İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
Pratik Çalışmaları

Prof. Dr. Şükran ERTÜRK

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU PRATİK ÇALIŞMALARI

Genişletilmiş ve Güncellenmiş
5. Baskı

- İşçi-Sigortalı Sıfatı
- İş Sözleşmesi Türleri
- Asıl-Alt İşveren
- Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik
- İşe İade Davası
- Sendika Üyeliği
- Sendikal Tazminat
- Yetki İtirazı
- Hizmet Tespiti
- İş Kazası
- Rücu Hakkı

SEÇKİN | Hukuk

seçkin

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları
Şükran ERTÜRK

SEÇKİN | Hukuk
No: 1076

ISBN 978-975-02-3947-2

Beşinci Baskı: Ekim 2016 (Ankara)

Sayfa Tasarımı:
Bilge Karaköse

496 Sayfa, 16x23,5 cm.

1. Belirli - Belirsiz İş Sözleşmesi
2. Asıl - Alt İşveren
3. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik
4. İşe İade Davası
5. İkale
6. Sendikal Tazminat
7. İşkolu Tespiti
8. Yetki İtirazı
9. İş Kazası
10. Rücu Davası

Kapak Tasarımı:
Musa Gündoğan

© Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.
Bu kitabın her türlü yayın hakkı Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.'ye aittir. Yayınevinin yazılı izni olmadan, tanıtım amaçlı toplam bir sayfayı geçmeyecek alıntılar hariç olmak üzere, hiçbir şekilde kitabın tümü veya bir kısmı herhangi bir ortamda yayımlanamaz ve çoğaltılamaz.

Satış ve Dağıtım:

Merkez	Şube	Şube	Şube	Şube
Mustafa Kemal Mah.	Strazburg Cad. No: 23/B	Ankara Adalet Sarayı	Abide-i Hürriyet Cad.	Anadolu Adalet Sarayı
2158. Sok. No: 13	Sıhhiye / ANKARA	K-Blok Zemin Kat	Hanımefendi Sok.	C-Blok Zemin Kat No: 29
Çankaya / ANKARA	Tel: (312) 230 52 62	Sıhhiye / ANKARA	No: 160 Şişli / İSTANBUL	Kartal / İSTANBUL
Tel: (312) 435 30 30	ankarasube@seckin.com.tr	Tel: (312) 309 52 48	Tel: (212) 234 34 77	Tel: (216) 303 11 23
Faks: (312) 435 24 72		adliyesube@seckin.com.tr	Faks: (212) 231 24 69	kartalsube@seckin.com.tr
satis@seckin.com.tr			sislisube@seckin.com.tr	

Web Adresi
www.seckin.com.tr / seckin@seckin.com.tr

Seçkin Yayıncılık Sertifika No: 12416

Baskı:
Vadi Grafik Ltd. Şti. – Sertifika No: 33748
2284 Sokak No: 101 İvedik Organize Sanayi - Yenimahalle / ANKARA - Tel: (0-312) 395 85 71

Geleceğin Hukukçularına

Önsöz

Hukuki uyuşmazlıkların çözümünde en önemli husus, uyuşmazlığın hangi hukuk alanını ilgilendirdiğini ve uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarını belirlemektir. Bu sadece hukuk uygulayıcılarının sorunu değil, aynı zamanda hukuk öğrencilerinin de en büyük sorunudur. Bu sebeple bu sorunu bir parça kolaylaştırabilmek, sorunların çözümünde öğrencilerin ufuklarını açabilmek ve genişletebilmek amacıyla bu pratik çalışma kitabının yayınlanması fikri gerçeğe dönüştürülmüştür.

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku alanında özellikle, 2003 yılında İş Kanunun değişmesi ve 2008 yılında 5510 s. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile uyuşmazlıklar daha da artmıştır. 4857 s. İş Kanunun iş güvencesi sistemini getirmesi ile hukuk alanında yeni bir dava türü olan işe iade davasının açılması ve yaygınlaşmasını beraberinde getirmiştir. Bu tarihten itibaren özellikle Yargıtay uygulaması ile yerleşmiş yargı kararları çerçevesinde konu ile ilgili pek çok değişik alanda ilke ortaya çıkmıştır. Bu ilkeler alt derece mahkemelerinin kararlarında ve bu arada hukuki uyuşmazlıkların çözümünde büyük bir role sahiptir. Bu nedenle hukuk öğrencilerinin iş hukuku alanındaki bilgilerini Yargıtayın konuyla ilgili kararları ile pekiştirmeleri ve zenginleştirmeleri son derece önemlidir. Çünkü uygulamada teorik bilgiler tek başına bir hukuki uyuşmazlığın çözümü bakımından yeterli olmadığı gibi, açılan bir davanın kazanılması açısından da yeterli değildir. Hukuki uyuşmazlıkla ilgili yeterli araştırma yapmayan, hukuki gerekçelerini yargı kararı ile desteklemeyen bir uygulayıcının başarılı olması düşünülemez.

Toplu İş Hukuku alanında yer alan uyuşmazlıklar, bu alanda ülkemizde yaşanan sendikasızlaştırma gelişmelerine bağlı olarak giderek azalmıştır. Buna bağlı olarak da verilen mahkeme kararları ve bu kararlara karşı Yargıtay'a yapılan başvurular ve buradan çıkan kararlar da sayı itibarıyla eski uygulama ile karşılaştırılmayacak kadar düşüktür. Buna rağmen, bu alandaki kararların önemini yitirdiklerinden söz etmek mümkün değildir.

Sosyal Güvenlik Hukuku alanında 01.10.2008 tarihi itibarıyla 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu yürürlüğe girmiştir. Kanunun yeni olması sebebi ile uyuşmazlıklar yeni yeni Yargıtay aşamasına gelmektedir. Bu nedenle bu alanda yeni yerleşik yargı ve ilke kararlarından söz etmek mümkün değildir. Kanunun geçici maddeleri ile bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olanlar bakımından eski Kanun hükümlerinin uygulama alanı bulmaya devam edeceği düzenlenmiş olduğundan, 506 s., 1479 s. ve 5434 s. Kanunlar daha uzun süre hukuki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılacağından, Yargıtay'ın eskiden vermiş olduğu kararlar da daha uzun süre yol gösterici olmaya devam edecektir.

Bu kitapta yer alan uyuşmazlıkların tamamı gerçek olaylardan yararlanmak sureti ile öğrencilerin çözmesi gereken hukuki sorunlar haline getirilmiştir. Bu yapılırken uyuşmazlığın taraflarının kimliklerinin belli olmaması bakımından hukuki eğitiminde yaptığımız gibi harflerle sembolleştirilmiştir. Olayların çözümlenmesinde öğrencilerimizin hukuki uyuşmazlıklara çok değişik pencerelerden ve açılardan bakabilecekleri

şekilde olabildiğince ayrıntılı cevaplar verilmiştir. Bir hukuk sınavında olmasa bile, ileride bir hukuki uyuşmazlıkla ilgili davada ileri sürebilecekleri iddialar ve yapabilecekleri savunmalar ile ilgili yararlı bilgiler bulabileceklerini düşünüyoruz. Özellikle genel teorik bilgilerden sonra, gerek doktrininin konu ile ilgili farklı bakış açılarından başka, en üst uygulama mercii olan Yargıtay uygulaması ve çözümlerine her olayda yer verilmiştir.

İş ve Sosyal Güvenlik hukukunda yer alan üç temel alan olan, Bireysel İş Hukuku, Toplu İş Hukuku ve son olarak Sosyal Güvenlik Hukuku bu çalışmanın da üç bölümünü oluşturmuştur. Bu bölümlerinde her birinde, bu alanı ilgilendiren tüm konularla ilgili değil, daha ziyade uygulamada en çok uyuşmazlık çıkan konulara yer verilmiştir. Dolayısı ile çalışmanın İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun tüm konularını içeren bir çalışma olarak değerlendirilmemesi gerekir.

Birinci bölümde iş sözleşmesi ve türlerinden özellikle belirli süreli iş sözleşmesi ile kapıcılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara yer verilmiştir. İşçi kavramı ile Deniz İş Hukukunun uygulama alanından sonra, Türk İş Hukukunun en tartışmalı konularından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması ve muvazaa sorunu ile ilgili örnekler ve daha sonra ilk kez 4857 s. İş Kanunu ile yer verilen çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle fesih konusundaki uyuşmazlık örneklerine yer verilmiştir.

İşe iade davası ayrı başlık altında, geçerli sebep kavramı ile diğer koşulların varlığı bakımından aranacak esaslar yanında, işe iade davasından sonra ortaya çıkabilecek sorunlar da örneklendirilerek incelenmiştir. İşçi ve işveren borçları yanında, özellikle son dönemde artan bir şekilde ortaya çıkan ihale uygulamalarının yarattığı sorunlar ve çözümlerin ne olması gerektiği açıklanmıştır.

İkinci bölümde Sendikalar Hukuku başlığı altında, sendika üyeliğinin kazanılması ve kaybedilmesi, disiplin cezasının iptali, sendikal tazminat ve işkolu tespitine ilişkin uyuşmazlık örnekleri incelenmiştir. Toplu iş hukuku alanında ise, yetki itirazı, toplu iş sözleşme hükümleri uyarınca intibak ve sendikanın kararı üzerine işçilerin işyerine sivil kıyafet ile gelme davranışının nasıl yorumlanması gerektiği ve ne gibi hukuki sonuçlar yaratabileceği incelenmiştir.

Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında, çıkan uyuşmazlıklara yer verildiği gibi, 2821 ve 2822 s. Kanunlar döneminde meydana gelen uyuşmazlıkların Yeni Kanun dönemindeki çözüm şekli de olaylara yansıtılmıştır.

Sosyal Güvenlik Hukuku alanında, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere 506 s, 1479 s. Kanunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar uzun yıllar boyunca hukuk uygulamasında önemini koruyacağından, bu konu ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin örneklere yer verilmesinde sakınca görülmemiştir. Bu nedenle 506 s. Kanun anlamında asıl-alt işveren kavramı, hizmet tespiti, iş kazası sonucu maddi ve manevi tazminat, Kurum tarafından açılan davalarda rücu hakkının hukuki niteliği ile ücret garanti fonuna ilişkin uygulama 4447 s. kanun kapsamına alınmış olduğundan ücret garanti, fonuna ilişkin uyuşmazlıklara da bu bölümde yer verilmiştir.

Son olarak "Çözülmemiş Olaylara" yer verilerek, öğrencilerin kendilerini sınamaları ve eksiklerini belirlemeleri için bir fırsat yaratılmaya çalışılmıştır.

Esasen uyuşmazlıkların bir plan içerisinde gruplandırılması metodolojik bir zorunluluk olarak karşımıza çıktığından, içindekiler bölümü altında, verilen tüm uyuşmazlıklara bir ana başlık verilmiş olup, uyuşmazlık bu başlık altında incelenmiştir. Ancak bilindiği gibi her uyuşmazlık sadece bir hukuki kurumu ve hukukun bir alanının ilgilendirmemektedir. Her olayda istisnasız birden çok hukuki kavramı ilgilendiren ve değerlendirme yapılmasını gerektiren bir çözüme gitmek kaçınılmazdır. Dolayısı ile her başlık altında incelenen bir olayın, hukukun başka alanlarını ilgilendirmesi sebebiyle, başka gruplandırmaya tabi tutulması mümkün olup, her olayda en az bir veya birden çok yan konu da mevcuttur. Ancak bunların planda gösterilmesi mümkün olmayıp, sadece olayın çözümlenmesinde ortaya konulması ve öğrenilmesi mümkündür.

Kitap her ne kadar pratik çalışma şeklinde öğrencilere yönelik olarak hazırlanmış ise de, yukarıda ifade edildiği gibi, gerçek hukuki uyuşmazlıklardan hareketle hazırlanmış olup, cevaplar da bilirkişi raporlarında hukuki uyuşmazlığın çözümlenmesinde kanaat ve görüşümüzü belirten değerlendirmelerden oluşmaktadır. Bu sebeple her ne kadar hakimler bilirkişilerin görüş ve kanaatleri ile bağlı olmasa da, bu değerlendirmelerin mahkeme kararlarına yansıdıklarını söylemek de mümkündür. Bu sebeple kitabın sadece öğrencilere değil, hukuk uygulayıcılarına da katkı sağlayacağını umut ediyoruz.

Kitabın 5. baskısının tashihlerinde yardımcı olan Araş. Gör. Sıla Hafızoğlu'na ve yayınlanmasında emeği geçen tüm Seçkin Yayınevi çalışanlarına şükranlarımı sunarım.

Prof. Dr. Şükran ERTÜRK

İçindekiler

Önsöz 7

Kısaltmalar 15

Birinci Bölüm
BİREYSEL İŞ HUKUKU

I. İŞ SÖZLEŞMESİ VE TÜRLERİ 17
A. İş Sözleşmesi ve Unsurları 17
B. Belirli-Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi 21
1. Belirli Süreli İş Sözleşmesi 21
2. Sözleşmenin Belirli mi Belirsiz mi Olduğunun Belirlenmesi 26
3. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Sona Erdirilmesi 36
4. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Sona Erdirilmesine İlişkin Cezai Şart 41
C. Mevsimlik İş Sözleşmesi 45
D. Kapıcılık Sözleşmesi 57
1. Kapıcılık Sözleşmesinin Unsurları 57
2. Eşin Kapıcı Sayılıp Sayılmayacağı 61

II. İŞÇİ KAVRAMI 63
A. İşçi Sıfatı 63
B. Geçici İşçi 65
C. İşyeri Hekiminin İşçi Sayılıp Sayılmayacağı 72
D. Borçlar Kanuna Tabi İşçilerin Alacak Hakları 74

III. İŞ KANUNUN KAPSAMINA GİREN İŞ VE İŞYERLERİ 80

IV. DENİZ İŞ KANUNUN UYGULAMA ALANI 87

V. İŞYERİNİN DEVRİ 89

VI. ASIL-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ 92
A. Asıl- Alt İşveren İlişkisinin Kurulması Koşulları 92
B. Asıl- Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa 98
C. Alt İşverenin Alt İşvereni 128

VII. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK 131
A. Esaslı Değişikliğin Anlamı 131
B. Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkının Saklı Tutulması 132
C. Sonuçları 134

VIII. ÜST DÜZEY YÖNETİCİLERİN FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ TALEP EDİP EDEMEYECEĞİ ... 137

IX. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIDA OLDUĞU SÜREDE FESHEDİLMESİ 142

X. İŞE İADE DAVASI 146
A. Geçerli-Haklı Sebeple Fesih Ayırımı 146
B. Geçerli Sebep 152
1. Performans Yetersizliğinin Geçerli Sebep Oluşturması 152
2. İşletmenin Zarar Etmesinin Geçerli Sebep Sayılıp Sayılmayacağı 175
3. Geçerli Sebep Olarak Özelleştirme 178
4. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Sebep 181
5. Geçerli Sebep Olarak Şirket Birleşmesi 184
6. Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Öğretim Üyelerinin Sözleşmelerinin Feshedilmesinde Geçerli Sebep 188
7. İşletme Gereklerine Dayalı Olarak Yapılan Fesihlerde Aranan Koşullar 195
C. İşe İade Davasının Açılabileceği Süre 200
D. İşe İade Davasında Altı Aylık Kıdem 203
E. İş Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshedilmesi Durumunda İşe İade Davası Açılıp Açılamayacağı 204
F. Feshin Son Çare Olması 206
G. İşe İade Davasında Sendikal Nedene Dayalı Fesih 208
H. İşe İade Kararından Sonra İşe Başlamak Üzere İşverene Başvurulması 212
1. İşe İade Kararından Sonra İşe Başlamak Üzere İşverene Başvurulmuş Sayılması İçin Kesinleşen Mahkeme Kararının İşverene Tebliği Edilmiş Olması Şartının Aranıp Aranmayacağı 212
2. İşe İade Kararından Sonra İşe Başlamak Üzere Başvurulmuş Sayılmasında Aranan Kriterler 215
I. İşe Başlatmama Tazminatı 222
XI. İŞÇİ VE İŞVERENİN BORÇLARI 226
A. İşçinin İş Görme Borcunu İhlal Etmesi 226
B. İş Güvenliği Önlemlerini Alma ve Uyma Yükümlülüğü 228
C. İşçinin Kendisine Hatırlatıldığı Halde Görevlerini Gereği Gibi Yapmamakta Direnmesi 245
D. Rekabet Yasağı 247
XII. ÖZELLEŞTİRME 254
XIII. İŞ MAHKEMESİNDE AÇILAN MENFİ TESPİT DAVASI 257
XIV. İBRANAME 259
XV. İKALE KAVRAMI 262
A. İkalenin Unsurları 262
B. İkalenin Varlığı Halinde İşe İade Davası Açılıp Açılamayacağı 264
C. İkale ve İbraname 270
XVI. KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANMA 273
XVII. EMEKLİLİK SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN FEHEDİLMESİ 277
XVIII. FESHİN KİMİN TARAFINDAN YAPILDIĞININ BELİRLENMESİ 283

XIX. İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI SEBEPLE FESHİ 290
A. Haklı Sebebin Belirlenmesi 290
B. Zorlayıcı Sebebe Bağlı Olarak Sözleşmenin Feshedilmesi 294
C. İşçinin İşvereni Yanıltması 303
XX. CEZAİ ŞART 307

İkinci Bölüm
SENDİKALAR VE TOPLU İŞ HUKUKU

I. SENDİKALAR HUKUKU 317
A. Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi 317
B. Sendika Disiplin Kurulu Tarafından Verilen Disiplin Cezasının İptali 321
C. Sendikal Tazminat 326
D. İşkolu Tespitine İtiraz 330
E. Muvazaanın İşkolu Tespiti ve İşkoluna İtirazı Etkilemesi Sorunu 344
II. TOPLU İŞ HUKUKU 357
A. Toplu İş Sözleşmesinin Yorumu 357
1. Toplu İş Sözleşmesinde Yıllık İzin Ücretinin Zamlı Olarak Ödeneceğine İlişkin Hükmün Yorumu 357
2. Toplu İş Sözleşmesinde İşçi Ücretlerine Yapılacak Zamma İlişkin Hükmün Yorumu 360
3. İşçi Sendikası İle İşveren Arasında Yapılan Protokolün Yorumlanması 363
4. Toplu Sözleşme Tarafları Arasında İmzalanan Protokol Hükümleri Uyarınca İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi 367
B. Yetki İtirazı 373
C. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma 383
D. Toplu İş Sözleşmesine Aykırı Bir Uygulamanın Bulunup Bulunmadığının Tespiti 386
E. Toplu İş Sözleşmesi (TİS) Hükmü Uyarınca İntibak 392
E. İşyerine Sendika Kararı Üzerine Sivil Kıyafet ile Gelme Davranışı 394

Üçüncü Bölüm
SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

I. 506 S. SSK KANUNU ANLAMINDA ASIL-ALT İŞVEREN KAVRAMI, İŞ KAZASI VE UNSURLARI 401
II. SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ 403
III. ÖDENMEYEN SİGORTA PRİMLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK 410
IV. HİZMET TESPİTİ 415
V. HİZMET TESPİT DAVASI İLE ALACAK DAVASININ BİRLİKTE AÇILIP AÇILAMAYACAĞI 422
VI. İŞ KAZASI SONUCU MADDİ MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ 426

VII. YAŞLILIK AYLIĞININ HESAPLANMASI 430

VIII. SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN RÜCU HAKKI 433

A. Rücu Hakkının Hukuki Niteliği 433

B. Kurumun Rücu Hakkında Üçüncü Kişinin Sorumluluğu 435

IX. SOSYAL GÜVENLİK KURUMU TARAFINDAN BAĞLANACAK AYLIKLARDA ALT SINIR UYGULAMASI 437

X. ÜCRET GARANTİ FONU 438

XI. SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN YETİM AYLIĞININ KESİLMESİNE İLİŞKİN İŞLEMİNİN İPTALİ 450

Dördüncü Bölüm
ÇÖZÜLMEMİŞ OLAYLAR

I. BİREYSEL İŞ HUKUKU 455

II. SENDİKALAR VE TOPLU İŞ HUKUKU 470

III. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU 477

Kavramlar Dizini 493

Kısaltmalar

Ar-Ge	: Araştırma Geliştirme
A.Ş.	: Anonim Şirket
BK	: Borçlar Kanunu
ÇSGB	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
E.	: Esas
GSYİH	: Gayri Safi Yurt İçi Hasıla
H.D.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÇBBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHSGHD	: İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İş K.	: İş Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİK	: Kamu İktisadi Kuruluşu
Ltd. Şti	: Limited Şirket
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
PatKHK	: Patent Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
SSK	: Sosyal Sigortalar Kurumu
STSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
TSGLK	: Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt Kurumu
TTB	: Türk Tabipler Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜİK	: Türk İstatistik Kurumu
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma örgütü
Yarg.	: Yargıtay
YHK	: Yüksek Hakem Kurulu

Birinci Bölüm
BİREYSEL İŞ HUKUKU

I. İŞ SÖZLEŞMESİ VE TÜRLERİ

A. İş Sözleşmesi ve Unsurları

OLAY

(A), (B) inşaat şirketi ile 23.01.2003 tarihinde imzaladığı sözleşme gereği; iş sahibi (U) Konut Yapı Kooperatifi'nden yükümlendiği inşaat sözleşmesi nedeniyle (B) ile Kooperatif arasında irtibat, organizasyon, şifahi danışmanlık işlerini müşavir olarak üstlenmiş, bu sözleşmenin 2. maddesinde "Müşavir bu üstleniminden dolayı iş sahibinin (U) Konut Yapı Kooperatifi'nden alacak olduğu tüm hak edişlerinde geçerli olmak ve hak edişlerden tüm kesintiler mahsup edildikten sonra kalan bakiyenin %7'sini iş sahibi müşavire ücret olarak ödemeyi kabul ve taahhüt etmiştir. Bu ödemeler, kooperatif tarafından işverene yapılan ödemeler tarihinde muaccelliyet kazanır ve ödenir." denilmektedir. Ayrıca sözleşmenin 3. maddesinde "işveren ve (U) Konut Yapı Kooperatifi arasındaki sözleşme fesih olunur ise, bu sözleşme de fesih tarihi itibarı ile hükmünü yitirir. Ancak sözleşme hükümden düşmeden önceki dönemde müşavirin hak ettikleri de müşavire ödenir." hükmü yer almaktadır. (A)'nın (B) inşaat şirketi tarafından 23.09.2003 tarihinde SSK'ya bildirimi yapılmıştır. (B) ile (U) Kooperatifi arasında 23.01.2003 tarihinde sözleşme düzenlenmiş bu sözleşme 17.02.2006 tarihinde yönetim kurulu tarafından feshedilmiştir. (A) tarafından noter kanalıyla 20.09.2005 tarihinde (B) şirketine sigortasını eksik göstermesinin yanında, hiç müşavirlik ücreti ödenmemesi ve bu ücretin ödenmesi hususunda ihtarname göndermiştir. (B) ise bu ihtarnameye karşılık 04.10.2005 tarihinde noter kanalıyla Kooperatif'ten herhangi bir ücret tahsil edilemediği ve (A)'nın müşavirlik ücretini hak edecek herhangi bir hizmeti bulunmadığı için ödeme yapılmadığı hususunda cevap göndermiştir. 03.02.2006 tarihinde ise (A) ile (B) arasında 2 yıllık süresi olan sözleşme, (B) tarafından sözleşmede kararlaştırılan koşulların (A) tarafından yerine getirilmemesi gerekçe gösterilerek ihtarname yolu ile feshedilmiştir. (A) bunun üzerine alacaklarının tahsili için dava açmıştır. Banka dekontlarından (A)'ya (U) Konut Yapı Kooperatifi tarafından 35.000TL ödendiği anlaşılmaktadır. Aynı zamanda (A)'nın 30.06.2000 tarihli genel kurul kararı ile 4 yıllığına yönetim kurulu üyesi olarak seçildiği bilinmektedir.

SORULAR

1. Taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği nedir? Açıklayınız. İş sözleşmesi ile diğer iş görme sözleşmeleri arasında ne gibi bir fark bulunmaktadır?
2. (A)'nın SSK'ya bildiriminin yapılmış olması sözleşmenin niteliğini etkiler mi? Açıklayınız.

CEVAPLAR

1. İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen tanıma uygun olarak iş sözleşmesi, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır.

İş sözleşmesinin belirlenmesinde bağımlılık unsurunun varlığı zorunlu bulunmakla birlikte bunun ne tür bir bağlılık olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. İş sözleşmesinde bağımlılık ilişkisini bir ekonomik veya teknik bağımlılık olarak değil, kişisel/hukuki bağımlılık olarak açıklamak gerekir. Çünkü işverenin otoritesi altında çalışan, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmek zorunda olan işçinin iş sözleşmesinde bağımlılığı daha ziyade kişiliği ile ilgilidir. Diğer bir deyişle, iş sözleşmesinin özünde diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak bir otorite/bağımlılık ilişkisi vardır ve işveren işçinin kişiliği üzerinde başka sözleşmelerde bulunmayan bazı hak ve yetkilere sahiptir. İşçi iş görme borcunu işverenin yönetim, gözetim ve denetimi altında yerine getirir. Diğer iş görme sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek talimatlar genellikle sadece edim sonucuna yöneliktir. Oysa iş sözleşmesinde işveren vereceği talimatlarla işçinin edimini, bu edimin yerine getirilmesi süreci içinde organize eder.

İş hukukunun esnekleştirilmesi taleplerine yol açan dünyadaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler bazı durumlarda iş sözleşmesinde klasik anlamda bağımlılık ilişkisinin zayıflaması sonucunu yaratmaktadır. Ancak, iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun ortadan kalktığı veya önemini yitirdiği sonucuna varılamaz. Bu durumda yapılacak iş, bağımlılık unsurunu daha esnek bir ölçüte bağlı olarak değerlendirmekten ibarettir. Bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı durumlarda taraflar arasında iş sözleşmesinin varlığını tespit etmek için batı ülkelerinde "işçinin işverene ait iş organizasyonu içinde onun yararına iş yapması" bağımlılık unsurunun ölçütü olarak kabul görmüştür. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu da işyerini, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak tanımlayarak (m. 2/3), sözü edilen ölçüte pozitif bir değer kazandırmıştır.

Bununla beraber, başkasının iş organizasyonunda işin görülmesi ölçütünü gereğinden fazla geniş anlamda değerlendirmemek gerekir. Örneğin, işverenin işyeri için sürekli mal üreten ancak kendi işletmesini işleten girişimciler işverenin iş organizasyonu içerisinde değerlendirilemezler.

Bağımlılık unsuru iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden temel unsurdur. İstisna sözleşmesinde, taraflardan birinin (müteahhit) ücret karşılığında diğer tarafa (iş sahibi) bir şeyin (eserin) yapılmasını üstlendiği bir sözleşmedir (BK m. 355)

"Eser" kavramı inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan "inşaat eseri" kavramından daha kapsamlıdır. Çünkü "inşa eseri" mutlaka maddi, cismani bir şey olduğu halde, "eser" maddi olabileceği gibi, manevi bir emek ürünü de olabilir. Diğer taraftan, inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan "inşa eseri" genellikle "taşınmaz eser" niteliğinde olurken, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan "eser" ilke olarak "taşınır eser" niteliğinde olmaktadır. Eser Borçlar Kanunu m. 58'de anılan sadece imal olunan şey kavramını son derece aşmaktadır. İstisna sözleşmesi arza bağlı taşınmaz eşyaları da kapsadığı gibi, arza bağlı olmayan taşınır şeyleri ve emek ürünü olup maddi bir varlığı bulunmayan sonuçları da kapsamaktadır. Ancak Yargıtay eser kavramının çok da geniş tutulmayıp bu kavramı yalnız malzeme ile ilgisi olan maddi eserlere hasretmek yanlısıdır. Türk Hukuku'nda baskın görüşe göre maddi bir şeyde tecessüm etmeyen fikir sanat veya spor çalışmaları veya gösterilerine ait sözleşmelere istisna sözleşmesinin değil vekalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması uygun bulunmaktadır.

Vekalet sözleşmesinin de konusu bir iş görmektir ancak bu sözleşmede ne iş sözleşmesine ait zaman unsuru ne de istisna akdine ait eser unsuru vardır. Vekaletin konusu istisna sözleşmesinden daha genel bir nitelik taşır. Vekil belli bir sonucun elde edilmesi için değil, belli bir yönde çalışmak üzere taahhüt altına girer. Bu nedenle çalışma sonucunda istenilen sonucun meydana gelip gelmediği önem taşımaz ve vekalet istisna akdinden farklı olarak ücretsiz de olabilmektedir. Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin 1. fıkrasına göre vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile kendisine yükletilen işin yönetilmesini veya hizmetin ifasını üstlendiği bir sözleşmedir. Vekalet, iş görme sözleşmeleri açısından genel nitelik taşıdığından yapılan iş herhangi bir iş görme sözleşmesinin çerçevesine sokulamıyorsa vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanır. (BK m. 389/1) Vekalet sözleşmesinde de vekil müvekkilin açık olan talimatı ile bağlı ise de, iş sözleşmesinden farklı olarak işin yapılması sürecinde işverenin emir ve otoritesi altında olmaksızın, istediği yer ve zamanda işi bağımsız bir şekilde yerine getirir.

Somut olay bakımından taraflar arasında imzalanmış bulunan sözleşmeye göre: "İş sahibinin (U) Konut Yapı Kooperatifinden yükümlendiği inşaat sözleşmesi nedeni ile kooperatif arasında irtibat, organizasyon şifahi danışmanlık işlerini" müşavir üstlenmiştir. (A)'nın müşavir olarak bu sözleşme gereği iş görme borcu (B) ile kooperatif arasında irtibat, organizasyon ve şifahi danış-

manlık hizmetlerinin yürütülmesinden ibarettir. Müşavir tarafından bir sonucun veya bir eserin taahhüt edilmesi söz konusu olmadığı ve ayrıca bunun da zaman unsuru ile sınırlanamadığı görüldüğünden, taraflar arasında kurulan sözleşme vekalet sözleşmesidir. Taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Çünkü iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan bağımlılık unsurunun varlığını taraflar arasındaki ilişkide görmek mümkün değildir. (A)'nın (B)'nin emir ve talimatı altında iş görmesi söz konusu olmadığı gibi, aksine (A) tam bir bağımsızlık içinde davalı ile kooperatif arasında irtibat, organizasyon ve şifahi danışmanlık işlerini üstlenmiştir. Esasen üstlenilen şifahi danışmanlık, irtibat ve organizasyon işinin doğası gereği işverenin emir ve talimatı altında yürütülmesine olanak bulunmamaktadır.

