD. 27.2.1989 T. 709/1163

(81) Bkz: 11. HD. 21.11.1988 T. 7659/6920

(82) Bkz: 11. HD. 27.4.1988 T. 1140/2799

(83) Bkz: 12. HD. 31.3.1986 T. 9555/3526

(84) Bkz: 12. HD. 4.3.1976 T. 1679/2261

(85) Bkz: HGK. 3.3.1976 T. 12/1070

(86) Bkz: 12. HD. 21.10.1974 T. 9805/9177

(87) Bkz: İİD. 26.5.1966 T. 5920/5786

(88) Bkz: İİD. 29.6.1961 T. 6068/6776

(89) Bkz: «4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi»

III- “Konkordatonun tasdiki” talebi, ticaret mahkemesi (olmayan yerlerde; asliye hukuk mahkemesi) tarafından “basit yargılama usulü”ne göre (HUMK m.507) yargılama yapılarak incelenir.⁹⁰

Bu davalarda “hasım” olmadığından hasımsız olarak dava açılır.⁹¹

Mahkemenin bu dava sırasında yapacağı yargılama “konkordato talebine alacaklar tarafından herhangi bir itiraz ileri sürülmezse” çekişmesiz (nizasız) yargı faaliyeti olduğu halde, “alacaklılar tarafından ‘tasdik koşullarının bulunmadığı’ yönünde itirazda bulunulması halinde” çekişmeli (nizalı) yargı faaliyeti olur...⁹²

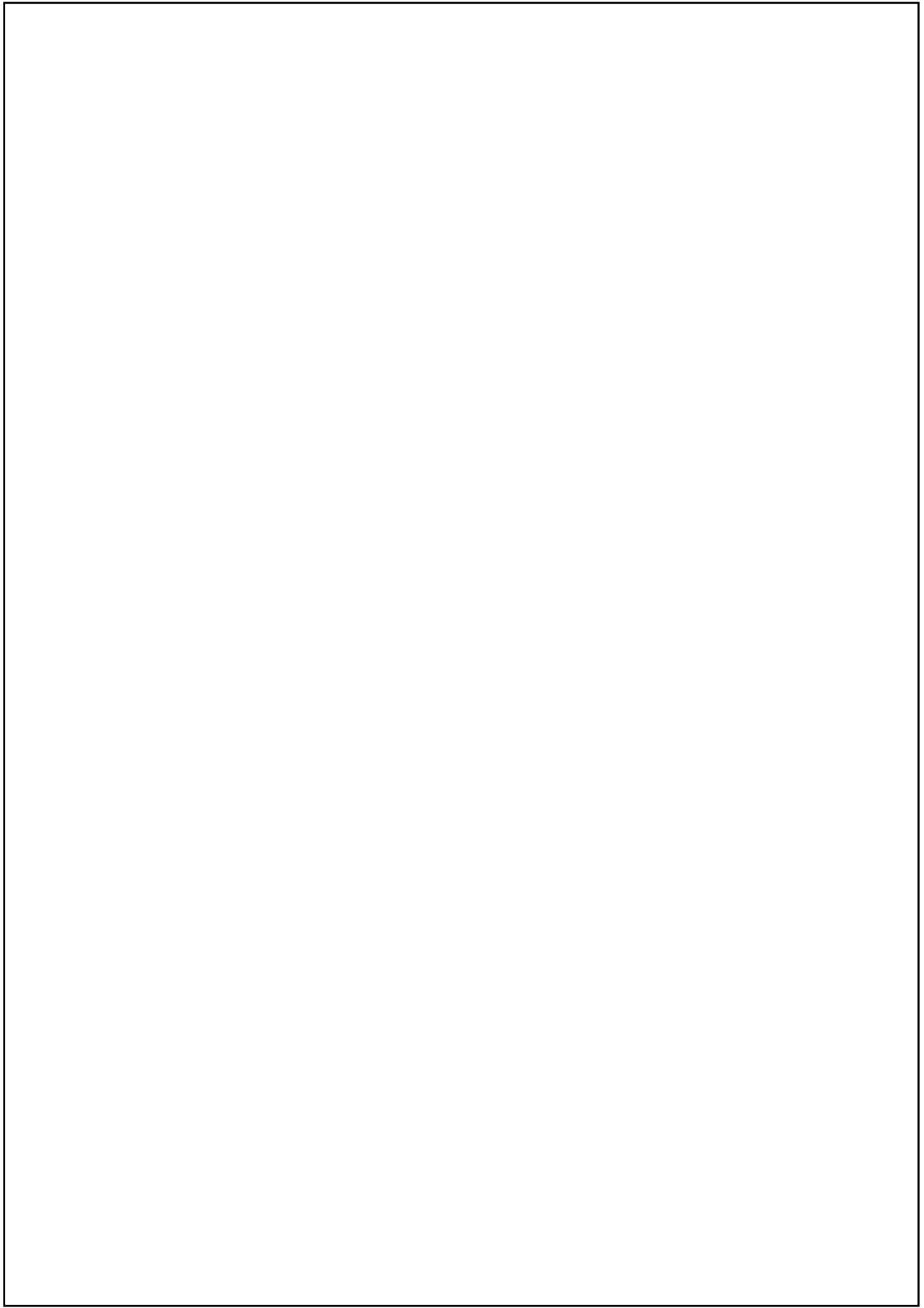
Dava sonunda -“nisbi” değil- maktu vekalet ücretine hükmedilir...⁹³

(90) Bknz: İİD. 7.9.1972 T. 2698/2720

(91) Bknz: 19. HD. 22.5.1997 T. 3026/5243

(92) Bknz: 19. HD. 2.3.2000 T. 904/1573

(93) Bknz: 19. HD. 7.2.2002 T. 7386/905



DONATMA İŞTİRAKİNİN DAVALARDA TEMSİLİ

Av. Yörük KABALAK

İnsanların denizlerde dolaşmaya başladığı tarihin ilk zamanlarından beri birden çok kişinin müştereken bir gemiyi satın alarak veya inşa ettirerek denizde kullandıkları bilinen bir olgudur. Genel olarak bu olgunun iki temel nedeni vardır. Gemi her dönemde tek kişinin parasıyla yaptırılmayacak bir nesne olduğu gibi, mevcut bir geminin donatılması da çok para isteyen bir iştir. İkinci olarak; gemi işletilmesinin rizikosu fazla olduğu için bu rizikoyu dağıtmak ve paylaşmak gerekli görülmüştür.¹

Öte yandan, kapitalizmin gelişmesiyle değişik ticaret şirketleri ortaya çıkmış ve bu nedenle bir gemi üzerindeki kişisel paydaşlığa dayanan mülkiyet ya da işletmecilik uygulamaları giderek azalmıştır. Bununla birlikte, kişisel paydaşlığa dayanan mülkiyete duyulan ihtiyacın şu anda bitmemiş olduğunu Deniz Hukuku'nda bir kurum olarak varlığını sürdürmesinden anlıyoruz.²

Donatma iştiraki olarak isimlendirilen bu oluşum Ticaret Kanunu'nun 951. maddesinde: *"Birden ziyade şahsın müşterek mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, aralarında yapmış oldukları akit gereğince, cümlesi nam ve hesabına deniz ticaretinde kullanmaları halinde donatma iştiraki mevcuttur"* şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımlamaya göre donatma iştirakinin varlığından söz edilebilmesi için:

- Bir geminin birden çok kişi tarafından deniz ticaretinde kullanılması gereklidir.
- Bu kişilerden her biri gerçek veya tüzel kişi olabilir.
- Gemi ortakların müşterek mülkiyete göre ortakların malı olmalıdır.
- Müşterek malikler arasında geminin kendi nam ve hesaplarına deniz ticaretinde işletileceğine ilişkin bir anlaşma bulunmalıdır.
- Bu anlaşma şekle bağlı değildir.³

Bu açıklamalardan, Ticaret Kanunu'nda yer alan donatma iştirakinin özünü teşkil eden temel hukuk kurumunun Borçlar Hukuku'nda yer alan *"adi ortaklık"* olduğu açık şekilde görülmektedir. Bir diğer deyişle Ticaret Kanunu'nda yer alan donatma iştiraki, Borçlar Kanunu'nda bulunan *"adi ortaklığın"* deniz hayatının koşullarına uydurulmuş olan özel şeklidir.

(1) Deniz Ticaret Hukuku Prof Dr Rayegen KENDER – Prof Dr.Ergon ÇETİNGİL 9.Baskı Sh.83,Deniz Hukuku / Gündüz AYBAY Sh.550 , Deniz Ticaret Hukuku Prof Dr.Tahir ÇAĞA Sh.

(2) AYBAY sh 550

(3) Bkz dipnot 1'deki belirtilen eserler.

Bu nedenle, donatma iştirakini ilgilendiren bir olayda Ticaret Kanunu hükümleriyle çözüm sağlanamadığı takdirde başvurulacak olan normatif kaynağın Borçlar Kanunu'nun "adi ortaklık" hükümleri olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada bir sonuç daha ortaya çıkmaktadır ki, o da hukuksal yapısı "adi ortaklık" olan donatma iştirakinin tüzel kişiliğinin olmadığıdır.

Bu yazının hareket noktası da, "adi ortaklık" statüsünde bulunan ve tüzel kişiliği olmayan donatma iştirakine yapılacak olan tebligatların ne şekilde muhatabına ulaştırılacağı konusudur.

Donatma iştirakine yapılacak olan tebligatların ne şekilde muhatabına ulaştırılacağı sorusunun yanıtı araştırılırken, bir olayda donatma iştirakinin bulunup bulunmadığının ne şekilde tespit edilebileceğinin de bir sorun olarak ortaya çıkacağı kuşkusuzdur. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, donatma iştirakinin kurulmasını sağlayan anlaşma şekle bağlı değildir. O halde, bir geminin donatma iştirakiyle çalıştırıldığı olgusu nasıl araştırılacak ya da saptanacaktır?

Ticaret Kanunu'nun 839. ve 845/d. maddelerinde:

"Türk Gemileri için hükümetin münasip göreceği yerlerde gemi sicilleri tutulacağı,"

"Donatma iştiraki ise, müşterek donatanların ad ve soyadları ile gemi paylarının miktarının sicile bildirileceği" öngörülmüştür.

Uygulamada da, bir geminin donatma iştirakiyle çalıştırılması halinde durum Gemi Siciline kaydedilmektedir. Buna göre, donatma iştirakinin var olup olmadığı Gemi Sicili kayıtlarına bakılarak saptanabilecektir.

Ayrıntılar dışında deniz hayatının şartları ve uygulamaları Dünyanın her bölgesinde aşağı yukarı benzer durumda olduğundan, Türk Bayraklı olmayıp da yabancı bayraklı olan bir geminin ait olduğu sicil kaydına bakıldığında da donatma iştirakinin var olup olmadığı saptanabilecektir.

İkinci olarak, Ticaret Kanunu'nun 951/3. maddesinin sağladığı olanaktan yararlanarak donatma iştirakinin Ticaret Siciline kaydının yapılabilmesi de mümkündür. Ancak, bu yöntemin uygulamada benimsendiğinden ve yaygınlık kazanmış olduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle, Gemi Siciline tescili yapılmış olan bir donatma iştirakinin Ticaret Sicili kayıtlarına tescilinin yaptırılmamış olması her zaman mümkündür.

Bu nedenle de, donatma iştirakinin var olup olmadığının araştırılması bakımından en izlenecek olan en sağlıklı yol Gemi Sicil Memurluğu kayıtlarında yapılacak olan araştırmadır.

Bir olayda donatma iştirakinin var olduğunun saptanmasından sonra, bu donatma iştirakine yapılacak olan tebligatların usul ve yasaya uygun

olarak ne şekilde muhatabına ulaştırılacağı yukarda da belirtildiği gibi yazımızın konusudur.

Örneğin, donatma iştirakiyle çalıştırılan M gemisinin A ve B isimli iki kişiye ait olması durumunda, söz konusu donatma iştirakinin faaliyetinden doğan davalarda tebligat işlemi nasıl yapılacak, bir diğer deyişle söz konusu donatma iştirakine usul ve yasaya uygun olarak ne şekilde ulaşılacak, daha başka bir deyişle de o donatma iştirakine ne şekilde yasal olarak davanın tarafı sıfatı kazandırılacaktır.

Bu konuyu uygulamada yaşanmış bir örnekle biraz daha açalım:

Bir olayda K isimli gemi yedi ortak tarafından donatma iştirakiyle çalıştırılıyordu. K gemisinde görev yapmış olan bir gemiadamının işçilik haklarının tahsili dava açan avukat dava dilekçesinde davalıyı “K Gemisi Donatma İştiraki” şeklinde göstererek davasını açmıştı. Donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmadığına göre davalı sıfatının “K Gemisi Donatma İştiraki” şeklinde gösterilmemesi gerekirdi. Eğer, davalı taraf yapılan tebligatın usulüne uygun olmadığı yolunda itiraz etmiş olsaydı, davanın açılış safhasında davalı sıfatının belirlenmesi ve husumet bakımından yan sorunlar ortaya çıkacak ve dava yersiz şekilde uzayabilecekti. Ama, davayı avukatın şansı vardı, davalı taraf husumet itirazı yapmadı ve dava o şekilde yürüdü gitti.

Aynı gemiye dava açmayı düşünen bir başka avukat, gemi sicilinde yaptığı araştırmada geminin yedi kişilik ortaklık grubu tarafından “donatma iştirakiyle” çalıştırıldığını öğrenmiş ve dava dilekçesini donatma iştirakini oluşturan yedi kişiye ayrı ayrı tebliğ ederek davasını açmıştı. Zira, davayı açan avukat; donatma iştirakinin “adi ortaklık” olduğunu ve bu nedenle davada husumetin ve taraf sıfatının doğru olarak gerçekleşmesi bakımından donatma iştirakini oluşturan yedi kişinin her birine dava dilekçesini göndermek gerektiğini, böyle davranmadığı takdirde davanın ilerleyen aşamalarında husumet yönünden başını ağrıtabilecek durumlarla karşılaşabileceğini düşünmüştü. Gerçekten, donatma iştirakinin bir adi ortaklık ilişkisi olduğu dikkate alındığında, donatma iştirakinin bir davada taraf sıfatını kazanabilmesi için yapılacak olan tebligat işleminin donatma iştirakini oluşturan tüm ortaklara gönderilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkar.

Zira; tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığa karşı dava açılması veya icra takibi yapılması söz konusu olamayacağından, dava ve icra takibinde adi ortaklık tebligatın muhatabı olamaz. Bir diğer deyişle, tüzel kişilere yapılacak olan tebligatı düzenleyen Tebligat Yasası'nın 12. ve 13. maddelerinin tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığa uygulanması olanaksızdır.⁴

(4) Tebligat Hukuku Doç Dr.Timuçin MUŞUL 2.Baskı Sh.59

Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından ortaklığın üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde ortakların kendileri adına veya tüm ortaklar adına hareket etmeleri söz konusu olacağından, üçüncü kişiye karşı bütün ortaklar alacaklı veya borçlu durumuna gelir. (BK 533)

Öte yandan, adi ortaklığın içerisinde kendisine idare görev ve yetkisi verilmiş bir ortak bulunuyor ise, bu ortağın adi ortaklığını bütün ortaklarını üçüncü kişilere karşı temsil yetkisi olacağından, o ortak dava ve icra takiplerinde yapılacak olan tebligatların muhatabı olur. (BK 533/son)

Ancak, yukarıda da değinildiği gibi adi şirketin idaresi sözleşme ile veya karar ile sadece bir veya birkaç ortağa verilmemiş ise ortaklığın işlemlerinin idaresi bütün ortaklara aittir. (BK 525/1)

Bu durumda, adi ortaklığın taraf olacağı dava ve icra takiplerinde tebliğ işleminin her bir ortağa ayrı ayrı yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde, o davada veya icra takibinde usul ve yasaya uygun olarak taraf teşkili yapıldığından söz edilemez.

Adi ortaklık işlemlerinin idaresi bir veya birkaç ortağa verilmiş ise, yetkili olan ortakların her biri diğer ortağın iştiraki olmaksızın tek başına şirket işlemlerini yapabileceğinden, tebligatların ortaklığın idaresiyle yetkili kılınmış olan ortaklardan birine yapılması geçerli olacaktır. (BK 525/2)⁵

Yargıtayca benimsenmiş olan uygulamalar da aynı doğrultudadır.

Örnekler:

Konsorsiyum ortakları arasında BK m.520 ve devamı maddelerin göre adi şirket hükümleri caridir. Adi şirketin hükmi şahsiyeti bulunmadığından konsorsiyum tarafından açılacak davalarda bütün ortakların yer alması, aleyhine açılacak davalarda da ortakların tümünün davalı olarak gösterilmesi zorunludur.⁶

Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı gibi taraf ehliyeti de yoktur. Dava açmak özel yetkiyi gerektirir. Adi ortaklık iştirak kurallarına tabi olduğu cihetle, davaların BK m.534, MK 630 gereğince bütün ortaklar tarafından açılması gerekir.

Tek ortak tarafından davanın açılmış olması halinde, davacıya diğer ortakların davaya katılması veya muvafakatlarının alınıp kendisine temsil yetkisi vermelerini sağlamak üzere önel verilmelidir.⁷

(5) Bkz dip not 4'de belirtilen eser Sh.59 ve 60

(6) Yargıtay 15. HD 18.2.2005 T. 2004/5384 - 2005/866 2005 Yılına Ait Emsal İçtihatlar Külliyyatı Nazif KAÇAK Sh. 39

(7) Yargıtay HGK 17.01.1990 T. 13-457 - 13 Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu Turgut UYGUR Cilt 7 Sh 529

Adi ortaklıkta dava, tüm ortaklar tarafından açılmalıdır. Zira adi ortaklığın hükmi şahsiyeti yoktur. Ortaklar davada mecburi dava arkadaşı durumundadırlar.⁸

Adi ortaklıkta dava bütün ortaklar aleyhine açılmalıdır. Bütün ortaklar hasım gösterilmeden dava açılmış ise, bu konuda önel verilmelidir.⁹

Tiyatronun hükmi şahsiyeti varsa dava dilekçesi temsilcisine, yoksa bu topluluğu oluşturan kişilere tebliğ edilmelidir.¹⁰

Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından, husumete ehil varlığı ileri sürülemez. Yani, bu ortaklık kendi eylem ve işlemleriyle haklara sahip ve borçlarla yükümlü tutulamaz. Adi ortaklığın dava ve takip ehliyeti olmadığı gibi, ona karşı dava da açılmaz. Adi ortaklığı ilgilendiren haklar ve borçlar bakımından bütün ortakların davacı veya davalı olmaları gerekir.¹¹

Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından adi ortaklık sözleşmesi, yeni bir hukuki varlığa vücut vermediği için meydana gelen topluluğun bir bütün olarak medeni hakları kullanmaya yeteneği yoktur.

Bu nedenle adi ortaklık kendi eylem ve işlemleriyle haklara sahip ve borçlarla yükümlü olamaz. Ortaklık, dava ve taraf ehliyetini haiz bulunmadığı gibi ona karşı dava da açılmaz. Ortaklığı ilgilendiren haklar ve borçlar bakımından bütün ortakların birlikte davacı ve davalı olmaları gerekir. Bütün ortakların adları ayrı ayrı açıklanmadan müşterek bir ad altında adi ortaklığa karşı açılan davanın bu bakımdan reddi gerekir.¹²

Adi şirketin tüzel kişiliği yoktur. O halde davanın adi şirketi teşkil eden ortakları tamamı tarafından davalı aleyhine açılması gerekir.¹³

Adi ortaklığın tüzel kişiliği ve dolayısıyla taraf olma ehliyeti yoktur.¹⁴

Tüm bu örneklerde görüldüğü gibi, tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın yalnız bu sıfatıyla davacı olabilmesi veya adi ortaklığa “adi ortaklık” sıfatıyla dava açılabilmesi mümkün değildir.

Hal böyle olunca, tüzel kişiliği olmayan ve temelinde adi ortaklık ilişkisi bulunan donatma iştirakini de taraf ehliyetinin olamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira adi ortaklığa ilişkin ilkeler ve kurallar donatma iştiraki hakkında da kıyasen geçerli olacaktır.¹⁵

(8) Yargıtay 15.HD 18.10.1990 T 1990/469-4198 Bkz dip not 7'deki eser Cilt 7 Sh.530

(9) Yargıtay 13.HD 22.2.1982 T 1982/620-1145 Bkz dip not 7'deki eser Cilt 7 Sh.532

(10) Yargıtay 13.HD 30.4.1992 T 1992/3131-4047 Bkz dip not 7'deki eser Cilt 7 Sh.532

(11) Yargıtay 4 HD 15.5.1967 2320/4247 Prof Dr.Baki KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü 6. Baskı Cilt 1 Sh.965

(12) Yargıtay 4 HD 4.6.1968 671/4819 Bkz dip not 11'deki eser Sh.966

(13) Yargıtay 13 HD 23.3.1989 7094/2001 Bkz dip not 11'deki eser Sh.966

(14) Yargıtay 11 HD 14.11.1979 4583/5217 Bkz dip not 11'deki eser Sh.968

(15) Bkz dip not 11'deki eser Sh.975

Ancak, bu noktada düşünülmesi gereken bir yan sorun da ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, davanın konusu para alacağı ise, ortaklar bu borçtan sorumlu olacaklarından ve alacaklı müteselsil borçluların birinden borcun tamamını isteyebileceğinden, bir ortağa, ortakları tümüne ya da bazılarına dava açabilmelidir.¹⁶

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 06.10.2005 Gün ve 2005/6069-9031 Sayılı Kararı'nda: "*Davacunun zararının tümünü müteselsil sorumlulardan biri aleyhine açacağı dava ile isteyebileceği gibi hepsi aleyhine açabileceği tek bir dava ile de talep edebileceği*" belirtilmiştir.¹⁷

Burada bir hususa da önemle işaret etmek gerekir ki, müteselsil borçluktan doğan özel durumdan dolayı adi ortaklardan birine dava açabilmek mümkün ise de, adi ortaklığın açacağı davada ortakların birlikte hareket etmek zorunluluğu bulunmaktadır. Diğer bir deyişle adi ortaklığın açacağı davaları ortaklar birlikte açabileceklerdir.

İkinci olarak, adi ortaklığı teşkil eden davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan, para alacakları dışında kalan diğer konulara ilişkin davalarda adi ortaklığın tüm ortakları hasım gösterilecektir.

Örneğin, adi ortaklardan birine karşı açılacak olan alacak davası adi ortaklığın tasfiyesi istemini de içermekte ise, davanın bütün ortaklara karşı açılması gerekecektir.¹⁸

Tüm bu uygulamaların, temelinde "*adi ortaklık*" ilişkisi bulunan donama iştiraki bakımından da geçerli olduğu konusunda kuşku yoktur.

Ancak, bir çok olayda birlikte hareket etmek zorunluluğunun özellikle iş hayatının koşullarına ve oradaki olayların akışına da aykırı düşeceği kuşkusuzdur. Bunun içindir ki, yukarıda da belirtildiği gibi "*adi ortaklık*" ilişkisinde de ortakların içlerinden bir kişiyi ortaklığı temsilen işlemler yapmakla yetkili kılabilecekleri Yasada öngörülmüştür. (BK 533/son)

Bu kuralın paraleli olan özel yasa hükmü donatma iştiraki için de mevcut olup, Ticaret Kanunu'nun 954. maddesinde; "*Donatma iştiraki işlerinin idaresi için ekseriyet kararıyla bir gemi müdürü tayin olunabilir*" hükmü bulunmaktadır.

Bu hükümden, donatma iştirakini oluşturan ortakların sahip oldukları işletmenin (geminin) işlerinin yürütülmesini bir "*gemi müdürüne*" tevdi edebilecekleri anlaşılmaktadır. Gemi müdürünün donatma iştirakini oluşturan ortakların içinden de seçilebileceği veya ortaklığın dışından bir üçüncü kişinin de gemi müdürü olarak atanabileceği Yasada bulunan hükümden anlaşılmaktadır. (TTK 954)

(16) Bkz dip not 11'deki eser Sh.974

(17) Bu karar yayımlanmamıştır.

(18) Bkz dip not 11'deki eser Sh.974

Burada irdelenmesi gereken husus, donatma iştirakinin işlerinin yürütülmesi için atanacak olan “*gemi müdürünün*” yetkilerinin neler olabileceğinin, bir diğer deyişle gemi müdürünün donatma iştirakini temsil edebilme yetkisine sahip olup olmadığının, eğer böyle bir yetkiye sahip ise sınırlarının ne şekilde belirleneceğinin saptanmasıdır.

TTK'nın 955 ve 956. maddelerine bakıldığında;

Donatma iştirakinin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde gemi müdürünün mutad işlerin gereklerinden olan bütün işlemleri ve hukuki tasarrufları yapmaya ve bu işlerin seyrinden dolayı dönen paraları da almaya, geminin kaptanı da tayin ve azletmeye yetkili olduğu ve gemi müdürünün donatma iştirakini mahkemede de temsil edebileceği ve sadece; özel yetki verilmeden kambiyo senedi imzalamak, ödünç para almak, gemiyi satmak veya rehnetmek gibi işlemleri yapamayacağı görülecektir.

Bu durumdan, gemi müdürünün donatma iştiraki adına dava açabileceği, donatma iştirakine karşı açılmış olan davalarda da donatma iştirakini temsil edebileceği, bu yetkilerinin doğal sonucu olarak da donatma iştirakine ilişkin olarak görülmekte olan davalarda tebliğ edilen belgeleri de alabileceği anlaşılmaktadır.

Şimdi yazımızın başında verdiğimiz örneğe dönelim;

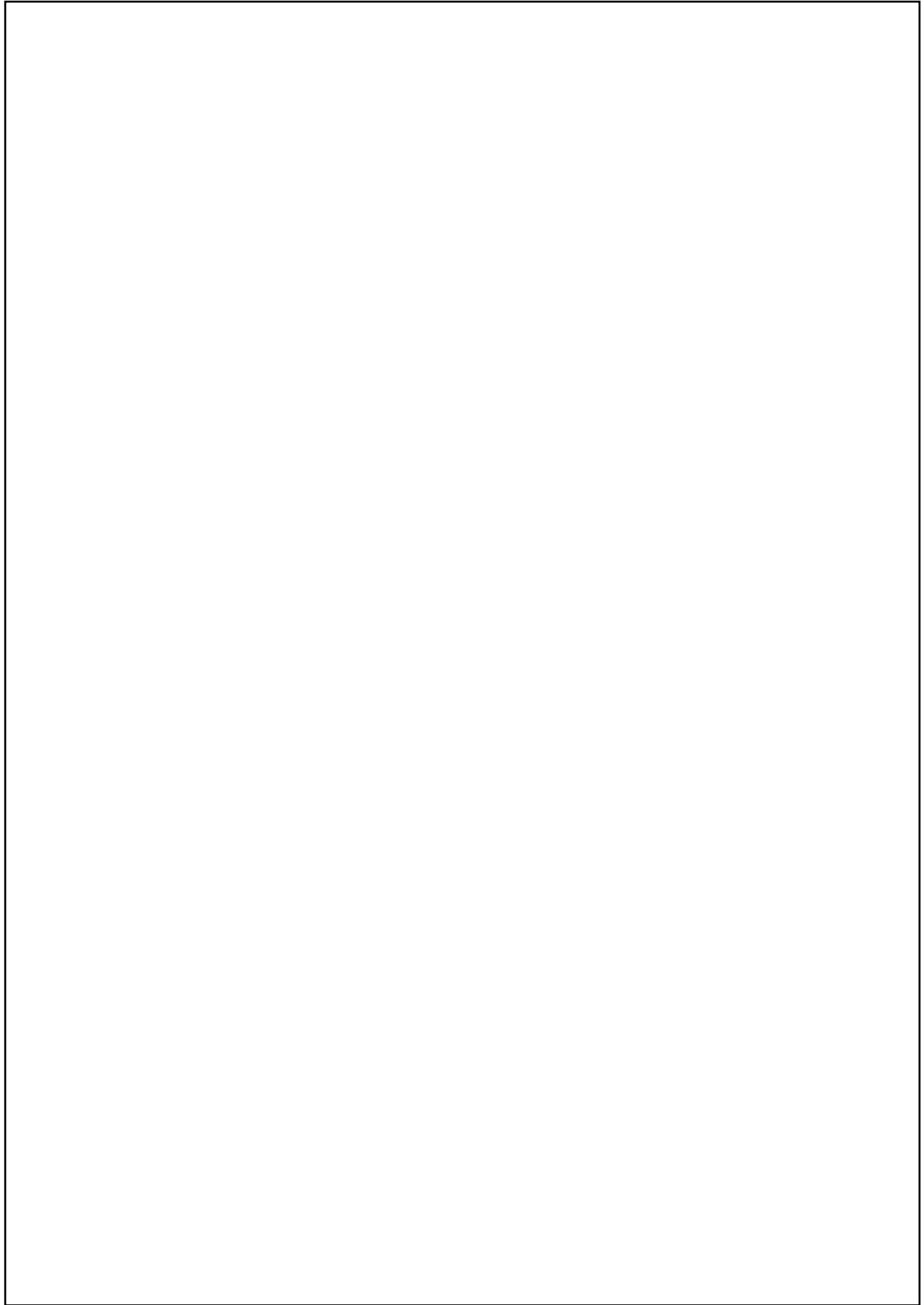
Yedi ortaktan oluşan bir donatma iştirakinde eğer gemi müdürü tayin edilmiş ise, dava açılırken iştirakteki ortakların her birine ayrı ayrı tebligat yapılmaksızın gemi müdürüne tebligat yapılarak dava açılacaktır.

Burada akla gelebilecek bir soru, donatma iştirakinde gemi müdürünün var olup olmadığının ne şekilde tespit edileceği hususudur.

Bu sorunun yanıtını TTK'nın 954/3. maddesinde buluyoruz. Anılan Yasa maddesinde;

“*Gemi müdürünün tayin ve azlinin ticaret ve gemi sicillerine kaydolunacağı*” belirlenmiştir.

Bu hükümden, gemi müdürünün gemi siciline ve ticaret siciline kaydının yapılacağı ve bu sicillerde yapılacak araştırmayla bir donatma iştiraki oluşumunda gemi müdürünün olup olmadığının belirlenebileceği anlaşılmaktadır.



GEMİ ADAMLARININ İŞÇİLİK ALACAKLARI HAKKINDA FARKLI UYGULAMALAR

Av. Tuncay BİLEN

Deniz İş Kanunu'nda yer alan bazı hükümler nedeni ile son yıllarda Deniz İş Kanunu uygulamasındaki farklılıklara, Yargıtay kararlarının da ışığı altında değinmenin yararlı olacağı düşünülmüştür.

Tarihçe:

Deniz İş Kanunu, Türk İş Hukuku mevzuatı içinde halen canlılığını korumakta olan en eski kanunlardandır. Gerçekten halen yürürlükteki 854 Sayılı Kanun 20.04.1967 tarihinde kabul edilmiş, 29.04.1967 tarihinde yayınlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir. Bu suretle 10.03.1954 tarihli 6379 sayılı eski Kanun da yürürlükten kalkmıştır.

Ancak bu günkü Kanun hakkında bir fikir edinebilmek için 6379 sayılı ilk Yasa'nın çıkarılmasından bu yana geçen 50 yılı aşkın süre içinde yaşanan gelişmeleri görmek gerekir.

Cumhuriyet'in kuruluş yıllarında ülkemizde elle tutulur bir sanayi bulunmadığı için Borçlar Kanunu dışında bağımsız bir iş yasasına ihtiyaç duyulduğu söylenemez. Nitekim işveren-işçi arasındaki münasebetleri düzenleyen ilk İş Yasası olan 3008 sayılı Kanun 1936 yılında çıkarılabilmiş, kıdem tazminatı ve benzeri işçilik hakları ancak o tarihte kanunlaşmıştır. Deniz Taşımacılığı alanında ise böyle bir gereksinim söz konusu bile değildir. Ülkemizde İş Hukuku'nun sistematüğını kuran büyük ve değerli hukukçu, Prof.Dr. Ferit Hakkı Saymen, 1954 yılında yayınladığı İş Hukuku adlı kitabında, deniz nakliyatı işlerinin İş Kanunu çerçevesi dışında mütalaa edilmesi gerektiğine ve bunlar hakkında özel hükümlere ihtiyaç bulunduğuna ilk kez, örneğin uzun bir süre 1954 yılına kadar beklemek gerekmiş, sonraki gelişmelerle bu yasa yetersiz kalınca 1967 yılında bu gün yürürlükteki 854 sayılı Deniz İş Kanunu kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere bu günkü Kanun 40 yılı aşkın süredir uygulanmakta olup, ufak tefek değişiklikler dışında özgülüğünü korumaktadır.

Uygulama:

Belirtmek gerekir ki bugünkü Kanun çıkarılıncaya kadar Deniz İş Kanunu'nun, Deniz Ticaret Filosu'nun büyük kısmını elinde bulunduran kamu sektörü dışında (Özellikle D.B. Deniz Nakliyatı A.Ş. ve Denizcilik Bankası TAO gibi...) pek bir uygulaması olmamıştır. Yoğun işçinin çalıştığı liman işletmelerinde gerek karadan gemilere, gerekse gemilerden doğrudan

doğruya iskelelere veya deniz üzerindeki Şat gibi araçlara yapılan yükleme ve boşaltma gibi işlerin Kara İş Kanunu'na tabi olmasının da burada etkili bulunduğu söylenebilir. Örneğin uzun bir süre, Kanunda açık hüküm bulunmasına rağmen (Deniz İş K. madde 1. Kanunun kapsamı başlıklı hüküm) ve toplam gros tonilato (100 Gton) ile toplam gemi adamı sayısı 5'i aşmasına rağmen VAN Gölü'nde çalışan ve Denizcilik Bankası TAO'ya ait gemilerde çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu'nun uygulanıp uygulanmayacağı hususu tereddüt yaratmıştır. Ancak 1970 yılına geldiği zaman Van Gölü'nün büyüklüğü ve işleyen gemilerin 100 gros tonilatodan büyük olmaları karşısında bu gemilerde çalışanların gemi adamı sayılmaları ve haklarında Deniz İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekeceği Yargıtay'ca kabul edilmiştir. Özel sektörün deniz ticaretinde etkisini duyurmasından, filomuzun bir hayli zenginleşmesinden ve özellikle gemi adamlarının sendikalaşmasından sonradır ki Kanunun uygulamasında bir hareketlilik yaşanmaya başlanmıştır. Gerçek odur ki belirli sürenin bitiminde gemi adamı ve işveren Donatan (Donatan ya gemi sahibidir veya gemiyi kendi nam ve hesabına işleten kiracıdır) serbesttir; Ya Donatanın aynı veya başka bir gemisinde çalışmak üzere yeni bir kontrat imzalarlar veyahut gemi adamı tamamen başka bir donatanın gemisinde çalışmasını sürdürür. Uygulamada sözleşmesi sona eren gemi adamı gemiden, gemi yabancı bir limanda da olsa ayrılır, yerine bir başkası gönderilir. Yani denizde çalışmanın yıpratıcı zorlukları ara vermeden uzun süreli çalışmayı olanaksız kılar. Bu sistemde bazı hukuksal sorunlar, özellikle kıdem tazminatında ortaya çıkmaktadır. Zira sözleşmeye göre 1 yıllık hizmet süresi dolmadığı için, fakat başka gemilerdeki önceki çalışmaları dikkate alındığında, kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılmayacağı gemi adamı açısından önem arz etmektedir. Ancak Kanuni konuyu üzerinde tartışılmayacak şekilde çözüme ulaştırmıştır. Şöyle ki; Kanununun 20. maddesi, 3. paragraf hükmü aynen şöyledir:

“Gemi adamlarının kıdemleri hizmet aktinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden aktedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik gemilerinde ve hizmetinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır.”

Şu halde gemi adamlarının bu koşullar altında kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için sözleşmelerinin süresine bakılmaksızın çalıştığı gemilerin aynı işverene ait olmalarına bakılacaktır; yani bu gemilerdeki toplam çalışması 1 yılı aşmışsa ve diğer koşullar da varsa gemi adamına son sözleşmesi örneğin 6 aylıktır diye kıdem tazminatına hak kazanamamıştır denemeyecektir.

Farklı Hükümler - Farklı Uygulamalar:

İş Süresi ve Fazla Mesai konusu:

Bilindiği gibi 22.05.2003 tarihinde kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girinceye kadar ülkemizde 01.09.1971'den itibaren yaklaşık 32 yıl 1475 sayılı İş Kanunu uygulanmıştır. Bu Kanunun 29.07.1983 tarih 2869 sayılı Kanunla değişik 61. maddesine göre evvelce günde 8, haftada 48 saat olan normal iş süresi, günde 7.5, haftada 45 saata düşürülmüştür. (Cumartesi günü kapanan iş yerlerinde günde 9, 5 gün için 45 saat) 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nda da bu hükmün aynen korunmasına ilaveten bu konuda çok önemli yenilikler getirilmiştir. Örneğin tarafların anlaşmaları ile normal çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine günde 11 saati geçmemek suretiyle farklı şekilde dağıtılabilmesi kabul edilmiştir. (BKZ: 63. madde)

Görülebileceği gibi Yasa koyucu, Yeni İş Kanunu ile yeni bir uygulamayı gündeme taşıyarak, Kanuna göre 2 aylık bir devre için *-ki buna denkleştirme süresi denilmektedir ve Toplu İş Sözleşmeleri ile bu süre 4 aya çıkarılabilmektedir-* İşçi ve İşverenlerin karşılıklı anlaşmaları koşulu ile günlük 7.5 saat olan normal iş süresinin 11 saata çıkarılabilmesi olanağı yaratılmıştır. Bu şekilde birinci hafta günde 11, haftada 66 saat; ikinci haftada örneğin 6 iş gününde toplam 24 saat çalışılabilecektir. Ancak bu 2 aylık sürede ortalama haftalık çalışma süresi 45 saati aşamayacaktır. (66 saat + 24 saat = 90 saat /2 hafta = 45 saat)

Oysa Deniz İş Kanunu'nda böyle bir uygulamaya yer yoktur. Ancak belirtmelidir ki karada günlük ve haftalık normal iş sürelerini düşüren Yasa koyucunun Deniz İş Kanunu uygulamasında buna gerek görmemesi ve gemi adamları için normal iş süresinin günde 8, haftada 48 saat olduğu yolundaki hükmü aynen muhafaza etmesi, kanımızca denizde çalışanlar aleyhine düzeltilmesi gerekli bir eşitsizlik yaratmıştır.

Bu önemli farka işaret ederken, denizdeki çalışmanın kendine özgü koşullardan kaynaklanan bir diğer farka da değinmek gerekir; o da karada çalışanların fiilen çalışmayıp iş verilmesini, başka bir deyişle işverenin emrine hazır beklerken geçen sürelerin dahi iş süresinden sayılmasına karşın denizde buna olanak yoktur. Zira gemi adamının sefer süresince tüm yaşamı esasen gemi içinde geçmektedir. Zaten bu nedenledir ki işin doğası gereği fiili çalışmalar vardiya düzenine bağlanmıştır. İşte bu nedenle Kanunun 26. maddesinde gemi adamları için genel bakımdan iş süresi günde 8, haftada 48 saat olarak tanımlanmış; İş süresinin gemi adamının işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süreye göre hesaplanacağı hükmüne bağlanmıştır. Bu hükümlere göre karada çalışanlar için, normal olarak günde 7.5 (5 gün çalışılan işyerlerinde 9 saat) haftalık 45 saati aşkın çalışmalar fazla mesai olarak kabul edilirken, gemi adamları için fazla

çalışmadan söz edebilmek için günlük fiili çalışma veya vardiya tutulan saatlerin toplamının 8 saati, haftalık 48 saati aşması şarttır. Vardiya düzeni günün 3'e bölünmesi suretiyle gemi adamlarından her birinin fiili çalışmasının 8 saate göre ayarlanmasıdır. Bu da gemide 4'er saat üzerinden vardiya nöbet çizelgesinin düzenlenmesi ile olur. Bu suretle dikkat ve ihtimam isteyen deniz koşullarındaki çalışmanın mümkün olduğu kadar verimli olması sağlanır. Gerçekten gemiler seyirde iken veya yanaşıp yükleme ve boşaltma sırasında gemi adamının yüklendiği görevler azami gayret ve dikkate ihtiyaç gösterir. İşte vardiya düzeni bu dikkat ve ihtimamın her an ayakta tutulması amacıyla kaynaklanır. Gemi adamlarının günlük çalışma süresinin 8 saati geçmemesi halinde 3 vardiyalı düzende fazla mesai hakkı, ancak çatma, kötü hava koşulları, kurtarma-yardım gibi normal dışı hal ve şartlarda doğabilir.

Bu bağlamda Deniz İş Kanunu uygulamasında bir önemli fark ta çalışanların görev, yetki ve sıfatlarından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; Kanunun iş süresinden istisnalar başlığını taşıyan 27. maddesi aynen şu hükmü içermektedir:

Madde 27- Aşağıdaki işleri görenler, bu Kanunun iş süresine ilişkin hükümlerine tabi değildirler.

1- Birden fazla kaptanın bulunduğu gemilerde birinci kaptan (ki uygulamada ona gemi süvarisi denilmektedir, ayrıca ikinci ve üçüncü, hatta dördüncü kaptan vardır) veya kendisine vekalet eden kimse; (klavuz kaptan)

2- Birden fazla makinistin bulunduğu gemilerde baş makinist; (eskiden çarkçıbaşı, şimdilerde baş mühendis denilmektedir.)

3- Doktor ve sağlık memurları;

4- Hemşire ve hastabakıcılar;

5- Asli görevleri can, mal ve gemi kurtarma olan kurtarma gemilerinde çalışan gemi adamları;

6- Gemide kendi nam ve hesabına çalışanlar.

Böyle bir hükmün karada çalışanlar hakkında uygulanması söz konusu değildir.

Fazla Mesai Zam Oranı

Bilindiği gibi Toplu İş Sözleşmelerinde aksi kararlaştırılmadıkça Kara İş Kanunu'nun uygulandığı iş yerlerinde fazla mesai ücreti, normal saat ücretinin %50 fazlası ile hesaplanır. Oysa Deniz İş Kanunu uygulamasında bu oran %25'tir. (Bkz. DİK. madde 28) Görüldüğü gibi bu konuda da gemi adamı aleyhine yaratılan bir eşitsizlik söz konusudur. Bu eşitsizliğin de

giderilmesi ve aradaki farkın ortadan kaldırılması, arzu edilen ve çalışma hukukunun temel ilkelerinden olan eşitlik ilkesine uygun düşecektir.

Fazla mesai ücreti konusunda son yıllarda karşımıza çıkan yeni bazı uygulamalar vardır; o da gemi adamları ile imzalanan ve genelde belirli süreli olan hizmet sözleşmelerinde, ücretin içinde fazla mesai, hafta ve genel tatil ücretleri ile yıllık ücretli izin paralarının da dahil olduğuna ilişkin hükümlerin konulmasıdır. Karşılıklı anlaşma ile kabul edilen bu hükümlerin geçerli olup olmayacağı uyumsuzluk yaratmakta ise de soruna bir yandan irade serbestisi, diğer yandan denizde yapılan çalışmanın çok farklı özellik ve karakter taşıdığı noktalarından yaklaşmak gerekir. Gerçekten iş yeri olan gemilerde günlük çalışma düzeni, vardiya saatlerine bölüdüğü ve fiili çalışmalarla 8 saati geçmediği için bazı istisnalarla öngörülen normal çalışma dışındaki bir çalışmaya ihtiyaç yoktur. Fakat gemi adamı vardiya tuttuktan sonra serbest zamanını zorunlu olarak gemide geçirmektedir. Yani karada olduğu gibi dinlenme zamanında iş yerinde kalan gemi adamı, emre hazır bekliyor diye mücerret fazla mesaiye hak kazanamaz. Yaşanan istisnalar geminin seyirde iken karşılaşılabileceği kötü hava şartları, deniz kazaları ve/veya limanlardaki yükleme-boşaltma sırasında yapılan fazla çalışmalar olabilir. Ancak bu bağlamda belirtmek gerekir ki imzalan bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde yer alan çeşitli adlar altındaki primler, yapılmış olsa dahi bu arızı fazla çalışmalarını fazlası ile karşılamaktadır. (Uzak yol primi, Tanker Tehlike primi, kıdem zammı-seniority gibi...) Bu durumda fazla mesai ve hafta ve genel tatil ücreti dahil olarak ücretin kararlaştırılmasında hukuka bir aykırılık yoktur. Yargıtay'ın da görüşü bu merkezdedir.

Nitekim yukarıda sözünü ettiğimiz fazla mesai ücreti dahil olmak üzere hizmet sözleşmesinde kabul edilen ücretin geçerli olduğu, bu konuda yerel bir mahkeme tarafından verilen kararı aynen onayan YARGITAY 9. HD'nin 18.05.2004 tarih, 2004/3310-12179 sayılı ilamında dile getirilmiştir. (Yargıtay'ca onanan İstanbul 4. İş Mahkemesi'nin 25.12.2003 tarih, E.2002/619, K.200371854 sayılı kararı şöyledir:

Kararın gerekçesi:

Dava fazla çalışma ücreti alacağı davasıdır. Davalı taraf fazla çalışma olmadığını ve tüm alacakları için çalışmayı da kapsayacak şekilde ibraname verildiğini ve ücretin fazla çalışmayı kapsadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Taraf delilleri toplanmış, çalışma koşullarının görülebilmesi için iş yerinde keşif yapılarak bilirkişiden rapor alınmıştır. İddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde taraflar arasında yapılan hizmet aktinin 4. maddesinde belirlenen ücretin normal

çalışma süreleri ile fazla çalışmaya ilişkin artırımlı fazla çalışma ücretlerini kapsadığı belirtildiğinden davanın reddine karar vermek gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Kıdem Tazminatında Faiz ve Başlangıcı

Gemi adamlarının hak kazandıkları kıdem tazminatı ile ilgili olarak, Kara İş Kanunu'ndaki hüküm Deniz İş Kanunu'nda da aynen mevcut ise de yürütülecek faiz oranı ve başlangıç tarihi konusunda aralarında çok önemli fark vardır. Şöyle ki kara işçilerinin kıdem tazminatına hak kazanmaları halinde, yasaya göre uygulanacak faiz, *"sözleşmenin feshi tarihinden itibaren bankalarda mevduata uygulanan en yüksek faizdir."* Yerel mahkemeler, bir yerde haklı olarak, uzun bir süre gemi adamları hakkında da bu doğrultuda hüküm vermişler ve bu kararlar Yargıtay'ca da aynen onanmıştır. Ancak ağırlıklı olarak 2000 yılından itibaren 9. HD bu konuda açıkça farklı görüşünü ortaya koymuş ve *"Deniz İş Kanunu'nda kıdem tazminatı için faize ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla geç ödenen ya da ödenmeyen kıdem tazminatı için yasal faize hükmetmek gerekir. Öte yandan davacının davalıyı temerrüde düşürdüğü de anlaşılmasından faizin dava tarihinden itibaren yürütülmesi gerekir. Mahkemece 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesinden hareketle, fesih tarihinden itibaren en yüksek mevduat faizine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."* (Bkz. YARGITAY 9. HD 18.11.2002 tarih, 2002/6575-21465 sayılı kararı - İstanbul 6. İş Mh. 22.01.2002 T. 1999/345 E.) no'lu kararı bu gerekçe ile bozmuştur.

Ancak belirtmek gerekir ki sırf kanunda hüküm bulunmaması nedeni ile varılan bu görüş, gemi adamları aleyhine yaratılan ve düzeltilmesi gereken bir başka eşitsizliğin ifadesidir. Ne var ki yasal düzenleme yapılmadığı sürece Mahkemelerin başka şekilde hüküm vermesi de beklenemez. Nitekim Basın İş Kanunu'nda da aynı şekilde uygulama yapılmaktadır. Örneğin Basın İş Kanunu'na tabi çalışanların ihbar ve kıdem tazminatlarının giydirilmiş ücretten hesaplanacağına ilişkin yasal hüküm bulunmadığından, hesaplamının brüt çıplak ücret üzerinden yapılacağı Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. (Bkz. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'nin 06.10.2003 tarih, E.2003/2920, K.2003/16216 sayılı kararı-İST. Barosu Dergisi -cilt 77, sayı 4. Yıl 2003, sayfa 1037)

İhbar Tazminatı Konusu

Kara ve Deniz İş Kanunları bakımından ihbar tazminatı konusunda temelde bir fark yoktur. Şu kadar ki bir geminin yabancı bir firmaya satılması halinde, yani geminin Türk Bayrağı çekmek hakkını kaybetmesi halinde geminin satılması nedeniyle gemi adamı işten çıkarılmışsa ihbar tazminatı isteyemez. Gerçekten Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesi IV. bent

hükmüne göre, “çalışılan geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya harp ganimeti ilan edilmesi veyahut Türk Bayrağı’ndan ayrılması hallerinde hizmet akdi kendiliğinden sona erer.”

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ, 07.12.2006 GÜN VE E.2006/12845, K.2006/32131 sayılı kararında şöyle demiştir:

“Deniz İş Yasası’nun 14. maddesinde bildirimsiz fesih halleri sınırlı olarak sayılmıştır. Bu sebepler içerisinde geminin satılması durumu yer almamaktadır. Ancak geminin Türk Bayrağı’ndan çıkacak şekilde yabancı ülke vatandaşa ya da şirketine satılması durumunda bildirimsiz fesih söz konusu olabilir. Bunun dışındaki gemi satışlarında ihbar tazminatı ödenmeyeceğine ilişkin kanunda bir hüküm mevcut değildir. Böyle olunca davacının ihbar tazminatı isteğinin yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Halbuki bilindiği gibi karadaki bir sanayi kuruluşu yabancı bir şahsa ya da şirkete satılıp devredilmesi durumunda bir işçi işten çıkarılmışsa işveren ihbar tazminatından da sorumlu olur. Bu da iki ayrı kanun arasındaki uygulama farkının diğer bir göstergesidir.

Yıllık Ücretli İzin Parasının Hesaplanması

Yukarıda birkaç örnekle belirttiğimiz gibi, Deniz İş Kanunu’ndaki bazı uygulamalar, denizde çalışmanın farklı özellik ve karakterlerinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle Yargıtayımız Deniz İş Kanunu’nda yer almayan hükümler nedeni ile genel nitelikteki Kara İş Kanunu’ndaki uygulamaları kabul etmemektedir. İşte bunlardan birisi de yıllık izin parasının hesabına ilişkindir. Son zamanlarda bazı mahkemeler, aktin feshi durumunda eski yıllara ait birikmiş yıllık izin paralarının hesaplanmasında, tamamen 4857 (eski 1475) sayılı Yasa’daki özel hükme aynen dayanmaktadırlar. Bilindiği gibi 4857 sayılı Kanun’un 59. maddesine göre, (eski 56. m.) işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllara ait izin ücreti alacağıının hesabında, fesih tarihindeki son ücret esas alınır. Oysa Deniz İş Kanunu’nda bu konuda benzer bir hüküm bulunmadığına göre, geçmiş yıllara ait izin ücretlerinin hesaplanmasında, tıpkı fazla mesai veya hafta ve genel tatil ücretlerinin hesaplanmasında olduğu gibi hak kazanılan yıllarda alınan ücretlere göre hesap yapılmalıdır.

Bu konuda uygulamadaki bir özel duruma değinmek gerekir. Genelde uzak yolda çalışan gemilerde çalışan gemi adamları ile imzalanan sözleşmelerde “İzin İkramesi” denilen bir uygulama vardır. Bunun kanunda yer alan yıllık izin ücreti ile bir ilgisi yoktur. İzin İkramesi, gemi adamının kontratına göre 6 veya 8 ay süre ile fiili çalışması bittikten sonra izne çıkarılırken kendisine 1 aylık ücreti tutarında yapılan bir ödemedir. Denizciler arasında bu uygulamaya “6’da 1, 8’de 1, veya 10’da 2” denir;

bunun anlamı, ücrete ilaveten ayrıca 6 veya 8 aylık çalışmanın bitiminde kendilerine 1 aylık ücret tutarında ikramiye ödeneceği hususunun kabul edildiğidir.

Oysa Deniz İş Kanunu'nun 40. maddesinde diğer İş Kanunlarında olduğu gibi yıllık izin ücretini düzenleyen hüküm vardır ve buna göre:

"Aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet aktine dayanarak en az 6 ay çalışmış olan gemi adamı yıllık ücretli izne hak kazanır."

"İzin süresi, 6 aydan 1 yıla kadar hizmeti olan gemi adamları için 15 günden ve 1 yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda 1 aydan az olamaz."

Buradaki izin ücreti ile izin ikramiyesini birbirinden ayırmak gerekir. İzin ikramiyesi tamamen sözleşmeden kaynaklanan bir düzenleme olup gemi adamına sen nasıl olsa izin ikramiyesi alıyorsun, şu halde izin ücreti alamazsın denilemez. Bunun tek istisnası kararlaştırılan normal ücretin içine yıllık izin ücretinin de dahil bulunduğu şekilde sözleşmelere özel hüküm konulmasıdır.

Gemi Alacaklısı Hakkı

Mahkeme tarafından hükme bağlanan ve İcra Dairesi'nde takip konusu yapılan İşçilik haklarının elde edilmesinde gemi adamlarının, karada çalışanlara kıyasen Kanundan doğan bir avantajları vardır. Elinde kıdem tazminatı, ücret, fazla mesai ücreti gibi işçilik haklarının tahsiline ilişkin Mahkeme Kararı bulunan bir kara işçisi bu alacaklarının tahsili için genel hükümlere göre işlem yapmak zorundadır. Bu da İcra İflas Kanunu'nda ön görülen takip yollarına baş vurmak suretiyle borçlunun mal varlığı üzerinde haciz koydurmaştır. Oysa bu yol genelde kötü niyetli borçluya (işveren) karşı işçinin haklarını alamaması gibi bir sonuç doğurmaktadır. Örneğin borçlu dava sürerken ya iş yerini kapatmakta, ya adres değiştirmekte ve adres tahkiki büyük zaman almakta, yeni adreste de dış dokunur bir mal varlığı bulunamamakta veya gerçekten aciz duruma düşmektedir. Davaların esasen uzun süre devam ettiği ve oldukça masraflı olduğu göz önünde tutulursa, zaten işsizliğin yaygın olduğu ülkemizde işçilerin alacaklarını tahsil etmeleri nerede ise imkansız hale gelmektedir.

İşte bu konuda gemi adamları önemli bir avantaja sahip bulunmaktadırlar. O da Türk Ticaret Kanunu'ndaki Gemi Alacaklısı Hakkını düzenleyen bazı hükümlerden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; adı geçen Kanunun 1235. maddesi şu hükmü içermektedir:

"Gemi adamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacakları" gemi alacaklısı hakkı doğuran alacaklardandır.

1236. madde hükmüne göre:

“Gemi alacaklılarının gemi ve teferruatı üzerinde kanuni rehin hakları vardır.”

Kısaca gemi alacaklısı hakkı kanundan doğan aynı bir hak olup herkese karşı ileri sürülebilir. Yani gemi kimin elinde ise onun borçlu işveren olduğuna ve geminin maliki olup olmadığına bakılmaksızın alacak ondan, yani gemiden tahsil istenebilir. Örneğin burada hakkında takip yapılan borçlu, ben malik değilim, gemi sicilde benim üzerime kayıtlı değil şeklindeki bir savunmada bulunamaz. Bu suretle gemi adamı gemi üzerine haciz koydurmak suretiyle hiç olmazsa işverenin mal varlığını araştırmak gibi bir külfetten kurtulmuş olur.