2. (A)'nın SSK'ya bildirilmiş olması da sözleşmenin niteliğini etkileyecek nitelikte bir unsur olarak değerlendirilemez. Taraflar arasında imzalanan sözleşme 23.01.2003 tarihli olup, (A)'nın (B) tarafından SSK'ya bildiriminin yapıldığı tarih 23.09.2003 tarihidir. (A) SSK'ya eksik bildirimin varlığından söz etmektedir. Oysa davalı tanıkları davacıya bu sözleşmeden ayrı olarak, iş takibi işinin verildiğini ve sigortasının bundan dolayı yapıldığını beyan etmişlerdir. (B) (A)'yı 23.09.2003-01.07.2005 tarihleri arasında SSK'ya bildirmiştir. Ancak bu bildirimlerin müşavirlik sözleşmesinden kaynaklanmadığı, iş takibine ilişkin başka bir işten kaynaklanmaktadırlar. Zira SSK bildirimin yapılmış olması için sigortalının kazancının tespiti gereklidir. Sigortalının kazancı ise aldığı ücretle ilgilidir. (A) bu döneme ilişkin kazanç bildirimlerine itiraz etmemiş; eksik sigortalılık itirazında bulunmuştur. Bu nedenle (A)'nın SSK'ya bildirimin yapılmış olması 23.01.2003 tarihli sözleşmenin vekalet olduğu yönündeki olguyu etkileyecek nitelikte değildir. Zira Yargıtay 10 Hukuk Dairesi 18.6.1990 tarihli ve E:1990/2951, K:1990/6089 sayılı kararında belirtildiği gibi "*Uyuşmazlık taraflar arasındaki ilişkinin hizmet akdine dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır. Çalışan Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinin öngördüğü çerçeve içinde ve "zaman" ile "bağımlılık" unsurlarını içerir biçimde çalışmaktaysa, oradaki çalışma ilişkisi hizmet akdine dayanıyor demektir. Bilindiği gibi "zaman" unsuru, çalışmanın işgücünü, belirli ya da belirli olmayan bir süre içinde, işverenin buyruğunda bulundurmasını kapsar. Hiç kuşkusuz, çalışan, bu süre içinde işveren veya vekilinin buyruğu ve denetimi altında (bağımlı olarak) edimini yerine getirecektir. Burada sözkonusu olan bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. Bununla birlikte sigortalı sayılabilmek için bunlardan ayrı olarak hizmet sözleşmesinin öngördüğü edimin işverene ait işyerinde görülmesi koşulunun da gerçekleşmiş bulunması gerekir. Bu suretle,*

özellikle bağımlı çalışma unsurunun işveren için kolayca uygulanma olanağı sağlanmıştır. Başka bir deyişle sigortalı sayılabilmek için, hizmet sözleşmesindeki bağımlılığın üstünde, gerçekleştirilmesi mümkün gerçek bağımlı çalışma koşulu aranacaktır. Yok, eğer çalışan, işgücünü, belirli ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştıranın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak, işverenin buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi, Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi gereği istisna akdine dayanıyor demektir". Kaldı ki bir an için SSK'ya yapılan bildirimin müşavirlik sözleşmesine dayandığı düşünülse bile, sözü edilen bildirimin yerinde olmadığı sonucu ortaya çıkar. Zira davacı iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmamakta, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesinde sayılan sigortalı olanlar arasında da yer almadığına göre, yapılan bildirim yersizdir.

B. Belirli-Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi

1. Belirli Süreli İş Sözleşmesi

OLAY 1

Taşeron (A) Organize Sanayi Bölgesi Altyapı İnşaat İşleri'ni açılan ihale sonucu 24.12.2003 tarihi itibarı ile almıştır. İşveren (A), işçi (B) ile 31.03.2004 tarihli iş sözleşmesini imzalamıştır. Bu sözleşmenin 7. maddesi uyarınca, sözleşmenin harita ölçüm işlerinin tamamlanması ile sona ereceği belirtilmiştir. İşlerin tamamlanması üzerine (B)'ye sözleşmenin sona erdirildiği bildirilmiş, ancak (B) 9 ay daha çalıştırıldığı iddiası ile iş mahkemesine müracaat ederek ihbar tazminatı talebinde bulunmuştur.

SORULAR

1. İşveren (A) ile işçi (B) arasında imzalanan sözleşmenin türü nedir? Neden?
2. İşçi (B)'nin sözleşmesinin sona ermesinden sonra 9 ay daha çalıştırıldığı iddiasıyla ihbar tazminatı talebi yerinde midir?

CEVAPLAR

1. İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Gerçekten işin süresi, kanunda açıkça **"işin tamamlanması"** şeklinde ifade edilen, bina yapımının bitmesi, kazan veya makinenin fabrikaya monte edilmesi, sıva ve mozaik işlerinin tamamlanması, bir projenin bitirilmesi gibi, işin niteliği itibarı ile mutlaka belirli şekilde gerçekleşen olaya bağlanabilir. Taraflar

arasında imzalanan 31.03.2004 tarihli sözleşmenin, sözleşme süresini düzenleyen **7. maddesi uyarınca sözleşmenin harita ölçüm işlerinin tamamlanması ile sona ereceği vurgulanmıştır.** Davalının aldığı iş OSB'nin alt yapı işleridir. Buradaki iş niteliği gereği belirli süreye bağlanabilecek niteliktedir. Gerçekten harita ölçüm işlerinin tamamlanması, işlerin bitmesi nedeni ile sözleşmenin süresinin dolması nedeni ile sona ermesi mümkündür.

2. Davacı (B) belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesine rağmen, 9 ay daha çalıştırıldığı iddiasındadır. Bu iddianın doğruluğu olaydaki verilen bilgilerden anlaşılmamaktadır. İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca belirli süreli sözleşmenin yazılı yapılması koşulunu aramaktadır. Bu nedenle belirli süreli sözleşmenin yazılı olarak yapılması koşulu gerçekleşmemiştir. Eğer iş bitmemiş olsaydı, davacının bunu kanıtlaması şartı ile belirli süreli sözleşmenin süresinin sona ermesinden önce haksız surette feshi nedeniyle kalan süreye ilişkin ücret tutarını isteme hakkı doğabilecektir. Ancak bunun için davacının öncelikle harita ölçüm işinin sona ermediğini kanıtlaması gerekir. Bu iddianın kanıtlanmış sayılmasına dayanak olabilecek ibare bulunmadığından belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolması nedeni ile kendiliğinden sona erdiği kabul edilerek davacı (B)'nin ihbar tazminatı talep etme hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir.

OLAY 2

Davacı vekili dava dilekçesinde müvekkilinin 25/04/2011-31/12/2011 tarihleri arasında iş akdinin haksız ve geçersiz feshine kadar davalı şirketin E Gübre San. A.Ş. işyerinde ve diğer iş yerlerinde garson ve ofis elemanı olarak çalıştığını, müvekkilinin iş akdinin davalı şirketin yemek işlerini yaptığı E Gübre A.Ş. ile yapmış olduğu sözleşmenin bittiği gerekçesiyle feshedildiğini, feshin yasal dayanaktan yoksun olduğunu, feshin son çare ilkesine uyulmadan gerçekleştirildiğini, yazılı fesih bildiriminde müvekkiline "31/12/2011 tarihinde müşteri ile olan sözleşmemizin sona ermesi nedeniyle iş akdiniz feshedilecektir. Şayet kabul ederseniz Bornova'da bulunan Merkez Mutfağımızda görev alabilirsiniz. Bu bildirim müşteri E Gübre A.Ş. ile sözleşmenin yenilenmemesi halinde geçerli olacaktır." denildiğini, 02/01/2012 tarihinde davacı ve iş akitleri feshedilen işçilerin yazılı bildiriminde belirtilen şirketin İzmir Merkez Mutfağına iş başı yapmak için gittiklerini, ancak davacı ve diğer işçilere şirket yönetimi tarafından iş başı yaptırılmadığını, müvekkile iş akdinin başlangıcında davalı şirketin İzmir Bölgesi'nde bulunan tüm işyerlerinde ve merkez mutfakta çalışacağı belirtilerek işe alındığını, iş akdinin başlangıcından önce davacıya boş olarak maktu düzenlenmiş bir sözleşmenin son sayfasına imza attırıldığını iş akdinin feshi sonrasında davacıya "iş akitlerinizin feshi dolayısıyla bir talepte bulunamazsınız imzalamış olduğunuz sözleşmeler belirli süreli sözleşmelerdir."

denildiğini, davalı şirketin Türkiye çapında yemek hizmeti alanında faaliyet gösteren bir şirket olduğunu, şirketin yapmış olduğu işin süreklilik taşıdığını, müvekkili ile süreli bir iş için sözleşme yapılmadığı gibi belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması nedeni ile de iş ilişkisi kurulmuş olmadığını, müvekkilinin iş akdinin davalı işveren tarafından yapılan 31/12/2011 tarihli haksız feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, verilen karara rağmen işe başlatılmaması halinde 8 aylık ücret tutarında tazminatın tespitine, kararın kesinleşmesine kadar davacı işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok 4 aya kadar doğmuş ücret ve hakların ödenmesine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin de davalıya yükletilmesine karar verilmesini talep ettiklerini belirtmişlerdir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacının belirli süreli sözleşmeyle E Gübre San. A.Ş. bünyesinde garson olarak çalışmaya başladığını, davacı ile imzalanan iş sözleşmesinde "Sözleşmenin süresi: İş sözleşmesi 26/04/2011 tarihinde başlamış olup 31/12/2011 tarihinde herhangi bir bildirim yapılmaksızın kendiliğinden sona erer." dendiğini, tarafların belirli süreli sözleşme hazırlama konusunda iradelerinin örtüştüğü hususunda bir ihtilafın bulunmadığını, davacının belirli süreli iş akdinden ötürü işe iade davası açamayacağını, müvekkili şirketin E Gübre San. A.Ş. ile imzalamış olduğu sözleşme ve davacı ile müvekkil şirket arasında imzalanan sözleşmelerin belirli süreli olduğunu, bunun nedeninin ise müvekkili şirketin davacının istihdam edildiği E Gübre San. A.Ş. ile imzalamış olduğu sözleşmenin olduğunu, E Gübre San. A.Ş. ile imzalanan yemek hizmetleri sözleşmesine göre; "İşbu sözleşme ekleri ile birlikte 01/01/2011-31/12/2011 tarihleri arasında geçerlidir." ibaresine yer verildiğini, hal böyle iken davacının müvekkili şirkete bağlı olarak hizmetini yerine getirebileceği bir iş kalmadığını, davacının davasının reddi gerekmesine karşın müvekkili şirketin davacının fesih bildiriminde belirttiği üzere merkez mutfakta göreve başlamasına ilişkin ihtarname ile işe başlaması için ihtardan ötürü konusuz kalan davanın reddinin gerektiğine, yargılama gideri ile avukatlık ücretinin karşı tarafa yükletilmesine karar verilmesi talep ettiklerini belirtmişlerdir.

Davacı tanıkları, iş sözleşmesinin değişen koşullar ile devam etmesini davacı işçinin kabul ettiği ve 02.02.2012 tarihinde Merkez Mutfağa giderek çalışmak istediğini, ancak işveren tarafından içeri alınmayarak çalıştırılmadığı yönünde ifade vermişlerdir.

B 41. Noterliği tarafından düzenlenen 03860 yevmiye numaralı 27/02/2012 tarihli ihtarnameye göre; davacının iş akdinin 31/12/2011 tarihinde davalı tarafından feshedildiği, 05/12/2011 tarihli fesih yazısında davacının kabulü halinde iş akdinin Bornova/İzmir adresindeki üretim mutfağında devam edeceğini, bu

konuda herhangi bir talebi olmadan işe iade davası açtığını, bu ihtarnamenin tebliğinden itibaren Bornova/İzmir adresindeki üretim mutfağında işe başlamasını bildirmiştir.

SORULAR

1. Davacının işe iade davası açması mümkün müdür?
2. B 41. Noterliği tarafından düzenlenen 03860 yevmiye numaralı 27/02/2012 tarihli ihtarnameye göre davalının; davacının iş akdinin 31/12/2011 tarihinde feshedildiğini, 05/12/2011 tarihli fesih yazısında davacının kabulü halinde iş akdinin Bornova/İzmir adresindeki üretim mutfağında devam edeceğini, bu konuda davacının herhangi bir talebi olmadan doğrudan doğruya işe iade davası açılmış olması sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerektiği yolundaki iddiası yerinde midir? Neden?

CEVAPLAR

1. Davalı şirket ile E Gübre Sanayi A.Ş arasında asıl alt işveren ilişkisi bulunmaktadır. Bu sözleşme çevresinde davalı şirket "yemek hizmetlerini" üstlenmiş olup, davacı işçi alt işveren olan davalının işçisidir.

Davalı işveren davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını ve sözleşmenin süresinin dolması ile kendiliğinden sona ereceğini gerekçe göstererek, davacının işe iade davası açamayacağı yönünde iddiada bulunmuştur.

İş K.11 maddesinin 1. fıkrasında işçileri korumak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı sınırlandırılmış ve bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi anılan fıkrada belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Bu koşullar: işin belirli süreli veya belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkmasıdır. **Taraflar belirli bir süre belirlemek suretiyle yaptıkları iş sözleşmesini belirli süreli olarak nitelendirseler bile, sayılan objektif koşullar yoksa, bu sözleşme belirsiz süreli sayılır ve bu tür iş sözleşmelerin hukuki rejimine tabi olur.**

İş Kanunda belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi sınırlı objektif koşulların varlığına bağlanmış, yasada öngörülen koşulların bulunması halinde iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında da belirli süreli olarak kurulabilmesi engellenmiştir

Zaman içinde sürekli olarak mal veya hizmet üretiminin devam ettiği işlerde objektif nedenler ortaya çıkmadıkça kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırmak mümkün değildir.

Her ne kadar durumun özelliğine göre işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına olanak tanımaktaysa da bunun işçinin nitelikli olması ile ilgisi bulunmamaktadır. İşçi nitelikli de olsa İş K.m.11 de yer alan objektif nedenlerin

bulunmaması halinde belirli süreli iş sözleşmesi kurulamaz. Bu nedenle Yargıtay içtihadının aksine zaman içinde sürekli devam edip giden bir işte çalışan hemşirenin, kontrol mühendisinin, işyeri hekiminin, elektrik mühendisinin, sırf nitelikli işçi olmaları nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışabileceklerinin kabulü mümkün değildir.

Davacı garson (ofisi elemanı) olarak çalıştırılmış olup, yaptığı iş süreklilik arz etmektedir. Dolayısı ile davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hal böyle olunca, davacının belirsiz süreli iş sözleşmesinden kaynaklanan fesih söz konusu olduğu için, davacının işyerindeki kıdemi altı ayı aştığı ve işyerinde 30 dan fazla işçi çalıştığı için davacı işe iade davası açabilecektir.

Davalı şirketin E Gübre A.Ş ile imzaladığı sözleşmenin sona erdiği ve dolayısıyla E Gübre A.Ş ile davalı arasındaki asıl-alt işveren ilişkisinin sona erdiği tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır.

Fesih yazısında ***"31.12.2011 tarihinde müşteri ile olan sözleşmenin sona ermesi nedeniyle iş akdiniz feshedilecektir. Şayet kabul ederseniz Bornova'da bulunan Merkez Mutfağımızda görev alabilirsiniz. Bu bildirim müşteri E Gübre A.Ş ile sözleşmenin yenilenmemesi halinde geçerli olacaktır"*** şeklinde bildirim yapıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı işveren E Gübre A.Ş ile aralarındaki ilişkisinin sona ermesi nedeni ile İş K.22 maddesi uyarınca çalışma koşullarındaki değişiklik kapsamında davacı işçiye Bornova Merkez Mutfağında iş teklif etmiştir. İş sözleşmesinin değişen koşullar ile devam etmesini davacı işçi kabul etmiş ve 02.02.2012 tarihinde Merkez Mutfağa giderek çalışmak istemiş, ancak işveren tarafından içeri alınmayarak çalıştırılmamıştır. Bu husus davacı tanıklarının beyanları ile sabittir. Hal böyle oluca İş Kanunun 22 maddesi uyarınca değişen koşullarda çalışmayı kabul eden işçinin, işyerine alınmayarak çalıştırılmaması bir fesihtir. Oysa işveren işçinin iş sözleşmesini İş K.18 maddesi uyarınca ancak geçerli bir sebebin bulunması ve bu geçerli sebebi İş.K.19 maddesi uyarınca açık ve kesin bir şekilde yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür.

2. B 41. Noterliği tarafından düzenlenen 03860 yevmiye numaralı 27/02/2012 tarihli ihtarnameye göre; davacının iş akdinin 31/12/2011 tarihinde feshedildiğini, 05/12/2011 tarihli fesih yazısında davacının kabulü halinde iş akdinin Bornova/İzmir adresindeki üretim mutfağında devam edeceğini, bu konuda herhangi bir talebi olmadan işe iade davası açtığını, bu ihtarnamenin tebliğinden itibaren Bornova/İzmir adresindeki üretim mutfağında işe başlamasını belirttiği anlaşılmıştır.

Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, sözleşme İş K.18 ve 19 maddesine aykırı olarak feshedilmiş sayılacağı için bu ihtarname ile davalının davacıyı Bornova'daki mutfakta çalıştırmak üzere yaptığı bildirim yeni icaba davet olarak değerlendirilebilir. Bu icaba davete davacı işçinin icap ile karşılık vermesi durumunda yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğundan söz etmek mümkün olabilecekti. Ancak bu husus artık davanın konusunu oluşturmamaktadır.

2. Sözleşmenin Belirli mi Belirsiz mi Olduğunun Belirlenmesi

OLAY

İzmir'de faaliyet gösteren (A) A.Ş.'de Ar-Ge Genel Müdür Yardımcısı olarak çalışan (B) ile şirket arasında işe başlama tarihi 27.11.2006 olan ve 31.12.2009 tarihinde sona erecek olan belirli süreli iş sözleşmesi imzalanmıştır. Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin başlığı "iş sözleşmesi" olup, madde 2 altında, ücretlinin işe başlama tarihinin 27.11.2006 tarihi olduğu, 5. maddenin başlığı olan "sözleşmenin süresi" altında da sözleşmenin 31.12.2009 tarihine kadar olduğu belirtildikten başka, sözleşmenin bitiminden 60 gün önce taraflardan biri sözleşmenin tadilini veya feshini talep etmediği sürece, sözleşmenin bir yıl daha geçerliliğini koruyacağı belirlenmiştir. B'ye önce Mayıs 2008'de Ar-Ge Genel Müdür Yardımcılığı ve Teknik İşler Müdür Yardımcılığı pozisyonlarının birleştirildiği ve çalıştığı pozisyonun kalktığı bildirilmiştir. 31.12.2009 tarihli fesih yazısı ile (B)'ye grup şirketlerden birinde AR-GE genel müdür yardımcılığı görevinin teklif edildiği, ancak kabul edilmemesi üzerine ekonomik kriz ve başka uygun pozisyon bulunmaması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği bildirilmiştir. Mayıs 2008 tarihli yazıdan sonra (B)'ye Rusya'da AR-GE genel müdür yardımcılığı teklif edilmiş, (B) tarafından kabul edilmemesi üzerine (B) 8 ay daha çalışmasını sürdürmüştür. Ancak bu süre içerisinde (B) hiçbir üretim olmayan fabrikada, diğer işçilerden izole edilerek bir odaya oturtulmuş, mail ve toplantı trafiğinden uzak tutulmuş, kendisine hiç iş verilmemiştir. Bunun üzerine (B) iş mahkemesine dava açmıştır.

SORULAR

1. (B) sözleşmenin 31.12.2008 tarihinde feshedilmesi sebebiyle bir yıllık ücret talebinde bulunmuştur. Bu talebi yerinde midir? (A) ile (B) arasında imzalanan sözleşmenin niteliğine bağlı olarak bu soruya verilecek cevap değişecek midir? Neden?
2. Mobbing nedir? (B)'ye mobbing uygulandığını kabul etmek mümkün müdür?
3. İşçi (B) "ödül yönetim sistemi talimatı" uyarınca değişik ödül grupları bulunduğu ve kendisi adına kayıtlı "faydalı model" bulunduğu iddiası ile talepte bulunmuştur. Siz yargıç olsaydınız davacının talebini nasıl değerlendirirdiniz?

CEVAPLAR

1. Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin başlığı "iş sözleşmesi" olup, madde 2 altında, ücretlinin işe başlama tarihinin 27.11.2006 olduğu, 5. maddenin başlığı olan "sözleşmenin süresi" altında da sözleşmenin 31.12.2009 tarihine kadar olduğu belirtildikten başka, sözleşmenin bitiminden 60 gün önce taraflardan biri sözleşmenin tadilini veya feshini talep etmediği sürece, sözleşmenin bir yıl daha geçerliliğini koruyacağı belirlenmiştir.

İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında işçileri korumak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı sınırlandırılmış ve bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi anılan fıkrada belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Bu koşullar: işin belirli süreli veya belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkmasıdır. Taraflar belirli bir süre belirlemek suretiyle yaptıkları iş sözleşmesini belirli süreli olarak nitelendirseler bile, sayılan objektif koşullar yoksa, bu sözleşme belirsiz süreli sayılır ve bu tür iş sözleşmelerinin hukuki rejimine tabi olur.

İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi sınırlı objektif koşulların varlığına bağlanmış, yasada öngörülen koşulların bulunması halinde iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında da belirli süreli olarak kurulabilmesi engellenmiştir. Bu kabul doktrinin büyük çoğunluğu tarafından kabul edildiği gibi, Yargıtay kararlarında da kabul edilmiştir.

Zaman içinde sürekli olarak mal veya hizmet üretiminin devam ettiği işlerde objektif nedenler ortaya çıkmadıkça kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırmak mümkün değildir.

Her ne kadar durumun özelliğine göre işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına olanak tanınmaktaysa da bunun işçinin nitelikli olması ile ilgisi bulunmamaktadır. İşçi nitelikli de olsa İş Kanunu'nun m. 11 de yer alan objektif nedenlerin bulunmaması halinde belirli süreli iş sözleşmesi kurulamaz. Bu nedenle Yargıtay içtihadının aksine zaman içinde sürekli devam edip giden bir işte çalışan hemşirenin, kontrol mühendisinin, işyeri hekiminin, elektrik mühendisinin, sırf nitelikli işçi olmaları nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışabileceklerinin kabulü mümkün değildir.

TTK 314. maddesinde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin en çok üç yıl süre ile seçilecekleri öngörülmüş, aynı Yasa'nın 344. maddesinde ise esas mukavelede aksine hüküm bulunmadığı taktirde müdürlerin yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerini aşan bir zaman için tayin edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Anonim şirket müdürlerinin görev süreleri yasayla sınırlandırıldığından, adı geçen hükümler anonim şirket müdürleri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını haklı kılar.

Bu hükümde sözü edilen müdürler ticaret siciline şerh edilen ve ilan edilen müdürlerdir. Davacı ise Ar-Ge genel müdür yardımcısı olarak çalışmaya başlamış olup, davacıya Mayıs 2008 tarihinde üretim, Ar-Ge ve teknik işler genel müdür yardımcılığı pozisyonlarının birleştirildiği ve çalıştığı pozisyonun ortadan kaldırıldığı bildirilmiştir. Davacının TTK 314. ve 344. hükümlerinden yararlanmak sureti ile belirli süreli sözleşme yapılması gerekenler arasında kabul edilmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu bakımdan İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirlenen diğer koşulların varlığının yer alıp almadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, işin belirli süreli olup olmadığı, belli bir işin tamamlanmasına yönelik olup olmadığı, belirli bir olgunun ortaya çıkıp çıkmadığı durumlarının incelenmesi gerekmektedir. İşin niteliği gereği belirli süreli işlerden olmayıp, sürekli nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır. Belirli bir işin tamamlanmasına yönelik davacının çalıştırılması söz konusu olmayıp, işyerinde, işletmenin normal faaliyetine dahil olmayan veya sürekli devam etmekte olan mutad durumun dışında bir olgunun ortaya çıktığı görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, İş Kanunu'nun 11. maddesinde aranan objektif koşulun varlığı gerçekleşmediğinden belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle yapılan sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesi gerekir.

Her ne kadar durumun özelliğine göre işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına olanak tanımaktaysa da bunun işçinin nitelikli olması ile bir ilgisi yoktur. İşçi nitelikli de olsa İş Kanunu'nun 11. maddede yer alan objektif nedenlerin bulunmaması halinde belirli süreli iş sözleşmesi kurulamaz. Bu nedenle yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtay'ın içtihadının aksine zaman içinde sürekli devam edip giden bir işte çalışan hemşirenin, kontrol mühendisinin, işyeri hekiminin, elektrik mühendisinin sırf "nitelikli işçi" olmaları nedeniyle belirli süreli sözleşmeyle çalışabilecekleri kabul edilemez.

Ancak Yargıtay 9. H.D.'nin E.2008/7443, K.2008/7075 ve 31.3.2008 tarihli kararı ile UÇÖ'nün 158 sayılı sözleşmesi ve 1999/70 sayılı Konsey Direktifi'ne atıfta bulunmak sureti ile, işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkanın ortadan kalktığı, buna karşılık işin niteliğinin belirli süreli iş sözleşmesi bakımından önemli olduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle yukarıda tarafımızca dile getirilen hususların artık Yargıtay tarafından da dikkate alındığını söylemek mümkün olacaktır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin belirsiz süreli olduğu göz önünde bulundurulduğunda, hukuk sistemimizde iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde, süreli fesih hakkının doğumu, geçerli bir diğer deyişle "işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından" ya da "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden

kaynaklanan" nedenlere dayandırılmış ve bunun ispatı yükü de kural olarak işverene yüklenmiştir.

Olayımızda işveren şirketin organizasyon yapısının değişmesi nedeniyle davacının sürdürmekte olduğu pozisyona ihtiyaç kalmadığını, davacıya teklif edilen diğer pozisyonların da kendisi tarafından kabul edilmemesi karşısında, global ekonomik kriz nedeniyle yeni tekliflere kapalı olan davacının daha fazla çalıştırılmasının mümkün olmadığından bahisle, feshin son çare olması ilkesine uygun olarak iş sözleşmesinin haklı sebeple sona erdirildiğini iddia etmektedir. 31.12.2008 tarihli fesih yazısından anlaşıldığı üzere, davacıya "grup şirketlerinden birinde Ar-Ge Genel Müdür Yardımcılığı" görevinin teklif edildiği ve davacı tarafından bu görevin kabul edilmemesi üzerine, başka uygun bir pozisyonun bulunmaması sebebiyle "giderek derinleşen ekonomik kriz ortamında iş akdinizin daha fazla sürdürülmesi olanağı kalmamıştır" denerek sözleşmenin feshi yoluna gidilmiştir.

Burada İş Kanunu'nun 22. maddesi anlamında çalışma koşullarında esaslı değişiklik nedeniyle fesih hakkının kullanılması söz konusudur. Davacıya Rusya'da grup içindeki başka bir işyerinde Ar-Ge genel müdür yardımcılığı görevinin teklif edildiği ancak davacı tarafından kabul edilmediği iddia edilmektedir. Nitekim davalı işveren bu kabul edilmeme üzerine davacıyı sekiz ay kadar daha çalıştırmıştır. Rusya'ya yapılan görevlendirmenin esaslı değişiklik oluşturduğu tartışmasızdır. Esaslı değişikliğin davacı tarafından kabul edilmemesi üzerine, sözleşme değişikliği gerçekleşmemiş olur ve sözleşme eski koşullarda devam eder. Yaptığı değişiklik önerisi reddedilen işveren iki seçenekle karşı karşıyadır: işveren ya çalışma koşullarında değişiklik yapmaktan vazgeçecek ve sözleşme eski koşullarda devam edecek, (ki olayda bunun gerçekleştiği anlaşılmaktadır) ya da fesih için geçerli bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayacak ve bildirim süresine uymak sureti ile iş sözleşmesini feshedecektir. İşveren fesih yazısında "giderek derinleşen ekonomik krizi" geçerli sebep olarak ileri sürmüştür. İşletmenin ekonomik güçlüklerle karşı karşıya bulunması geçerli bir fesih nedeni oluşturur. İşverence ileri sürülen ekonomik güçlüklerin mevcut olup olmadığını yargıç araştıracaktır. İşveren sadece geçerli feshin varlığını değil, Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi bu nedenin feshi zorunlu (kaçınılmaz) kıldığını da kanıtlamak durumundadır. Ülkede baş gösteren genel ekonomik kriz işyerinde her zaman bir fesih nedeninin oluşması için yeterli değildir. Bunun için genel ekonomik kriz söz konusu işletmeyi doğrudan doğruya etkilemeli, satışlarda siparişlerde ve karlarda azalmaya yol açmalı, üretimin eskisi gibi sürdürülmesi olanağı kalmamalı, bunun sonucunda işyerinde işgücü fazlalığı meydana gelmelidir. İşveren tarafından geçerli nedenin varlığının ispat edilemediğini kabul edersek, yapılan feshin geçerli nedene dayalı olarak gerçekleşti-

rilmediğinin kabul edilmesi gerektiğinden, davacının kıdem tazminatına hak kazanabileceği kabul edilmelidir.

Ancak söz konusu olaydaki sözleşmenin belirli süreli olduğunu varsayacak olursak; değişiklik feshi hükümleri belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanmaz. İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde düzenlenmiş olan haklı nedenle derhal fesih hakkı, sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde değil, belirli süreli iş sözleşmelerinde de uygulanır. Ancak (A) şirketi İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen haklı sebeplere dayanmamıştır. Bu sebeple sözleşmesi süresi dolmadan, işveren tarafından herhangi bir haklı sebep ileri sürülmeden sözleşmenin feshedilmesinin hukuki açıdan nitelendirilmesi ve sonuçları iş hukuku doktrininde farklı görüşlere yol açmıştır. Bir görüşe göre, BK'nın 325. maddesi hükmüne göre, işçi tarafından sunulan işgörme edimini kabul etmeyen işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğünü, bu durumda iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılmayacağını, sürenin sonuna kadar devam edeceğini, işçinin mütemerrit işverenden bu süreye ilişkin ücretini talep edebileceğini, buna karşılık yine anılan madde uyarınca gerekli indirimlerin yapılacağını kabul etmektedir. Bu görüşün doğası sonucu olarak iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş olmayıp, devam ettiğinden işçi lehine kıdem tazminatı hakkı doğmayacaktır.

Bunun yanında, doktrinde bu durumda iş verme borcunu yerine getirmeyerek kusurlu imkansızlık yarattığını veya işverenin belirli süreli iş sözleşmesinde işçinin edimini kabul etmemekle alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığı meydana geldiğini savunan görüşler de vardır.

Diğer bir görüş ise, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın süresinden önce sona erdirilmesinin bir haksız fesih niteliği taşıdığını, bu fesihle iş sözleşmesinin sona erdiğini, işçinin ücret değil tazminat alacağının doğacağını ve haksız feshe dayalı olarak kıdem tazminatının istenebileceğini savunmaktadır.

Yargıtay ise bu durumda işverenin BK'nın 325. maddesi uyarınca temerrüde düştüğünü ve işçinin bu maddeye göre ücretini talep edebileceğini kabul ediyordu. Yüksek Mahkeme daha sonra görüşünü değiştirmiş ve işverenin bu davranışının bir haksız fesih oluşturduğuna hükmetmiştir. Bu nedenle işçinin kıdem tazminatı talep edebileceğini, anacak belirli süreli iş sözleşmesi olduğundan ihbar tazminatı isteyemeyeceğini kabul etmiştir. Belirli süreli sözleşmenin haklı neden olmaksızın bozulmasını bir haksız fesih olan nitelendiren Yüksek Mahkeme, işçinin tazminat alacağı konusunda BK'nın 325. maddesini uygulamakta, bu maddeye göre gerekli indirimleri yapmak sureti ile bakiye ücrete ve ayrıca kıdem tazminatına hükmedileceğini kararlaştırmaktadır.

2. Mobbing, sistematik olarak bireyin iş yaşamında psikolojik tacize uğramasıdır. Burada, davranışın kaynağı bir olaya değil, bir kişiye odaklanmıştır. Mobbing'in belirleyici özellikleri: kasıtlı olarak yapılması, sistematik olarak tekrarlanması ve uzun bir zamandan beri (en azından altı ay) devam ediyor olmasıdır.

Olayda genel müdür yardımcısı (B)'ye davacının sorumlu olduğu işlerin verilmesinden sonra herhangi bir görev verilmemiş, davacının hiçbir üretim olmayan fabrikada oturmaya devam etmiş, davacının çalıştığı ofisin kendisine bağlı olanlardan uzak bir yere konmuş, mail ve toplantı trafiğinden uzak tutulmuştur.

Mobbing, işyerinde diğer çalışanlar veya işverenler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan bir çeşit psikolojik terördür ve mobbinge uğrayan kişinin saygısız ve zararlı bir davranışın hedefi olmasıyla başlayan bir süreçtir. Mobbing olgusuna ilk kez ışık tutan Alman endüstri psikologu ve tıp bilimcisi Dr. Heinz Leymann 45 ayrı mobbing davranışı tanımlamış ve bu davranışları da özelliğine göre 5 grupta toplamıştır. Örnekler:

1. Grup: Kendini göstermeyi ve iletişim oluşumunu etkilemek: Üstünüz kendinizi gösterme olanaklarınızı kısıtlar, sözünüz sürekli kesilir, yüzünüze bağırılır ve yüksek sesle azarlanırsınız, yaptığınız iş sürekli eleştirilir vb.

2. Grup: Sosyal ilişkilere saldırılar: Çevrenizdeki insanlar sizinle konuşmazlar, kimseyle konuşamazsınız, başkalarına ulaşmanız engellenir, sanki orada değilmişsiniz gibi davranılır vb.

3. Grup: İtibarınıza saldırılar: İnsanlar arkanızdan kötü konuşur, asılsız söylentiler ortada dolaşır, gülünç durumlara düşürülürsünüz, cinsel imalar yapılır vb.

4. Grup: Kişinin yaşam kalitesi ve mesleki durumuna saldırılar: Sizin için hiçbir özel görev yoktur, size verilen işler geri alınır, sürdürmeniz için anlamsız işler verilir, işiniz sürekli değiştirilir, size mali yük getirecek genel zararlara sebep olunur vb.

5. Grup: Kişinin sağlığına doğrudan saldırılar: Fiziksel olarak ağır işler yapmaya zorlanırsınız, fiziksel şiddet tehditleri yapılır, fiziksel zarar, doğrudan cinsel taciz vb.

Bu gruplandırma dikkate alınarak, davacının üretimin olmadığı bir yerde kendisine oda verilerek, fesih yazısında belirtildiği gibi sekiz ay süre ile kendisine hiç iş verilmemesi, itibarına ve mesleki durumuna saldırı niteliğinde davranışlar olarak değerlendirilebilecektir.

Hukuk çevrelerinde, bugüne kadar tacizin sadece fiziksel yönü inceleme konusu yapılmıştır. Bu bağlamda, tacizin fiziksel yönü bazı yasalarda düzenlenme

imkânı bulmuştur. Örneğin, İş Kanunu'nun 24. maddesinde, cinsel tacize maruz kalan işçiye, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini fesih hakkını tanırken, aynı Kanun'un 25. maddesi, işyerinde cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesinin herhangi bir tazminat ödemeksizin işverence haklı nedenle feshini düzenlemektedir. Yine, Ceza Kanun'unun 105. maddesi de, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz edenler hakkında hapis veya adli para cezası öngörmektedir.

Mobbing uygulayan kişinin kim olduğuna göre, işyerinde işverenin hukuki sorumlulukları da değişecektir. Eğer mobbing hareketi direkt işveren tarafından yapılıyorsa, işverenin iş hukukundan doğan gözetim borcu çerçevesinde değerlendirme yapılabilecektir. Mobbing'e maruz kalan işçi de, söz konusu davranışı uygulamaları veya davranışlara göz yummaları nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararlar dolayısıyla, işverenden maddi ve manevi tazminat talep edebilmelidir. Manevi tazminatın miktarını takdir etme hakkı hakime ait bulunmaktadır.

3. Olayda "ödül yönetim sistemi talimatı" uyarınca ödül grupları bulunduğu anlaşılmaktadır. Yine olayda "Faydalı Model" sahibi olarak davalı şirket ile buluşu yapan olarak davacının isminin yer aldığı Faydalı Model belgeleri bulunmaktadır.

İşin doğası gereği buluşlar çoğunlukla AR-GE alanına yatırım yapan firmalarda bu ve diğer üretim departmanlarında çalışanlarca geliştirilirler. Bu bakımdan hizmet sözleşmesi veya benzeri ilişki içinde meydana gelen buluşlarda buluşçu ve buluş sahibi ayrımı; buluşu yapan işçinin bedel hakkı, manevi olarak ödüllendirilmesi ve işverenin buluş üzerindeki haklarının düzenlenmesi gerekmiştir. PatKHK "Çalışanların Buluşları" başlığı altında 16-41. maddelerde konuyu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yasa koyucu çalışanların buluş yapmaya özendirilmesi amacıyla emredici bu hükümlerin işçi aleyhine değiştirilmeyeceğini öngörmüştür. İstatistiklere göre sanayileşmiş ülkelerde buluşların büyük bir bölümü bir hizmet sözleşmesi ile çalışanlar tarafından yapılmaktadır. Bunun ana sebebi işletmeler bünyesinde araştırma ve geliştirmeler için uygun ortamın sağlanması veya işletmenin özel olarak bu iş için kurulmuş olmasıdır.

HİZMET BULUŞU VE SERBEST BULUŞ KAVRAMLARI

Madde 17 - Bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre işçi buluşları; hizmet buluşları ve serbest buluşlar olarak nitelendirilir.

Hizmet buluşları, işçinin bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği veya işletmenin veya kamu idaresinin büyük ölçüde deneyim ve çalışmalarına dayanan, işçinin iş ilişkisi sırasında yaptığı buluşlardır.

İkinci fıkrada sayılan hizmet buluşlarının dışında kalan buluşlar, serbest işçi buluşları olarak kabul edilir. Serbest işçi buluşları 31. ve 32. madde hükümlerine tabidir

Patent veya faydalı model belgesi ile korunabilecek olan işçi buluşları iki türlü olabilir:

Hizmet buluşu,

Serbest buluş.

Hizmet buluşu ve serbest buluş kavramları Pat. KHK 17. maddede düzenlenmiştir. Patent alamayan geliştirmeler de ayrıca düzenlenmiştir.

İşçi kavramı Patent Hukuku alanında İş Hukuku'na göre bazı özellikleri bakımından ayrılmaktadır. Özel kanun konumunda olan Pat. KHK 16. maddesi, işçi sayılacakları tespit etmiştir: Bu tanım, İş Kanunu'ndaki tanımdan farklıdır işçi, bir özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuk ilişkisi gereği, başkasının hizmetinde olan ve bu hizmet ilişkisini işverenin gösterdiği belli bir işle ilgili olarak kişisel bir bağımlılık içinde ona karşı yerine getirmekle yükümlü olan kişidir. Madde gerekçesinde hizmet sözleşmesi süresinin bir önemi olmadığı ve ekonomik bağımlılık bakımından ücret karşılığının şart olmadığı ifade edilmiştir. Bu bakımdan işçi sayılmayan ve ücret almayan stajyerler de PatKHK bakımından işçi tanımına uymaktadır. İşçi buluşları bakımından hizmet sözleşmesindeki sözleşme özgürlüğü işçinin korunması anlayışı ile sınırlanmıştır. (Pat. KHK 34. md) Yani bu hükümler işçi aleyhine değiştirilemezler, kanunun aksine sözleşme düzenlenemez. İşçi ve işveren arasında sözleşme olduğunda da bu sözleşmenin hakkaniyete aykırı düzenlenmesi kabul edilemez. (Pat.KHK 35. md.) Örneğin, bir serbest buluşta, işçiye herhangi bir bedel ödemeksizin buluştan yararlanma yetkisinin bütünüyle işverene ait olacağına veya çok düşük bir bedel karşılığında hakların işverene ait olacağına ilişkin bir sözleşme hakkaniyetle bağdaşmadığından geçersiz olacaktır. İşçinin ekonomik olarak zayıf olması ve korunması ihtiyacı bunu gerektirmektedir.

1. Hizmet Buluşları:

İşçinin bir işletmede veya bir kamu kurumunda, yerine getirmekle yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği, işletmenin veya kamu idaresinin deneyimleriyle çalışmalarına büyük ölçüde dayanan ve iş ilişkisinin devamı süresince yaptığı buluşlardır. (Pat.KHK 17. md)

Bu tanımda yer alan ilk unsur, "faaliyeti gereği" unsurudur; Buluş bazen bu faaliyetin doğal bir sonucu olabilir. Örneğin işletmenin ar-ge bölümünde veya teknolojik iyileştirme alanında çalışmaktaysa buluş veya teknolojik geliştirmeler faaliyetinin doğal sonucudur. Bazen de buluş bu faaliyetin dolaylı sonucu olabilir: İşçi üretim alanında görevli olduğu halde buluş yapabilir. Diğer unsur "işverenin çalışama ve deneyimleri"dir. Buluş işletmenin deneyimleri ve çalışmaları ile gerçekleşmiş olmalıdır. İşletmenin para ve malzemesinin kullanılması olmazsa olmaz bir şart değildir. Malzeme ve paranın işletmenin çalışması kapsamında kabulü mümkündür. Son unsur ise bu eylemlerin ve buluşun hizmet süresince oluşturulmasıdır. İş ilişkisi bittikten sonraki buluşlar hizmet buluşu değildir. Ancak sözleşme ile işverene bazı olanaklar tanınarak hizmet sözleşmesi bittikten sonraki dönem bakımından haklar tanınabilir veya işçiye gizlilik yükümlülüğü yüklenebilir.

BK'nın 336. maddesi hizmet buluşu konusunu düzenlemiştir. Buna göre genel kanun olarak uygun düştükçe, Pat. KHK hükümleri ile birlikte tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır. Nitekim iki düzenleme genel olarak paraleldir.

a) Hizmet buluşunun sahibi: Buluşun sahibi kural olarak işçidir. "*Gerçek buluş sahipliği*" ilkesi gereğince önce işçinin malvarlığında doğar, ancak işverenin buluşu tamamen veya kısmen devralma hakkı bulunmaktadır. İşçi buluşu işverene derhal bildirip yanıtını bekler. Bu bildirimin yasada yazılı yeterli kapsamı taşıması gereklidir. İşverenin devralma yönündeki iradesi işçiye ulaşmakla bu hak doğar. İşveren bu talebi yapınca devraldığı buluşun tarifeye göre bedelini ödemekle ve koruma sağlamak için Patent Enstitüsü'ne başvurmakla yükümlü hale gelir.

Bildirimlerin yazılı olması koşuldur. İşveren hizmet buluşunu duyunca işçi bildirimini beklemeden kendisi de işçiyi bildirimde bulunmaya davet edebilir. İşveren işçinin bildiriminden itibaren 4 ay süre zarfında tercihi yapmalıdır. Bu süre hak düşürücü niteliktedir. Bu süre sessiz geçer veya işveren devir almak istemezse artık buluş serbest buluş haline gelir.

Aksi durumda ise işverenin tam hak talebi yenilik doğurucudur; buluş hakları işverene geçer. Kanunda belirtilmemişse de işçinin bildirimde bulunmadığı hallerde de işveren tam hak talebinde bulunabilir.

İşveren kısmi hak talebinde bulunursa, inhisarı olmayan bir kullanma hakkına sahip olur, diğer deyimle, buluş tamamen serbest buluşa dönüşse de işverenin kullanma hakkı sona ermez ve engellenemez. Kısmi hak talebinde bulunan işveren işçiye uygun bir bedel öder. Ancak Mahkeme kararıyla patentlenebilir nitelikte bir buluş olmadığı belirlenmişse ödeme zorunluluğu yoktur.

İşveren tam hak talebinde bulunduğu buluş için patent başvurusunda bulunmakla yükümlüdür. Ancak hizmet buluşu serbest buluşa dönüşmüşse veya işçinin buluşuna başvuru yapılmaması için rızası varsa ve yine işletme sırlarının korunması için öyle gerektiğinde işveren hizmet buluşu için başvuru yapmayabilir.

İşveren tarafından buluşun kazanımı devren kazanmadır. Patentin yurtdışında da korunması için başvuru hakkı, zorunluluk bulunmamakla birlikte, tam hak talebinde bulunan işverene aittir.

b) Hizmet buluşunda işçinin hakları: İşçi işverenden buluşuna karşılık, uygun bir bedel isteyebilir. Bedelin tespitinde hizmet buluşunun ekonomik değeri, işçinin işletmedeki görevi ve rolü, işletmenin buluştaki payı göz önünde tutulur. Bedel konusunda, özel bir uygulama yönetmeliği çıkarılması öngörülmüşse de henüz idarece bu yapılmış değildir. Pat. KHK 24. madde uyarınca bedel uyuşmazlıklarının halli için uygulanacak usul konusunda Yönetmelik çıkarılması öngörülmüş olup, bu bir zorunlu tahkim uygulamasıdır. Yanlar 30 gün içinde anlaşamazsa tahkim ile 60 gün içinde uyuşmazlık çözülür. Tahkim kararı kesindir. (Pat. KHK 25. md.)

Pat. KHK 25/3 maddeye göre bedel konusunda taraflar anlaşamazsa sorun tahkim ile çözülür. Tahkim kararı bağlayıcıdır. Bundan ayrı işçinin buluşçu olarak adı patent belgesinde yer alacaktır. Bu manevi hak olarak işçinin vazgeçilmez, devredilmez hakkıdır.

Buluş sahipliği önce işçinin kişiliğinde doğar ve sonradan koşulları gerçekleşirse işverene devrolur. Ancak buluşun kamuya açıklanıp açıklanmaması işçinin manevi hakkı dâhilindedir. Adın belirtilmesi kişilik hakkıdır. Ancak milli savunma sebepleri söz konusu olduğunda buluşun ve sahibinin açıklanmasına ilişkin hükümler saklıdır. (Pat. KHK 15. md.)

2. Serbest Buluşlar:

Hizmet buluşu dışında kalan tüm buluşlar serbest buluştur ve yasada tanımlanmasa da şu hallerde serbest buluş söz konusudur:

i. İşverenin hizmet buluşunu yazılı olarak serbest bırakması,

ii. İşveren buluşa yönelik kısmi hak talebinde bulunursa,

iii. İşveren, işçinin 18. maddeye göre yaptığı bildirim ulaşmasından sonra 4 ay içinde veya 20/2. madde uyarınca yapılan bildirimin ulaşmasından itibaren 2 ay içinde cevap vermemişse buluş artık serbest buluş haline gelir. Serbest buluş halinde Pat. KHK 31. md. uyarınca işçi, bildirim yapmalıdır. Diğer deyimle hizmet ilişkisi dışında yapılan buluş yine de bildirime tabidir. Böylece işverenin buluşun hizmet buluşu mu serbest buluş mu olduğunu tartma ve patent alması sayesinde yararlanma ve değerlendirme şansını yakalaması sağlanmış olur. Bunun dışında serbest buluşun sahibi olan işçi patent başvurusu yapıp yapmama konusunda serbesttir. Nitekim, buluşu yapan bunu kamuya açıklamak yerine ticari sır olarak saklamak suretiyle süresiz yararlanma yolunu tercih edebilir.

BEDELİN YÖNETMELİKLE DÜZENLENMESİ VE TAHKİM USULÜ

Madde 24 - İşçi buluşları ile ilgili bedel tarifesi ve uyuşmazlık halinde izlenecek tahkim usulü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından, işveren ve işçilerin en yüksek mesleki kuruluşlarının görüşleri alındıktan sonra bu Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Ancak sözü edilen yönetmelik çıkarılmamıştır.

HAKKANİYETE UYGUNLUK ŞARTI

Madde 35 - Hizmet buluşları, serbest buluşlar ve teknik iyileştirme teklifleri konusunda işveren ile işçi arasında yapılan sözleşmeler, işçi buluşlarıyla ilgili emredici hükümlere aykırı olmasa dahi, önemli ölçüde hakkaniyetle bağdaşmıyorsa geçersiz sayılır. Aynı kural belirlenen bedel için de geçerlidir.

Sözleşmenin veya belirlenmiş olan bedelin hakkaniyete aykırı olduğu hakkındaki itirazların, iş akdi ilişkisinin bitme tarihinden itibaren, en geç altı ay içinde yazılı olarak bildirmemiş olması halinde, hakkaniyete aykırılık iddiasında bulunulamaz.

GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Madde 146 - (Değişik madde: 22/06/2004 - 5194 S.K./5. md.)

Bu Kanun Hükmünde Kararname'de öngörülen davalarda, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hâkimli olarak görev yaparlar. Asliye Hukuk ve Asliye Ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler.

Enstitü'nün bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Enstitü'nün kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin

Enstitü aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkeme, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen mahkemelerden Ankara İhtisas mahkemeleridir.

Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, (B)'nın buluşunun niteliğinin belirlenmesi, kanun hükmünde öngörülen şekilde ve sürede işveren tarafından başvuruda bulunup bulunulmadığı, bulunulmuşsa işçinin talep edebileceği bedel konusunda, görevli ve yetkili Mahkeme'yi düzenleyen 146. madde hükmü uyarınca, Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesidir.

3. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Sona Erdirilmesi

OLAY

Davacı 17.07.2008 tarihinden itibaren davalı işyerinde çalıştığını, 01.07.2010 tarihinde tebliği edilen yazı ile, yönetim kurulunun 28.06.2010 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca sözleşmesinin neden gösterilmeden feshedilmesine ve yasal haklarının ödenmesine karar verildiği hususun bildirildiğini, böylece iş sözleşmesinin süresinin sonu olan 31.08.2010 tarihinden önce sona erdirildiğini, Temmuz ve Ağustos 2010 tarihlerine ait ücretlerin ödenmesi gerekirken ödenmediğini, buna ilişkin ihtarname keşide edildiğini, ancak davalının ödemede bulunmayacağına ilişkin cevap verdiğini, bu sebeple bu davayı açma zorunluluğunun ortaya çıktığını ifade etmiştir.

Davalı verdiği cevapta, davacının çalışmadan ücret talep etmesinin kanuna aykırı olduğunu, davacının T.A Koleji Vakfı'nın Lise Müdürlüğü görevi yanı sıra Genel Koordinatör olarak görev yaptığını, 16.06.2010 günlü toplantıda davacının hukuk dışı tutumları nedeniyle sözleşmeyi sonlandırma zorunluluğunun ortaya çıktığını, vakfın istihdam ettiği öğretmen sayısının öğrenci sayısı ile karşılaştırıldığında, istihdam fazlalığının ortaya çıktığını, bu konu görüşülürken, vakıf başkanı ile davacı arasında izin verilen iki öğretmen ile ilgili tartışma yaşandığını, vakıf bütçesinde gerçekleştirilen usulsüzlükler, yolsuzluklar konusunda da tartışma çıktığını, vakıf başkanının müdürden dışarı çıkmasını istediğini, müdürün bunu reddettiğini, kollarını sıvayarak vakıf başkanının yumruklaşmaya davet ettiğini, yönetim kurulu toplantısının kesintiye uğradığını, bu şartlar altında davacının görevine devam etmesine olanak kalmadığını, 4857 s. İş Kanunu m.25/II a ve e bentleri gereği iş sözleşmesinin tazminatsız ve derhal feshedilmesi yetkisinin doğduğunu, ancak davacının kariyeri ve okulun saygınlığı düşünülerek, bu yetkinin kullanılmadığını, davacının ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek işten çıkarıldığını, çalışmadığı Temmuz ve Ağustos ayları için ücret ödenmesinin söz konusu olamayacağını, bu sebeple davanın reddine karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Davacı ile davalı arasında sözleşmenin düzenleme tarihi 16.07.2008, başlangıç tarihi 01.09.2008 ve sona erme tarihi 31.08.2009 olan belirli süreli iş

sözleşmesinin düzenlendiği, bu sözleşme uyarınca davacının lise müdürü ve genel koordinatör olarak görevlendirildiği ve aylık ücretinin 3.500 TL net olarak kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı ile davalı arasında sözleşmenin düzenleme tarihi 24.08.2009, başlangıç tarihi 01.09.2009 ve sona erme tarihi 31.08.2010 olan belirli süreli iş sözleşmesinin düzenlendiği, bu sözleşme uyarınca davacının lise müdürü ve genel koordinatör olarak görevlendirildiği ve aylık ücretinin 3.500 TL net olarak kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır.

16.06.2010 tarihinde Yönetim kurulu toplantısında, okul müdürü ve genel koordinatörü olan davacı ile Vakıf başkanı A.B arasında gerçekleşen ve fiziki müdahaleye kadar boyutlanma ihtimali doğan tartışma, yönetim kurulu toplantısı kesintiye uğradığından, tutanak tutularak imza altına alınmıştır.

Vakıf Yönetim Kurlunun 28.06.2010 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca, davacının Yönetim Kurulu ile uyum sağlayamamış olması nedeniyle, iş akdinin 01.07.2010 tarihi itibarıyla feshedilmesine ve yasal haklarının ödenmesine karar verildiği bildirilmiştir.

04.08.2010 tarihli davalı tarafından keşide edilen ihtarname ile davacının 30.07.2010 tarihinde tebliği edilen B. Noterliğinin ihtarnamesine cevap verildiği ve davacının talep ettiği ücret alacaklarının ödenmeyeceği hususunun bildirildiği, ancak davacının keşide ettiği ihtarname örneğinin dosyada bulunmadığı tespit edilmiştir.

Davacı tanığı H.U, lise bölümünde müdür yardımcısı olarak görev yaptığını, ücretlerin zamanında ödendiğini, herhangi bir sorun olmadığını, davacının 2010 yılı Haziran ayında okul kapandıktan sonra işten ayrıldığını, ancak davacının kendisinin mi işi bıraktığını, yoksa işverenin mi çıkardığını bilmediğini beyan etmiştir.

Taraf A.E, halen vakıf yönetim kurulu ikinci başkanı olduğunu, davacıya tüm tazminatları ödenerek o olaylardan dolayı işine son verildiğini, yönetim kurulu toplantısında davacının söz aldığını, eğitim işinin vakfın işi olmadığını, kendilerinin daha iyi yöneteceğini, yönetim kurulu başkanına hakarete varan sözler söylediğini, o nedenle o gün toplantıya son verildiğini, tutanak tutulduğunu, kendisinin toplantıda olduğunu, davacı ile birlikte dışarı çıktığını, daha sonra toplantıya devam etmediğini, bu nedenle tutanakta isminin olduğunu ama imzasının bulunmadığını beyan etmiştir

Davalı tanığı S.A, 16.6.2010 tarihli yönetim kurulu toplantısında, davacının yakışıksız davranışları nedeni ile çalışma olanaklarının kalmadığını, o gün olay nedeniyle tutanak tutulduğunu, tutanakta yazılanların doğru olduğunu, o gün

fiziksel müdahale olmaması için araya girdiklerini, o toplantıda davacı ile çalışamayacaklarına karar verdiklerini, daha sonra bu yakışıksız olayların dava konusu olmaması için tazminat ödediklerini, davacının Temmuz ve Ağustos ayında çalışmamasına karar verdiklerini belirtmiştir.

Davacı ile vakıf başkanı arasında yönetim kurulu toplantısında geçen olaylarla ilgili tutulan 16.06.2010 tarihli tutanakta A.S, S.A ve vakıf avukatı Av.Z.Ö'nün imzası bulunmaktadır. S.A Mahkemece dinlenmiş olup, tutanakta yer alan hususların doğru olduğunu ifade etmiştir

SORULAR

1. Davacının çalıştırıldığı sözleşme ne tür bir sözleşmedir?
2. Davacının bakiye süre için ücret talebinin yerinde olup olmadığını değerlendirerek, Mahkemenin bu konuda neleri dikkate alması gerektiğini tespit ediniz.

CEVAPLAR

1. Özel Öğretim Kurumları Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kurumlarda çalışan müdür, diğer yönetici ve öğretmenler ile yapılacak iş sözleşmeleri en az bir yıl sürelidir. Davacı da Özel Öğretim kurumunda bu şekilde imzalanan belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan okul müdürüdür.

2. Uyuşmazlık belirli süreli iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin, davacı bakımından bakiye ücrete hak kazandırıp kazandırmayacağına ilişkindir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmadan süresinin bitmesinden önce sona erdirilmesinin hukuki açıdan nitelendirilmesi ve sonuçları iş hukuku öğretisinde farklı görüşlere yol açmıştır. Bir görüş bu durumda, BK.325 maddesi uyarınca, işçi tarafından sunulan işgörme edimini kabul etmeyen işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğünü, bu durumda iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılmayacağını, sürenin sonuna kadar devam edeceğini, işçinin mütemerrit işverenden bu süreye ilişkin ücretini talep edebileceğini, buna karşılık yine anılan madde uyarınca gerekli indirimlerin yapılacağını kabul etmektedir.

Diğer bir görüş, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın süresinin bitiminden önce sona erdirilmesinin bir haksız fesih niteliğini taşıdığını, bu fesihle iş sözleşmesinin sona erdirildiğini, işçinin ücretinin değil tazminat alacağının doğacağını ve haksız feshe dayalı olarak kıdem tazminatının istenebileceğini savunmaktadır.

Yargıtay bu durumda, ortada haksız bir fesih bulunduğunu, buna göre işçinin kıdem tazminatı isteyebileceğini, ancak belirli süreli iş sözleşmesi söz konusu olduğuna göre ihbar tazminatı talep edilemeyeceğini hükme bağlamaktadır.

Yargıtay, işçinin tazminat alacağı konusunda BK.325 maddesini uygulamakta bu maddeye göre belirli indirimleri yapmak sureti ile bakiye ücrete ve ayrıca kıdem tazminatına hükmedileceğini kararlaştırmaktadır.

Hukukumuzda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitmesinden önce haklı neden olmaksızın sona erdirilmesi BK.325 maddesinde düzenlendiği gibi, işveren temerrüdü olarak değil, haksız fesih olarak nitelendirilmeli, işyerinde bir yıldan fazla çalışmış olan işçinin kıdem tazminatı hakkının doğduğu kabul edilmeli, BK.325 maddesinde yer alan sözleşme süresinin sonuna kadar işçinin eline geçebilecek miktar bir ücret alacağı değil, tazminata esas alınacak tutar olarak göz önünde tutulmalıdır. BK.325 maddesinde öngörülen bakiye ücret tazminat olarak ödenmekte ise de, yüksek mahkeme tarafından kabul edildiği üzere, aynı maddeye göre işçinin bu dönemde iş yapmaktan tasarruf ettiği veya diğer bir iş ile kazandığı ya da kazanmaktan kasten feragat ettiği kazancın, bu tazminattan indirilmesi uygun olacaktır.

Hukukumuzda geçerli fesih kavramının uygulamaya girmesi ile birlikte Yargıtay konu ile ilgili kararlarını da bu çerçevede gözden geçirmiş ve son kararları ile şu esasları kabul etmiştir: *"Taraflar arasındaki uyuşmazlık, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde işverence ödenmesi gereken kalan süreye ait ücret konusunda toplanmaktadır.*

Borçlar Kanununun 325. maddesinde, "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir" şeklinde kurala yer verilerek işçinin kalan süre ücretini talep hakkı olduğu belirlenmiştir. Bakiye süre ücretinin istenebilmesi için iş sözleşmesi, işverence feshedilmiş olmalıdır. Öte yandan, iş sözleşmesinin feshinin haklı bir nedene dayanmaması gerekir, işverenin feshi, 4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesinin ilk bendinde yazılı olan sağlık sebeplerine, ikinci bentte sözü edilen ahlak ve iyiniyet kuralları ile benzerlerine uymayan hallere ve üçüncü bentte öngörülen zorlayıcı sebeplere dayanması durumunda işçiye sözleşmenin kalan süresine ait ücretler bakımından talep hakkı doğmaz.