Bu konuda Yargıtayın bazı kararlarına değinmekte yarar görülmüştür. Şöyle ki:

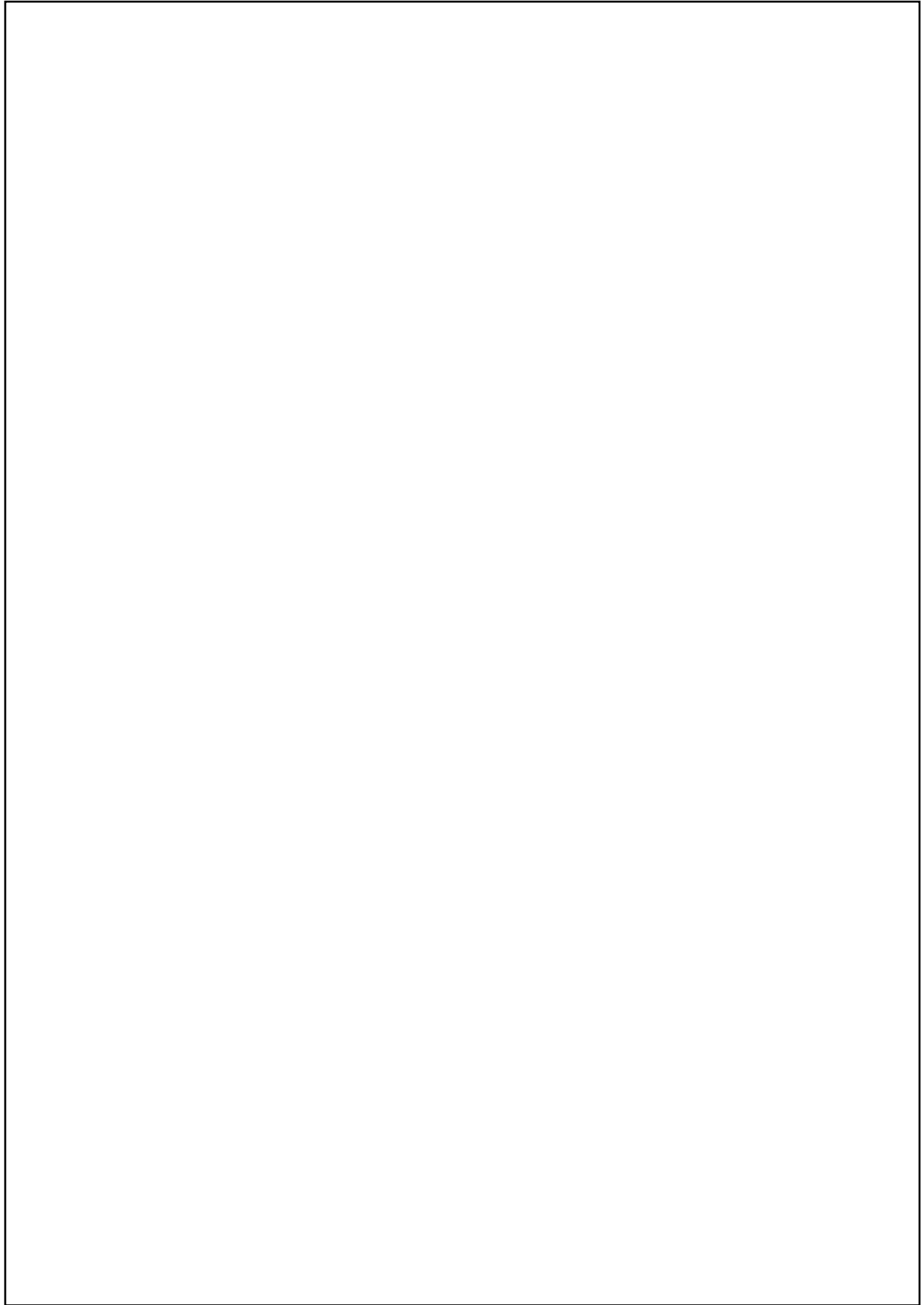
YARGITAY 12. H. Dairesi'nin 30.01.2007 tarih ve E. No. 2006/23969, K.2007/1349 sayılı kararı:

“Takip alacaklısı nizalı geminin kaptanı olup TTK'nun 1235 ve 1236. maddelerine dayanarak ücret alacağına ilişki olarak, genel haciz yolu ile başlattığı takibin kesinleşmesi üzerine borcun kaynaklandığı gemi üzerine haciz konulmasını ve seferden men edilmesini istemesinde Yasaya uymayan bir yön yoktur. Bu nedenle icra müdürünün geminin seferden men koşullarının bulunup bulunmadığı hususu araştırılmaksızın haciz isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir. GEMİNİN MALİKİ KİM OLURSA OLSUN BORÇ GEMİYİ TAKİP EDECEĞİNDEN MALİKİN DEĞİŞMESİ SONUCA ETKİLİ DEĞİLDİR. GEMİNİN MALİKİ KİM OLURSA OLSUN BORÇ GEMİYİ TAKİP EDECEĞİNDEN MALİKİN DEĞİŞMESİ SONUCA ETKİLİ DEĞİLDİR.”

YARGITAY 9. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2005 tarih ve E.2005/9585, K.2005/37259 sayılı kararı:

“..... Davacının ücret alacağı TTK'nun 1235/3. maddesine göre gemi aşacağı hakkı olup bu hak TTK'nun 1235. maddesinde yazılı olayların vukuu ile yasa nedeniyle kendiliğinden doğar. Bu hakkın kullanımı da gemiye yönelik bir haktır. Finansal kiralayan gemi işletilmesini menfaat karşılığı kiralayıp gemiyi kiraya verdiği göre gemi üzerinde gemi alacağı ve kanuni rehin hakkı doğumu riskini de göze almalıdır. Gemi donatan borçlunun mal varlığına dahil olsun veya olmasın, malik veya zilyedi kim olursa olsun rehin hakkı alacağının konusunu gemi oluşturur.....”

Bu nedenle mahkemece yazılı şekilde davalılardan V. Finansal Kiralama A.Ş. yönünden davanın husumetten reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.



ÜCRETİN HACİZ, DEVİR ve TEMLİK İŞLEMLERİNE KARŞI KORUNMASI

Av. Merve GÖKSEL

GİRİŞ

Ücret, işçinin iş görme borcunun karşısında yer alan ve işverenin iş sözleşmesinden doğan başlıca borcunu oluşturmaktadır.¹ 4857 sayılı İş Kanunumuzun 32. maddesi 1. fıkrasında “Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para olarak ödenen tutardır” şeklinde tanımlanmaktadır.² Ücret kavramının iktisadi boyutundan hareket edenler ücreti, üretimde kullanılan zihinsel ve bedensel insan gücünün karşılığı ve emeği üretimde kullanabilmek için ödenen bir bedel olarak tanımlamaktadırlar.³ Ücretin Korunması Hakkında 95 sayılı Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi'nin 1. maddesinde de ücret, yapılan veya yapılacak bir iş veyahut görülen veya görülecek olan bir hizmet için yazılı veya sözlü bir iş akdi gereğince bir işveren tarafından bir işçiye, her ne nam altında ve hangi hesaplama şekli ile olursa olsun ödenmesi gereken ve nakden değerlendirilmesi kabil olup karşılıklı anlaşma veya milli mevzuatla tespit edilen bedel veya kazançlar olarak tanımlanmıştır.

Tüm tanımlamalardan hareketle ücret, çalışılmadığı halde ücret ödenmesini gerektiren durumların dışında, yapılan bir hizmetin karşılığı olarak, işveren veya üçüncü kişilerce işçiye sağlanan ve para veya parasal değeri bulunan menfaatlerden oluşan bir gelir çeşidi olarak da tanımlanabilmektedir.⁴ Aynı zamanda ücret, İş Kanunu ve diğer kanunlarda, işçinin tek geçim kaynağı olarak da kabul edilmektedir.⁵ Ücretin bu sosyal önemi nedeni ile sıradan bir alacak olarak değerlendirilmesi mümkün değildir, yani ücretin, işçi ve ailesinin çoğu kez yegane geçim kaynağı olması ücreti sıradan bir alacak olmaktan çıkarmaktadır.⁶ Ücretin işçi açısından başlıca ve genellikle tek geçim

(1) Tankut CENTEL, *İş Hukukunda Ücret*, İstanbul: Yalçın Ofset, 1988, s. 58; Sarper SÜZEK, *İş Hukuku*, 3. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Şubat 2006, s. 279; Öner EYRENCİ/ Savaş TAŞKENT/ Devrim ULUCAN, *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006, s. 121; Nuri ÇELİK, *İş Hukuku*, 18. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ağustos 2005, s. 128; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 369; Fevzi DEMİR, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 3. Baskı, İzmir: Fakülteler Kitabevi, Eylül 2003, s. 71; Erdem ÖZDEMİR, *İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret* [3. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)], Bodrum: TİSK, 21-25 Eylül 2005, s. 52.

(2) MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 369.

(3) Levent AKIN, *Maaş ve Ücret Haczi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, Sa.1, 1995, s. 351.

(4) AKIN, s. 352.

(5) Müjdat ŞAKAR, *Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu*, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2006, s. 391.

(6) MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 418.

kaynağını oluşturması, emredici hukuk kuralları konularak işverenin ücret ödeme borcuna geniş ölçüde müdahale edilmesini, yani ücretin korunmasını zorunlu kılmaktadır.⁷ Bu sebeple, Yasa Koyucu ücretin belli bir sınırın altına indirilmesini veya tümüyle ortadan kaldırılmasını önlemek için, çeşitli yollarla ücreti koruyan ve güvence altına alan hükümler öngörmüştür.⁸ Söz konusu hükümlerden biri olan 4857 sayılı İş Kanunumuzun ücretin saklı kısmı başlıklı 35. maddesi inceleme konumuzu oluşturmaktadır.⁹

1. ÜCRETİN HACİZ VE DEVİR/TEMLİK EDİLMESİ

a. Genel Olarak

Ücretin haciz ve devir/temlik edilmesi konusu, ücretin saklı kısmı başlığı altında 4857 sayılı İş Kanunumuzun 35. maddesinde “İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Anılan hüküm 1475 sayılı İş Kanunumuzun 28. maddesinde de benzer şekilde düzenlenmiştir. Sadece son cümlede “...Bu kayıtlamalar nafaka borcu alacaklılarının haklarını kaldırmaz.” şeklinde anlam farklılığı içermeyen bir ifade farklılığı bulunmaktadır.

Ücret, borç ilişkisinden kaynaklanan herhangi bir edim değil, korunması gereken sosyal bir hak niteliğinde olduğundan Kanun Koyucu tarafından özel bir korumaya tabi tutulmaktadır.¹⁰ Kanun Koyucu işveren veya üçüncü kişilerin müdahaleleri ile birlikte işçinin kendi düşüncesiz harcamalarına karşı da ücreti koruyucu düzenlemelere yer vermektedir.¹¹ Anılan bu hüküm ile ücret, ücret ödeme borçlusu olan işverenin işlemlerine veya üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı değil, doğrudan ücret alacaklısı olan işçinin işlemlerine karşı korunmaktadır.¹² Anılan hüküm ile sağlanan ücret güvencesi, esasen işçinin bizzat kendisine karşı; kendi yaptığı borçlanmalara karşı oluşturulmuş bir ücret koruma yöntemidir.¹³ Bu

(7) CENTEL, s. 47.

(8) Cevdet İlhan GÜNAY, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s. 387.

(9) Bu madde ile birlikte; 24.10.2009 tarih ve 109 sayılı Kanun ile katıldığımız Ücretin Korunması Hakkında 95 Sayılı Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi md. 10, “1. Ücret, ancak milli mevzuatın belirttiği usuller ve hadler dahilinde haciz ve temlik edilebilir. 2. Ücret, haciz ve temlike karşı, işçinin ve ailesinin geçimini sağlayabilmesi için lüzumlu sayılan ölçüde himaye edilecektir.”.

(10) EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 139.

(11) AKIN, s. 352.

(12) MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 419.

(13) Öcal Kemal EVREN, İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, Ocak 2007, s. 97.

yöntem, işçinin ve ailesinin tek geçim kaynağı olarak kabul edilen ücretin, gerek işçinin itirazına rağmen meydana gelen haciz ve gerekse işçinin iradesiyle gerçekleşecek devir/temlik işlemlerine karşı korunması gerekliliğinin sonucunda doğmuştur.¹⁴ Böylelikle ücretin sınırsız haczi ve ücretin tamamının devir ve temlik edilmesi önlenmektedir.¹⁵ Aksi halde işçinin ücretinden (iş gelirinden) alacaklılarının (alacaklı menfaatlerinin) tatmini işçinin varlığını tehlikeye atabilecek sonuçlar doğuracaktır.¹⁶ Ancak, ücretin hiçbir şekilde haciz ve temlik işlemine konu olamayacağını söylemek de günümüz ekonomik-sosyal yaşamının gerek ve gerçekleriyle bağdaşmaz.¹⁷ Bu bağlamda işçinin ücretinin ne oranda devir, temlik ve haciz edilebileceği kanunkoyucu tarafından düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca devir, temlik ve haczedilecek miktar, ücretin dörtte birinden fazla olamayacaktır. Ücretin haczedilemeyecek miktarı konusunda İcra İflas Kanunu'nun 83. maddesi 2. fıkrası uyarınca da haczedilebilecek miktar ücretin dörtte birinden az olamayacaktır. Ücretin devir, temlik ve haczedilebilecek oranının değerlendirilmesinde şüphesiz ki, İcra İflas Kanunu'nun 83. maddesi 2. fıkrası hükmünün öncesinde işçiyi koruyucu özelliği ve genel anlamdaki İş Kanunu'nun amacı göz önünde tutularak, ayrıca gerek özel gerekse daha sonra yürürlüğe giren yasa hükmü olması nedeni ile İş Kanununun 35. maddesi uygulanacaktır.¹⁸ Uygulamada her iki hüküm birlikte değerlendirilerek haciz yasağının ücretin tam olarak dörtte biri için geçerli olduğu daha fazla ya da eksik miktarda haczin mümkün olmadığı düşünülebilmektedir.¹⁹ Anılan hükümde geçen bu dörtte birlik sınırlamaya, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile üyeleri için hakim takdir ettiği miktar dahil değildir.²⁰ Anılan hükme göre, hakimce takdir olunan işçinin aile üyelerinin geçimi için gereken miktar çıkarıldıktan sonra kalan miktarın dörtte birini geçmemek kaydıyla ücretin devir, temlik ve haczi mümkün olabilecektir.²¹ Aile Hukuku yönünden önemli bir husus olan, nafaka yükümlülüğüne etki etmemesi için dörtte bir oranında haczedilebilen miktara işçinin nafaka borcu dahil edilmemiştir.²²

14) Ercan AKYİĞİT, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, C.2, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2006, s. 1417.

(15) AKIN, s. 352.

(16) AKYİĞİT, s. 1417.

(17) AKYİĞİT, s. 1417.

(18) CENTEL, s. 343; Mustafa KILIÇOĞLU, *4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulamaları*, Ankara: Ayhan Yayıncılık, 2005, s.378; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 420.

(19) Şahin ÇİL, *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, C.2, 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2007, s. 2422.

(20) MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 420.

(21) ÇİL, s. 2422.

(22) GÜNAY, s. 389.

Mahkeme, nafaka alacaklısının geçinmesi için zorunlu olan miktarı nazara alarak nafakayı takdir ve tayin ettiğinden, ilama bağlı nafaka alacakları hiç haczedilememektedir.²³

Ücretin haciz, devir ve temlike karşı korunmanın için, ücreti haczedilen, temlik veya devir edilenin 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçi olması gerekmektedir.²⁴ Bununla birlikte, İş Kanunumuzun 113. maddesi uyarınca İş Kanunu kapsamı dışında kalan tarım işçileri (İş K. m.4/b) ile esnaf ve sanatkar işyerlerinde çalışan işçilere de (İş K. m.4/1) anılan madde hükmü uygulanmaktadır.²⁵ Kanunda açıkça belirtilmese de, aksi bir açıklama Kanunda yer almadığından, haciz yahut devir sırasında işçilik sıfatının devam edip etmediği aranmamaktadır. Anılan hükmün korunmasından yararlanabilmek için önemli olan husus 4857 sayılı İş Kanunundan doğan bir ücret alacağının söz konusu olmasıdır; işçilik sıfatı sonradan kaybedilmiş olsa bile, işçilik sıfatının mevcut olduğu döneme ilişkin ücret alacağı İş Kanunu kapsamında korunmaya devam edecektir.²⁶ Bu konuda alacaklının sıfatı ve borcun niteliği de önem taşımamaktadır. Özel hukuk alanındaki bir borç gibi kamu hukukundan doğan bir borç örneğin vergi borcu için uygulanacak haciz işlemi de bu sınırlamaya tabi olacaktır.²⁷

b. Ücretin Haciz ve Devir/Temlikinin Sınırlanmasında Ücret Kavramı

2869 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce 1475 sayılı İş Kanunu'nun 28. maddesinde "İşçi ücretlerinin ayda 240 lirası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz..." ibaresi yer almaktaydı. Kanun koyucu bu hüküm ile işçinin ücretinin aylık tutarından, kendisi ve ailesinin geçiminin sağlanması amacıyla asgari olarak 240 lirasının elinde kalmasını istemekte idi.²⁸ 2869 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile işçi ücretinin dörtte birinden fazlasının haczedilmesi veya başkasına devir temliki yasaklanarak işçi lehine bir düzenleme yapılmıştır.²⁹ Zira, 240.-TL. gibi sabit bir miktar yerine, soyut olarak işçinin ücretinin belirli bir oranının sınırlamaya tabi tutulması ile, sınırlamaya girecek miktarın hayat

(23) "... ilama bağlı olmayan nafakaların bir kısmı haczedilebilir (İİK. md.83/1)" Bkz. Baki KURU, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2004, s. 451.

(24) AKYİĞİT, s. 1418; Aksi görüş "...İş Kanununa tabi olmayan bir işçide özünde emeği ile geçinen bir işçidir. En yakın Kanun İş Kanunudur. Kuyasla uygulanması daha uygun olur...." Bkz. KILIÇOĞLU s. 378-379.

(25) 4857 sayılı İş Kanunu md.113; "Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (t) bentlerinde sayılan işyerlerinde çalışan işçiler hakkında 32, 35, 37, 38 inci madde hükümleri uygulanır. Bu maddelere aykırılık hallerinde ilgililer hakkında ilgili ceza hükümleri uygulanır." .

(26) AKYİĞİT, s. 1418.

(27) SÜZEK, s. 303.

(28) Turhan ESENER, *İş Hukuku*, 3. Bası, Ankara: Sevinç Matbaası, 1978, s. 179.

(29) GÜNAY, s. 389;

pahalılığına ve ücretlerdeki yükselmeye ayak uyduramaması tehlikesinin önüne geçilmiştir.³⁰

Kanun “işçilerin aylık ücretlerinin” dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceğini ve başkasına devir ve temlik olunamayacağını öngörürken, ilgili hükmün açılımında, hükümde kullanılan aylık “ücret” deyiminin ne anlama geldiğine ilişkin kesin bir açıklamaya yer vermediğinden çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu’nda da bu düzenlemeye aynı şekilde yer verildiğinden, 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde yaşanan tartışmalar çözüme kavuşturulamamıştır.³¹

Öğretide savunulan bir görüşe göre, buradaki “ücret” ibaresi 4857 sayılı İş Kanunu 32. maddede sözü edilen genel anlamda ücreti, yani asıl ücreti ifade etmektedir.³² Zira, ücret denildiğinde esas olan asıl ücret olup, geniş anlamda ücretin söz konusu olabilmesi, yasanın veya sözleşmenin açıklık taşımasına bağlı bulunmaktadır.³³ Anılan hükümde geçen aylık “ücret” ibaresi çalışma karşılığı ödenen genel anlamda (asıl) ücrete daha yakındır.³⁴ Zira, 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki bu tartışmalara rağmen 4857 sayılı İş Kanunu’nda yine aynı sözcüklerin kullanılmış olması ve burada yazılı olan ücretin eklerini de kapsadığının açıkça düzenlenmemiş oluşu da buna işaret etmektedir.³⁵ Bu görüşü savunanlara göre, bu hususun İş Kanunumuzun işçiyi koruma ilkesi ve maddenin düzenleniş amacı ile ters düştüğü savunulabilir ise de işçiye ödenen çıplak ücretin işçi ve ailesinin geçimini sağladığı, ek menfaatlerin ise işçi ve ailesi için ek bir kazanç olduğu unutulmamalıdır.³⁶ Aksi halde, işçiyi ve ailesini korumakla ilgili bir hüküm tesisi alacaklı açısından ters bir etki yaratacak, alacaklının mağdur olmasına yol açacaktır.³⁷

Öğretide yer alan diğer görüşe göre, anılan hükümde geçen “ücret” ibaresini sadece asıl ücret (iş karşılığı ödenen ücret) olarak algılamak, ücret eklerini kapsam dışı bırakmak kanunun amacına ters düşmektedir.³⁸ Zira, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 35. maddesinin amacı, işçinin iş ilişkisi

(30) CENTEL, s. 332-333; “...enflasyondan etkilenmeyecek şekilde her işçinin ücreti esas alınmak suretiyle bir oran belirlenmiştir.” Bkz. Cevdet İlhan GÜNAY, Şerhli İş Kanunu, C.2, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2001, s. 2477.

(31) ÇİL, s. 2421.

(32) CENTEL, s. 334; “...Aksi halde yasa koyucu ücret ve diğer haklar gibi bir düzenlemeye giderdi. Örneğin m.21 /f.3 gibi...” Bkz. KILIÇOĞLU, s. 378; AKIN, s. 335; AKYİĞİT, s. 1418-1419; ÇİL, s. 2421.

(33) CENTEL, s. 334.

(34) ÇİL, s. 2421.

(35) ÇİL, s. 2421.

(36) EVREN, s. 98.

(37) EVREN, s. 98.

(38) AKYİĞİT, s. 1419.

vesilesiyle eline geçen gelirin mümkün mertebe kendisi ve ailesi için kullanılmasını sağlamaktır.³⁹ Bu sebeple, işçinin tüm gelirinin korunması bakımından, sınırlamaya konu olacak ücretin, geniş anlamda ücret olduğunu benimsemek daha uygun görünmektedir.⁴⁰ İcra İflas Kanunu'nun ilgili hükmü de bu yöndedir. İcra İflas Kanunu'nun 83. maddesinde kısmen haczi caiz olan şeyler arasında "...maaşlar, tahsisat ve her nev'i ücretler..." sayılmaktadır. Anılan bu hüküm yok sayılmayacağından ücretle ilgili her türlü alacağın bu kapsamda olduğu doktrince ve Yargıtay'ca kabul edilmektedir.⁴¹

Anılan hükümde geçen "ücret" ibaresine ilişkin diğer bir belirsizlik de, işçi ücretinin işçiye iş karşılığı ödenen temel/çıplak ücretten mi ibaret olacağı yoksa buna iş görülmeden ödenen tatil günü ücretlerinin de mi gireceğidir.⁴² Uygulamada aylık ücrete işçinin çalışması karşılığı aldığı ücret ve çalışması esas alınarak belirlenen izin ücretlerinin (hafta tatili, yıllık izin, ulusal bayram/genel tatil ücreti) de dahil olduğu kabul edilmektedir.⁴³ Zira, ücretin zorunlu tatil günlerinde de herhangi bir iş karşılığı olmaksızın ödenmesi gerekmektedir.⁴⁴ Aksi halde işçi bizzat çalışarak elde ettiği ücreti gibi ekonomik varlığını sürdürebilmesi için zorunlu olan yıllık izin ücretinden mahrum kalacaktır.⁴⁵ 6772 sayılı Kanun'un 4. maddesinde de ".fazla mesai, evlilik, çocuk zamları veya primleri, aynı yardımlar, hafta ve genel tatil ücretleri gibi esas ücrete munzam tediye edilen..." haczedilemeyeceği öngörülmüştür.⁴⁶

Bunlara karşılık, ihbar ve kıdem tazminatları, kötüniyet tazminatı, sendikal tazminat, haciz, devir ve temlik yasağına tabi değildir. Yargıtay'ca da, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi ödentilerin ücretten sayılacağına ilişkin Kanunda bir hüküm bulunmadığından bu ödentiler 4857 sayılı İş Kanunu madde 35 kapsamında görülmemekte ve bu sebeple bu ödentilerin tamamının haczedilebileceği kabul edilmektedir.⁴⁷ Doktrin ve Yargıtay'da

(39) ÇİL, s. 2421.

(40) CENTEL, s. 334.

(41) ÇİL, s. 2422.

(42) AKYİĞİT, s. 1424.

(43) EVREN, s. 98; Bkz. "...günümüzde emeğin artık bir meta olmaktan çıkmasıyla birlikte 'sosyal' bir nitelik kazandığı; 'sosyal devlet' anlayışının gelişmesiyle birlikte herhangi bir iş karşılığı olmayan 'hafta tatili ücreti', 'yıllık izin ücreti', 'hastalık' ve 'analık' ödeneği gibi ödemelerin yasalarla kabul edildiği bilinen bir gerçektir..." DEMİR, s. 71.

(44) AKYİĞİT, s. 1424.

(45) AKYİĞİT, s. 1424.

(46) Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 sayılı Kanunla 6212 sayılı Kanununun 2. maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun.

(47) Talih UYAR, Gerekçeli ve Açıklamalı İcra İflas Hukuku Şerhi, C.5, 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, Temmuz 2007, s. 7416. ; "... Bu durumda, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi ödentilerin ücretten sayılacağına dair bir hüküm bulunmadığından tamamı.....haczi mümkündür. Bu durumda mercice

ihbar tazminatının ücret niteliği olmadığı ve kısmi haciz hükmünün uygulanamayacağı görüşü savunulmakta ise de olması gereken hukuk açısından, işçinin ve ailesinin geçim kaynağı olan ücret için getirilen korumadan, işçiye iş arama süresince ailesini geçindirebilmesi için verilen ihbar tazminatını, sadece ücret olmaması sebebiyle muaf tutmak isabetli olmamaktadır.⁴⁸ Kıdem tazminatının hukuki niteliği konusunda da çeşitli tartışmalar dile getirilmiştir. Doktrinde önceleri iş sözleşmesinin yerine getirilmesi sırasında işçinin yararına öngörülen her şey ücrete dahil olduğu gibi, işçi yararına öngörülen kıdem tazminatının da ücrete dahil sayılması gerektiği kabul edilmekteydi.⁴⁹ Bu sebeple, kıdem tazminatı da bir ücret sayıldığından, kısmen haczedilebileceği belirtilirken, Yargıtay “kıdem tazminatının ücretten sayılacağına dair hüküm bulunmadığını” vurgulayarak, kıdem tazminatının tamamının haczedilebileceğini belirtmiştir.⁵⁰

Yargıtay’a göre, nema, toplu iş sözleşmesi farkı ve ikramiye de ücretten sayıldığından 4857 sayılı İş Kanunu’nun 35. maddesindeki koşullar çerçevesinde (ancak _’ünün) haciz edilebilmelerini engelleyen bir Yasa hükmü bulunmamaktadır.⁵¹ Bu durumda nema, toplu iş sözleşmesi farkı ve ikramiyenin de dörtte birinden fazlası haczedilemez. Ancak ikramiyenin haczedilebilmesi için yasal koşullarının oluşması ve ödenebilir hale gelmesi gerekmektedir, zira borçlu işçinin henüz doğmamış ve haciz tarihinde borçlu işçi adına tahakkuk edip etmeyeceği bu aşamada bilinmeyen ikramiyesi üzerine haciz konulamaz.⁵²

yukarıdaki ilkelere göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” Yarg. 12. HD. 27.12.2004, E. 2004/22540, K. 2004/26972 www.kazanci.com.tr (31.05.2008); “...Bu durumda, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı gibi ödentilerin ücretten sayılacağına dair bir hüküm bulunmadığından tamamının haczedilebileceği düşünülmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.” Yarg. 12. HD. 16.5.2002, E. 2002/9471, K. 2002/10258 www.kazanci.com.tr (31.05.2008); “...1475 Sayılı İş Kanununun 28. maddesinde işçi ücretinin 1/4’den fazlasının haczedilemeyeceği yazılı olup, kıdem tazminatının ücretten sayılacağına ilişkin bir hüküm olmaması nedeni ile tamamı haczedilebileceğinden.....kıdem tazminatının haczine ilişkin memurluk işleminin iptaline karar verilmesi de yasaya aykırıdır.” Yarg. 12. HD. 23.3.2004, E. 2004/2176, K. 2004/6826 www.kazanci.com.tr (31.05.2008).

(48) AKIN, s. 354.

(49) AKIN, s. 355.

(50) UYAR, s. 7409; KURU, s. 452.

(51) “...1475 sayılı İş Kanununun 28. maddesine göre, (4857 sayılı İş Kanununun 35. maddesi) işçinin almakta olduğu ücretlerin dörtte birinden fazlası haczedilemez. İkramiye, toplu sözleşme farkı ve nemada ücretten sayıldığından onların da aynı koşullarda haczini engelleyen bir yasa hükmü yoktur...” Bkz. UYAR, s. 7417’den Yarg. 12.HD. 27.12.2004, E.22540, K.26972; Yarg. 12. HD. 16.5.2002, E. 2002/9471, K. 2002/10258 www.kazanci.com.tr (31.05.2008).

(52) ÇİL, s. 2425’den Yarg. 12. HD. 6.2.2003, E. 2003/29157, K. 2003/2336.

c. Ücretin Haczedilmezlik ve Devir/Temlik Olunmazlığından Feragat

4857 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesi ile ücretin temlik ve haczine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler kamu düzeniyle ilgili olduğundan kural olarak haciz işleminden önce, tarafların anlaşarak, mutlak emredici nitelikteki belirtilen esasları ortadan kaldırmaları, hukuken geçerli değildir.⁵³ Yasal sınırlama ile getirilen bu oranı (1/4 oranını) aşacak tarzda yapılan haciz ve devir/temlik işlemleri tümüyle değil, ancak anılan oranı aşan kısmı itibarıyla geçersiz olup, işlem yasal sınırdan yapılmış gibi hüküm doğuracaktır. Ayrıca, anılan hükmün emredici niteliği, ücret alacağının muaccel olmasından önce yapılan temlikler kadar, muacceliyetten sonraki temlikler için de geçerlidir.⁵⁵

Anılan hüküm uyarınca, işçiler için sağlanan ücretin haczedilmezliği ilkesinden borçlunun hacizden önceki bir aşamada feragat etmesi, o sırada böyle bir feragatin sonuçlarını öngöremeyeceği düşüncesiyle hükümsüz sayılmaktadır.⁵⁶ Zira, borçlu işçi böyle bir anlaşmanın kendisine hazırlayacağı tehlikeleri hacizden önce tahmin edemeyecektir.⁵⁷ Yargıtay'a göre de, borçlunun haczinden önceki bir dönemde haczi mümkün olmayan bir mal veya hakkın haczedilebileceğine dair alacaklıyla yapmış olduğu anlaşma geçerli değildir.⁵⁸ Borçlu, haczedilmesi mümkün olmayan mal ve haklarla ilgili olarak bu hakkından, haciz sırasında veya haciz işlemlerinin gerçekleşmesinden sonraki dönemde vazgeçebilir.⁵⁹ Ancak, borçlunun belirli bir alacaklıya karşı ücretinin haczedilmezliğinden feragati, yalnız o alacaklı hakkında hüküm ifade edecektir; dolayısıyla söz konusu malı haczettirmek isteyen başka bir alacaklıya karşı borçlunun o malın haczedilmezliğini ileri sürebilme hakkı devam etmektedir.⁶⁰

(53) ESENER, s. 179; CENTEL, s. 345; KURU, s. 452.

(54) AKYİĞİT, s. 1420.

(55) CENTEL, s. 335.

(56) AKIN, s. 363.

(57) CENTEL, s. 346; "Maddeye İlişkin (Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi);...Borçlunun hacizden evvelki bir safhada bir mal veya maaş ve ücretinin haczedilmezliği sıfatından feragat etmesi hükümsüz olmalıdır. Zira, borçlu hacizden evvel böyle bir feragatin neticelerini tahmin edemez, bundan başka, bir malın haczedilemez olduğu ancak, borçlunun ve ailesinin haciz anındaki durumuna göre tespit olunur. Şu halde borçlu bir malın haczedilmezlik sıfatından önce feragat etmiş olsa dahi haciz sırasında o malın haczinin caiz olmadığını dermeyan edebilecektir.." Bkz. NAZIF KAÇAK, Açıklama ve İçtihatlarla Haczedilemezlik, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s. 274.

(58) Yarg. 12. HD. 27.6.2002, E. 2002/12765, K. 2002/13798 www.kazancı.com.tr (31.05.2008); "...Borçlu rıza gösterse dahi, aldığı maaşın tamamı haczedilemez..." Bkz. KAÇAK, s. 239'dan Y.İİD. 20.11.1952 - 122/5239 .

(59) Yarg. 12. HD. 4.3.2003, E. 2003/1623, K. 2003/4158 www.kazancı.com.tr (31.05.2008); CENTEL, s. 346; KAÇAK, s. 275; NAZIF KAÇAK, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara: Adalet Yayınevi, Eylül 2003, s. 676; KURU, s. 452-453; UYAR, s. 7446.

(60) AKIN, s. 363; KURU, s. 453.

2. NAFKA ALACAKLARINDA HACİZ VE DEVİR/TEMLİK EDİLEBİLİRLİK

4857 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesindeki "...Nafaka borcu alacaklılarının hakkı saklıdır" ibaresi ile sadece nafaka alacakları için yukarıda belirtilen kurala bir istisna getirilmiştir.⁶¹ Bu istisna uyarınca, nafaka borçlularının, nafaka borçlarında nafaka alacaklılarına karşı ücretin tamamının haczedilemezliğini ileri sürme hakları bulunmamaktadır.⁶² Anılan hüküm ile, nafaka alacağı için takip yapan alacaklının alacağı için, borçlu işçinin ücretinin tamamının haczedilebilmesi imkanı yaratılmış ise de, İcra İflas Kanunu'nun 83. maddesi 1. fıkrası göz önünde bulundurularak, işçi ile ailesine hiç değilse geçimlerini asgari düzeyde sağlayacak bir ücret miktarının bırakılması doğru olacaktır.⁶³

Anılan hükümlerle, ücretin saklı kısmı ile ilgili kısıtlamaların nafaka borcu alacaklılarının haklarını etkilememesi sağlanmıştır.⁶⁴ Böylelikle, işçinin nafaka borcu için dörtte biri aşan oranda ücretinin haczi mümkün olduğu gibi, bu borcu ödemesi için yine bu oranın üzerinde bir miktarın devir ve temlik edilmesi söz konusu olabilmektedir.⁶⁵ Zira, nafaka miktarı, mahkemece borçlu ve nafaka alacaklısının geçinmeleri göz önünde tutularak saptanmış olduğundan ve esasen, nafaka alacaklısının, borçlunun ücretinden yararlanma, pay alma hakkı da bulunduğu; "işlemekte olan" nafaka miktarının tamamı için, borçlunun ücretinin 1/4'ünden fazlası haczedilebilir.⁶⁶ Bununla birlikte, aile üyelerinin bu alacakları başkasına devrettiklerinde de alacağı devralanın bu imkana sahip bulunduğu söylenebilir.⁶⁷ Ancak, vadesi gelmemiş bir nafaka alacağının başkasına devri mümkün olmadığından, böyle bir alacağı devraldığını zanneden 3. kişi bakımından yasal sınırlama uygulanmaktadır.⁶⁸

(61) SÜZEK, s. 303.

(62) "...borçlunun gereksinimleri göz önünde bulundurularak haczedilemeyeceği bildirilen mal ve alacaklar nafaka alacaklıları tarafından haczettirilebilir..." Bkz. KAÇAK, s. 288.

(63) CENTEL, s. 344-345; "...görüşün mutlak olarak kabulü, borçlunun perişan ve cemiyete muhtaç bir duruma düşmesine neden olur. Bu nedenle nafaka alacaklılarının çıkarları gözetilirken, borçlunun da en doğal gereksinimleri dikkate alınarak aslında haczedilmemesi gerektiği halde nafaka alacağından dolayı haczedilebilen tarla, bağ, bahçe, mesken gibi mal ve alacaklarından kişisel gereksinimleri karşılayacak miktarda olan kısmı borçluya bırakılmalıdır." Bkz. KAÇAK, s. 288.

(64) GÜNAY, s. 389.

(65) ÇİL, s. 2423.

(66) UYAR, s. 7413-7414.

(67) "Örneğin işçinin eşi için gerekli yükümü ifa etmediğinden (C)den borç almış ve bunun karşılığında da hakim tarafından belirlenen miktardaki işçideki alacağını (C)ye devretmiş olabilir. Bu durumda (C)nin işçinin ücretine sınırlı şekilde haciz koyacağını söylemek zor görünmektedir." Bkz. AKYİĞİT, s. 1420, dipnot 16.

(68) AKYİĞİT, s. 1421.

3. ÜCRETİN TAKAS ve MAHSUP EDİLMESİ

Ücretin takas ve mahsup edilmesine ilişkin gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nda gerek ise, diğer iş kanunlarında (Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu) herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda, İş Kanunu'na göre genel nitelikli olan Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerini, İş Kanunu'nun sistem ve ruhuna aykırı düşmedikçe İş Kanunu'na tabi fakat yasal boşluk bulunan iş ilişkilerine uygulayabiliriz.⁶⁹

Borçlar Kanunu'nun 122. maddesinde düzenlenen takas, birbirine karşı aynı cins alacağa sahip kişilerden birinin tek taraflı beyanı ile bu alacakları az olanı tutarında sona erdirmesidir.⁷⁰ Borçlar Kanunu'nun takasa ilişkin genel nitelikli anılan bu hükmü uyarınca diğer tarafın onayına ve bir ön takas anlaşmasına gerek olmaksızın taraflardan birinin takas beyanını karşı tarafa bildirmesi ile borç, az olan borcun tutarında sona erecektir.⁷¹ Ancak iş ücreti, takası kabil olmayan alacaklar başlığını taşıyan Borçlar Kanunu'nun 123. maddesi 2. bendi uyarınca, alacaklının rızası olmaksızın tek taraflı irade beyanıyla takasla sonlandırılmaz. Zira anılan maddede, "...Nafaka ve iş ücreti gibi borçlunun ve ailesinin iâşesi için mutlak surette zaruri olup hususi mahiyeti itibariyle fiilen alacaklının eline verilmesi icap eden alacaklar" denilmek suretiyle, işçinin ücret alacağının tek taraflı takas irade beyanıyla ortadan kaldırılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 333. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "İşçi ücretinin tediyesi, işçinin ve ailesinin nafakası için zaruri bulunduğu takdirde; işçinin muvafakati olmaksızın iş sahibi ücreti kendi alacağı ile mahsup edemez." hükmü ile de bu husus tekrarlanmıştır.⁷² Bu düzenlemelere göre kural olarak, işçi ücretlerinin işçi ve ailesi için zorunlu olan kısmı işçinin onayı alınmaksızın takas ve mahsup edilemeyecektir.⁷³ Ancak Borçlar Kanununun 333. maddesi 2. fıkrası "...Şu kadarki kasten iras edilen zararların tazmini için mahsup icrası daima caizdir." hükmü uyarınca, zararın doğumunda işçinin kastının bulunması halinde bu sınırlama ortadan kalkmaktadır.⁷⁴ Yani, işveren, işçinin kasten verdiği zararlar sebebiyle doğan tazminat alacağını, işçinin rızası gerekmeksizin takas edebilecektir.⁷⁵ Bu düzenlemelere göre, öncelikle işverenin işçideki

(69) AKYİĞİT, s. 1422.

(70) Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Yayınevi, 2002, s. 591; Kemal OĞUZMAN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, s. 436; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Aralık 2006, s. 1225.

(71) EREN, s. 1225; Safa REİSOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Şubat 2002, s. 343.

(72) MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 420.

(73) CENTEL, s. 336; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 139.

(74) ÇELİK, s. 142.

(75) CENTEL, s. 340; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 420; ŞAKAR, s. 391; KILIÇOĞLU, s. 379.

alacağına işçinin kasten verdiği bir zarardan doğan tazminat alacağı olup olmadığı incelenecek, eğer alacak bu nitelikteyse, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın işçi ücreti takas edilebilecektir; işverenin işçideki alacağına böyle bir nitelik taşımaması durumunda ise, kural olarak işçi ücretinin işçinin ve ailesinin nafakası için zorunlu bulunan kısmı kendiliğinden takasa konu edilemeyecektir.⁷⁶

Borçlar Kanunu'nun 333. maddesi 1. fıkrasındaki düzenlemenin, "...işçinin ve ailesinin nafakası için zaruri bulunduğu takdirde..." ifadesi dikkate alındığında mutlak bir yasaklama getirmediği; yargıcın takdirine göre ücretin, işçi ve ailesinin geçimi için zorunlu görülmeyen kısmında rızası aranmaksızın takasın söz konusu olabileceği açıktır.⁷⁷ Buna göre, işveren, işçinin kasten hareketi sonucu ortaya çıktığını ispatlayacağı zararı, sınırsız olarak, ücretle takas edebilecektir.⁷⁸ Ancak, işçi ücretinin işçinin rızasıyla devrine yahut rızası dışında zorla alınmasına bile ancak belli oranda imkan tanıyan İş Kanunu (İş Kanunu madde 35) sisteminde söz konusu Borçlar Kanunu hükmünün aynen uygulanarak işçinin rızasıyla yahut rıza olmasa da kasten verdiği zarardan doğan alacaklar için sınırsız bir takas imkanının tanınması anlamsız gözükmemektedir.⁷⁹ Zira işçinin ücretinin, işçi ve ailesi için taşıdığı önem bunun belli ölçüde kaybının işçiye dahi yasaklanmasını gerektirmiştir.⁸⁰ Bu sebeplerle, Kanunda bir açıklık olmasa da, öğreti ve uygulamada, bu takasın dahi haciz hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle işçi ücretinin dörtte birini aşamayacağı kabul edilmektedir.⁸¹

4. ÜCRETİN REHNEDİLMESİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinin "*İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz.*" hükmünde, takas, temlik ve hacizden söz edilse de, işçinin ücret alacağına alacak rehni bağlamında rehnedilip rehnedilemeyeceği ve rehnedilecekse bunun sınırlarının bulunup bulunmadığı konusuna değinilmemiştir.⁸² 4857 sayılı İş Kanunu herhangi bir hüküm içermediği gibi Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu ile Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesiyle ilgili hükümlerinde de rehine yönelik bir düzenleme söz

(76) AKYİĞİT, s. 1422.

(77) MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 420.

(78) Bkz. "...Kaldı ki; işçinin, kasten yolaçtığı zarara karşı, ücretin takas edilmezliğini ileri sürmesi, dürüstlük kuralına (MK. md.2) da ters düşmektedir.." CENTEL, s. 341.

(79) AKYİĞİT, s. 1423.

(80) AKYİĞİT, s. 1423.

(81) DEMİR, s. 82; ŞAKAR, s. 391.

(82) AKYİĞİT, s. 1421; EVREN, s. 98.

konusu değildir.⁸³ Bu boşluk sebebi ile, ücretin rehnedilmesinin engellenmemesi/sınırlanmaması sonucunda o alacağın satılarak alacaklının tatmin edilmesi sağlanacak, ancak işçinin ve ailesinin tek geçim kaynağı kabul edilen ücretten belki de onlara hiç bir şey kalamayacağı için onların varlığı tehlikeye girmiş olacaktır.⁸⁴ Olası bu durumu bertaraf edebilmek amacıyla İş Kanunu'nda ücretin rehnedilmesine ilişkin boşluğun, alacağın rehnini düzenleyen genel nitelikli Borçlar Kanunu'nun 954. maddesi "*Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir.*" hükmü ile doldurulması gerekmektedir. Zira, rehin hakkının, rehin konusunun paraya çevrilmesi ve temin edilen alacağın satış tutarı üzerinden karşılanması yetkisini tanıdığı gözönünde bulundularak, temlik edilemeyen bir hakkın satılarak paraya çevrilmesinin de mümkün olamayacağı ve böylece onun rehin konusu olmasını da engelleyeceği unutulmamalıdır.⁸⁵ Buna göre, işçi ücretinin en az dörtte biri temlik edilebileceğinden rehin de ücretin ancak dörtte biri üzerinden tesis edilebilecektir.⁸⁶

SONUÇ

Hukuk sistemimizde ücretin genellikle işçinin ve ailesinin tek geçim kaynağı olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple ücret, sözleşmeden doğan herhangi bir alacak hakkı olmaktan çıkmakta, sosyal bir nitelik kazanmaktadır. İşçiler ve aileleri için taşıdığı yaşamsal önem ve sahip olduğu sosyal nitelik nedeniyle ücret, anayasal güvenceye kavuşturularak sosyal haklar arasında sayılmıştır. Bu sebep ile, kanunkoyucu, Anayasa'da da özel olarak zikredilmek suretiyle sosyal haklar arasında sayılan işçinin ücretini korumak için gerekli yasal düzenlemeleri yapmak, emredici hukuk kuralları koymak zorundadır.

İşveren karşısında güçsüz kalan işçiyi korumak amaç ve ruhuyla düzenlenen 4857 sayılı İş Kanunu, ücretin korunmasına ilişkin yasal düzenlemeleri de kısmen içermektedir. Bu düzenlemelerden biri de ücretin saklı kısmı başlıklı 35. maddedir. Anılan bu hüküm ile işçi ve ailesinin tek geçim kaynağı kabul edilen ücret, işveren veya üçüncü kişiler ile birlikte, bizzat işçinin kendisine karşı da güvence altına alınmıştır. Sağlanan bu güvence ile ücretin sınırsız haczi ve tamamının temlik/takas edilmesi önlenmiştir. Ancak unutulmamalıdır ki, ücret, işçi ve aileleri için her ne kadar yaşamsal önem ve sosyal nitelik taşısa da günümüz sosyal-ekonomik yaşamının gerek ve gerçekleri gereği borçlu işçilerin alacaklılarının da

(83) AKYİĞİT, s. 1421.

(84) CENTEL, s. 335; AKYİĞİT, s. 1421.

(85) CENTEL, s. 336; EVREN, s. 98-99.

(86) CENTEL, s. 336; AKYİĞİT

alacak hakları gözetilmelidir. Bu nedenle, çalışmamda da açıkladığım üzere, 4857 sayılı İş Kanunu madde 35 kapsamındaki sınırlar çerçevesinde işçi ücretleri haciz, temlik ve takas edilebilecektir.

Bir diğer borç ödeme yolu olan rehin konusunda, gerek 4857 sayılı İş Kanunu madde 35, gerek Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu ile Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesiyle ilgili hükümlerinde açık bir ibare bulunmamaktadır. Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun amaç ve ruhu ile ücretin işçi ve ailesi için olan yaşamsal önemi ve sosyal niteliği değerlendirildiğinde, Borçlar Kanunu'nun “..Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir.” hükmü göz önünde bulundurularak haciz, temlik ve takas işlemlerine uygulanan hükmün kıyas yoluyla, şüphesiz rehin konusuna da uygulanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKIN Levent, Maaş ve Ücret Haczi, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, Sa.1, 1995.

AKYİĞİT Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.2, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2006.

CENTEL Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul: Yalçın Ofset, 1988.

ÇELİK Nuri, İş Hukuku, 18. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ağustos 2005.

ÇİL Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.2, 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2007.

DEMİR Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir: Fakülteler Kitabevi, Eylül 2003.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Aralık 2006.

ESENER Turhan, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.

EVREN Öcal Kemal, İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, Ocak 2007.

EYRENCİ Öner / TAŞKENT Savaş / ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006.

GÜNAY Cevdet İlhan, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

GÜNAY Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu, C.2, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.

KAÇAK Nazif, Açıklama ve İçtihatlarla Hacedilemezlik, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

KAÇAK Nazif, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara: Adalet Yayınevi, Eylül 2003.

KAZANCI, İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>.

KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Turhan Yayınevi, 2002.

KILIÇOĞLU Mustafa, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulamaları, Ankara: Ayhan Yayıncılık, 2005.

KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2004.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

OĞUZMAN Kemal, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.

ÖZDEMİR Erdem, İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret [3. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)], Bodrum: TİSK, 21-25 Eylül 2005.

REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Şubat 2002.

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Şubat 2006.

ŞAKAR Müjdat, Gerekçeli ve İctihatlı İş Kanunu Yorumu, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2006.

UYAR Talih, Gerekçeli ve Açıklamalı İcra İflas Hukuku Şerhi, C.5, 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, Temmuz 2007.

KANUNUN DERHAL TATBİKİ

Av. Dr. Hakkı AKTAŞ*

Karar incelemesi

1-(...)

2- Dava; iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Yasa'nın 26. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca Kurumun rücu alacağı; hak sahiplerinin tazmin sorumlusundan isteyebileceği maddi zarar (tavan) miktarı ile sınırlı iken, Anayasa Mahkemesi'nin 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 23.11.2006 gün ve E: 2003/10, K: 2006/106 sayılı kararı ile 26. maddedeki " ...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptali sonrasında, Kurumun rücu hakkının, yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, ilk peşin değerli gelirler ile harcama ve ödemelerin; tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarlarıyla sınırlı kısmına hükmedilmesi gerekirken, gerçek zarar tavan değeri gözetilerek hüküm kurulması usul ve esasa aykırı olup, bozma nedenidir.

Bu kapsamda, 5510 Sayılı Yasa'nın 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 21. maddesindeki, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ilerde yapılması gereken ödemeler ile bağlanana gelirlerin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarla sınırlı olmak üzere, kurumca işverene ödettirilir," düzenlemesi üzerinde durma gereği de bulunmaktadır.

"Kanunların geriye yürümesi veya yürümemesi konusunda mevzuatımızda genel bir hüküm yoktur. Ancak, toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta, kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için, öğretide kanunların geriye yürümemesi esası kabul edilmiştir. Buna göre, gerek Özel Hukuk ve gerekse Kamu Hukuku alınanda kural olarak her Kanun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır; o tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Hukuk güvenliği bunu gerektirir.

(*) İstanbul Barosu Avukatlarından

Kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralının istisnalarından birini, beklenen (ileride kazanılacağı umulan) haklar oluşturmaktadır. Kamu düzeni veya genel ahlaka ilişkin kurallar yönünden de kanunların geriye yürütülmesi söz konusudur. Yargılama hukukunu düzenleyen kanunlar da, ilke olarak geçmişe etkilidir.” (Pro.Dr. Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000,sh: 193-194; Prof. Dr.A.Şeref Gözübüyük Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, sh: 73. (HGK 13.10.2004 T. / 2004/10-528 E. / 2004/533 K.)

5510 Sayılı Yasa'nın 21. maddesiyle yeniden getirilen “sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı” tazmin hükmünün, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğü öncesinden gerçekleşen iş kazalarından kaynaklanan rücu tazminat davalarında uygulanmasına olanak veren bir düzenleme bulunmadığı gibi, rücu tazminata ilişkin işbu düzenlemenin; Yasanın yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden öncem meydana gelen olay ve ilişkilere uygulanmasını gerektirir yukarıda sıralanan istisnai durumlar kapsamında değerlendirilemeyeceği hukuksal gerçeği de bozma üzerine yürütülecek yargılama sürecinde göz önünde bulundurulmalıdır.

O halde tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır. (Y.10. HD. 28.10.2008, E.2008/18049, K.2008/13519 İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:83, Sayı:1, Yıl : 2009,533-535)

Gözlemler:

1- İnceleme konusu karar, sonraki yasanın önceki olaylara uygulanmasında tavan hesabını kaldırmaktadır. Kanunların zaman içinde tatbiki sorununu son derece karışık hatta çözümsüz görenler vardır. (Paul Roupier, Le Droit Transitoire, 2.ed. Dalloz et Sirey, Paris 1960, 4, dn.2). Sosyal Sigortanın, sigortacı sıfatıyla hayat boyu ödeyeceği irat taksitlerini işverenden sermaye şeklinde peşin alması da, mantık kurallarını zorlamaktadır. Karar, böylesine zor konuları ilgilendirmekle kalmamakta, ilk peşin değer ve yeni bir hesap yöntemi gibi, yeni Yasa ile gelen çok daha önemli konuları tartışılır hale getirme özelliği taşımaktadır.

2- Biz yeni yasanın, derhal tatbik ilkesi uyarınca, özel bir hükümle geçmişe etkili olmasına gerek olmaksızın, yürürlüğünden önceki olayların hukuksal etkilerini düzenleyeceğini düşünmekteyiz. Önceki kanun zamanında kaza olmuş, dava yeni Kanun zamanında açılmış ise, olayın kesinleşmemiş olan hukuki etkilerini yeni kanuna düzenleyecektir. Kazadan doğan zarara tarafların anlaşması son vermişse olay tarihindeki kanun değil, anlaşma tarihindeki kanun geçerli olacaktır. Meslek hastalığı nedeniyle Kurum, önceki yasa döneminde bağladığı geliri sonraki yasa

döneminde talep ediyor ise, dava, açıldığı tarihteki Yasaya göre çözümlenecektir. Önceki Kanun sınırsız rücu imkanı tanırken sonraki kanun sınırlı bir rücu öngörüyor ise, yürümekte olan davalar dahil, sınırlı rücu ilkesi derhal uygulanacaktır. Bu düşüncelerle, Kanunun derhal tatbiki ilkesi uyarınca önceki olaylar bakımından da tavan hesabı yapılması gerektiğini kabul ediyoruz.

3- Genel olarak, sigortalının kaza nedeniyle ölümü veya %10'un üstündeki sakat kalması halinde, Sosyal Sigorta Kurumu, ilgililere ömür boyu gelir bağlamaktadır. Sigortanın bağladığı ve dönemsel irat şeklinde ödediği gelirler, sermayeye dönüştürülmekte, bağlanan gelirin sermaye değeri mahsup edilerek tazminat belirlenmekte, mahsup edilen sermaye, yasal koşullar uyarınca rücu davasına konu olmaktadır.

4- Olması gereken kanun (de lege ferenda) bakımından, mahsup ilkesinin de rücu davasının da kaldırılması savunulabilir. İşverenden elde edilecek gelir ile sigortadan elde edilecek gelirin hem kaynağı hem hak ediş koşulları farklıdır. Kişinin Sosyal Sigorta'dan almaya hak kazandığı gelir Yasanın sağladığı temel bir sosyal haktır. Bu hak zarar karşılığı tazminatı ilgilendirmez. Risk gerçekleşince özel sigortadan yapılan ödeme zarardan indirilmediğine göre, kamu sigortasından bağlanan gelir niçin indirilsin? Zararla yarar arasında sebep sonuç ilişkisi aynı olduğuna göre, denkleştirme kuralı uygulanırken birinde başka diğerinde başka yol izlemenin ne anlamı olabilir? Böyle bir yaklaşımda, Kurum geliri mahsup edilmez, tersine kazalının alacağı tazminata ilave edilir.

5- Aynı düşünce doğrultusunda, belli risklerle sınırlı olmak üzere tüm bireylerin sigorta örtüsü altına alındığı bir toplumda, herkesten toplanan prim, risk mağduru az sayıda kişiye bölüştürüleceğinden, sigortanın rücu hakkının varoluşu nedeni ortadan kalkar. Bu ihtimalde de sorun sadece ödenecek sermayenin herkese bölüştürülmesi, yani primlerin ayarlanması olacaktır.

6- Çağdaş hukuk sistemleri yukarıdaki görüşleri kabul etmemişlerdir. Bizim hukukumuzda da, hem mahsup ilkesi hem rücu ilkesi benimsenmiştir. Bu kabul uyarınca, Sosyal Sigorta'nın bağladığı gelir, giderimsel işlev üstlenmekte, risk mağduru sigortalı, zarar nedeniyle bağlanan gelirle yarar elde etmiş sayıldığından, yararı zararından indirilmektedir. Bağladığı gelirin sosyal hak olması mahsup edilmesini etkilememektedir. Aynı şekilde, Yasa da Kuruma rücu hakkı tanımaktadır.

7- Tazminat davaları ve rücu davalarında, bir yandan sermayeleştirme teknikleri, diğer yandan muhtemel ömür süresindeki kabuller kullanılarak, insan zararı değerlendirilmekte, başka anlatımla parasal olarak ifade edilmektedir. Geleceği mutlak ama zamani bilinmeyen ölüm, matematiksel yöntemlerle kesin bir vadeye bağlanmaktadır. Her yaşta yaşayanların kalan

ömrü kesin süreler şeklinde sıralanmaktadır. Daha iyi bir çözüm bulunamadığından büyük sayılar kanunu ve ortalamalar yöntemine zorunlu olarak başvurulmaktadır.

8- Bu genel çerçeve içinde yer alacak tavan hesabı ile ilgili önceki kanun sonraki Kanun tartışmasına girmeden, uygulayıcıların henüz gündeme getirmediği çok önemli bir yenilik üzerinde durmakta fayda vardır. 5510 sayılı Kanun'a kadar, hayat ümidinin tespitinde ve sermayeleştirme katsayısının belirlenmesinde, Fransız PMF tablosundan yararlanılmıştır. Türk hukukunda, insan zararına yönelik hesap sisteminde, devrim sayılabilecek önemli gelişme yeni yasa ile kabul edilmiştir. PMF sistemini kaldıran yeni yasa, peşin sermaye değerini, *"Kurumca, bu Kanunun ilgili maddelerinde belirtilen giderlerin yaş, kesilmeye ihtimali ve Kurumca belirlenecek iskonto oranı dikkate alınarak hesaplanan tutarı"* (5510 m.3/28) olarak tanımlamaktadır. Yeni sistemin verileri, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Bakımından İşverenin, Üçüncü Kişilerin ve Sigortalıların Sorumluluğu ile Peşin Sermaye Değerlerinin Hesaplanmasıyla İlgili İşlemler Hakkında Tebliğ ekindeki tablolarda yayımlanmıştır (RG. 28 Eylül 2008, s.27011). Zarar hesaplarında PMF'in kullanılması, 506 sayılı Yasa'nın tarifeye atfı nedeniyle yasal zorunluluk haline geliyordu. Yeni Yasada böyle bir atfı bulunmadığına ve yeni sermayeleştirme tabloları yürürlüğe girdiğine göre, bu kez insan zararı yeni tablolara göre hesaplanmak zorundadır.