4773 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 15.3.2003 tarihi sonrasında İş Hukukunda "geçerli fesih" kavramı da yerini almıştır. Her ne kadar anılan fesih, gerek 4773 sayılı yasa ve gerek 4857 sayılı İş Kanununda belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörülmüş olsa da. Belirli süreli iş sözleşmesi bakımından da geçerli nedenin sonuçlarının tartışılması gerekir. Geçerli neden ister, işletmenin ve işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklansın ya da işçinin yeterliliği ve davranışlarına dayansın belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence feshi için gerekçe oluşturmamalıdır. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesi düzenleyerek taraflar fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sa-

yılmalıdır. Bu itibarla geçerli nedenlerin varlığına rağmen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde kalan süreye ait ücretinin ödenmesi gerekir.

Belirli süreli iş sözleşmesinde, feshin Borçlar Kanunun 117. maddesinde sözü edilen ifa imkânsızlığına dayanması halinde bakiye süre ücreti ödenmesi gerekmez.

İfa imkânsızlığı; edimin içeriği değişmeksizin borcun aynen yerine getirilmesinin olanaksız hale gelmesi olarak açıklanabilir.

İşçinin iş görme edimini ifa edememesi, işverenin temerrüdünden kaynaklanmaktadır. O halde sanki sözleşme devam ediyormuş gibi kalan süreye ait ücret ve diğer hakların ödemesi gerekecektir. İş Hukukunda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi ya da taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir.

O halde bakiye süre ücreti için 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinde öngörülen özel faizin uygulanması söz konusu olmaz. Çünkü eylemli çalışmanın karşılığı değildir. Sosyal Sigortalar Kurumuna bakiye süre ücreti içinden bakiye süreye dair pirim ödemesi de gerekmez.

Borçlar Kanunun 325. maddesine göre, işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği, ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak sonuca gidilmelidir.

İşçiye 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 (Yargıtay 9. HD. 16.6.2008 gün 2007/ 16098 E, 2008/ 15750 K.)".

Davacı ile vakıf başkanı arasında yönetim kurulu toplantısında geçen olaylarla ilgili tutulan 16.06.2010 tarihli tutanakta imzası bulunan A.S, S. A ve vakıf avukatı Av.Z.Ö'den, S.A dinlenmiş olup, tutanakta yer alan hususların doğru olduğunu ifade etmiştir. Kanımızca dinlenmeyen tutanak münzisi A.S 'nin de Mahkemece dinlenmesi Yargıtay'ın bu konuda yerleşmiş kararları gereği uygun olacaktır. Bu tanığın dinlenmesinden sonra da tutanakta yer alan bilgilerin mahkemece doğruluğunun kabul edilmesi halinde, davalı işveren tarafından davacının iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiği sonucuna ulaşılırsa, davacının bakiye süre ücreti talep etmesi mümkün olmayacaktır.

Buna karşılık feshin haklı sebebe dayanmadığının mahkemece kabul edilmesi halinde, Borçlar Kanunun 325. maddesine göre, işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücret toplamından indirilmelidir. Bu konuda Mahkemece gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği, ya da iş arayıp aramadığı belirlenmelidir.

İşçiye 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 (Yargıtay 9.HD. 16.6.2008 gün 2007/ 16098 E, 2008/ 15750 K.) .

Davacıya ihbar tazminatı ödendiği tartışma dışıdır. Ancak ne miktarda ödeme yapıldığı dosyadan anlaşılamamaktadır. Öncelikle bu hususun belirlenmesinden sonra, davacının diğer bir işten elde ettiği gelirin bulunup bulunmadığı, ya da iş arayıp aramadığı tespit edilmelidir.

4. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Sona Erdirilmesine İlişkin Cezai Şart

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin, davalının işletmiş olduğu Özel C Eğitim İlköğretim Okulu isimli işyerinde 20/05/2011 başlangıç tarihli 1 yıl süreli hizmet sözleşmesi ile **hizmetli** olarak çalışmaya başladığını, müvekkilinin davalı işyerinde aylık brüt 796,50 TL ücret ile çalıştığını, davacının iş akdi devam ederken 21/09/2011 tarihinde işveren tarafından iş akdine son verildiğini, müvekkilinin ücretlerinin banka hesabına yatırıldığını fakat iş akdine son verilmesine rağmen 1 aylık ücretinin kendisine halen ödenmediğini, davacının iş sözleşmesinin özel koşullar bölümünde "....sözleşmeye uymayan tarafın 10.000 TL cezai şart ödeyeceği...." hususunun kararlaştırıldığını, davalının belirli süreli iş sözleşmesini süresi dolmadan haksız olarak feshettiği için 10.000 TL cezai şartı ödemesi gerektiğini, davalı tarafça belirli süreli iş sözleşmesini süresi dolmadan haksız olarak feshettiği için 2011 yılı Ekim, Kasım, Aralık, 2012 yılı Ocak, Şubat, Mart, Nisan, mayıs ayları ücretlerinin muaccel hale geldiğini, davalı şirkete alacakların ödenmesi talebinde bulunulmasına rağmen hiçbir ödeme yapılmaması nedeniyle; 796,50 TL ödenmeyen brüt bir aylık ücretini, 6.372,00 TL muaccel hale gelen 8 aylık brüt ücret alacağını, 10.000,00 TL net cezai şart alacağı olmak üzere toplam 13.540,50 TL alacaktan ücret alacaklarına İş K. m.34'e göre bankalarca uygulanan en yüksek mevduat faizi ile cezai şart alacağının yasal faizi davalıdan alınarak davacıya verilmesini, yargılama giderleri ile avukatlık ücretinin davalıya yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili dava dilekçesinde; davacının davalı şirketten tüm haklarını aldığını, iş akdinin müvekkili şirket tarafından feshedilmediğini, akdin davacı tarafından ihbar önellerine uymadan işi bırakması nedeniyle son bulduğunu, çalışmadığı dönem ücreti alacaklarını talep ettiğini, cezai şart talebiyle kazanç sağlama derdine düştüğünü, işçinin belirli süreli iş sözleşmelerinde çalışmadığı dönemlerin bedellerini isteme hakkına sahip olmadığını, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Özel C Eğitim İlköğretim Okulu tarafından düzenlenen belirli süreli iş sözleşmesine göre; davacının iş akdinin süresinin 1 yıl olduğu anlaşılmıştır. Aynı sözleşmenin devamında sözleşmeye uymayan tarafın karşı tarafa 10.000,00 TL cezai şart ödeyeceği belirtilmiş, davacının ücretinin brüt 796,50 TL olduğu anlaşılmıştır.

Davalı kurum tarafından 21/09/2011 tarihinde ve 26/10/2011 tarihinde tutulan tutanaklara göre iş akdinin davacı tarafından işe gelmemek suretiyle feshedildiği anlaşılmaktadır.

SORULAR

1. Taraflar arasında ne tür bir sözleşme bulunduğunu belirleyiniz.
2. Davacının bakiye ücret alacağı ve cezai şart talebinde bulunması mümkün müdür? Neden?

CEVAPLAR

1. İş K.11 maddesinin 1. fıkrasında işçileri korumak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı sınırlandırılmış ve bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi anılan fıkrada belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Bu koşullar: işin belirli süreli veya belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkmasıdır. **Taraflar belirli bir süre kararlaştırmak suretiyle yaptıkları iş sözleşmesini belirli süreli olarak nitelendirseler bile, sayılan objektif koşullar yoksa, bu sözleşme belirsiz süreli sayılır ve bu tür iş sözleşmelerinin hukuki rejimine tabi olur.** Zaman içinde sürekli olarak mal veya hizmet üretiminin devam ettiği işlerde objektif nedenler ortaya çıkmadıkça kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırmak mümkün değildir.

Davacı özel öğretim kurumunda hizmetli olarak çalışmaktadır. 5580 sayılı **ÖZEL ÖĞRETİM KURUMLARI KANUNU** 9. maddesinde **"Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak"** yapılması zorunluluğunu getirmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzer bir yıllık belirli süreli sözleşme yapılması zorunluluğu sadece, yönetici, öğretmen ve

uzman öğreticiler bakımından söz konusudur. Davacı hizmetli olarak çalıştığı için MİLLÎ EĞİTİM BAKANLIĞI ÖZEL ÖĞRETİM KURUMLARI YÖNETMELİĞİ (20.03.2012 tarih ve 28239 sayılı RG)'nin 4/c maddesindeki **Diğer personel** (Kurumda eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfı dışındaki görevli personel) olarak kabul edilmelidir. Yönetmeliğin 26/7 maddesi uyarınca **"Diğer personelin çalışma süreleri, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre düzenlenir. Diğer personel, kurucu veya kurucu temsilcisiyle yaptığı iş sözleşmesindeki göreve başlama tarihi esas alınarak kurumca işe başlatılır. İşe başlayan personelin işe giriş bildirgesiyle sözleşme örnekleri, doğrudan bağlı bulunduğu millî eğitim müdürlüğüne gönderilir".** Yönetmeliğin 42 maddesinde **"Kurumlarda görev yapan eğitim personeli ile diğer personel, Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, sosyal güvenlik ve özlük hakları yönünden, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanununun hükümlerine tabi"** olduğu ayrıca belirtilmiştir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere davacı ile davalı arasında belirli süreli sözleşme yapılmasına olanak veren objektif bir sebep bulunmamaktadır. Sürekli işlerde belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün olmadığı için taraflar bu sözleşmeyi belirli süreli olarak nitelendirseler bile sözleşmenin belirli süreli olarak kabul edilmesine olanak bulunmaktadır. Davacı ile davalı arasında belirsiz süreli iş ilişkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir

2. Cezai şart öğretide, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır (Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963). Borçlar Kanunun 158-161. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. İş Hukuku açısından Borçlar Kanunun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte Yargıtay bazı yönlerden İş Hukukuna özgü çözümler üretmiştir. İş Hukukunda İşçi Yararına Yorum İlkesinin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Yine, Yeni Borçlar Kanunun 420. maddesinde **"Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir"** şeklinde kurala yer verilmiştir. Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz.

İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart, tek taraflı olarak değerlendirilemez.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın sonuç doğurabilmesi için öncelikle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığının tespiti gerekir. Ayrıca asgari süreli iş sözleşmelerinde cezai şarta ilişkin hükümler konulması mümkündür.

Borçlar Kanununun 161. maddesine göre taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir cezai şart hükmü, Borçlar Kanunun 325. maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır. Bu durum, konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezai şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmıştır. Bu iradeye değer verilmeli ve cezai şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir. Bu arada işçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezai şarttan başka sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanununun 325. maddesine göre talep edilip edilemeyeceği soruna değinmek gerekir ki, ifaya eklenen cezai şart çözüme gidilmesi ve buna göre koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği belirtilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanununun 158/II. Maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir.

Borçlar Kanunun 161/son maddesinde fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş Hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelere göre oran kurularak indirime gidilmelidir.

Yukarıda açıklandığı üzere, üzere davacı ile davalı arasında belirli süreli sözleşme yapılmasına olanak veren objektif bir sebep bulunmamaktadır. Sürekli işlerde belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün olmadığı için taraflar bu sözleşmeyi belirli süreli olarak nitelendirseler bile sözleşmenin belirli süreli olarak kabul edilmesine olanak bulunmaktadır. Davacı ile davalı arasında belirsiz süreli iş ilişkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu sebeple davacının bakiye süreye ilişkin alacak talebinde bulunmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesinden doğan tazminatlar talep konusu yapılmadığı için sözleşmenin kimin tarafından sona erdirildiği konusu ayrıca değerlendirilmemiştir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın sonuç doğurabilmesi için öncelikle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması gerektiği için davacının cezai şart talebinde bulunamayacağı düşünülmektedir.

C. Mevsimlik İş Sözleşmesi

OLAY

İşçi A, mahkemeye başvurarak otel olan davalı işyerinde 18.06.2009 tarihinde işe başladığını, ancak iş sözleşmesinin 30.11.2010 tarihinde işveren tarafından haksız olarak askıya alındığını, kendisinin bu konudaki teklifi kabul etmediğini, çalışmak istediği hususunu işverene bildirdiğini, ancak çalışma isteğinin işveren tarafından karşılanmadığını ve bu sebeple sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılması gerektiğini gerekçe göstererek kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren verdiği cevapta, taraflar arasında sezonluk iş olması nedeniyle, mevsimlik iş sözleşmesinin söz konusu olduğunu ve sözleşmede "sözleşmenin bitim tarihi yaz sezonun sonudur. Yaz sezon sonu tarihi işverence turizm sezonun durumuna göre tespit edilir, personelin bu tespite itiraz etme olanağı yoktur" şeklinde hüküm bulunduğunu, otelin fiziki eksikliklerinin giderilmesi için tadilata gireceği hususunun 23.11.2010 tarihli toplantıda ve 29.11.2010 tarihli sezon sonu kokteylinde bildirildiğini, davacının sözleşmesinin askıya alınması ile ilgili tutanağı imzalamaması üzerine 02.12.2010 tarihinde Noter aracılığı ile çekilen ihtarda, sezon sonu itibarıyla iş sözleşmesinin askıya alındığını, sezon başında işe davet edileceği hususunun bildirildiğini ve 09.06.2011 tarihinde davacının sezonun başlaması ile birlikte işe davet edildiğini, ama gelip çalışmaya başlamamasıyla, davacı tarafından gerçekleştirilen bir feshin oluşmuş olduğunu, bu sebeple davacının kıdem tazminatına hak kazanmasının mümkün olmadığını savunmasında ifade etmiştir.

Yargılama esasında davacı ile davalı arasında imzalanan 2009 ve 2010 tarihli iki adet belirli süreli iş sözleşmesinin bulunduğu belirlenmiştir. Davacı tanıkları, işyerinde tadilat yapılıp yapılmadığını bilmedikleri; davalı tanıkları ise tadilat yapıldığı ve iki ay sürdüğü şeklinde beyanda bulunmuşlardır.

SORULAR

1. Mevsimlik işi tanımlayarak, mevsimlik iş sözleşmesine bağlanan hukuki sonuçları açıklayınız.
2. Sözleşme kimin tarafından feshedilmiştir? Neden?

CEVAPLAR

1. Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Söz konusu dönemler işin niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları, fakat yılın diğer döneminde işçilerin iş sözleşmelerine ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektiren işler mevsimlik iş olarak değerlendirilebilir.

Mevsimlik iş sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanununun 11. maddesindeki hükümlere uygun olarak, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmelerle çalışılmışsa iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/son maddesi uyarınca belirsiz süreli nitelik kazanacaktır.

Mevsimlik iş sözleşmeleri tarafların karşılıklı anlaşmasıyla, belirli süreli yapılmışsa sürenin sona ermesiyle, işçinin ölümüyle ve iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinden önce feshi ihbarla sona erer. Mevsim bitimi ile askıya alınan iş sözleşmesi, tarafların fesih iradesi yok ise, feshedilmiş olmaz. Belirsiz süreli sözleşme ile işe alınan ve mevsimin sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılan bu işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez, fakat ertesi yılın iş sezonunun başına kadar askıda kalır. Ertesi yıl mevsim başında işe alınmayan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Fakat davet edildiği halde işbaşı yapmayan işçinin iş sözleşmesi devamsızlık nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiş veya işçi tarafından bozulmuş sayılmaktadır

Mevsime tabi olarak yapılan işlerde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi hizmet edimini, ancak iş mevsiminde ifa etmekle yükümlüdür. Mevsimlik çalışmanın sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kalan, fakat iş sözleşmesi bozulmamış olan işçi, ertesi mevsim başına kadar işverene hizmet etmek, işveren de ona ücret ödemek zorunda değildir. Bir başka anlatımla, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçları bir sonraki mevsim başına kadar askıya alınmaktadır. Askı döneminde, işçinin iş görme, işverenin ise ücret ödeme borcu ortadan kalkmakta, ancak işçinin sadakat ve kısmen işyerindeki kurallara uyma talimat borçları, işverenin ise gözetme ve eşit işlem borçları devam etmektedir. İşçi mevsim başında işbaşı yapınca, tarafların askıda olan temel borçları

yeniden aktif hale gelmektedir. Mevsim sona ermiş olmasına rağmen, iş sözleşmesi bozulmamış olduğu için yeni mevsim başında tarafların tekrar sözleşme yapmalarına gerek kalmaksızın işçinin iş görme edimini ifa, işverenin de işçisine iş verme ve ücret ödeme borçları yeniden yürürlük kazanacaktır.

İşçi mevsimlik işlerde çalışmış ise; mevsimlik çalıştığı sürelerin dikkate alınarak ve bu sürelere göre kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işçinin askıda geçen süresi, fiilen çalışma olgusunu taşımadığından kıdemden sayılmayacaktır.

İş sözleşmesinin askıda olması, işçinin askı süresi içinde başka bir işverenin emrinde çalışmasına engel değildir. Çünkü işverenin işçisine ücret ödeme borcu, işçinin de iş görme borcu askı süresince yerine getirilmediği için, işçi mevsimlik işe tekrar başlayana kadar, başka bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışabilir. Bu durumda, mevsimlik iş, bir tür yıl bazında kısmi süreli iş özelliğini taşıyacaktır. Ancak işveren farklı olduğunda, işçinin askı dönemine rastlayan kıdemi, mevsimlik olarak çalıştığı işyerindeki kıdemine eklenmez. Eğer mevsimlik işçi, askı süresince aynı işverenin diğer bir işinde çalıştırılıyorsa, o zaman kıdemi birleştirilecektir.

Mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, 4857 sayılı İş Kanununun 18. vd. maddelerinde düzenlenen feshin geçerli sebebe dayandırılması, sözleşmenin feshinde usul, fesih bildirimine itiraz ve usulü ile geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlan hükümlerinden yararlanırlar. Buna göre mevsimlik işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması, işyerindeki kıdeminin 6 aydan fazla olması, işveren vekili olmaması ve işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalışması halinde, iş güvencesi olarak belirtilen bu hükümlerden yararlanacaktır. İşveren mevsimlik işçinin iş sözleşmesini, ister fiilen çalışılan dönem olsun, ister askıdaki dönemde olsun, geçerli neden olmadan feshedemeyecektir. Bir başka anlatımla işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve geçerli fesih nedenini açıkça belirtmek zorundadır. Belirtmek gerekir ki işçinin, mevsimlik işte mevsim bitiminde iş sözleşmesinin askıya alınması nedeni ile feshin geçersizliğini ve işe iade istemi olanağı bulunmamaktadır. Zira iş sözleşmesi feshedilmemiş, yeni mevsim başına kadar askıya alınmıştır. Bu olguyu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29/7 maddesindeki düzenleme de doğrulamaktadır. Maddeye göre, mevsim sonu toplu işten çıkarmada, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz hükmü, iş sözleşmesinin feshedilmediği gerekçesine dayanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 maddesi uyarınca, mevsimlik işlerde yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümler uygulanmaz. Bir başka anlatımla, mevsimlik işçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yıllık ücretli izin hükümlerine dayanarak, yıllık ücretli izin kullanma veya buna dayanarak ücret alacağı isteminde bulunamaz.

Hemen belirtmek gerekir ki, 53/3. maddede ki kural, nispi emredici kural olup, işçi lehine bireysel iş sözleşmesi ya da Toplu İş Sözleşmesi ile yıllık ücretli izne ilişkin hükümler düzenlenebilir. Bu durumda sözleşmedeki izinle ilgili hükümler uygulanacaktır. Diğer taraftan, bir işyerinde mevsimlik olarak çalıştırılan işçi, mevsim bitimi, askı süresi içinde mevsimlik iş dışında, işverenin diğer işyerlerinde çalıştırılıyorsa, burada devamlı bir çalışma olgusu olduğundan, işçinin yıllık ücretli izin hükümlerinden yararlandırılması gerekir. Aynı işverene ait yazlık ve kışlık tesislerde sezonluk işlerde fakat tam yıl çalışan işçiler de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 12. maddesi uyarınca yıllık ücretli izne hak kazanacaklardır.

2. Mevsimlik işler, faaliyetin sadece yılın belirli dönemlerinde sürdürüldüğü işler olarak tanımlanabilir.

Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları, fakat yılın diğer döneminde işçilerin iş sözleşmelerine ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektiren işler mevsimlik iş olarak değerlendirilebilir. Mevsimlik işlerin özelliğini yılın belirli bir döneminde periyodik, düzenli olarak tekrarlanması oluşturur. Genellikle oteller, plajlar ve eğlence yerlerinde, gıda, inşaat, deri, tarım ve ormancılık işkolunda mevsimlik iş sözleşmeleri yapılmaktadır.

Somut dava konusu uyuşmazlıkta, davacı ile imzalanan 2009 ve 2010 yıllarına ait iki adet mevsimlik iş sözleşmesi bulunmaktadır.

Taraflar arasında 29.11.2010 tarihi itibarıyla iş sözleşmesinin askıya alınıp alınmadığı hususu tartışmalıdır. Davacı, işveren tarafından yapılan sözlü askıya alma teklifinin kendisi tarafından kabul edilmediğini, bu sebeple işverene çalışma konusunda iradesini açıkladığını, ancak çalışma isteğinin işveren tarafından yerine getirilmemesi üzerine iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş sayılması gerekeceği iddiasında bulunmuş ve buna bağlı işçilik alacakları talebinde bulunmuştur.

Yukarıda genel açıklamalar kısmında da belirttiğimiz üzere, mevsim bitimi ile askıya alınan iş sözleşmesi, tarafların fesih iradesi yok ise, feshedilmiş olmaz. Belirsiz süreli sözleşme ile işe alınan ve mevsimin sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılan bu işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez, fakat ertesi yılın iş sezonunun başına kadar askıda kalır. Ertesi yıl mevsim başında işe alınmayan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Davalı tarafından keşide edilen ihtarnamede hem sezon sonu, hem de otelin tadilat ve tamirata girecek olması sebebiyle iş sözleşmesinin askıya alınacağı bildirildiği

anlaşılmaktadır. Davacının ise sözleşmenin mevsimlik olmaması nedeni ile askıya alınma talebini kabul etmediği bildirilmiştir. Yine davacı, askıya alınmayla birlikte İş K.22 maddesi uyarınca kendisinde sözleşmeyi haklı sebeple feshetme yetkisinin doğduğunu iddia etmiştir.

Öncelikle davacının dava dilekçesinin bir çelişkiyi içerdiğini belirtmeliyiz. Dilekçenin bir paragrafında, davacının iş sözleşmesinin askıya alınmasını kabul etmediği için, işveren tarafından feshedilmiş sayılması gerektiği iddia edilirken, başka bir paragrafta davacı bakımından İş K.22 maddesi uyarınca haklı sebeple fesih olanağının doğduğu iddia edilmektedir. Her iki sona erme şeklinin, farklı hukuki sonuçların uygulanmasını gerektirecek olması karşısında, sözleşmenin kimin tarafından ve ne şekilde sona erdirildiğinin belirlenmesi zorunludur.

Askı hallerinden bazılarına bağlanan hukuki sonuçlar yasada açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, askı haline ilişkin genel bir kural iş yasasında yer alamamaktadır. Ancak gerek işçinin gerekse işverenin geçici olarak ifa imkansızlığına düştüğü hallerde askı hali ortaya çıkar. İş akdinin askıya alınmasının hukuki temeli oluştuğunda ve koşullar bir araya geldiğinde askı hali kendiliğinden ortaya çıkar. İş akdinin askıya alınması, sadece yasa koyucunun veya tarafların sözleşme ile öngördükleri hallere münhasır bir durum değil, belirli koşulların gerçekleşmesi ile kendiliğinden oluşan bir hukuki kurumdur. Yargıç, iş sözleşmesinin askıya alındığı iddiası ile karşı karşıya kaldığında, yasada ve sözleşmede bu yönde bir düzenleme yer almasa da, koşulların varlığını saptarsa, sözleşmenin askıya alındığına karar verebilecektir.

Davalı işveren, otelin tadilat ve tamire girmesi nedeni ile de iş sözleşmesinin askıya alındığını bildirmiştir. Davalı tanıkları tamirin gerçekleştiğini belirtmelerine rağmen davacı tanıkları tamiratın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bilgi sahibi olmadıklarını ifade etmişlerdir.

Tamirat ve tadilat durumunda, işverenin de ifayı geçici olarak kabul imkansızlığı içine düşmesi, iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu ortaya çıkaracağı düşünülmektedir. Yani işverenin iş görme edimini kusursuz olarak geçici bir süre kabul edememesi askı halini yaratacaktır.

Açıklanan nedenlerle davacının yerine getirdiği işin mevsimlik iş olması ve sezon sonu itibarıyla iş sözleşmesinin askıya alınacağının kabul edilmesi gereği dışında, otelin tadilat ve tamiratının gerçekleştirilmesi nedeni ile de askıya alınmış sayılacağının kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Sezon sonunda, davalı işveren tarafından davacı işçiye işe başlaması için davet yazılı olarak gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, davacı işçinin işe başlamadığı anlaşıldığından, iş sözleşmesinin davacı tarafından haksız ve usulsüz feshedildiği görüşündeyiz.

OLAY

Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının daha önce S Gıda Endüstri İhracat ve İthalat A.Ş.'ye ait bulunan turşu üretim üzerine faaliyet gösteren fabrikada 17.08.2005 tarihi itibarı ile üretim işçisi adı altında işe başladığını, bu çalışmanın S Gıda ve diğer davalı nezdinde 08.03.2013 tarihine kadar aralıksız devam ettiğini, fiilen çalışılan sürelerin bir kısmının işverenler tarafından sigortaya bildirilmediğini, davacının davalı S Gıda A.Ş.de çalışması sürerken fabrikanın 2007 yılında diğer davalı E Gıda San. ve Tic. A.Ş.'ye devredildiğini, davacının ara vermeksizin ve çalışma şartlarında değişiklik olmaksızın aynı işyerinde çalışmaya devam ettiğini, iş akdi devam ederken E Gıda A.Ş. tarafından Kemalpaşa ilçesi Armutlu Beldesinde yeni fabrika kurulduğunu, davacının çalışmasını devam ettirdiği fabrikanın kapatılmasının gündeme geldiğini, 08.03.2013 tarihinde iş çıkışında fabrikanın kapatıldığı, üretimin sona erdirilerek iş akdinin feshedildiği, belgelerin imzalanması gerektiğinin davacıya bildirildiğini, davacının fabrika çıkışında hazır bekleyen muhasebecilerin bulunduğu alana gittiğini, birbirine zımbalanmış 4-5 adet kağıt bulunduğunu gördüğünü, yasal hakları ödenmeden belgeleri imzalamayacağını belirttiğini, işverenin belgeleri imzalaması için baskıda bulunduğunu, hazırlanan belgeleri imzalamıyorsa hemen iş sahasını terk etmesini söyleyerek işten çıkarıldığını, yasal haklarının da ödenmediğini, davalı şirketlerin iş akdinin devam ettiği süre içerisinde iş çıkışında tüm işçileri sıraya dizerek ücret bordroları ile birlikte 8-9 sayfadan ibaret olan üst kısımları birbirine zımbalanmış vaziyette boş olan birçok belgeyi davacıya ve diğer çalışanlara imzalattıklarını, 4857 s. Kanun m.6'ya göre işyerinin devrinin yapıldığı önceki dönemdeki tüm işçilik alacaklarından devreden ve devralan işçilerin birlikte sorumlu olduklarını, davacının S nezdindeki çalışması sebebiyle hak kazandığı işçilik alacaklarından her iki davalı işverenin müşterek ve müteselsilen sorumlu olduğunu, işyeri şartları ve çalışmaya ara vermeksizin devir gerçekleştiğini, davacının önceki dönemki alacaklarından E Gıda San. ve Tic'in de sorumlu olduğunu, işyerinin turşu fabrikası olması, davacının üretim bölümünde çalışması sebebiyle davacının ağır şartlarda, sabah 08.00-akşam 20.00 saatleri arasında haftanın 7 günü günde en az 12-13 saat devam edecek şekilde çalıştığını, davacının bu çalışmasının bazen 22.00-bazen 23.00 ve hatta daha geç saatlere kadar uzadığını, gece vardiyasında çalışılan durumlarda da akşam 20.00'den sabah 08.00'e kadar minimum 12 saat çalışma yapıldığını, 24 saatlik sürede devamlı surette 2 vardiya yapılmasından da çalışma süresinin belli olduğunu, dinlenme süresinin 40 dk yemek, 20 dk çay molası olmak üzere 1 saat olduğunu, bu çalışmanın genel tatil ve dini resmi bayramlar dahil ve Kurban Bayramının ilk iki günü ile Ramazan Bayramının ilk günü hariç olmak üzere aynı şekilde devam ettiğini, bu çalışmanın her iki şirket nezdin-

de aynı şekilde olduğunu beyan etmiş, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla davalı Selçuk Gıda A.Ş. dönemi için 1.000 TL ihbar, 1.000 TL kıdem tazminatı, 2.500 TL fazla çalışma ücreti, 1.000,00 TL hafta tatili ücreti, 1.000,00 TL genel tatil ve bayram ücreti, 500 TL yıllık izin ücretinin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılardan E San ve Tic.A.Ş. vekili cevap dilekçesinde; halen E Gıda'ya ait Yol Üstü köyü Ödemiş adresindeki fabrikanın daha önce S Gıda'ya aitken 01.06.2007 tarihinde E Gıda tarafından satın alındığını, fabrikanın İş Kanunu m.6 anlamında devir yolu ile geçmediğini, fabrikanın sadece makineler, araç ve gereçlerle birlikte satın alındığını, S Gıda'da çalışan işçilerin hizmet akitlerinin de S Gıda A.Ş. tarafından feshedildiğini, işçilik alacaklarının da bu şirket tarafından ödendiğini, satın alınan fabrikada üretime geçilebilmesi için işçi ihtiyacı doğduğunu, daha önce S Gıda'da çalışan işçilerin de bir kısmının müracaat ettiğini ve alındığını, işyerinde salatalık biber konserveciliği işi yapıldığını, yılın belli döneminde faaliyetin yoğunlaştığını, üretime her yıl Haziran ayında başlandığını ve Ekim-Kasım ayında sebzeler bittiğinde üretimin de sona erdiğini, bunun her yıl aynı şekilde tekrar ettiğini, bu dönemde fazla işçi çalıştırıldığını, dolayısıyla işin mevsimlik iş olduğunu, davacının şirkette 25.06.2007 tarihinde çalışmaya başladığını, mevsimlik işçi olarak çalıştığını, davacının iş sözleşmesinin Şirket tarafından feshedilmediğini, halen askıda olarak devam ettiğini, bütün işçilere iş akdinin askıya alındığına dair yazı ibraz edildiğini, sadece davacı ve birkaç işçinin bu yazıyı imzalamadığını, bu işçilere Ödemiş 2. Noterliği marifeti ile 11.03.2013 tarihli .....no.lu bir yazı gönderilerek kendilerinin 08.03.2013 mesai bitim saatinden itibaren iş sözleşmelerinin sezon başlayana kadar askıya alındığı ve sezon başladığında tekrar davet edilecekleri hususun bildirildiğini, sözleşmenin feshi söz konusu olmadığından ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddinin gerektiğini, davacının 03.03.2009, 15.12.2010, 10.03.2011, 21.12.2011, tarihlerinde İş Kanunu m.17 bağlamında işyerinden istifaen kendisinin ayrıldığını, dava dilekçesinde iddia edilen boş evraklar imzalatılmak istendiği, bu konuda baskıda bulunulduğu ve davacının fabrika dışına çıkarıldığı iddialarının tamamen gerçek dışı olduğunu, davacının mevsimlik işçi olarak çalıştığını, mevsimlik işçi olarak çalışan davacının İş Kanunu m.53 gereği yıllık izin hakkının olmadığını, bu nedenle yıllık izin ücreti talebinin reddinin gerektiğini, davacının hafta tatili ve genel tatil günlerinde çalışmasının olmadığını, fazla mesai yaptığı aylarda ise bunu yazılı olarak beyan ettiğini ve fazla mesai ücreti tahakkuk ettirildiğini, yapmadığı aylarda ise yapmadığı konusunda yine yazılı beyanda bulunduğunu, bunun aksini iddia etme hakkının olmadığını, fazla mesai alacağı olmadığını beyan etmiş, davanın reddini talep etmiştir.

E Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından hazırlanan 20.11.2007, 31.12.2008, 22.04.2009, 28.10.2009, 03.03.2009, 28.03.2012, 24.11.2012 tarihli duyurularda; E Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin Ödemiş Yolüstü Köyü mevkiinde bulunan turşu fabrikasında, sezon bitimi ve iş azalması nedeni ile duyuru tarihinde mesai bitiminden itibaren, tekrar sezon başladığı zaman işe davet edilinceye kadar 4857 s. İş Kanunu'ndan doğan hakların saklı kalması koşuluyla iş akdinin askıya alındığı hususunun bildirildiği, duyurularda davacının imzasının bulunduğu, 15.12.2010, 10.03.2011, 21.12.2011 tarihlerinde ise davacının özel nedenlerle iş akdini feshettiğine dair fesih bildirimlerinin bulunduğu görülmüştür. E Gıda San. ve Tic. A.Ş. tarafından Ödemiş 2. Noterliği aracılığıyla davacıya gönderilen 11 Mart 2013 tarih ve .... yevmiye no.lu ihtarnamede E Gıda A.Ş.'ye ait Ödemiş/Yolüstü Köyü mevkiinde mevsimlik işçi olarak çalıştığı, Şirket tarafından sunulan 08.03.2013 tarihli yazıda belirtildiği üzere sezon bitimi ve işin azalması nedeniyle 31.01.2013 tarihi mesai bitiminden itibaren tekrar sezon başladığında işe davet edilinceye kadar İş Kanunu'nda yer alan hakların saklı kalması koşuluyla iş sözleşmesinin askıya alındığı hususunun bildirildiği görülmüştür.

E Gıda San. ve Tic. A.Ş. ile S Gıda Endr. İth. İhr. A.Ş. arasında 25 Mayıs 2007 tarihli protokolle Yolüstü Köyü Ödemiş İzmir adresindeki fabrikanın makine, techizat ve demirbaşları ile birlikte devri konusunda anlaştıkları, tapuda intikal tarihinin 01.06.2007 olduğu görülmüştür.

SORULAR

1. İşçinin ne tür bir sözleşme ile çalıştığını belirleyiniz.
2. Davacının sözleşmesi kimin tarafından sona erdirilmiştir? Neden?
3. Davalıların sorumluluğunu belirleyiniz.
4. Talep edilen işçilik alacakları bakımından nasıl karar verilmelidir?

CEVAPLAR

1. Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Söz konusu dönemler işin niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın diğer döneminde işçilerin iş sözleşmelerinin ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektiren işler mevsimlik iş olarak değerlendirilebilir. Mevsimlik iş sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanununun 11. maddesindeki hükümlere uygun olarak, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Tek bir mevsim

için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmelerle çalışılmışsa iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanununun 11/ son maddesi uyarınca belirsiz süreli nitelik kazanacaktır. Mevsimlik iş sözleşmeleri tarafların karşılıklı anlaşmasıyla, belirli süreli yapılmışsa sürenin sona ermesi ile işçinin ölümü ile iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinden önce feshi ihbarla sona erer. Mevsim bitimi ile askıya alınan iş sözleşmesi, tarafların fesih iradesi yok ise, feshedilmiş olmaz. Belirsiz süreli sözleşme ile işe alman ve mevsimin sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılan bu işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez, fakat ertesi yılın iş sezonunun başına kadar askıda kalır. Ertesi yıl mevsim başında işe alınmayan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Fakat davet edildiği halde işbaşı yapmayan işçinin iş sözleşmesi devamsızlık nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiş veya işçi tarafından bozulmuş sayılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda da davacı işçinin, deliller bölümünde ayrıntılı dökümü yapılan işe giriş çıkış tarihleri dikkate alınmak sureti ile turşu imal eden işyerinde mevsimlik işçi olarak çalıştığının kabulü gerektiği kanaatindeyiz. Davacı işçi mevsimlik işte belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmış olup, üretimin olmadığı dönemlerde sözleşmesi askıya alınmış olup, ortadan kalkmamıştır. Ancak askı süresinin işçinin kıdemi bakımından değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı hususu aşağıda fesih bölümünde incelenecektir.

2. Mevsim bitimi ile askıya alınan iş sözleşmesi, tarafların fesih iradesi yok ise, feshedilmiş olmaz. Belirsiz süreli sözleşme ile işe alınan ve mevsimin sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılan bu işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez, fakat ertesi yılın iş sezonunun başına kadar askıda kalır. Ertesi yıl mevsim başında işe alınmayan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Fakat davet edildiği halde işbaşı yapmayan işçinin iş sözleşmesi devamsızlık nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiş veya işçi tarafından bozulmuş sayılmalıdır.

E Gıda San. ve Tic. A.Ş. tarafından Ödemiş 2. Noterliği aracılığıyla davacıya gönderilen 1 Şubat 2013 tarih ve 01681 yevmiye nolu ihtarnamede E Gıda A.Ş.'ye ait Ödemiş/Yolüstü Köyü mevkiinde mevsimlik işçi olarak çalıştığı, Şirket tarafından sunulan 31.01.2013 tarihli yazıda belirtildiği üzere sezon bitimi ve işin azalması nedeniyle 31.01.2013 tarihi mesai bitiminden itibaren tekrar sezon başladığında işe davet edilinceye kadar İş Kanunu'nda yer alan hakların saklı kalması koşuluyla iş sözleşmesinin askıya alındığı hususunun bildirildiği görülmüştür.

Davalı işverenin sezon başladığında davacıyı işe davet ettiğine ilişkin herhangi bir delil sunulmadığından sözleşmenin davalı işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerekeceği görüşünde olduğumuz için davacının kıdem ve ihbar tazminatı alacaklısı olabileceği düşünülmektedir.

3. Bir işyeri devrinden söz edebilmek için öncelikle, devre konu bir işyeri ya da işyerinin bir bölümü söz konusu olmalı ve taraflar arasında işyeri devrini amaçlayan bir hukuki işlem yapılmalıdır.

Yargıtay işyerinin kapatılmasından sonra yeni işveren tarafından yepyeni bir işyeri olarak açılmış olmasını, işyerindeki işi yürüten işverenin kendi işyerinin kira sözleşmesine son verip boşalttıktan sonra başkasına kiralanmasını, sadece işyerindeki malzemelerin satılmasını, eski müteahhidin sözleşmeyi feshedip, geriye kalan işin eksiltme usulü ile başka müteahhide ihale edilmesi gibi durumların, işyeri devri oluşturmayacağını kabul etmiş bulunmaktadır[1].

E Gıda San. ve Tic. A.Ş. ile S Gıda Endr. İth. İhr. A.Ş. arasında 25 Mayıs 2007 tarihli protokolle Yolüstü Köyü Ödemiş İzmir adresindeki fabrikanın makine, techizat ve demirbaşları ile birlikte devri konusunda anlaştıkları, tapuda intikal tarihinin 01.06.2007 olduğu görülmüştür. Maddi olan bu unsurların devri dışında olayda, maddi olmayan unsurların devrine ilişkin bir durumdan söz etmek mümkün değildir. Maddi olmayan bu unsurların içerisine ihtira beratı, menkul kıymet gibi varlıklar gireceği gibi işçilerle yapılan sözleşmeler de girer. Ancak taraflar arasında hiçbir şekilde işçi sözleşmelerinin devrine ilişkin bir anlaşma yer almamaktadır. Oysa ki İş K.6 maddesi bu anlamda işyeri devri bakımından **"İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde *mevcut olan iş sözleşmeleri* bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer"** diyerek işyeri devrindeki sorumluluktan söz edebilmek için devralana geçebilecek bir iş sözleşmesinin varlığını şart koşmaktadır. Bunun anlamı ise, sona ermemiş iş sözleşmeleri varsa, bu sözleşmelerden devralan işverenin sorumlu olacağıdır.

Nitekim sözünü ettiğimiz hususu Yargıtay 9 HD 27.10.2005 tarih ve E.2005/5396, K.2005/34825 sayılı kararında açıkça belirtilmiştir. ***"işyeri devredildiğinde, iş sözleşmeleri devirden önce eski işverence sona erdirilmemiş olması halinde uygulanabileceğini, devir sözleşmesi taraflarının işyerinin işçisiz devrini kararlaştırabileceklerini, işyerini devreden işverenin ayrıca ekonomik bir gerekçe göstermek durumunda olmasının, Anayasanın 48 mad-***

[1] 21. HD 4.7.1996, E.1996/3867, K.1996/4020, REİSOĞLU, S., İşyerinin Bir Diğer İşverene Devrinin Hizmet akitlerine Etkisi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2011, s.1283

desine aykırı olduğunu, işçilerin birlikte geçirilmediği bir devrin kural olarak, tarafların işyeri devrini istemedikleri anlamını taşıyacağı düşünülürse, işçilerin devirden önce iş sözleşmelerinin feshedilmesi ve işyerinin işçisiz olarak devri zaten gerçek anlamda bir işyeri devri olarak kabul edilemez" denmektedir. Keza aynı dairenin 15.05.206 tarih ve Esas 2006/8971, K.2006/14290 sayılı kararında," ***İş hukukunda; işyerinin devrinde devir tarihi itibarıyla mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçeceği bilinen bir husustur. Davalı Bahadır Önder taşınmazı satın almadan önce, işyeri tamamen kapatıldığına, işçilerin iş sözleşmeleri son bulduğuna ve işyerini devralmadığını göre artık bu davalının sorumluluğundan söz edilemez***" denilmektedir.

İşyerinde eski işveren tarafından yürütülen faaliyetin sona erdiği ve daha sonra E Gıda A.Ş tarafından yeni bir faaliyete başlanmış olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple E Gıda A.Ş'de çalışmaya başlayan işçiler ile yeni bir iş ilişkisinin kurulduğu kabul edilmeli ve önceki çalışmalar bakımından, E Gıda A.Ş husumet yöneltilmesi mümkün olmamalı, aynı şekilde E Gıda A.Ş eski işveren döneminde doğmuş işçilik alacaklarından sorumlu tutulamamalıdır.

Buna karşılık S Gıda A.Ş'de davacının kendisinde çalıştığı dönem ve ücret seviyesi ile sorumlu olmalıdır.

4. Davacının iş sözleşmesinin davalı E.Gıda A.Ş tarafından sona erdirildiğinin kabul edilmesi nedeni ile E Gıda A.Ş nin kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı bakımından sorumlu olacağı, keza S A.Ş nin de bu kıdem ve ihbar tazminatı bakımından davacının kendisinde çalıştığı süre ve sözleşmesinin feshedildiği 2006 tarihindeki ücret seviyesi ile sorumlu olacağı kanaatindeyiz.

Birbirini izleyen mevsimlik sözleşmelerde, mevsim sonunda iş sözleşmesi sona ermeyip, gelecek mevsime kadar askıda kalır. Mevsimlik işlerde askı döneminde geçirilen sürenin kıdem tazminatının hesabında göz önünde tutulmayacağı öğretinin bir bölümü ve yargı kararlarında kabul edilmektedir (Yarg.9 HD **Esas No. 2008/13374 Karar No. 2009/38104 Tarihi: 28.12.2009**). Bu sebeple davacının, mevsimlik çalıştığı süreler dikkate alınarak bu sürelere göre kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işçinin askıda geçen süresi, fiilen çalışma olgusunu taşımadığından kıdemden sayılmayacaktır.

4857 sayılı İş Kanununun 53/3 maddesi uyarınca, mevsimlik işlerde yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümler uygulanmaz. Bir başka anlatımla, mevsimlik işçi, 4857 sayılı İş Kanununun yıllık ücretli izin hükümlerine dayanarak, yıllık ücretli izin kullanma veya buna dayanarak ücret alacağı isteminde bulunamaz. Hemen belirtmek gerekir ki, 53/3. maddedeki kural, nispi emredici kural olup,

işçi lehine bireysel iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile yıllık ücretli izne ilişkin hükümler düzenlenebilir. Bu durumda sözleşmedeki izinle ilgili hükümler uygulanacaktır. Diğer taraftan, bir işyerinde mevsimlik olarak çalıştırılan işçinin, mevsim bitimi, mevsimlik iş dışında işverenin diğer işyerlerinde askı süresi içinde çalıştırılıyorsa, burada devamlı bir çalışma olgusu olduğundan, işçinin yıllık ücretli izin hükümlerinden yararlandırılması gerekir. Aynı işverene ait yazlık ve kışlık tesislerde sezonluk işlerde fakat tam yıl çalışan işçiler de, 4857 sayılı İş Kanununun 53/3 ve Yıllık Ücretli izin Yönetmeliği'nin 12. maddesi uyarınca yıllık ücretli izne hak kazanacaklardır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır. İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir.

Bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Davacıya ait bordrolar imzalı olup, ayrıca dosyaya sunulmuş olan puantaj kayıtlarına uygun olarak davacıya fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilmiş ve ödenmiştir. Bu sebeple ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması nedeni ile, davacının bordroda belirilenden daha fazla çalışması olduğunu ancak eşdeğer bir belge ile kanıtlayabileceği, kendisine düşen kanıt yükümlülüğünü yerine getirmeyen davacının fazla çalışma ücreti alacaklısı olamayacağı görüşündeyiz. Aynı esas hafta tatili ve genel tatillerde gerçekleşen çalışmalar bakımından da geçerli olduğundan, davacının hafta tatili ve genel tatil ücreti talep edemeyeceği kanaatindeyiz.

D. Kapıcılık Sözleşmesi

1. Kapıcılık Sözleşmesinin Unsurları

OLAY

Kapıcı (A) 01.11.1975 -27.03.1998 tarihleri arasında sigortalı olarak "L" Apartmanı'nda kapıcı sıfatıyla çalışmış ve 01.04.1998 tarihinde emekli olmuştur. (A) 25.12.2006 tarihine kadar emekli olmasına rağmen aynı apartmanda çalışmasını sürdürmüştür. Ancak (A) uzun zamandan beri kendisine ücret ödenmediği iddiası ile İş Mahkemesinde dava açmıştır. Yine (A)'nın iddiasına göre, 30.04.2005 tarihine kadar ödenmeyen ücret alacağı 5.077 TL'dir. Mahkeme dosyasında kimin tarafından imzalandığı belli olmayan, (A)'ya 5.077 YTL ödenmesi gerektiğini belirten bir belge bulunmaktadır. Bu tarihten kapıcılık sözleşmesinin sona erdiğini iddia ettiği tarih olan 25.12.2006'e kadar hiç ücret almadığını ve bu döneme ilişkin ücretininse kapıcılara ödenen asgari ücret miktarında olduğunu, bu nedenle buna uygun hesaplama yapılmasını talep etmiştir. Yargılama sırasında (A) tarafından ibraz edilen "Anahtar Teslim Tutanağı" başlığını taşıyan belgede (A)'nın kapıcı dairesini boşalttığı belirtilmişse de, belgede (A)'nın kapıcı olduğuna ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Yine dava dosyasına (A) tarafından sunulan ve son döneme ilişkin faturaların bir kısmında ödeme yapıldığı bir kısmındaysa yapılmadığı bilgisi yer almaktadır. Davalı apartman sakinleri yargılama sırasında yaptıkları savunmalarında (A)'nın apartman temizliğine karışmadığını sadece bazı kişilere servis yaptığını, gazete ve çöp dikme hizmeti karşılığı kendisinden apartman aidatı alınmadığını, temizlik işleri için 4 yıldır başkasının geldiğini beyan etmişlerdir. Yine davalılar (A)'nın başka bir apartmanda karısının çalışması sebebiyle karısının emekliliği dolana kadar apartmana ait arka binada apartman sakinlerinin oluru ile kaldığı savunmasında bulunmuşlardır.

SORULAR

1. (A) ile "L" Apartmanı Sakinleri arasında hukuki anlamda kapıcılık ilişkisi var mıdır? Kapıcılık sözleşmesinin unsurlarını göz önünde bulundurarak açıklayınız. Kapıcılık sözleşmesinin kurulmadığının kabul edilmesi halinde, taraflar arasındaki ilişki nasıl nitelendirilmelidir?
2. Bu ilişkinin kurulduğunu varsayarsak ücret alacağının var olup olmadığının ispat yükü kime aittir? Ücret alacağının var olduğunu kabul edersek bu alacak hangi tarih göz önünde bulundurularak hesaplanmalıdır? Açıklayınız.

CEVAPLAR

1. (A)'nın davalıların ikamet ettiği Lale Apartmanı'nda kapıcılık ilişkisine dayalı olarak 1998 yılında emekli olduğu kesindir. Uyuşmazlık konusu (A)

tarafından iddia edildiği üzere (A)'nın 1998-2006 yılları arasında kapıcılık ilişkisine bağlı olarak çalışıp çalışmadığıdır. (A)'nın bu süre içerisinde apartmanın arka kısmında bağımsız bir bölüm olarak yer alan konutta kaldığı da kesindir. 1475 sayılı Kanun'un yürürlükten kalkmasından sonra, kabul edilen 4857 sayılı Kanun'da kapıcılarla ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. Resmi Gazete'nin 25391 sayısında yer alan Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 6. maddesinde kapıcı ile yapılacak iş sözleşmesinde bulunması gereken unsurlar belirlenmiştir. 6. maddenin düzenleme şeklinden iki husus anlaşılmaktadır: Birincisi konut kapıcılığı sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği, ikincisi bu sözleşmenin niteliğinin iş sözleşmesi olduğudur. Taraflar arasında kurulduğu iddia edilen ilişkinin yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önceye dayanması nedeni ile taraflarca yazılı şekil şartına uymaksızın bir ilişki kurulduğu, buradaki şekil şartının geçerlik değil, ispat şartı olduğu kabul edilse bile, (A) kapıcılık sözleşmesi uyarınca çalıştığını iddia ettiğine göre bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Uyuşmazlık bakımından önem arz eden ikinci husus, kapıcılık sözleşmesinin niteliği itibarı ile, bir iş sözleşmesi olduğudur. İş sözleşmesinin unsurları ise şunlardır:

Her şeyden önce bir iş görme ediminin üstlenilmiş olması gerekir. Yönetmeliğin 5. maddesinde kapıcının iş görme borcu şu şekilde somutlaştırılmıştır:

a) Yöneticinin talimatı doğrultusunda konutun kaloriferini zamanında yakmak ısıyı ayarlamak ve söndürmek,

b) Hidrofor ve benzeri araçları çalıştırmak,

c) Ana taşınmazın ortak yerlerini ve tesislerini temiz bulundurmak, demirbaşlarını, araç ve gereçlerini, düzenli, bakımlı ve işler şekilde tutmak,

d) Kendisine ayrılan konutu başka amaçlarla kullanmamak, konutu korumak, kendisi veya ailesinden birisinin konuta vereceği zarar ve hasarları karşılamak,

e) Yöneticinin talimatı çerçevesinde konutun güvenliğini sağlayıcı önlemleri almak,

f) Belirlenen saatlerde servis hizmetlerini görmek, çöpleri toplamak, bahçe düzenlemesi ve bakımını yapmak,

g) Verilen eğitimlere uygun davranmak ve koruyucu malzemeyi kullanmak,

h) İş veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen diğer görevleri yerine getirmek

(A)'nın rutin olarak servis hizmeti görmediği, çöpleri toplamadığı, bahçe düzenlemesi ve bakımını yapmadığı bilinmektedir. Temizlik, asansörlerin bakımı ve bahçe işlerinin dört yıldan bu yana başkaları tarafından yerine getirildiği de bilinmektedir. Apartman sakinlerinin bir kısmınca davacı (A) tarafından bir takım hizmetlerin yerine getirildiği kabul edilmekle beraber, yerine getirilen bu hizmetlerin kapıcılık sözleşmesi çerçevesinde yerine getirilip getirilmediği aşağıda açıklığa kavuşturulacaktır.

İş sözleşmesinin diğer unsuru ücrettir. (A)'ya zaman zaman bir takım ücretler ödendiği belli ise de bu ödemelerin iş sözleşmesinin sonucu olarak ödenip ödenmediği de yine aşağıda belirlenecektir.

İş sözleşmesinin son ve en karakteristik unsuru bağımlılıktır. Bu konuda iş hukuku öğretisinde görüş birliği vardır. Eğer çalışan çalıştırana bağımlı olarak faaliyet göstermiyorsa bir iş sözleşmesinden söz etmek mümkün değildir. İşverenin otoritesi altında çalışan, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmek zorunda kalan işçinin iş sözleşmesinde bağımlılığı daha ziyade kişiliği ile ilgilidir. İşçi işgücünü işverenin yararlandırmasına sunar. Diğer iş görme sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek talimatlar genellikle sadece edim sonucuna yöneliktir. Oysa iş sözleşmesinde işveren vereceği talimatlarla işçinin edimini, bu edimin yerine getirilmesi süreci içinde organize eder.

Yönetmeliğin 3. maddesi uyarınca kat malikleri ve ortakları işveren sıfatına sahiptirler. Ancak davalıların verdikleri beyanlardan anlaşıldığı üzere (A)'nın ediminin somutlaştırılması konusunda bir talimat verdikleri olay kapsamından anlaşılamamaktadır. (A)'nın da yine yönetmeliğin 3. maddesinde belirtilen kapıcı tanımının yer aldığı hükümdeki görevleri, bir kısım kat maliklerine karşı bir takım hizmetlerin görülmesi dışında hiçbirini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Özetle davacının işveren konumunda olan kat maliklerinin tamamına ve apartmana hasredilen bir iş görme ediminin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bir takım kat maliklerine hizmet verilmiş olması tüm kat malikleri ile davacı arasında iş sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmek açısından yeterli değildir. (A) ile hizmet gördüğü bir takım davalılar arasında başka bir iş görme sözleşmesinin kurulduğunu ve bu kat maliklerinin gördükleri hizmet karşılığında ücret ödediklerinin kabul edilmesi mümkündür. Ancak bu iş görme sözleşmesi iş sözleşmesi niteliğinde değildir. Apartmanda kat mülkiyeti ve ortak yaşamın gerektirdiği bir yönetim anlayışının kurulamadığı, aidatların toplanamadığı anlaşılmaktadır. Aidatların toplanamaması nedeniyle davacıya düzenli olarak yapılmayan bir takım ödemelerin iş sözleşmesinin unsuru olan ücret olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Davacının kapıcı konutunda oturması da sonucu değiştirmez. (A)'nın başka bir apartmanda karısının çalışması sebebiyle karısının emekliliği dolana kadar

apartmana ait arka binada apartman sakinlerinin oluru ile kaldığı ortadadır. Davacının konutta oturması, iş sözleşmesi bakımından bulunan diğer unsurların yokluğunu ortadan kaldırmaz. Nitekim 25.12.2006 tarihinde düzenlenen "Anahtar Teslim Tutanağında" davacının kapıcı dairesinde oturduğu belirtilmekle beraber, hiçbir şekilde "kapıcımız veya kapıcı" ifadesi kullanılmamıştır.

Davacı tarafından sunulmuş olan ve hepsi davacının çalıştığı son döneme ilişkin olan faturaların bir kısmında ödendiği bilgisi yer almamakta, bir kısmında yer almaktadır. Ancak zaten davacının bir takım kat maliklerine hizmetini gördüğü kabul edilmektedir. Ancak bu hizmeti iş sözleşmesi çerçevesinde değil, başka iş görme sözleşmesi çevresinde (vekalet) gördüğü kabul edilmelidir.

2. Taraflar arasında kapıcılık sözleşmesinin olduğu varsayıldığı takdirde:

Ücretin ödendiğini ispat yükü işverene aittir. Ücret alacağının varlığını ispat yükü işçiye aittir. Davacı (A) 30.04.2005 tarihinden 25.12.2006 tarihine kadar hiçbir ödeme yapılmadığı iddiasınadır. Dosyada kimin tarafından düzenlendiği ve neyi içerdiği tam olarak anlaşılamayan bir belge uyarınca (A)'nın, 30.04.2005 tarihi itibarıyla 5.077 YTL alacaklı olduğu da anlaşılmaktadır. Davacı A, 01.05.2005 tarihinden itibaren de kapıcılar için öngörülen asgari ücret üzerinden alacağının hesaplanmasını talep etmiştir. Buradan anlaşıldığı üzere, 01.05.2005 tarihinden önce davacının asgari ücret dışında bir ücretle çalıştığı kabul edilmekte, ancak olaydaki verilerden, davacının ne kadar ücretle çalıştığı anlaşılmamaktadır. 30.04.2005 tarihinden önce hangi aylara ilişkin hangi miktarda ödeme yapıldığı anlaşılamamaktadır. Ücret alacağı beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Dolayısı ile davacının 30.04.2005 tarihinden önce doğduğu iddia edilen ama hangi aylara ait olduğu tespit edilemeyen ücret alacaklarının bir kısmının zamanaşımına uğramış olması mümkündür. Zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar. İş sözleşmesinin devam etmesi zamanaşımının işlemesini durdurmaz. Yani beş yıllık zamanaşımı iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren değil, ücret alacağının doğduğu andan itibaren işlemeye başlar.

(A)'nın ücret iddiasının kimin tarafından hesaplandığı, anlamının ne olduğu bilinmemektedir. Bu iddiaya dayanmak sureti ile hüküm tesis edilmesi mümkün değildir. Birtakım varsayımlarla, belli olmayan ücret miktarı üzerinden, farazi hesaplama yapılması mümkün değildir. Bu nedenle (A)'ya hangi dönemde ne kadar ücret ile çalıştığı, ödenmeyen aylıklarının hangi dönemlere ait olduğu bilinmesi zorunludur.(A) kendisine düşen ispat yükünü yerine getirdiğinin kabul edilmesinden sonra hesaplama yapılmalıdır.

Davacı A 01.05.2005 tarihinde kapıcılık yaptığını iddia ettiği konutu boşaltmıştır. Bundan sonra 25.12.2006 tarihine kadar hiç ücret almadan çalışması-

nın hayatın olağan akışına uygun olmadığından, iş ilişkisinin 30.04.2005 tarihinde sona erdiğinin kabul edilmelidir.

2. Eşin Kapıcı Sayılıp Sayılmayacağı

OLAY

(A) 18.11.2002 tarihinden 03.07.2006 tarihine kadar "T" Apartmanı'nda kapıcı olarak çalıştığı iddiasına dayanarak, "T" Apartmanı Yöneticisi (N) tarafından sigortalılığının bildirilmemesi ve primlerinin yatırılmaması sebebiyle hizmet süresinin tespiti bakımından "T" Apartmanı Yöneticisi olan (N)'yi ve SSK'yı taraf göstererek İş Mahkemesi'ne dava açmıştır. Çalıştığı iddia edilen sürenin bir bölümünde (A) nın hamileliği söz konusudur. (A)'nın SSK'ya ilk tescil kaydı başka bir firma adına 01.11.1995 tarihinde yapılmıştır. (A)'nın eşi (B) ile apartman yöneticisi (N) arasında 09.01.2003 tarihinde karma nitelikli bir sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşme uyarınca, (B) binanın zemin katında kira parası ödemeksizin oturacak, bunun karşılığında apartmanın "dışarıdan" olmak üzere, temizliği vs. hususları (A) nın eşi B tarafından yerine getirilecektir. Ancak taraflar arasında gerektiği zaman resmi makamlara gösterilmek üzere ayrı bir kira sözleşmesi de imzalanmıştır. (B)'ye bu hizmetlerin karşılığı olarak zaman zaman apartman temizlik bedeli adı altında birtakım ödemelerin yapıldığı bilinmekle beraber 08.01.2003 tarihli SSK Yoklama Memurları tarafından düzenlenen İşyeri Durum Tespit Tutanağı'yla, (B)'nin kira kontratı ile aylık 60.000.000 TL karşılığı 20 nolu dairede ikamet ettiği ve Alsancak'ta bir şirkette güvenlik görevlisi olarak çalıştığı ve apartmanın temizlik işlerinin ayın belirli günlerinde dışarıdan gelen gündelikçiler ile yaptırıldığı hususu tutanak altına alınmıştır. Tutanakta yer alan hususların doğruluğunu araştıran Mahkeme (B)'nin Alsancak'taki bir şirkete bağlı olarak 01.0.2001-21.10.2001 tarihleri arasında güvenlik görevlisi olarak çalıştığını tespit etmiştir. Ayrıca yargılama esnasında tanıklar (A) 'nın hamile olması ve daha sonra çocuğuna bakması sebebi ile kapıcılık hizmeti ifa etmediğini belirtmişlerdir.01.07.2004 tarihinde ise (A)'nın kayınbiraderi olan (C) ile kapıcılık sözleşmesi imzalanmıştır.