9- Yeni tabloların Türk insanının ortalama ömür süresine uygunluğunu, diğer anlatımla istatistiki değeri ve sosyal hayata uyumunu tartışmayacağız. Yeni sistemdeki bakiye ömür süresinin 1931 tarihli Fransız insanının yaşama ümidini gösteren tablodakinden çok daha uygun olduğunu kabul ediyoruz. Yeni sistemin zarar hesabında yaygın kullanımını temin amacıyla, Kurum tebliğinin birkaç açıklamaya daha yer vermesi uygun olur. Öncelikle, sayılar düzeni başka anlatımla her yaşta hayatta kalanların sayısı açıklanmalıdır. Bu sayılar gösterilmez ise, her yaş için bakiye ömür hesabında hatalar yapılır. İkinci olarak iradın ödeme dönemi belirtilmeli, katsayıların hangi ödeme dönemine göre hesaplandığı açıklanmalıdır. Öte yandan yeni dönemde, Kurumun, tarifeleri belirleme, zaman zaman değiştirme, ve iskonto oranını tespit etme yetkisine sahip olduğunu görmekteyiz. Sorumludan geri isteyeceği paranın ölçüğünü belirleyen Kurum, ölçüğü değiştirerek talebini artırma yetkisi ile donatılmıştır. Böyle bir yetkinin haksızlık doğurabileceği gerçeği karşısında, Tarifelerin Bakanlar Kurul Kararıyla yürürlüğe konulmasının uygun olacağını düşünüyoruz.

10- Devrim niteliğinde bu düzenlemenin yeni Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere

uygulanacağı, o tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkileri uygulanmayacağını kabul etmek, 2008 yılı Eylül ayında olan kazada PMF ömür tablosu ve sermayeleştirme tekniklerinin, 2008 yılı Ekim ayındaki iş kazasında yeni sermayeleştirme tekniklerinin uygulanması kabul etmek anlamına gelir ki, böyle bir sonucun istenmiş olabileceğini düşünemiyoruz.

11- Aynı değerlendirmeyi ilk peşin değer rücu davasına konu olması bakımından da yapabiliriz. Önceki kanundan farklı olarak, yeni kanunda “gelirlerin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri” rücu davasına konu olmaktadır (5510 m.21). Yeni yasal ilkenin derhal tatbik edildiğini, önceki kanun zamanında açılmış rücu davalarında da bağlanan gelirin ilk peşin değeri üzerinden karar verildiğini görüyoruz. Kanun yapıcı tarafından kanunun aynı cümlesinin bir bölümünün geçmişe etkili, bir başka bölümünün de sadece geleceği düzenlemek üzere yasalaştırıldığını kabul etmenin kanun tekniği açısından uygun olmadığını düşünüyoruz.

12- Anayasa Mahkemesi kararından, Kurum artışlar da dahil tüm peşin değeri geri istiyor ise, halefiyet yoluyla hareket etmiş olacağı, sadece ilk peşin değeri geri istiyorsa kendine özgü bir hakkı kullanmış bulunacağı yolunda bir sonuç çıkarılamaz. Hatta tam tersi, artışları isterken Kurumun kendine özgü bir hakkı kullandığı, ilk peşin değeri isterken, halefiyet yoluyla hareket etmiş olacağının kabulü belki daha da isabetli olur. Zira ilk peşin değer ödenen primlerle bağlantılıdır. Kamu otoritelerinin emri üzerine yapılan maaş artışları ise primlerle bağlantılı değildir. Primle bağlantılı olmayı talep etmek yetkisi Kurumun kendine özgü hakkının karakterini daha iyi yansıtabilir.

13- Gerçi Anayasa Mahkemesi kararı, iptale yol açan başvuruyu özetleyen bölümde, 10. Hukuk Dairesinin “2934 sayılı Yasa ile eklenen hüküm iptal edildiği taktirde Yargıtay, görüşünü değiştirmek zorunda kalacaktır. Nitekim Yargıtay, eski görüşünden dönerek Bağ-Kur Kanununun 63. ve 2926 Sayılı Kanunun 47. maddelerinde yer alan Kurumun rücu hakkının bağımsız rücu hakkı esasına dayandığını ve gelir artışlarının istenemeyeceğini kabul etmektedir” yolundaki anlatımına yer vermiştir. Ancak iptal kararı başvurudaki gerekçelere değil Anayasa'nın 2 maddesine dayandırılmıştır. (AYM. 23.11.2006, E.2003/10, K.2006/106, RG. 21.03.2007, s.26469).

14- Önemle belirtelim ki, batılı ülkeler halefiyet yoluyla rücu esasını benimsemektedir. İsviçre, Sigortaların genel hükümlerini düzenleyen yeni yasada da (6 Ekim 2000, LPGA m.72) Kurumun rücu hakkını halefiyet esasına dayandırmış, halefiyet ilkesinin sorun yaratabileceği hususlarda da özel düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca, sigortalı ya da hak sahiplerinin sorumlu tüm üçüncü şahıslara karşı sahip olduğu haklar, ilke olarak, zararlı eylemin hasıl olduğu andan itibaren, yasal ödemeler

seviyesi ile sınırlı olarak, halefiyet yoluyla sigortacıya geçmekte, sigortacıya intikal eden haklar bakımından zamanaşımının başlangıcı olay tarihi değil, Sigortacının giderlere ve sorumluya ittıla tarihi olarak kabul edilmektedir.

15- Bizde, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun aksine ne 506 sayılı Yasa, ne de 5510 sayılı Yasa halefiyet sözcüğüne yer vermiştir. Yasal boşluğu dolduran içtihadı birleştirme kararı, Kurumun rücu hakkının hukuki temelini halefiyet olarak açıklamıştır. Karara göre "Sigortacı, ödediği sigorta bedeli nispetinde sigortalının yerine geçmiş ve onun kanuni halefi olmuştur. Bu itibarla sigortacı, sigortalının haiz olduğu hak ve salahiyetler haricinde bir iddia dermeyan edemez" (YİBK 31.03.1954, E.1953/17, K.1954/10, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü, C.IV, Ankara 1980, 558). Halefiyet ilkesinin zarardan sorumlu olanların hukuken durumunu ağırlaştıramayacağı ve sigortalının, halefine sahip olduğu haktan fazlasını devredemeyeceği yolundaki ilke, bir çok yargı kararında tekrar edilmiştir (HGK.09.01.1963, E.4/58, K.K.6, Nizamettin Cebeci, İş Hukuku Ve Sosyal Sigortalar Mevzuatı, İstanbul,1968, 430, Çenberci Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977,1071 vd. verilen kararlarDr. Reşat Atabek, İşkazası ve Sigortası, İstanbul 1978, 367 vd. Y.10. HD. 24.1.1977, E. E.5269,K.297)

16- Sigortanın varlığı mağdura zarından fazlasını elde etme imkânını vermemesi için mahsup ilkesi nasıl çalıştırılıyor ise, sigortanın varlığı sorumlunun genel hükümlere göre ödemesi gereken den fazlasını ödememesi için de tavan hesabının yapılması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu zorunluluk gereği, yeni yasa anayasa mahkemesinin iptal ettiği bölümü aynı sözcüklerle ama bu kez farklı içerikte yeniden kabul etmiştir. 24.10.1983 gün ve 2934 sayılı yasa ile 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine eklenen fıkra, tavan hesabını yoktan var etmemiş, içtihatla kabul edilen ilkeye yasal dayanak kazandırmıştır. Yasal olarak düzenlenmemiş dahi olsa, tavan hesabı yapılması zorunluluğu işin niteliğinden kaynaklanmaktadır.

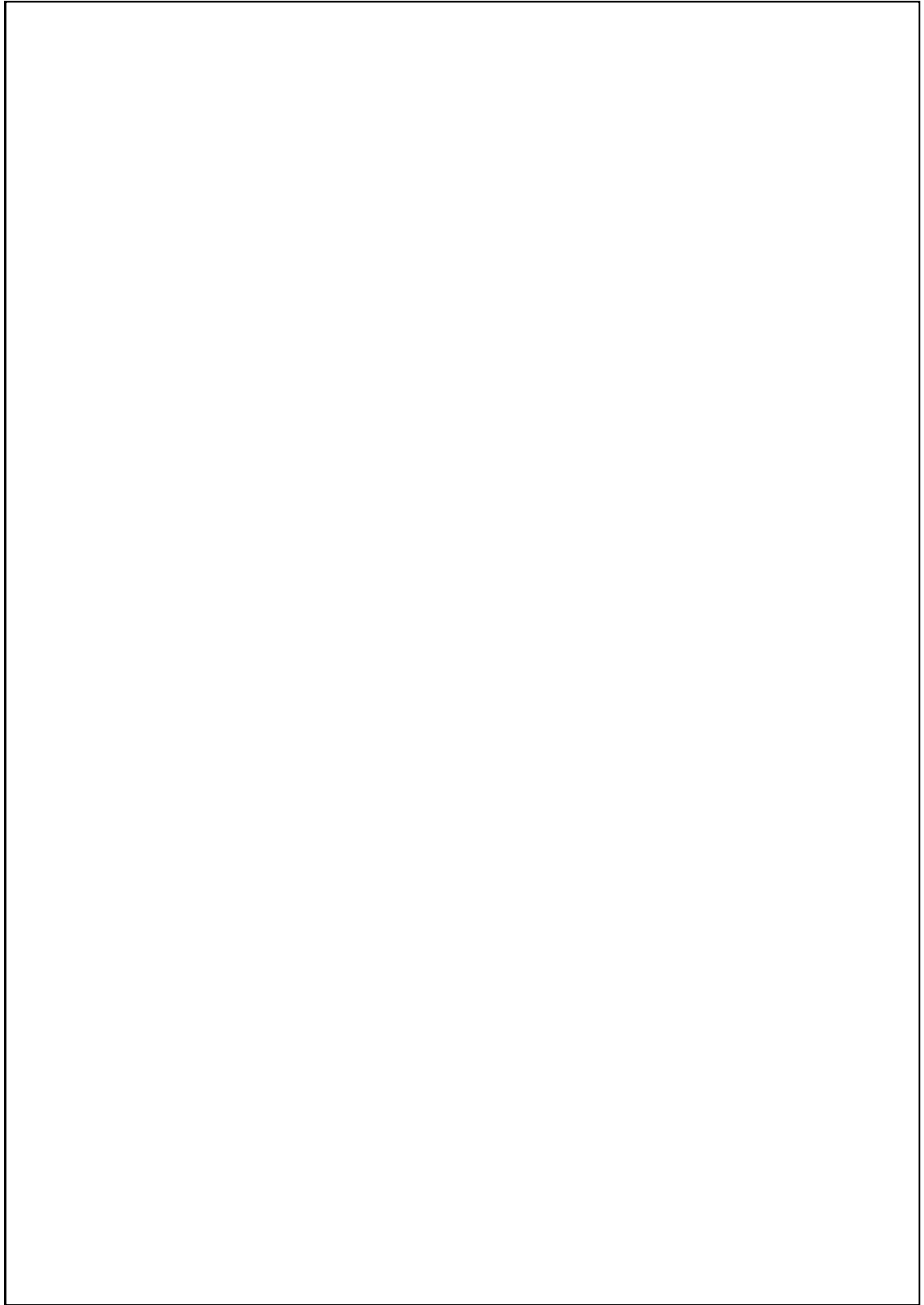
17- İncelenen kararın yeni Kanunun yürürlüğünden önceki olaylara etkili olmadığını hüküm altına alması, önceki olaylara uygulanacak kanun sorunu gündeme taşımaktadır. Yüksek Daire bir başka kararında iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı 21.03.2007 tarihinden sonra, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca, yürürlükteki yasaları uygulamakla yükümlü bulunan mahkemelerin giderek Yargıtay'ın iptal kararı ile kekenlemekun (yok hükmünde) olan ve böylece yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulünün doğru olacağını açıklamıştır. (Y. 10. HD. 18.10.2007, E. 2007/17800, K. 2007/16906, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 82, Sayı: 2 Yıl 2008 965-969).

18- Anayasaya göre iptal kararları geriye yürümez (Anayasa m.153). Bir karardaki özlü anlatımla, Türk Anayasal sisteminde, “Devlete güven” ilkesini sarsmamak ve ayrıca devlet yaşamında bir karmaşaya neden olmamak için iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı kabul edilmiştir. Böylece hukuksal ve nesnel alanda etkilerini göstermiş, sonuçlarını doğurmuş bulunan durumların, iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadarki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır (AYM. 12.12.1989, E.1989/11, K.1989/48,www.Anayasa.gov.tr)

19- Yasaların iptaline ilişkin kararların geriye yürüyeceği görüşünde olanlar, “iptal kararı geriye yürümez ama iptal edilen yasa başlangıçtan itibaren yok sayılır” demek suretiyle Anayasa’nın 153. maddesinin açık hükmü ile bağdaşması zor bir yorum yolu benimsemektedirler. Kaldı ki, iptal edilen yasa başlangıçtan itibaren yok sayılsa bile, yargı olaylara çözüm getirmek zorundadır. Yeni Kanun geçmişe etkili olmadığı için uygulanamaz, eski Kanun Anayasa Mahkemesi iptal kararı ile başlangıçtan itibaren yok sayıldığı için uygulanamaz, uygulanacak kanun yoktur denilemeyecektir. Türk Hukuk sistemine göre ‘hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar’ vermekle görevlidir (4721 sayılı TMK m.1)

20- Yasanın iptal edilen bölümü hukuk hayatına girdiği 24.10.1983 tarihinden itibaren yok sayılsa ve yeni yasa da geçmişe etkili kılınması dahi, tavan hesabı işin niteliğinde olduğundan, mahkemelerin içtihatla getirilen tavan hesabını mevcut davalar bakımından uygulamasının doğru olacağı kanaatini taşıyoruz.

Sonuç: Yeni Yasa’nın yürürlüğünden önceki olaylar bakımından da Kurumun açtığı ilk peşin değeri konu alan rücu davalarında, tavan hesabı yapılmasının işin niteliğinden doğduğunu, içtihadın bu yönde değişmesinin uygun olacağını, sorunun içtihadı birleştirme konusu yapılarak çözümlenmesinin faydalı olacağını düşünüyoruz.



HER MESLEK HASTALIĞINA 32 YIL FORMÜLÜ'NÜN UYGULANMASI DOĞRU MU?

Namık Kemal ÖZDEMİR*

Son yıllarda, bazı Yargıtay Kararlarında meslek hastalıklarıyla ilgili kusur dağılımı yapılırken 32 Yıl Formülü'nün tatbik edilmesi gerektiği açıklanmakta ve de 32 Yıl Formülü tatbik edilmemiş kusur raporları baz alınarak verilmiş mahkeme kararlarının bozulduğu gözlenmektedir.

32 Yıl Formülü'nün kaynağı nedir?

Bilindiği gibi; 1981'den sonra sigortalı olanların yaşlılık aylığından yararlanmalarının başlangıç yaşı 18'dir. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu madde 60'da yaşlılık aylığından yararlanma şartları belirlenmiş olup, ağır ve yıpratıcı iş olan maden işyerleriyle ilgili 50 yaşını doldurmuş kişilerin özel koşullarda yaşlılık aylığından yararlanabilecekleri açıklanmıştır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu madde 28'de yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartlarıyla ilgili olup, burada da maden işlerinde (sürekli veya münavebeli olarak) en az 20 yıl çalışılması halinde 55 yaşın doldurulması koşuluyla sigortalıların yaşlılık aylığından yararlanabileceği belirtilmiştir.

Görüleceği üzere; sigortalıların yaşlılık aylığından yararlanmasının başlangıç yaşının 18 olması, ağır ve yıpratıcı iş olan maden işlerinde (sürekli ve münavebeli olarak) çalışmalarının belli bir süresinin geçirilmesi koşulu ile 50 yaşının doldurulması durumunda yaşlılık aylığından yararlanması söz konusudur. Bu 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun getirdiği bir yükümdür. Açıklanan bu yasadan dolayı; maden işlerinde (50-18 yıl = 32 yıl) 32 yıl çalışılması durumunda yaşlılık aylığından yararlanılabilmekte idi. Bu süre maden işlerinde aktif olarak çalışılabilecek süre olarak kabul görmüştür.

Maden işyerlerinde veya maden işlerindeki çalışmalarda sigortalılar da sıkça görülen meslek hastalıkları ise silikoz ve pnömokonyoz meslek hastalıklarıdır. Silikoza orta çağda taş hastalığı da denilmekte idi. Pnömokonyozda çalışılan ortam havasındaki tozların solunmasıyla ortaya çıkan bir meslek hastalığıdır (kömür tozları vb. gibi). Maden işlerindeki çalışmaların neden olduğu silikoz ve pnömokonyoz hastalıkları, bu gibi maden işyerlerinde veya maden işlerinde teknolojik durum ne olursa olsun 32 yıllık çalışma sürecinde belli bir oranda kaçınılmaz iş göremezliğe neden

(*) Baş İş Müfettişi

olduğu, anılan meslek hastalıklarından tespit edilmiştir. Bahsi geçen meslek hastalıklarına maden işyerlerinde sıkça rastlandığı veya yoğun biçimde görüldüğü için, bu meslek hastalıklarının 32 yılda neden olacakları kaçınılmaz iş göremezlik oranları aralığı değişim trendi matematiksel veri olarak, belli toleranslarla saptanmıştır. Yoğun biçimde gelen maden silikozları ve pnömokonyozları ile ilgili kaçınılmaz iş göremezlik oranları 32 yıllık süreçte değerlendirildiğinde, teknolojik gerçeklik ile çalışanların bünyesel, bedensel özellikleri nedeniyle sigortalılarda bu dönemde %8 ile %12'lik iş göremezlik oranı oluşturacağı kabulüne varılmıştır. Maden işyeri veya maden işlerinin 32 yılda %8 ile %12'lik kaçınılmaz iş göremezliğe neden olacağı verisi, aslında teknolojik sürecin iyileşmesi (ortama toz yayılmasını önleyici teknolojilerle...) ile başka bir anlatımla teknolojik sürecin gelişimi ile değişecek bir sonuç olmasına rağmen, mutlak doğru olmadığı halde mevcut bilimsel verilerle gerçeğe yakın kabullerdir.

Bu nedenlerle, 32 yıl maden işlerinde çalışmış bir sigortalı da, teknoloji ne kadar gelişmiş olursa olsun belli bir oranda ortama toz yayıldığı için, ayrıca da sigortalının bedensel ve bünyesel özellikleri sebebi ile yakalandığı veya yakalanacağı silikoz ve pnömokonyoz hastalıklarının oluşturacağı toplam iş göremezlik oranının %8 ile %12'lik kısmı önüne geçilemez nitelikte bulunduğundan bu oran 32 yıllık dönemde oluşacak zorunlu kaçınılmaz iş göremezlik oranı olarak kabul edilmiştir.

Açıklanan yasal geçmiş ve bilimsel verilerle, maden işyerlerindeki çalışmalarda ortaya çıkan silikoz ve pnömokonyoz meslek hastalıklarında kusur dağılımı yapılırken 32 Yıl Formülü tatbik edilmiştir. Yargıtay'ın meslek hastalıklarını oluşturan nedenlerden biri de kaçınılmazlık olgusudur şeklindeki çeşitli kararlarının kaynağı da budur.

Tüm meslek hastalıklarında veriler aynı mı?

Bilindiği üzere; Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü madde 64'de meslek hastalıklarının beş grupta toplandığı ve bunların, kimyasal maddelerle olan meslek hastalıkları, mesleki cilt hastalıkları, pnömokonyozlar ve diğer mesleki solunum sistemi hastalıkları, mesleki bulaşıcı hastalıklar, fizik etkenlerle olan meslek hastalıkları oldukları açıklanmaktadır.

Arsenik ve bileşiklerinden, berilyum ve bileşiklerinden, fosfenden, krom ve bileşiklerinden ve bu gibi kimyasal maddelerden kaynaklanan meslek hastalıklarının etkenleri ya da tüm verileri ile maden işlerinde ortaya çıkan pnömokonyozların etkenleri ya da verileri aynı mıdır? Aynı olarak kabul doğru mudur? Pnömokonyozlar başlığı altında yer alan silikozlarda yükümlülük süresi 10 yıl, asbestozlarda 10 yıl, siderozlarda 5 yıl iken, akut olan arsenik ve bileşiklerindeki yükümlülük süresi 1 aydır.

Akut olan berilyum ve bileşiklerinde 15 gündür. Mesleki cilt hastalıkları başlığı altında yer alan deri kanserlerinin bazıları için yükümlülük süresi 2 ay iken, bazılarının da 5 yıldır. Mesleki bulaşıcı hastalıklar başlığı altında yer alan, helminthiasis hastalığında yükümlülük süresi 3 ay iken, malarya gibi tropik hastalıkta ise 40 gündür. Fizik etkenlerle olan meslek hastalıkları başlığı altında yer alan iyonlayıcı ışınlarla olan meslek hastalıklarında yükümlülük süresi ise 2 aydır.

Tüm bu verilerden görüleceği üzere, bütün meslek hastalıklarını doğuran etkenleri ve yükümlülük sürelerini aynı kabul doğru değildir. Yükümlülük süreleri ve oluşmalarına neden olan etkenler aynı olmadığı için, bütün meslek hastalıklarının 32 yıl da doğuracakları veya sebebiyet verecekleri kaçınılmaz iş göremezlik oranları da aynı değildir. Malarya gibi tropik bir mesleki bulaşıcı hastalığa 32 yılda %8 ile %12 arasında iş göremezliğe neden olur kabulü ile yola çıkmak doğru değildir. Anılan meslek hastalıklarının bazıları kısa süre de iş göremezliğe de neden olmadan sigortalıyı derhal öldürürler.

Tüm meslek hastalıklarına karşı alınması gerekli genel önlemler aynıdır, ancak detaya yönelik farklılaşmalar söz konusudur. Bütün meslek hastalıklarına karşı alınacak genel önlemler aynı diye, detayı belirlemeden, detayı göz ardı ederek, o meslek hastalığı ile yalnızca genel önlem bazında mücadele etmek, başarı getirmez. Bu nedenlerle, tüm meslek hastalıklarını aynı karakterde kabul ederek, 32 yılda aynı kaçınılmaz iş göremezliğe neden olurlar verisi ile yola çıkıp kusur değerlendirmesi yapmak yanlıştır. -32- yıl formülü tatbik edilmediği diye, değişik nitelikli meslek hastalıkları ile ilgili yapılmış kusur değerlendirilmelerini yanlış algılayıp, mahkeme kararlarına baz alınan bu raporlardan dolayı, mahkeme kararlarını bozmak doğru değildir (Yargıtay 10. HD. 2006 / 11602 Esas, 2006 / 16510 Karar ve 14.12.2006 tarihli kararı, Yargıtay 10. HD. 2005 / 1172 Esas, 2005 / 5090 Karar ve 05.05.2005 tarihli kararı...).

Bu yüzden, tüm meslek hastalıklarında kusur dağılımı yapılırken mutlaka 32 Yıl Formülü'nden yararlanılmadığı düşüncesi, bilimsel değildir. Ülkemiz teknolojik koşulları göz önünde tutulduğunda yalnızca maden işlerindeki silikoz ve pnömokonyoz hastalıklarında, bunların 32 yılda yapacakları zorunlu kaçınılmaz iş göremezlik oranı ortaya çıkan yoğun meslek hastalıklarından dolayı yaklaşık olarak tespit edilmiş bulunduğu için, anılan hastalıklara tatbik edilmesi genel anlamda doğrudur. Ancak, teknolojik gelişmişlik ve bünyesel bedensel sıra dışılık durumuna göre bu oran o işyeri özeli anlamında temel veriden sapma yapılmadan büyütülebilir veya küçültülebilir, bu husus da gözardı edilmemelidir. Yalnız, maden işyerleri dışında tersane vs. gibi işyerlerinde meydana gelen bu gibi meslek hastalıklarına da aynı formülü tatbik her zaman hakkaniyet

kurallarına uygun sonuç doğurmaz. Formülün gelişigüzel her işyerine tatbiki bazen sigortalıları korur görünürken, bazen da sigortalıların haklarının zayıf edilmesine neden olur. Bu da objektiflikle çelişir.

O halde, her meslek hastalığına yaklaşım kusur değerlendirmesi yapılırken genel anlam da veya ilke bazında aynı olmalı, ancak her işin özeli de göz ardı edilmeden değerlendirme yapılmalıdır. Hiçbir zaman her olayın kendine has özel nitelikler taşıdığı da gözden kaçırılmamalıdır.

Her meslek hastalığına 32 Yıl Formülü tatbiki yanlıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere, maden işyerlerindeki 32 yıllık çalışmanın ne kadarlık kaçınılmaz iş göremezliğe neden olduğu, mesleki maden silikoz ve pnömokonyozların da yaklaşık olarak bilindiği için, maden işyerlerindeki anılan hastalıklara ilke bazında 32 Yıl Formülü'nü tatbik doğrudur. Anılan hastalıklar yoğun biçimde geldiği için veri zengin olduğundan bu sonuca ulaşılmıştır.

Bütün meslek hastalıklarına 32 Yıl Formülü'nün tatbik edilebilmesi için bu meslek hastalıklarının 32 yılda ne kadarlık kaçınılmaz iş göremezliğe neden olacağı verisinin bilinmesi gerekir. Bu da ancak o meslek hastalıklarının yoğun biçimde gelmesi durumunda tüm verilerin bütünlük içinde değerlendirilmesi halinde süreç içerisinde tespit edilebilir. Anılan zorunlu kaçınılmaz iş göremezlik oranı bilimsel verilerle belirlenmedikçe, her meslek hastalığına 32 Yıl Formülü'nü tatbik yanlıştır. Bu analitik düşünceyle çelişir, her olayın detayda kendine özgü olduğunu göz ardı eder, sigortalının hak zayıfına neden olur.

Her meslek hastalığına 32 Yıl Formülü tatbiki, her sarı çizmeliyi aynı kişi sanmaktır. Bilimsel değildir. Bilgi birikimi bakımından yetersiz, analitik düşünme ve analitik çözümleme değerlendirme açısından yanlıştır yaklaşımıdır.

Kimyasal maddelerle olan meslek hastalıklarında, mesleki deri hastalıklarında, mesleki bulaşıcı hastalıklarda, fizik etkenlerle olan meslek hastalıklarında, hatta pnömokonyozlar ve diğer mesleki hastalıkları başlığı altında yer almasına rağmen siderozlarda (demir tozları kaynaklı...), bronşiyal astım vb... gibi hastalıklarda 32 yılda sigortalının uğrayacağı kaçınılmazlık iş göremezlik oranı bilinmediği için, tüm bu hastalıklara 32 Yıl Formülü tatbik edilecektir yaklaşımı yanlıştır. Bunlara 32 Yıl Formülü'nün tatbik edilmesi için anılan verinin bilinmesi gerekir. Bilindiği gibi, iki bilinmeyen ancak iki denklemle, bir bilinmeyen ise bir denklemle çözülür. Ortada bilinmeyen sayısı kadar denklem olmadığı halde bunu çöz demek fevkalade yanlıştır.

Bu nedenlerle, her meslek hastalığına 32 Yıl Formülü tatbik edilerek kusur değerlendirmesi yapılacaktır varsayımı, giderek o meslek

hastalığının 32 yılda ortaya çıkarması gereken kaçınılmaz iş göremezlik oranları bakımından bilimsel tespiti yapılmamış gelişigüzel iş göremezlik oranlarını kabul ederek hesaplama yapmayı getireceği için, bu alandaki kusur değerlendirmesinde giderek keyfiliğin baskın olması sonucunu doğuracaktır. Keyfiliği baskın kılmak kurumsallaşmanın önünü keser. Bu da süreç içerisinde hak zayıfatı doğurur, adaletin inandırıcılığını tartışır.

Tüm bunlardan dolayı her meslek hastalığına 32 Yıl Formülü tatbiki bilimsel olmadığı gibi, keyfiliği baskın kılacak bir yaklaşımdır. Bu yüzden her meslek hastalığına 32 Yıl Formülü'nü tatbik doğru yaklaşım değildir.

Meslek hastalıklarında kusur dağılımı nasıl yapılmalıdır?

Maden işlerinde meydana gelen mesleki silikoz ve pnomokonyoz hastalıklarının 32 yılda ne kadar kaçınılmaz iş göremezliğe neden olacakları yaklaşık olarak bilimsel verilerle tespit edildiği için, işyerinin teknoloji durumu ve sigortalının bünyesel bedensel sıra dışılığı olup olmadığı hususları da göz önünde tutularak, bu oranlar keyfiliğe meydan vermeyecek biçimde belli toleranslarla yükseltip indirilerek yalnızca bu işyerlerindeki anılan meslek hastalıklarına 32 Yıl Formülü'nü tatbik gerçeğe yakın sonuç çıkaracağı için yerinde olacaktır.

Maden işyerinin teknolojik durumu teknolojik iyileşme anlamında sıra dışılık göstermiyorsa, sigortalının bünyesel, bedensel durumu da sıra dışılık veya sapma göstermediğinde, doğrudan anılan 32 yılın neden olacağı kaçınılmaz sürekli iş göremezlik oranları veri alarak, buna göre kusur dağılımında bulunmak kusur değerlendirmesi yapmak ilke bazında yanlış değildir.

Tüm maden işyerlerinde teknolojik durum ne olursa olsun, sigortalının bedensel bünyesel özellikleri ne olursa olsun, o işin detayı da göz önünde tutularak uzman bilirkişi tarafında 32 Yıl Formülü'nün tatbik edilip edilmeyeceğine karar verilmeli, neden 32 Yıl Formülü tatbik edilip edilmediği açıklanmalı ve hesaplama buna göre yapılmalıdır.

Maden işyerlerinde görülen silikoz ve pnomokonyozlar dışındaki tüm meslek hastalıklarına 32 Yıl Formülü'nü tatbik mevcut verilerle keyfiliğe neden olacağı hak zayıfatı doğuracağı için doğru değildir.

Maden işyerlerindeki silikoz ve pnomokonyozlar dışındaki meslek hastalıklarında kusur değerlendirmesi yapılırken, olayı doğuran tüm nedenler, somut biçimde ortaya çıkarılmalı ve de bir neden de kaçınılmazlık faktörü alınarak, nedenlerin ortaya çıkan sonuçtaki ağırlıklı etkileri, doğrudan veya dolaylı neden olup olmadıkları göz önünde tutularak, hiçbir tartışmaya sebebiyet vermeyecek biçimde kusur değerlendirmesi yapılmalı, kaçınılmazlık oranı buna göre hesaplanmalıdır. Eğer, meslek hastalığının tüm nedenleri somut biçimde ortaya çıkarılırsa, bu nedenlerdeki ağırlık ve

sapma oranları belirlenerek, doğrudan ya da dolaylı neden olup olmadıkları göz önünde tutularak kusur değerlendirmesi yapılırsa ve kaçınılmazlık faktörü de bir neden olarak alınarak kusur dağılımı yapılırsa, kanımca hakkaniyete uygun sonuçlar ortaya çıkar.

Zaten maden silikozları ve pnomokonyozlarında da 32 Yıl Formülü yerine anılan biçimde kusur değerlendirmesi yapılması halinde bile, küçük sapmalarla aynı sonuçlar çıkmaktadır.

Maden işyerlerindeki silikoz ve pnomokonyozlar dışındaki meslek hastalıklarının hangi zaman diliminde ne kadar kaçınılmaz iş göremezliğe neden olduklarının zaman içerisinde bilimsel verilerle tespiti halinde, başka bir deyişle bilinmeyen bilini hale gelmesi durumunda, bu meslek hastalıklarında da formül tatbik edilerek kusur dağılımı yapılabilir. Ancak, mevcut verilerle geline teknolojik durumda böyle bir hesaplama yapmak mümkün değildir. Tüm meslek hastalıklarına anılan formülün uygulanmasının zorlanması durumunda böyle bir hesaplama keyfi kaçınılmaz iş göremezlik oranları kabul edilerek yapılır ki, bu da ciddi sapmalara neden olarak adaletin inandırıcılığını tartışır.

Sonuç:

İş Mahkemelerince meslek hastalıklarında yapılan kusur incelemeleri sonucu yerel mahkemelerin verdiği kararların, anılan meslek hastalıklarına 32 Yıl Formülü tatbik edilmedi diye bozulması yanlıştır. Böyle bir yaklaşım her meslek hastalığını aynı sanmaktır. Bu yaklaşım bilgi eksikliği sonucu olduğu gibi, analitik düşünce ve değerlendirme açısından da yanlıştır.

Meslek hastalıklarına karşı alınması gerekli önlemler genel olarak aynı nitelikli olsa bile, her meslek hastalığının hem oluş nedenlerinde hem de meslek hastalıklarının olmaması için alınması gerekli önlemlerin detaylarında farklılıklar söz konusudur. Meslek hastalıklarında yükümlülük süreleri de birbirlerinden farklıdır. Bazı meslek hastalıkları iş göremezliğe bile neden olmadan doğrudan sigortalının ölümüne sebebiyet verirler. Diğer bir ifade ile bütün meslek hastalıklarını oluşturan etkenler ile veriler aynı nitelikte değildir.

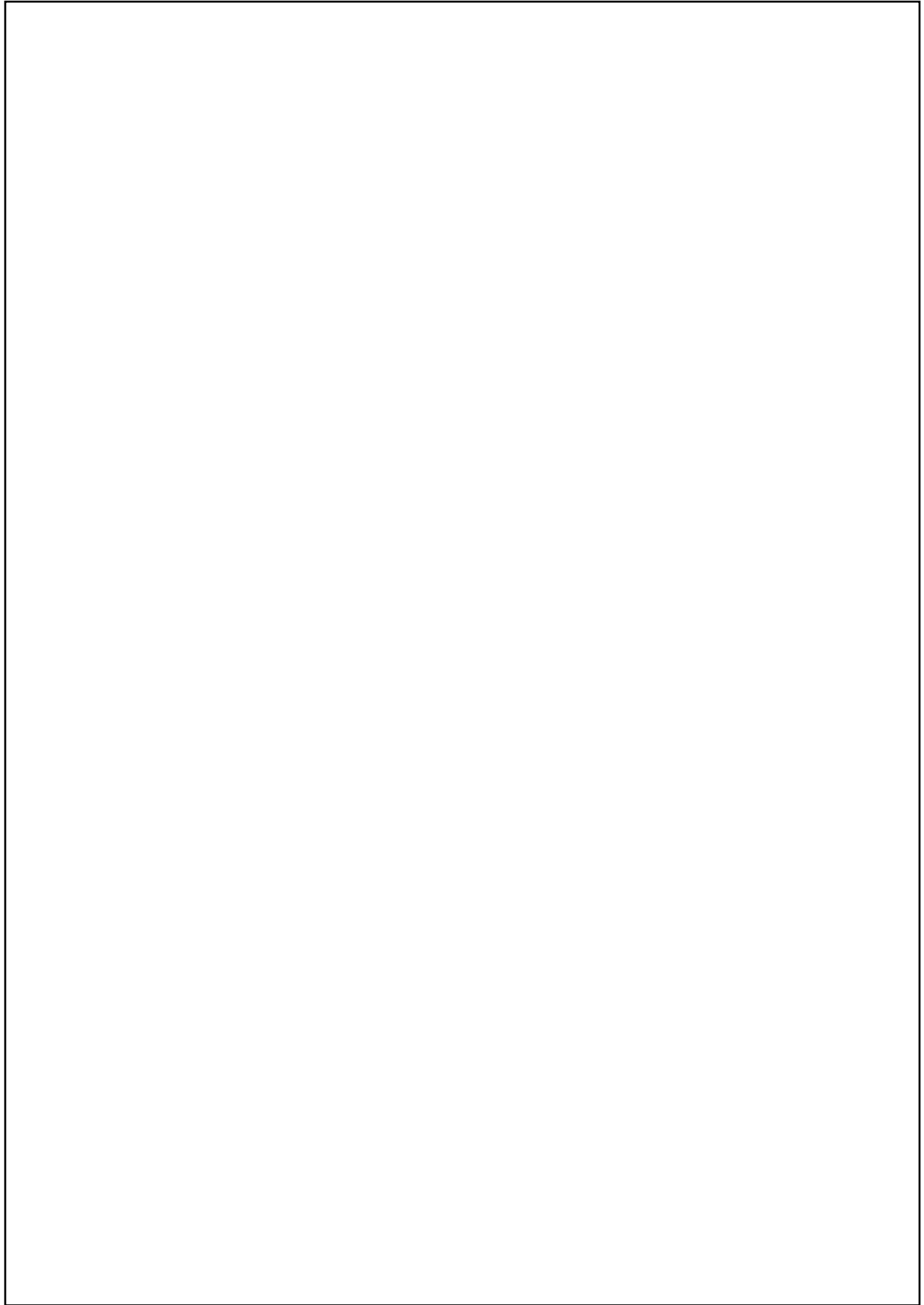
Bir meslek hastalığına kusur değerlendirmesi yapılırken 32 Yıl Formülü'nü tatbik edebilmek için, o meslek hastalığının 32 yıllık çalışma süresinde normal bir insanda neden olacağı kaçınılmaz iş göremezlik oranının bilinmesi zorunludur. Bu veri yalnızca maden işyerindeki silikoz, pnömokonyozlar için bilinmekte olup, yapılan özel işe göre %8 ile %12 arasında değişmektedir. O halde, teknolojik iyileşme durumu ile sigortalının bünyesel, bedensel özelliklerinde ciddi sapmalar ya da sıra dışılıklar olmaması halinde yalnızca bu meslek hastalıklarına 32 Yıl Formülü'nü tatbik doğrudur. Bunların dışındaki meslek hastalıklarının ise

normal bir insanda 32 yılda ne kadar kaçınılmaz iş göremezliğe sebebiyet vereceği bilimsel verilerle tespit edilmiş olmadığı için, bunlara da 32 Yıl Formülü'nün tatbik edilmesi düşüncesi fevkalade yanlıştır.

32 Yıl Formülü tatbik edilmedi düşüncesi ile her meslek hastalığı ile ilgili yerel mahkemelerin verdiği kararların bozulması, 32 yılda normal bir insanda ne kadar kaçınılmaz iş göremezlik doğuracağı bilinmeyen meslek hastalıkları için keyfi iş göremezlik oranları kabul edilerek hesaplama yapılması sonucunu getirir. Bu da kararların objektifliğini, inandırıcılığını tartışır.

Sonuç olarak, her meslek hastalığına mutlaka 32 Yıl Formülü tatbik edilerek kusur dağılımında bulunulmalı veya kusur değerlendirmesi yapılmalıdır şeklindeki Yargıtay ilamlarındaki bozma kararları bilimsel verilere dayanmayan, her meslek hastalığını doğuran etkenle verileri ve sonuçları aynı kabul eden, analitik sorgulama ve analitik çözümlenmeden uzak değerlendirmelerdir.

Giderek meslek hastalıklarıyla ilgili kusur değerlendirmesi yapılırken keyfiliğe sebebiyet verecek ve objektiflikten uzak değerlendirmelere neden olacak bu yaklaşımdan bir an önce vaz geçilerek, uzman bilirkişilerce kurumsallaşma mantığı içerisinde bilimsel gerekçeleri de ortaya konarak yapılan kusur değerlendirmelerine itibar edilmesi kamımca uygun olacaktır.



İŞ ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU AÇISINDAN YAPILAN ÖDEMELERİN YASAL MAL REJİMİNİN TASFİYESİNDEKİ DURUMU

Av. Şevket Güney BİGAT

1. GENEL BAKIŞ

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından yapılan ödemelerin yasal mal rejiminin tasfiyesindeki durumu konulu çalışmada, 22.11.2001 kabul ve 01.01.2002 yürürlük tarihli, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Hukukumza getirdiği yasal mal rejiminin tasfiyesi açısından doktrin, tartışmalar ve ilgili Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Bilindiği üzere, 22.11.2001 kabul ve 01.01.2002 yürürlük tarihli, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü bölümünde eşler arasındaki mal rejimi konusunu ele alınmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu da 22.05.2003 tarihinde kabul edilmiş, 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 506 sayılı ve 17.07.1964 kabul tarihli, Sosyal Sigortalar Kanunu, 29-30-31.07.1964-01.08.1964 tarih ve 11766 - 11779 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu 31.05.2006 kabul tarihli, 16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5510 Sayılı Kanun'un değişik 106. maddesi ile, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 142, 143, Ek 36. madde, Geçici 20, 81, 87. maddeleri hariç yürürlükten kaldırılmıştır. Yerine gelen, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ise tüm devam eden tartışmaları ile birlikte, 31.05.2006 tarihinde kabul edilmiş, 16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, Yasa'nın 108. maddesinde yer alan "01.01.2007" ibaresi, 09.05.2007 tarihli ve 5655 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle "01.01.2008" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir. Daha sonra, 28.12.2006 tarihli ve 26740 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 14.12.2007 tarihli ve 5724 sayılı 2008 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 28. maddesiyle "01.01.2008" ibaresinin "01.06.2008" olarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.¹

İncelemede, öncelikle yasal mal rejimi üzerinde durulacak, ardından İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından yapılan ödemelerin neler olduğu belirlenip, buralardan gelen gelirlerin yasal mal rejimi tasfiyesindeki durumu doktrin ve uygulama açısından irdelenmeye çalışılacaktır.

(1) BİGAT, Şevket Güney, İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.1, İstanbul, Ocak-Şubat 2007, s.52.

BİRİNCİ BÖLÜM

MAL REJİMİ VE TASFİYE

I. MAL REJİMİ

Mal Rejimi, kavramı ile önceleri evliliğin genel hükümleri kapsamında değerlendirilen “*mal varlığı*” hukuku kastedilmekteydi. Bu anlamda eşlerin bakım ve giderlere katılma yükümlülüğü, evlilik birliğinin temsili ve eşlerin birbirleri ile yaptıkları hukuki işlemler mal rejiminin konusunu oluşturmaktaydı.² Bugün aile kurumu önemini sosyo kültürel ve politik sebeplerle korusa da, aile ve iş hayatı Orta Çağ'daki gibi birliktelik arz etmemekte, modern toplumda aile ve iş hayatı birbirinden ayrı olarak değerlendirilmekte ve ikisinin birbiriyle ilişkisi tarafların aile birliğine ilişkin yükümlülükleri açısından gündeme gelmektedir. Bu tespit gelişmiş endüstri toplumlarında büyük ölçüde geçerli olsa da Türkiye gibi gelişmekte olan toplumlarda henüz bu ölçüde geçerlilik kazanmamıştır.³ Ailenin zaman içerisinde değişimine paralel olarak, aile hukukunda da değişiklikler gerçekleşmiştir. Bunun sonucunda mal rejimi hukuku evlilik birliğinin eşlerin mal varlığı üzerine yaptığı etkiye özellikle eşlerin mülkiyet, idare yararlanma ve tasarruf yetkilerine, evlilik birliğinin sona ermesinde malların paylaşımını ve bu mal varlığı değerleri ile üçüncü kişilerin ilişkilerini konu alır.⁴

Mal rejimi denince, eşlerin evlilik birliğinden önce ve/veya evlilik birliği devam ederken sahip oldukları mal varlıkları üzerindeki hak ve yükümlülüklerini, sorumluluklarını ve sona erme halinde mal varlığı değerlerinin akıbetini düzenleyen kurallar bütünü olduğu anlaşılmalıdır.⁵

Mal rejimi, evliliğin, boşanma, iptal, ölüm gibi nedenlerle sona ermesinde tarafların sahip oldukları malları nasıl paylaşacakları konusunda yaptıkları sözleşme biçimine de denilebilir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndan önce yürürlükte olan Türk Kanunu Medenisi'nde üç tür mal rejimi kabul edilmişti. Bunlar; mal ayrılığı, mal birliği, mal ortaklığıdır. Yeni Türk Medeni Kanunu'nda yer alan mal rejimleri ise; edinilmiş mallara katılma rejimi (218-241. maddeler), mal

(2) ZEYTİN, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 2.Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s.25 (Ayrıca bkz. LANDMANN / AUTTENRIETH, Anna, *Entwicklungstendenzen im ehelichen Vermögensrecht*, Zürich, 1977, s.98 vd).

(3) ZEYTİN, Zafer, s.25 (Ayrıca bkz. SCHWAB, Dieter, *Einführung zum Thema*, in: *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, Biefeld 1999, s.4).

(4) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, 5.Baskı, İstanbul, s.367; ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA, Emre, *Medeni Hukuk*, 6.Baskı, Ankara, 2000, s.777,778; ZEYTİN, Zafer, s.25.

(5) KILIÇOĞLU, Ahmet, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 2.Baskı, Ankara, 2002, s.1; AKINTÜRK, Turgut, *Aile Hukuku*, 9.Baskı, İstanbul, Beta, 2004, s.137 vd.; MOROĞLU, Nazan, *Medeni Kanunda Mal Rejimleri*, Beta, İstanbul, 2002, s.13., HAYRAN, Burhan, *Mal Rejimleri Şerhi*, Ankara, 2004, s.2.

ayrılığı rejimi (242-243. maddeler), paylaşmalı mal ayrılığı rejimi (244-255. maddeler) ve mal ortaklığı rejimi (256-281. maddeler)'dir. Eşler, Kanunun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden başlayarak bir yıl içinde, başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, Kanunun yürürlük tarihinden itibaren yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi seçilmiş sayılmıştır.

A) 01.01.2002 Tarihinden Önce Evlenen Eşlerin Durumu

Eşler, 01.01.2003 tarihine kadar yasal mal rejimlerinden birini seçmemişlerse, 01.01.2002 tarihine kadar elde edilen malvarlıkları, yürürlükten kalkan Medeni Kanun'a göre yasal mal rejimi olan "*mal ayrılığı*" rejimine, 01.01.2002 tarihinden sonra elde edilen malvarlıkları ise yürürlüğe giren 4721 Sayılı Medeni Kanun'daki "*edinilmiş mallara katılma rejimine*" tabidir.

B) 01.01.2002 Tarihinden Önce Açılmış ve Kesinleşmemiş Evliliğin İptali veya Boşanma Davası Olması Durumu

Mevcut bir dava var ise, dava sonuçlanana kadar tabi oldukları mal rejimi yani, yürürlükten kalkan Medeni Kanun'a göre "*mal ayrılığı rejimi*" (başka bir mal rejimi seçmemiş iseler) olacaktır.

Dava, evliliğin iptali ve boşanma ile sonuçlanmış ise, tabi olmaya devam ettikleri mal rejimi uygulanmıştır. Dava red ile sonuçlanmış ise, eşler kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka mal rejimi seçmedikleri takdirde Kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.

C) 01.01.2002 ve Sonrasında Yapılan Evliliklerde Durum

Mal rejimi sözleşmesi yapılmamış veya evlenme töreni sırasında yazılı olarak başvurulmamış ve seçimlik mal rejimlerinden biri seçilmemiş ise, eşler yasal mal rejimi olan "*Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*" ne tabi olacaklardır.

II. YASAL MAL REJİMİ

Yasal Mal Rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. 4721 sayılı Medeni Kanun'un 202. maddesinde, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır denmekte olup, eşler mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebileceği hükmü getirilmiştir. Gümüş, Yasal mal rejimi olan "*edinilmiş mallara katılma rejimi*" değini yerine "*edinimlere katılma rejimi*" olarak kullanılmasının daha uygun olacağı düşüncesindedir.⁶ Yasal Mal Rejimi,

(6) GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281)*, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2008, s.251.

eşlerin aralarında akdettikleri bir mal rejimi sözleşmesiyle Kanunda öngörülen mal rejimlerinden birini seçmedikleri sürece, Kanun Koyucu tarafından bir “varsayım” olarak seçmiş oldukları mal rejimidir. MK m.202’de tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindeki “eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır” hükmü karşısında Türk Hukuku’nda yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. Yasal mal rejimi, Kanun Koyucu’nun bakış açısından, eşlerin menfaatlerini dengeleyen en uygun çözümü yansıtmaktadır.⁷

A) Edinilmiş Mallar

Edinilmiş Mallar, kavramı Medeni Kanunu’nda “Edinilmiş Mallara Katılma” başlığı altında ayrı bir ayırım yapıldıktan sonra, mülkiyet ve kapsamını MK 218. maddede, edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsadığı belirtilmiştir. Edinilmiş mallar, MK 219. madde, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri olduğu belirtilmiştir. Bir eşin edinilmiş malları özellikle Medeni Kanunumuza göre birincisi çalışmasının karşılığı olan edinimler, ikincisi sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, üçüncüsü çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, dördüncüsü kişisel mallarının gelirleri, beşincisi ise edinilmiş malların yerine geçen değerlerdir.

B) Kişisel Mallar

Kişisel Mallar, MK 220. maddede, Kanuna göre birincisi eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, ikincisi mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, üçüncüsü manevî tazminat alacakları, dördüncüsü ise kişisel mallar yerine geçen değerlerdir.

C) Sözleşmeye Göre

Sözleşmeye göre durum ise, Medeni Kanun’un 221. maddesinde, eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler, hükmünü getirmiştir. Ayrıca eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını da kararlaştırabilmektedirler.

(7) ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5.Baskı, Ankara, 2004, s.232.

III. MAL REJİMİNİN TASFİYESİ

A) Amaç

Mal rejiminin tasfiyesinin amacı, işbölümü nedeniyle evlilik birliğinde ortaya çıkan ekonomik adaletsizliği gidermek ve bunu yaparken de ev işlerini ve çocuk bakımını üzerine alan eşin evlilik birliğindeki emeğini değerlendirmektir. Bu genel amacın gerçekleştirilmesi edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ile gerçekleşecektir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ile ilk önce eşlerin evlilik birliğinin devam ettiği sürece edindikleri mallarının tespit edilip ayrılması ve akabinde de birbirlerinden olan artık değer alacakları değer artış paylarının hesaplanması amaçlanmaktadır.

B) Tasfiye (MK m.225)

Eğer evlilik birliği yani yasal mal rejimi, eşlerden birinin ölümüyle sona ererse mal rejiminin tasfiyesi, mirasın tasfiyesini de etkileyeceğinden öncelikli olarak yapılması gerekmektedir.⁸

Mal rejiminin tasfiyesi, mal rejiminin sona ermesi ile gerçekleşir. Sona erme anı MK m.225'te, mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer ve Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer hükmü getirilmiştir.

Aşağıda, Medeni Kanunumuzun 225. ve devamı maddelerde, Yargıtay kararları ile birlikte, tasfiyenin hangi durumda nasıl yapılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

a) Malların Geri Alınması ve Borçlar (MK m.226)

Malların geri alınması ve borçlar başlıklı MK m.226 maddesinde genel olarak, her eşin, diğer eşte bulunan mallarını geri alabileceği, tasfiye sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri Kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yarar olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebileceği, eşler karşılıklı olarak borçları ile ilgili düzenleme yapabileceği düzenlenmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, "Davacı eşyaların aynen iadesini, bunun mümkün olmaması halinde tespit edilecek bedellerinin davalıdan yasal faiziyle tahsilini istemiştir. Eşyalar aynen davacıya iade edilmeyip, bedellerinin ödenmesi söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan kabul edilen

(8) ZEYTİN, Zafer, s.194; Ayrıca bkz. İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan, Miras Hukuku, 5.Baskı, 1984, s.117.

eşyaların değerlerinin ayrı ayrı kararda gösterilmesi gerektiği gibi, aynen iadesinin mümkün olmaması halinde bedele hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” kararını vermiştir.⁹

b) Değer Artışı Payı (MK m.227)

Değer artış payı hususunda ise MK m.227’de eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanacağı; bir değer kaybı söz konusu olduğunda ise katkının başlangıçtaki değerinin esas alınacağı, böyle bir malın daha önce elden çıkarılmış olması hâlinde ise hâkim, diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirleyeceği, eşlerin, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebileceği düzenlenmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi,¹⁰ edinilmiş mallara katılma rejimi, değer artış payının belirlenmesi, katkı ve değer artış payı alacağı ve mal rejiminin tasfiyesi konularında verdiği kararında özetle; Davacının ziynetlerinin satılmak suretiyle davaya konu aracın edinilmesine katkıda bulunduğu kanıtlandığı, araç, evlilik birliği sırasında taraflar arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli bulunduğu dönemde edinilmiş olduğu, Mahkemece, araç ve ziynetlerin katkı tarihindeki değerleri belirlenip davacının katkı oranının tespiti, daha sonra aracın tasfiye tarihindeki değeri esas alınarak değer artış payının belirlenmesi gerektiği, değer artış payı ve katılma alacağı hesabında tasfiye tarihinin boşanma ve mal rejiminin sona erdiği tarih olmayıp, tasfiye veya değer artış payına yönelik açılmış bulunan davanın karar tarihi olduğu gözönüne alınması gerektiği gerekçesiyle bozma kararını oybirliğiyle vermiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi¹¹ bir başka kararında; “*Davacının, davaluya ait arsa üzerine inşa edilen evin yapımına katkıda bulunduğu gerçekleşmiştir. Davacının, eşin ve çocukların iâşe yükümlülüğü de gözetilerek, gelirinden sağlayabileceği katkının, gerektiğinde bilirkişiden bu konuda görüş de alınmak suretiyle oran olarak tespiti, belirlenen bu orana göre davacının katkısı oranında alacağının malın tasfiye sırasındaki değeri esas alınarak hesaplanması istek de gözetilerek hasıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekir.*” kararını vermiştir.

(9) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 10.05.2005 tarih, 2005/5282 E., 2005/7635 K. sayılı ilamu, Sinerji İkt.Prog.

(10) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 25.12.2007 tarih, 2007/1097 E., 2007/17749 K. sayılı ilamu, Kazancı İkt.Prog.

(11) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 13.06.2007 tarih, 2007/16503 E., 2007/9962 K. sayılı ilamu, Sinerji İkt.Prog.

c) Eşlerin Paylarının Hesaplanması İle İlgili Kişisel Malların Ayrılması (MK m.228)

Eşlerin paylarının hesaplanması ile ilgili kişisel malların ve edinilmiş malların ayrılması hususunda MK m.228'de eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre ayrılacağı, eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermaye değerine (PSD) çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılacağı düzenlenmiştir.

Madde için bir örnek vermek gerekirse; 40 yaşında Bay A ile 30 yaşındaki Bayan B 1995 yılında evlenmişlerdir. 1997 yılında A haksız fiile maruz kalıp %100 çalışma gücünü kaybetmesi dolayısıyla 28.000.-TL. tazminat almıştır. Eşler 2002 tarihinde geçmişe dönük olarak edinilmiş mallara katılma rejimi sözleşmesi yapmışlar ve 2003 tarihinde de boşanma davası açılıp sonuçlanmıştır. 28.000.-TL'nin tamamı edinilmiş mal sayılmayacaktır. Bay A boşanma davasının açıldığı tarihte 48 yaşındadır. Bay A, 1931 yılı PMF Tablosu'na¹² göre daha 22 yıllık (ortalama) yaşam süresine sahiptir. Dolayısıyla boşanma sonrasına tekabül edecek kısım yani 22 yıla tekabül eden 22.000.-TL. kişisel mal sayılarak paylaşım dışı kalacak, evlilik yıllarına tekabül eden 6.000.-TL. edinilmiş mal olarak paylaşımına tabi olacaktır. 6.000.-TL. üzerinde eş yarıya yarıya katılma payına sahiptir.¹³

d) Eklenecek Değerler (MK m.229)

Eklenecek değerler ile de MK m.229'da edinilmiş mallara değer olarak, birincisi eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmaların eklenebileceği, ikincisi bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin eklenebileceği, ayrıca bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla,

(12) 1931 PMF Tablosu, Fransa'dan alınmış olup, Fransa'nın 1931 yılındaki koşullarına göre hazırlanmış bir tablodur. Ülkemizde halen kişinin aktif ve pasif yaşam süreleri varsayımı bu tabloya göre hesaplanmaktadır. Fransa'da ise yaşam tabloları günün koşullarına göre her altı ayda bir yenilenmektedir. Ülkemizde, 1989 yılında Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından yine ekte sunulan tablolar kısa bir süre kullanılmaya çalışılmış, ancak tekrar 1931 PMF Tablosuna dönülmüştür. Halen Mahkemelerimizde 1931 PMF Tablosu esas alınmaktadır.