SORU

1. Davacı (A) ile T. Apartmanı arasında kapıcılık ilişkisinden söz edilebilir mi? Açıklayınız.

CEVAP

1. Olayımızdaki uyuşmazlık, "T" Apartmanı'nda (A)'nın mı yoksa eşi (B)'nin mi kapıcılık hizmeti gördüğüne ilişkin bulunmaktadır. (A)'nın eşi (B) ile apartman yöneticisi arasında bir kira sözleşmesi ve iş görmeye ilişkin ikinci bir sözleşme imzalanmış bulunmaktadır. Kira sözleşmesinde (A)'nın eşi ile

birlikte oturduğu daire için kira bedeli ödenmesi kararlaştırılmış olmasına rağmen, iş görmeye ilişkin sözleşmede iş görmesi kararlaştırılan (B)'nin ücret ödemeksizin hizmetler karşılığı oturması kararlaştırılmıştır. Kapıcı dairesinin (B)'ye kiraya verildiği tarihsiz kira kontratosundan anlaşılmaktadır. Ancak kira sözleşmesinin apartmanın kalorifer ve kapıcılık hizmetleri karşılığı yapıldığı anlaşılmaktadır. İddia edilen çalışmanın geçtiği dönemde yürürlükte olan mevzuata göre kapıcı konutlarından kira parası istenmesi mümkün değildir. Bu nedenle (A)'nın eşi (B) ile davalı apartman yönetimi arasında bağıtlanmış kira sözleşmesinin geçerli olmadığı açıktır. Muvazaalı olarak yapılmış kira sözleşmesinde kiracı olarak davacı (A)'nın eşi (B) taraf olup, kira sözleşmesi altında saklanmış olan kapıcılık sözleşmesinin tarafı da davacının eşi (B)'dir.

Davacının eşi (B)'ye bu hizmetlerin karşılığı olarak zaman zaman apartman temizlik bedeli adı altında birtakım ödemelerin yapıldığı anlaşılmaktadır.

Davacının hamile olduğu dönem bakımından hamileliğin iş görülmesine her zaman engel olması mümkün olmamakla birlikte, bu sırada hizmetin kimin tarafından görüldüğünün belirlenmesi gerekir. Zira (B)'nin sözleşmeyi imzaladığı tarihte Alsancak'ta bir güvenlik firmasında çalıştığı tartışma dışıdır. (B)'nin bu güvenlik firmasındaki çalışma saatleri ve çalışma şekli konusunda belirleme yapılması gerekmektedir. Ancak bu şekilde davacının eşinin eylemli olarak sözleşmede belirlenen hizmetleri yerine getirip getiremeyeceğinin belirlenmesi mümkündür.

Borçlar Kanunu'nun 320. maddesine göre sözleşmeden veya halin icabından aksi anlaşılmadıkça işçinin taahhüt ettiği iş görme borcunu bizzat kendisi ifaya mecbur olup başkasına devredemez. Ne var ki, Yasa'nın sözü edilen maddesinde öngörülmüş olan işçinin işi bizzat yapmasına ilişkin kural emredici olmayıp tamamlayıcı nitelikte olduğundan aksi kararlaştırılacağı gibi halin icabından da iş görme borcunun başkasına yaptırılmasının mümkün olabileceği sonucuna varılabilir. Kapıcılık sözleşmesinde kapıcının iş görme borcunu bizzat ifa edeceği gibi sürekli olmamak koşulu ile başkası tarafından da ifa edilmesi mümkündür. Kaldı ki apartmanın kapasitesi ve günlük kapıcılık hizmetlerinin alacağı zaman nazara alındığında, (B)'nin başka işlerde çalışmasının kapıcılık hizmetlerine engel teşkil edip etmeyeceği araştırılmalıdır. Öte yandan konutların kapıcılık hizmetleri genelde kapıcının tüm aile fertlerinin (karı veya koca ve çocukların) katkıları ile yürütülmekte olduğu da bir gerçek olup, (A)'nın yaptığı hizmetlerin eşine yardım niteliğinde olup olmadığı da bilinmelidir.

Tanıklar, davacının çalıştığını iddia edilen dönemde hamile olduğunu ve daha sonra doğum yaptığını, küçük bebeğinin bulunması sebebi ile iddia edilen işleri yapmasının mümkün olmadığını belirttiklerinden, esasen yazılı sözleşme-

de kararlaştırıldığı gibi, fiilen çöp toplama, temizlik, kalorifer yakma işinin davacının eşi tarafından yürütüldüğünün kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple (A)'nın açtığı davanın reddedilmesi gerektiği söylenebilecektir.

II. İŞÇİ KAVRAMI

A. İşçi Sıfatı

OLAY

(A), (Y) Teknoloji A.Ş.'de 24.03.1998 tarihinde dış ticaret müdürü sıfatıyla çalışmaya başlamış, 2002 yılında (A)'nın %96 hissesine sahip olduğu bir Ltd.Şti. kurulmuş ve (A)'nın sigortalılık kaydı da bu şirkete alınmıştır. (A) her iki şirketin işlerini birlikte yürütmüştür. (A), (T) Ltd. Şti.'nin 3840 hissesine sahiptir ve şirketin diğer ortağının hisse senedi sayısı 160'tır. (A) 14.06.2004 tarihli karar ile Ltd. Şti. müdürlüğüne atanmıştır. 14.10.2005'te alınan bir kararla da (A)'nın şirket müdürlüğünün devamına karar verilmiştir. 19.02.2008 tarihli Ticaret Sicil gazetesi kayıtlarından anlaşıldığı üzere, (A) (T) Ltd. Şti.'deki toplam 3840 adet hisseyi devretmiştir.

(A) 19.07.2007 tarihinde emekli olmuş ve işçilik alacaklarını (Y) Teknoloji A.Ş.'den talep etmiştir. Ödenmemesi üzerine dava açmıştır. Ancak (A)'nın emekli olduğuna ilişkin dosyada Sosyal Güvenlik Kurumu'nca düzenlenen herhangi bir belge bulunmamaktadır. Yapılan yargılamada (A) emeklilik sebebiyle sözleşmenin feshini iddia ederken, (A)'nın tanıkları davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği iddiasındadırlar.

SORULAR

1. (A)'nın işçi sıfatına sahip olup olmamasına bağlı olarak kıdem ve ihbar tazminatı talep edip edemeyeceğini belirleyiniz.
2. (A) sigortalı sayılır mı? Neden?

CEVAPLAR

1. Limitet Şirket ortağının şirketteki çalışması karşılığında kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücreti talep edilmesi nedeniyle açılan davada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu şu sonuca varmıştır: *Bir limitet şirket ortağı kural olarak kendi adına bağımsız çalışan kişi kabul edilir ve işçi statüsünde sayılmaz. Zira bir kişinin hem kazanç sağlayan bir şirketin ortağı hem de bu şirketin işçi statüsünde çalışanı kabul edilmesi mümkün değildir. Başka bir anlatım ile işverenlik ile işçi statüsünün aynı kişide birleşmesi yasalarca mümkün bulunmamaktadır. Ne var ki, kural belirtilen şekilde olmakla birlikte, iş hayatında ayrık durumların ortaya çıkması*

mümkündür....Sembolik sayılabilecek bir oranda limitet şirket ortağı olarak gözükmesine karşın ..... hizmet akdine göre çalıştığı belirlendiği taktirde.... İşçi sayılır. Davacının her ne kadar işçi statüsünde olduğu ileri sürülmekte ise de, ortağı olduğu limitet şirkette %25 gibi önemli bir pay sahibi bulunmaktadır. Davacının çalışma biçimi ve bunun karşılığında aldığı ücret ile şirket ortağı olarak sağladığı kazanç ve kar durumu, sahip olduğu hisse oranı, şirketteki konumu karşılaştırılmalı ve sonuçta limitet şirket ortaklığı ekonomik yaşamında baskın çıktığı taktirde, davacının işçi statüsünde bulunmayıp, tamamen ticari amaçla kazanç sağlayan ve bağımsız çalışan bir kişi olduğu kabul edilmeli ve dava reddedilmeli, aksine hizmet akdi altında bağımlı ve ücrete göre çalışmasının egemen olduğu sonucuna ulaşıldığında işçi sayılarak, buna bağlı hakları kabul edilmelidir. (Yarg HGK 16.4.2003, 9-308/303, İşveren Dergisi, kasım 2003, s.15-16)

Somut olay bakımından (A), (T) Ltd. Şti. %96 hissesine sahiptir. 19.02.2008 tarihli Ticaret Sicil gazetesi kayıtlarından anlaşıldığı üzere, (A) (T) Ltd. Şti.'deki toplam 3840 adet hisseyi devretmiştir. Bütün bu hususların HGK kararında belirtildiği gibi birlikte değerlendirilmesi durumunda, (A)'nın (T) Ltd. Şti.'deki çalışmasında baskın unsurun serbest kazanç elde etmeye yönelik olduğu kabul edilmelidir. Bir kişi hem işveren hem işçi statüsünü aynı anda taşıyamayacağı için davacının işçi olarak nitelendirilmesi mümkün olamayacaktır. Kaldı ki (A)'nın bir an için işçi olduğu kabul edilse bile, davacı emekli olmak amacıyla işi bıraktığı iddiasındadır. Emekli olmak amacıyla iş sözleşmesinin feshi kıdem tazminatına hak kazandırır, ancak işçi ihbar tazminatı talep edemez. (A)'nın emekli olduğuna ilişkin dosyada Sosyal Güvenlik Kurumu'nca düzenlenen herhangi bir belge bulunmamaktadır. (A) emeklilik sebebiyle sözleşmenin feshini iddia ederken, (A)'nın tanıkları davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği iddiasındadırlar. Bu bakımdan (A)'nın samimi olmadığı ve emeklilik amacıyla sözleşmeyi feshettiği hususunu kanıtlayamadığı kabul edilmesi gerektiği için de, (A) kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

Buna karşılık (A)'nın (Y) Teknoloji A.Ş.'de çalışmasının ne şekilde sona erdiği de açık değildir. (A)'nın bu dönemde iş sözleşmesi ile çalıştığı iddia edilmiş, (T) Ltd. Şti.'nin kurulmasından sonra (A)'nın kayden sigortalılığının bu şirkete aktarıldığı iddiası mevcuttur. Ancak, (A)'nın rızası ile yani istifa yolu ile bir geçiş mevcut ise (A) bu döneme ilişkin de kıdem tazminatı talep edemeyecektir. Buna karşılık istifa değil de, işveren tarafından gerçekleştirilen bir feshin varlığının bulunması durumunda, (A) bu döneme ilişkin olarak kıdem ve ihbar tazminatı talebinde bulunabilecektir.

2. Ticaret şirketlerinin ortak, müdür, denetçi ve yönetim kurulu üyelerinin 506 sayılı Kanun döneminde, bu Kanun'un 2. maddesi anlamında sigortalı sayı-

lıp sayılmayacakları, uygulamada duraksamalara ve pek çok yargı kararına konu olmuştur. Kural olarak şirket ortakları ile şirket arasındaki ilişki hizmet sözleşmesine dayanmaz, bu nedenle bunlar sigortalı kabul edilemezler. Limited şirket ortağına şirketi temsil ve idare yetkisi verildiği zaman, bunlarla şirket arasındaki ilişki iş sözleşmesine dayanmadığı için bunlar 506 sayılı Kanun anlamında sigortalı kabul edilemezler.

Yargıtay limited şirkette ortak olan ve aynı zamanda müdürlük görevini yerine getirenleri, kural olarak sigortalı kabul etmemektedir. Ancak istisnai durumlarda, özellikle de dürüstlük kuralına aykırılığın söz konusu olduğu hallede farklı kararlar verebilmektedir. Gerçekten, Kurum uygulamada bazen şirket ortağı sıfatını taşıyanları sigortalı tescil etmekte ve bunlardan bazen 20 yıl gibi uzun bir süre sigorta primi tahsil etmektedir. Yaşlılık aylığı talebi aşamasında ise anılan sigortalılığı iptal yoluna gitmektedir. Yargıtay, sigortalıyı korumak düşüncesi ve Kurumun davranışının dürüstlük kuralına (MK m.2) aykırı bularak anılan kimseleri, yukarıda belirttiğimiz esaslara aykırı da olsa sigortalı kabul etmektedir.

Bu nedenle (A) her ne kadar limited şirket ortağı olduğu dönemde sigortalı olarak gösterilmişse de, sigortalı gösterilmesi ona işçi sıfatı kazandırmayacağı gibi, yaşlılık aylığı bağlanmamışsa Kurum'un hatasını fark etmesi durumunda, (A)'nın bu döneme ilişkin sigortalılığını iptal etmesi mümkün bulunmaktadır.

B. Geçici İşçi

OLAY

Davacı vekili dilekçesinde davacının ilk işe girdiği 1999 tarihinden, iş akdinin işverence feshedildiği 29.06.2008 tarihine kadar (H) Belediyesi'nde belirsiz süreli iş akdi ile işçi olarak çalıştığını, (H) Belediyesi'nin 5747 sayılı Yasa gereğince 29.03.2009 tarihinde (Ç) Belediyesi'ne katılarak tüzel kişiliğini yitirdiğini, bu nedenle işbu davanın (Ç) Belediye Başkanlığı'na açıldığını, davacının iş akdinin feshedildiği tarih olan 29.06.2008 tarihinde (G)sendikası bünyesinde ve bu tarihte (G)sendikası ile (H) Belediye Başkanlığı arasında imzalanan ve işyerinde yürürlükte bulunan 01.01.2008-31.12.2008 tarihli Toplu İş Sözleşmesinden yararlandığını, bu nedenler davacı işçinin alacaklarının hesabında bahsi geçen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin esas alınması gerektiğini, toplu iş sözleşmesinin 24. maddesi gereğince davacı işçinin 24 haftalık ücreti tutarında ihbar tazminatı alacağı, 27. maddesi gereğince de her kıdem yılı için 70 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı alacağı bulunduğunu iddia etmiş ve fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak üzere kıdem tazminatı alacağına mahsuben 2.000.-TL, ihbar tazminatı alacağına mahsuben 2.000.-TL olmak üzere toplam net 4.000.-TL alacağın tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde dava dilekçesi davalı idareye tebliğ edildikten sonra, Belediye insan kaynakları ve Eğitim Müdürlüğü'nden dava konusuyla ilgili bilgi ve belgelerin istendiğini Müdürlükçe gönderilen 08.01.2010 tarihli yazıdan davacının Belediye Meclisinin 6 aydan az sürelerle verdiği vizeler çerçevesinde 5 ay 29 günü geçmemek üzere geçici işçi statüsünde çalıştığının bildirildiğini, belirli süreli iş akdinin 31.12.2008 tarihinde davacı ile (H) Belediyesi arasında akdedildiğini, davacının da aralarında bulunduğu 12 adet işçinin 2009 yılında 5 ay 29 gün süre ile istihdam edilmesi için (H) Belediye Meclisi'nce, 01.12.2008 gün ve 28 sayılı kararı ile kararlaştırıldığını, davacının iş akdinin feshedildiği tarihe kadar "geçici statüde ve belirli süreli iş akdiyle" (H) Belediyesi'nde çalıştığını, toplu iş sözleşmesinin 22. maddesinin I/1-b bendinde "İşçilerin normal olarak belirli süreli akitlerde sürenin bitiminde işverence" işten çıkarılabileceğinin hükme bağlandığını, yine toplu iş sözleşmesinin 24. maddesinde ise "Bildirimli fesih yoluyla işine son verilecek işçiye işçinin iş akdinin 6 aydan az sürmesi halinde 12 hafta ihbar öneli ödeneceği" 27. maddesinde ise "her kıdem yılı için 70 günlük ücret tutarında kıdem tazminatı ödeneceği "kararlaştırıldığını, 4857 sayılı Kanun'un 11. maddesi "iş ilişkisinin belirli bir süreye bağlı olarak yapılmadığı sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağını", "Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesinin ise belirli süreli iş sözleşmesi sayılacağını" öngördüğünü, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça birden fazla üst üste yapılamayacağını esas aldığını, kıdem tazminatının düzenlendiği 1475 sayılı Kanun'un 14. Maddesinin 5. fıkrasında işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi iş akdinin devamı süresince her geçen tam yıl şartına bağlandığını, bu sebepler davacı vekilince istenen 24 haftalık ihbar tazminatının hukuksal dayanağı olmadığını, davacının 5 ay 29 gün çalıştığını, TİS'in 24. Maddesi gereğince bu tazminatı alabilmesinin mümkün olmadığını, belirli süreli iş akdiyle çalıştığından ihbar tazminatına hak kazanamayacağını, davacının iş akdinin 1 yılın altında olması sebebiyle kıdem tazminatı talep hakkı olmadığını, işçilerin Harmandalı Belediyesi tarafından her yıl belirli dönem çalıştırılması gerektiğinden esaslı nedenin varlığı söz konusu olması sebebiyle zincirleme iş sözleşmesi olmadığını savunmuştur.

Yargılama esansında şu deliller ve tespitlerde bulunulmuştur:

1- (Ç) Belediye Başkanlığı İnsan Kaynakları ve Eğitim Müdürlüğü'nün 08.01.2010 tarihli yazısından davacının Belediye Meclisinin 2008 ve 2009 yıllarında 6 aydan az sürelerle verdiği vizeler çerçevesinde 5 ay 29 günü geçmemek üzere geçici işçi statüsünde çalıştığı,

2- Davacı ile davalı belediye arasında 31.12.2008 tarihinde 01.01.2009 başlangıç tarihli belirli süreli iş sözleşmesi imzalandığı, ücretin brüt 1.500.-TL olarak kararlaştırıldığı,

3- (H) Belediye Başkanlığı Meclis Kararına göre belediyede mevcut çalışan 20 geçici işçinin 2008 yılında 5 ay 29 gün çalıştırılmasına oy birliğiyle karar verildiği,

4- SGK Hizmet Dökümünden (H) Belediyesi'ne ilk işe giriş tarihinin 11.05.1999 işten çıkış tarihinin 29.06.2008 olduğu ve 03.07.2008 – 30.11.2008 tarihleri arasında (U) İnş. Mimarlık Tem. Tur. ve Tic Ltd. Şti.'de çalıştığı

5- 29.06.2008 tarihinde iş sözleşmesi feshedilen 12 işçinin tamamının 03.07.2008 tarihi itibarıyla (U) Ltd. Şti tarafından çalıştırılmaya başlandığı, (U) Ltd.Şti kendi kadrosunda olup da çalıştırdığı başka işçisinin bulunmadığı ve bu şirketin belediyenin park, bahçe, temizlik işlerini yürüttüğü da anlaşılmaktadır.

6. Hizmet cetveli uyarınca aylık kazancı aslı işveren olan Belediye'de çalışırken son olarak 934, 89 TL iken, alt işveren olan (U) Ltd. Şti' de ise aylık kazancı 638,70 TL olarak bildirilmiştir.

SORULAR

1. 5620 sayılı (Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun) belediye ve bağlı kuruluşlarda çalışanlar yönünden ne gibi hukuki düzenlemeler içermektedir?
2. Davacı işçinin durumu bu Kanun hangi maddesi kapsamına girmektedir?
3. Davacının (U) şirketindeki çalışmasını değerlendirip, sözleşmenin hangi tarihte sona ermiş sayılması gerektiğini belirleyiniz.

CEVAPLAR

1. Kanun' un 1. maddesinin (c) bendi gereğince, İl Özel İdareleri, Belediyeler, bunların kurdukları veya üye oldukları Mahalli İdare Birlikleri ile Müessese ve İşletmelerinde (Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş olan şirketler hariç) ve Belediyelerin bağlı kuruluşlarında,

2006 yılı içerisinde usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay ve daha fazla süre ile çalışmış olan geçici işçilere sürekli işçi kadrolarına veya istekleri halinde sözleşmeli personel pozisyonlarına atanma hakkı tanınmıştır. 2005 ve 2006 yıllarında aynı şartlarda çalışmakla birlikte askerlik, doğum veya sağlık kurulu raporu ile belgelendirilen sağlık sorunları nedeniyle iş sözleşmeleri askıda kalanlarda kapsama dahildir.

2. Kanunun 1. maddesinin (c) bendine belirtilen kurum ve kuruluşlarda çalıştırılanlardan,

a. 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun 49. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen görevlerde çalışmakta olup, bu görevlere ilişkin olarak norm kadro çerçevesinde ihdas edilmiş olan kadro unvanlarına atanabilmek için gerekli şartları taşıyanlar, istekleri halinde 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (B) fıkrası hükümleri uyarınca sözleşmeli personel pozisyonuna geçirileceklerdir.

b. Norm Kadro çerçevesinde ihdas edilmiş kadro unvanlarına atanabilmek için gerekli olan şartları taşımayanlar ile durumuna uygun boş kadro olmayanlar sürekli işçi kadrolarına atanacaklardır.

c. Aynı kadro unvanı esas alınmak suretiyle sözleşmeli personel statüsüne geçirilmesi gerekenlerin sayısının boş kadro sayısından fazla olması halinde; sözleşmeli personel statüsüne geçirilecekler, geçici işçi statüsünde çalışanların kıdemleri, eğitim durumları, ihtisas alanları ve hizmet ihtiyaçları birlikte değerlendirilerek İl Genel Meclisleri, Belediye Meclisleri veya bağlı idare yönetim kurulu ile birlik meclisleri tarafından tespit olunacaktır

3. Kanunun 1. maddesi kapsamındaki idare kurum ve kuruluşlarda çalışan geçici işçilerden, bu kanunun yayımı tarihi itibariyle, ***bağlı bulundukları sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlardan kadınlarda 56, erkeklerde 58 yaşını doldurmuş olanlar*** sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli işçi statüsüne geçirilmeyeceklerdir. Bunların iş sözleşmeleri tüm yasal hakları ödenmek suretiyle sona erdirilecekti

4. Kanun kapsamında olup, geçici iş pozisyonunda çalışan işçilerin sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeleri sırasında öncelikli olarak ilgili idare, kurum ve kuruluşların mevcut boş sürekli işçi kadroları veya sözleşmeli personel pozisyonları ile sözleşmeli personel çalıştırılmasına esas alınan norm kadrolardan boş olanlar kullanılacaktır. Bunların yeterli olmaması halinde yeteri kadar sürekli işçi kadrosu veya sözleşmeli personel pozisyonu vize edilecektir.

Kanunun, 1. maddesinin c. bendinde yer alan kurum ve kuruluşlardaki (belediyeler vs.) sürekli işçi sayısının norm kadrosunda yer alan sürekli işçi kadro sayısını aşması halinde aşan sayı kadar sürekli işçi kadro sayısı ilgili kurumun norm kadro sayısına ilave edilmiş sayılacaktır.

5. Sürekli işçi kadrosuna geçirilen işçilerin ilgili idare, kurum veya kuruluşlarca Türkiye İş Kurumuna tescilleri yaptırılacaktır. İşçilerin, ilgili idare, kurum ve kuruluşlarda 2006 yılı içerisinde toplam 6 ay ve daha fazla sürelerle vizeli

geçici iş pozisyonlarında işçi olarak çalıştığının belgelenmesi amacıyla, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79. maddesi uyarınca Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilen aylık prim ve hizmet belgelerinin resmi onaylı örnekleri Türkiye İş Kurumuna ibraz edilecektir. (***Usulüne uygun olarak vize işlemi yapılmadan çalışanlar/çalıştırılanlar hakkında yukarıda 1.b-c deki açıklamalara bakınız.***)

6. Geçici işçilerin sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçiş işlemleri bu kanunun yayımı tarihinden itibaren 6 ay içerisinde tamamlanacaktır.

7. Sözleşmeli personel statüsüne geçirilenlere iş mevzuatına göre herhangi bir tazminat ödenmeyecektir. Bu personelin, önceden kıdem tazminatı ödenmiş süreleri hariç kıdem tazminatına esas olan toplam hizmet süreleri 657 Sayılı Kanunu'nun 4. maddesinin (B) fıkrasında belirtilen iş sonu tazminatına hak kazanmada ve hesabında dikkate alınacaktır.

8. İşçilerin geçici iş pozisyonlarından sürekli iş pozisyonuna geçirilmiş olmalarından dolayı mevcut ücret düzeylerinde diğer mali ve sosyal haklarında artış yapılmayacak ve ücret skalaları değiştirilmeyecektir. Bu işçilere, 2007 yılı ve sonraki yıllardaki toplu iş sözleşmeleriyle belirlenecek ücret artışları uygulanacaktır.

9. Kanunun yayımı tarihinden itibaren, kanun kapsamındaki idare kurum ve kuruluşlarda geçici iş pozisyonlarında işçi çalıştırılamayacaktır.

Ancak, mevsimlik ve kampanya işleriyle orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde bir mali yılda 6 aydan az olmak üzere vize edilecek geçici iş pozisyonlarında işçi çalıştırılabilecektir. Bu şekilde çalıştırılacak işçiler için her mali yılda,

a. 1. maddenin (a) bendinde belirtilen idarelerce Maliye Bakanlığından,

b. 1. maddenin (b) bendinde belirtilen kuruluşlarca, Hazine Müsteşarlığının onayı üzerine Devlet Personel Başkanlığından,

c. Belediyeler ile bunların müessese ve işletmelerinde, mahalli idare birliklerinde, belediye ve bağlı kuruluşlarıyla mahalli idare birlik norm kadro ilke ve standartlarına dair yönetmeliğin 24. maddesi çerçevesinde yetkili meclislerinden geçici iş pozisyon vizesi alınması zorunludur. Vize işlemi yapılmaksızın geçici işçi çalıştırılamaz ve herhangi bir ödeme yapılamaz.

10. Kanunun 1. maddesinde belirtilen şartları taşımadıkları için sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçişi yapılamayan ve bu kanunun 3. maddesi kapsamına (Mevsimlik ve kampanya işleriyle, orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde) girmeyen geçici işçiler,

İlgili idare kurum ve kuruluşlarca bir mali yılda 6 aydan az olmak üzere usulüne uygun olarak vizesi yapılacak geçici iş pozisyonlarında çalıştırılmaya devam olunabilecektir.

11. Kanunun 4.a. maddesi gereğince 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (B) fıkrası gereğince, sözleşmeli personel seçiminde uygulanacak sınav ile istisnaları, bunlara ödenebilecek ücretlerin üst sınırları ile verilecek iş sonu tazminatı miktarı, kullandırılacak izinler ve bu hususlara ilişkin esas ve usuller Bakanlar Kurulunca kararlaştırılacaktır

Kanunun 1. maddesinde belirtilen şartları (2006 yılı içerisinde usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay ve daha fazla süre ile çalışmış olma) şartları taşımadıkları için sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçişi yapılamayan ve bu kanunun 3. maddesi kapsamına girmeyen geçici işçilerden ve sözleşmeli personel statüsüne geçmeyi kabul etmeyenlerden, bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazananların iş sözleşmeleri tüm yasal hakları ödenmek suretiyle sona erdirilecektir.

2. Uyuşmazlık konusu olayda, davacı bu yasanın çıktığı tarihe kadar toplu sözleşmeye tabi işçi olarak çalışmıştır. Davacı işçi geçici işçi olmadığı için sürekli işçi kadrosuna geçirilme yönünde herhangi bir işlem yapılmamıştır. Davacı işçiye sözleşmeli personel olarak çalıştırılması yönünde bir tebligat yapıldığı da dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Özetle davacı işçinin çalıştığı Belediyede," geçici işçilerin sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçiş işlemleri bu kanunun yayımı tarihinden itibaren 6 ay içerisinde tamamlanacaktır hükmüne uygun olarak" tamamlanması gerekirken, davacı işçi bakımından, bu yükümlülüğün yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacı işçinin durumu kanunun **GEÇİCİ MADDE 1- "1) Bu Kanunun 1'inci maddesinde belirtilen şartları taşımadıkları için sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçişi yapılamayan ve bu Kanunun 3'üncü maddesi kapsamına girmeyen geçici işçiler, ilgili idare, kurum ve kuruluşlarca bir malî yılda 6 aydan az olmak üzere ve bu Kanunun 3'üncü maddesinde belirtilen usûle göre vizesi yapılacak geçici iş pozisyonlarında çalıştırılmaya devam olunabilir"** hükmüne uygun hale gelmiştir. Nitekim 01.12.2008 tarihli meclis kararı ile davacının da aralarında bulunduğu 12 işçinin 5620 sayılı kanunun geçici 1. maddesine istinaden 2009 yılında 5 ay 29 gün çalıştırılmasına karar verilmiş ve taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi imzalanmıştır. Ancak 29.06.2008 tarihinden sonra davacının davalı Belediyede çalışmadığı, aksine 03.07.2008 tarihinden itibaren 31.12.2008 tarihine kadar dava dışı (U) Ltd. Şti'de çalıştığı, bu şirketin belediyenin park, bahçe, temizlik işlerini yürüttüğü anlaşılmaktadır.

3. Davacı işçinin (U) Ltd Şti'deki çalışmasının da değerlendirmeye tabi tutulması durumunda, şu değerlendirmeler yapılabilecektir: İşverenlerin muvazaalı Alt işveren ilişkisini önlemeye yönelik İş K.2.m.son fıkrasında yer alan sınırlamaya göre **"asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırmaya devam ettirilmesi sureti ile hakları kısıtlanamaz".** Bu hükümle getirilen sınırlama asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmaması değil, işe alınan bu işçilerin haklarının kısıtlanamamasıdır. Yargıtay da verdiği kararlarla bu yöntemle alt işverene iş verilmesini muvazaalı işlem olarak değerlendirmektedir. Yüksek Mahkemeye göre "davacının davalı Belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi gün taşeron şirket tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. 4857 s. Kanunun 2/VII maddesi uyarınca, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırmaya devam ettirilmesi sureti ile hakları kısıtlanamayacağından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacaktır". Davacının hizmet cetveli uyarınca aylık kazancı aslı işveren olan Belediye'de çalışırken son olarak 934, 89 TL iken, alt işveren olan (U) Ltd. Şti' de ise aylık kazancı 638,70 TL olarak bildirilmiştir. Dolayısı ile davacı işçinin kazancında bir azalma söz konusu olduğu gibi, davacının alt işveren tarafından çalıştırılması ile yapılmakta olan toplu iş sözleşmesinden de yararlanmasının önüne geçilmiştir. Bununla beraber yüksek Mahkeme işçilerin büyük çoğunluğunun alt işveren işçisi olması halinde muvazaadan söz edilemeyeceğini karara bağlamıştır.

29.06.2008 tarihinde iş sözleşmesi feshedilen 12 işçinin tamamının 03.07.2008 tarihi itibarıyla (U) Ltd. Şti tarafından çalıştırılmaya başlandıkları anlaşılmaktadır. (U) Ltd. Şti kendi kadrosunda olup da çalıştırdığı başka işçisinin bulunmadığı gelen SGK kayıtlarından da anlaşılmaktadır.

Yarg 9 HD E.2006/ 11741, K.2006/14066 sayı ve 15.05.2006 tarihli kararında belirtildiği gibi, "*büyük çoğunluğu kendi işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumu işlemi muvazaalı hale getirmemelidir. Bu durumda, işe alınan az sayıdaki asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanmış olmasının da sonuca etkili olmayacağı düşünülmelidir. Bu nedenle öncelikle, dava dışı firma tarafından davalıya ait üstlendiği işte çalıştırdığı işçilerin kaç tanesinin kendi kadrosundan olduğu, kaç tanesinin de daha önce bu işte çalıştırılan asıl işveren işçisi olduğu belirlenmeli ve sonucuna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı saptanmalıdır.*"

Uyuşmazlık konusu olayda alt işveren tarafından çalıştırılan işçilerin tamamının asıl işvenin işçileri olması nedeniyle İş K.2/VII maddesinde getirilen

yasağa aykırılık söz konusudur. Bu nedenle (U) Ltd. Şti çalıştırılan işçilerin tamamının asıl işveren işçisi kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

C. İşyeri Hekiminin İşçi Sayılıp Sayılmayacağı

OLAY

(A) A.Ş'de 01.11.2000 tarihinden beri işyeri hekimi olarak çalışan (H)'ye işveren tarafından önce 18.01.2005 tarihli ihtarname keşide edilerek, "***13 Ekim 2004'te şirketimizin ücret politikası gereği yeni çalışma şartlarımız tarafınıza bildirmiş ve 31 Aralık 2004 sonuna kadar size yeni şartları değerlendirmeniz için süre vermiştik. Ancak 22 Kasım 2004 tarihinde Yönetim Kurulu başkanımıza gönderdiğiniz yazıdan söz konusu şartları kabul etmediğiniz anlaşılmaktadır. 22 kasım 2004 tarihinden bugüne kadar sizinle beraber çalışmamızı sürdürebilme konusunda gösterdiğimiz tüm çabalar sonuçsuz kalmıştır***" ve **25.01.2005 tarihli Karşıyaka 5 Noterliğinden çekilen ihtarnamede bu kez "*öncelikle sektörümüzde dolayısıyla şirketimizde de gelişen bir takım olumsuz gelişmeler sonucunda 2005 yılında yeni yapacağımız sözleşmede ücretinizi önceki yıla göre daha düşük olacağından*"** söz edilerek (H)'nin daha önce Türk Tabipleri Birliği tarafından düzenlenen tarife uyarınca 914,00 TL olan ücretinin 600,00 TL indirilmesi teklifi yapılmıştır. H'nin sözü edilen indirimi 19.01.2005 tarihinde kabul etmediğini yazılı olarak işverene bildirmiştir. Bunun üzerine işveren, H'nin iş sözleşmesi işveren tarafından 19.01.2005 tarihinde feshedilmiştir. Fesihten sonra H yasal süre içerisinde İş Mahkemesinde işe iade davası açmıştır. İşveren ise, H'nin işçi olmadığını, imzalanan sözleşmenin iş sözleşmesi olmadığını, çalışmanın 2368 s. Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esasları Hakkında Kanun kapsamında gerçekleştiğini, H'nin aynı zamanda kamuda çalışan hekim olması nedeniyle işe iade davası açamayacağını belirtmiştir.

SORULAR

1. İşyeri Hekimi olan H işçi sayılır mı?
2. İşveren tarafından davacının iş sözleşmesinin feshi bakımından geçerli sebep gösterildiğini kabul etme olanağı var mıdır?

CEVAPLAR

1. Davalının taraflar arasında imzalanan sözleşmenin iş sözleşmesi olmadığını ve ayrıca davacının 657 sayılı Kanuna göre çalışıyor olmasını gerekçe göstererek yaptığı itirazı kabul etme olanağı bulunmamaktadır. Aynı zamanda kamuda çalışan doktor olan davacının 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun kapsamındaki bir yetkiyi kullanıyor olması,

taraflar arasında imzalanan sözleşmeyi iş sözleşmesi ve davacının işçi şeklinde değerlendirilmesine engel değildir. İş K. m.8/1 göre, "***iş sözleşmesi bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir***". Bugün iş sözleşmesinin en belirgin özelliğini yansıtan bağımlılık unsuru, işyeri hekiminin, görevini bağımlılık unsuruna uygun olarak, işverenin gözetim ve denetimi altında ve özellikle işverene ait organizasyon içerisinde, onun yararına yapması, aralarındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı sonucunu doğurmaktadır.

2. Taraflar arasında ilk iş sözleşmesinin imzalandığı tarih olan 27.10.2000 tarihinde davalı işveren TTB Ücret Tarifesine göre ücret ödemeyi kabul etmiş ve fesih tarihine kadar, tarifedeki artışa uygun olarak davacının ücreti de arttırılmıştır. Son olarak davalının gönderdiği 18.01.2005 tarihli ihtarnamede, "***13 Ekim 2004'te şirketimizin ücret politikası gereği yeni çalışma şartlarımız tarafınıza bildirmiş ve 31 Aralık 2004 sonuna kadar size yeni şartları değerlendirmeniz için süre vermiştik. Ancak 22 Kasım 2004 tarihinde Yönetim Kurulu başkanımıza gönderdiğiniz yazıdan söz konusu şartları kabul etmediğiniz anlaşılmaktadır. 22 kasım 2004 tarihinden bugüne kadar sizinle beraber çalışmamızı sürdürebilme konusunda gösterdiğimiz tüm çabalar sonuçsuz kalmıştır***" denmektedir. Davalı davacıya ödemekte olduğu ücreti düşürmek isterken, davalı ücretinin düşürülmesini kabul etmemektedir.

Uyuşmazlık konusu davacı ile davalı arasındaki çalışma koşullarının değiştirilmesine ilişkindir. 4857 sayılı Yeni iş Kanunu konu ile ilgili 22 maddede düzenleme getirmiş bulunmaktadır: "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışama koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından 6 işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içerisinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ile 21 madde hükümlerine göre dava açabilir".

Davalı işveren, sözleşmenin esaslı unsurlarından ücret konusunda değişiklik yapmak istediğini davacıya 18.01.2005 tarihli yazı ile bildirmiş. Davacı 19.01.2005 tarihinde yazılı olarak yazıyı okuduğunu ve kabul etmediğini bildirmiştir. Bu nedenle bundan sonra davalıya düşen görev, değişikliğin geçerli nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli nedeninin bulunduğunu ispat etmektir. 25.01.2005 tarihli ihtarnamede davalı bu kez

"öncelikle sektörümüzde dolayısıyla şirketimizde de gelişen bir takım olumsuz gelişmeler sonucunda 2005 yılında yeni yapacağımız sözleşmede ücretinizi önceki yıla göre daha düşük olacağından" söz etmektedir. Davalı sektörde yaşanan olumsuz gelişmelerin ne olduğunu ve şirketini nasıl etkilediğini açıklamamıştır, dolayısıyla feshin geçerli nedene dayandığı konusundaki ispat külfetini yerine getirmemiştir. Bu durumda ileri sürdüğü gerekçe **"daha düşük ücretle işçi (işyeri hekimi) çalıştırma yoluna gideceği"** gerekçesi ile eş anlamlıdır. Bunun ise geçerli sebep oluşturmayacağı ortadadır.

D. Borçlar Kanuna Tabi İşçilerin Alacak Hakları

OLAY

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin 01/10/1997 tarihinden bu yana davalıya ait tavuk çiftliğinde idarecilik, yöneticilik, bekçilik gibi işlerde aylık 750 TL net ücretle çalıştığını, müvekkilinin çalıştığı işyerinin tavuk çiftliği olması sebebiyle işin niteliği gereği tam gün (24 saat) mesai yapmak zorunda kaldığını, müvekkilinin çalışmasının hafta sonları, bayram ve resmi tatillerde dahi kesintisiz olarak devam ettiğini, hatta müvekkilinin yılık izin dahi kullanmadığını, mesai mefhumu gözetmeksizin ve hiçbir fedakarlıktan kaçınmadan davalıya ait işyerinde çalışan müvekkilinin iş akdinin davalı tarafından hiçbir haklı sebep olmaksızın 13/10/2008 tarihinde haksız olarak feshedildiğini, müvekkilinin yaptığı iş her ne kadar tavuk çiftliğinde olsa da İş Kanunu hükümleri ve Yargıtay Kararlarına göre İş Kanunu kapsamında olduğunu, müvekkilinin işveren tarafından iş akdinin haksız olarak feshedilmesinden ötürü hak kazandığı yasal tazminatları, davalı işverenden hem sözlü hem de M Noterliğinden keşide edilen 12/01/2009 tarih ve 00945 yevmiye numaralı ihtarname ile talep etmişse de kendisine herhangi bir cevap verilmediğini ve herhangi bir ödeme de yapılmadığını, müvekkilinin iş akdinin hiçbir sebep bildirilmeksizin iş akdinin bildirimsiz olarak feshedildiğini, müvekkilinin kıdem-ihbar tazminatı, fazla çalışma-bayram ve resmi tatillerde çalışma ve yıllık kullanmayan izinlere ait ücretini almasının gerektiğini, fazlaya ilişkin her türlü alacak, dava ve talep hakkı saklı kalmak kaydıyla 1.000 TL kıdem tazminatı, 500 TL ihbar tazminatı, 500 TL fazla çalışma-resmi ve bayram tatillerinde çalışma, 500 TL yıllık izin ücreti alacağı olmak üzere toplam 2.500 TL alacağın faiziyle birlikte yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davalı taraftan tahsiline karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacının müvekkile ait tavuk çiftliğinde çalıştığı süre içinde kümesçi olarak tavukların yemlenmesi, bakımı, kümeslerin temizliği ve yumurtaların toplanması işlerini yaptığını, davalıya ait tavuk çiftliğinde en fazla 4 işçi çalıştığı dikkate alındığında bu işyerinin 4857 sayılı İş Kanu-

nu'nun kapsamında olmadığını, İş Mahkemeleri Kanunu madde 1'e göre davacının çalıştığı iş yerinin İş Kanunu kapsamında olmaması nedeniyle görevli mahkemenin İş Mahkemesi olmadığını, davanın görev yönünden reddinin gerektiğini, davacı tarafın iddialarının gerçekten ve iyi niyetten uzak olduğunu, davacının 01/11/1997-11/02/2005 tarihleri arasında kümesçi olarak çalıştığını, müvekkiline ait işyerinde 4 adet kümes bulunduğunu, her kümesin bir bakıcısının olduğunu, belli dönemlerde bazı kümeslerin boş kaldığını, kümeslerin boş kaldığı dönemlerde kümesçiye ihtiyaç duyulmadığını, kümeslerin tamamının dolu olduğu dönemlerde dahi çiftlikte çalışan sayısı toplam 4 olduğunu, toplam 4 kişinin çalıştığı ve çalışanların tamamının kümesçilik yaptığı bir çiftlikte ayrıca bir yönetici çalıştırılmasının işletmecilik kurallarına aykırı olacağını, işyerinde çalışanların çiftlikteki lojmanda ikamet ettiklerini, fiilen çiftlikte yaşanıyor olması nedeniyle çiftlikte ayrıca bir bekçi çalıştırılmasına ihtiyaç duyulmadığını, davacının bekçilik yaptığı iddiaların gerçekten uzak olduğunu, davacının 11/02/2005 tarihinde emekli olduğunu, emekli olduktan sonra müvekkile ait işyerinde çalışmadığını, davacının emekli olduğu tarihte müvekkile ait çiftlikte davacı ile birlikte damadı ve bir oğlunun da çalıştığını, davacının bu nedenle emekli olduktan sonra da ailesi ile birlikte lojmanda oturmaya devam ettiğini, davacın emekliliğinden sonra bakıcılığını yaptığı kümesin bir müddet boş kaldığını, kümes dolduktan sonra davcının diğer oğlunun da müvekkilinin yanında işe başladığını, müvekkilinin davacının Ekim/2008'de çiftlikte çalışanlardan birinin yakınıyla gayrimeşru ilişki kurduğunu öğrendiğini ve lojmanı boşaltmasını talep ettiğini, davacının emekli olduktan sonra da çalıştığını iddia etmesi ve iş akdine müvekkili tarafından son verildiğini ileri sürülmesinin iyi niyetten uzak olduğunu, davacının tavukların yemlenmesi, bakımı, kümeslerin temizliği ve yumurtaların toplanması işlerini yaptığını, bunun dışında davacıya başkaca bir iş yaptırılmadığını, haksız açılan davanın reddinin gerektiğini, yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davalı taraftan tahsiline karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

M 1. İş Mahkemesi E.2009/165, K.2011/292 sayılı ve 15.04.2011 tarihli kararı ile görevsizlik kararı vermiş olup, sözü edilen görevsizlik kararı Yargıtay 9 Hukuk Dairesinin E.2011/35703, K.34378 sayılı ve 03.10.2011 tarihli karar ile onanmıştır.

Davacının, davalı işyerinde 01.11.1997 tarihinde çalışmaya başladığı anlaşılmaktadır. Davacı, davalı işyerindeki çalışmasının, 13.10.2008 yılına kadar devam ettiğini ileri sürmüşse de, davalı tanıklarından İH davacının, 08:00-16:00 saatleri arasında haftada 7 gün çalıştığını bildiğini, öğle arası 45 dk kadar yemek molası olduğunu, davacının daha uzun çalışmış olabileceğini, ayda birkaç gün çalışmasının 18:30-19:00'lara kadar uzadığını bildiğini, bu takdirde sabah da işe geç başladığını, dini bayramlarda ve resmi tatillere genelde çalışıldığını,

çalışılan bu günler için ek ücret ödendiğini bildiğini, kendisinin çiftliğe 2-4 kez gittiğini, davacının lojmanın bir bölümünde kendisi ailesiyle kaldığını, bir bölümünü oğlu ve gelini, bir bölümünde de evlatlığının olduğunu, emekli olup ayrıldıktan sonra da lojmanı kullandıkları dönemde evlatlığın baldızıyla gayri resmi ilişkiye girdiğini ve bu nedenle çocuklarının olduğunu bildiğini, bu olay ortaya çıkınca lojmanı boşaltmak zorunda kaldığını belirtmiştir

Tanık KE beyanında, davacının, kendi eşinin teyzesinin kocası olduğunu, davacıyı tanıdığını, davacının 1997-2008 tarihlerinde tavuk çiftliğinde yönetici olarak çalıştığını ve aynı zamanda tavuklarla da ilgilendiğini, çiftlikte 6 kümesin olduğunu, davacının çocukları ve damadıyla birlikte çalıştığını, dışarıdan sadece 1 işçinin geldiğini, davacının çiftlikte ailesi ile birlikte lojman gibi bir evde kaldığını, davacının gece gündüz çalıştığını, gündüz tavuklarla gece de çiftlik içinde bulunan zeytin ve üzüm bağıyla ilgilendiğini, geceleri tavukların ve civcivlerin bakımıyla da ilgilendiğini, davacıya ait küçük bir yazıhanenin olduğunu, hesap kitap işlerini buradan takip ettiğini, davalının çiftliğe arada bir gelip bakınıp gittiğini, işlerin idaresini davacıya bıraktığını beyan etmiştir.

SGK Hizmet cetveli uyarınca, davacının davalı işyerinden 11.02.2005 tarihinde ayrıldığı ve 01.03 2005 tarihinde yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunduğu ve yaşlılık aylığı almaya başladığı anlaşılmaktadır. Davacının tanıklarından birisi eski eşi, diğeri ise eşinin teyzesinin kocasıdır. Bu sebeple davacı hizmetlerinin 01.11.1997-11.02.2005 tarihleri arasında gerçekleştiği kabul edilmiştir.

SORU

İş Mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi üzerine, talep edilen işçilik miktarlarını göz önüne alarak (davanın 2009 yılında açıldığını gözeterek), davanın hangi mahkemede açılması gerektiğini ve talep edilen işçilik alacakları bakımından Mahkemenin hangi kararı vermesi gerektiğini belirleyiniz.

CEVAP

2009 Yılında Sulh Hukuk Mahkemelerinin görevine ilişkin olarak kabul edilen parasal sınır 7.080,00 TL olarak kabul edildiğinden, davada talep edilen toplam miktarın 2.500,00 TL olduğundan, davada Sulh Hukuk Mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Davacının davalı işyerinde 01.11.1997 tarihinde çalışmaya başladığı anlaşılmaktadır. Davacı davalı işyerindeki çalışmasının, 13.10.2008 yılına kadar devam ettiğini ileri sürmüşse de, davalı tanıklarından İH, davacının 2005 yılında emekli olduğunu ve bundan sonra işyerinde çalışmadığını, onun yerine oğlunun çalışmaya başladığını, davacının işyerindeki lojmanda oğlunun da işyerinde çalışması nedeniyle oturmaya devam ettiğini beyan etmiştir.

SGK Hizmet cetveli uyarınca, davacının davalı işyerinden 11.02.2005 tarihinde ayrıldığı ve 01.03 2005 tarihinde yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunduğu ve yaşlılık aylığı almaya başladığı anlaşılmaktadır. Davacının tanıklarından birisi eski eşi, diğeri ise eşinin teyzesinin kocasıdır. Bu sebeple davacı hizmetlerinin 01.11.1997-11.02.2005 tarihleri arasında gerçekleştiği kabul edilmiştir.

Davacının yaptığı işin tarım işi olduğu ve bu nedenle davacının İş K.4 maddesi uyarınca İş kanunu kapsamı dışında kaldığı hususu kesinleşmiş yargı kararı ile tespit edilmiştir (M 1. İş Mahkemesi E.2009/165, K.2011/292 sayılı ve 15.04.2011 tarihli kararı ile görevsizlik kararı vermiş olup, sözü edilen görevsizlik kararı Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin E.2011/35703, K.34378 sayılı ve 03.10.2011 tarihli karar ile onanmıştır)

Dolayısıyla, davacıya İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı, davacının genel kanun niteliğindeki Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olması gerektiği kabul edilmelidir. Borçlar Kanuna tabi işçilerin ise İş Kanuna özgü düzenlemeler olan kıdem ve ihbar tazminatından yararlanmaları söz konusu değildir.

Fazla çalışma, genel tatil ve hafta tatili ücretlerine ilişkin taleplere gelince: İşçinin fazla çalışması, 818 sayılı BK m.329'da "fazla çalışma ücreti" kenar başlığı ile işverenin borçları arasında yer alırken, yeni kanunda işçinin borçları arasında düzenlenmiştir. 818 sayılı BK m.329'da fazla çalışmanın tanımına yer verilmemiştir. Fazla çalışmanın yapılması, işçinin bunu yapmaya gücü yetmesi ve işçinin fazla çalışmayı reddetmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olması halinde işçi için zorunlu olduğu öngörülmüştür[2]. "*Fazla çalışma borcu*" başlığını taşıyan yeni BK m.398'de ise öncelikle fazla çalışmanın tanımı yapılmıştır. Maddeye göre fazla çalışma, "*ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır*" (Ekmekçi, 2009, s 21). Ülkemizde bütün bireysel iş ilişkilerini kapsayan tek bir kanun mevcut değildir (Çelik, 2010, s 14). 4857 sayılı İş Kanunu bu konuda temel kanun olmakla beraber, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu bireysel iş ilişkilerini düzenleyen diğer önemli kanunlardır (Süzek, 2008, s.57). Öğretide 854 sayılı Kanun ve 5953 sayılı Kanunla 4857 sayılı Kanun arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmadığı, bu kanunlarda boşluk olan hallerde 4857 sayılı Kanuna değil, Borçlar Kanunu'na başvurulması gerektiği ifade edilmek-

---

[2] Madde 329 - Akit ile tayin edilen yahut adet mucibince icabeden iş miktarından ziyade bir işin ifasına zaruret hasıl olupta işçi, bunu yapmağa muktedir olur ve imtinaıda hüsnü niyet kaidelerine muhalif bulunursa cebrolunur.

İşçi, bu ziyade iş için fazla bir ücrete müstahak olur ve bu, mukavele edilen ücretle mütenasip bir suretle hususi haller nazara alınmak şartiyle takdir edilir.

tedir (Çelik, 2010, s.15; Ekmekçi, 2009, s.19; Yavuz, 2009, s.436). 4857 sayılı Kanun m.41'de fazla çalışma haftalık 45 saati aşan çalışma olarak düzenlenmiş, 854 sayılı Kanun m.26'da iş süresi günde 8, haftada 48 saat olarak belirlenmiş ve m.28'de bu süreleri aşan çalışmanın fazla çalışma olacağı öngörülmüş, 5953 sayılı Kanun ek madde 1'de çalışma süresi gece ve gündüz devrelerinde 8 saat olarak düzenlenmiş ve bu süreleri aşan çalışma fazla çalışma olarak nitelendirilmiştir.

Buna karşılık 818 sayılı Borçlar Kanunun 329 maddesinin ikinci fıkrası uyarınca fazla çalışma bakımından ***"İşçi, bu ziyade iş için fazla bir ücrete müstahak olur ve bu, mukavele edilen ücretle mütenasip bir suretle hususi haller nazara alınmak şartiyle takdir edilir"*** düzenlemesi yer almaktadır.

Davacı işyerinde 24 saat kaldığından bahisle fazla çalışma ücreti talebinde bulunmaktadır. Davalı tanıklarından İH davacının, 08:00-16:00 saatleri arasında haftada 7 gün çalıştığını bildiğini, öğle arası 45 dk kadar yemek molası olduğunu, davacının daha uzun çalışmış olabileceğini, ayda birkaç gün çalışmasının 18:30-19:00'lara kadar uzadığını bildiğini, bu takdirde sabah da işe geç başladığını, dini bayramlarda ve resmi tatillere genelde çalışıldığını, çalışılan bu günler için ek ücret ödendiğini bildiğini, kendisinin çiftliğe 2-4 kez gittiğini, davacının lojmanın bir bölümünde kendisi ailesiyle kaldığını, bir bölümünü oğlu ve gelini, bir bölümünde de evlatlığının olduğunu, emekli olup ayrıldıktan sonra da lojmanı kullandığı süreçte evlatlığın baldızıyla gayri resmi ilişkiye girdiğini ve bu nedenle çocuklarının olduğunu bildiğini, bu olay ortaya çıkınca lojmanı boşaltmak zorunda kaldığını belirtmiştir.

Tanık KE beyanında, davacının, kendi eşinin teyzesinin kocası olduğunu, davacıyı tanıdığını, davacının 1997-2008 tarihlerinde tavuk çiftliğinde yönetici olarak çalıştığını ve aynı zamanda tavuklarla da ilgilendiğini, çiftlikte 6 kümesin olduğunu, davacının çocukları ve damadıyla birlikte çalıştığını, dışarıdan sadece 1 işçinin geldiğini, davacının çiftlikte ailesi ile birlikte lojman gibi bir evde kaldığını, davacının gece gündüz çalıştığını, gündüz tavuklarla gece de çiftlik içinde bulunan zeytin ve üzüm bağıyla ilgilendiğini, geceleri tavukların ve civcivlerin bakımıyla da ilgilendiğini, davacıya ait küçük bir yazıhanenin olduğunu, hesap kitap işlerini buradan takip ettiğini, davalının çiftliğe arada bir gelip bakınıp gittiğini, işlerin idaresini davacıya bıraktığını beyan etmiştir.

Bu ifadeler birlikte değerlendirildiğinde, davacının işyerinde lojmanda kalması da dikkate alınarak BK.313 maddesinde tanımı yapıldığı üzere," ***Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder.***

Ücret, zaman itibariyle olmayıp yapılan işe göre verildiği takdirde dahi işçi muayyen veya gayri muayyen bir zaman için alınmış veya çalışmış oldukça, hizmet akdi yine mevcuttur; buna parça üzerine hizmet veya götürü hizmet denir". İşçinin işe gayrımuayyen bir zaman için işe alındığının, yani götürü hizmet ile çalıştığının kabul edilmesi halinde, davacının ayrıca fazla çalışma ve genel tatil ücreti talebinde bulunması mümkün olmayacaktır. Bunun Mahkemece kabul edilmemesi halinde ise davacının fazla ve genel tatil ücreti talebinde bulunabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Eski BK 329/2 fıkrasında **"İşçi, bu ziyade iş için fazla bir ücrete müstahak olur ve bu, mukavele edilen ücretle mütenasip bir suretle hususi haller nazara alınmak şartiyle takdir edilir."** demek suretiyle, fazla çalışma ücretinin işçinin aldığı ücrete orantılanmak sureti ile belirleneceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Bu anlamda genel tatildeki çalışmalar için ayrı bir düzenleme yapılmamış olup, bunun da fazla çalışma gibi nitelendirilmesi doğru olacaktır. Bu sebeple Hakim fazla çalışmalar bakımından takdir edeceği ücreti takdir etmekle özgür olmakla birlikte bu konuda yeni BK düzenlemesinden yararlanılmasının mümkün olabileceği görüşündeyiz.

Yeni BK m.398'de fazla çalışmanın işçinin rızasına bağlı olduğu ifade edildikten sonra, bu kuralın istisnasını teşkil eden ***"normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür"*** hükmü öngörülmüştür. Söz konusu hüküm 818 sayılı BK m.329/I'in sadeleştirilmiş bir dille kaleme alınmış şeklidir. Benzer bir düzenlemeye, daha kapsamlı şekilde 4857 sayılı İş Kanunu m.42'de de yer verilmiştir.

İşçinin fazla çalışma karşılığı hak edeceği ücret yeni BK m.402'de öngörülmüştür. 818 sayılı BK m. 329/II' de fazla çalışma ücretinin iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücrete oran kurularak ve özel durumlar göz önüne alınarak belirleneceği hükme bağlanmıştır. Yeni BK m.402/I'de ise, 4857 sayılı İş Kanunu m.41/II' ye paralel şekilde işverenin, fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretini en az yüzde elli fazlasıyla ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Davacı yıllık izin ücreti talebinde bulunmuştur. Borçlar kanunun İSTİRAHAT ZAMANLARI başlığını taşıyan 334 maddesi *"İş sahibi işçinin istirahati için mutat olan saat ve günlerde müsaade vermekle mükelleftir.*

İş sahibi, mukavelenin feshi ihbar olunduktan sonra başka bir iş araması için işçiye münasip bir zaman vermek mecburiyetindedir. Her halde mümkün olduğu kadar iş sahibinin menfaati gözetilmek lazımdır" şeklindedir. Burada da yıllık izin sürelerinin ne kadar olacağı konusunda düzenleme bulunmamak-

tadır. Mahkeme tarafından olayda, İş Kanuna tabi işçilerin kullanabilecekleri izin sürelerinin uygulanacağı kabul edilmesi halinde, davacının hak kazanabileceği yıllık izin süresi 6 yıllık hizmetinin karşılığı olup, 14 x 5=70 ve 1 x 20=20 gün olmak üzere toplam 90 gündür.

Bunun Mahkemece kabul edilmeyip, yeni BK. Hükümlerinin emsal alınması durumunda ise 422 maddeye uygun olarak, "İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür", hükmünün uygulanması ile davacı **6 x 14= 84 gün izin hakkına sahip olacaktır.**

III. İŞ KANUNUN KAPSAMINA GİREN İŞ VE İŞYERLERİ

OLAY

Davacı (M) (Y)'nin taksi durağında çalışan takside 15.04.2002-02.12.2010 tarihleri arasında şoför olarak çalıştığını, 02.12.2010 tarihinde haksız olarak işten çıkarıldığını, dava konusu takside limit usulü ile çalıştığını, günde 70.00TL'nı (Y)'ye verildiğini, geriye kalan ücretin hasılat olarak alındığını, bunun da ortalama günlük 30,00 TL ye tekabül ettiğini, mesainin her gün 15.00 da başladığını ve ertesi gün 06.00 kadar devam ettiğini, bu şekildeki çalışmanın dini ve milli bayramlarda sürdürüldüğünü, müvekkiline hiç yıllık izin kullandırılmadığını, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmiş olmasına rağmen, kıdem ve ihbar tazminatı ödemesi yapılmadığından bu davayı açma zorunluluğunun ortaya çıktığını belirtmiştir.