(13) ACAR, Faruk, s.89.

kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği hükmü getirilmiştir.

**e) Kişisel Mallar İle Edinilmiş Mallar Arasında Denkleştirme
(MK m.230)**

Kişisel mallar ile edinilmiş mallar arasında denkleştirme ile ilgili MK m.230'da, bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmiş ise, tasfiye sırasında denkleştirme istenebileceği, her borç, ilişkin bulunduğu mal kesimini yükümlülük altına sokacağı, hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borcun, edinilmiş mallara ilişkin sayılacağı, bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer artması veya azalması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine veya mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılacağı hükmü getirilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu,¹⁴ "Somut olayda; taşınmaz ve araç, taraflar arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiştir. Bu mallar, yeni rejime kocanın "kişisel malı" olarak girmiştir. Edinilmiş mal değildir. Çalışmayan, herhangi bir geliri ve kazancı bulunmayan davacı kadının bu malların edinilmesine herhangi bir katkısı kanıtlanamamıştır. Bu nedenle, davacı; katkı payı karşılığı veya değer artış payı nedeniyle davalıdan alacak talebinde bulunamaz." kararını vermiştir.

f) Artık Değer (MK m.231)

Artık değer ile ilgili MK m.231'de, artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktar olduğu, değer eksilmesinin göz önüne alınamayacağı hükmü bulunmaktadır.

Değerin belirlenmesinde sürüm değeri MK m.232'ye göre mal rejiminin tasfiyesinde malların sürüm değerleri esas alınmaktadır.

g) Genel Olarak Gelir Değeri (MK m.233)

Gelir değeri ile genel olarak MK m.233'te bir eşin malik olarak bizzat işletmeye devam ettiği veya sağ kalan eş ya da altsoyundan birinin kendisine bir bütün olarak özgülenmesini istemeye haklı olduğu bir tarımsal işletme için değer artışından alacağı pay ve katılma alacağı, bunların gelir değeri göz önünde tutularak hesaplanacağı, tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılarının, diğer eşe karşı ileri sürebilecekleri

(14) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.06.2008 tarih, 2008/2-432 E., 2008/444 K. sayılı ilamı, Sinerji İÇT. Prog.

değer artışı payının veya katılma alacağının, işletmenin sadece sürüm değeri üzerinden hesaplanmasının istenebileceği, değerlendirmeye ve işletmenin kazancından mirasçılara pay ödenmesine ilişkin miras hukuku hükümleri kıyas yoluyla uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

h) Özel Haller (MK m.234)

Özel hâller ile ilgili MK m.234'te gerektirdiği takdirde hesaplanan değer, uygun bir miktarda artırılabilmesi, özellikle sağ kalan eşin geçim koşulları, tarımsal işletmenin alım değeri, ayrıca tarımsal işletme kendisine ait olan eşin yaptığı yatırımlar veya malî durumu özel hâllerden sayılacağı belirtilmiştir.

ı) Değerlendirme Anı (MK m.235)

Değerlendirme anı ile ilgili MK m.235'de mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılacağı, edinilmiş mallara hesapta eklenecek olanların değeri, malın devredildiği tarih esas alınarak hesaplanacağı belirtilmiştir.

ii) Artık Değere Katılma (MK m.236)

Artık değere katılma ile ilgili MK m.236'da her eş veya mirasçılarının, diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olacağı, alacakların takas edileceği, zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerindeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebileceği hükmü bulunmaktadır.

Artık Değer Alacağı = Edinilmiş mallarımızın aktifini ve pasifini hesaplarken aktiften pasifi çıkardığımızda kalan miktar artık değer alacağı olacaktır.

Artık Değer Alacağı = Değer Artış Payı + Mal Kaçırma İçin İvazsız Kazandırma + Denkleştirme Alacağı - Edinilmiş Mallara ilişkin borçlardır.

Her bir eş için ayrı ayrı hesap yapılması gerekmektedir. Buna göre:

- 1) Edinilmiş mallar hesaplanacak,
- 2) Varsa değer artış payı hesaplanacak,
- 3) İvazsız kazandırma hesaplanacak,
- 4) Denkleştirme alacağı hesaplanacak,
- 5) Edinilmiş mallara yüklenen borçlar hesaplanacak,

Tüm bu hesaplar toplandıktan sonra artık değer her eş için ayrı ayrı hesaplanacağı için bu hesap sonucunda iki tane artık değer ortaya çıkacaktır. MK m.236'ya göre, her eş veya mirasçılarını diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olacaktır. Alacaklar takas edilir. Ancak,

zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilecektir. Bunun dışında, bu değer üzerinde iki eşin de 1/2 oranında alacağı bulunmaktadır.

j) Genel Olarak Sözleşmeye Göre (MK m.237)

Sözleşmeye göre, genel olarak MK m.237'de, artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebileceği, bu tür anlaşmaların, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceği, hükmü getirilmiştir.

k) İptal, Boşanma veya Mahkeme Kararıyla Mal Ayrılığı (MK m.238)

İptal, boşanma veya mahkeme kararıyla mal ayrılığı ile ilgili MK m.238'de, mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması hâlinde geçerli olacağı hükmü bulunmaktadır.

l) Katılma Alacağının ve Değer Artış Payının Ödenmesi, Ödemenin Ertelenmesi (MK m.239)

Katılma alacağının ve değer artış payının ödenmesi ve ödemenin ertelenmesi ile ilgili MK m.239'da, katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ödenebileceği, aynı ödemede malların sürüm değeri esas alınacağı, bir mesleğin icrasına ayrılmış birimler ile işletmelerin ekonomik bütünlüğünün gözetileceği, katılma alacağının ve değer artış payının derhâl ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesini isteyebileceği, aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütüleceği; durum ve koşullar gerektiriyorsa ayrıca borçludan güvence istenebileceği hükmü getirilmiştir.

Zamanaşımı açısından bakıldığında, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, "Bu konuda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik mürruru zamana tabi olduğunu, hükmündeki (her dava) sözcüklerini bütün alacaklar tarzında anlaşılması gerektiğini, zamanaşımının başlangıcının da mal rejiminin sona erdiği tarih olduğunu, Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı" kararını vermiştir.¹⁵

(15) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 05.02.2007 tarih, 2006/9383 E., 2007/1228 K. sayılı ilamı, Sinerji İçt. Prog.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, bir diğer kararda da; “Zamanaşımının başlangıcı mal rejiminin sona erdiği tarihtir. Türk Medeni Kanunu’nun genel nitelikli hükümler kenar başlığını taşıyan maddesi uyarınca Borçlar Kanunu’nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Olayda, on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Davalının zamanaşımı definin reddi ile işin esası hakkında gösterilecek deliller toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” kararını vermiştir.¹⁶

m) Aile Konutu ve Ev Eşyası (MK m.240)

Aile konutu ve ev eşyası ile ilgili MK. 240’da, sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemelerin saklı olduğu, sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebileceği, haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabileceği, sağ kalan eş, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamayacağı, tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklı olduğu, düzenlemesi yapılmıştır.

n) Üçüncü Kişilere Karşı Dava (MK m.241)

Üçüncü kişilere karşı dava ile ilgili MK 241. maddede; Tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde, alacaklı eş veya mirasçıları, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebileceği, dava hakkı, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşeceği, fıkradaki hükümleri ve yetki kuralları dışında mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacağı, düzenlemesi yapılmıştır.

(16) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 21.04.2008 tarih, 2007/6331 E., 2008/5733 K. sayılı ilamı, Sinerji İkt. Prog.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU AÇISINDAN YASAL MAL REJİMİ

İncelemenin bu bölümünde İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından ikili bir ayırım yapılarak konu ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu nedenle, öncelikle mal rejiminin İş Hukuku açısından etkileri, ikinci olarak da mal rejiminin sosyal güvenlik hukuku açısından etkileri irdelenmeye çalışılacaktır.

Genel olarak bakıldığında, çalışmanın karşılığı olan edinimler, MK m.219/1. hükmüne göre bir eşin çalışmasının karşılığı olan edinimler, edinilmiş mal grubuna dahildir. Birinci fıkrada yapılan tanıma uygun olan bu malvarlığı değerlerinin edinim karşılığını, eşlerin çalışması oluşturmaktadır.¹⁷ Burada, çalışma edimi ile paranın karşılıklı değişimi söz konusudur.¹⁸ Ayrıca bir değişim olmaksızın bir hammaddenin işlenmesi suretiyle edinilen mal da edinilmiş mal grubuna dahil olacaktır.¹⁹ Çalışma, Borçlar Hukuku kapsamında yapma ya da yapmama biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, fikri ya da bedensel emek sarfı biçiminde de gerçekleşebilir. Bu çalışmanın sonucunda elde edilenin karşılığının nasıl adlandırıldığına bir önemi yoktur. Yani ücretin dışında, ikramiye, kazanç payı, vizite ücreti vs. gibi tüm edinimler bu temelde çalışmanın karşılığı olarak değerlendirilip, edinilmiş mal grubuna dahil edilmekte olduğu belirtilmektedir.²⁰ Edinilmiş mallara katılma rejiminin temelinde yatan, işbirliği ve işbölümü anlayışının bir yansıması olan hüküm²¹ serbest meslek faaliyeti olarak gerçekleştirilen çalışma ile kazanılan malvarlığı değerlerini de kapsamaktadır. Ancak eşlere tanınan imkan çerçevesinde kişisel malların gelirinin de kişisel mal olarak kabul edilmesi halinde, ikili bir ayırma gitmek gerekir. Örneğin; eşlerden birinin kişisel mallarına dahil olan bir lokantayı işletmesi halinde, lokantanın eşinin çalışmasından bağımsız olarak elde ettiği gelir, kişisel mallara, eşin çalışmasının karşılığı olan gelir, edinilmiş mallara dahil olacaktır. MK m.222'de "bir eşin bütün malları aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir" şeklinde ifadesini bulan "edinilmiş mal karinesi" çerçevesinde bu ödemelerin de edinilmiş mal sayılması, gerek mal rejiminin genel mantığına, gerekse de hakkaniyete uygun görünmekte olduğu, yine aynı karine dolayısıyla ve

(17) SARI, Suat, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul, 2007, s.143.

(18) ACAR, Faruk, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Bağlamında Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi, Ankara, 2003, s.46.

(19) ACAR, s.46.

(20) ACAR, s.47.

(21) SARI, s.144.

yerine geçen değer hükümleri gereği, bu ödemelere hak kazanılmasını sağlayan primlerin, kişisel mallardan karşılandığının kanıtlanması durumunda, kişisel mal sayılabileceği görüşü bulunmaktadır.²²

Aile Hukuku'nun dinamikleri bakımından, kadın olsun erkek olsun, eşlerden herhangi biri, çalışma hayatı ile ilgili, eğer her ikisi de çalışıyorsa, psikolojik olarak, çalışmalarının karşılığı kazanımlarını kişisel malları olduğunu, eğer eşlerden herhangi biri bir iş kazası veya meslek hastalığına uğradıysa, kazaya veya hastalığa uğrayan kişi kendisi olduğu için, buradan gelen tazminatların da kendi kişisel malları olduğu şeklinde düşündüklerini gözlemlemekteyiz. Ancak, MK m.220'de sadece manevi tazminat, kişisel mal olarak adlandırılmıştır. Ayrıca aksi ispatlanıncaya kadar, kazanımların edinilmiş mal sayıldığı da bir karine olarak unutulmamalıdır. Ancak karinelerin aksi de ispatlanabilmektedir.

I. İŞ HUKUKU AÇISINDAN YASAL MAL REJİMİ

İş Hukuku'nda, 4857 sayılı Yasa ve 1475 sayılı Yasa'nın yürürlükte bulunan 14. maddesi uyarınca, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai, genel tatil yani dini ve millî günler çalışması, hafta tatili çalışması, yıllık ücretli izin, iş arama iznidir. Ayrıca işe iade davalarında işe kabul olunmama halindeki tazminattır.

A) Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı işçilere tanınmış önemli haklardan biridir. Getirdiği mali yük bakımından da işverenler açısından önemlidir. Bu nedenle yoğun bir şekilde tartışma ve uyuşmazlıklara konu olmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu yerini 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanunu'na bırakmıştır. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'nun sadece kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi yürürlükte kalmıştır. Dolayısıyla kıdem tazminatı ile ilgili olarak yürürlükten kalkan 1475 Sayılı Kanun'un yürürlüğü devam ettirilen 14. maddesi uygulanmaktadır. Bu konuyla ilgili kıdem tazminatı fonu kurulması ve çeşitli tartışmalar 2009 yılında da halen sürmektedir. Kıdem tazminatının işverenler üzerinde ağır bir yük oluşturması yanında pek çok işçinin hak ettikleri tazminatı alamamaları, bunda son günlerdeki ekonomik krizin etkisi, birçok işyerinin işçi çıkarması veya kapanması da sözkonusu olmaktadır.

a) Kıdem Tazminatı Kavramı

Kıdem tazminatı kavramı, ilk kez 12.06.1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Yasası ile çalışma yaşamımıza girmiştir. Kıdem tazminatının ne olduğu

(22) MOROĞLU, Nazan, "Yasal Mal Rejimi", İstanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku, Özel Sayısı, Mart 2007, s. 89-101

konusunda değişik görüşler de ortaya atılmıştır. Bu görüşleri şu başlıklarda özetlemek mümkündür. Birincisi, işçinin yıpranması karşılığı olduğudur. İkincisi, gecikmiş bir ücret olduğudur. Üçüncüsü, işçinin işyerine sadakatının karşılığı olan bir ikramiye olduğudur. Dördüncüsü, iş güvencesini sağladığıdır. 1927 Sayılı Yasa gerekçesinde yer alan bir görüşe göre ise de *“Kıdem tazminatı müessesesinin işçilerin gelir ve iş güvenliğini sağlayıcı ve keyfi işten çıkarılma işlemlerinin işçi aleyhine doğurduğu sonuçları giderici niteliği yanında, güvenli ve gerçek hüviyetli bir sendikalaşma hareketine yardımcı ve hatta büyük katkıda bulunabileceği de günümüzde kabul edile gelen bir gerçektir.”* Savunanlara göre, kıdem tazminatı ödenecek olması, işten çıkarmayı caydırıcı etki yaptığı açıktır. Beşincisi, işsizlik sigortası niteliğinde olduğudur. 931 Sayılı Yasa'nın gerekçesinde ise, *“Kıdem tazminatı müessesesinin iş hayatına ilişkin sakıncaları yönünden yapılan itirazlar göz önünde tutulmakla beraber ...henüz işsizlik sigortasının da kurulmadığı göz önünde tutularak bu konunun sözü geçen sigortanın kuruluşu sırasında tekrar ele alınması uygun görülmüştür.”* denilmiştir. Ancak, İşsizlik Sigortası Yasası çıkarıldığı için son iki görüşün geçerliliği artık kalmamıştır.²³

Birinci görüş olan işçinin yıpranması karşılığı olduğunu değerlendirdiğimizde, kişisel malların haricinde, evlilik içerisinde tüm edinimler, Kanunda aksi kararlaştırılmadıkça, edinilmiş mal sayılacaktır. Kanuna göre, eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, içerisinde olmadığı, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri içerisinde de olmadığı, manevî tazminat alacaklarından da olmadığı, kişisel mallar yerine geçen değerlerden de olmadığından, kişisel mal içerisine olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.

İkincisi görüş olan, gecikmiş bir ücret olduğunu değerlendirdiğimizde, ücret bir çalışma karşılığı verildiğinden ve edinilmiş mallar içerisinde de çalışma karşılığı olan edinimler olduğundan, evlilik içerisinde olan kısma yönelik, kişisel mal içerisinde olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Üçüncüsü, işçinin işyerine sadakatının karşılığı olan bir ikramiye olduğu görüşünü değerlendirdiğimizde, kişisel mal genel olarak manevi tazminat olduğundan, kişisel mal haricindeki tüm edinimlerin de edinilmiş mallardan sayıldığından, ikramiye de bir çalışma karşılığında verildiğinden, edinilmiş malların içerisine girebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Dördüncü ve beşinci düşünceler, yasada yapılan düzenlemelerle işe iade davası olduğu için, ayrıca işsizlik sigortası da devreye girdiğinden bu düşüncelerin bu aşamada bir geçerliliği kalmamış durumdadır.

(23) BİGAT, Şevket Güney, *Beden Gücünün Azalmasından Kaynaklanan Tespit Davaları*, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2008, s.1 vd.

b) Kıdem Tazminatının Tarihsel Gelişimi

Kıdem tazminatı tarihsel gelişim içerisinde, 3008 sayılı İş Yasası'nın (12.06.1936 yılında yayınlandı ve bir yıl sonra yürürlüğe girdi) "*Fesih Bildirimi*" ile ilgili 13. maddesinde "*Bütün işçiler hakkındaki fesihlerde, beş seneden fazla olan her tam iş senesi için ayrıca on beş günlük ücret tutarında tazminat dahi verilir.*" Hükümü vardı.

Bu hükme göre iş sözleşmesi işçi veya işveren tarafından ne şekilde feshedilirse edilsin kıdemi beş yılı aşmış olması halinde işçiye ödeniyordu. 25.01.1950 tarih ve 5518 Sayılı Yasa ile yapılan bir değişiklik ile, işçinin kıdem tazminatı alabilmesi belirli koşullara bağlandı. İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi, askerlik veya işçinin belirli koşullara göre feshetmesi gibi sınırlamalar getirildi. Kıdem tazminatına hak kazanma süresi beş yıldan üç yıla indirildi. 08.02.1952 tarih ve 5868 Sayılı Yasa ile aylık ve toptan ödeme alma halinde de kıdem tazminatına hak kazanılabileceği hükümü geldi. Ancak bu uygulamalar döneminde, Yargıtay, ölüm halinde işçinin mirasçılara kıdem tazminatı ödenemeyeceği ve yan ödemelerin de kıdem tazminatı hesabına dahil edileceği konularında kararlar verdi. 12.08.1967 tarih ve 3008 sayılı İş Yasası'nda "*kıdem tazminatı*" başlıbaşına bir kavram olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, altı ayı aşan sürelerin bir yıla tamamlanması, işçinin ölümü halinde mirasçılarının kıdem tazminatından yararlanabilmeleri esası getirilmiştir. Bu yasa ile fikren çalışanlar ve bedenen çalışanlar ayrımı kaldırılmış olduğu için kıdem tazminatından tüm çalışanların yararlanabilmeleri olanağı sağlanmıştır. 3008 Sayılı Yasa 12.11.1970 tarihi itibarıyla, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararı ardından çıkarılan 25.08.1971 tarih ve 1475 Sayılı Yasa ile iptal edilen Yasa'nın getirdiği hükümler korunmuş, kıdem tazminatı süresinin (15 gün) iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilmesi de getirilmiştir. Kıdem tazminatında önemli değişiklikler yapan 1927 Sayılı Yasa, 12.07.1975 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Yasada; Kıdem tazminatına hak kazanmak için gerekli kıdem süresi 3 yıldan 1 yıla indirilmiştir. Her tam kıdem yılı için ödenecek tazminat miktarı 15 günden 30 güne çıkarılmıştır. 6 ayı geçen kıdem süresinin 1 yıla tamamlanması şeklindeki hesaplamadan vazgeçilmiştir. Kıdem tazminatına esas olan 30 günlük ücret tutarının her yıl için dikkate alınacak miktarı günlük asgari ücretin 30 günlük tutarının yedibuçuk katı ile sınırlanmıştır. Kamu kuruluşlarında geçen sürelerin birleştirilmesi ve bu toplam süreye göre kıdem tazminatı ödenmesi hükümü getirilmiştir. Kıdem tazminatı ödenmesi gerektiren nedenler arasında, Yasa'nın 16. maddesinin III. fıkrasında sayılan nedenler de katılmıştır. Kıdem tazminatına esas alınacak ücret tanımlanmıştır. Sabit ve değişken ücretle çalışan işçilerin tazminatlarının hesaplanmasına esas alınacak

ücretlerin tanımı yapılmıştır. Kıdem tazminatları için bir fon yasası çıkartılması hükmü getirilmiştir.²⁴

Sonuç olarak, yukarıdaki görüşler de değerlendirildiğinde, kıdem tazminatı bir çalışma karşılığı, çalışılan süreye göre işverence ödendiği için, Medeni Kanunumuzun 219. maddesi uyarınca çalışma karşılığı olduğu değerlendirilerek, evlilik içerisinde olan çalışmalar ile ilgili kısım yönünden, kıdem tazminatının edinilmiş mallara dahil olacağı sonucuna varılabilmektedir. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere, kişisel mallar sınırlı sayıda düzenlenmiştir.

B) İhbar Tazminatı

Kıdem tazminatı söz konusu olunca, ihbar öneli veya önel verilmemenin sonucu olarak, ihbar tazminatı da konunun ayrılmaz bir parçası haline gelir. Ancak, bu tazminat türü çalışma karşılığı olmadığı, yani cezai mahiyette olduğu düşünüldüğünde, işçiye ihbar öneli verilmezse, kanunda belirtilen süre için tazminat ödenecektir. Ayrıca, ihbar tazminatının, tazminat olma niteliğinin de doktrin ve uygulamada tartışmalı olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, bu tazminat türü veya alacak, çalışma ve emeğin karşılığı olmadığı için edinilmiş malların içerisinde yer alamayacağı sonucuna varılabilecektir. Şöyle ki; örneğin, bir işçi evlilik içerisinde, bir süre hizmet akdi ile herhangi bir işverenlikte çalıştıktan sonra, işvereni ihbar önelinde bulunmadan işçiyi çıkardığında, ihbar tazminatı o anda doğacaktır. Eğer işveren bu ihbar süresini, işçisini çalıştırarak geçirirse, bu süre sonunda alınan ücret, çalışma karşılığı olan ücret olacaktır ve zaten edinilmiş malların içerisine girecektir. Ancak bu ihtimalde, ihbar tazminatı verilmesi yerine işveren çalışma süresine göre kanunda belirtilen süreler gözeterek ihbar öneli verdiği için bu süre sonunda alınan ücretin, ihbar tazminatı olmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Çünkü ihbar tazminatı, ihbar önelinde bulunulmadığı takdirde, o anda doğan cezai mahiyette olan bir alacaktır. Dolayısıyla bu düşünceme göre, ihbar tazminatı çalışma karşılığı olmadığı ve cezai mahiyette olduğu da düşünüldüğünde, ihbar tazminatı edinilmiş malların içerisinde yer almayacaktır. Ancak, şunu hemen belirtilmesi gerekir ki, bu düşünceme göre, ihbar öneli çalışılarak geçirilmesi halinde, alınacak miktar, bir çalışma karşılığı olacağı için, mal rejimine tabi olacaktır. Bu nedenle de, ihbar önelinde çalışılıp, çalışılmadığı araştırılması gerekecektir.

Bir diğer taraftan diğer görüş, ihbar tazminatına bakıldığında da şu sonuca varılabilir. Kişisel mallar kanunda sınırlı şekilde sayılmıştır. Kişisel malların içerisinde olmayan tüm kazanımlar edinilmiş mallardan sayılacaktır. İhbar tazminatı da hizmet akdi ile çalışmanın ardından talep

(24) BİGAT, Şevket Güney, *Beden Gücünün Azalmasından Kaynaklanan Tespit Davaları*, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2008, s.1 vd.

edilebilecek alacak kalemlerinden olduğu ve çalışılan süreye göre kanunda belirtilen oranlı sürelerde de çalışılabilmekte olduğu için çalışmanın bir uzantısı olduğu ve bu nedenle de ihbar tazminatının edinilmiş mallara dahil edilebileceği görüşü bulunmaktadır. Ayrıca bir de ihbar tazminatını verilip, işçinin çalıştırılma zorunluluğundan kurtulmaktadır. Yani işçi çalışmasına devam ettirilseydi bir gelir elde edecekti, ama işine son verildiği için bunun karşılığı verilmektedir. İşçi, işinden erken çıkartıldığı için de kar payı yoksunluğu yaşamaktadır, eğer işçi çalışsaydı paylaşacaktı. İhbar öneli, çalışmayla ilintili olduğu için ve kişisel mallardan da olmadığından, edinilmiş mallardan olduğu görüşü bulunmaktadır.

Her iki görüşün de ileride tartışılacağı ve Yargıtay içtihatlarıyla da yolunu bulunacağı düşüncesindeyim.

C) Fazla Mesai Alacağı

Genel olarak, fazla çalışma kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nda, ücretin ele alındığı üçüncü bölümde, "fazla çalışma ücreti" başlığı altında 41. maddede düzenlenmiştir. Burada fazla çalışma, "Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır." Şeklinde tanımlanmıştır. Aynı tanım, 41. madde uyarınca çıkarılan İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.3/I-a'da da tekrarlanmaktadır.²⁵

Medeni Kanun'un 219. maddesine göre edinilmiş mallar her eşin rejimin devamı süresince karşılığını vererek, çalışma ve emek karşılığı edinilen mallar düzenlemesi dikkate alındığında, fazla mesai ücret alacağının edinilmiş mallar sınıfına gireceği sonucuna ulaşılabacaktır.

D) Genel tatil Alacağı (Dini ve Milli Gün Çalışmaları)

Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Çalışma Ücreti (mad.47) 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'a (19.03.1981 tarih ve 17284 sayılı RG) göre ulusal bayramlar ve genel tatil günleri; Yılbaşı günü (1 gün), 29 ekim Cumhuriyet Bayramı (28 Ekim günü 13.00'da başlar-1,5 gün), 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı (1 gün), 19 Mayıs Atatürk'ü Anma ve Gençlik Ve Spor Bayramı (1 gün), 30 Ağustos Zafer Bayramı (1 Gün), Ramazan Bayramı (arefe günü 13.00'da başlar - 3,5 gün), Kurban Bayramı (arefe günü 13.00'da başlar - 4,5 gün), son olarak 27.04.2009 tarih, 27212 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5892 Kanun ile Ulusal Bayram ve Tatil günlerine 01 Mayıs Günü Emek ve Dayanışma Günü Tatili olarak ilave edilmiştir. Yeni İş Kanunu'nun "Genel Tatil Ücreti" başlıklı 47. maddesi de, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayan

(25) KARACAN, Hatice, 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, 1.Baskı, Ankara, 2007, s.21.

işçilere, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretlerinin tam olarak ödeneceği, ancak tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücret ödeneceği açıklanmıştır. Kanununun 49. maddesine göre, burada geçen günlük ücret, işçinin çalıştığı günlere göre, bir güne düşen ücretidir. Saat başına çalışanlarda tatil günü ücreti, saat ücretinin 7,5 katıdır. Parça başına, akort, götürü veya yüzde usulü ile çalışanlarda tatil günü ücreti, ödeme döneminde kazanılan ücretin, aynı süre içinde çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır. Buna göre, genel tatil günlerinde çalışan işçilere çalışmasa da alacağı o güne ait normal ücretine ilâveten, sadece o günkü çalışmasının karşılığı olarak aynı tutarda çalışma ücreti ödenecek, ayrıca fazla çalışma karşılığı %50 ücret zammı ödenmeyecektir.²⁶

Medeni Kanun'un 219. maddesine göre edinilmiş mallar, her eşin mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek, çalışma ve emek karşılığı edinilen mallar düzenlemesi dikkate alındığında, genel tatili çalışması karşılığı ücret alacağının edinilmiş mallar sınıfına gireceği sonucuna ulaşılabacaktır.

E) Hafta Tatili Çalışması

394 sayılı Hafta Tatili Kanunu (R.G. 21.01.1924 -54), hafta içindeki çalışma süresini 6 gün olarak belirlemiş ve her 6 günlük çalışma sonucunda işçinin 24 saatten az olmamak üzere dinlendirilmesini hükme bağlamıştır. Buna göre haftanın 6 günü çalışan işçiye 1 gün hafta tatili verilmesi gerekmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesinde de, işçilere tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları şartı ile 7 günlük zaman dilimi içinde, kesintisiz en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verileceği belirtildikten sonra, "çalışılmayan hafta tatili günü için, işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın, o günün ücreti tam olarak ödenir" denilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere hafta tatilinde çalışan işçiye, haftalık çalışmayı 45 saati tamamlayan süre için, çalışmaksızın hak ettiği normal ücretine ilâveten "fazla sürelerle çalışma ücreti" olarak %25 zamlı ücret ve bunu aşan "çalışma süreleri" için ise "fazla çalışma ücreti" olarak %50 zamlı ücret ödenir. Yani hafta tatilinde çalışan işçi, normal maaşına ilâveten, bir günlük normal ücretinin 1,25 veya 1,5 katı kadar ücrete hak kazanır (Mad.41).²⁷

Medeni Kanun'un 219. maddesine göre edinilmiş mallar her eşin mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek, çalışma ve emek karşılığı edinilen mallar tanımı dikkate alındığında, hafta tatili çalışması karşılığı, ücret alacağının edinilmiş mallar sınıfına gireceği sonucuna ulaşılabacaktır.

(26) KURT, Resul, *İş Hukuku Mevzuatında Usul ve Esaslar*, İSMMM Yayını, İstanbul, 2006, s.358.

(27) ÇENBERCİ, Mustafa, *İş Kanunu Şerhi*, 1976, s.627; Ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 16.06.1969 tarih ve 2279 E. – 6878 K. sayılı ilam, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 25.12.1969 tarih ve 9449 E. – 3036 K. sayılı ilam.

F) Yıllık Ücretli İzin Alacağı

İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir (4857/53. madde). Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır. Yukarıdaki esaslara göre izine hak kazanan kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan işçilerle tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında bir ayırım yapılamaz (Yıllık ücretli izin Yönetmeliği 13. madde).²⁸

4857 sayılı Yasanın 53. maddesine göre işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanabilmeleri için bir yıllık süreyi tamamlamayı kısmi süreli çalışan işçiler için iş sözleşmesi süresinin en az bir yıl devam etmesi şeklinde değerlendirilmesi gerekir. *“Kısmi süreli çalışan işçilerin çalışmadıkları günler onların çalışma yükümlülüğünde bulunmadıkları iş günleridir. Bu nedenle haftanın belli günlerinde çalışan bir işçi işe başlamasından itibaren iş göreceği günlerde çalışmasını yerine getirmek koşulu ile bir yıllık süreyi doldürduğunda yıllık ücretli izine hak kazanır”*.²⁹ Tam süreli çalışan işçiler için ön görülen, bir yıllık süre içerisinde çalışılmış gibi kabul edilen haller, kısmi süreli çalışanlar için de bu haller işçinin çalışmayı taahhüt ettiği günlere denk geliyorsa yıllık ücretli izin süresinin hesabında çalışılmış gibi kabul edilir. Kısmi süreli çalışan işçinin çalışılan gün toplamının bir yılı bulması şeklinde bir uygulama kısmi süreli çalışanlar için uygulanamaz. Aksi halde haftanın birkaç günü çalışan işçinin yıllık ücretli izine hak kazanabilmesi için yıllarca çalışması gerekir. Böyle bir uygulamada kısmi çalışma düzeninin ruhuna aykırı olur.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin; süreksiz işlerde, niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışmalarını durumunda haklarında 4857 sayılı Yasa'nın yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz.

Medeni Kanun'un 219. maddesine göre edinilmiş mallar her eşin rejimin devamı süresince karşılığını vererek, çalışma ve emek karşılığı edinilen mallar tanımı dikkate alındığında, yıllık ücretli izin karşılığı ücret alacağı, her ne kadar çalışmadan da alınsa, kanunen çalışılmış gibi de sayıldığından, edinilmiş mallar sınıfına gireceği sonucuna varılacaktır.

(28) Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği 03.03.2004 tarih ve 25391 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

(29) EYRENCİ, Öner, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışma, Mozaik Basım ve Yayıncılık, İstanbul 1989, s.59.

G) İş Arama İzni

Yeni iş arama izni, 4857 sayılı Yasa'nın 27. maddesinde belirtilmiştir. Maddeye göre, bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecbur olduğu, iş arama izninin süresi günde iki saatten az olamayacağı ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabileceği, ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçinin, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorunda olduğu, işveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücretin işçiye ödeyeceği, işveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretinin yüzde yüz zamlı ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Birinci görüşe göre, iş arama izni, çalışma ve emeğin karşılığı olmadığı için edinilmiş malların içerisinde yer almayacağı sonucuna ulaşılabilir, çünkü işveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretinin yüzde yüz zamlı ödeneceğinden, bu durum da her şeyden önce bir çalışma karşılığı olmadığı ve cezai mahiyette olduğu için edinilmiş mallara giremeyeceği sonucuna varılabilir.

Ancak diğer görüşe göre, ihbar tazminatında da olduğu gibi, Kanun geniş yorumlanıp, iş arama iznini ihbar tazminatı olarak değerlendirilerek, ihbar öneli içerisinde ödenmesi gereken bir alacak olarak düşünüldüğünde, Medeni Kanunumuza göre kişisel mallar içerisinde yer almadığından, edinilmiş mallar içerisinde yer alabileceği sonucuna ulaşılacaktır.

H) İşe İade Davası

İşe iade davası, yargılama sonucunda, feshin geçersiz, haksız yapılp yapılmadığı yönünden bir tespiti içermekte olup, dört artı sekiz aylık ücrete kadar bedel ödenmesi hususunda ise eda davası yönleri bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde geçersiz bir nedenle yapılan iş sözleşmesi feshinin sonuçları şu şekilde ifade edilmiştir; *"İşverence 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. 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."*

Dava sonucu verilen işe iade kararında; İşveren, 10 işgünü içinde kendisine müracaat eden işçinin isteğine otuz gün içinde cevap vermek zorundadır. Ya işçiyi işe alacaktır ya da belirlenen iş güvencesi tazminatı ile

birlikte işe iade kararının kesinleştiği tarihe kadar işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını da ödemek durumunda kalacaktır. İşe iadesine karar verilen işçi, kararın kesinleşmesinden itibaren yasal süre içinde işverene başvurduğu takdirde, hizmet sözleşmesi çalıştırılmadığı dört aya kadar uzamış olacak; işveren tarafından işe başlatılması veya başlatılmaması halinde davacının kıdem, ihbar tazminatı yıllık izin ve diğer işçilik hakları bu süre sonuna göre belirlenecektir. Dava açan işçinin geçersiz fesihden sonra boşta geçen süre içerisinde yeni bir iş bulması, feshin geçersizliğini ve işe iadeyi etkileyen bir unsur değildir. Bu durum kendisine verilecek tazminatı da etkilemeyecektir. İşçinin işe iade kararını işverene bildirmesi durumunda işveren kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren işçinin işe başlatılması ya da başlatılmamasına bakılmaksızın 10. işgünün içinde bulunduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar en çok dört ay için ek prim bildirgesi düzenleyip kuruma vermelidir. İşveren bu yasal süre içinde ek prim bildirgesini düzenleyip kuruma verir ise kendisine idari para cezası uygulanmayacaktır. İşveren geriye dönük ek prim bildirgesi ile birlikte ek muhtasar beyanname de düzenlemelidir. İşveren, işe iade kararını yerine getirmezse; kesinleşmiş mahkeme kararında belirtilen az dört en çok sekiz aylık maaş kadar iş güvencesi tazminatını işçiye ödemek durumunda kalacaktır. İşçi, işe iade kararı üzerine işverene herhangi bir bildirimde bulunmamışsa ya da işverenin işe başlama davetini kabul etmemişse, işverenin tüm yükümlülükleri (ek prim bildirgesi düzenleme, iş güvencesi tazminatı ödeme) ortadan kalkacak ve herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmayacaktır.

İşe iade davalarında, işe iade kararı işçi lehine sonuçlanması ve işverenin işçiyi işe kabul etmemesi halinde, 4+4'ten 4+8'e kadar ücret ve sosyal hakları üzerinden alacağını ödemek zorundadır. İlk 4 aylık boşta geçen çalışılmış gibi sayılan süreler, SGK'ya da çalışılmış gibi İşe İade Bildirgesi formu (İAB) ile primler de ödenmek suretiyle, gerekçeli kararın tebliğini takip eden ayın sonuna kadar ödenmesi gerektiği de değerlendirildiğinde, yıllık ücretli izinde olduğu gibi, çalışılmış gibi değerlendirildiğinden ve işçiye 4 ay daha çalışmış olsaydı alabileceği net ücret üzerinden ödenmesi gerektiğinden, MK m.219 uyarınca edinilmiş mal rejimine dahil olduğu sonucuna varılacaktır.

İkinci olarak, işe kabul olunmama halinde, tazminat niteliğindeki 4'ten 8'e kadar olan ve ilk dört aylık çalışılmış gibi süreye ek olarak ödenmesi gereken, brüt ücret ve sosyal hakların ise çalışma ve emek karşılığı olmadığı için mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmaması sonucuna varılabilecektir.

Diğer yandan, bu alacak yönünden de Kanun geniş yorumlanarak, kişisel mallar içerisinde olmayan bu tazminat niteliğindeki alacağın, hizmet

akdinden kaynaklandığı için ve birinci bölümündeki çalışılmış gibi sayılan dört aylık net ücret ve sosyal hakkın bir devamı olarak değerlendirildiğinde, evlilik içerisinde olması koşuluyla, edinilmiş mallara katılma rejiminin içerisinde olacağı sonucuna varılabilecektir.

II. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU AÇISINDAN YASAL MAL REJİMİ

Sosyal Güvenlik Hukuku açısından ülkemizde sosyal güvenlik kurumları Emekli Sandığı, Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan oluşmaktaydı. Ancak 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile bu sosyal güvenlik kurumlarının Sosyal Güvenlik Kurumu³⁰ çatısı altında toplanmıştır.³¹

Medeni Kanun m.219/b-2'de sosyal güvenlik kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacıyla kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler edinilmiş mallar arasında sayılmıştır. Örneğin, eşlerden birinin Emekli Sandığı'ndan veya Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan ki şimdiki adıyla Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan, emeklilik, malullük ve ölüm nedeniyle gelir bağlanmasında durum böyledir.³²

A) Edinilmiş Mallar (MK m.219)

Medeni Kanun'un "Edinilmiş mallar" başlıklı 219. maddesinde; edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri olduğu, bir eşin edinilmiş mallarının ise özellikle, çalışmasının karşılığı olan edinimler olduğu, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler olduğu, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatların, kişisel mallarının gelirleri, edinilmiş malların yerine geçen değerlerdir.

B) Kişisel Mallar (MK m.220)

Medeni Kanun'un "Kişisel mallar" başlıklı 220. maddesinde; kişisel malların, ilkinin eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya olduğu, ikincisinin mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri olduğu, üçüncüsünün manevî tazminat alacakları olduğu, dördüncüsünün kişisel mallar yerine geçen değerler olduğu belirtilmiştir.

(30) Suat SARI tarafından metinde zuhulen Sosyal Güvenlik Kurumu "SGK" yerine, Sosyal Sigortalar Kurumu "SSK"nın çatısı altında toplanıldığı belirtilmiştir. Çalışmada, Sosyal Güvenlik Kurumu olarak dikkate alınmıştır.

(31) SARI, Suat, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Yay., İstanbul, Şubat 2007, s.147.

(32) ACAR, Faruk, *Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, 4.Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Mayıs 2008, s.47.

C) Kişisel Malların ve Edinilmiş Malların Ayrılması (MK m.228)

Medeni Kanun'un "Kişisel malların ve edinilmiş malların ayrılması" başlıklı 228. maddesinde; Eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre ayrılır. Eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır, denmektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi özetle; "Alınan emekli ikramiyesi edinilmiş mallardan olduğu, dava konusu araçta edinilmiş malla alınmış olduğu, Mahkemece; kocaya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesaplanması, aracın ise edinilmiş mallardan kabul edilmesi, tasfiye hesabının bu esaslar çerçevesinde değerlendirilmesi, gerektiğinde bilirkişiden de görüş alınması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiği." sonucuna varmıştır.³³

Karar düzeltme yapılması üzerine; Dava, yukarıda tarihi, numarası, konusu ve tarafları gösterilen hükmün; Dairenin 01.11.2006 gün ve 6845 -14701 Sayılı İlamıyla onanmasına karar verilmiştir. Sözü geçen Daire kararının düzeltilmesi istenilmekle, evrak tekrar okunmuş, gereği görüşülüp düşünülmüştür. Kararda temyiz ilamında yer alan açıklamalara göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesinde sayılan sebeplerden hiçbirisine uygun olmayan karar düzeltme isteğinin reddine ve aynı Kanunun değişik 442. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesi hükmünce takdiren 140.00.-TL. para cezasının, Harçlar Kanunu uyarınca 27.00.-TL. ilam harcının karar düzeltme isteyene yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna oyçokluğu ile karar verilmiştir.

İlgili karara karşı yazılan karşı oy yazısında, dava dosyasında davacı kadın tarafından 07.05.2004 tarihinde açılan dava ile davalı koca tarafından 24.11.2000 tarihinde alınan ev ve 15.05.2003 tarihinde alınan arabanın edinilmesine katkı yapıldığından, katkı payı isteminde bulunulduğu ve Yerel Mahkeme tarafından davacı kadının gerek ev ve gerekse araba alımına katkısı bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verildiği konusunda değerli çoğunluk ile görüş birliği olduğunu,

(33) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 01.11.2006 tarih, 2006/6845 E. - 2006/14701 K. sayılı ilamı, Sinerji Mevzuat Prog.

ancak çekişmenin ne olduğu konusunda; Yerel Mahkemenin araba ve eve yapılan katkının kabulüne yönelik kararı davalı koca tarafından temyiz edilmesi üzerine Dairenin 01.11.2006 günlü kararı ile; birincisi, ev hanımı olan kadının ev alımına katkısı kanıtlanmadığından bu talebin reddi gerektiği, ikincisi, araç hakkındaki talebe gelince “....Davalı koca 29.01.2003 tarihinde emekli olmuş, Oyak ve Emekli Sandığı tarafından kendisine toplu ödeme yapılmış olduğu, davaya konu 34 ... 46 plakalı aracın ise, davalı koca tarafından 15.05.2003 tarihinde alınmış ve 28.05.2003 tarihinde koca adına tescil edilmiş olduğu, aracın kocanın emekli ikramiyesi ile alındığı hakkındaki savunmasının aksi de kanıtlanmamış olduğu, alınan emekli ikramiyesinin edinilmiş mallardan olduğu, dava konusu araçta edinilmiş malla (emekli ikramiyesi ile) alınmış olduğu, Mahkemece; kocaya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte (boşanmanın dava tarihinde MK m.225) bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesaplanması, aracın ise edinilmiş mallardan kabul edilmesi, tasfiye hesabının bu esaslar çerçevesinde değerlendirilmesi, gerektiğinden, bilirkişiden de görüş alınması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiği (MK m.228/2), bu hususun üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu” gerekçesi ile hükmün bozulmasına karar verilmiş ve davacı kadın tarafından, karar düzeltme isteminde bulunulmuştur.

Davanın doğru olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle tarafların ekonomik durumlarının da belirlenmesi zorunlu olduğu, dava dosyasında mevcut bilirkişi raporuna göre; Davacı kadın ev hanımıdır, davalı koca ise astsubaydır. Dava konusu ev ve arabanın alım tarihleri farklı olmakla, ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerektiği, dava konusu ev hakkındaki değerlendirmeye gelindiğinde ise, dava konusu evin 24.11.2000 tarihinde alınmış olduğu, 01.01.2002 öncesi bir alım olmakla taraflar arasında mal ayrılığı rejiminin yapıldığı döneme ilişkin katkı olmakla, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde katkı oranının tasfiye anı karşılığı değil, dava tarihindeki karşılığı olarak verilmesi gerektiği, öncelikli koşulun katkının kanıtlanması olduğu, eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın emek karşılığı katkıda bulunmuşsa, bu katkı karşılığı da istem halinde kendisine verilmesi gerektiği, olağan/doğal sınırlar içinde verilen emeğin katkı sayılamayacağı, davacı kadının köfte ve işkembe çorbası gibi satışı yapılan şeylerde kantin işleten kocasına katkıda bulunduğu, ayrıca para karşılığı subay çocuklarının bakımını yaptığı tanıklarının anlatımı ile sabit olduğu, davacının bir astsubay eşi olduğu dikkate alındığında bu katkının olağan ve doğal sınırlar içerisinde olduğunun söylenemeyeceği, o halde bu yönde bir bilirkişi incelemesi yapılarak emek karşılığı bu katkıya ilişkin

katkı oranının dava tarihindeki karşılığının davacı kadına verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığını, belirtmiştir.

Dava konusu araba hakkındaki değerlendirmeye gelindiğinde ise; dava konusu arabanın 15.05.2003 tarihinde alınmış olduğu, tarafların aralarında bir mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları için kural mal rejimine (yasal rejimine = edinilmiş mallara katılma rejimi) (= MK m.202 f.I, 218-241) tabi olduklarının (4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.10) belli olduğu, eşlerden biri 01.01.2002 sonrasında diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olunacağı ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanacağı, bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değerinin esas alınacağı,³⁴ eşlerden biri mal rejiminin devamı sırasında edinilmiş mallarından diğerine ait bir mala "Kişisel (MK m.220) ya da edinilmiş mal (MK m.219)" katkıda bulunmuşsa değer artış payı alacağı (DAPA) oluşur demektir.³⁵ Davanın bir katılma alacağı (MK m.231) davası olmayıp bir değer artış payı "Mehrwertanteil" alacağı (MK m.227, ZGB. Art 206) davası olduğu gözetildiğinde değerli çoğunluğun gerekçesinde açıklandığı üzere MK m.228 f. II çerçevesinde bir araştırmaya zaten gerek bulunmamaktadır, kaldı ki; değerli çoğunluğun gerekçesinde ve bilirkişi raporunda da açıklandığı üzere dava konusu aracın emekli ikramiyesi ile alınmış olduğu gerçekleşmekle davacı kadının araba alımına yönelik davasının "reddi gerekirken" yazılı şekilde bozma kararı verilmesinin düşüncesine göre yerinde değilse de bozma kararımıza karşı davalı kocanın karar düzeltme isteminde bulunmadığı da görülmekle tarafımdan bu duruma işaret etmekle yetinilmiş olduğu, bu sebeplerle de değerli çoğunluğun "farklı görüşüne" katılmadığını beyan etmiştir.

Özetle; Ev hanımı olan kadının ev alımına katkısı kanıtlanmadığından bu talebin reddi gerekir. Ayrıca alınan emekli ikramiyesi edinilmiş mallardan olduğu, dava konusu araçta edinilmiş malla alınmış olduğu, Mahkeme tarafından kocaya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesaplanması gerektiği, aracın ise edinilmiş mallardan kabul edilmesi ile, tasfiye hesabının bu esaslar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁶

(34) GENÇCAN, Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 1893-1895.

(35) GENÇCAN, Ömer Uğur, s.1894.

(36) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 22.02.2007 tarih, 2006/928 E. - 2007/2515 K. sayılı ilamı, Sinerji Mevzuat Prog.

Sonuç olarak; Medeni Kanun'un ilgili maddelerinde yukarıda da değinildiği üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan ödemelerin edinilmiş mal sayılmasının bir sebebi, ilgili kurumca bu ödemelerin "*bir emeğin karşılığı*" olarak yapılıyor olmasıdır.³⁷ Bunun nedeni olarak, mal rejimi karşılığı olarak ödenen primler, edinilmiş mallardan finanse edilmektedirler veya edinilmiş mallara yük teşkil etmektedirler. Dolayısıyla, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan ödemenin niteliği de edinilmiş mal olacaktır.³⁸ Şu haliyle kamusal karakterli Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yaptığı ödemelerin karşılıksızlığından söz edilemeyecektir.

Öncelikle, sosyal yardım kurumları tarafından yapılan yardımlarda, yardıma veya desteğe düşkün kimselerin sosyal yaşamda tutunabilmeleri, insani düşünceler hedeflenir. Bu nedenle, böylesi ödemelerde (Emekli Sandığı'nın ödediği ikramiyenin aksine) yardım düşüncesi göze çarpar. Medeni Kanun m.219'da belirtilen karşılığını vererek edinme olgusu, bu türlü ödemelerde görünmez. Buna bağlı olarak "*karşılıksız kazanım*" nitelmesini beraberinde getirmesine rağmen kişisel mal saymak yerine yasa istisna yaratarak edinilmiş mal saymıştır. Oysa mal rejiminde geçerli olan önemli ilkelerden biri "*ikame ilkesi*" dir. Bu ilkeye göre edinilen bir malın finansal kaynağı hangi kesimden ise, edinilen bir malın, o mal kesiminin niteliğine bürünmesi sözkonusudur. Bütün itibarıyla Medeni Kanun m.219/b-2'nin bu ilkeye istisna getirdiği belirtilmektedir.³⁹ Çünkü, Yasa bu kurumlara ödenen primlerin hangi mal kesiminden ödendiği ile ilgilenmemekte, önemsiz saymaktadır.⁴⁰

Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), devlet ve kamusal karakterli olup, finansal kaynağını devletten alır. Bu nedenle özel hayat sigortası yapan şirketlerin ödemeleri edinilmiş mal kabul edilmemektedir.⁴¹ Ancak bu genellemenin istisnası ödemenin önceden tahsil edilen primlere dayanıyor olması dikkate alındığında, ödemenin primlerin karşılığı olduğu ortaya çıkması halinde primlerin hangi mal varlığından çıktığına bakmak gerekecektir. Bu nedenle bu konularda yapılan genellemelerin doğruluğu ödeme kaynağına göre çeşitlilik arz edebilecektir.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan ödemelerin tamamı mutlak suretle edinilmiş mal sayılmamakta, MK m.228/2 (ZGB. Art. 207/2) bağlamında kısmen kişisel mal niteliğini verme imkanı⁴² eşlere

(37) KILIÇOĞLU, Ahmet, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 2.Baskı, Ankara, 2002, s.43.

(38) ACAR, Faruk, (Ayrıca bkz. PIOTET, P., *Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht*, Bern, 1987, s.126-128) s.47.

(39) ÖZTAN, Bilge, s.254.

(40) ACAR, Faruk, s.48.

(41) KILIÇOĞLU, Ahmet, *Edinilmiş Mallar*, s.43; ÖZTAN, Bilge, s.255.

(42) DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku*, C:3, Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s.325

tanımaktadır. MK m.219/b-2'de "ödeme"den söz edilmesine rağmen mehaz yasada "edimler"den söz edilmektedir (ZGB. Art. 197/II, b.2). Mehaza uygun olarak, sadece para ödemelerini değil, her türlü "kazanç sağlama"yı edinilmiş mal saymak gerekmektedir.

Sosyal yardım kurumlarınca yapılması muhtemel yardım beklentisi kural olarak edinilmiş mal sayılmaz. Çünkü bu beklenti henüz eşin mal varlığında somutlaşmamış parasal bir değer halini almamıştır.⁴³ Buna karşın, gelecekte yapılacak ödemelerin bütünüyle kişisel mal sayılması da isabetli bulunmamıştır. Özellikle, gelecekte ödenmesi yasa ve sözleşme gereği olan durumlarda bunların sermaye değerinin edinilmiş mal olarak hesaba katılmış olması gerektiği düşüncesi ileri sürülmüştür.⁴⁴ Saf riziko sigortalarını da benzer şekilde değerlendirilebileceği de ileri sürülmüştür.⁴⁵

Medeni Kanun mad. 219/II b.2'nin lafzı, eşe yönelik parasal edimleri ifade edecek şekilde kaleme alınmıştır. Oysa, İsviçre Medeni Kanunu m. 197/II-b.2 açıkça ilgili kuruluşlarca "yerine getirilen edimlerden" bahsetmektedir. İkinci bendde öngörülen kuruluşlarca işgücü kaybı vesilesiyle sağlanan sağlık yardımlarının değeri de, Acar ve Gümüş'e göre MK m.197/II-b.2 kapsamında edinilmiş mallar içerisinde yer alması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁶ Buna karşın doktrinde, ağırlıklı olarak sağlık yardımlarını kişisel mal olarak görmektedir. Bunun sebebinin, sağlık yardımlarının amacının kişiyi eski haline getirme ve çalışma gücünü yeniden kazandırma olması sebebiyle mal varlığında yeniden bir artış ortaya çıkarmayacağıdır. Dolayısıyla mal rejimi hükümlerine göre edinilmiş mal ve kişisel mal olarak nitelendirilebilecek bir mal varlığı söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak, sağlık yardımı olarak yapılan ödemeler MK m.219/II-2'nin kapsamına giren bir durum oluşturmayacağı yönünde olduğudur.⁴⁷

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi işçi emeklilik sigortasına tabi olarak çalışma ile ilgili verdiği kararında özetle; Dava, katkı payına dayanan alacak istemine ilişkin olduğu, Sigortalı olduğu süreci gösteren listeden davacının evlilik birliği devam ederken ve öncesinde 1975-1995 tarihleri arasında işçi emeklilik sigortasına tabi olarak çalıştığı ve gelirin olduğu,

(43) DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, s.326.

(44) ACAR, Faruk, (Ayrıca bkz. ŞEKER, M., Der Türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Freiburg, 2006, s.193 ve PIOTET, s.139) s.49.

(45) Mal rejimi devam ederken riziko gerçekleşir, fakat ödeme yapılmamış ise, bu durumu bir "yalın beklenti" saymak suretiyle paylaşım dışı tutmamak gerekir. Tıpkı "intiifa hakkında" olduğu gibi, tasfiye sırasındaki peşin değeri bulunmak suretiyle paylaşımına tabi tutulması gerekir. (Ayrıca bkz. PIOTET, s.127. Ancak eklemek gerekir ki, bunun için yapılan ödemenin niteliği, sigorta priminin ödendiği mal kesiminin niteliğine bağlı olarak değişecektir.). Ayrıca bkz. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.127.

(46) ACAR, Faruk, s.51; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, s.258.

(47) SARI, Suat, s.148.

1993 yılından sonra da davalının işlettiği gıda dükkanında davacının da bizzat emeği ile çalıştığının anlaşıldığı, davalı eş, davacının çalışarak kazandığı para ile başkaca yatırımlar yaptığını da iddia ve ispat edemediğinden, davacının geliri ile davalı adına kaydedilen taşınmazın edinilmesinde katkıda bulunduğu kabulü gerektiği için temyiz olunan kararın davacı yararına bozulmasına oybirliğiyle karar vermiştir.⁴⁸

III. YAPILAN ÖDEMELERİN SINIFLANDIRILMASI

Sosyal Güvenlik Hukuku açısından bakıldığında, öncelikle yapılabilecek ödemelerin sınıflandırılarak nereler olabileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Sosyal Güvenlik Hukuku açısından sigorta kolları ikiye ayrılmaktadır. Bunların ilki kısa vadeli sigorta kolları, ikincisi ise uzun vadeli sigorta kollarıdır.

A) Kısa Vadeli Sigorta Kolları

Kısa vadeli sigorta kolları; iş kazaları ve meslek hastalıkları⁴⁹ sigortası, hastalık sigortası ve analık sigortasıdır.

a) İş Kazaları

İş kazası, kavram olarak ele alındığında, ortada işveren, işçi ve yapılan iş unsurlarının olduğu görülür. İşin yapıldığı yerde, doğrudan işin yapılış şekli veya iş nedeniyle ortaya çıkabilecek mesleki tehlikeler vardır. Bu tehlikelere “*mesleki risk*” denir. Mesleki riskler, endüstri devrimiyle başlayan makineleşme ve teknolojinin de gelişmesiyle ortaya çıkmış ve üretim için ortaya çıkan büyük, karmaşık, araçlar ve taşıtlar mesleki riskleri arttırmıştır.⁵⁰ İşçiler çalışmalarını sırasında uğradıkları kazalar sebebiyle sürekli veya geçici olarak iş göremez duruma düşmektedirler. Bu da çeşitli ekonomik, sosyal ve hukuki problemlere yol açmaktadır. Sosyal risklere karşı korunma zorunluluğu, ciddi sosyal politikalar oluşturulması gereğini ön plana çıkarmaktadır. Bu nedenlerle iş kazaları, işçinin işgücünü doğrudan doğruya tehdit ettiğinden, bir yerde sosyal sigortalarla ve öncelikli korunması gereken, meslek riskleri arasında bulunmaktadır.⁵¹ İş kazaları ve meslek hastalıkları işçi ve işveren açısından istenmeyen

(48) Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 10.11.2005 tarih, 2005/9559 E., 2005/16723 K. sayılı ilamı, Kazancı İçtihad Prog.

(49) BİGAT, Şevket Güney, *Beden Gücünün Azalmasından Kaynaklanan Tespit Davaları*, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2008, s.1 vd.

(50) EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara Hukuk Fak. Yay. No:344, Ankara, 1974, s.3.

(51) İZVEREN, Adil, *Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar*, Ankara, 1968, s.202.

durumlar olmasına rağmen, iş sağlığı ve güvenliği konusunda yeterli işyeri örgütlenmelerinin de çoğu işyerlerinde oluşturulmadığı da bir gerçektir.⁵²

Bir adıyla işletme kazaları, diğer bir adıyla iş kazaları olarak ifade edilen kazalar, günümüzde “iş kazaları” olarak gerek doktrinde gerekse uygulamada kullanılan terim halini almıştır⁵³. Zarara veya yaralanmaya sebep olan umulmadık her olay, genel anlamda kaza olmakla beraber, her zaman “iş kazası” şeklinde nitelendirilemez, çünkü iş kazası genel anlamdaki “kaza” teriminden belirli bir ayrıcalık taşır.⁵⁴

Çeşitli şekillerde doktrinde ve Yargıtay kararlarında iş kazasının tarifi yapılmış olmasına karşın, tüm bu tanımlarda bir birlik sağlanamamıştır. Güzel ve Okur, iş kazasını; “sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan bir olaydır” şeklinde tanımlamıştır.⁵⁵ Karayalçın, sorumluluk hukuku bakımından kazayı, “bir malın veya şahsın zarara uğramasına sebep olan ve ilgili şahsın kasdi olmayan bir fiili (ihmalî) veya tabiat, eşya yahut -ilgili şahıs müstesna- insanlardan yani dış alemde gelen ani bir hadise” olarak tanımlamıştır.⁵⁶ Eren’in iş kazası tanımı; “işçinin, işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada, onun için ifa ettiği işten veya iş dolayısıyla dış bir sebeple ve aniden meydana gelen bir olay sonucu uğramış olduğu kazadır” şeklinde ifade etmektedir. Anılan madde hükmüne göre ise, iş kazası, bu maddede sayılı olarak belirtilmiş hal ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır şeklinde de bir tanımlama da yapılmıştır. Ayrıca, iş kazasının tanımını, doktrinde kabul gören haliyle “işçinin, işverenin otoritesi (hakimiyeti) altında bulunduğu bir sırada, onun için ifa ettiği işten veya iş dolayısıyla uğramış olduğu kazadır, şeklinde ifade de edilmektedir.⁵⁷ Saymen ve Ekonomi ise; “ani bir tesirle meydana gelen ve esasta

(52) EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, 1.Baskı, İstanbul, Ekim 2005, s.1 vd.

(53) KARAYALÇIN, Yaşar, Mes'uliyet ve Sigorta Hukuku Yönünden Başlıca İşletme Kazaları, Ankara, 1960, s.22; EREN, Fikret, Sorumluluk, s.5.

(54) KARAYALÇIN, s.14.

(55) GÜZEL / OKUR, s.227; Başka tanımlar için bkz. ŞAKAR, Müjdat, s.195; EREN, Sorumluluk, s.5; ATABEK, İş Kazası ve Sigortası, İstanbul, 1978, s.45; DEMİRCİOĞLU, Murat / GÜZEL, Ali, İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, İstanbul, 2001, s.177; ÜÇİŞİK, Hasan Fehim, Türk İş Hukukunda İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1982, s.87 vd.; TUNCAY, Aziz Can / EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Baskı, İstanbul, 2005, s.269; YALÇINDURAN, Türker, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası, Yargıtay Dergisi, Ocak - Nisan 1999, s.153 vd.

(56) KARAYALÇIN, s.15.

(57) EREN, Fikret, İş Kazası ve Meslek Hastalığının Tanım ve Unsurları, Türk - İş Dergisi, S:70, Ankara, 1968, s.17-18, 71, 21-23.

olağanüstü bir durum gösteren kazaları iş kazası saydıklarını" ifade etmişlerdir.⁵⁸ Doktrinde diğer bir iş kazası tanımı; "sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan bir olaydır" şeklinde yapılmıştır.⁵⁹ Tuncay ve Ekmekçi, genel olarak, sigortalının işveren otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş ve işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan olaya iş kazası demektedir.⁶⁰ Tunçomağ, iş kazasını "birdenbire veya hiç değilse, kısa bir zaman parçası içinde meydana gelmiş zarar verici bir olay" şeklinde tanımlamıştır.⁶¹ Şakar'da doktrindeki görüşe katılarak aynı tanımı yapmakla yetinmiştir.⁶² Ancak sosyal sigortalar uygulamasında, sigortalının işyerinde ve iş süresi içindeyken, işverenin otoritesi altında olup olmadığı tartışılmamakta olup,⁶³ bu sırada işverenin otoritesi altında olduğu varsayımıyla hareket edildiği Üçışık tarafından irdelenmiştir.⁶⁴ Kanımızca, eğer bir işverenin yanında çalışma söz konusu ise işverenin otoritesi altında olmamak gibi bir durum olamamalıdır.

4857 sayılı Yeni İş Yasası ve 5510 Sayılı Yasa'dan çok önce Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında iş kazasını; "4772 ve 506 Sayılı Kanunlar, yürütülmekte olan iş dolayısıyla, günlük iş süresi içinde sayılması gereken zamanlarda meydana gelen kazalardır" diye tanımlamıştır.⁶⁵ Aynı Daire daha sonra verdiği diğer kararında da "İşçinin, işverenin otoritesi altında, bir zaman realitesi içinde vukua gelen her kaza iş kazasıdır" şeklinde farklı bir tarif yapmıştır.⁶⁶ Milletlerarası Çalışma Bürosu'nun 1944 tarihli tavsiyesinin 16. maddesinde de "işçinin iradesi ve suç sayılır bir kusuru olmaksızın, yapılan işten ileri gelen ve geçici veya sürekli işgöremezlik, yahut ölümle sonuçlanan travmatizm veya hastalık hali"⁶⁷ iş kazası olarak tanımlanmıştır.

(58) SAYMEN / EKONOMİ, *Sosyal Sigortalar Tatbikatı*, s.86.

(59) TUNCAY, 2002, s.231; TUNÇOMAĞ, s.259; ATABEK, s.45; YALÇINDURAN, 153 vd.

(60) TUNCAY / EKMEKÇİ, s.269. Ayrıca karış. EREN, *Sorumluluk*, s.5.; ÇENBERCİ, s.195; GÜZEL / OKUR, s.227.

(61) TUNÇOMAĞ, Kenan, SGK, s.259; SERATLI, Gaye Burcu, *İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, Ankara, 2003, s.29.

(62) ŞAKAR, Müjdat, s.196.

(63) ATABEK, s.52; ULUSAN, s.76.

(64) ÜÇİŞİK, Hasan Fehim, *Türk İş Hukukunda İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu*, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 1982, s.99.

(65) Yargıtay 9. HD. 12.10.1967 tarih, 1967/7295 E., 1967/9545 K. sayılı ilamı, bkz. Kazancı İkt. Prog.

(66) ASLANKÖYLÜ, Resul, s.201.

(67) GÜVEN, s.4; Ayrıca bkz. *Sosyal Güvenlik, Milletlerarası Çalışma Teşkilatı Yayını, Sosyal Sigortalar Kurumu, tercüme*, Ankara, 1968, s.81.

506 Sayılı Yasa'nın 11/A maddesinin metnine göre bir iş kazası, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla, sigortalının işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır şeklinde yerini almıştır.

506 Sayılı Yasa'ya göre, iş kazasının genel olarak tanımı konusunda doktrinde dört görüş bulunmaktadır.⁶⁸ Bir görüşe göre, "iş yapılırken veya işin yapılması dolayısıyla meydana gelen kaza iş kazasıdır". Bu görüş iş kazasını oldukça dar bir çerçeveye içine sokmaktadır. "İşçinin, iş sözleşmesinin yerine getirilmesi amacıyla günlük yaşantısı içinde bulunduğu sırada meydana gelen kazaların tümü iş kazasıdır" şeklinde tanımlayan görüş ise, iş kazasının çerçevesini aşırı şekilde genişletmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, "işçinin, işverenin otoritesi altında bulunduğu süre içinde meydana gelen kazalar iş kazasıdır" şeklindedir. Ancak, işverenin otoritesinin⁶⁹ nerede başlayıp nerede bittiğinin tam olarak belirlenememesi bu görüşün zayıf noktasını oluşturmaktadır.⁷⁰ "Otorite" teriminden, işverenin emir ve talimatı bulunması da anlaşılabilir. ⁷¹ İş kazalarını en iyi tanımlandığı düşünülen bir diğer görüş ise "İşin yarattığı rizikoların neden olduğu tüm kazalar iş kazasıdır" şeklinde ifade edilmektedir.⁷² Uygulamada yapılan tarif ise; iş kazası, Kanunda belirtilen hal ve durumların birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır, şeklindedir.⁷³

Doktrinde birleşilen nokta, bir iş kazasının Kanunda yukarıdaki şekilde metinleştirilmek suretiyle tarifinin yapılması, madde metninin iş kazasını tanımlamaktan öte, meydana gelen kazanın hangi hal ve durumda, yer ve zaman ile de sınırlayarak bir iş kazası sayılacağıdır. Sonuç olarak, doktrinde Kanun metni, yazarlar tarafından bir tanım olarak kabul görmemektedir.⁷⁴

(68) ATABEK, Reşat, *İş Kazası ve Sigortası*, İstanbul, 1978, s.49-50.

(69) Yargıtay'ın işverenin otoritesi üzerinde durduğu karar için bkz. Yargıtay 9. HD., 12.10.1967 tarih, 1967/7295 E. - 1967/9545 K. sayılı ilamu, ÇENBERCİ, s.798.

(70) BOSTANCI, Yalçın, *Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı*, Kamu - İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.8, S.1., s.22-35.

(71) GÜZEL / OKUR, s.231.

(72) TAŞKENT, Savaş, *İş Kazası Kavramı*, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul, 2001, s.1952.

(73) ERSAN, s.21.

(74) GÜZEL / OKUR, s.227, SAYMEN / EKONOMİ, s.84; TUNCAY / EKMEKÇİ, s.269; ŞAKAR, s.195.

5510 Sayılı yeni Yasa'nın 13. maddesinin metnine göre iş kazası, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle veya görevi nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş veya çalışma konusu nedeniyle işyeri dışında, bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emziren kadın sigortalının, çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır, şekliyle Kanunda yerini almıştır.

Doktrinde tüm bu tartışmalar varken, 5510 Sayılı yeni Yasa'nın 13. maddesi, her ne kadar madde başlığını "İş kazasının tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması" şeklinde ifade etmiş ise de, 506 Sayılı Yasada da olduğu gibi yeni Yasada da tanımdan uzak bir şekilde, hangi hal ve durumlarda, yer ve zaman ile de sınırlayarak bir olayın iş kazası sayılacağına belirtildiği düşüncesindeyiz.⁷⁵

İş kazalarından kaynaklanan davalardan en önemlileri, iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davaları ve iş kazasından kaynaklanan manevi tazminat davalarıdır.

Sonuç olarak, tüm bu açıklamalar ve mevzuat ışığında, iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davaları, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlardan olduğundan, evlilik birliği içerisinde olması koşuluyla, MK 219 uyarınca edinilmiş mallardan olduğu sonucuna varılacaktır.

İkinci olarak, iş kazasından kaynaklanan manevi tazminat davaları, MK 220 uyarınca kişisel mallardan olduğundan, edinilmiş mallara dahil olamayacaktır.

b) Meslek Hastalıkları

Hekimler tarafından bir tanımda, meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı işin niteliğine göre, tekrarlanan bir sebep veya işin yürütüm şartları nedeniyle meydana gelen, geçici veya sürekli hastalık, sakatlık, ruhi arıza halidir.⁷⁶ Diğer bir deyişle; işyerinde mevcut insan sağlığına zararlı, kimyasal maddeler fiziksel etkenler, biyolojik etkenlerin meydana getirdiği hastalıklara meslek hastalığı denir.⁷⁷

(75) İş kazası tanımı için ayrıca bkz. KULUÖZTÜRK, İbrahim, *İş Kazalarının Tanımı, Önemi ve Nedenleri*, Kiplas İşveren, 1991/25, s.23-25.

(76) ŞAKAR, Müjdat, *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, 6. Baskı, İstanbul, 2003, s.163.

(77) <http://www.ttb.org.tr/isak/msg/nisan02/13.html>

Hekimler tarafından yapılan diğer bir tanımda da meslek hastalığı; İşyerlerindeki sağlık zararlarından oluşan hastalıklardır. Hastalıkla, sağlık zararı arasında bir illiyet bağı vardır. Yani sağlık riski ile hastalığın ilişkisinin vazgeçilmezliği sebep-sonuç ilişkisi vardır. Ancak bazı meslek hastalıklarının tanısını koymak çok zor olmaktadır. Bu durum bir buz dağına benzetilmektedir. Hastalığın 7/8'i denizin altında, 1/8 ise denizin üstündedir. Şeklinde yapılmıştır.⁷⁸

Kurum tanımlaması ise; İşyerindeki bir veya birkaç sağlık zararlısı ile tekrarlanan bir nedenle veya işin yürütüm şartları sonucunda oluşan, akut veya kronik, maluliyet bırakan veya bırakmayan hastalık, sakatlık ve ruh arıza hallerini meslek hastalığı olarak adlandırmaktadır. Tüm sistemik hastalıklar meslek hastalığı olabilir. Yeter ki çalışma bölümünde o hastalığı bulunan bir veya birkaç etken bulunsun, şeklindedir.

Doktrinde, işçinin işverenin emir ve talimatı (otoritesi) altında çalışmakta iken işin niteliğine göre yinelenen bir nedenle veya işin yürütüm koşulları nedeniyle maruz kaldığı bedeni veya ruhi arıza haline meslek hastalığı denir.⁷⁹

Doktrinde bir diğer tanım ise, yürütülen işin niteliği veya şartları gereği tekrarlanan bir nedenle sigortalının bedensel veya ruhsal yönden geçici veya sürekli olarak hastalanması veya sakatlanması halidir.

Benim bir ayrı bir tanım yapmam gerekirse, sigortalının işverenin emir ve talimatı altında, çalıştırıldığı işin niteliğine göre, tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı, geçici veya sürekli hastalık, sakatlık ya da ruhi arıza halleri meslek hastalığıdır.

Örneğin, kömür madenlerinde çalışan sigortalıların, tutuldukları "silikoz", "pnömokonyoz" ve "antrekosis" gibi hastalıklar, işin niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple meydana gelen meslek hastalıklarından olduğu gibi, sıtma savaş işlerinde çalışan sigortalıların, bataklıkların kurutulması işinde çalıştıkları sırada yakalandıkları "sıtma" hastalığı veya hayvanlarla ilgili işte çalışanların yakalandıkları "şarbon" hastalığı da, işin yürütüm koşulları yüzünden meydana geldiğinden meslek hastalığı sayılmaktadır.⁸⁰

Ayrıca, hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı ve bu hastalıkların iş akdini fesih ettikten sonra en geç ne kadar zaman sonra ortaya çıktığı takdirde o işten dolayı olduğu kabul edileceği Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nde belirlenmiştir.

506 Sayılı Yasa'nın 18. maddesi; meslek hastalığı halinde, bu Kanunda yazılı yardımlardan yararlanmak için, sigortalının çalıştığı işte

(78) www.istabip.org.tr/isyeri/seminer/meslek1.ppt

(79) GÜZEL / OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 10. Baska, Beta Yay., Ekim 2004, s.238.

(80) YÜKSEL Şahin, İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları, Sosyal Sigorta Yayınları, İstanbul 1985, s.25.

veya iş yerinde meslek hastalığına tutulduğunun ilgili Sosyal Sigortalar Kurumu meslek hastalıkları hastanesince düzenlenecek usulüne uygun sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbi belgelerle tespit edilmesi gereklidir. Meslek hastalığı; sigortalı olarak çalıştığı ve böyle bir hastalığa sebep olacak işten veya iş yerinden ayrıldıktan sonra meydana çıkmış ise sigortalının bu Kanunla sağlanan yardımlardan yararlanabilmesi için; eski işinden veya iş yerinden fiilen ayrılması ile hastalığın meydana çıkması arasında bu hastalık için; yönetmelikte belirtilen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş olması gerekir. Ancak, meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla kesinleştiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin, iş yeri incelemesi ile kanıtlandığı hallerde, yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nun onayı ile meslek hastalığı sayılabilmektedir.

Meslek hastalığı ile iş kazası arasındaki hukuki ayrımın ne olduğu konusunda daima farklı görüşler ortaya atılmaktadır. Her ikisinin de 506 Sayılı Yasa'nın 11. maddesinin şartlarını taşıdığı açık olmasına rağmen, nitelikleri üzerinde durmak gerekir.

Meslek hastalığının ve hastalığa dayalı maluliyet oranının, işçinin yaptığı iş, temasta olduğu maddeler sebebi ile zamana yayılarak oluşan bir durumdur. İş kazasında ise durum bunun tam tersine zaman kavramına gerek olmaksızın yapılan iş ve kullanılan makine ile bağlantılı olarak yapılan iş sırasında meydana gelen vücut tamlığındaki zararın o anda meydana gelmesi esastır.

Aşağıdaki açıklamalarımda belirttiğim üzere, meslek hastalığı da bir iş kazası gibi öncelikle Sosyal Sigortalar Kurumu Bölge Müdürlüğü'ne ve Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne bildirilir. Kaza soruşturmasının yapılması ve maluliyet oranının belirlenmesi için dosyanın Genel Müdürlüğe gönderilmesi Kurumdan istenilir. Bölge Çalışma Müdürlüğü'nden ise iş kazasında olduğu gibi, müfettişler kanalı ile kusur oranlarının belirlenmesi istenilir. Meslek hastalığının varlığı veya yokluğuna ilişkin olarak verilecek Kurum kararlarından ötürü, açılacak tespit davaları da aşağıda anlatılan aşamaların tümünden geçer. Ancak bunlardan önce iş kazası ve meslek hastalığının unsur ve koşullarından bahsetmek gerekmektedir.

Tüm bunlara rağmen meslek hastalığını tespit etmek çok zor bir iştir. Örneğin; bir P, Q veya ST pnömokonyozu ancak büyük akciğer grafisi ile tanınabilir. Sübjektif herhangi bir şikayet de olmayabilir. Gürültülü işyerinde çalışan bir işçide odio⁸¹ çekilmeden mesleki çentik veya mesleki çanak evresini hatta meslek hastalığının başlangıcı olan 500-1500 LU frekanslarda 35 dB kayıpları bile tanımak mümkün olmayabilir. Hasta bu

(81) Odioloji (audiology): İşitme ve işitme bozukluklarını konu alan bilim dalı.

evrelerde sesleri işittiği gibi fisiltuları bile duyabilir. Yine 40 mcg/100ml kan kurşununu geçen bir akü işçisinin hiçbir şikayetinin olmayabileceği. Ancak bu durumun kan kurşunu ölçümü ile meydana çıkabileceği ifade edilmektedir. Bunun için periyodik muayenelerin yapılması bir zorunluluktur.

Sonuç olarak, tüm bu açıklamalar ve mevzuat ışığında, meslek hastalığından kaynaklanan maddi tazminat davaları, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlardan olduğundan, evlilik birliği içerisinde olması koşuluyla, MK 219 uyarınca edinilmiş mallardan olduğu düşüncesindeyiz.

İkinci olarak, iş kazasından kaynaklanan manevi tazminat davaları, MK 220 uyarınca, açık hüküm karşısında, kişisel mallardan olduğundan, edinilmiş mallara dahil olmayacağı düşüncesindeyiz.

c) Analık Sigortası

Gebelik muayenesinin yaptırılması ve gerekli sağlık yardımının sağlanması 44. madde olan gebelik muayenesi ve gerekli görülecek tedavi, kurumca önceden belli edilen hekim veya ebeler tarafından yapılır. Sigortalı kişi, kurumun gösterdiği hekim ve ebelerden dilediğini seçebilir. Ancak bir kez seçtikten sonra doğuma kadar bir daha değiştirme hakkı yoktur. Doğum Yardımı 45. madde olan doğum yardımı, sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısının doğurması halinde doğum sırasında ve doğumdan sonra gerekli sağlık yardımlarıyla ilaçların ve sağlık malzemelerini sağlanmasıdır. Bu yardım hamile kişiyi daha önce seçtiği ebe ile evde ya da sağlık tesislerinde yapılır. Maktu Gebelik ve Doğum Yardımları (Gebelik ve Doğum Parası) 44. ve 45. maddelerde sözü edilen gebelik ve doğum yardımının yapılması, kurum tarafından imkansız görüldüğü takdirde, sigortalı kadın ya da sigortalı erkeğin sigortasız çalışan karısı bu yardımları gebelik ve doğum parası şeklinde alabilir. Birden fazla çocuk doğarsa para yardımı bir kat daha artar. Gebelik ve çocuk parası almak için, hamileliğin bir doktor ya da ebe tarafından belgelenmesi ve bu belgenin doğumdan önce işyerine bildirilmesi gerekmektedir. Emzirme Yardım Parası sigortalı kadına ya da sigortalı olmayan karısının doğum yapması halinde sigortalı erkeğe, bebeğin ölü doğmamamsı durumunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca onanacak tarifeye göre her çocuk için bir emzirme yardımı yapılır. Geçici İş Göremezlik Ödeneği kendisi için doğumdan önceki bir yıl içinde 120 gün analık sigortası primi ödenmiş bulunan sigortalı kadının analığı halinde doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık toplam 3 aylık sürede çalışmadığı her gün için geçici işgörmezlik ödeneği verilir. Bu ödenek hiçbir şekilde kesilemez. Ancak daha önce Kurumun önerdiği doktor ya da ebenin uygun gördüğü tedbirleri almayan kadınların hastalanması durumunda iş göremezlik ödeneği kesilir.

Sonuç olarak, analık sigortası da yukarıda değinildiği üzere, sağlık yardımlarının amacının kişiyi eski haline getirme ve çalışma gücünü yeniden kazandırma olması sebebiyle mal varlığında yeniden bir artış ortaya çıkarmayacağı şeklinde değerlendirilebileceğinden, mal rejimi hükümlerine göre edinilmiş mal ve kişisel mal olarak nitelendirilebilecek bir mal varlığı söz konusu olamayacaktır. Bunun sonucu olarak, sağlık yardımı olarak yapılan ödemeler MK m.219/II-2'nin kapsamına giren bir durum oluşturmayacağı yönünde görüş olsa da MK m.219'da "Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personelin yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler" denmekle bu ödemenin de yasa kapsamında edinilmiş mallara girmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir.

d) Hastalık Sigortası

Hastalık Sigortasından Sağlanan Yardımlar; Sağlık yardımı yapılması; Bu yardımlar sigortalının, hekime muayene ettirilmesi, teşhis için gereken klinik ve laboratuvar muayenelerinin yaptırılması, gerekirse bir sağlık tesisine yatırılması ve tedavi süresince gerekli ilaç ve her türlü iyileştirme vasıtalarının sağlanması, ayakta yapılan tedavilerde verilen ilaç bedellerinin %20'sini sigortalı ödenmesi hallerini kapsar. Bu süre, sigortalının tedavi altına alındığı tarihten başlayarak 6 (altı) aydır. Ancak, tedaviye devam edilmesi halinde, Kurumca bildirilen sağlık müesseseleri sağlık kurulu raporu ile malüllük halinin önlenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği anlaşılırsa, tedavi hastanın sağlık durumunun gerektirdiği sürece devam eder. İkinci olarak; Protez araç ve gereçlerinin sağlanması, takılması, onarılması ve yenilenmesi; Ağız protezlerine ilişkin yardımlar, Kurumca hazırlanacak yönetmelik esasları dahilinde sağlanır. Protez araç ve gereç bedellerinin %20'sini sigortalı öder. Ancak, ilgiliden alınacak katkı miktarı 4857 sayılı İş Kanunu(na göre sanayi kesiminde çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin bir buçuk katından fazla olamaz. Sigortalının iyileşmesini sağlayacak veya işgöremezliğini az çok gidermesine yarayacak protez araç ve gereçleri sağlanır, takılır, onarılır ve belli sürelerde yenilenir. Üçüncü olarak; Geçici işgöremezlik süresince günlük ödenek verilmesi; Sigortalıya; gerek ayakta, gerekse yatarak tedaviye alınıp istirahatlı bırakıldığı dolayısıyla işyerinde veya işinde fiilen çalışarak ücret alamadığı dönemlerde kendisinin ve aile fertlerinin geçimini sağlamak için geçici işgöremezlik adı altında ödenek verilir. Geçici işgöremezlik ödeneği verilmesine, tedavi müddetinin sonuna kadar devam edilir. Yalnız, istirahat süresi ne olursa olsun Hastalık Sigortası yönünden, ilk iki gün için ödenek verilmez. Geçici işgöremezlik ödeneği alabilmek için; Sigortalılık niteliğinin devam etmesi, hastalandığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 120 gün hastalık sigortası primi ödemiş

olması, Kurumca bildirilen sağlık tesisleri sağlık kurullarından veya hekimlerinden istirahat raporu alınmış olması gerekmektedir. Dördüncü olarak; Gerekli hallerde muayene ve tedavi için yurt içinde başka bir yere gönderilmesi; Sigortalı, gerekirse muayene ve tedavisinin yapılması veya protez araç ve gereçlerinin sağlanması için yurt içinde başka bir yere gönderilir. Gidiş-dönüş yol paraları ile zaruri masraf karşılıkları ile sigortalının sağlık durumu nedeniyle bir başkasının refakat etmesi gerektiği hekim raporu ile belgelenirse, refakatçinin de gidiş-dönüş yol paraları ile zaruri masraf karşılıkları ödenir. Beşinci olarak; Yurt dışına gönderilmesi; Hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 300 gün hastalık sigortası primi ödenmiş olması şartıyla yurt içinde tedavisi mümkün olmayıp ancak, yabancı bir ülkede kısmen veya tamamen tedavisi mümkün görülen ve malullük halinin önlenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği Bütçe Uygulama Talimatı'nda belirtilen yurtdışında tedavi amacıyla sağlık kurulu raporu vermeye yetkili sağlık kurumları sağlık kurulu raporu ile tespit edilen sigortalının ve bu raporda belirtilmiş ise beraber gideceği kimsenin yurt dışına gönderilmeleri, yabancı ülkelere gidip gelme yol paraları ile bu ülkede kalış ve tedavi masraflarının ödenmesi. Bu yardımlardan yararlanabilmek için sigortalının; Hastalığının anlaşıldığı tarihten önceki 1 (bir) yıl içinde en az 300 gün hastalık sigortası primi ödemiş olması, Tedavinin yurt içinde yapılamadığı, yabancı bir ülkede yapılabileceğine dair Bütçe Uygulama Talimatında belirtilen yurtdışında tedavi amacıyla sağlık kurulu raporu vermeye yetkili sağlık kurumları sağlık kurulu raporunun bulunması gerekmektedir. Ayrıca, 506 sayılı Kanun'un 32/E fıkrası ile sigortalılara tanınan yurtdışında tedavi imkanı, bu defa Ek Madde 49 ile sigortalıların eş, çocuk, ana ve babası, Kurumumuzdan sürekli işgöremezlik geliri, malullük veya yaşlılık aylığı almakta olan kimseler ve bu kimselerin geçindirmekle yükümlü oldukları eş, çocuk, ana ve babası ile Kurumumuzdan hak sahibi olarak gelir veya aylık alan eş, çocuk, ana ve babasına da sağlanmış bulunmaktadır. Anılan Kanunun 32. maddesinin değişik son fıkrası ile bu Kanuna tabi olarak çalışmaya başlayan sigortalıların, "Sağlık yardımı yapılması", "Protez araç ve gereçlerinin standartlara uygun olarak sağlanması, takılması, onarılması ve yenilenmesi", "Gerekli hallerde muayene ve tedavi için yurt içinde başka bir yere gönderilmesi" yardımlarından yararlanabilmeleri için, hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki 1 (bir) yıl içinde en az 90 gün hastalık sigortası primi ödemiş olması şarttır.⁸²

Sonuç olarak, hastalık sigortası da yukarıda değinildiği üzere, sağlık yardımlarının amacının kişiyi eski haline getirme ve çalışma gücünü yeniden kazandırma olması sebebiyle mal varlığında yeniden bir artış

(82) Kaynak: www.sgk.gov.tr

ortaya çıkarmayacağı şeklinde doktrinde değerlendirildiğinden, mal rejimi hükümlerine göre edinilmiş mal ve kişisel mal olarak nitelendirilebilecek bir mal varlığı söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak, sağlık yardımı olarak yapılan ödemeler MK m.219/II-2'nin kapsamına giren bir durum oluşturmayacağı yönünde görüş olsa da, MK m.219'da "Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personelin yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler" denmekle, bu ödemenin de yasa kapsamında edinilmiş mallara girmesi gerektiği sonucuna kanaatimizce doğrudan olarak ulaşılabilecektir.

B) Uzun Vadeli Sigorta Kolları

Uzun vadeli sigorta kolları; malullük,⁸³ yaşlılık ve ölüm sigortasıdır.

a) Malullük Aylığı

Malullük sigortası 506 Sayılı Yasa'nın 52. ve 58. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Malullük sigortasından sağlanan yardım Yasanın 52. maddesi uyarınca malullük aylığı bağlanmasıdır.

5510 Sayılı Yasada ise malullük sigortası ile ilgili hükümlere 25, 26 ve 27. maddelerde yer verilmiştir.

Malullük, sigortalının çalışma veya meslekte kazanma gücünü kısmen veya tamamen yitirmesine, bu nedenle ekonomik durumunun bozulmasına neden olur.⁸⁴

aa. Malul Sayılanlar

Kimlerin malul sayılacağı ise 506 sayılı Yasa'nın 53. maddenin A-1 bendinde üç şık halinde sayılmıştır. Buna göre:

- a) Çalışma gücünü en az üçte ikisini yitirdiği tespit edilen,
- b) 34. madde gereğince yapılan tedavi sonunda Kurum sağlık tesisleri sağlık kurullarınca düzenlenecek usulüne uygun rapor ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitirdiği tespit edilen.⁸⁵
- c) İş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını kaybeden, sigortalı malullük sigortası bakımından malul sayılır.

(83) BİGAT, Şevket Güney, s.160 - 181.

(84) CANIKLIOĞLU, Nurşen, 5510 Sayılı Kanuna Göre Malullük Aylığı, Sicil, S:3, Eylül 2006, s.145; GÜZEL / OKUR, s.327-328; OZANOĞLU, Teoman, Malullük Sigortası, Çimento İşverenleri Dergisi, Mayıs 1988, s.4; ASLANKÖYLÜ, Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, 2. Baskı, C:1, Ankara, 2004, s.1087.

(85) 506 Sayılı Yasa'nın 53. maddesi 29.07.2003 tarihinde, 4958/33 mad. ile değiştirilmiştir. 506 Sayılı Yasa'nın değişikliktен önceki hali: "b) Çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirmiş durumda sayılmayanlardan 34. madde gereğince yapılan tedavi sonunda, Kurum sağlık tesisleri kurullarınca düzenlenecek raporlarda çalışabilir durumda olmadığı belirtilen," şeklindedir.

506 sayılı Yasa'nın 53. maddesi malul sayılmaya ilişkin üç hali belirledikten sonra sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte malul sayılmayı gerektirecek şekilde hastalık veya arızası bulunduğu, önceden veya sonradan yeterli belgelerle tespit edilen sigortalının malullük sigortasındaki haklardan yararlanamayacağını ve bu gibi sigortalılara malullük sigortasından evvelce ödenmiş bulunan aylıkların geri alınacağını hükme bağlamıştır.

Sigortalının malullük sigortasında yararlanabilmesi için 53. maddedeki üç halin herhangi birinin gerçekleşmesi yanında ayrıca malul sayılmayı gerektiren halin ilk kez sigortalı olarak çalışmaya başlamadan önce gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Sigortalı ilk kez çalışmaya başladığında esasen 53. maddenin A-1-(a), (b) ve (c) bendinde yazılı esaslara göre malul sayılan kişilerden ise 54. maddedeki yeterli sigorta süresi ve prim ödeme gün sayısı varolsa dahi kendisine malullük aylığı bağlanmayacaktır. 506 sayılı Yasa'nın 53/A-1-(b) maddesi 29.07.2003 tarihinde, 4958/33 maddesi ile değiştirilmeden önceki hali daha anlaşılabilir olduğu halde değişiklik sonrası 53. maddenin A-1-(a) ve (b) bentleri birbirinin tekrarı gibi düzenlenmiştir. 53. maddenin A-1-(b) bendi kimlerin malul sayılacağı ile ilgili düzenleme getirirken, Kurum hastanelerince düzenlenecek usulüne uygun sağlık kurulu raporları ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitirmemekle birlikte 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesindeki hükümlere göre tüm tedavilere rağmen sağlık kurulları raporları ile çalışamayacakları tespit edilenlerin de malul sayılması gerekeceğini amaçladığı halde ve Kanun Koyucu'nun bu iradesi değişiklikten önceki hükümde yer almasına rağmen yasa değişikliği sırasında madde tamamen farklılaştırılmış ve (a) ve (b) bentleri birbirleri ile örtüşür şekilde her iki halde de raporlara göre vücut bütünlüğünün 2/3'ünün yitirilmiş olması aramış, kanaatimce 53/A-1-(b) bendinin eski hali değişiklik ile ortadan kaldırılmıştır. Bu düzenleme bu haliyle birçok sigortalının maluliyet aylığı bağlatması bakımından mağduriyetine yol açmıştır.

506 Sayılı Yasa'nın 53. maddesinin A-1-(c) bendi 29.06.1978 tarihinde, 2167 sayılı Yasa'nın 4. maddesi ile Sosyal Sigortalar Yasası'na eklenmiştir. Hastalık veya arıza, iş kazası yahut meslek hastalığı olmadığı takdirde maluliyet hali için vücut bütünlüğünün en az 2/3 oranının (%66,67) yitirilmesi arandığı halde, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ının yitirilmesi maluliyet hali için yeterli sayılmıştır.

İş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinden önce %60 oranından az meslekte kazanma gücü ile ilk kez çalışmaya başlayan sigortalı çalışırken işyerinin koşulları yüzünden bir meslek hastalığına

tutulduğu yada bir iş kazası geçirerek sürekli işgöremez durumuna geldiği takdirde iş kazasından önceki maluliyeti ile sonraki sürekli işgöremez durumu birleştiğinde yeni belirlenecek olan meslekte kazanma gücünü kayıp oranı %60 ve üstü olduğu takdirde bu hal 53. madde bakımından maluliyet hali olarak değerlendirilecektir.

Çenberci, meslekte kazanma gücünün yitirilmesi ile çalışma gücünün yitirilmesi kavramlarının kesinkes ayrı kavramlar olduğunu savunmaktadır. Buna örnek olarak da Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nü göstermektedir.⁸⁶

506 Sayılı Yasa'nın 19. ve devam eden maddelerinde iş kazası veya meslek hastalığı sonucu belirlenen sürekli işgöremezlik hali ile 53. maddedeki maluliyet halini birbirinden ayırmak gerekmektedir. İş kazası veya meslek hastalığı sonucu tespit edilen sürekli işgöremezlik derecesi (meslekte kazanma gücünü kayıp oranı) %1 ile %100 arasında değiştiği halde 53. maddede düzenlenen maluliyet halinin gerçekleşmesi sigortalının vücut bütünlüğünü en az 2/3 oranında yitirmesi bu durumun Kurum sağlık kurullarından verilen raporlarla belirlenmesi veya sigortalı iş kazası yada meslek hastalığına maruz kalmış ise meslekte kazanma gücünün asgari %60 oranında yitirilmiş olmasına bağlıdır.

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerinde geçen sürekli işgöremezlik geliri mutlaka sigortalının bir iş kazasına veya meslek hastalığına tutulmasına bağlı olarak Kurumca sigortalıya her ay ödenen bir gelir olmasına ve prim ödeme gün sayısı bakımından herhangi bir koşula bağlı olmamasına rağmen 53. maddedeki maluliyet hali gerçekleştikten sonra sigortalıya malullük aylığı bağlanabilmesi için belli süre sigortalı olma ve belli miktarda prim ödeme koşulu ayrıca aranmaktadır.

5510 Sayılı Yasa'da 4. bölümde "*Uzun vadeli sigortalı sigorta hükümleri*" başlığı altında kimlerin malul sayılacağı ile ilgili 25. maddede düzenleme getirmiştir. 506 sayılı Yasa'nın 53. maddesinde Kurum hastanelerince düzenlenecek usulüne uygun sağlık kurulu raporları ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitirenler, yine 506 Sayılı Yasa'nın 34. maddesi gereğince yapılan tedavi sonunda elde edilen rapor ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitiren sigortalılar ile iş kazası veya meslek hastalığı sonucu kazanma gücünün en az %60'ını yitirdiği Kurumca tespit edilen sigortalı malullük sigortası bakımından malul sayıldığı halde 5510 Sayılı Yasa'nın 25. maddesinde malul sayılma hali olayın iş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşup oluşmadığına bakılmaksızın, sigortalının veya işverenin talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık

(86) ÇENBERCİ, SSK. Şerhi, s.445.

hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usûlüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu, çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını kaybettiği Kurum Sağlık Kurulu'nca tespit edilen sigortalı, malullük sigortası bakımından malul saymıştır. Böylece 506 Sayılı Yasa'nın 53. maddesinde, malul sayılma hali ile ilgili değerlendirme yapılırken maluliyeti gerektiren olayın iş kazası veya meslek hastalığı olup olmadığı yönündeki değerlendirme ve aranan farklı maluliyet oranı 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni yasayla ortadan kaldırılmıştır.

5510 Sayılı Yasa'nın 25. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, 506 sayılı Yasa'nın 53/B maddesinde belirtildiği şekilde sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce bu kişinin çalışma gücünün %60'ını kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse sigortalı, bu hastalık veya arızası sebebi ile malullük aylığından yararlanamayacaktır. 506 sayılı Yasa'nın 53/B maddesinde yer alan bu gibi sigortalılara malullük sigortasından evvelce ödenmiş bulunan aylıkların geri alınacağına ilişkin hükme ise yeni yasada hiç yer verilmemiştir.

506 Sayılı Yasa'nın 53/B maddesine göre malullük sigortası yardımlarından yararlanamayacak statüde bulunan ve ilk defa çalışmaya başladıkları tarihten önce malul sayılmayı gerektirecek derecede hastalık ve arızaları bulunduğu tespit edilen sigortalılara maluliyet aylığı bağlandığı takdirde her ne kadar evvelce ödenmiş bulunan aylıkların geri alınacağına ilişkin hüküm konmuşsa da Yargıda baş gösteren bu konudaki çekişmelerde sigortalının aylık bağlamada kötü niyetli olup olmadığı arandığından ve kötü niyetin tespit edilmemesi halinde hiç kimsenin haksız iktisabın edinildiği tarihteki durumundan daha kötü duruma düşürülmesinin mümkün olamayacağına ilişkin hukuksal gerçek karşısında Kurumun açmış olduğu istirdat davasının reddi yönünde kararlar oluşturulmuştur.⁸⁷

5510 Sayılı Yasa içerisinde, 506 Sayılı Yasa'nın 53/B maddesinde belirtilen yukarıdaki hükme benzer bir metnin olmaması kanaatimce isabetli olmuştur.

Sonuç olarak, malullük aylığı, MK 219 uyarınca, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerden olduğundan, ayrıca MK 220'ye giren bir ödeme olmadığından, evlilik birliği içerisinde, edinilmiş mallardan olduğu düşüncesindeyiz.

(87) HGK. 25.09.1981 tarih, 1981/1630 E. - 1981/683 K. sayılı ilamı için bkz. ASLANKÖYLÜ, s.564.

b) Yaşlılık Aylığı

Yaşlılık aylığından yararlanabilmesi için sigortalının;

a- Yazılı talepte bulunması, talepte bulunduğu tarihte prim ve her türlü borçlarını ödemiş olması,

b- Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve 25 tam yıl sigorta primi ödemiş olması şarttır.

Kadın ise 60, erkek ise 62 yaşını dolduran ve en az 15 tam yıl sigorta primi ödeyen sigortalılara da kısmi yaşlılık aylığı bağlanır.

T.C. Emekli Sandığı'nda, Sosyal Sigortalar Kurumu'nda veya Kanunla kurulu diğer emekli sandıklarında 2829 sayılı Kanuna göre birleştirilecek hizmeti ve borçlanılan hizmet süreleri bulunan sigortalılarımızın bu hizmetleri ile kurumumuzdaki hizmetleri toplamı Kanunda belirtilen hizmet sürelerini doldurduğunda da sigortalılarımıza talepleri halinde yaşlılık aylığı bağlanır.

Ancak 4447 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümlere göre 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihi takip eden aybaşı (01.10.1999) itibariyle aylık bağlanmasına hak kazanmalarına iki tam yıl veya daha az kalan sigortalıların tam veya kısmi yaşlılık aylığı talep hakları saklıdır.⁸⁸

Yurt dışında çalışan işçilerin sosyal güvenlik anlaşmaları çerçevesinde borçlanarak emekli olmaları halinde, eksik prim borçlarının kaynağı ne olursa olsun, (ister edinilmiş, ister kişisel mal grubu) yapılan emekli maaşı ödemeleri edinilmiş mal olduğu ortaya konulmuştur.⁸⁹

Sonuç olarak; yaşlılık aylığı, MK 219 uyarınca, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerden olduğundan, evlilik birliği içerisinde, edinilmiş mallardan olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.⁹⁰

SONUÇ

İş ve sosyal güvenlik hukuku açısından yapılan ödemelerin yasal mal rejiminin tasfiyesindeki durumu konulu yukarıdaki çalışmada, hukukumuza 2002 yılından itibaren yenilikler getiren Medeni Kanunumuz, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından irdelenmeye çalışılmıştır.

Uygulamada daha çok anlaşmalı boşanma davaları görülmekle birlikte, yasal mal rejimi olan, edinilmiş mallara katılma rejimi, hususunda edinilmiş mal ve kişisel malların neler olduğu tartışma konusu olmaktadır ve bu tartışmanın ileride de devam edeceği kanaatindeyiz. Doktrinde ve

(88) Kaynak: www.sgk.gov.tr

(89) ZEYTİN, Zafer, s.108.

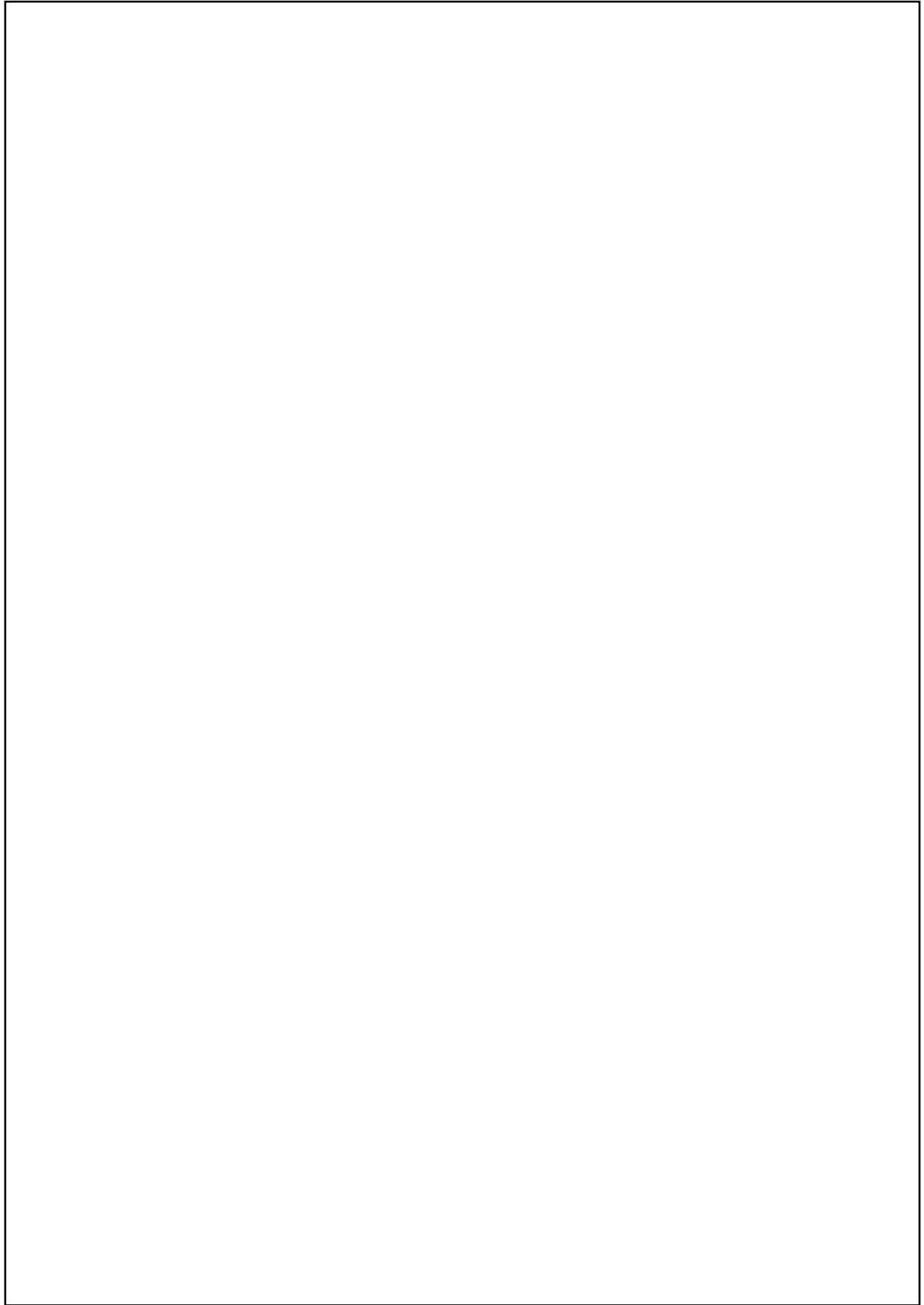
(90) Ayrıca bkz. ZEYTİN, Zafer

uygulamada çok geniş bir yorum yapılması halinde, yukarıda açıklanan gelirler açısından, evlilik içerisinde edinilen tüm malların edinilmiş mal sayılması kanaatine varılabilir. Ancak böyle bir değerlendirmenin hukuka ve kanuna yukarıdaki değerlendirmeler karşısında hakkaniyetli bir değerlendirme olamayacağı düşüncesindeyiz.

Medeni Kanun'un 219 ve 220. maddeleri açısından, her kaleme ilişkin tüm gelirler ve tazminatlar değerlendirildiğinde, her gelirin edinilmiş mal veya kişisel mal olamayacağı açıktır. Dolayısıyla, doktrindeki tartışmalar ve bu konularla ilgili her kaleme ilişkin, ayrı ayrı değerlendirme yapılmadığı, yapılan araştırma sırasında görülmüştür. Hangi gelirlerin edinilmiş mal olduğu, hangi malların kişisel mal olabileceği gerekçeleri, tartışmaları ve Yargı kararları ile ortaya konulmaya ve değerlendirilmeye çalışılmıştır. Ancak bu konudaki Yargı kararlarına da ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu tartışmaya şu şekilde de son vermek mümkündür. Hangi malın edinilmiş mal, hangi malın kişisel mal olabileceği tartışmasında, kişisel malların sayıldığı MK m.220'nin kapsamı dışında olan edinimlerin, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında olacağı, MK m.219 maddesi uyarınca edinilmiş maldır ve dolayısıyla tasfiyeye dahil olabilecektir, şeklinde pratik bir çözüm de getirilebilir.

Tüm bu anlatımlar ışığında, ileride olan öğretideki tartışmalarını ve özellikle uygulamayı yönlendirecek bu konularla ilgili Yargıtay kararlarını veya bu konudaki gerekçeli Yargıtay ilke kararlarını da görmekte fayda vardır.



KISMİ ÇALIŞMA

Av. Özge İŞERİ

1. KISMİ ÇALIŞMAYA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Kısmi süreli çalışma, tam süreli iş olanağının yaratılmadığı durumlarda işsizliğe bir çözüm olarak ortaya çıkmaktadır. Kısmi süreli iş sözleşmesi daha çok evli kadınlar, geçim sıkıntısı çeken emekliler ve öğrenimlerine devam eden gençler tarafından tercih edilmektedir.

Son yıllarda gelişen yeni teknolojiler, ortaya çıkan yeni yönetim anlayışları, küreselleşme olgusu ve artan rekabet ortamı, standart olarak kabul edilen katı çalışma biçimlerinden uzaklaşılmasına ve yeni çalışma biçimlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹ Esnek çalışma biçimleri olarak tanımlanan bu yeni çalışma biçimlerine atipik çalışma biçimi de denilmektedir.² Ürün piyasasında artan rekabet, hızla değişen teknoloji işverenleri tam gün çalışan işgücü istihdam etmekten çok, işgücünden tasarrufa yöneltmiştir. Böylece işverenler çekirdek işgücünün sayısını azaltırken, çevre işgücünün yani diğer bir deyişle atipik çalışanların sayısını arttırmıştır.

Kısmi süreli iş sözleşmeleri atipik iş sözleşmelerinin en yaygın ve karakteristik örneğini oluşturur. Kısmi süreli çalışma, istihdamı sağlamada ve işsizliği önlemede bir çözüm olarak ortaya çıkmakta, bu çalışma biçiminde işin bölünmesi daha çok işçi ihtiyacını doğurmakta, böylece işsizlerin iş bulma olanakları artmaktadır. Aynı zamanda uzun süre çalışmanın işgücü verimliliği üzerindeki olumsuz etkilerini ortadan kaldırarak iş gücü verimliliğinde artış söz konusu olacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmelerinin ortaya çıkması günümüzde işçilerin iş ilişkisi dışında farklı uğraşlara yönelip bir yandan da öğrenimlerine devam ederek kendilerini geliştirebilme imkânı ve sosyal ihtiyaçlarının giderilmesini sağlamış ayrıca kadınların iş hayatına katılmasını kolaylaştırmıştır.

Uluslararası araştırmalara göre, kısmi süreli çalışmalar Avrupa Birliği (AB), Japonya ve diğer gelişmiş batı ülkeleri olmak üzere hemen her yerde artış göstermektedir.³ Araştırmalar, son yıllara kadar "kısmi süreli çalışma"nın, genellikle vasıfsız kadınların hizmet sektöründeki çalışmalarıyla sınırlı olduğunu gösterirken zamanla bu durumun değiştiğini,

(1) Çakır, Yeni Çalışma Biçimleri ve İşe İlişkin Tutumlar, Endüstri İlişkileri ve İnsan Hakları Dergisi, C.3, S.1, 2001, s.15.

(2) Süzek, İş Hukuku, s.235.

(3) A. Can Tunca, Hizmet Aktinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar, (Hizmet Aktinin Türleri), TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs 2001-Ağustos 2001, C.16-17. Sa:6-1, s.13.

özellikle yüksek öğretim düzeyinin artmasıyla birlikte, kadın ve erkekler arasında tam süreli çalışmanın yerine kısmi süreli çalışmanın tercih edildiğini göstermektedir. Gerçekten de kısmi çalışma, kadın gücünün ekonomiye kazandırılması ve işyerinde ortaya çıkan durgunluk ile yığılma durumlarının önüne geçilmesi, mevcut işlerin çalışan işçiler ile iş arayanlar arasında dağılımın sağlanması, tam gün çalışmanın bazı olumsuz sonuçlarının giderilmesi için ortaya çıkmıştır.

Sanayi devrimi öncesinde erkekler tarladaki güç işlerle uğraşırken, kadınlar ev işleri ve dokuma işlerinde çalışmışlar. Kadının çalışması ev ile sınırlı kalmıştır.⁴ Sanayi devrimiyle ortaya çıkan süreçte, başta Batı Avrupa ülkelerinde uygulanan uzun iş süreci gerek çocukları gerekse yetişkinleri yıpratmıştır. İkinci Dünya Savaşıyla birlikte çalışma hayatı farklı bir görünüm almıştır.⁵ XIX. yy. başlarında 16 saatlik günlük iş süresi esasının geçerli olmakla birlikte bu dönemde çocukların dahi günde 16 saate kadar çalıştıkları görülmüştür. Ancak, uzun iş süresinin sağlık ve yaşam üzerinde yarattığı yıpratıcı etkiler ile bunların iktisadi düzende yol açtığı olumsuz sonuçlar, çok geçmeden anlaşılmıştır ve iş süresini sınırlamaya ilişkin yasal düzenlemelere gidilmiştir.

Kısmi Süreli Çalışma, Türk çalışma hayatında ilk defa IV. Beş Yıllık Kalkınma Planı, 1982 Yılı Programı'nda⁶ resmi politika olarak yerini almıştır. Programda işsizlik sorununun büyümesi ve açık işsizliğin artması nedeniyle "çalışma hayatımızda esneklik sağlanması kısmi süreli ve esnek zamanlı çalışma statülerinin çalışma mevzuatına getirilmesi için gerekli değerlendirmelerin" yapılacağı belirtilmiştir.

2. KİSMİ ÇALIŞMA DÜŞÜNCESİNİN GELİŞİMİ

1475 sayılı İş Kanunu genel olarak tam süreli çalışma sistemi üzerine kurulmuştu. Ancak iş hukuku mevzuatında kısmi süreli (part-time) çalışmaya ilişkin bir düzenleme bulunmamasına karşın iş ilişkisinin kısmi süreli olarak kurulmasına da kanuni bir engel yoktu. Öğreti kısmi süreli çalışma kavramı üzerinde durmuş; Yargı da tam süreli çalışma esasında kabul edilmiş olan 1475 sayılı eski iş kanununun hükümlerini, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kısmi süreli çalışmaya uygulayan çözümler geliştirmiştir. Oysa Karşılaştırmalı Hukuka bakıldığında Avrupa ülkeleri mevzuatında 1970 ekonomik krizini takiben kısmi süreli iş sözleşmelerine

(4) Altan, Kadın işçiler ve Türkiye'de Kadın işçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu ile Korunması, 1980, Eskişehir, S.3

(5) Aykaç, Esneklik ve Çalışma Hayatı, 1996, Sabahattin Zaim'e Armağan, İktisat Fak. Mecmuası, İstanbul. s.115

(6) R.G. 29.07.1982/17405.

yer verildiği ve Avrupa Birliği seviyesinde düzenlemelere konu olduğu görülmektedir.

21. yüzyılın son çeyreğinden itibaren ortaya çıkan teknolojik ve ekonomik değişiklikler iş hukukunda esnekleşme gereğini ortaya çıkarmıştır. Bu çerçevede en fazla yaygınlık kazanan ve tipik iş sözleşme türü olan kısmi süreli iş sözleşmeleri ortaya çıkmıştır.

Kısmi süreli iş ilişkisi ile işçilerin çalışmaları, uluslararası planda ilk kez Birleşmiş Milletler Örgütü'ne bağlı Kadınların Statüsü Komisyonu'nun Şubat 1953'teki 7. oturumunda ele alınmıştır.⁷ Önerilen tanımlama ise, "genel olarak mutlak iş süresinin önemli ölçüde altındaki bir süreyle, günün veya haftanın bir bölümünde düzenli çalışma"dır. Daha sonra ILO uzmanlarınca, Kasım 1965'te kadınların çalışma sorunlarına ilişkin toplantıda kısmi çalışmanın, "işçi ile işveren arasındaki karşılıklı anlaşma ile oluşan ve normal iş süresinden daha az olan düzenli çalışma" olarak tanımlanması onaylanmıştır.⁸ AB'nin kısmi süreli çalışmaya ilişkin 15.12.1997 tarih ve 97/81/EG sayılı olan Çalışma Çerçeve Anlaşması'nın 3. maddesinde kısmi süreli çalışma düzenlenmiş olup kısmi süreli işçi, "karşılaştırılabilir bir tam zamanlı işçinin normal çalışma saatlerinden, haftalık olarak veya bir yıla kadar süreli istihdamın ortalaması olarak hesaplandığında normal çalışma saatleri daha az olan işçi" biçiminde tanımlanmıştır. 4. maddesinde ayrımcılığın engellenmesi yönünde hükümlere yer verilmiş, 5. maddesinde kısmi süreli çalışma olanaklarının kapsamı tayin edilmiş ve 6. maddede ise bu belgenin üye ülkeler tarafından ulusal kanunlara dönüştürülmesi esasları ve süreleri belirtilmiştir.⁹ Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması'nın amacı, "...bir yandan kısmi süreli çalışan işçilere yönelik ayrımcılığı ortadan kaldırmak, diğer yandan kısmi zamanlı çalışmanın gelişmesini serbest irade temelinde teşvik etmek ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde çalışma sürelerinin esnek bir organizasyon çerçevesinde düzenlenmesine katkıda bulunmak" tır.¹⁰ Alman Hukuku'nda ilk kez 1985 yılında kabul edilmiş olup Çalıştırmayı Geliştirme Kanunu'nda tanımı yapılmıştır. Tanıma göre, "Bir işçi, işyerinde kendisi ile karşılaştırılabilir bir işte tam gün çalışan işçilerin normal haftalık çalışma süresinden daha az bir süre çalışıyorsa, bu kişinin kısmi süreli iş ilişkisi ile çalıştırılması söz konusudur".

(7) Ünal, Ayşe, Avrupa'da Kısmi Çalışma ve Uygulamanın Genel Özellikleri, Kamu-İş, C.8, S.1, Ankara 2005, s.114

(8) Centel, Tankut, Kısmi Çalışma, 1992, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., İstanbul, s.24

(9) Hekimler, Sosyal Politika Boyutunda Federal Almanya'da Esnek Çalışma Modelleri, TİSK, Ankara, Ocak 2006, s.66.

(10) Uçum, Yeni İşk. Seminer Notları, İstanbul 2003, S.38.

Benzer bir tanım da ILO'nun 1998 tarih, 175 sayılı sözleşmesinde yer almaktadır. Buna göre, "karşılaştırılabilir tam gün işçilerine göre normal çalışma saatlerinden daha az çalıştırılan işçi" kısmi süreli işçidir. Kısmi süreli çalışma ilişkisi birçok Kara Avrupa ülkesinin hukuk düzeni içinde yer almış ve tanımlanmıştır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda kısmi süreli iş sözleşmesi ile ilgili getirilen düzenlemeler AB'nin 1997 tarihli yönergesi ile yürürlüğe giren aynı tarihli Çerçeve Anlaşması'ndaki tanıma da uygundur.

3. KISMİ ÇALIŞMANIN KABULÜNE YOL AÇAN NEDENLER

3.1. İşçiler Açısından

İşçilerin kısmi süreli çalışmayı artan oranda tercih etmelerinin sebebi kişiye özel (ailesi veya kendisi için) nedenler olabileceği gibi yaşadıkları toplumun sosyal ve ekonomik etkileri de olabilir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile işçiler, aynı anda farklı işyerlerinde çalışarak gelirlerini arttırabilirler. Bu nedenle de bu şekilde çalışmak birçok işçiye daha cazip gelmektedir.

Kısmi süreli çalışmanın işçiye sağlayacağı en büyük yarar, çalışma sürelerini bireyselleştirmesidir. Gerçekten işi kendi çalışma saatlerini kendisine göre ayarlayabilecek ve kendi gereksinimlerini ön planda tutabilecektir.

Kısmi süreli çalışanların bu türlü bir çalışmayı seçme nedenleri aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır.

- Kısmi süreli çalışmayı tercih edenlerin büyük çoğunluğunu kadınlar oluşturmaktadır. Modernleşme nedeniyle kadınların boş zamanlarının artması, modern toplumlarda artan hizmetler nedeniyle annelik hizmetlerinin hafiflemesi, aile bütçesine katkıda bulunma ile ekonomik özgürlüğünü koruma bu türlü çalışmanın tercih edilmesinin nedenleridir. Günümüzde tek başına çalışan erkek, ailenin çok çeşitli ve artan masraflarını karşılayamamaktadır. Bu nedenle evli ve çocuk sahibi kadınlar ailelerine katkıda bulunmak, ev işleri ve çocuk bakımına da zaman ayırmak amacıyla kısmi süreli çalışmayı tercih etmektedirler.

- Kısmi süreli çalışma öğrenim gören gençler tarafından da tercih edilmektedir, bunun nedeni öğrencilerin, eğitimleri sırasında gelir elde ederek ailelerine yük olmamak ve öğrenimleri için kendilerine zaman ayırabilmektir.¹¹

(11) Eyrenci, *Uygulama Ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar*, Bs.Y., , Mozaik Basımevi, İstanbul, S.15, Ten Nakten (H.P. Marutschke, *Teilzeitbeschaeftigung In Japan, Ein Überblick Über Die Rechtliche Und Tatsaechliche Und Rechtliche Und Tatsaechliche Situation Der Teilzeitarbeiter In Japan, Arbr 1986, S.99.*

- Emekli aylıklarının yeterli gelmemesi nedeniyle hala çalışabilecek güce sahip olanlar kısmi süreli çalışmayı tercih etmektedirler.
- Tam süreli iş bulamayıp zorunlu olarak kısmi süreli çalışan erkekler dışında kimi erkekler de başka bir gelir güvencesine sahip olup ek gelir sağlamak ve artan zamanlarını kültürel ve sosyal yaşamda değerlendirmek için kısmi süreli çalışmaktadır.¹²
- Sakat ve özürllüer için en uygun çalışma biçimi kısa süreli çalışmadır. çünkü sağlık problemleri ve bedensel yetersizlikleri nedeniyle tam süreli iş sözleşmesi ile çalışabilecek durumda değillerdir.

3.2. İşverenler Açısından

İşverenler, kısmi süreli çalışmayı verimi arttırmak amacıyla tercih etmektedirler. İşçilerin verimlerinin yükselmesi de işletme verimliliğinin yükselmesini dolaylı olarak sağlamış olacaktır. Fakat kısmi süreli çalışma yerleri kurulması, işverene işçinin veriminin artması ve işgücünden tasarruf sağlaması gibi avantajlarının bulunmasının yanı sıra, bazı durumlarda ayrı bir mekân yaratma zorunluluğu, kısmi süreli çalışanlar için iş elbisesi sağlanması gibi ek masraflara yol açması, küçük işyerleri için çalışan sayısını arttırması gibi dezavantajlara da yol açmaktadır. Bazı çalışma yerleri için bu çalışma şekli çok avantajlıdır. Bunun nedeni bu tür çalışma yerleri için sadece kısmi süreli çalışan personel gereksiniminin bulunmasıdır (örneğin; temizlik personeli) çünkü işin kapsamı tam gün çalışmayı gerektirmemektedir. Bunun yanında, ihtisas ve yüksek donanım gerektiren, ancak işyerinde bulunmaları gerekli olmayan (örneğin; danışmanlar) kişilerin ülkemizde kısmi süreli çalışmaları işverenlerce tercih edilmektedir.¹³

3.3. İktisadi Açından

Kısmi çalışmada iktisadi açıdan güdülen amaç, kadın iş gücünün ekonomiye kazandırılması ve işyerlerinde zaman zaman ortaya çıkan aşırı durgunluk ile yığılma durumlarının önüne geçilmesidir. Ancak, son 30 yıllık zaman sürecine bakıldığında; kısmi çalışmanın, iktisadi açıdan, işlev değişimine uğradığı görülür. Nitekim, 1960'lı yıllardan 1970'li yıllara gelinceye dek kısmi çalışma, yüksek iktisadi konjonktör içinde zorunlu olarak gereksinim duyulan yedek işgücünü harekete geçirmek için tek olanak iken; 1980'li yılların ortalarından itibaren, iş piyasasında bozulan

(12) *Ekonomi, Teknolojik Ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu Ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü Ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, Orhım Yayınları 2, İstanbul 1986, S.182; Eyrenci, A.G.E., S.15*

(13) *Eyrenci, Age., S.15.*

istihdam durumlarını düzeltmeye yardımcı olma işlevini yüklenir. Buna göre; kısmi çalışmanın yaygınlaştırılmasıyla, artık mevcut işler, çalışan işçiler ile iş arayanlar arasında daha iyi dağılmış olmaktadır.¹⁴

Kısmi süreli çalışmaya iten iktisadi nedenlerin en önemlisi, açık işler yaratıp istihdamı özendirme ve böylece, işsizliği önleme isteğidir. Bu konuda, yeni işlerin yaratılması, mevcut tam gün çalışılan işlerin bölünmesi veya bunların esnek kısmi çalışma türlerine uyar durumuna getirilmesi biçiminde gelişir. İlk olarak bu istihdam projesi için Almanya'da İstihdamı Teşvik Kanunu kabul edilmiştir ve bu kanunda kısmi süreli çalışma ile ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Bu projeye, iş bölünmesiyle iş sayısı artacak, bu iş bölünmesi daha çok işçi ihtiyacı doğuracak, bu sayede işsizlerin de iş bulma şansı artacaktır. Proje kapsamında hizmet sektöründe faaliyet gösteren özel işletmeler arasında anket yapılmıştır. Anket sonucunda ise yapılan düzenleme ile istihdam düzeyinin yükseltilmesi amacına ulaşamadığı ortaya çıkmıştır. Ayrıca, araştırma hizmet sektöründeki fazla mesai yapma eğilimlerinde de bir azalma olmadığını göstermiştir.

4. KISMİ ÇALIŞMA KAVRAMI

Tanımı:

Kısmi süreli iş sözleşmesini tek ve genel bir tanımla sınırlandırmak mümkün değildir. Bazen aynı ülkede bile farklı amaçlar için farklı tanımlar uygulanabilmektedir. Birçok ülkede kısmi süreli iş sözleşmesi kanunda düzenlenmediği halde yaygın olarak kullanılmaktadır. Diğer yandan, Fransa, Almanya, İtalya, Lüksemburg, İspanya gibi bazı ülkelerde ise kanunda düzenlenip yasal tanımlı yapıldığı halde tanımlar arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır.

Kısmi süreli iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte Kanunda açık ve net tanımlı yapılmamıştır. Söz konusu maddede, "*işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli hizmet akdi*" olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte "*önemli ölçüde daha az*" kavramından ne anlaşılması gerektiği, söz konusu maddenin düzenlendiği Kanun'un madde gerekçesinde bu kavramın örnekle açıklandığı görülmektedir. Gerekçede; Avrupa Birliği'nde Konsey tarafından 97/81 sayılı Yönerge ile yürürlüğe konulan sosyal tarafların meydana getirdikleri "*Kısmi Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması*"na atıfta bulunulmuş ve "*işyerinde uygulanan tam süreli iş sözleşmesi için haftalık çalışma süresi 40 saat ise, kısmi süreli*

(14) Centel, Age S.2

çalışma için 2-3 saat gibi daha az çalışma değil, hiç olmazsa tam sürenin üçte ikisinden daha az olan 30 saatin altındaki haftalık çalışma süresine göre istihdam edilen işçi kısmi süreli iş akdine göre istihdam edilen kimse olarak kabul edilmesi gerektiği” örneği verilmiştir.

Kısmi süreli çalışmanın İş Mevzuatı’nda açık ve net tanımlaması ise; “İş Kanunu’na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği”nde¹⁵ yapılmaktadır. Yönetmeliğin 6. maddesinde, “işyerinde tam süreli hizmet akdi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışma” olarak tanımlanmıştır.

Yasada ve yönetmelikte kısmi süreli çalışmanın ölçütü olarak işyerindeki tam süreli emsal işçi esas alınmıştır. İşyerindeki emsal işçi haftada 45 saat çalışıyor ise en fazla 30 saate kadar yapılan çalışmalar kısmi süreli çalışma olarak değerlendirilirken emsal işçinin haftalık çalışma süresi 42 saat ise bu defa 28 saate kadar yapılan çalışmalar kısmi süreli çalışma olarak değerlendirilecektir. Kısmi süreli hizmet sözleşmesi de, belirli süreli kısmi hizmet sözleşmesi, belirsiz süreli kısmi hizmet sözleşmesi, deneme süreli hizmet sözleşmesi olabilir.

Hukuki Niteliği:

Günümüzde ekonomik ve teknolojik gelişmeler ve buna bağlı olarak da sosyal değişimler, tipik iş ilişkisini meydana getiren unsurlarda da bir takım değişikliklere neden olmuştur. Tipik iş ilişkilerinin oluşumunu sağlayan temel unsur olan “bağımlı çalışma” yani işçinin işverene bağlı olarak çalışması, sosyal değişimler nedeniyle zayıflamakta, çalışma yerini ve zamanını işçi ya da işçilerin belirleyebildiği ve işvereni devre dışı bıraktıkları bir takım çalışma biçimleri ve bunlara dayalı iş sözleşmeleri söz konusu olmaktadır.

Atipik iş sözleşmeleri esas ve şekil bakımından özel kurallara tabi olan ya iş sözleşmesinin süresinin kısaldığı ya da iş süresinin esnekleştirildiği sözleşmelerdir.¹⁶ Bu iş ilişkileri, işçinin tek bir işverene bağlı olarak çalıştığı bir iş ilişkisi olmayıp esas ve şekil bakımından özel kurallara tabidir. İşçi, tercih etmesi halinde birden çok işverene çalışmasını sürdürebilir. Ancak, işçi tek bir işverenin yanında çalışıyor olsa bile bu çalışmasını işyeri dışında hatta kendi bürosunda veya evinde bile yapabilecektir. Dolayısıyla, tipik iş ilişkisinden farklı olarak işçinin işverene ve işyerine sıkı bir bağlılığı söz konusu olmamakta, tamamen kendi iradesine bağlı olarak çalışma zamanını ve çalışma yerini belirleyebilmektedir. Bu nedenle, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi, haftanın belirli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli bir süre, haftanın bir veya birkaç gününde belirli bir süre

(15) 06.04.2004 tarih ve 25425 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

(16) Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku 2. Bası, Ankara 2005, s. 285.

çalışabilir. Görüldüğü üzere, kısmi süreli iş sözleşmesi, atipik iş sözleşmelerinin yaygın uygulamasıdır.

Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirme

Kısmi süreli iş sözleşmesi, 10.06.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiştir. Daha önceleri uygulamada sıkça karşılaşılmamasına rağmen, kanuni bir düzenleme bulunmamakla birlikte yasaklayıcı bir hüküm de bulunmamaktaydı.

Nitekim Borçlar Kanunu m.313'e göre, "*Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.*" Bu tanıma göre, iş sözleşmesi işçinin belirli ya da belirsiz bir süre için iş görmeyi yüklediğini ve bu edimin karşılığında da iş sahibinin işçiye ücret vermeyi borçlandığı bir sözleşmedir. Görüleceği üzere, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ne kadar süre ile işverene bağlı olarak çalışacağı konusunda maddede herhangi bir sınırlayıcı düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kısmi süreli iş sözleşmesinin yasal bir zemine oturmasını engelleyecek herhangi bir yasaklayıcı hüküm de yoktur.

5. MEVZUAT ÇERÇEVESİNDE KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA

Öğretide genel olarak kısmi süreli çalışma denilince "*işçinin günlük ve/veya haftalık normal çalışma süresinden daha az süreyle çalıştırıldığı ilişki*" anlaşılır. Fakat buradaki günlük ve/veya haftalık "*normal çalışma süresi*"nden sadece o işyerinde uygulanan süreyi mi, yoksa yasada genel olarak öngörülen azami normal çalışma süresinin mi anlaşılacağı tartışmalara yol açabilmekteydi.

AB'nin 97/81 sayılı Konsey Yönergesi'ne Ek Çerçeve Sözleşme'de kısmi süreli çalışma yerine, kısmi zamanlı işçi tanımlanmıştır. Buna göre kısmi zamanlı işçi, "*kararlaştırılabilir (emsal) tam süreli işçinin normal çalışma saatlerinden, haftalık olarak veya bir yıla kadar süreli istihdamın ortalaması olarak hesaplandığında, normal çalışma saatleri daha az olan işçidir.*" (3/1). Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1998 tarih ve 175 sayılı sözleşmesi de kısmi süreli çalışmayla ilgili olup, kısmi süreli işçi "*karşılaştırılabilir tam gün çalışan işçilere nazaran normal çalışma saatleri daha aşağı düzeyde tutularak çalıştırılan kimse*" biçiminde tanımlanmıştır. İşte bu düzenlemelerden de belli ölçüde etkilendiğini söylenebilecek 4857 sayılı İş Kanunu kısmi süreli iş sözleşmesini (kısmi süreli çalışmayı) biraz daha farklı biçimde düzenlemiştir. Yasaya göre, "*işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi sürelidir.*" (13/1).¹⁷

(17) Akçiyiğit, İş Kanunu Şerhi, C:1, 2.Bası, Ankara, S. 526

Kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı; 4857 sayılı kanunun 13. maddesinde yer almaktadır. “İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir”. Kanunda belirtilen sürenin “önemli ölçüde” daha az olması Kanunun madde gerekçesinde 2-3 saat gibi daha az çalışma değil, hiç olmazsa tam sürenin üçte ikisinden daha az süreli çalışma olarak belirtilmiştir. Bu oran İş Kanunu’na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği madde 6’da açıkça gösterilmiştir. Belirtilen oranı aşan çalışmalarda uygulanacak kuralların belirlenmesi çeşitli tartışmalara yol açmıştır.

Böyle bir kural yerine, ILO tarafından belirlenen şekilde normal çalışma süresinin altında çalışmanın kısmi süreli çalışma olarak kabulü daha uygun olabilirdi.¹⁸

Kısmi süreli iş sözleşmesi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Örnek verecek olursak; haftanın belirli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli bir süre, haftada bir ya da birkaç gün içinde belirli bir süre olabilir. Bu tür çalışmalara İş Kanununun kapsamı dışında kalıp da Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulandığı işlerin kapsamındaki ev hizmetlerinde rastlanılır. Ayrıca, İş Kanunu’nun kapsamı içinde olsa da ticaret işleri ve büro hizmetlerinin yapıldığı işyerlerinde ve küçük işyerlerindeki temizlik işlerinde bu tür çalışmalar yapılmaktadır. Sanayi kesimi dâhil olmak üzere çeşitli iş yerlerinde hekim, hukukçu, mühendis, vergi uzmanı şeklinde danışmanlık niteliğindeki işlerde de bu tür iş sözleşmelerinin yapıldığı görülmektedir. Bu tür çalışmalar bir ya da birden çok işveren yanında yapılabildiği için, işçi diğer işlerde de serbestçe çalışabilmektedir.¹⁹

5.1. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin Unsurları

4857 sayılı Kanun’un 13. maddesine göre “İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir”. Maddeden anlaşılacağı gibi, kısmi süreli iş sözleşmesinin süresinin normal çalışma süresinden önemli ölçüde az olması, düzenli ve sürekli olması ve serbest irade ile kurulması, kısmi süreli iş sözleşmesini unsurlarını oluşturmaktadır. Bu kapsam içinde kısmi süreli iş ilişkisi

(18) Çelik, İş Hukuku Dersleri, 17.bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2004, s.87; Bkz.. Eyrenci age., s.21; Can Tuncay, İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2. Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul, 2003.

(19) Çelik, age., s.88; Eyrenci, age., s.37; Centel, İşyeri Yönetmeliğinde Değişiklik, Münir Ekonomi 60.Yaş Günü Armağanı, s.63.

sürekli ya da süresiz, belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi biçiminde kurulabilecektir.

5.1.1. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin Süresinin Normal Çalışma Süresinden Önemli Ölçüde Az Olması

Kısmi süreli çalışmanın İş Hukuku bakımından göze çarpan temel özelliği, esas olarak iş süresinin kısaltılmasına dayanır. Kısmi süreli çalışmadaki iş süresinin kısalığı özelliği, Uluslararası Çalışma Örgütü'nce benimsenen tanımdan çıkarılmış ve öğretilerdeki çoğunluk tarafından kabul edilmiştir. UÇÖ'nün kabul ettiği tanıma göre “*normal çalışma sürelerinden az, sürekli ve düzenli olan ve gönüllü olarak yapılan çalışmaya*” kısmi süreli çalışma denilmektedir. Ancak, aynı öğretiyi çoğunluğunun önemli bir bölümü, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün söz konusu tanımına bağlı kalmaz. Nitekim iş süresindeki kısalmanın neye göre gerçekleştirileceği konusunda, söz konusu tanımdan ayrılır ve “*genel normal*” iş süresi yerine “*işyerindeki normal*” iş süresi temel alınır.²⁰ Böylece sözleşmeyle işyerindeki normal iş süresinin altına inildiğinde; belirtilen görüşe göre, kısmi süreli çalışma söz konusudur. İş Yasası, kısmi çalışmada baz alınacak normal çalışma süresini, tam süreli çalışan emsal işçinin çalışmasını esas almıştır. Kısmi çalışmanın tespitinde öncelikle aynı işyerinde tam süreli çalışan emsal işçi baz alınırken, aynı işyerinde emsal işçi yok ise aynı işkolunda çalışan diğer işletmelerdeki tam süreli çalışan emsal işçinin çalışması baz alınacaktır.

5.1.2. Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Çalışmanın Düzenli ve Sürekli Olması

Kısmi süreli çalışmayı oluşturan iş süresinin kısalığı, sürekli olma niteliğini taşımalıdır. Buna göre, iş süresindeki kısalma, iş ilişkisinin devamı boyunca söz konusu olmalıdır. Kısa çalışma ile kısmi süreli çalışmanın ortak yanları, her iki çalışma biçiminde de işyerindeki olağan çalışma süresinden daha kısa bir sürenin mevcut olmasıdır. Kısmi süreli çalışma süreklilik özelliği sayesinde, dış görünümü itibarıyla kendisini andıran “*kısa çalışma*”dan ayırt edilir. Kısa çalışmaya örnek olarak “*bir günlük çalışma*” örnek olarak verilebilir. Tek (bir) günlük iş ilişkisi kısmi çalışma olarak değerlendirilmemektedir. Gününbirlik çalışan işçi günlük normal çalışma süresinin altında çalışmış olsa dahi sürekli bir hukuki ilişkinin bulunmayışı yüzünden kısmi çalışma niteliğini kazanamaz.²¹

(20) Centel, *age*, s.27.

(21) Centel, *age*, s.30.

5.1.3. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin Serbest İrade İle Kurulması

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi açısından “sözleşme serbestisi ilkesi” geçerlidir. İşveren dilerse işyerinde kısmi süreli çalışmaya geçebilir, fakat işçi bunu kabul etmek zorunda değildir.²²

Doktrinde kısmi süreli iş sözleşmesinin iradi olarak yapıldığı konusunda fikir birliği yoktur. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmanın genellikle işçi tarafından istenmekte olduğunu ve tamamen işçinin isteğiyle sözleşmeye taraf olduğunu söyleyenler olduğu gibi; işçinin çoğu zaman işverence tanzim edilen ve bazen serbest iradesi ile bazen de işsiz kalmak korkusu ile kısmi süreli iş sözleşmesinin tarafı olmayı kabul ettiğini savunanlar da vardır.²³ Ekonomik nedenler ve talep daralmasından dolayı üretim hızının azaltılması istemiyle geçici bir süre çalışma saatlerinin azaltılması dolayısıyla işçinin esasen tam gün çalışmak istemine rağmen mecburi olarak bu çalışmayı kabul etmesi kısmi süreli çalışma olarak değerlendirilemez.²⁴ Çünkü burada isteğe bağlılık ögesi bulunmamaktadır. Örneğin, bir işletme, toplu olarak işten çıkarmayı önlemek için çalışma saatlerinde azaltma yoluna gidebilir. Çalışma saatlerinde yapılan indirimle orantılı olarak ücrette indirim kaçınılmaz olacaktır. Söz konusu durumun geçicilik arz ettiği de gözden kaçırılmamalıdır.²⁵

5.2. Tam ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin Ayrımının Esası

Genel Olarak:

Kanunda belirtilen haftalık ve günlük çalışma sürelerinin tamamını bir işverene bağlı olarak geçirmek üzere yapılan iş sözleşmesine Tam Süreli İş Sözleşmesi denir. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi de işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda oluşur.

Kısmi süreli çalışma bir yan çalışma olmadığı için hukuki açıdan korunması gerekmektedir. İş kanunu madde 13/2'ye göre, “kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz.” şeklinde düzenleme yapmıştır. Bu düzenleme, her iki sözleşme ile çalışanlar arasında eşitlik sağlamak amacı gütmektedir. İş Kanunu madde 5/2'ye göre “işveren esaslı sebepler olmadıkça tam

(22) Okur, Uluslararası Boyutlarıyla Türkiye’de Kısmi Çalışma ve Geleceği, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleri ile Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991, s.120

(23) Arcı, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanununda Çalışma Süreleri, Kamu-İş, Ankara 1992, s.76.

(24) Yavuz, Esnek Çalışma, s.39.

(25) TİSK, Esneklik, 05.05.2005, Erişim.

sürelî çalışan işçi karşısında kısmî sürelî çalışan işçiye" ..."farklı işlem yapamaz." Aynı düzenleme İş Kanunu madde 13/2'de de yer almış ve işverenin ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt sözleşmenin kısmî sürelî olmasından dolayı farklı işleme tabî tutulamayacağı belirtilmiştir. Ayrımcılık yasağı, mutlak bir ayrımcılık olarak anlaşılmalı herkese eşit haklar sağlanması değil aynı konumdaki işçiler arasında eşit davranılması olarak anlaşılmalıdır. Ancak farklı işlem yasağının da elbette bir sınırı olmalıdır. Aksi takdirde, kısmî sürelî çalışanlara yönelik ayrımcılığın kaldırılması hedef alınırken, tüm çalışma şartlarından yararlanmada tam sürelî çalışanlarla eşit duruma getirilmeleri işçiler arasında eşitsizlik ortaya çıkaracaktır. Bu durum, tam sürelî çalışan işçi ile kısmî sürelî çalışan işçi arasında şüphesiz adaletsizliğin doğmasına neden olacaktır. Kanun, sınırı "ayrımı haklı kılan neden" ifadesi ile açıklanmaktadır.²⁶ Tam sürelî çalışan işçiyle aynı çalışma zamanlarında çalışmayan ve günün belli saatlerinde gelen kısmî sürelî çalışan işçinin işveren tarafından aynı yardımlardan yararlandırılması beklenemez. Örneğin, öğleden sonra çalışan bir işçi, sabah çalışanlara tahsis edilen servis aracından ya da öğle yemeğinden yararlanamayacaktır. Fakat çalışma süresinin devamına bağlı olan, kıdem tazminatına veya yıllık ücretli izne hak kazanmada ya da bildirim sürelerinin hesabında kısmî sürelî çalışan işçi ile tam sürelî çalışan işçi arasında bir ayrım yoktur.

Ancak, İş kanunu madde 13/2'nin son cümlesinde de belirtildiği gibi, kısmî sürelî iş sözleşmesi ile çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam sürelî emsal işçi karşısında çalıştığı süreye orantılı olarak ödenecektir.

Madde gerekçesinde hüküm örneklenerek açıklanmıştır. "Örneğin, iş yerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan tam sürelî çalışan işçi, yılda 60 TL yakacak yardımı alıyorsa; haftada 15 saat kısmî sürelî çalışan işçiye aynı yardım, 20 TL olarak ödenecektir." Bölünemeyen bir haktan yararlanma şartları bulunduğu her iki türdeki sözleşmeler arasında bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Bildirim süresi, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin bakımından durum böyledir.

Emsal İşçi Kavramı:

Emsal işçinin tanımı 4857 Sayılı Kanun'un 13/3 maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam sürelî iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir." şeklinde verilmektedir. Şayet işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o iş kolunda şartlara uygun işyerinde

(26) Süzek, S. 218

aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi emsal işçi olarak kabul edilir.

Emsal İşçiye Oranla Önemli Ölçüde Az Çalışma

Kısmi süreli iş sözleşmesi, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda yapılan sözleşme olarak tanımlanmıştır.

Çalışma süresinin “önemli ölçüde” az belirlenmiş olmasından neyin anlaşılacağı konusunda kesin bir sınır çizmek hatalı olmakla birlikte gerekçede de belirtildiği gibi kararlaştırılan çalışma süresinin, tam süreli çalışan emsal işçinin haftalık çalışma süresinin üçte ikisinden daha az olması gerektiği söylenebilecektir. İş Kanunu’na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.6, kısmi süreli iş sözleşmelerinin belirlenmesinde İş Kanunu’nun gerekçesinde belirtilen 2/3 oranında hareket etmektedir.

Örneğin, işyerinde çalışma saatleri haftada 45 saat olarak belirlenmişse, 4-5 saat gibi daha az çalışma belirtilerek 40 saat olarak belirlenen çalışma biçimi kısmi çalışma olmayacaktır. En azından üçte ikisinden daha az olan 30 saatin altındaki çalışma kısmi süreli çalışma olacaktır.

Ayrımın Esasının İhlalinin Hukuki Sonuçları

Genel Olarak:

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulması halinde İş Kanunu m.5 ve 13’de düzenlenen hükümlere aykırı davranılmış olunacaktır.

Kısmi süreli sözleşmeler için mad.13’de özel olarak ayırım yasağı düzenlenmiş olmasına rağmen yaptırımı belirli süreli sözleşmelerde olduğu gibi açık şekilde düzenlenmemiştir. Bu nedenle mad.5 de ki genel düzenlemenin uygulanması doğru olacaktır.

İş Kanunu’nun eşit davranma ilkesi başlıklı 5. maddesinde “işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye ... farklı işlem yapamaz.” (md.5/2) hükmünü getirmiştir. Eşit davranma ilkesine aykırı davranılmasının hukuki sonuçları, aynı maddenin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükmüne aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir”. Ayrımcılık tazminatının hesaplanmasında çıplak ücret esas alınacaktır. Kanun, ayrımcılık yasağının ihlali halinde, ayrıma tabi tutulan işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir

tazminatını ve yoksun bırakıldığı diğer haklarını talep hakkı vermektedir. Ayrımcılığın ispatı, İş Kanunu m.5/7 gereğince işçiye aittir. Bu durum, MK. m.6'ya göre "herkes iddiasını ispat etmekle yükümlüdür" ilkesine de uygundur.²⁷

Zamanaşımı:

Kısmi süreli çalışanlara karşı eşitlik ilkesine uyulmaması durumunda 5. maddede belirlenen yaptırma ilişkin herhangi bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Maddede yaptırım olarak tazminattan bahsedilmesi ve özel bir zamanaşımı süresinin de düzenlenmemiş olması nedeniyle B.K.m.126'daki genel kural gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması doğru olacaktır.

5.3. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinde Ücret ve Paraya İlişkin Bölünebilir Menfaatler

5.3.1. Ücretin Hesaplanması

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin, ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri İş Kanunu madde 13/2'ye göre "tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak" ödeneceği kabul edilmiştir.

Kısmi süreli çalışmalarda da işçinin ücreti ve çalışma süresi serbestçe kararlaştırılacaktır. Fakat bu belirlemenin kanuni bir sınırı vardır. İşçiye verilecek olan ücretin aynı süre için hesaplanacak asgari ücretin altına düşmemesi gerekmektedir. Yasal günlük asgari ücret, tam süreli çalışan işçi içindir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye ödenecek olan günlük asgari ücretin miktarı, normal günlük çalışma karşılığı olarak tespit edilmiş asgari ücretin saat başına düşen miktarının çalışılan saatle çarpımı kadar olabilir ve söz konusu miktarın altına düşemez. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 16.05.1994 T., 1994/7505 E., 1994/7380 K. Sayılı kararında tam gün çalışan işçi ile haftada bir veya birkaç gün çalışan işçinin asgari ücretinin aynı olmaması gerektiğini belirtmiş ve günde birkaç saat çalışan işçiye, işverenin ödemesi gereken günlük asgari ücret, normal günlük çalışma karşılığı olarak tespit edilen asgari ücretin saat başına düşen miktarının çalışılan saatle çarpımı kadar olması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay aynı görüşü destekler nitelikte olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 05.05.1975 T., 1975/7229 E., 1975/29109 K. Sayılı kararında, günlük çalışmasının tamamını aynı işyerine hasretmeyen ve özel çalışmalarından sağladığı maddi olanaklar sayesinde yaptığı işe göre bir bedel alan işçinin asgari ücret isteyemeyeceğine karar vermiştir. Nitekim İş

(27) Eyrenci, Taşkent, Ulucan, age s.66

kanunu madde 13'e göre kısmi süreli çalışan işçiye ödenecek ücret, tam süreli emsal işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak ödenecektir.

5.3.2. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti

İş Kanunu m.47 gereğince “Bu kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayıp çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir”. İşçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerini çalışarak geçirmesi ise; ancak İş Kanunu m.44'de belirtilen durumlarda mümkündür. Maddeye göre: “Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmelerinde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gerekir”.

Kısmi süreli çalışan işçinin sözleşmeye göre çalışma zamanı ulusal bayram ve genel tatil günlerinden birine rastlarsa, kısmi süreli çalışan işçi ulusal bayram ve genel tatil günlerini çalışmadan geçirirse herhangi bir karşılığı olmaksızın ücrete hak kazanacaktır. Ancak, işçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerini çalışarak geçireceği hususunda sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde herhangi bir hüküm varsa ya da işçi bu duruma rıza göstermişse çalışılan her gün için bir günlük ücrete hak kazanacaktır. Bu anlamda, kısmi süreli çalışan işçi ile tam süreli çalışan işçi arasında herhangi bir fark yoktur.

5.3.3. Hafta Tatili Ücreti

İş Kanunu m.46'ya göre “Bu kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil günlerinden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir. Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir”. Kanunun bu emredici hükmü karşısında, kısmi süreli iş sözleşmesinde hafta tatilini uygulamak zor görünmektedir. Buna bağlı olarak, İş kanunu m.13'ün gerekçesinde “kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde, bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatil ücretine hak kazanamayacağı” belirtilmiştir. Bu belirlemeyi yaparken de hafta tatil ücretine kısmi süreli çalışan işçinin hak kazanamamasının tam süreli çalışan işçi ile arasında bir ayrımcılığa neden olmayacağı belirtilmiştir.

Bu düzenlemeye rağmen kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatili ücretine hak kazanabileceği görüşünde olan yazarlar da vardır.²⁸

(28) Şen, s.59, Özkara, s.61

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin hafta tatil ücretine hak kazanıp kazanmadığının tespitinde önemli olan husus işçinin kısmi süreli iş sözleşmesinde belirlenen sürelerde çalışıp çalışmadığıdır. Örneğin, çalışma süresine uygun olarak haftanın üç günü çalışan bir işçi, üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirdiği için hafta tatil ücretine hak kazanacaktır.

5.3.4. İkramiye ve Diğer Sosyal Haklardan Yararlanma

Kısmi süreli işlerde çalışan işçiler; kural olarak, tam gün çalışan işçiler gibi, ücret eklerinden yararlanır. Çünkü ücret eklerinin verilmesi, işyerinde çalışılan sürenin uzunluğuna bağlı bulunmaz. İşveren; hukuken haklı bir nedenin farklı davranmayı gerektirmediği sürece, kısmi ve tam gün çalışan işçiler arasında, ücret ekleri yönünden ayırım gözetmemesi gerekir. İş Kanunu m.13/2 gereğince kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, bölünebilir menfaatlerinden kendi çalışma zamanına orantılı olarak yararlanır.

Madde gerekçesinde açıklandığı üzere, tam süreli çalışan işçi, yılda 60 TL yakacak yardımı alıyorsa, haftada 15 saat kısmi süreli çalışan işçi, 20 TL yakacak yardımı alacaktır. Yine madde gerekçesine göre, kısmi süreli iş sözleşmesine göre haftanın iki iş günü çalışan işçi, hafta tatil ücretine hak kazanamayacağı gibi öğleden sonraları gelen işçilere tahsis edilen servis aracından da yararlanamayacaktır.²⁹ Buna karşılık, işveren işyerine gelen işçilere yol parası ödemesi yapıyorsa her gün gelen kısmi süreli işçiye tam, ancak haftanın belli günlerinde gelen kısmi süreli çalışan işçiye, çalıştığı günlerle orantılı olarak yol parası ödemesi yapmalıdır. Dolayısıyla, kısmi süreli çalışan işçi prim, ikramiye, bayram harçlığı, yakacak ve gıda yardımı gibi menfaatlerden çalıştığı süreyle orantılı olarak faydalanacaktır ki bu durum, işverenin eşit işlem borcuna aykırılık oluşturmasın. Diğer yandan yaş, kıdem, öğrenim durumu gibi ölçütler dikkate alınarak yapılan uygulamalarda, tam gün çalışan bir işçiyle kısmi süreli çalışan işçi arasında farklılıklar ortaya çıkması da eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır.

5.3.5. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücreti

İşveren ile işçi kurulan iş sözleşmesi ile çalışma süresini normal çalışma süresinin altında belirleyebilirler. Ancak, tarafların çalışma süresini normal çalışma süresinin altında belirleyip belirlemediklerinin tespiti önem arz etmektedir.

(29) Centel, age, s.64

Kısmi süreli çalışan işçi, sözleşme ile tespit edilen çalışma süresinin üzerinde çalıştığı her saat için fazla sürelerle çalışma ücreti almalıdır. Bunun dayanağı ise İş Kanunu m.41/3 hükmüdür. İlgili maddeye göre; “Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda, yukarıda belirtilen esaslar dâhilinde uygulanan haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışmanın saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesi ile ödenir”. Maddede öngörülen fazla çalışma ücretine ilişkin düzenleme “nispi emredici nitelikte olup” fazla sürelerle çalışma ücreti işçi lehine arttırılabilir. İş Kanunu m.41/4 ve ayrıca Fazla Çalışma Yönetmeliği m. 6/1 gereğince fazla sürelerle çalışma yapan işçi, işverene yazılı olarak başvurmak şartıyla, bu çalışmalar karşılığı fazla çalışma ücreti almak yerine fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İşçinin böyle bir talebi olduğu takdirde işveren zamlı ücret ödeme ödeme yoluna gidemeyecek ve işçinin talebine uymak zorunda kalacaktır.

Fazla sürelerle çalışma, sözleşme ile belirlenen haftalık çalışma süresinin üzerinde, ama kanunda belirlenen 45 saatin altında yapılan çalışmalardır. Her ne kadar Fazla Çalışma Yönetmeliği madde 8/d de kısmi süreli çalışan işçilere fazla sürelerle çalışma yaptırılmayacağı hususu düzenlenmiş olsa da bu yönetmelik hükmü, Anayasa'ya ve İş kanunu m. 41'e aykırıdır. Bu nedenle haftanın belli günlerinde tam olarak çalışan işçiye, yasadaki günlük normal iş süresinin üzerindeki çalışması için, haftalık çalışması 45 saati bulmasa dahi, fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Sonra aynı işçinin çalışmak durumunda olmadığı günlerdeki çalışması diğer çalışmalarıyla birlikte haftada 45 saati bulmadığı takdirde, 'fazla saatlerle çalışma' sayılıp BK 329 uyarınca ve 45 saati aştığında da 'fazla çalışma' olarak kabul edilip . İş Kanunu m.41 gereğince, kendisine artışı ücret verilmelidir.

5.3.6.Yıllık Ücretli İzin

İş Kanunu madde 53/1'de “İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.” hükmü yer almaktadır.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, Kanun'un aradığı şartlar gerçekleştiği durumda yıllık ücretli izine hak kazanacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmesinde yıllık ücretli izin, kısmi çalışan işçinin fiilen çalıştığı sürelerle çalışmış sayıldığı sürelerin toplanması suretiyle bulunmaz. Aksi takdirde, yapılacak hesaplamada işçinin bir yıllık süreye ulaşması için birkaç yıl çalışması gerekebilir ki bu kabul edilebilecek bir durum değildir.

Kısmi süreli çalışan işçilerin çalışmadıkları günler onların çalışmakla yükümlü olmadıkları günlerdir.

Tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi ile kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi arasında yıllık ücretli izin konusunda bir fark yoktur. Yani, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, salt kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı için tam süreli çalışan işçinin yıllık ücretli izine hak kazanması için gerekli olan çalışma süresinden daha fazla çalışma koşuluna bağlanamaz. Yıllık ücretli izin yönetmeliğinin madde 13/1'e göre "kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz" hükmü yer almaktadır.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye çalışma süresine orantılı olarak yıllık ücretli izin verilecektir. Ödenecek olan yıllık izin ücreti ise yıllık izin süresince çalışmakla yükümlü olup da izinli olduğu için çalışamayacağı günlerin karşılığıdır.

I. İşçi haftanın iş günlerinin tamamında çalışıyorsa ancak bu çalışma iş yasasında belirtilen günlük çalışma süresinden aşağıda ise, bu durumda normal çalışma durumunda farklı olmayan bir uygulamaya gidilerek yıllık ücretli izin kullanabilecektir. Ancak burada yıllık izin ücretli çalışan günlerdeki kısmi zamana göre hesaplanan günlük ücret dikkate alınarak hesaplanacaktır.

II. Haftanın belli günlerinde çalışan işçi konusundan konuya bakarsak, burada haftanın içerisinde çalışılmayan günler nedeniyle oluşacak boşluğu dolduracak kadar çalışma (hizmet süresi) eklenerek işçinin yıllık ücretli izne hak kazanacağı tarih belirlenecektir. Bu şekilde bir hesaplama sonucunda yıllık ücretli iznin kullanılması açısından normal zamanlı olarak çalışanlar arasında bir farklılık oluşmayacaktır.

III. Yıllık olarak hesaplanacak yıllık ücretli izin sürelerinden daha fazla aralıklarla çalışılması halinde farklı bir durum karşımıza çıkmaktadır. İşçinin çalıştığı 2 iş günü arasında işinin kıdemine göre hak edeceği yıllık ücretli izni süresinden fazla süre olamamalıdır. Örneğin 01.01.2000 tarihinde işe giren işçinin 31.12.2002 tarihine geldiğinde 3 yıllık kıdemi olacaktır. Bu işçinin yıllık ücretli izin hakkı yeni 4857 sayılı Kanun'un 54. madde ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 49. maddesine göre 12 gündür. İşçi kısmi süreli olarak 2 haftada 1 gün işyerine gelerek çalışıyorsa bu durumda iki çalışma günü arasında 13 günlük süre olacağından bu işçi açısından yıllık ücretli iznin bir önemi kalmamaktadır. Çünkü işçi çalıştığı son günden başlayarak 13 gün sonra gelecek çalışma gününü beklerken zaten 13 gün geçmiş olacağından yıllık iznin bir anlamı kalmamış olacaktır.

5.3.7. Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı, kanunda gösterilen fesih hallerinde, en az bir yıllık çalışması olan işçiye veya işçinin vefat etmesi halinde de bu işçinin hak sahiplerine işveren tarafından ödenmesi gereken paradır. Kısmi süreli çalışan işçinin kıdem tazminatına esas olacak kıdem süresi hesabında işçinin iş sözleşmesinin başlangıcından fesih anına kadar çalışılan veya çalışılmayan günler ayrımı yapılmaksızın tüm geçen süre dikkate alınmalıdır.³⁰ Yani bu tür çalışmada çalışılmayan günler de kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaktadır. Doktrindeki hakim görüş ve Yargıtay'ın son zamanlarda vermiş olduğu istikrarlı kararları da bu yöndedir.

Kıdem tazminatında tavanın belirlenmesinde çalışma süresi bakımından herhangi bir oranlama yapılmaksızın “işverenin eşit davranma borcu” nun bir gereği olarak iş kanunda düzenlenen tavan miktarı geçerli olacaktır

Kısmi süreli iş sözleşmeleri ile bir veya birden çok işverenin işinde çalışan işçiler her iş sözleşmesi bakımından ayrı ayrı kıdem tazminatına hak kazanacaklardır. Kısmi istihdama ilişkin yazılı hizmet sözleşmesi ile çalışan işçinin işyerinde fiilen çalıştığı süreler birleştirilerek kıdeminin hesaplanması yoluna gidilmesi işçinin kıdeminin hesaplanmasında işçinin hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalışmaya başladığı tarih ile bu sözleşmenin sona erdiği tarih arasında geçen süre işçinin kıdeminde esas alınacaktır.

Kısmi süreli çalışan işçinin hak ettiği kıdem tazminatı hesaplanırken öncelikle günlük ücreti tespit edilir ve bu ücret, kıdemi oluşturan yıl ve kıdem tazminatına esas olan 30 gün ile çarpılarak kıdem tazminatı belirlenir.

6. ÇALIŞMA SÜRELERİ

İş sözleşmeleri, uygulamada genellikle görüldüğü gibi işyerinde sürdürülen haftalık 45 saat ve günlük 7,5 saat çalışma sürelerine uygun olarak tam süreli yapılabileceği gibi, işyerinde uygulanan çalışma sürelerinin altında kısmi bir çalışma süresini konu alabilecek biçimde de yapılabilir. Uygulamada Yargıtay'ca da kabul edildiği üzere, iş oldukça ve işveren çağırıldıkça işe gelen, sair zamanlarda işyerinde veya kahvehanede bekleyen, işverenin gözetimi ve denetimi altında yükleme-boşaltma işi yapan bir hamal da bir işverene bağlı olarak çalışan işçi sayılır, onun ücretinin belirlenmesi götürü şekilde kararlaştırılabilir. Örneğin boşaltılan buğdayın tonu başına ücret ödenmesi gibi, bu şekilde kararlaştırılan çalışma ve ücret ödenmesi hizmet sözleşmesinin varlığını ortadan

(30) Centel, s.69, Demir, s.51, Süzek, (2005),s. 220

kaldırılmaz. Bununla birlikte, genellikle kısmi çalışmalar haftanın belli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli süre veya haftada bir ya da iki gün için belirli bir süre olarak kararlaştırılabilir. Örneğin işyerlerinde daha çok danışmanlık hizmeti veren iş hekimleri, iş güvenliği uzmanları, hukukçu gibi vasıflı elemanlar yanında, haftanın belirli günleri temizlik hizmeti görmek üzere işçilerle yapılan sözleşmeler kısmi süreli sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmeler, bir ya da birden çok işverenle yapabildiği gibi işçinin bu gibi işlerden başka serbest çalışması da söz konusu olabilmektedir.³¹

7. KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Kısmi süreli iş sözleşmesi, işyerinin niteliğine, yapılan işe ve işçilerin durumuna göre değişik türlerde çalışma şekilleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, haftanın belirli günlerinde tam gün veya haftanın her günü belirli bir süre olarak kararlaştırılabilir.

7.1. Çalışma Sürelerine Göre

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle işçi, belli saatlerde veya yarım gün veya vardiya usulü çalışma gibi bir, iki ya da fazla iş ilişkisini içerecek şekilde de çalışabilmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi, çalışma sürelerinde esneklik getirmiştir. İş Kanunu'na giren bu düzenleme ile önceden tek bir işverene bağlı çalışmak zorunda kalan işçiler, kısmi süreli iş sözleşmesi ile isterlerse tek bir işverenin yanında tam süreli işçiden daha az süre ile çalışabileceği gibi aynı zamanda birden fazla işverenin yanında da farklı sürelerde çalışabilecektir.³²

7.2. Çalışma İlişkisine Göre

Çalışma ilişkisine göre kısmi süreli iş sözleşmesini, tek iş ilişkisi içinde, birden fazla iş ilişkisi içinde veya ek iş ilişkisi içinde olmak üzere inceleyebiliriz.

7.2.1 Tek İş İlişkisi İçinde Çalışmak

Bir işçi, normal işçiden daha az süreli olarak tek bir işverenin yanında çalışıyorsa, tek iş ilişkisi içinde kısmi süreli iş sözleşmesi söz konusu olacaktır. Belirli nedenlerle, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmak istemeyen işçiler kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmayı tercih etmektedirler. Tam gün süreli çalışacak yer bulamayan ve çalışmaya ihtiyacı olan işçi, çocuklarına

(31) Çelik, age., s. 74

(32) Yorulmaz, Çiğdem Kısmi Süreli İş Sözleşmesi s. 33 (Ankara 2008)

bakmak için tam gün süreli çalışmayı tercih etmeyen anne veya lisans eğitimine devam eden bir öğrencinin bir işverenin yanında çalışması kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin tek iş ilişkisi içinde çalışmalarına örnek olarak gösterilebilir.

7.2.2 Birden Fazla İş İlişkisi İçinde Çalışma

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, birden fazla iş ilişkisi içinde de çalışabilmektedir. Birden fazla iş ilişkisi içinde çalışma bir işçinin iki veya daha fazla işvereninle iş sözleşmesi yapabilmesi demektir. Birden fazla iş ilişkisi içinde çalışmaya örnek olarak, iki firmada yarım gün çalışan işçiyi gösterebiliriz.

7.2.3 Ek İş İlişkisi Olarak Çalışma

Tam gün çalışan bir işçinin ayrıca ek iş olarak kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışması da mümkündür. Bu çalışma şekli özellikle işgücü arzının yetersiz olduğu durumlarda ortaya çıkmakta ve işçiler, meslek veya meslek dışı bazı ek işlerde çalışmaktadırlar. Tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin akşamları, hafta sonları veya özel günlerde müzisyen olarak çalışması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Her ne kadar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçinin yan iş ilişkisine girmesinin yasaklanabileceği ileri sürülebilirse de böyle bir sınırlayıcı hüküm olayların büyük çoğunluğunda işçinin kişilik haklarını ihlal edeceğinden (MK 23) geçersiz sayılır. Buna karşılık, işçinin yan iş yapması sadakat borcuna aykırı ise, başka işte çalışmaya ilişkin iş akdinin geçersiz sayılması gerekir.

7.3. Çalışma Biçimine Göre

Kısmi süreli çalışma, ihtiyaçlar ve uygulamalarla çeşitlenmiş ve farklı kısmi süreli çalışma şekilleri ortaya çıkmıştır. Kısmi süreli iş sözleşmesinin bir takım özel çalışma türleri vardır. Bunlar, kısmi süreli iş sözleşmesinin unsurlarını taşımakla birlikte her çalışma türünün kendine has, ayırt edici özelliği bulunmaktadır. Bu çalışma biçimlerine ilişkin kanunda düzenlenmiş bir hüküm varsa onlar, eğer yoksa kısmi süreli iş sözleşmesine ait hükümler uygulanacaktır. Nitekim genel anlamda hepsi birer kısmi süreli iş sözleşmesidir ve hepsi kısmi süreli iş sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır. Çalışma biçimine göre kısmi süreli iş sözleşmesinin türleri, klasik kısmi süreli çalışma ve esnek kısmi süreli çalışmadır.

7.3.1. Klasik Kısmi Süreli Çalışma

Çalışma sürelerinin ve zamanının kesin olarak belirlendiği çalışma biçimidir. Çalışma zamanları eşit ve düzenli olarak belirlenebileceği gibi eşit ve düzenli olarak belirlenmeye de bilir. Örneğin, sadece haftanın ilk iki günü çalışma veya her hafta yalnızca sabahları çalışma gibi düzenli bir çalışma biçiminin yanı sıra bazı haftalar öğle vakti çalışacağı da kararlaştırılabilir. Önemli olan, çalışma zamanı ve süresinin iş sözleşmesi yapılırken kararlaştırılmış olup olmadığıdır.

Klasik kısmi süreli çalışma, çalışma saatlerinin miktarı ile konumunun daha önceden kesin biçimde belirlendiği bir kısmi çalışma türüdür. Klasik tipteki kısmi süreli çalışmaya esas itibarıyla uygulamada “yarım gün çalışma” ve kısmi vardiya çalışması biçiminde rastlanır. Klasik bir kısmi çalışma olan “kısmi vardiya çalışması”, işyerindeki günlük normal iş süresinin vardiya sayısı kadar bölünüp çalışılması veya farkı uzunluklarda ve konumlarda vardiya iş süreleri aracılığı ile günlük normal çalışma süresinin uzatılması suretiyle yapılan bir çalışmadır. Yani, kısmi vardiya çalışması, işletmenin normal çalışma süresinden daha uzun süre açık kalmasını sağlamak üzere çalışmaların değişik uzunlukta ve konumda bulunan vardiyalara bölünmesini ve işçilerin işten çıkmasını önleme ve verimliliğini artırma düşüncesine dayanır.

7.3.2. Esnek Süreli Çalışma

Esnek kısmi süreli çalışma biçimi, çalışma saatlerinin miktarı ile konumunu belirleme yetkisinin, işverene (çağrı üzerine çalışma) veya işçiye (iş paylaşımı; esnek iş süresi) bırakıldığı kısmi çalışma biçimidir. Yani çalışma saatlerinin sayısı ve zaman içindeki konumu başlangıçta değil daha sonra belirlenmektedir. Bu belirleme, işverenin ve işçinin ihtiyacına göre olabilecektir.

Esnek kısmi süreli çalışmanın tam süreli iş sözleşmesinden ayırt edici olan en önemli özelliği, çalışma zamanının içeriğinin belirlenmesinin daha sonra taraflarca yapılmasıdır.

7.3.2.1 İş Paylaşımı

İş paylaşımı (job sharing) normal bir iş ilişkisinden farklı olarak, iki veya daha fazla sayıda işçinin, bir işi veya daha çok işi, önceden belirlenmiş iş süresi planı çerçevesinde diğer çalışan veya çalışanların onayıyla işyerindeki mutad çalışma süresi boyunca faaliyette bulunmayı sözleşmeyle yüklenmek suretiyle paylaşmalarıdır. Şu halde iş paylaşımı tam gün süreli, yani standart normal bir çalışma süresinde yapılacak işin, birden fazla işçi arasında, her biri farklı iş saatlerine denk gelmek üzere

aralarında paylaşarak yapılan bir çalışmadır. İşçiler, o iş yerindeki çalışma süresini dolduracak şekilde işi paylaşmaktadırlar. Burada iş edimi bölünmemekte; edimin yerine getirilmesi birden fazla işçi tarafından aralarında bölüşülerek üstlenilmektedir. Böylece bir iş yerinde iş, birden çok işçi tarafından iş süresi içinde paylaşarak yapıldığından, kısmi süreli çalışma özelliği arz eden bir çalışma söz konusu olmaktadır. Hangi işçinin normal iş süresinin hangi bölümünde çalışacağına işveren değil işçiler karar vermektedir.

İş paylaşımı üç unsurdan meydana gelmektedir. Bunlar, iş süresinin işçi tarafından belirlenmesi, iş paylaşımı içindeki işçilerin bir grup oluşturması ve belli durumlarda grup üyelerinin birbirinin yerini alma borcudur. Alman Hukukunda bu tür çalışmanın işçiler bakımından önemli sakıncalar yaratabileceği öngörüsüyle 1985 tarihli İstihdamı Teşvik Kanunu'na, işçileri korumak amacıyla, karşılıklı temsil yükünün, önceden sadece zorunlu işyeri gereği durumu için kararlaştırılabileceğini; temsil suretiyle yapılacak işin işyerinin çıkarları bakımından gerçekten zorunlu olması gerektiğini ve işverenin bu konudaki yetkilerini, beklenirlik çerçevesinde kullanabileceğini içeren hükümler konulmuştur.³³

İş paylaşımının işçiye sunduğu en büyük yarar, işçinin çalışmanın şekli ve zamanı konusunda işveren karşısında bağımsız olmasıdır.

İlk defa 1960'lı yıllarda ABD'de uygulama alanı bulan ve 1970 yılların sonuna doğru başta Almanya olmak üzere Avrupa'da ilgi uyandıran bir esnek kısmi çalışma türü olarak iş paylaşımı, Amerika ve Avrupa'da birebir aynı tanıma uygun bir uygulama özelliği göstermemektedir.

İş Kanunumuzda iş paylaşımına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun emredici hükümlerine uymak koşuluyla tarafların aralarında bu sözleşmeyi yapmalarına bir engel yoktur. Çünkü İş Kanunumuzun gerekçesinde de şu ifadeler yer verilmiştir: "*Kanunda ayrıca hüküm bulunmamakla beraber, taraflar, ülkemizde henüz uygulamasına geçilmemiş olan kısmi süreli iş sözleşmelerinin diğer bir özel şekli olan 'iş paylaşımı' esasına dayalı türünü de seçebilirler.*"

Bir görüşe göre, bu çalışma biçiminde taraflar yalnızca işi ve çalışma süresini paylaşmamakta bunun yanında tam gün süreli normal bir işin gerekleri olan ücret, ikramiye, emeklilik maaşı, izinler, sosyal yardımlar gibi hakları da paylaşmaktadırlar. Dolayısıyla işçiler kısmi süreli çalışmakta, fakat birden fazla kişiyle işi paylaştıkları için tam günü doldurmaktadırlar.

Doktrinde fikir birliği olmamakla birlikte işi paylaşan işçiler çalışma süresi içinde işin durmaksızın yürütülmesinden sorumlu olup herhangi bir

(33) Mollamahmutoğlu, Hamdi, s.267 (2004 ankara iş hukuku)

sebeple kendi çalışma süresi içinde iş gücünü tahsis imkanını kaybeden işçinin iş görme borcunun işi paylaşan diğer işçiler tarafından görülmesi gerekmektedir.

Diğer bir görüşe göre, grubu oluşturan işçilerden birinin olmaması halinde grubu oluşturan diğer işçilerden birinin yapılmayan veya eksik bir işi yapma borcu altında olması iş paylaşımı sözleşmesinin temel özelliği olan işçinin çalışma sürelerinin belirlenmesindeki serbestliliği ile bağdaşmamaktadır. Ancak eğer grubu oluşturan iş paylaşımı sözleşmesinin tarafları, genel ve sınırsız olmamak kaydıyla zaman açısından ve yalnızca belirli durumlarla –örneğin hastalık veya kaza vs.- sınırlı kalmak üzere bu sözleşmede yerine geçme borcunun varlığını kararlaştırabilirler.

İş paylaşan işçilerden birinin sözleşmesinin haklı nedenle feshi diğer işi paylaşan işçilerin sözleşmesinin de otomatikman feshi anlamına gelmez. Çünkü her işi paylaşan işçi ile işveren arasında ayrı iş sözleşmeleri bulunmaktadır.

İş paylaşımında kıdem tazminatının nasıl hesaplanacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre hak edilen kıdem tazminatı, grubu oluşturan işçilerin sayısına bölünmelidir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü bu görüş İş Kanununun işçiyi koruma düşüncesi ve ayrımcılığın önlenmesi ilkesi ile bağdaşmamaktadır. İş paylaşımı, niteliği itibarıyla kısmi süreli bir iş sözleşmesidir. İş paylaşan her bir işçi kısmi çalışmakta olup kanunun öngördüğü bütün düzenlemelerden ayrı ayrı yararlanmalıdır. İş paylaşan işçilerin işveren ile kurdukları kabul edilen iş ilişkileri, işin görülmesinin garantisini de içermesi nedeniyle birbirleriyle bağlantılıdır. Ancak bu bağlantı iş ilişkisinin bir bütün olarak düşünülmesine ve tam süreli iş ilişkisi olarak kabul edilmesine neden olamaz. Çünkü işi paylaşan işçilerin ayrı ayrı kısmi çalışma yapan kişiler olarak kabul edilmesi gerektiğinden, kısmi süreli iş sözleşmelerine uygulanan hükümler işi paylaşan her işçiye ayrı uygulanmalıdır.

7.3.2.2. Çağrı Üzerine Çalışma

Çağrı üzerine çalışmada sözleşmenin tarafları önceden belirli bir süre içinde toplam ne kadar süre çalışılacağını belirlerler ve işverene belirli bir süre önce bildirmek suretiyle işçiyi istediği zaman işe çağırma olanağını tanırlar. Genellikle otellerde, restoranlarda ve gazinolarda görülen bu tür çalışmalarda, işçilerin ücretleri 4857 sayılı İş Kanunu'na konan özel hükümlerle ücretleri koruma altına alınmıştır. Buna göre, yazılı olarak işçinin kendisine ihtiyaç duyuldukça iş görme edimini yerine getireceğinin kararlaştırıldığı çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmeleri hafta, ay, yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle

çalışacağını belirlemediği takdirde, haftalık çalışma süresi 20 saat olarak kararlaştırılmış sayılır. Bu süre içinde işçi çalıştırılın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır (İş K.md.14/1-2). Ayrıca, işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır (İş K.md14/3). Öyleyse, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmeleri, aksi kararlaştırılmadıkça, günde dört haftada yirmi saatten az olamayacak, bu süreler içinde işçi çalıştırılın veya çalıştırılmasın ücrete ve buna bağlı işçilik haklarına sahip olacak demektir. Yargıtay bir kararında,³⁴ iş oldukça ve işveren çağırıldıkça işe gelen, diğer zamanlarda işyerinde veya bir başka yerde bekleyen, işverenin denetimi ve gözetimi altında iş yapan kişi de bir işverene bağlı olarak çalışan işçi saymıştır. Bu karardan da anlaşıldığı gibi, kısmi süreli iş sözleşmelerinde işin düzenli görülmesi şart değildir.³⁵

7.3.2.3 Kayan İş Süresine Göre Çalışma

Kayan iş süresine göre çalışma, esnek kısmi çalışma türlerinden en eskidir. Kayan iş süresine göre çalışma, işçilerin günlük çalışma saatleri aynı kalmak kaydı ile çalışma süresinin konumu ve çalışma süresini kendi isteğine göre ayarlama olanağı veren bir çalışma biçimidir.

Basit kayan iş süresi ve vasıflı kayan iş süresi olmak üzere iki türü vardır. Bunlardan ilki çalışmaya erken veya geç paydos etme olanağı sağlarken; ikinci tipte işçi, sadece belirli temel (block) iş süresi içinde çalışmak zorunda olup, çalışma fazlasını veya eksikliğini belirli zaman parçaları içerisinde denkleştirme olanağına sahiptir. Basit kayan iş süresi, işveren tarafından önceden tespit edilen günlük çalışma saati içinde işe başlama ve işi bitirme saatlerini işçinin kendisinin ayarlamasına imkân veren bir çalışma biçimidir. İşçi, ne zaman işe geleceğini ve ne zaman gün içinde işi bırakacağına kendisi karar verir. Vasıflı kayan iş süresinde ise, tespit edilen zorunlu çalışma süresi içinde günlük çalışma saatlerini işçi kendisi ayarlamakta ve günlük çalışma eksikliği veya fazlasını belirli bir zaman diliminde (örneğin hafta veya ay içinde) daha fazla çalışmak suretiyle tamamlamaktadır. Bu çalışma biçiminde işçi, belirli bir zaman dilimindeki ortalama süreyi aşmadığı için, bir gün az çalıştığı süreyi bir başka gün daha fazla çalışarak telafi ettiğinden fazla çalışma ücretine hak

(34) Yargıtay 10. HD. 8.6.1995, E.5048, K.5358, YKD. Ekim 1995, 1563-1565

(35) Eyrenci, Taşkent, Ulucan, age, s. 67-68

kazanamayacaktır. Yani, işçi belli bir temel süre içinde kalmak kaydıyla bu süreyi belirli zaman parçalarında denkleştirme olanağına sahiptir.

8. KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMANIN BENZERLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ

8.1. Kısmi Süreli Çalışmanın Kısa Çalışmadan Farkı

Kısa çalışma ile kısmi süreli çalışmanın ortak yanı; işçinin iş görme borcunun, her iki çalışma biçiminde de işyerindeki (işletmedeki) olağan iş süresinden daha kısa bir süreyi içermesidir.³⁶ Buna karşılık, kısa çalışma; kısmi süreli çalışmadan değişik olarak, sürekli kısaltılmış bir iş süresine dayanmaz. Nitekim iş süresindeki kısalma, kısa çalışmada geçici niteliktedir. Bu anlamda, kısa çalışmanın, “kısmi işsizlik” biçiminde nitelendiği görülür. İş süresindeki kısalmanın sürekli olmayışı nedeniyle ise, kısa çalışmanın kısmi süreli çalışma niteliğinde olmadığı ortaya çıkar.

Diğer yandan, kısa çalışma; kendisini doğuran nedenler ile kendisine tanınan hukuki sonuçlar bakımından da, kısmi süreli çalışmadan ayrılır. Gerçekten, kısa çalışmaya, ekonomik durumunun kötüleştiği zaman ve işyerine (işletmeye) ilişkin nedenlerle gidilirken, kısmi süreli çalışma içerisine bunlardan tamamen farklı olan etkenler yüzünden girilir. Bu anlamda kısmi süreli çalışmada iş süresinin kısaltılması, yanlar arasında başlangıçta serbestçe karşılaştırılırken; kısa çalışmada iş süresi, sonradan ortaya çıkan durumlar nedeniyle, zorunlu olarak kısaltılır. Sonra, kısa çalışma boyunca iş görme ve ücret ödeme borçlarının kısmen askıya alınması söz konusuysen; kısmi süreli çalışmada yanlara ait edimlerin, baştan itibaren bunların anlaşılmasıyla sınırlandırıldığı görülür. Nitekim kısa çalışmada, işyerine ilişkin dış nedenlerle hizmet sözleşmesinin etkilenmesi söz konusuysen; kısmi süreli çalışmada, işçinin kendi isteğiyle böyle bir iş ilişkisi içine girdiği ve iş süresindeki kısalmanın, başlangıçtan sözleşmenin ayrılmaz parçasını oluşturduğu gözlemlenir.

Bununla birlikte, kısmi süreli çalışmanın, kısa çalışmayla tamamen ilişkisiz olduğu söylenemez. Nitekim söz gelimi Alman hukukuna göre, sadece kısa süreyle, yani haftada 19 saatten az süreyle çalışmayan kişi, kısa çalışma olanağına sahip olmakta ve kısa çalışma parası alabilmektedir.

8.2. Kısmi Süreli Çalışmanın Geçici İş İlişkisinden Farkı

Geçici iş ilişkisi ile kısmi süreli çalışmanın ortak noktası; kısa çalışmada olduğu üzere, her iki çalışma biçiminin de, işyerindeki normal iş

(36) Centel, *age*, s.31

süresinden daha kısa bir iş süresine dayanması özelliğidir. Buna karşılık, geçici iş ilişkisi, kısmi süreli çalışmadan değişik olarak, sürekli olamayan bir iş ilişkisini içerir. Nitekim geçici çalışmada işçinin olağan iş akışına dayanmayan bir işgücü gereksiniminin ortaya çıkması sonunda ve söz konusu işgücü açığını kapatmak üzere, kural olarak belirli süreli bir hizmet akdi içerisine girdiği görülür. Bu anlamda geçici iş ilişkisinin amacı, esas itibarıyla, geçici nitelikteki işçi açığının kapatılmasıdır. Buna karşılık, kısmi süreli çalışma bakımından ise, kısmi süreli hizmet ilişkisiyle izlenen amacın herhangi bir önemi yoktur.

Bununla birlikte, kısmi süreli çalışmanın, geçici iş ilişkisiyle tamamen ilişkisiz olduğu söylenemez. Nitekim kısmi süreli bir işte çalışan işçinin yeri, sözgelimi kısa süreyle hastalandığında, geçici süreyle çalışacak bir işçi tarafından doldurulabilir. Ancak böyle bir durumda dahi, geçici süreyle çalışacak işçiyi kısmi süreli işte çalışan bir işçi olarak nitelemek mümkün değildir. Çünkü anılan durumda izlenen amaç, geçici işçi açığının kapatılmasıdır. Bu nedenledir ki; kısmi süreli çalışmanın geçici çalışmayı dışladığını belirten Alman Federal İş Mahkemesi kararları, Alman hukuku öğretisi tarafından yerinde olarak, doğru bulunmaz.³⁷

Öte yandan, geçici çalışacak işçilerin, tam gün çalışmak üzere işe alınmaları mümkündür. Çünkü geçici iş ilişkisi açısından önemli olan; iş yerindeki personel açığının, her ne suretle olursa olsun, kapatılmasıdır. Buna göre de, iş yerinde olağan iş akışına dayanmayan iş gücü gereksinimi sonunda ortaya çıkacak açık, ister tam ister kısmi süreyle çalışacak işçi kullanılarak kapatılsın; söz konusu olan, geçici iş ilişkisidir.³⁸ Tam gün çalışmak üzere işe alınan geçici işçi ise, iş süresinde herhangi bir kısalma olmadığından, kısmi süreli çalışma kavramının dışındadır.

8.3. Kısmi Süreli Çalışmanın Mevsimlik Çalışmadan Farkı

Mevsimlik çalışma, İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. İş Kanunu m.50/5 gereğince niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik ve kampanya işlerde çalışanların yıllık ücretli izne hak kazanamayacağı belirtilerek kanun, mevsimlik çalışmanın tanımını vermese dahi bir yıldan az süren bir çalışma biçimi olduğunu belirtmiştir. Mevsimlik çalışma, faaliyetin sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışmakla birlikte faaliyetin yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı iş yerlerinde yapılan işler olarak tanımlanır. Mevsimlik çalışmada iş yoğunluğu belli dönemlerde artmakta ve bu durum hemen her yılın belli dönemlerinde düzenli olarak tekrarlanmaktadır. Genellikle

(37) Centel, age., s.33

(38) Çelik, age., s.94 (silmeğe daha iyi çünkü kitapta çelik ten demiyor.)

oteller, plajlar ve eğlence yerlerinde, gıda, inşaat, tarım ve ormancılık işkolunda mevsimlik iş sözleşmeleri yapılmaktadır.³⁹

Kısmi süreli çalışma ile mevsimlik çalışmanın benzer yönü, her iki çalışma biçiminin de normal çalışma süresinden daha kısa olmasıdır. Mevsimlik çalışma, yılın belli zamanlarında yani belli mevsimlerde iş yoğunluğu nedeniyle ortaya çıkan bir çalışma biçimidir. Mevsimlik çalışma, belli zamanlarla sınırlı olduğu için normal çalışma süresine oranla daha az çalışma vardır. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerden farklı olarak mevsimlik işte çalışan işçiler, işyerinde tam gün, hatta kanuni süreyi aşar şekilde çalışmaktadırlar.⁴⁰ Kısacası, kısmi süreli çalışmalar günün, haftanın bir bölümünü kapsadığı halde mevsimlik çalışma, dönemsel, başka bir ifade ile yılın belli sürelerinde yapılan yoğunlaşmış çalışmadır. Mevsimlik çalışma ile kısmi süreli çalışma iç içe olabilir. Bu durumda mevsimlik işçi olarak çalıştırılan işçi aynı zamanda diğer mevsimlik işçi olarak çalışan işçilerden daha az çalışmış olacaktır. Yani, belirli bir mevsim boyunca tam gün çalışan bir işçinin yanında yine belirli bir mevsimde tam gün çalışan işçiden daha az süreyle çalışan bir işçinin sözleşmesi mevsim süresiyle sınırlı (belirli süreli) kısmi süreli çalışma olacaktır.⁴¹

Kısmi süreli iş sözleşmesinin bir türü olan çağrı üzerine çalışma da mevsimlik çalışmadan farklıdır. Mevsimlik çalışmada işçinin çalışacağı dönemler belli iken çağrı üzerine çalışmada çalışacağı zaman belli değildir. Mevsimlik çalışmada yılın belli bir döneminde yapılan çalışma, tam süreli olarak yapılabilirken çağrı üzerine çalışma, kısmi süreli çalışmanın bir türü olduğundan hiçbir şekilde tam süreli olarak yapılamayacaktır.

8.4. Kısmi Süreli Çalışmanın Tali Çalışmadan Farkı

Kısmi süreli çalışma gibi tali çalışma da, normal iş süresinden daha kısa olan bir iş süresini içerir. Buna karşılık, tali çalışma, işçinin esas faaliyetine (çalışmasına) bağlı olarak bir anlam taşıırken; kısmi süreli çalışma açısından, işçinin tek temel mesleki faaliyeti olup olmama veya esas faaliyete yahut kısmi süreli çalışmaya ek bulunma gibi konuların herhangi bir önemi yoktur. Gerçekten kısmi süreli işte çalışan bir işçi, bunun yanı sıra bir başka iş yerinde de kısmi süreyle çalışabilir. Bu konuda, kısmi süreli çalışma kavramı açısından önemli olan birden çok sayıdaki (tam gün ve/veya kısmi süreli çalışmanın) zaman itibariyle çalışmaması yani çalışma zamanı olarak birbirinin içine girmemesidir.

(39) Süzek, s. 215

(40) Narmanlıoğlu, *Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi Ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, 2000, Ankara 2002, (Kıdem Tazminatı)

(41) Centel, s. 34

Birden çok iş ilişkisinin ortaya çıktığı durumlarda, “kısmi süreli çalışmatali çalışma” kavranabilmesi için, esas itibariyle işçinin ek nitelikteki bir iş ilişkisi içerisine girip girmediği noktasının öncelikle ayırt edilmesi gerekir. Örneğin sinemada yer gösteren kişi, gazete dağıtıcısı veya tiyatrunun vestiyerinde duran bayan tali çalışma içerisindedir. Çünkü, söz konusu işler, bu işlerde çalışan kişilerin esas işi değildir. Ve bunlar, genellikle anılan işleri esas işlerine ek olarak, kendilerine ayrılan serbest zaman içerisinde görmektedir.

8.5. Kısmi Süreli Çalışmanın Vardiya Çalışmasından Farkı

Vardiya usulü çalışmada işyerinde bütün işçiler aynı anda çalışmakta, bir bölüm işçi çalışırken diğerleri dinlenmektedir. Vardiya çalışma biçiminde işçiler, normal çalışma süresiyle postalar halinde vardiyalı olarak çalışmaktadırlar.

Vardiya çalışmasında işçiler katı bir çalışma süresine bağlıyken; kısmi süreli çalışmada hem esnek ve hem de işyerinde tam gün çalışan işçilerinkine göre kısa olan iş süresinin uygulanması söz konusudur. Örneğin, hastanelerde röntgen bölümünde çalışan işçiler radyasyon ışınlarının verdiği etkilerden korunmak için vardiya usulü ile çalışmaktadırlar. Diğer yandan, kısmi süreli çalışma biçimi ile vardiya usulü çalışma biçimi iç içe de olabilir.⁴² Vardiya usulü çalışma tam süreli kurulabileceği gibi kısmi süreli olarak da kurulabilir.

9. KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ İLE ÇALIŞANLARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

Sosyal sigorta haklarından yararlanma açısından tam gün çalışanlar ile kısmi çalışanlar arasında bir ayırım yoktur. İlk işe giriş tarihi ile tahsis talebinde bulunulduğu tarih arasında geçen süre sigortalılık süresi olarak kabul edilir. Yasaya göre, kişinin birden fazla işverenin işyerinde çalışmasında bir engel söz konusu değildir. Kısmi süreli çalışan sigortalının prim gün sayıları, bunların fiilen çalıştıkları günler üzerinden hesaplanmak zorundadır. Ancak, fiilen çalışılmış olunan günler belirlenirken, kısmi süreli işte çalışan sigortalının bir günde çalıştığı saatler toplamına bakılmayacaktır. Çünkü Türk hukuk sistemi, örneğin Alman Hukuk sistemi gibi bazı hukuk sistemlerinin aksine sosyal sigortalardan yararlanmayı haftalık çalışma saatlerinin belli toplamına ulaşmasına bağlı tutmaya dayanmaz.⁴³

(42) Özkara, *İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışma*, Ankara 1993, s.16

(43) Centel, s.81

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası madde 80/7'ye göre "Sigortaluların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları, aynı zamanda, bunların prim ödeme gün sayılarını gösterir. Ancak, işveren ve sigortalı arasında kısmi süreli hizmet akdinin yazılı olarak yapılmış olması kaydıyla, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanunu'na göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunur. Bu şekildeki hesaplamada gün kesirleri bir gün kabul edilir."

5510 sayılı SSGSSY bazı kısmi çalışanları sosyal güvenlik kapsamı dışında bırakmıştır. Bunlar niteliği itibariyle bir kişinin bir gün içinde yapabileceği işlerde yevmiyeli olarak çalışanlar ile ev hizmetlerinde sürekli çalışmalarına rağmen haftalık çalışma sürelerinin İş Kanunu'nda belirtilen sürelerden az olması nedeniyle aylık kazançları prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olanlardır.

Kısmi süreli çalışanlar ile tam süreli çalışanlar arasında sigortalı olma yönünden bir ayrım yoktur. Koşulları sağladıkları takdirde kısmi süreli çalışanlar da kısa veya uzun vadeli sigorta kollarından yararlanabilirler. Ancak sosyal güvenlik edimlerine ulaşmada genellikle kısmi süreli çalışanlar mağdur olmaktadır. Tam süreli çalışan bir sigortalının, fiilen çalışmadığı halde bazı hal ve durumlarda ücret hak etmesi nedeniyle, sigorta prim ödeme gün sayısı daha fazladır. Kısmi süreli çalışanlarda ise fiilen çalışma gün sayıları sigortalı gün sayısından daha fazladır.

10. KISMİ ÇALIŞMANIN ANAYASAL DAYANAĞI

10.1. Kısmi Çalışmanın Sosyal Devlet İlkesiyle İlişkisi

Sosyal Devlet ilkesi ile kısmi çalışma arasındaki ilişki, esas olarak, kısmi süreli işlerde çalışanların sosyal korumaya gereksinimi olan bir kesimi oluşturması nedeniyledir. Kısmi çalışmaya ilişkin bir yasal düzenleme; öncelikle, sosyal devlet ilkesinin, sosyal adaleti gerçekleştirilmeye yönelik olduğunu ve sosyal adalet düşüncesinin temelinde de eşitlik ilkesinin yattığını göz önünde bulundurup, hukuken geçerli görülemeyecek ayrımlar içine girmemek zorundadır. Burada söz konusu olan haksız ayırım yasağının, tam gün çalışanlar ile kısmi süreli işlerde çalışanlar arasında olduğu kadar, kısmi süreli işlerde çalışanların kendi içinde de geçerli bulunacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Kısmi çalışmaya ilişkin gerçekçi bir yasal düzenleme, sosyal ve ekonomik gerekler ile kişisel gereksinimleri bağdaştıracak ve dengeleyecek hükümlerden oluşmak zorundadır. Gerçekten, böyle bir düzenlemenin

“sosyal denge” unsurunu hesaba katması gerektiği açıktır. Çünkü aksi takdirde, sosyal güvencenin kapsamı genişletilirken; ayrıcalıklı bir kesim yaratılmış olur ve bu da sosyal dengeyi bozar.

10.2. Kısmi Çalışmanın Eşitlik İlkesiyle İlişkisi

Eşitlik ilkesi; genel olarak, aynı olana eşit ve aynı olmayana da, özelliğine göre ayrı davranmayı gerektirir. Gerek toplu iş sözleşmesinin yanları ve gerekse hizmet sözleşmesinde işveren; kısmi süreli işlerde çalışan işçilere ilişkin iş koşullarında, eşitlik ilkesinin yöneldiği keyfilik yasağını göz önünde bulundurmamak zorundadır. (Ay. Md. 10/1,11/1).

Ay. Md. 10/1, herkesin yasa önünde eşit olmasının yanında herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, meshep ve benzer nedenlerle fark gözetilmemesini öngörür. Söz konusu anayasa hükmünün kısmi çalışmayla olan ilişkisi ise, cinsiyet nedeniyle ayırım yapılamayacağına ilişkin buyurucu bölüme dayanır. Çünkü, cinsiyet ayrımı yasağı, kısmi çalışmanın esas itibarıyla kadın işçilerin çalışmasına dayanması nedeniyle, kısmi çalışmayı yakından ilgilendirir.

10.3. Kısmi Çalışmanın Kişilik Hakkıyla İlişkisi

Kişilik hakkı, kısmi çalışmaya yol açan nedenlerin irdelenmesi ve işverenin yönetim hakkının içeriğinin belirlenmesi bakımından, kısmi çalışmayı yakından ilgilendirir. Kısmi çalışmayı doğuran nedenlerin içerisinde yer alan “serbest zaman ayırabilme isteği”ni hukuken haklı kılan temel de kişinin anayasa güvencesi (Ay. m.17/1) altındaki kişilik hakkıdır.

10.4. Kısmi Çalışmanın Aileyi Koruma İlkesiyle İlişkisi

Kısmi süreli işlerde çalışanların büyük bir bölümü çocuk sahibi evli kadın işçilerin oluşturması, kısmi çalışmayla ilgili düzenlemelerde ailenin korunması ilkesinin (Ay.m.41) göz önünde bulundurulması gerektirir. Buna göre de; kısmi çalışmayı özendirici ve yaygınlaşmasını kolaylaştırıcı nitelikteki hukuki düzenlemeler, Devletin Ay. m.41/2 hükmünün gereğini yerine getirmesi anlamını taşır. Böylelikle, kısmi süreli işlerde çalışan çocuklu kadın işçilere çocuksuz kadın işçiler ile erkek işçilerden daha çok güvence sağlayacak bir düzenleme, ailenin korunması ilkesine uygun düşer.

10.5. Kısmi Çalışmanın Çalışma Hakkıyla İlişkisi

Ay. m.49/1 çalışma hakkını güvence altına almıştır. Bu nedenle işveren işçinin ikinci bir iş görmesini istisnai hallerde yasaklayabilir. Başka

işte çalışma yasağı işverenin bu yolda haklı bir çıkarı bulunduğu takdirde, öngörülebilir. Aksine bir çözüm ise anayasaya ters düşer.

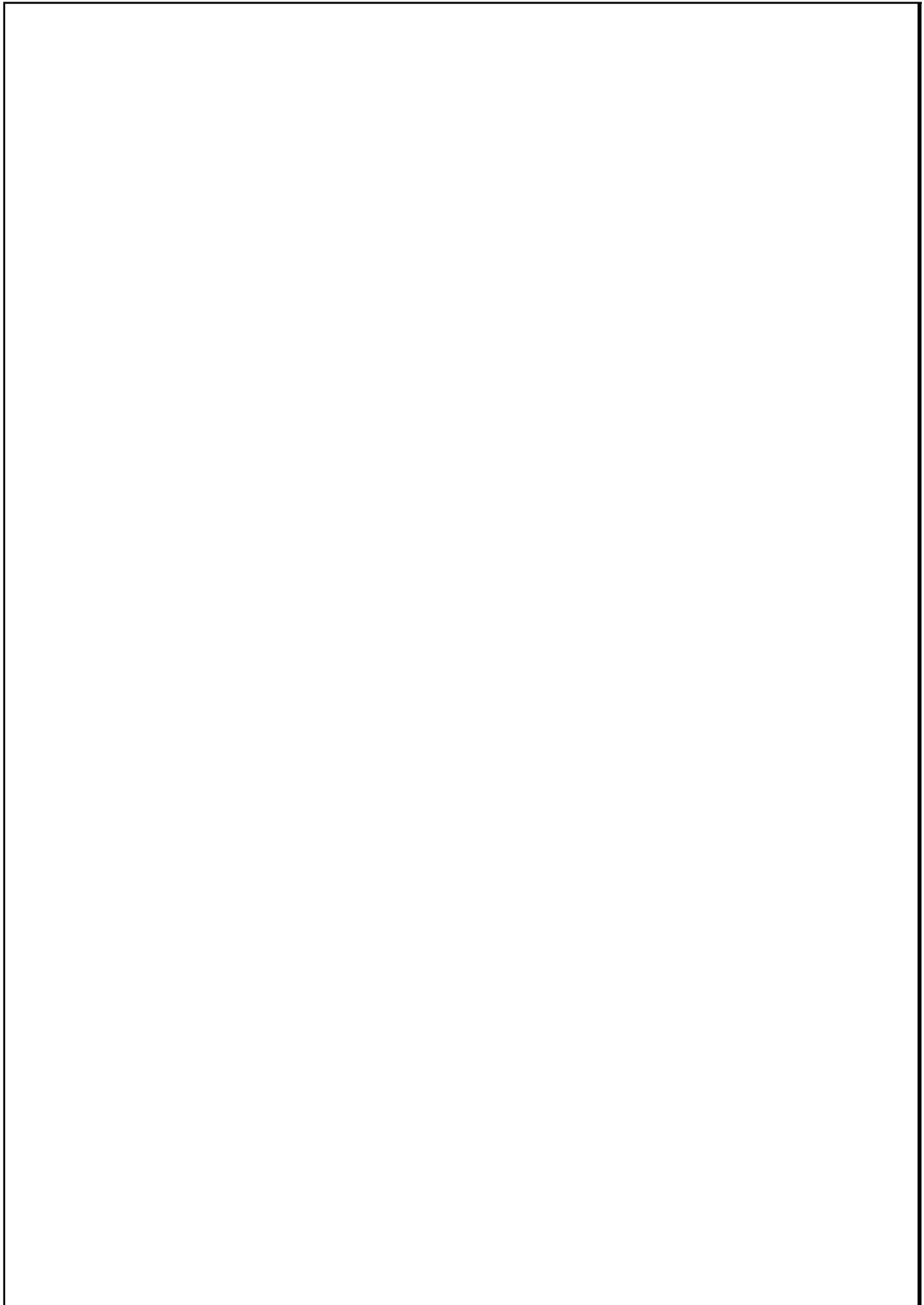
10.6. Kısmi Çalışmanın Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğiyle İlişkisi

Toplu iş sözleşmesi özerkliği, sözleşme taraflarının dıştan bir müdahale olmaksızın ücret ve çalışma koşullarını Anayasa ve yasaların emredici kurallarına aykırı olmayacak bir şekilde serbestçe düzenlemeleri anlamına gelmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, toplu iş hukukuna ilişkin haklardan yararlanabilecektir. Kısmi süreli çalışan işçinin, hukuken gerçek bir işçi niteliği taşıması nedeniyle toplu iş hukuku bakımından tam süreli çalışanlardan herhangi bir farkı yoktur. Uygulamada toplu iş sözleşmelerine, kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin hüküm konulduğu çok nadir görülmektedir. Toplu iş sözleşmesinde hükmün yalnızca tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye uygulanacağı açıkça belirtilmediği veya hükmün niteliğinin, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmaya uygun olduğu durumlarda toplu İş Hukuku'na ilişkin hükümler, kısmi süreli çalışan işçiye de uygulanabilecektir.

Kaynakça

- AKYİĞİT Ercan / İctihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, 2006 Ankara
- AYKAÇ Mustafa / Esneklik ve Çalışma Hayatı, Sabahattin Zaim'e Armağan, İktisat Fak. Mecmuası, 1996 İstanbul
- CENTEL Tankut / Kısmi Çalışma, Kazancı Kitap Tic. A.Ş. 1992 İstanbul
- CENTEL Tankut / İşyeri Yönetmeliğinde Değişiklik, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, 1993 Ankara
- ÇELİK Nuri / İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 2004 İstanbul
- EKONOMİ Münir / Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, Orhim Yayınları 2, 1986 İstanbul
- EYRENCİ Öner / Bireysel İş Hukuku, Legal Yayıncılık, 2004 İstanbul
- TAŞKENT Savaş /
- ULUCAN Devrim /
- EYRENCİ Öner / Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, Mozaik Basımevi, İstanbul
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / İş Hukuku, Turhan Kitapevi Yayınları, 2004 Ankara,
- SÜZEK Sarper / İş Hukuku, Beta Yayınevi, 2005 İstanbul
- YORULMAZ Çiğdem / Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, 2008 Ankara

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ
KARAR DERLEMESİ



YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/21006 K: 2009/693 T: 26.01.2008

TARIM BAĞ-KUR SİGORTASI

• TESPİT DIŞI KALAN SÜRELERE İLİŞKİN KARAR

(2926, 1086/74)

Özet: Mahkemece, davanın açıldığı tarihten sonra davacının dava kapsamında kalan sürelerde Tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğu kabul edilmişse de bu süreler dışında kalan ve dava konusu olan süreler hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmeyerek HUMK'un 74. maddesine muhalefet edilmesi ve davanın konusuz kaldığından bahisle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi doğru değildir.

Davacı, ilk prim kesintisinin yapıldığı aybaşından itibaren tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Hükmün, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1 - Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı kanuni gerektirici nedenler göre davalı Kurum vekilinin tüm, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2 - Dava, davacının 01.04.1996-01.05.2005 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacının davalı Kurumca tescil edildiği nedeniyle, karar vermeye yer olmadığına karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacının 13.04.2005 tarihli Ziraat Odası kaydının bulunduğu, 25.03.2004 tarihli Pancar Ekicileri Kooperatifi'ne üyeliğinin bulunduğu, sattığı ürün bedellerinden ilk prim kesintisinin 15.03.1996 tarihinde yapıldığı, ayrıca 2003, 2005, 2006, 2007, 2008 yıllarında da kesinti yapıldığı, yargılama devam ederken davacının

davalı Kurumca 01.04.1996-31.12.1996, 01.09.2003-31.12.2003, 01.05.2005 devam şeklinde Tarım Bağ-Kur Sigortalılığı'nın tescilinin yapıldığı görülmektedir.

Mahkemece, davanın açıldığı tarihten sonra davacının dava kapsamında kalan yukarıda belirtilen sürelerde Tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğu kabul edilmişse de bu süreler dışında kalan ve dava konusu olan süreler hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmeyerek HUMK'un 74. maddesine muhalefet edilmesi ve davanın konusuz kaldığından bahisle dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi doğru değildir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 26.01.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/23493 K: 2008/16994 T: 03.11.2008

ÇAKIŞAN SİGORTALILIK

Özet: Sosyal Güvenlik Sistemimizde çifte sigortalılık mümkün olmayıp çakışan sigortalılık olarak adlandırılan böyle durumlarda zorunlu sigortalılıkların çakışması halinde sorun önceden başlayıp devam eden sigortalılığa geçerlilik tanınarak çözümlenmektedir.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 01.03.1988-30.08.2004 tarihleri arasında geçen sigortalı çalışmalarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalı kurum (SSK Başkanlığı ve Bağ-Kur Genel Müdürlüğü) ile işveren vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava, davacının davalı işverenlere ait işyerinde 01.03.1988-30.08.2004 tarihleri arasında kesintisiz geçen ve kuruma bildirilmeyen çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, istemin kabulü ile davacının F. - M. adi ortaklığına ait 210832.35 sigorta no'lu işyerinde 01.03.1988-13.02.2002 tarihleri arasında hizmet akdine dayalı olarak 5023 gün çalıştığı ve 1895 gününün Kuruma bildirildiği, 3128 gününün bildirilmediğinin, M. ve ortağı N'ye ait 1194036.35 sigorta no'lu işyerinde 14.02.2002-05.08.2004 tarihleri arasında 890 gün çalıştığı ve bu çalışmasının Kuruma bildirildiğinin tespitine, bilirkişi raporunun bir örneğinin karara eklenmesine karar verilmiş ise de; varılan bu sonuç eksik incelemeye dayalı olup usul ve yasaya aykırıdır.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davalılara ait işyerinden, işe giriş bildirgesinin verilmediği, davalılar M. ve F'ye ait (210832) sigorta no'lu işyerinden 01.04.1990 tarihinde giriş ve 10.11.1994 tarihinde çıkış ile 1990 yılında 270 gün, 1991 yılında 360 gün, 1992 yılında 360 gün, 1993 yılında 360 gün, 1994 yılında 310 gün 15.03.1996 tarihinde giriş ve 01.08.1996 tarihinde çıkış ile 75 gün, 22.08.2001 tarihinde giriş ve 31.01.2002 tarihinde çıkış ile 2001 yılında 130 gün, 2002/1. dönemde 30 gün, davalı M. ve dava dışı N'nin ortak oldukları (1194036) sigorta no'lu işyerinden 14.02.2002 tarihinde giriş ve 31.03.2004 tarihinde çıkış ile 2002 yılında 315 gün, 2003 yılında 360 gün ve 2004 yılında 120 gün çalışmasının bildirildiği, (210832) sigorta no'lu işyerinin 01.04.1987 tarihinde, (1194036) sigorta no'lu işyerinin ise 14.02.2002 tarihinde 506 Sayılı Yasa kapsamına alındığı, davacının 06.11.1997 tarihinde kayda alınan sigortalılık belgesi ile vergi kaydına istinaden 13.06.1988 tarihinde nakliye işinden dolayı 1479 Sayılı Yasa'ya tabi Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil edilip 24.08.1989 tarihinde terkin edildiği görülmektedir.

Sosyal Güvenlik Sistemimizde çifte sigortalılık mümkün olmayıp çakışan sigortalılık olarak adlandırılan böyle durumlarda zorunlu sigortalılıkların çakışması halinde sorun önceden başlayıp devam eden sigortalılığa geçerlilik tanınarak çözümlenmektedir. Bu durumda davacının önceden başlayan sigortalılık statüsü nedeniyle 13.06.1988-24.08.1989 tarihleri arasında 1479 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalı olduğundan, sonradan 01.03.1988 tarihinden itibaren 506 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalı olamayacağından kısacası çifte sigortalılık mümkün olmadığından davacının 1479 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalılığın sona erdiği tarihi takip eden 25.08.1989 tarihinden itibaren 506 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalı kabul edilmesi gerekmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2001/21-627 Esas, 2001/659 Karar, 03.10.2001 günlü kararı ile, 2005/21-389 Esas, 2005/430 Karar ve 29.06.2005 günlü kararları da bu yöndedir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalı işverenlere iadesine, 03.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3784 K: 2009/14 T: 19.01.2009

**BAĞ-KUR'LUDAN
SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ (SGDP) KESİNTİSİ**

(KPTY/ Ek 20. m, 1479/24)

Özet: Yaşlılık aylığı bağlananlardan, çalışmalarını sürdürenlerin veya daha sonra çalışmaya başlayanların aylıklarından, çalışmalarının sona erdiği ay dahil olmak üzere %10 oranında SGDP kesilir.

Davacının kayıtlarının 01.10.1999 tarihinden başlayarak 1479 Sayılı Yasa'nın 24. maddesinde öngörüldüğü gibi sürmesi, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışmalarına devam ettiğine karine teşkil eder.

Davacı, emekli aylıklarından yapılan Sosyal Güvenlik Destek Primi kesintilerinin iptaliyle, kesintilerin yasal faizi ile birlikte iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı emekli aylıklarından yapılan Sosyal Güvenlik Destek Primi kesintilerinin iptali ile kesintilerin yasal faiziyle birlikte iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme istemin kabulüne karar vermiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacıya 01.07.1999 tarihinden itibaren emeklilik aylığının bağlandığı, 1479 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalılığına konu kayıtlardan, vergi kaydının, küçükbaş hayvan üreticiliği nedeniyle 27.06.1984-31.12.2001 tarihleri arasında, bakkal işletmeciliğinden 12.09.1994-31.12.2001 tarihleri arasında, zahirecilik işinden dolayı da 13.03.2002-30.09.2002 tarihleri arasında bulunduğu, Esnaf ve Sanatkarlar Odası'nda mesleği bakkal olarak 21.11.1994-11.05.2006

tarihleri arasında kayıtlı olduğu, sicil kaydının ise 04.01.1995-17.05.2006 tarihleri arasında mevcut olduğu, davacının kayıtlarının devam etmesi dikkate alınarak 1479 Sayılı Yasa'nın Ek 20. maddesi uyarınca 01.10.1999 tarihinden itibaren hesaplanan Sosyal Güvenlik Destek Primi ve gecikme cezasının emekli maaşından kesilerek Kurumca tahsil edildiği görülmüştür.

1479 Sayılı Yasa'nın Ek 20. maddesinde bu kanuna göre yaşlılık aylığı bağlananlardan 24. maddenin 1. bendinde belirtilen çalışmalarına devam edenlerin veya daha sonra çalışmaya başlayanların aylıklarından, çalışmalarının sona erdiği ay dahil olmak üzere %10 oranında Sosyal Güvenlik Destek Primi kesileceği belirtilmiştir. Davacının kayıtlarının yasanın uygulanmaya başladığı 01.10.1999 tarihinden itibaren 1479 Sayılı Yasa'nın 24. maddesinde öngörüldüğü şekilde devam etmesi, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışmalarına devam ettiğine karine teşkil etmektedir. Kayıtlar her zaman gerçeği göstermediğinden davacının 01.10.1999 tarihinden sonra kendi nam ve hesabının bağımsız çalışmalarının devam edip etmediği, ayrıntılı araştırılarak sonuca gidilmelidir. Buna göre, davacının 31.12.2001 tarihine kadar devam eden küçükbaş hayvan üreticiliği ve bakkaliye kayıtları ile 13.03.2002-30.09.2002 tarihleri arasındaki zahirecilik işinden kaynaklanan vergi kaydı nazara alınarak ilgili mal müdürlüğünden vergi kayıtlarının devam nedeni sorulmalı, vergi ödemelerine ilişkin bilgi alınmalı, işi bırakması ile ilgili yoklama fişleri ve tutanaklar düzenlenmiş ise getirtilerek incelenmeli, Mayıs 2006 tarihine kadar mevcut olan oda ve sicil kayıtları yönünden de araştırma yapılmalı kayıtların devam sebebi ile aidatların ne zamana kadar ödendiği sorulmalı, küçükbaş hayvan üreticiliği, bakkallık ve zahirecilik işlerini yaptığı işyeri adresleri belirlenerek bu yerlerden, davacıyla irtibata geçilmeden, emniyet marifetiyle soruşturma yaptırılarak işyerlerinin faaliyetinin sona erdiği tarihler belirlenmeli, işyerlerinin bağlı olduğu muhtarlık ve belediyeden bilgi alınmalı, deliller olabildiğince toplanarak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2007/21-122-106 sayılı kararda bu yöndedir.

Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde araştırma yapılarak istem hakkında bir karar vermek gerekirken, yetersiz araştırma ve eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 19.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2334 K: 2009/1016 T: 29.01.2009

HİZMET TESPİTİ

• SİGORTA BAŞLANGICININ TESPİTİ

(506/2, 6, 9, 79-10) (5510)

Özet: Davacı, davalı işyerinde geçen ve Kuruma bildirilmeyen çalışmalarının tespiti ile sigortalılık başlangıcının tespitini istemiştir.

Mahkemece;

a) İşyerinin gerçekten olup olmadığı, Kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte olup olmadığını tespit etmek.

b) SGK'dan ihtilaf konusu dönemle ilgili dönem bordrolarını getirtmek.

c) Davacı ile aynı dönemlerde işyerinde çalışmış ve işverenin resmi kayıtlarına geçmiş bordro tanıklarını dinlemek.

d) Bordro tanığı yok ise ilgili SGK Müd'den gerekirse zabıta marifetiyle tespit edilerek işyerine o tarihte komşu olan işyerlerinde bildirge tarihinde çalıştığı tespit edilen kayıtlı komşu işyeri çalışanlarının; çalışmanın niteliği ile gerçek bir çalışma olup olmadığı yönünde yöntemince beyanlarını almak.

e) Elde edilecek bilgilere göre gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde 506/2, 6, 9, 79-10. maddeleri gereğince kanıtlandıktan sonra sonuca göre karar verilmelidir.

Davacı, 01.03.1983-01.06.1983 tarihleri arasında davalı işyerinde geçen ve Kuruma bildirilmeyen çalışmalarının tesibi ile sigortalılık başlangıcının 01.03.1983 tarihi olduğunun tespitini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile, davacının davalı işyerinde 01.03.1983 tarihinde bir gün sigortalı olarak çalıştığının ve sigortalı başlangıç tarihinin 01.03.1983 olduğunun tespitine karar verilmiştir.

Gerçekten; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'nın 2 ve 6. maddelerinde açıkça belirlendiği üzere, sigortalılığın oluşumu yönünden çalışma olgusunun varlığı zorunludur. Eylemli veya gerçek biçimde çalışmanın varlığı saptanmadıkça, hizmet akdine dayanılarak dahi sigortalılıktan söz edilemez. Fiili veya gerçek çalışmayı ortaya koyacak belgeler, işe giriş bildirgesiyle birlikte 506 Sayılı Yasa'nın 79. maddesinde belirtilen sigortalının gün sayısını, kazanç durumunu, çalışma tarihleriyle birlikte ortaya koyan aylık sigorta gün bilgileri ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 17. maddesinde belirtilen 4 aylık prim bordroları gibi Kuruma verilmesi zorunlu belgelerdir. Yönetimce düzenlenip süresi içerisinde Kuruma verilen işe giriş bildirgesi, kişinin işe alınmış olduğunu gösterirse de fiili çalışmanın varlığının ortaya konulması açısından tek başına yeterli kabul edilemez.

Sigortalılıktan söz edebilmek için, çalışmanın varlığı, Yargıtay uygulamasında 506 Sayılı Yasa'nın 79-10. maddesine dayalı sigortalılığın tespiti davaları yönünden kabul edilen ilkelere uygun biçimde belirlenmelidir. Zira, sigortalılığın başlangıcına yönelik her dava sigortalılığın tespiti istemini de içerir. Aksine düşünce, özellikle yaşlılık aylığının kabulü için öngörülen sigortalılık süresi yönünden çalışanlar ile çalışmayanlar arasında adaletsiz ve haksız bir durum yaratır. Bu nedenle, işe giriş bildirgesinin verildiği ancak yasal diğer belgelerin bulunmadığı durumlarda çalışma olgusunu ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli kanıtlar aranmalı, kamu düzenine dayalı bu tür davalarda hakim, görevi gereği doğrudan soruşturmayı genişleterek sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını belirlemelidir. Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.1999 gün 1999/21-549-555, 05.02.2003 gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 03.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 01.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararların-da da vurgulanmıştır.

Somut olaya gelince; Mahkemece açıklanan şekilde fiili çalışmanın varlığının yöntemince araştırılmadan, davacının akrabası ve askerlik arkadaşının beyanına göre sonuca gidildiği ortadadır. Gerçekten çalışmanın geçtiği iddia edilen iş yerinde davacının işe başladığına dair işe giriş bildirgesinin süresinde verilmiş olmasına rağmen, davacı ile aynı dönemlerde işyerinde çalışmış ve işverenin resmi kayıtlarına geçmiş bordro tanıkları yada komşu işverenlerin aynı nitelikte işi yapan ve bordrolarına, resmi kayıtlarına geçmiş çalışanları dinlenmeden eksik inceleme ve araştırma ile sonuca varılmıştır.

Yapılacak iş; işyerinin gerçekten var olup olmadığı Kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığını tespit etmek, SGK'dan ihtilaf konusu dönemle ilgili dönem bordrolarını getirtmek davacı

ile aynı dönemlerde işyerinde çalışmış ve işverenin resmi kayıtlarına geçmiş bordro tanıkları dinlenmeli, bordro tanığı yok ise ilgili SGK İl Müdürlüğü'nden gerekirse zabıta marifetiyle tespit edilecek işyerine o tarihte komşu olan diğer işyerlerinde bildirge tarihinde çalıştığı tespit edilen kayıtlı komşu işyeri çalışanlarının; çalışmanın niteliği ile gerçek bir çalışma olup olmadığı yönünde yönetimce beyanlarını almak; elde edilecek bilgilere göre gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde 506 Sayılı Yasa'nın 2, 6, 9 ve 79/10. maddeleri gereğince kanıtlandıktan sonra sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 29.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/2743 K: 2009/1032 T: 29.01.2009****SGDP KESİNTİSİ • İŞLEMİN İPTALİ**

(1479/Ek 20, 24, 25; 5510)

Özet: Davacı emekli olduğundan yapılan SGDP kesintilerinin iptali ile yapılan kesintilerin yasal faiziyle kurumdan tahsiline karar verilmesini istemiş, istek Yerel Mahkemeye kabul edilmiştir.

a) 4447 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 01.10.1999 tarihinden sonraki dönemde, davacının en son işyeri adresinde zabita ve emniyet marifetiyle araştırma yapılmalı,

b) Belediyeden davacı adına kayıtlı işyeri olup olmadığı sorulmalı,

c) Kaydının devam ettiği Meslek Odası'nun seçim ve toplantılarına katılıp katılmadığı, aidat ödeyip ödemediği ve ödemiş ise ödeme tarihlerinin araştırılmalı,

d) Tüm deliller birlikte değerlendirilerek davacının fiili çalışmasının devam edip etmediği, devam etmiş ise hangi tarihe kadar devam ettiği saptanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Davacı, yaşlılık aylığından yapılan Sosyal Güvenlik Destek Primi kesinti işleminin iptali ile aksine kurum işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı emekli aylığından yapılan sosyal güvenlik destek primi kesintilerinin iptali ile yapılan kesintilerin yasal faiziyle davalı Kurumdan

tahsilini istemiş, mahkemece yazılı gerekçelerle istemin kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının marangozluk nedeniyle 19.11.1965-30.06.1993 tarihleri arasında vergi kaydının, 14.04.1967 tarihinden beri devam eden oda kaydının, 06.11.1984-08.10.2004 tarihleri arasında sicil kaydının olduğu ve 1479 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalı olarak 01.10.1972 tarihinde tescil edildiği, aynı yasa uyarınca 01.8.1996 tarihinde yaşlılık aylığı bağlandığı, kurumca 4447 Sayılı Kanun'un 38. maddesi ile 1479 Sayılı Kanun'a eklenen Ek 20. maddesi uyarınca, yukarıda belirlenen kayıtlar itibarı ile 01.10.1999-30.09.2004 tarihleri arası için Sosyal Güvenlik Destek Primi borcu çıkarıldığı ve davacının aylıklarından 2004 Ağustos ayından itibaren kesilmeye başlandığı anlaşılmaktadır.

1479 Sayılı Yasa'nın 24 ve 25. maddelerinde Bağ-Kur sigortalılığın başlangıç ve bitişinde vergi, meslek ve sicil kayıtlarının esas alınacağı açıkça belirtilmiştir. Vergi kaydının sona ermesi davacının kendi nam ve hesabına çalışmasını sona erdirdiğinin tek başına açık delili değildir. Mahkemece zabitanın davacının köydeki ikamet adresindeki yapılan yetersiz araştırmaya değer verilerek sonuca gidildiği görülmüştür.

Yapılacak iş; anılan Yasanın yürürlüğe girdiği 01.10.1999 tarihinden sonraki dönemde, davacının en son işyeri adresinde zabıta ve emniyet marifetiyle araştırma yapmak, Belediyeden davacı adına kayıtlı işyeri olup olmadığını sormak, kaydının devam ettiği meslek odasının seçim ve toplantılarına katılıp katılmadığı aidat ödeyip ödemediği, ödemiş ise ödeme tarihlerinin araştırılarak tüm deliller birlikte değerlendirilip davacının fiili çalışmasının devam edip etmediği etmiş ise hangi tarihe kadar devam ettiği saptanarak sonuca gidilmesi gerekir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 29.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/2485 K: 2009/1553 T: 05.02.2009****ÇAKIŞAN SİGORTALILIK • ZORUNLU SİGORTA İLE
İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIĞIN ÇAKIŞMASI**

(1479/24, 2229, 2654, 3165, 5510)

Özet: Sosyal Güvenlik Sistemimizde çifte sigortalılığa cevaz verilmemiş olup çakışan sigortalılık olarak adlandırılan böyle bir durumda zorunlu sigortalılık ile isteğe bağlı sigortalılığın çakışması halinde asıl olan zorunlu sigortalılık olduğundan zorunlu sigortalılığa değer verilerek sorun çözüme kavuşturulmalıdır.

Davacı, 01.04.2002-03.10.2005 tarihleri arasında Bağ-Kur sigortalılığının iptaline, borcu olmadığını tespitine, SSK'dan emekli olması gerektiğine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, çakışan 1479 Sayılı Yasa'ya tabi zorunlu sigortalılık hizmetleri dışlanarak, 01.04.2002-03.10.2005 tarihleri arasında 506 Sayılı Yasa'ya tabi isteğe bağlı sigortalı olduğunun ve 04.10.2005 tarihi itibari ile 506 Sayılı Yasa gereğince yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitini istemiştir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

01.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren, 1479 Sayılı Yasa'nın 24. maddesi ilk şekliyle, sigortalılığın oluşumu için, kendi ad ve hesabına bağımsız çalışma olgusunun gerçekleşmesi yanında, ayrıca Kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olma koşulunu da aramıştır. Bu kuruluşlara kayıt tarihi ise, sigortalılığın başlangıcı yönünden yasal karine kabul edilmiştir. 04.05.1979 tarihinde yürürlüğe giren 2229 Sayılı Yasa, Bağ-Kur'lu olabilme yönünden, söz konusu 24. maddenin öngördüğü

meslek kuruluşlarına kayıtlı olma koşulunu kaldırmış, sadece yasanın temel ilkesi olan kendi ad ve hesabına çalışma koşulunun gerçekleşmesi durumunda, sigortalılığın oluşacağını yeterli görmüştür. Buna karşın, 20.04.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 Sayılı Yasa bağımsız çalışanların sigortalı olabilmeleri yönünden vergi yükümlülüğünü öngörmüş, vergiden muaf olanların da kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmaları durumunda yine sigortalı sayılacaklarını kabul etmiştir. Nihayet, 22.03.1985 yürürlük tarihli 3165 Sayılı Yasa, sigortalılığa karine yönünden vergi kaydının, bu kaydın bulunmaması veya vergiden muaf olunması halinde, esnaf ve sanatkar sicili veya kanunla kurulu meslek kuruluşu kayıtlarının esas alınacağını belirlemiştir.

Davacının şahsi sicil dosyasının incelenmesinden, 31.10.1983 tarihli giriş bildirgesine istinaden, 01.08.1983 tarihi itibarıyla Bağ-Kur sigortalısı olarak kayıt ve tescilinin yapıldığı, davacının 29.08.1983-15.12.1990; 26.08.1986-24.07.1991 ve 06.09.1991-25.10.2005 tarihleri arasında oda kaydı, 12.11.1986-04.03.1996 tarihleri arasında esnaf ve sanatkar sicil kaydı ve 01.08.1983-15.08.1985; 19.06.1986-29.12.1987 tarihleri arasında vergi kaydı bulunmaktadır. Ayrıca davacının 07.12.1976-30.06.1977 ve 01.04.1979-02.05.1979 tarihleri arasında Sosyal Sigortalar Kurumu'na tabi aralıklı zorunlu sigortalılığı ve ihtilaflı dönem olan 01.04.2002-30.09.2005 tarihleri arasında da 506 Sayılı Yasa'ya tabi aralıklı zorunlu sigortalılığı ve ihtilaflı dönem olan 01.04.2002-30.09.2005 tarihleri arasında da 506 Sayılı Yasa'ya tabi isteğe bağlı sigortalılığı bulunmaktadır. Davacının ihtilaflı dönemde devam eden oda kaydı; 01.08.1983 tarihi itibarıyla zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olarak önceden tescili ve 28.02.2002 tarihinde kadar devam eden Bağ-Kur prim ödemelerinin de bulunduğu ve bu dönemde zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olduğu açıktır.

Sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılığa cevaz verilmemiş olup çakışan sigortalılık olarak adlandırılan böyle bir durumda zorunlu sigortalılık ile isteğe bağlı sigortalılığın çakışması halinde asıl olan zorunlu sigortalılık olduğundan zorunlu sigortalılığa değer verilerek sorun çözüme kavuşturulmaktadır. O halde davacının ihtilaflı dönemde zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olduğunun kabulü gerekir.

Yapılacak iş, davacının 01.04.2002-30.09.2005 tarihleri arasında zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olduğu esas alınarak Bağ-Kur'a prim borcu bulunup bulunmadığı araştırılarak 04.10.2005 tarihi itibarıyla 506 Sayılı Yasa'dan yaşlılık aylığına hak kazanıp kazanmadığı hakkındaki istem buna göre yeniden değerlendirilip tartışılarak çıkacak sonuca göre bir karar vermektir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik inceleme ve yanılığı değerlendirme ile yazılı Şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 05.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3817 K: 2009/1640 T: 09.02.2009

MINİBÜŞÇÜLÜK YAPANIN HİZMET TESPİTİ

(1429/24, 25)

Özet: Davacının Oda Kaydı 1984 yılında silinmiştir. Odanın verdiği bu belgenin aksi tanıkla kanatlanamaz.

18.06.1984 tarihinden dava tarihine kadar olan uyuşmazlık konusu dönemde gerçekten kendi adına ve hesabına bağımsız faaliyetinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği, buna göre ilgili emniyet müdürlüğüne yazı yazılarak davacının üzerine kayıtlı minibüs veya başka nakliye aracının bulunup bulunmadığının, kaydının hangi tarihten başladığının, nakliyecilik işi sırasında aldığı trafik cezalarının tarihlerinin sorulması, tüm deliller toplandıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Davacı, 18.06.1984 tarihinden itibaren dava tarihine kadar A. Şoförler ve Otomobilciler Odası'na üye olduğunun bu tarihler arasında 1479 Sayılı Yasa kapsamında Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Davacı 18.06.1984 tarihinden itibaren dava tarihine kadar A. Şoförler ve Otomobilciler Odası'na üye olduğunun tespiti ile bu tarihler arasında 1479 Sayılı Yasa kapsamında Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitini talep etmiştir.

Mahkeme istemin kabulüne karar vermiş ise de eksik araştırma sonucu verilen karar usul ve yasaya aykırıdır..

Davacının Minibüscülük işinden dolayı 20.03.1986 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal eden giriş bildirgesi ile geriye yönelik olarak oda kaydı esas alınarak 20.04.1982 tarihinden itibaren Bağ-Kur sigortalısı olarak kayıt ve tescilinin yapıldığı, 01.11.1976-31.12.1984 tarihleri arasında ve 16.10.2006 tarihinde başlayıp devam eden vergi kaydının, 23.06.1977-18.06.1984 tarihleri arasında oda kaydının bulunduğu, Esnaf Sicil kaydının bulunmadığı, oda kaydının silinmiş olması nedeni ile Bağ-Kur sigortalılığının ödemesinin bulunmadığı ve A. Şoförler ve Otomobilciler Odası Yönetim Kurulu'nun 18.06.1984 tarihli kararı ile *"dilekçe ile müracatta bulunana ve aralarında davacının da ismi bulunan (Kararda Oda kayıt sicil no'su ile ismi doğru yazılmış soyadı sehven Aydın yazılmış) 7 üyenin kaydının silinmesine"* karar verildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır.

Davacının minibüscülük işinden 01.11.1976 tarihinde başlayan oda kaydının Oda Yönetim Kurulu kararı ile 18.06.1984 tarihinden itibaren silinmiş olması nedeni ile yazılı belgenin aksinin tanık ile isbatının mümkün olmadığı ancak yazılı belge ile isbat edilebileceği dikkate alınarak, 18.06.1984 tarihinden dava tarihine kadar olan uyumsuzluk konusu dönemde gerçekten kendi adına ve hesabına bağımsız faaliyetinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği, buna göre ilgili emniyet müdürlüğüne yazı yazılarak davacının üzerine kayıtlı minibüs veya başka nakliye aracının bulunup bulunmadığının, kaydının hangi tarihten başladığının, nakliyecilik işi sırasında aldığı trafik cezalarının tarihlerinin sorulması, tüm deliller toplandıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve yetersiz inceleme ile kurulan hüküm usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 09.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3785 K: 2009/1644 T: 09.02.2009

BAĞ-KUR SİGORTALILIĞININ TESPİTİ

(1479/24, 25; 2229, 2654, 3165; 4721/2)

Özet: Davacının tespitini istediği süreç Bağ-Kur'luluk statüsü yönünden, değişik yasal dönemleri içermektedir. Her uyumsuzluğun dayandığı istem veya olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan yasal kurallara göre çözümlenmesi gerekeceği ilkesinden hareketle, her dönem için geçerli olan yasal koşulların ayrı ayrı ele alınarak Bağ-Kur'luluk statüsünün ortaya kanması gerekir.

Davacı, 09.12.1987-01.01.1990 ve 30.11.1990-31.07.1995 tarihleri arasında 1479 Sayılı Yasa kapsamında Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, 09.12.1987-01.01.1990 ve 30.11.1990-31.07.1995 tarihleri arasında 1479 Sayılı Yasa kapsamında Bağ-Kur sigortalı olduğunun tespiti ile davalı Kurum tarafından yapılan iptal işleminin kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş ise de bu sonuç usul ve Yasaya uygun değildir.

Gerçekten, davacının tespitini istediği süreç Bağ-Kur'luluk statüsü yönünden, değişik yasal dönemleri içermektedir. Her uyumsuzluğun, dayandığı işlem veya olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan yasal kurallara göre çözümlenmesi gerekeceği ilkesinden hareketle, her dönem için geçerli olan yasal koşulların ayrı ayrı ele alınarak Bağ-Kur'luluk statüsünün ortaya konması gerekir. Davanın yasal dayanağını oluşturan 1479 Sayılı Yasa'nın 24. ve 25. maddeleri, Bağ-Kur'luluk koşulları ile

kimlerin bu Yasa kapsamında olduklarını ve Bağ-Kur'luluk statüsüne karine sayılacak olguları açıkça belirlemiş bulunmaktadır. Bu arada sözü geçen maddeler, tespiti istenilen dönemde üç kez değişikliğe uğramış ve yasal karinelere yönünden farklı kurallar öngörülmüştür. Ne var ki bir kimsenin Bağ-Kur'lu sayılabilmesi yönünden ön koşul veya temel ilke, Yasanın kabulünden bugüne kadar varlığını sürdürmektedir. Anılan yasanın 24. maddesinin ilk fıkrasında yer alan esas ilkeye göre, Bağ-Kur'luluk statüsüne girebilmesi için bir kimsenin, kendi ad ve hesabına bağımsız çalışmasının varlığı gerekir. Belirtilen ana koşulun gerçekleşmesinden sonra, ancak yasanın öngördüğü diğer unsurların bulunması halinde, zorunlu ve yasal statü kendiliğinden oluşur.

01.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren, 1479 Sayılı Yasa'nın 24. maddesi ilk şekliyle, çalışma olgusunun gerçekleşmesi yanında, sigortalılığın oluşumu için, ayrıca kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olma koşulunu da aramıştır. Bu kuruluşlara kayıt tarihi ise, sigortalılığın başlangıcı yönünden, yasal karine kabul edilmiştir. 04.05.1979 tarihinde yürürlüğe giren 2229 Sayılı Yasa Bağ-Kur'lu olabilme yönünden, söz konusu 24. maddenin öngördüğü meslek kuruluşlarına kayıtlı olma koşulunu kaldırmış sadece yasanın temel ilkesi olan kendi ad ve hesabına çalışma koşulunun gerçekleşmesi durumunda, sigortalılığın oluşacağını yeterli görmüştür. Buna karşın, 20.04.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 Sayılı Yasa bağımsız çalışanların sigortalı olabilme yönünden vergi yükümlülüğünü öngörmüş vergiden muaf olanların da kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmaları durumunda yine sigortalı sayılacaklarını kabul etmiştir. Nihayet, 22.03.1985 yürürlük tarihli 3165 Sayılı Yasa, sigortalılığa karine yönünden vergi kaydının, bu kaydın bulunmaması veya vergiden muaf olunması halinde, esnaf ve sanatkar sicili veya kanunla kurulu meslek kuruluşu kayıtlarının esas alınacağını belirlemiştir.

1479 Sayılı Yasa'nın 79. maddesine göre isteğe bağlı sigortalılık ise, sigortalının tescil talebinin kuruma intikal ettiği tarihte başlar. Ancak ayı içinde primi yatırılmış süreler sigortalılık süresine dahil edilir.

Somut olayda, davacı 10.05.1983 tarihinde kuruma verdiği giriş bildirgesine istinaden 29.04.1983 tarihinden itibaren Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil edilmiştir. Davacının 26.04.1983-13.04.1987 tarihleri arasında ve 31.12.1997 tarihinde başlayıp devam eden vergi kaydının, 26.04.1983-10.11.1987 tarihleri arasında ve 01.05.1998 tarihinde başlayıp devam eden oda kaydının ve 26.04.1983-10.11.1987 tarihleri arasında ve 01.05.1998 tarihinde başlayıp devam eden ESNAF ve Sanatkar Sicil kaydı bulunduğu, davalı kurum tarafından 10.02.1988 tarihinde davacıya ESNAF Sicil kaydının silinmiş olması nedeni ile 09.12.1987 tarihinden itibaren

Bağ-Kur sigortalılığının sona erdiğinin bildirildiği, 26.01.1990-10.09.1990 tarihleri arasındaki dönemde ve 02.10.1995 tarihinde başlayıp devam eden prim ödemeleri nedeni ile 01.01.1990-31.10.1990 tarihleri arasındaki sürede ve 31.07.1995 tarihinden itibaren isteğe bağlı Bağ-Kur sigortalı kabul edildiği dosyadaki kayırlar ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Davacının, uyuşmazlık konusu dönemde, vergi kaydı, esnaf ve sanatkar sicil kaydı veya usulüne uygun kanunla kurulu meslek kuruluş kaydı bulunmadığı ortadadır. Ayrıca, isteğe bağlı sigortalı olabilmek için kuruma tescil talebinde bulunmadığı gibi, düzenli prim de ödememiştir. Başka bir anlatımla, 1479 Sayılı Yasa sistemine göre zorunlu ve isteğe bağlı sigortalılık koşullarını taşımamaktadır. Öte yandan uyuşmazlık konusu döneme ait primlerin Kurum tarafından tahsil edilip uzun süreli kullanım kullanılmadığı dosya kapsamından anlaşılmamaktadır.

Mahkemece yapılacak iş; davacının Yasa sistemine göre zorunlu ve isteğe bağlı sigortalılık koşullarını taşımadığı uyuşmazlık konusu döneme ait primlerin tahsil edilip edilmediğini davalı kurumdan sormak, bu döneme ait primlerin tahsil edildiğinin tespiti halinde, ödeme tarihinden dava tarihine kadar olan sürenin m.2 anlamında uzun süre kullanım kabul edilecek uzunlukta olduğunun anlaşılması durumunda, primleri tahsil edilen süreler yönünden şimdiki gibi kabul kararı vermek, aksi takdirde davanın reddine karar vermektir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 09.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/4037 K: 2009/1673 T: 09.02.2009****TARIM BAĞ-KUR SİGORTALISI OLMADIĞININ TESPİTİ***(1479/24, 2654, 3165, 4956)*

Özet: Davacı, Tarım Bağ-Kur sigortalısı olmadığına prim borcu ve gecikme zammının iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davacının 1479 Sayılı Yasa gereğince tescilli 1986 yılında yapılmış olmakla, bu tarihte yürürlükte bulunan 1479 Sayılı Yasa'nın 24. maddesi gereğince vergi kaydı sona erse de oda ve sicil kaydı devam ettiği için halen sigortalılık koşullarının bulunduğu ortadadır. Bu nedenle davacının vergi kaydının sona erdiği tarihten sonraki dönemde oda ve sicil kaydının gerçeği yansıtmayıp yansıtmadığının araştırılması gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile sonuca gidilmesi bozma nedeniyledir.

Davacı, 31.05.2000-15.08.2005 tarihleri arasında Tarım Bağ-Kur sigortalısı olmadığına prim borcu ve gecikme zammının iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamda belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Dava, davacının 31.05.2000-15.08.2005 tarihleri arasındaki 1479 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalılığının iptali ile bu döneme ilişkin davalı kurumca tahakkuk ettirilen prim borcu ve gecikme zammının iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin reddine karar verilmiştir.

01.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1479 Sayılı Yasa'nın 24. maddesinde Zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı için esnaf sicili veya Kanunla kurulu mesleki kuruluş kaydı aranırken 20.04.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 Sayılı Yasa ile 1479 Sayılı Yasa'nın 24. maddesi değiştirilecek

Zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı için gelir vergisi mükellefi olması şartı getirilmiş ancak gelir vergisinden muaf olanlar için meslek kuruluşuna kayıtlı olma yeterli görülmüş, 22.03.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3165 Sayılı Yasa ile 24. madde değiştirilerek Zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı için vergi kaydı veya esnaf sicil kaydı veya oda kaydının bulunması yeterli görülmüş, 02.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4956 Sayılı Yasa ile 24. madde değiştirilerek zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı için gelir vergisi mükellefi olma şartı getirilmiş ancak gelir vergisinden muaf olanlar için esnaf sicil kaydı ve oda kaydının bir arada bulunması yeterli görülmüştür.

Dosyadaki kayır ve belgelerden; davacının 09.01.1986 tarihinde 24.01.1985 tarihi itibarı ile vergi kaydı nedeniyle tescil edildiği, 12.05.2005 tarihinde ek 5 sigortalılığı sona erdirme belgesine göre sigortalılığının sona erdiği, 24.01.1985-31.05.1989 ile 08.12.1983-31.03.1993 tarihleri arasında vergi kaydının, 29.08.1997-12.08.2005 tarihleri arasında Etnaf ve Sanatkarlar Odası kaydının bulunduğu, başkaca bir kaydın bulunmadığı 02.09.2002 tarihine kadar prim ödemeleri yaptığı, 26.662.-TL prim borcunun bulunduğu, 30.04.2002 tarihinde prim borçlarını taksitlendirme talebinde bulunduğu, 25.09.2003 tarihinde de birikmiş prim borçlarını ödeme taahhüdünde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davacının 1479 Sayılı Yasa gereği tescili 1986 yılında yapılmış olmakla, bu tarihte yürürlükte bulunan 1479 Sayılı Yasa'nın 24. maddesi gereğince vergi kaydı sona erse de oda ve sicil kaydı devam ettiği için halen sigortalılık koşullarının bulunduğu ortadadır. Bu nedenle davacının vergi kaydının sona erdiği tarihten sonraki dönemde oda ve sicil kaydının gerçeği yansıtmayı yansıtmadığını araştırılması gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş, davacının vergi kaydının sona erdiği 31.03.1994 tarihinden sonra davacının kendi nam ve hesabına fiili ve gerçek çalışmasının olup olmadığını tespiti için belediye zabıtası ve emniyet aracılığıyla araştırma yaptırmak, komşu işyeri kayıtlarına geçmiş tanık beyanlarına başvurmak, ilgili odadan üyelik aidatlarının hangi tarihe kadar yatırıldığına ilişkin bilgi ve belgeler getirtilmek, Oda seçimlerine katılıp katılmadığını, katılmış ise hazirun cetvellerinde isminin ve imzasının bulunup bulunmadığını sormak ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşmaktan ibarettir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 09.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/20749 K: 2009/2126 T: 17.02.2009****ZORUNLU BAĞ-KUR SİGORTALISI
• YAŞLILIK AYLIĞI BAŞLANGIÇ TARİHİ***(1479/Geç m.10; 1479/35)*

Özet: Davacının sigortalı sayılan tarihlerde davalı kuruma prim borcu olup olmadığı araştırılmış, yargılama devam ederken davacı prim borcunu yatırmıştır.

Bu durumda davacının 1479 Sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesi uyarınca yaşlılık aylığı koşullarını taşıdığı ve anılan Yasanın, 4447 Sayılı Yasa'nın 28. maddesi ile değişik 35. maddesine göre prim borcu olmama koşulu 29.02.2008 tarihinde gerçekleşmiş olduğundan, davacıya bu tarihi takip eden 01.03.2008 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesi gerekir.

Davacı, 14.6.1982-01.01.1985 tarihleri arasında 1479 Sayılı Yasa'ya tabi zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olduğunun ve 01.07.2005 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı almaya hak kazandığının karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme bozma üzerine ilamda belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, 14.06.1982-01.01.1985 tarihleri arasında 1479 Sayılı Yasa'ya tabi zorunlu sigortalı olduğunun ve 01.07.2005 tarihi itibarı ile yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitini istemiş mahkemece istemin reddine ilişkin karar Dairemizin 05.06.2007 tarihli kararı ile davacının önceden Bağ-Kur'a tescil edilmiş olduğu ve uyuşmazlık konusu döneme ilişkin primlerin 1994 yılında Kurumca tahsil edildikten sonra uzun süre kullanıldığından belirtilen dönemde zorunlu sigortalı sayılması gerektiği,

yaşlılık aylığı koşullarının buna göre tartışılarak bir karar verilmesi gerekçesiyle bozulmuştur.

Bozma kararına uyma kararı veren mahkemece, davacının sigortalı sayılan 20.04.1982-20.06.2005 tarihleri arasında davalı kuruma prim borcu olup olmadığı araştırılmış, yargılama devam ederken davacı prim borcunu 29.02.2008 tarihinde yatırmıştır.

Bu durumda davacının 1479 Sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesi uyarınca yaşlılık aylığı koşullarını taşıdığı ve anılan yasanın, 4447 Sayılı Yasa'nın 28. maddesi ile değişik 35. maddesine göre prim borcu olmama koşulu 29.02.2008 tarihinde gerçekleşmiş olduğundan, davacıya bu tarihi takip eden 01.03.2008 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesi gerektiği açıktır.

Mahkemece, davanın Sosyal Güvenlik Haklarına ilişkin ve sigortalının bu haklarını zaman kaybetmeksizin sağlanmasının Sosyal Devlet ilkesinin bir gereği olduğu dikkate alınmaksızın, davacının talebinin 01.07.2005 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmasına yönelik olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 17.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/3420 K: 2009/2146 T: 17.02.2009****İŞ KAZASININ TESPİTİ**

Özet: Dava, davacının yaralanması ile sonuçlanan olayın iş kazası olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Bir olayın iş kazası niteliğinde bulunup bulunmadığının saptanması hukuki bir sorundur. Hukuki sorunların halli ise, bilirkişiye değil, hakime ait bir görevdir.

Bir kazanın iş kazası sayılabilmesi için, olayla sigortalının zarar görmesi arasında uygun neden-sonuç (illiyet) bağının gerçekleşmesi gerekir. Ortaya çıkan olayın niteliği itibarıyla "sosyal sigorta olayı" olması ve bu olayın sigortalıyı zarara uğratması icap eder.

Dava, davacının yaralanması ile sonuçlanan olayın iş kazası olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, istemin kabulü ile davacının 21.05.1994 tarihinde geçirmiş olduğu kazanın iş kazası olduğunun tespitine karar verilmiş ise de varılan sonuç usul ve yasaya uygun değildir.

Bir olayın iş kazası niteliğinde bulunup bulunmadığının saptanması hukuki bir sorundur. Hukuki sorunların halli ise, bilirkişiye değil, hakime ait bir görevdir. Olay tarihinden dört sene sonra açılan iş kazasının tespiti davasının özel bir duyarlılıkla araştırılıp incelenmesi gerekir.

Bir kazanın iş kazası sayılabilmesi için olayla sigortalının zarar görmesi arasında neden-sonuç (illiyet) bağının gerçekleşmesi gerekir. Ortaya çıkan olayın nitelik itibarıyla "sosyal sigorta olayı" olması ve bu olayın sigortalıyı zarara uğratması icap eder.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 21.08.1989 tarihinden itibaren davalı şirkette çalıştığı, kaza olayının 21.05.1994 tarihinde davacı işçinin fabrika iş sahası içerisinde çöp vagonuna üstten çöp dökerken ızgara demirinin sağ ayağına düşerek yaralanması şeklinde oluştuğunun iddia edildiği olay günü itibarıyla düzenlenmiş kaza bildirim kağıdının şeklinde oluştuğunun iddia edildiği olay günü itibarıyla düzenlenmiş kaza bildirim kağıdının bulunmadığı, 23.06.1994 tarihli vizite kağıdının iş kazası

olduğu iddia edilen olayla ilgili olmadığı, davacının iş kazası nedeniyle Tokat Devlet Hastanesi ve SSK Tokat Hastanesi'nde yatış ve tedavisinin olmadığının bildirildiği, dinlenen tanıkların olay günü birlikte çöp vagonu üstünde çöp dökerlerken davacının ızgara demiri üzerine dizleri üstüne düştüğünü çalışmaya devam ettiğini 2-3 ay sonra da bu olay nedeniyle hastaneye gittiğini belirttikleri, davacının iş kazası geçirdiğini iddia etmesi halinde, 506 Sayılı Yasa'nın 109. maddesi prosedürünü işletmesi iş kazasının sabit olması halinde maluliyet oranının belirleneceğinin bildirildiği, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun 21.08.2006 tarihli kararında davacının olay tarihi itibariyle düzenlenmiş tıbbi belgelerin teminen gönderilmesi halinde görüş belirteceği, 05.02.1998 tarihli SSK Müfettişi raporunda olayın iş kazası sayılması için hastane heyet raporu veya yargı kararının bulunması gerektiğinin bildirildiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda iş kazası olduğu iddia olunan olay ile davacıdaki mevcut arıza arasındaki illiyet bağı bulunduğu ispat edilmediği gibi dosyadaki mevcut delillerde illiyet bağının varlığını ortaya koyacak nitelikte değildir.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olmuştur.

O halde davalı işveren ve SGK vekillerinin bu yönleri amaçlaya temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 17.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/21079 K: 2009/2523 T: 23.02.2009****HİZMET TESPİTİ**

(506/29-10, 5510)

Özet: Davacı, davalı yanında geçen çalışmalarının tespitini istemiştir.

Yapılacak iş, SGK'dan işyeri sicil dosyası, bilirkişi raporunda sözü edilen ancak dosya içerisinde bulunmayan 10.11.1998 tarihli sigorta müfettişi tarafından düzenlenen yerel denetim tutanağı ile sigorta müfettişi tarafından düzenlenen rapor ve bu raporun tüm ekleri, işverence düzenlenen davacıya ait şahsi işyeri dosyası, davacının tespit talep ettiği dönemle ilgili imza föyü dosyası ve bu dönemle ilgili ücret bordrolarını dosya içerisine getirtmek, davacının tespit talep ettiği dönemle ilgili imza föyü dosyası ve bu dönemle ilgili ücret bordrolarını dosya içerisine getirtmek, davacının tesbitini istediği sürelerle ilgili olarak eğer varsa davalı işverenin ücret bordrolarında ve imza föylerindeki imzalara davacının itirazı var ise öncelikle yönetimce imza incelemesi yapılarak imzaların davacıya aidiyetini belirlemek, imzanın davacıya ait olduğunun belirlenmesi veya imza itirazı olmaması halinde bu bordro ve imza föylerindeki geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan veya imzanın davacıya ait olmadığı belirlenen bordrolardaki süreler yönünden de Mahkemece dinlenen tanıkların kayıtları getirilmediğinden bordro tanığı olup olmadıkları anlaşılamadığından işverence SGK'ya verilen dönem bordrolarında kayıtlı tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmak, dönem bordroları yok ise işverenin komşu işyerlerinin kayıtlara geçmiş kişileri veya benzer işi yapanların kayıtlara geçmiş kimseleri tespit edilip dinlenmek ve tüm deliller bir arada değerlendirilerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Davacı, davalı işveren nezdinde 01.01.1998 tarihinden itibaren çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı vekili tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve temyiz konusu hükme ilişkin dava, HUMK'un 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hallerden hiçbirine uymadığından Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Davacı, davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak 01.01.1998-23.01.2006 tarihleri arasında sürekli çalıştığının tesbitini istemiştir.

Mahkemece , davanın reddine karar verilmiştir.

Gerçekten, davacının, işyerindeki çalışmaları işe giriş bildirelerine, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir. Öte yandan işe giriş bildirgesi ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez. Dairemizin, giderek Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır. Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.1999 gün 1999/21-510-527, 30.6.1999 gün 1999/21-549-555, 05.02.2003 gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 03.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 01.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde bir değerlendirme yapılmadığı gibi hükme esas alınan bilirkişi raporunda dayanılan müfettiş raporları, işyeri şahsi sicil dosyası ve diğer belgeler dosya içerisinde bulunmadığından delillerin değerlendirilmesinin Yargıtay'ca denetimi de yapılmamakta ve yine kayıtlar getirilmediğinden dinlenen kişilerin bordro tanıkları olup olmadıkları anlaşılmamaktadır.

Yapılacak iş, SGK'dan işyeri sicil dosyası, bilirkişi raporunda sözü edilen ancak dosya içerisinde bulunmayan 10.11.1998 tarihli sigorta müfettişi tarafından düzenlenen yerel denetim tutanağı ile sigorta müfettişi tarafından düzenlenen rapor ve bu raporun tüm ekleri, işverence düzenlenen davacıya ait şahsi işyeri dosyası, davacının tespit talep ettiği dönemle ilgili imza föyü dosyası ve bu dönemle ilgili ücret bordrolarını dosya içerisine getirtmek, davacının tespit talep ettiği dönemle ilgili imza föyü dosyası ve bu dönemle ilgili ücret bordrolarını dosya içerisine

getirtmek, davacının tesbitini istediği sürelerle ilgili olarak eğer varsa davalı işverenin ücret bordrolarında ve imza föylerindeki imzalara davacının itirazı var ise öncelikle yönetimce imza incelemesi yapılarak imzaların davacıya aidiyetini belirlemek, imzanın davacıya ait olduğunun belirlenmesi veya imza itirazı olmaması halinde bu bordro ve imza föylerindeki geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan veya imzanın davacıya ait olmadığı belirlenen bordrolardaki süreler yönünden de Mahkemece dinlenen tanıkların kayıtları getirtilmediğinden bordro tanığı olup olmadıkları anlaşılamadığından işverence SGK'ya verilen dönem bordrolarında kayıtlı tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmak, dönem bordroları yok ise işverenin komşu işyerlerinin kayıtlara geçmiş kişileri veya benzer işi yapanların kayıtlara geçmiş kimseleri tespit edilip dinlenmek ve tüm deliller bir arada değerlendirilerek sonucuna göre karar vermektir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 23.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/18909 K: 2009/2524 T: 23.02.2009

HİZMET TESPİTİ • KAYITLARDA ARALIKLI ÇALIŞMA GÖRÜNMESİ • EŞDEĞER DELİL ZORUNLULUĞU

(506/79-10, 5510)

Özet: Davacı, davalı işverene ait işyerindeki çalışmaların tespiti ile işçilik alacaklarının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davacının, işyerindeki çalışmalarını işe giriş bildirgelerine aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir. Öte yandan işe giriş bildirgesi ve bordrolar davacı çalışmalarının kesintili geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 12.11.1996-03.03.2006 tarihleri arasında sürekli olarak çalıştığının tespitiyle, işçilik alacaklarının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak 12.11.1996-03.03.2006 tarihleri arasında sürekli çalıştığının tespitini, bir kısım işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsilini istemiştir.

Mahkemece, hizmet tespitine ilişkin istemin reddine bir kısım işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmiştir.

Gerçekten, davacının, işyerindeki çalışmaları işe giriş bildirgelerine, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir. Öte yandan işe giriş bildirgesi ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersine ise eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez. Dairemizin, giderek Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır. Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.1999 gün 1999/21-510-527, 30.06.1999 gün 1999/21-549-555, 05.02.2003 gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 03.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 01.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde bir değerlendirme yapılmadığı gibi hükme esas alınan bilirkişi raporunda dayanılan müfettiş raporları, işyeri şahsi sicil dosyası ve diğer belgeler dosya içerisinde bulunmadığından delillerin değerlendirilmesinin 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 03.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 01.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde bir değerlendirme yapılmadığı gibi hükme esas alınan bilirkişi raporunda dayanılan müfettiş raporları, işyeri şahsi sicil dosyası ve diğer belgeler dosya içerisinde bulunmadığından delillerin değerlendirilmesinin Yargıtay'ca denetimi de yapılmamakta ve yine kayırlar getirilmediğinden dinlenen kişilerin bordro tanıkları olup olmadıkları anlaşılamamaktadır.

Yapılacak iş, SGK'dan işyeri sicil dosyası, bilirkişi raporunda sözü edilen ancak dosya içerisinde bulunmayan 10.11.1998 tarihli sigorta müfettişi tarafından düzenlenen yerel denetim tutanağı ile sigorta müfettişi tarafından düzenlenen rapor ve bu raporun tüm ekleri, işverence düzenlenen davacıya ait şahsi işyeri dosyası, davacının tespit talep ettiği dönemle ilgili imza föyü dosyası ve bu dönemle ilgili ücret bordrolarını dosya içerisine getirmek, davacının tespitini istediği sürelerle ilgili olarak eğer varsa davalı işverenin ücret bordrolarında ve imza föylerinde davacının imzası olanlar saptanarak imzasını içeren bordrolara ve imza föylerindeki imzalara itirazı var ise öncelikle yöntemince imza incelemesi yapılarak imzaların davacıya aidiyetini belirlemek, imzanın davacıya ait olduğunun belirlenmesi veya imza itirazı olmaması halinde bu bordro ve imza föylerindeki geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan veya imzanın davacıya ait olmadığı belirlenen bordrolardaki süreler yönünden de mahkemece dinlenen tanıkların kayırları getirilmediğinden bordro tanığı olup olmadıkları anlaşılamadığın-

dan işverence SGK'ya verilen dönem bordrolarında kayıtlı tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmak, dönem bordroları yok ise işverenin komşu işyerlerinin kayıtlara geçmiş kişileri veya benzer işi yapanların kayıtlara geçmiş kimseleri tespit edilip dinlenmek ve tüm deliller bir arada değerlendirilerek sonucuna göre karar vermektan ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 23.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/18912 K: 2009/2525 T: 23/02/2009****HİZMET TESPİTİ**

Özet: Davacı, davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak sürekli çalıştığının tespitini, bir kısım işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsilini istemiştir.

....davacının, işyerindeki çalışmalarını işe giriş bildirgelerine aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir.

Öte yandan işe giriş bildirgesi ve bordrolar, davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir. Yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez.

Davacı, davalı işveren nezdinde 01.10.1996-03.03.2006 tarihleri arasında çalıştığının tespiti ile işçilik alacaklarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak 01.10.1996-03.03.2006 tarihleri arasında sürekli çalıştığının tespitini, bir kısım işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsilini istemiştir.

Mahkemece, hizmet tespitine ilişkin istemin reddine bir kısım işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmiştir.

Gerçekten, davacının, işyerindeki çalışmalarını işe giriş bildirgelerine, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir. Öte yandan işe giriş bildirgesi ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez. Dairemizin, giderek Yargıtay'ın oturmuş ve

yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır. Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.1999 gün 1999/21-510-527, 30.06.1999 gün 1999/21-549-555, 05.02.2003 gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 03.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 01.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde bir değerlendirme yapılmadığı gibi hükme esas alınan bilirkişi raporunda dayanılan müfettiş raporları, işyeri şahsi sicil dosyası ve diğer belgeler dosya içerisinde bulunmadığından delillerin değerlendirilmesinin Yargıtay'ca denetimi de yapılmamakta ve yine kayıtlar getirilmediğinden dinlenen kişilerin bordro tanıkları olup olmadıkları anlaşılamamaktadır.

Yapılacak iş, SGK'dan işyeri sicil dosyası, bilirkişi raporunda sözü edilen ancak dosya içerisinde bulunmayan 10.11.1998 tarihli sigorta müfettişi tarafından düzenlenen yerel denetim tutanağı ile sigorta müfettişi tarafından düzenlenen rapor ve bu raporun tüm ekleri, işverence düzenlenen davacıya ait şahsi işyeri dosyası, davacının tespit talep ettiği dönemle ilgili imza föyü dosyası ve bu dönemle ilgili ücret bordrolarını dosya içerisine getirtmek, davacının tespitini istediği sürelerle ilgili olarak eğer varsa davalı işverenin ücret bordrolarında ve imza föylerinde davacının imzası olanlar saptanarak imzasını içeren bordrolara ve imza föylerindeki imzalara davacının itirazı var ise öncelikle yönteminde imza incelenmesi yapılarak imzaların davacıya aidiyetini belirlemek, imzanın davacıya ait olduğunun belirlenmesi veya imza itirazı olmaması halinde bu bordro ve imza föylerindeki geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan veya imzanın davacıya ait olmadığı belirlenen bordrolardaki süreler yönünden de Mahkemece dinlenen tanıkların kayıtları getirilmediğinden bordro tanığı olup olmadıkları anlaşılamadığından işverence SGK'ya verilen dönem bordrolarında kayıtlı tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmak, dönem bordroları yok ise işverenin komşu işyerlerinin kayıtlara geçmiş kişileri veya benzer işi yapanların kayıtlara geçmiş kimseleri tespit edilip dinlemek ve tüm deliller bir arada değerlendirilerek sonucuna göre karar vermektir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 23.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 200/21078 K: 2009/2530 T: 23.02.2009****HİZMET TESPİTİ • KAYITLARDA KESİNTİLİ ÇALIŞMA**

(506/79/10; 5510)

Özet: Davacı, davalı işveren nezdinde geçen çalışmalarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Gerçekten, davacının, işyerindeki çalışmaları işe giriş bildirgelerine, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir. Öte yandan işe giriş bildirgesi ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilmez. Dairemizin, giderek Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır.

Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde bir değerlendirme yapılmadığı gibi hükme esas alınan bilirkişi raporunda dayanılan müfettiş raporları, işyeri şahsi sicil dosyası ve diğer belgeler dosya içerisinde bulunmadığından delillerin değerlendirilmesinin Yargıtay'ca denetimi de yapılamamakta ve yine kayıtlar getirilmediğinden dinlenen kişilerin bordro tanıkları olup olmadıkları anlaşılamamaktadır.

Davacı, davalı işveren nezdinde 01.01.1998 tarihinden itibaren çalıştığına tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı vekili tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve temyiz konusu hükme ilişkin dava, Hukuk Usul Mahkemeleri Kanunu'nun 438.

maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hallerden hiçbirine uymadığından Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak 01.01.1998-23.01.2006 tarihleri arasında sürekli çalıştığının tespitini istemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Gerçekten, davacının, işyerindeki çalışmaları işe giriş bildirgelerine, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirime uygun olarak da primleri ödenmiştir. Öte yandan işe giriş bildirgesi ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilmez. Dairemizin, giderek Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır. Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.1999 gün 1999/21-510-527, 30.06.1999 gün 1999/21-549-555, 05.02.2003 gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 03.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 01.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde bir değerlendirme yapılmadığı gibi hükme esas alınan bilirkişi raporunda dayanılan müfettiş raporları, işyeri şahsi sicil dosyası ve diğer belgeler dosya içerisinde bulunmadığından delillerin değerlendirilmesinin Yargıtay'ca denetimi de yapılamamakta ve yine kayıtlar getirilmediğinden dinlenen kişilerin bordro tanıkları olup olmadıkları anlaşılamamaktadır.

Yapılacak iş, SGK'dan ,işyeri sicil dosyası, bilirkişi raporunda sözü edilen ancak dosya içerisinde bulunmayan 10.11.1998 tarihli sigorta müfettişi tarafından düzenlenen yerel denetim tutanağı ile sigorta müfettişi tarafından düzenlenen rapor ve bu raporun tüm ekleri, işverence düzenlenen davacıya ait şahsi işyeri dosyası, davacının tespit talep ettiği dönemle ilgili imza föyü dosyası ve bu dönemle ilgili ücret bordrolarını dosya içerisine getirtmek, davacının tespitini istediği sürelerle ilgili olarak eğer varsa davalı işverenin ücret bordrolarında ve imza föylerinde davacının imzası olanlar saptanarak imzasını içeren bordrolara ve imza föylerindeki imzalara davacının itirazı var ise öncelikle yöntemince imza incelemesi yapılarak imzaların davacıya aidiyetini belirlemek, imzanın davacıya ait olduğunun belirlenmesi veya imza itirazı olamaması halinde bu bordro ve imza föylerindeki geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan veya imzanın davacıya ait olmadığı belirlenen

bordrolardaki süreler yönünden de mahkemece dinlenen tanıkların kayıtları getirilmediğinden bordro tanığı olup olmadıkları anlaşılamadığından SGK'ya verilen dönem bordrolarında kayıtlı tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmak, dönem bordroları yok ise işverenin komşu işyerlerinin kayıtlara geçmiş kişileri veya benzer işi yapanların kayıtlara geçmiş kimseleri tespit edilip dinlenmek ve tüm deliller bir arada değerlendirilerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 23.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/17285 K: 2009/2674 T: 26.02.2009

SİGORTALI HİZMET TESPİTİ

• İŞVEREN VEKİLİNİN TARAF EHLİYETİ • ZAMANAŞIMI

(506/79-10, 506/4, 3203/1, 4857/2/4, 1425/1/3; 818/126)

Özet: Davacı işverenler yanında geçen hizmetlerinin tespitine işçilik alacaklarının tahsiline karar verilmesini dava etmiştir.

a) Kabul edilen hizmet tespit davası yönünden hizmet cetvelinin incelenmesinden, davacının başka bir işverende çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu çalışmalar araştırılmalıdır.

b) Hizmet tespit davası yönünden işveren ve işveren vekili aleyhine hüküm kurulması doğruysa da işçilik alacakları yönünden işveren vekili aleyhine hüküm kurulması bozmayı gerektirir.

c) Hafta tatili alacağı ıslahın yapıldığı tarihten geriye doğru 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Davacı, davalılardan işverenlere ait işyerinde 13.10.1988-13.08.2004 tarihleri arasında çalıştığıının tespitiyle, işçilik alacaklarının karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dava, 13.10.1988-13.08.2004 tarihleri arasında davalı işverenlere ait R. Gazinosu isimli işyerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmaların tesbiti ile işçilik alacağı istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile davacının 01.05.1992-13.08.2004 tarihleri arasında çalıştığının tesbiti ile kararda yazılı işçilik alacaklarının davalılardan Necmi ve Nuri'den müstereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Bu tür hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi icap ettiği Dairemizin giderek Yargıtay'ın içtihadı gereğidir. Somut olayda, davacının sigortalı cetvelinin incelenmesinden, tesbitine karar verilen dönem ile çakışan 20.08.1995-15.02.1996 tarihleri arasında 45606 sicil no'lu işyerinde çalışmaların Kurum'a bildirildiği anlaşılmıştır. Bu durumda, anılan işyeri ve bu işyerinden davacı adına bildirilen çalışmalar araştırılmadan, davacının kesintisiz olarak davalılara ait işyerinde çalıştığının tesbitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.1999 gün 1999/21-510-527, 30.06.1999 gün 1999/21-549-555,5.2.2003 gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 03.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 01.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararları).

2- Kabule göre de, işveren ve işveren vekilinin tarifini düzenleyen 506 Sayılı Yasa'nın 4. maddesinde, işveren nam ve hesabına işin yönetimi görevini yapan kimselerin "*işveren vekili*" olduğu, bu yasada geçen işveren deyiminin işveren vekilini de kapsadığı belirtilmiştir. Anılan maddede 01.06.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3203 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile yapılan değişiklik ile işveren vekilinin, bu yasada belirtilen yükümlülüklerinden dolayı aynen işveren gibi sorumlu olacağı hükmü getirilmiştir. Bu yasal değişikliğin, işveren vekillerinin işin yürütümünde daha dikkatli olmalarının ve iş hayatının düzen ve verimliliğinin, işçi sağlığı ve güvenliğinin ve işverenin Kuruma karşı yükümlülüklerinin eksiksiz yerine getirilmesinin temini amacıyla yapıldığı belirgindir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden davalılardan Nuri'nin işveren, Necmi'nin ise, işveren vekili olduğu ortadadır. Bu nedenlerle, hizmet tesbiti davası yönünden davalı olarak gösterilen Nuri ile Necmi'nin taraf sıfatına sahip oldukları açıktır.

Öte yandan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/4 maddesine göre, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir.

İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. 10.06.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4857 Sayılı Yasa'nın 120. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 1475 Sayılı Yasa'nın 1/3. maddesi de aynı hükmü içermekteydi. Bu durumda, hizmet tesbiti davası yönünden işveren vekili olarak davalılardan Necmi'nin davalı sıfatı bulunmakta ise de, işçilik alacakları yönünden davalı sıfatı bulunmamaktadır. Davalılardan Necmi aleyhine

açılan işçilik alacaklarının tahsiline ilişkin davanın husumet nedeniyle reddi gerekirken, bu yönün gözardı edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Ayrıca, davacı taraf dava dilekçesi ile istediği miktarları 08.05.2007 harç tarihli ıslah dilekçesi ile arttırmış, ıslah dilekçesi davalılar vekiline 21.05.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Davalılar vekili süresi içinde ıslah ile arttırılan kısımlar için zaman aşımı definde bulunmuştur. Mahkemece, zaman aşımı defii dikkate alınmamıştır. Borçlar Kanunu'nun 126. maddesine göre, hafta tatili alacağı beş yıllık dönem için hesaplama yapıp hüküm altına alınması gerekir. Mahkemece, bu yöndeki savunma üzerinde durularak gerekirse bilirkişiden ek rapor alınarak karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması da hatalıdır.

O halde davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalı işverenlere iadesine, 26.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/4669 K: 2009/3110 T: 05.03.2009****YENİDEN YAPILANDIRMA GEREKLİLİĞİNİN TESPİTİ
• PRİM BORÇLARININ YENİDEN YAPILANDIRILMASI**

Özet: Dava, davacının prim borçlarının yeniden yapılandırılması gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

a) Davacının sattığı ürün bedelinden Tarım Bağ-Kur primi kesilmesi sonucu o tarih itibarıyla gerçekleşen sigortalılık olgusunun tesbitine karar verildiğinden.

b) Prim kesintisi yapılmakla o tarihten sonrası için kendiliğinden prim tahakkuk ettiğinden.

c) Davacının 5458 Sayılı Yasa'dan yararlanmak için başvurduğu tarihte tahakkuk etmiş bir prim borcu bulunduğundan.

d) Prim borcunun yeniden yapılandırılması için Yasanın öngördüğü 3 aylık hak düşürücü süre içerisinde yeniden yapılandırma talebinde bulunan davacının bu yöne yönelik talebinin kabulü gerekir.

Davacı, 5858 Sayılı Yasa'dan yararlandırılmasına, aksine kurum işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava davacının, prim borçlarının 5458 Sayılı Yasa uyarınca yeniden yapılandırılması gerektiğinin tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacının Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 5458 Sayılı Yasa'dan yararlanmak için süresi içinde 02.06.2006 tarihinde talepte bulunması ve 5458 Sayılı Yasa'nın 3-son maddesindeki; Bu Kanun hükümlerinden yararlanmak üzere başvuran borçluların, kapsama giren borçları dolayısıyla Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ-Kur'a yaptıkları

itirazlardan ve yargı nezdinde sürdürdükleri davalardan feragat etmeleri ve ihtilaf yaratmamaları şarttır, düzenlemesinin prim borçları ile ilgili olması ve tescil davalarını kapsamaması nedeniyle davanın reddine karar verilmiş ise de bu sonuç usul ve yasaya aykırıdır.

Gerçekten davanın yasal dayanağını oluşturan 5458 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinde "17.10.1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, 31.03.2005 tarihine kadar tahakkuk ettiği halde bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar ödenmemiş olan prim ve sosyal güvenlik destek primi borçları; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki ay içerisinde Kuruma yazılı olarak başvurmak şartıyla, bu madde 3. madde hükümlerine göre yeniden yapılandırılır" hükmü öngörülmüş; Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün 2006/327 sayı ve 30.05.2006 tarihli kararıyla "5458 Sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının verdiği yetki çerçevesinde, prim borçlarının yeniden yapılandırma başvuru süresinin 30.06.2006 tarihine kadar bir ay süre ile uzatılmasına." karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 02.06.2006 tarihinde Kuruma ulaşan dilekçesi ile tevkifata göre tescilinin yapılması ve 5458 Sayılı Yasa'dan yararlanmak için talepte bulunduğu, Kurumun 14.06.2006 tarihli yazısı ile davacının talebinin 5458 Sayılı Yasa'nın 3-son maddesi gerekçe gösterilerek reddedildiği, bunun üzerine davacının 11.07.2006 tarihinde açtığı tescil davasının 13.02.2007 tarihinde kabul ile sonuçlandığı anlaşılmaktadır.

2926 Sayılı Yasa'da 506 Sayılı Yasa'nın 79. maddesine koşut geçmiş Tarım Bağ-Kur hizmetlerinin tespitine ilişkin bir düzenleme mevcut olmayıp Konya 1. İş Mahkemesi'nin 2006/1844 Esas, 2007/70 Karar sayılı 13.02.2007 tarihli kararı ile davacının sattığı ürün bedelinden Tarım Bağ-Kur primi kesilmesi sonucu o tarih itibarıyla gerçekleşen sigortalılık olgusunun tespitine karar verildiğinden ve prim kesintisi yapılmakla o tarihten sonrası için kendiliğinden prim tahakkuk ettiğinden davacının 5458 sayılı Yasa'dan yararlanmak için başvurduğu tarihte tahakkuk etmiş bir prim borcu bulunduğundan prim borcunun yeniden yapılandırılması için Yasanın ön gördüğü 3 aylık hak düşürücü süre içerisinde yeniden yapılandırma talebinde bulunan davacının bu yöne yönelik talebinin kabulü gerekirken, koşulları oluşmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 05.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/6442 K: 2009/4139 T: 19.03.2009****HİZMET TESPİT DAVASINDA
SGK'NIN HASIM GÖSTERİLME ZORUNLULUĞU***(506/7910, 5510/1086/13)*

Özet: Hizmet tespitine yönelik davada SGK'nın davada zorunlu hasım olduğu ve bu davanın SGK'nın da hak alanını ilgilendirdiği dikkate alınmaksızın yöntemince davaya dahil edilmek suretiyle yargılamanın devamı gerekirken, taraf teşkili yapılmadan SGK'nın yokluğunda sadece işverenlerin huzuruyla davanın sonuçlandırılması doğru değildir.

Davacı, davalı işveren nezdinde Şubat 2000-Eylül 2004 tarihleri arası çalıştığı günlerin tespiti ile işçilik alacaklarının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, davalılara ait işyerinde 2000 yılının şubat ayı ile 2004 yılının Eylül ayı arasında geçen ve SGK'ya bildirilmeyen çalışmalarının tespitini ve bu döneme ilişkin işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsilini istemiştir.

Mahkemece, istemin kabulüne karar verilmiş ise de, bu sonuca eksik araştırma ve incelemeye dayalı olarak varılmıştır.

Somut olayda; hizmet tespitine yönelik davada Sosyal Güvenlik Kurumu'nun davada zorunlu hasım olduğu ve bu davanın, SGK'nın da hak alanını ilgilendirdiği dikkate alınmaksızın yöntemince davaya dahil edilmek suretiyle yargılamanın devamı gerekirken, taraf teşkili yapılmadan SGK'nın yokluğunda, sadece işverenlerin huzuruyla davanın sonuçlandırılması doğru değildir. HUMK'un 73. maddesi uyarınca SGK'ya dava dilekçesi ve

davetiye'nin Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğü hükümlerine uygun şekilde tebliğ edilmesi suretiyle davaya katılması temin edilip, delillerini sunması sağlandıktan sonra sonuca göre karar verilmesi gerekir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yanlış değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, bozmanın niteliğine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 19.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2009/2501 K: 2009/7188 T: 26.05.2009****İŞ KAZASI • İŞÇİNİN GERÇEK ÜCRETİNİN TESPİTİ**

Özet: Maddi Tazminat hesabı yapılırken işçinin gerçek ücretinin araştırılması yerindedir.

İşverenin ibraz ettiği imzasız bordroya itibar edilerek ücret tespiti yapılamaz.

Usta gemici olduğunu kabul eden gemi adamının pompacı olduğunun kabulüyle yapılan hesap doğru olmamıştır.

Yapılacak iş, ilgili meslek kuruluşlarından işçinin alabileceği ücreti sormak ve benzer işyerlerinde çalışan işçilerin alabileceği ücretleri araştırmak suretiyle işçinin alabileceği ücretin tespit edilmesidir.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın belirtilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle 91.297.00.-TL. maddi ve manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizden incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi ve de duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 26.05.2009 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti.

Duruşma günü davacı vekili ile karşı taraf vekili geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava 05.12.1996 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu %56 oranında sürekli iş görmezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece davacının maddi tazminat isteminin kabulüne, manevi tazminat isteminin ise kısmen kabulüne karar verilmişse de manevi tazminatın takdirinde yanlıya düşüldüğü, manevi tazminatın az takdir edildiği anlaşılmaktadır.

Davacının iş kazası sonucu %56 oranında sürekli iş görmezliğe uğradığı olayda davacının %10 davalı işverenin %90 oranında kusurlu olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

BK'nın 47. maddesinde hakimin bedensel bütünlüğün bozulması halinde olayın özelliklerini göz önünde tutularak zarar görene adalete uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar vereceği öngörülmüştür. Bedensel bütünlük eş deyişle vücut bütünlüğü kavramının fizik bütünlük yanında ruhsal bütünlüğü ve sağlığı da kapsadığı tartışmasızdır. Olayın özelliklerinin neler olduğu 22.06.1966, 7/7 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı'nda açıklanmıştır. Bunlar her olayda değişebilir. Bu nedenle hakiminin kararında bu özellikleri objektif ölçülere göre göstermesi gerekir.

Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hakimin takdirine bırakılmış ise de hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü tarafların kusur durumu olayın ağırlığı davacının sürekli iş görmezlik oranı işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da gözdedilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (SGK 23.06.2004, 13/291-370) Hal böyle olunca da, yukarıda açıklanan ilkelerin ışığında davacı yararına hükümlenen manevi tazminatın az olduğu açıktır.

3- Maddi tazminatın hesaplanmasında esas alınacak ücretin belirlenmesine yönelik temyiz itirazlarına gelince:

İş kazası sonucu sürekli iş görmezlik nedeniyle sigortalının maddi tazminatının hesaplanmasında, gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Öte yandan, gerçek ücretin ise, işçinin kıdemi ve yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödenmesi gereken ücret olduğu, işyeri veya sigorta kayıtlarına geçmiş ücret olmadığı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir.

Somut olayda, davacı işçinin uzak yol seferi yapan tankerde usta gemici olarak çalıştığı, bu nitelikteki bir işçinin asgari ücret düzeyinde bir ücretle çalışmasının hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşmeyeceği, giderek, sigorta müfettişinin bu doğrultuda yapmış olduğu saptamanın ve işverenin sunduğu imzasız bordronun gerçeği yansıtmadığı açık-seçiktir. Davacının gerçek ücretinin araştırılması yerindedir. Ancak davacının usta gemici olarak çalıştığına dair SSK müfettişine verdiği imzalı

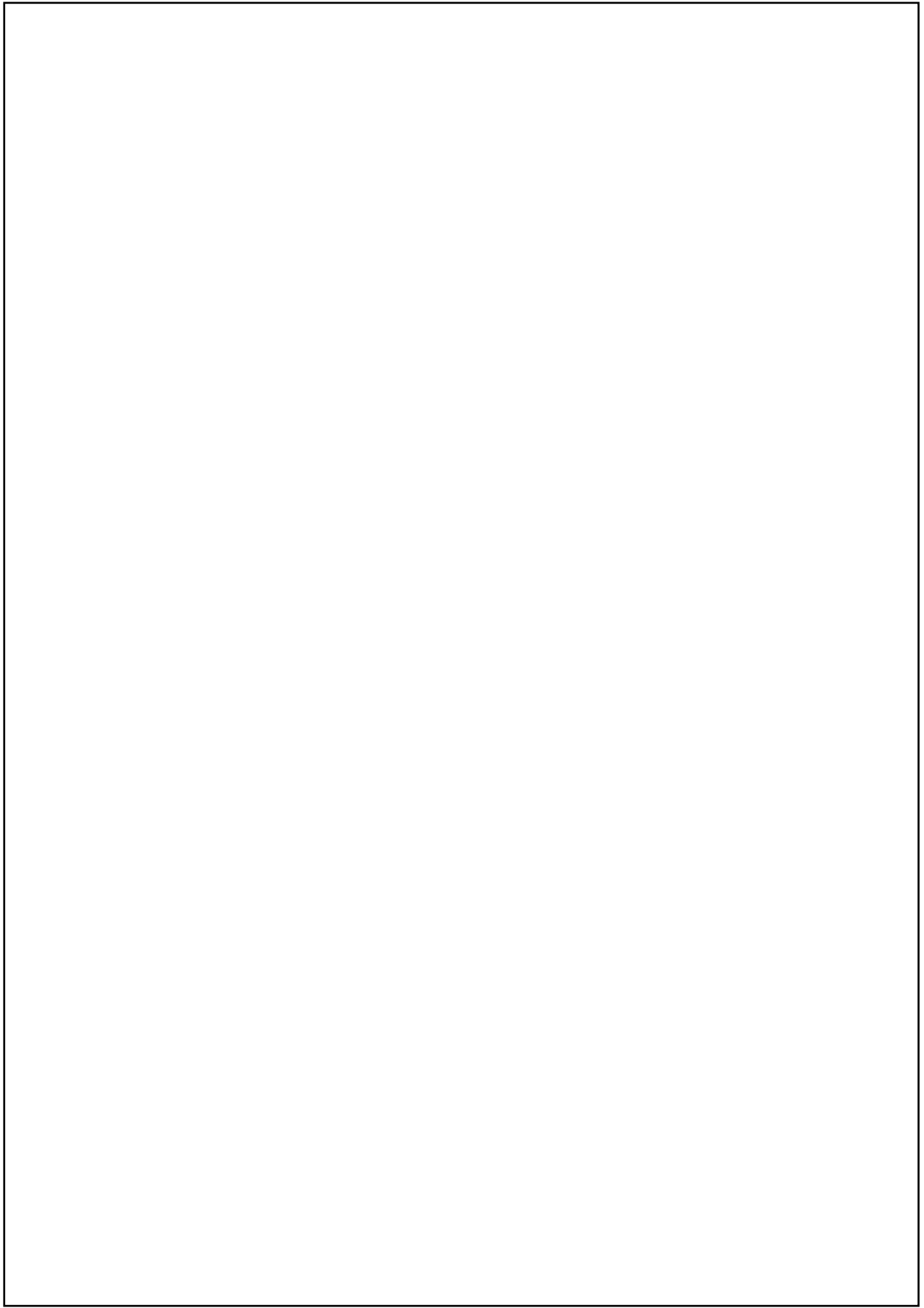
beyanı göz ardı edilerek pompacı olarak çalıştığı kabulü ile gerçek ücretinin araştırılması ve bildirilen ücretlerin tazminat hesabına esas alınması hatalı olmuştur. Öte yandan hükme esas alınan ücretin davacının işçilik alacaklarının tahsili için açtığı davadaki dava dilekçesinde 18.02.2000 fesih tarihinde davacının beyan ettiği işle ve aldığı beyan ettiği ücretle uyumlu olmayan ücretin gerçek ücret olduğunun kabulü ile maddi tazminatın hesabında esas alınması hatalı olmuştur.

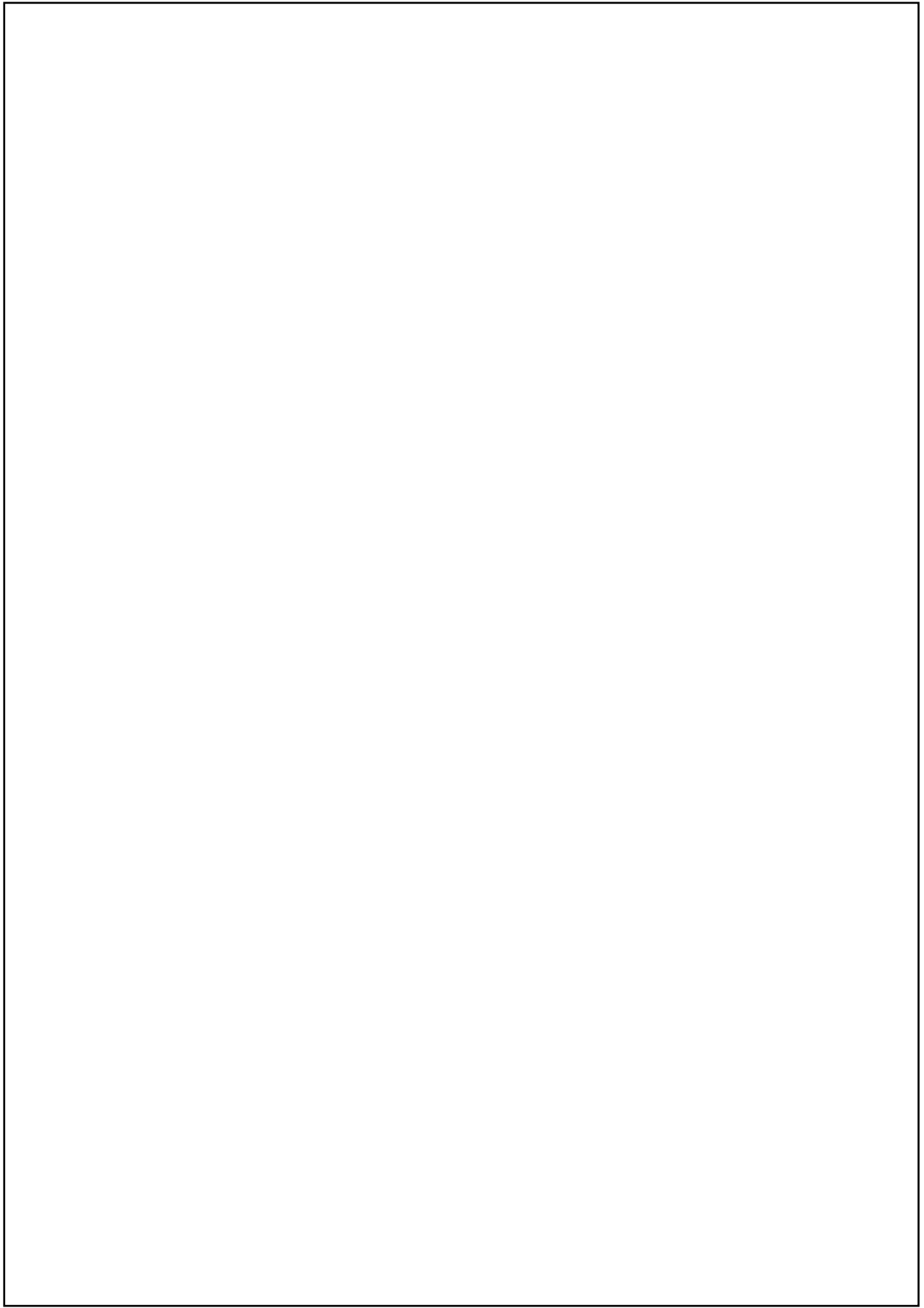
Yapılacak iş, davacı işçinin uzak yol seferi yapılan bir tankerde usta gemici olduğunun ve bu nitelikteki bir işçinin asgari ücretle çalışmayacağı kabul edilerek, ilgili meslek kuruluşlarından bilinen devrede alabileceği ücretleri sormak, benzer işyerlerinde çalışan ve emsal işi yapanların ücretlerini araştırmak suretiyle işçinin gerçek ücretini belirlemek, gerçek ücretle işçinin tazminatını yeniden hesaplanarak bildirilen peşin sermaye değerini hesaplanan bu zarardan indirmek ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, davacı ve davalı yararına takdir edilen 625.00.-TL. duruşma avukatlık parasının karşılıklı olarak birbirlerine yükletilmesine, temyiz yatırma başvuru harcı ile temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 26.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.





2010



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