Davalı Y verdiği cevapta, (M)'nin iddia ettiği gibi 15.04.2002-02.02.2010 tarihleri arasında sürekli çalışması olmadığını, 01.04.2002-01.04.2007 tarihleri arasında davalıya ait taksiyi davacının kiralamak sureti ile işlettiğini, bu nedenle bu tarihler arasında işçi-işveren ilişkisinin doğmadığını, 02.04.2007 tarihinden sonra davacının davalının taksisinde sigortalı olarak çalışmaya başladığını, bu ilişkinin 10.02.2008 tarihine kadar devam ettiğini, davacının bu tarihte başka iş bulduğu için işten ayrıldığını ve ibraname verdiğini, 06.06.2008 tarihinde davacının tekrar davalı müvekkil yanında çalışmaya başladığını, ancak bu çalışmasının da 30.05.2009 tarihinde tüm hak ve alacakları ödenmek sureti ile sona erdiğini ve karşılığında ibraname alındığını, 01.07.2009 tarihinde davacının tekrar çalışmak istemesi üzerine çalışmaya başladığını ve bu çalışmasının 30.03.2010 tarihine kadar devam ettiğini, bu kez davacının kusuru ile sebebiyet verdiği plakaya yazılan trafik cezası tutanaklarını ödemeye yanaşmaması üzerine taraflar arasında tartışma çıktığını, ancak araya giren dostlar sayesinde barışmaları

üzerine davacının 05.04.2010 tarihinde tekrar çalışmaya başladığını, ancak 02.12.2010 tarihinden itibaren davacının işe gelmediğini, 06.12.2010 tarihinde İzmir 24 Noterliğinin ihtarnamesi ile mazeretini bildirmesinin istendiğini, davacının bu ihtarnameye cevap verdiğini ve işe gelmemesine davalının aracın anahtarını kendisinden almasını bahane ettiğini ancak müvekkilinin bir kez daha keşide ettiği ihtarname ile beş gün üst üste işe gelmemesi sebebi ile mazeret de bildirmediği göz önüne alınarak sözleşmeyi feshettiğini bildirdiğinden, haksız ve yersiz açılan davanın reddini talep etmiştir.

Ayrıca tanık anlatımlarında davalıya ait takside davacı dışında (S) isimli bir şoförün çalıştığı tespit olunmuştur.

SORU

İş Mahkemesi söz konusu uyuşmazlığı incelemek bakımından görevli midir?

CEVAP

İş kanunun 4. maddesinin 1. fıkrası gereğince "507 (şimdi 5362) sayılı Esnaf ve Sanatkarlar kanunu 2'nci (şimdi 3/a) maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde bu yasa uygulanmaz. Tanık anlatımlarından davalıya ait takside davacı dışında bir şoförün daha çalıştığı tespit olunduğuna göre iki kişinin çalıştığı bu işyerinin İş Kanunun kapsamına girip girmeyeceğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Zira İş K. 113 maddesi uyarınca bu yasanın ücretin ödenmesine (m.32), ücretin saklı kısmına (m.35), ücret hesap pusulasına (m.37) ve ücret kesme cezasına (m.39) ilişkin kuralları üç kişiden daha az işçi çalıştıran esnaf ve sanatkarlar işyerlerine de uygulanır. Ancak İş Kanunu'nun diğer hükümlerinin bu işyerlerinde çalışanlara uygulanması söz konusu değildir. Bu nedenle öncelikle davalıya ait taksi işletmeciliği faaliyetinin İş kanunu kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinin gerekli olduğu düşünülmektedir. Çünkü bu konu aynı zamanda Mahkemenin görev alanı ile de ilgilidir. Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının 1 bendi uyarınca, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanununun 2'nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde" bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca, işçi esnaf niteliğindeki işyerinde çalışıyor ve bu işyerinde çalışan işçi sayısı 3 ve daha az ise, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın iş mahkemesinde değil, görevli hukuk mahkemesine çözümlenmesi gerekir.

507 sayılı Kanunun 2. maddesinde "İster gezici olsun ister bir dükkân veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar ticari sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer ve gelenek ve teamülüne nazaran tacir

niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret ve sanayi odasına kayıtlan gerekmeyen, ayni niteliğe (sermaye unsuru olsun olmasına) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin 1. maddede belirtilen amaçlarla kuracakları dernekler bu kanun hükümlerine tabidir" denilmektedir.

507 sayılı kanun 21.06.2005 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5362 Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunun 76. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve maddenin 2. cümlesi ile diğer yasaların 507 sayılı yasaya yaptıkları atıfların 5362 sayılı yasaya yapılmış sayılacağı da açıklanmıştır. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanununun 4. maddesinde 507 sayılı yasaya yapılan atıf, 5362 sayılı yasaya yapılmış sayılmalıdır. Bahsi geçen yeni yasal düzenlemede esnaf ve sanatkâr tanımı değiştirilmiştir. Yeni yasanın 3. maddesine göre "Esnaf ve sanatkâr: İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri olarak belirtilmiştir. 507 sayılı yasada yazılı olan "geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin" sözcükleri yeni yasada yer verilmemiştir. Yeni yasanın düzenlemesi karşısında artık 21.06.2005 tarihinden sonra İş Kanunun kapsamını belirlerken, "geçimini münhasıran bu işten sağlama" ölçütü dikkate alınmamalıdır.

5362 sayılı yasadaki düzenleme ile esnaf ve tacir ayrımında başka kriterlere yer verilmiş olup, kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. 507 sayılı yasa döneminde esnaf sayılan kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni kriterler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını kabul etmektedir. Dairenin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır.

5362 sayılı yasanın 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkâr faaliyeti kapsamında kalan işyerinde 4857 sayılı yasanın 4/ı bendi uyarınca, üç kişinin ça-

lışması halinde bu işyeri iş kanunun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede, üç işçi yerine "üç kişi"den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dâhil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri, İş Kanununa tabi olacaktır.

Yargıtay 9 HD 10.02.2009 tarih ve E.2008/31388, K.2009/1886 sayılı kararında "*Somut olayda davacının davalıya ait ticari takside çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece takside çalışan işçi sayısı araştırılmış ve davalının geçimini sadece taksiden sağladığı belirlenerek davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir. Mahkemece 507 sayılı yasa yönünden gerekli araştırmaya gidilmişse de, daha sonra yürürlüğe girmiş olan 5362 sayılı yasa bakımından değerlendirme yapılmamıştır. Sözü edilen yasa bakımından esnaf kriterleri somut olaya özgü biçimde ele alınmalı ve davalının faaliyetinin esnaf kapsamında kalıp kalmadığı noktasında bir karar verilmelidir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir*" şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.

Açıklanan nedenlerle, uyuşmazlığa İş kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı, yürütülen faaliyetin İş Kanunu kapsamına girmesine bağlı olduğundan, Mahkemece bu konuda araştırma yapılması gerektiği düşünülmektedir. Ancak bu konuda yapılacak araştırma neticesinde, yürütülen faaliyetin İş Kanunu kapsamına girdiğinin belirlenmesinden sonra davacı tarafından talep edilen alacakların İş kanunu hükümlerine uygun olarak hesaplanması mümkün olacaktır.

OLAY

Davacı vekili müvekkilinin davalı dernekte 01/06/2006 da personel ve güreş antrenörü olarak işe başladığını, bu çalışmalarının iş akdinin feshedildiği 01/06/2012 tarihine kadar kesintisiz olarak devam ettiğini, müvekkilinin iş akdinin Türkiye Güreş Federasyonundan gelen talep ve istek üzerine izinli ve görevli olarak İ Büyükşehir Belediyesi Spor Kulübü Derneği'ni temsilen katıldığı İstanbul Sarıyerde Büyükler Greko-Romen Güreş A Milli Takım Hazırlık Kampı'nda iken 21/05/2012 tarihli ve 403 sayılı dernek yönetim kurulu kararı ile feshedildiğini, bu karara göre müvekkilinin davalı dernek ile ilişkisinin 01/06/2012 tarihi itibarı ile kesildiğinin belirtildiğini, bu fesih kararının müvekkiline 23/06/2012 tarihinde tebliğ edildiğini, müvekkilinin göreve başladığı ilk dönemde davalı derneğin yarışmalara katılacak bir takımı bile yokken müvekkilinin antrenörlüğü döneminde büyük aşamalar kaydedildiğini, kurulan güreş takımının Türkiye'nin en iyi üç takımından biri olduğunu, serbest ve greko-romen stillerde 1. ligde mücadele edilmeye başlanırken bayan güreş takımı ile de sürekli olarak şampiyonluklar kazanıldığını, takımın güreşçilerinin sürekli milli takım kamplarına çağrıldığını ve milli takımda uluslararası başarılara imza

attıklarını, müvekkilinin davalı dernekte gösterdiği bu olağanüstü performans ve başarının tüm Türkiye için gurur kaynağı olduğunu, dernek takımında bulunan güreşçilerin 2012 olimpiyatlarına katılmak üzere milli takıma çağrıldıklarını, milli takım hocalığına da müvekkilinin getirildiğini, müvekkilinin bu başarılarının Türk Spor camiasında İ Büyükşehir Belediyesi'nin büyük ses getirmesini sağladığını, tüm camianın takdirini kazandığını, tüm bu başarıların ardından takdir edilmeyi hak eden müvekkilinin iş akdinin feshedilmesi ile büyük bir şaşkınlık ve üzüntü yaşadığını, bu nedenlerle davacının işe iadesine karar verilmesini talep ettiklerini belirtmiştir.

Davalı vekili verdiği cevap dilekçesinde, davacının 01/06/2006 tarihinde dernek nezdinde antrenör olarak çalışmaya başladığını, davacının iş akdine İBB Gençlik ve Spor Kulübü Yönetim Kurulunun 06/06/2012 tarih ve ..... sayılı kararı ile davacının iş akdinin derneğin ekonomik nedenler dolayısıyla almış olduğu yönetim kurulunun emekliliğe hak kazanan personellere ilişkin kararı doğrultusunda 1475 sayılı İş Kanunun 14. maddesi, 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesi gereğince feshedilerek kendisine kıdem ve ihbar tazminatlarının ödendiğini, davacının iş akdinin derneğin ekonomik nedenlerinden dolayı feshedildiğini, emeklilik şartlarını yakalamış kişilerin işten çıkarılmaları halinde emekli ikramiyeleri ve aylıklarını almaları nedeniyle diğerlerine göre daha az kayba uğrayacaklarını, bu nedenle dernek tarafından davacının emekliliğe hak kazanmış olmasının iş sözleşmesinin feshedilecek işçilerin seçiminde sosyal seçim kriteri olarak kullanıldığını, güreş antrenörlerinden B.I da aynı yönetim kurulu kapsamında işten çıkarıldığını, işletmesel kararların amaca uygunluk, gereklilik ve yerindelik denetimine tabi olmadığını, ancak işletme gereklerine dayalı fesihlerin keyfilik kontrolüne tabi olabileceklerini, davacı tarafın hakkın kötüye kullanılması gibi bir iddiası var ise bu durumun ispatının davacıya ait olduğunu, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiğin belirtmiştir.

İ Büyükşehir Belediyesi Gençlik ve Spor Kulübü Derneği'nin 21/05/2012 tarih ve .... sayılı karar metninin 12. maddesi "Kulübümüz Güreş Antrenörlerinden Z.B'nin emeklilik şartlarının tamamlanması göz önüne alınarak 01/06/2012 tarihi itibari ile iş akdinin sona erdirilip kıdem tazminatı ve yasal haklarının verilmesine ve yine kulübümüz Güreş Antrenörlerinden B.I'nın da 01/07/2012 tarihi itibari ile iş akdinin sona erdirilmesinin kabulüne" hükmünü içermektedir.

SORULAR

1. Olayda İş Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün müdür? Neden?
2. Davalı işveren tarafından davacının emekliliğe hak kazanmış olması sebebiyle gerçekleştirdiği fesih geçerli midir?

CEVAPLAR

1. İş K.4 maddesinin 1 fıkrasının g bendinde bu yasanın sporcular hakkında uygulanmayacağı öngörüldüğünden bunlar İş kanunun kapsamı dışında kalırlar. Kapsam dışı tutulanlar sadece sporcular olduğundan, spor kulübünde diğer işlerde çalışanlara İş Kanunu uygulanır.

Bununla beraber Yargıtay spor kulübünde profesyonel antrenör olarak çalışanlar hakkında farklı kararlar vermiştir. Bazı kararlarında antrenörleri sporcu kabul ederek İş Kanunu kapsamı dışında olduklarını (Yarg 9 HD: 15.9.1992, 2858/10152; Yarg 9 HD 11.6.1997, 6542/11529; Yarg 9 HD 9.11.1998, 11825/15702, AKYİĞİT, E. İş kanunun Şerhi I, Ankara 2008, s.298-299; ayrıca Yarg 9 HD.30.03.2004, 14073/6561, Tekstil İşveren, Temmuz 2004, s.34-36) kabul etmiştir. Bazı kararlarında ise, bu yasanın uygulama alanında bulunduklarını kabul etmiştir (Yarg. 9 HD.21.1.1991, 9492/305, İHD; Ocak-Mart 1991, s.133; Yarg 9 HD 18.12.2003, 19877/20178, İşveren Şubat 2004, s.18; Yarg 20 HD.12.10.2004, 9042/101169, İHSGHD, 5, s.390-391).

Kanımızca sporcu kavramı olduğu anlamı ile lafsi olarak yorumlanmalı ve antrenörlerin bu yasadan yararlanabilecekleri sonucuna varılmalıdır. Ancak bu konudaki nihai takdir mahkemeye aittir. Mahkemenin antrenörlerin bu yasanın kapsamına girdiklerini kabul etmesi durumunda aşağıda esasa ilişkin değerlendirmelerimiz bulunmaktadır.

2. Davalı işveren tarafından derneğin ekonomik nedenlerle almış olduğu yönetim kurulu kararı ile emekliliğe hak kazanmış personelin sözleşmesinin feshedilmesine karar verildiği belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel kararlardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla

işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca, işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

Bunun yanında ekonomik krizden dolayı iş hacminde daralma, satışlarda ve üretimde düşüşler nedeni ile işçi çıkarılması kararı, bağlı işveren kararıdır. Bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen ekonomik nedenler araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı somut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır. Ekonomideki durgunluk ve kriz dönemlerinde, ekonomik daralmaya bağlı olarak işten çıkarmanın gerçekleşmesi halinde, öncelikle genel ekonomik kriz var ise tüm sektörler baz alınarak, işletmenin faaliyet gösterdiği sektörde kriz var ise sadece faaliyet alanı için sektörel denetim, daha sonra ise işletmenin iç denetiminin yapılması gerekir.

Ancak somut olayda davalı işveren bu nitelikte bir işletmesel karar ortaya koymamıştır. Dosyada yer alan ancak hangi tarihe ait olduğu anlaşılamayan davalı dernek yönetim kurulu kararının 12. maddesi altında kulüp yöneticilerinden Z. B.nın emeklilik şartlarını tamamlaması göz önüne alınarak 01.06.2012 tarihi itibarı ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesine karar verilmiştir.

Gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında salt yaşlılık aylığına hak kazanmış olmak geçerli fesih nedeni sayılmaz. Yaşlılık işçinin verimini ciddi şekilde etkiliyor, iş görme borcunun yerine getirilmesini engelliyorsa mesleki yetersizlik dolayısıyla fesih nedeni olabilir. Ancak davalı işveren tarafından böyle bir iddia ve sebep ileri sürülmemiştir.

Bunun için İş K.18/1 uygun bir şekilde işçinin mesleki yetersizliği veya işletme gereklerinin varlığı gerekmektedir.

Ancak davalı işveren yukarıda işletme gereklerine dayanan fesihler bakımından aranan işletmesel kararının varlığı ve bu karar uyarınca feshin kaçınılmaz olduğunu, tutarlı şekilde uygulandığını, keyfi bir uygulamanın söz konusu olmadığını kanıtlamamıştır. Davalı tanıklarınca, davacının yerine yeni daha geç antrenörlerin daha düşük ücretle işe alındığı ifade edilmiş olduğun-

dan ve bu durum ayrıca dönem bordrolarından da anlaşıldığından, feshin son çare olma ilkesine uygun olarak yapılmadığı da anlaşılmaktadır. Bütün bu hususlar birlikte göz önüne alınarak, davalı tarafından feshin geçerli nedene dayandığı ve feshin son çare olarak uygulandığı hususunun ispatlanamadığı kabul edilerek feshin geçersizliği ile davacı işçinin işe iadesine karar vermek gerekeceği düşünülmektedir.

IV. DENİZ İŞ KANUNUN UYGULAMA ALANI

OLAY

(A) (B)'ye ait teknede 13.06.2005 tarihinde 1050,00 TL ücret kararlaştırılarak işe başlamıştır. Ancak (A)'nın iddialarına göre kendisi kaptanlık yapmak üzere işe başlamış ve kendisinin SSK bildirimi yapılmadığı gibi, ücreti de ödenmemiştir. Bunun üzerine İş Mahkemesinde açtığı davada (A), SSK tarafından görevlendirilen memurun, kendisinin (B)'nin yanında çalıştığı şeklinde rapor tanzim ettiğini, ücret alacağının bir kısmının tahsili için ilamsız takip başlatıldığını, ancak (B)'nin itiraz etmesi üzerine itirazın kaldırılması davası açmak zorunda kaldığını ifade etmiştir. Ayrıca tanıklar(A)'nın çalıştığı geminin trol gemisi olduğunu beyan etmişlerdir.

(B)'nin vekili ise verdiği cevapta, her ne kadar Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan incelemede (A)'nın 54 günlük çalışmasının olduğu belirlenmişse de, (B)'nin yanında sürekli bir çalışması olmadığını, buna rağmen belirtilen alacakların ödendiğini ve 54 günlük sigorta priminin yatırıldığını, (A)'nın sadece iki kez (B)'nin teknesinde, teknenin Foça limanından çıkışı sırasında yanında tayfa olarak bulunduğunu, (A)'nın kaptanlık ehliyetinin 49 grostona kadar olan gemiler bakımından söz konusu olduğunu, oysa (B)'nin teknesinin 91 groston olduğunu, dolayısıyla (A)'nın (B)'ye ait teknede kaptan olarak çalışmasının mümkün olmadığını, bu sebeple davanın reddini talep ettiklerini belirtmiştir. B'nin vekili buna ilişkin tüm belgeleri dosyaya ibraz etmiştir.

SORU

(A)'nın çalıştığı gemi ve yaptığı iş kapsamında İş Kanununun uygulama alanı bulup bulmayacağını açıklayınız.

CEVAP

Deniz İş kanunun 1. maddesi uyarınca "***Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akdi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır***".

Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde birinci bent hükmü uygulanır."

(A)'nın çalıştığı gemi 90 grostonluk olduğundan Deniz İş kanunu kapsamına girmesi mümkün bulunmamaktadır. Dolayısı ile (A)'nın çalıştığı işyerinin İş Kanunu kapsamına girip girmediğini belirlemek önem taşımaktadır.

İş Kanunu 4. maddesinde "Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmayacağı düzenlenmiştir:

a) Deniz ve hava taşıma işlerinde,

b) 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, ...

Şu kadar ki,

f) Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler,

Bu Kanun hükümlerine tabidir.

Bu bakımdan (A)'nın çalıştığı gemi ve yaptığı iş kapsamında İş Kanununun uygulama alanın bulup bulmayacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Tanıklar (A)'nın çalıştığı geminin trol gemisi olduğunu ifade etmiş bulunmaktadırlar. Buna göre değerlendirecek olursak;

İşK. m.111

"Bu Kanunun uygulanması bakımından; sanayiden, ticaretten, tarım ve orman işlerinden sayılacak işlerin esasları aşağıda belirtilmiştir:

Tarım ve orman işlerinden sayılacak işlerin esasları şunlardır:

a) Her çeşit meyveli ve meyvesiz bitkiler; çay, pamuk, tütün, elyaflı bitkiler; turunçgiller; pirinç, baklagiller; ağaç, ağaççık, omca, tohum, fide, fidan; sebze ve tarla ürünleri; yem ve süt bitkilerinin yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı, araştırılması, bunlarla ilgili her türlü toprak işleri, ekim, dikim, aşı, budama, sulama, gübreleme, hasat, harman, devşirme, temizleme, hazırlama ve ayırma işleri, hastalık ve zararlılarla mücadele, toprak ıslahı, çayır, mera, toprak ve su korunması.

b) Ormanların korunması, planlanması (amenajman), yetiştirilmesi, işletilmesi, sınırlandırılması çalışmaları, bunlara ait alt yapı çalışmaları ile tohum toplama, fidanlık, ağaçlandırma, erozyon kontrolü, etüt proje ve rehabilitasyo-

nu, ormancılık araştırma ile milli park, orman içi dinlenme yerleri ve kent ormanlarının kurulması, bakım ve geliştirilmesi.

c) Her türlü iş ve gelir hayvanlarının (arı, ipek böceği ve benzerleri dahil) yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı ve bunlarla ilgili bakım, güdüm, terbiye, kırkım, sağım ve ürünlerinin elde edilmesi, toplanması, saklanması ile bu hayvanların hastalık ve asalaklarıyla mücadele.

d) 854 sayılı Deniz İş Kanununun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kara ve su avcılığı ve üreticiliği ile bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması".

Trol gemisinde yapılan iş, Kanunun bu maddesi uyarınca su avcılığıdır. Bu bakımdan sözü edilen gemideki çalışma ilişkisinin İş Kanunu kapsamı dışında kaldığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle İş Mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi ve uyuşmazlığın Asliye Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.

V. İŞYERİNİN DEVRİ

OLAY

Davacı vekili müvekkilinin 30.12.1999 tarihinde M.T'ye ait işyerinde çalışmaya başladığını, daha sonra gerçek kişi olan işverenin Limitet şirkete dönüştüğünü müvekkilinin hiç ara vermeden çalışmaya devam ettiğini, davacının SSK' ya bildiriminin geç yapıldığını ve ancak 12.01.2004 tarihinde resmi kayıtlara geçtiğini, davacının iş sözleşmesini, ücret ve fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi, SSK bildirimlerin gerçek ücret üzerinden değil, asgari ücret üzerinden bildirilmesi nedeniyle haklı sebeple feshettiğini, davacının sözü edilen ücretleri ödeyeceği vaadinde bulunarak 09.02.2010 tarihinde davalı ile organik bağ içerisinde bulunan ve davalı şirketle aynı işi yapan şirketin kurucu ortağı M.T'nin kızı olan S.A de çalışmak üzere çağrıldığını, davacının alacaklarının ödeneceği ümidi ile 09.02.2009 tarihinde işe başladığını, ancak S.A'nin davacının davalı şirket bünyesindeyken hak kazandığı alacakları ödenmediği gibi, 09.02.2010 tarihinden itibaren de ücretlerin gecikerek parça parça ödendiğini, davacının da bu kez ücretlerinin geç ödenmesi, fazla mesai ücretlerinin ödenmemesi ve Kuruma bildirimlerin asgari ücret üzerinden yapılması nedeni ile iş akdini 13.12.2010 tarihinde feshettiğini, davacının her iki dönemde de sözleşmesini haklı sebeple feshetmiş olmasına rağmen, kıdem tazminatının ödenmediğini, davacının son ücretinin brüt 2.095,27 TL olduğunu, davacının son 10 aya ilişkin olan ve 06.07-2008-06.05.2009 tarihleri arası dönemi kapsayan ücretlerinin ödenmediğini, davacıya günlük 3 TL karşılığı (aylık 75 TL) yol yardımı yapıldığı halde, son iki yılık döneme ilişkin yol yardımının ödenmediğini; dava-

cıya son iki yıla ait aile ve çocuk yardımlarının ödenmediğini, davacıya altı ayda bir maaş tutarında ikramiye ödemesi yapılmasına rağmen, son üç yıllık (06.05.2006-06.05.2009) tarihleri arası ikramiye alacaklarının ödenmediğini, davacının haftanın beş günü sabah 08.00 den saat 18.00 kadar, cumartesi günleri ise saat 08.00-13.00 kadar çalışmasına rağmen fazla çalışma ücretlerinin ödenmediğini, davacının dini bayramlarda çalışmamasına rağmen milli bayramlarda çalıştığını, ancak buna ilişkin ücretlerin de ödenmediğini ileri sürerek, işçilik alacakları ile kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur.

Davalı vekili verdiği cevapta, davacının kendi isteği ile işyerinden ayrılmış olması nedeniyle kıdem tazminatı talebinde bulunamayacağını, işyerinde haftanın beş günü 08.30-17.30 saatleri arasında, hafta içi öğlen bir saat yemek molası ve ikişer kez 15 er dakikalık çay molasının bulunduğunu, cumartesi günleri de aynı şekilde 15 dakika çay molasının bulunduğunu, bu sebeple fazla çalışma yapılması ve resmi bayramlarda çalışılmasının söz konusu olmadığını, davacının M.T'nin yanında 13.12.1999 tarihinde çalışmaya başladığını ve 11.01.2004 tarihinde işten çıktığını, 12.01.2004 tarihinde davalı yanında çalışmaya başladığını, daha sonra da 06.05.2009 tarihinde kendi isteği ile işyerinden ayrıldığını, davacının asgari ücret ile çalıştığını ve bordroları ihtirazi kayıt olmadan imzaladığını, iddia edildiği gibi çocuk yardımı, aile yardımı, ikramiye ve yol parası gibi sosyal haklar bulunmadığını, bir an için bu tür ödemelerin olduğu kabul edilse bile bunların zamanaşımına uğradığını, davacı ile davalı şirket yetkilileri arasında mutabakat sağlanması üzerine davacının davalılardan S.A yanında çalışmaya başladığını, iddia edildiği gibi problemler olsaydı davacının S.A yanında çalışmasının mümkün olamayacağını, S.A'ya ait işletme ile diğer işletme arasında herhangi bir fiili bağlantı bulunmadığını, davacının S.A yanındaki çalışması dikkate alındığında, bir yıllık süre dolmadığı için kıdem tazminatına hak kazanmasının mümkün olmaması sebebi ile, davanın reddini talep etmiş bulunmaktadır.

SORU

Davalıların sorumluluğunu belirleyiniz.

CEVAP

Davacının M.T yanında 30.12.1999 tarihinde çalışmaya başladığı, buradaki çalışmasının 11.01.2004 tarihinde sona ererek, 12.01.2004 tarihinde diğer davalı yanında çalışmaya başladığı hususu davalılar tarafından kabul edilmektedir. Yargıtay kararları uyarınca gerçek kişi olan işverenin şirkete dönüşmesi durumu işyeri devri olarak nitelendirilmektedir. İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti üze-

rinden sorumludur. Buna karşılık feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ile kullanılmayan izin ücretinden sorumluluk son işverene aittir.

İş kanunun 14 maddesi uyarınca "*...işyerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka işverene geçmesi veya başka yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyerindeki hizmet akidleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır*" demektedir. Bu sebeple davacının kıdem tazminatı ile yıllık izin ücretinden talebi bakımından davalı tüm hizmet süresi üzerinden, devreden M.T ise davacının kendisinde çalıştığı dönem bakımından sorumludur.

Davacının M.T yanındaki çalışması (30.12.1999-11.01.2004) bir yılı aştığından M.T'nin kıdem tazminatından sorumluluğu doğacaktır kanaatindeyiz. Ancak bu döneme ilişin ücret ve kelerinin miktarı bilinmediğinden hesaplama yapılamamıştır. Buna karşılık ücret alacağı, yol parası, aile yardımı, çocuk yardımı, ikramiye alacağı, fazla mesai ve genel tatil ücretinden her bir işveren kendi çalıştırdığı dönem ve ücret seviyesi üzerinden sorumlu olacaktır.

Davacının diğer davalı S.A yanındaki çalışmasına gelince: Davacı S.A nın şirketin kurucu ortağının kızı olduğunu ve P Ltd.Şt de alacaklarının ödeneceği vaadi ile burada işe başladığı iddiasındadır. Davacı, S.A yanındaki çalışma dönemi bakımından işçilik alacağı talebinde bulunmamış, ancak diğer davalılar yanındaki çalışmasından S.A'ın da de sorumlu tutulmasını talep etmektedir.

MADDE 6. - İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

"İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer" diyerek işyeri devrindeki sorumluluktan söz edebilmek için devralana **geçebilecek bir iş sözleşmesinin varlığını** şart koymaktadır. Bunun anlamı ise, sona ermemiş iş sözleşmeleri varsa, bu sözleşmelerden devralan işverenin sorumlu olacağıdır. Davacı P Ltd.Şt çalışmakta iken iş sözleşmesini 06.05.2009 tarihinde haklı sebeple feshettiği iddiasındadır. Dolayısı ile S.A davacının M.T ve P Ltd.Şt çalışmasından doğan işçilik alacaklarından sorumlu olması mümkün değildir. Davacı S.A yanındaki çalışması bakımından herhangi bir işçilik alacağı talebinde bulunmamış ve işyerindeki kıdem bir yılı doldurmadığından bu

dönem çalışması bakımından kıdem tazminatı talep etmesi de mümkün olmayacaktır kanaatindeyiz.

VI. ASIL-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

A. Asıl- Alt İşveren İlişkisinin Kurulması Koşulları

OLAY

(A) Ltd.Şt (B) Tekstil Ltd.Şt'nin ütü, kontrol, paketleme ve kolilenmesi işini yapmaktadır. (A) Ltd.Şt. bünyesinde çalışan işçi (K) ödenmeyen ücret ve fazla çalışma ücreti alacağı bulunduğu gerekçesi ile her iki işveren aleyhine iş mahkemesinde dava açmıştır. Bu davada (B) Ltd.Şt vekili (A) Ltd.Şt ile aralarında asıl-alt işveren ilişkisi bulunmadığı gerekçesi ile davanın husumet yönünden reddini talep etmiştir. (A) Ltd.Şt vekili de (B) Ltd.Şt ile aralarında parça başına ücret almak üzere (B) Ltd.Şt'nin ütü, kontrol, poşetlenme ve kolileme işini üstlendiklerini, ancak kendilerine bu sözleşmeden doğan alacakların ödenmediği gerekçesi ile Asliye Ticaret mahkemesinde dava açtıklarını belirtmiştir. Bu davada Asliye Ticaret Mahkemesi (A) Ltd.Şt'nin (B) Ltd.Şt'den alacağı bulunmadığına karar vererek davayı reddetmiştir. Ancak bu davada yapılan yargılamada (B) Ltd.Şt (A) Ltd.Şt'ten yapılan iş karşılığı ödenen bedellerden, kira, elektrik, yemek, yol, içme suyu ve çay parası kestiği anlaşılmaktadır.

SORULAR

1. Asıl-alt işveren ilişkisinin kurulmuş sayılması bakımından işin asıl işverene ait işyerinde görülmesi ve asıl işin bir bölümünün işverene verilmesi koşulları olay bakımından gerçekleşmiş midir?
2. Alt işverene verilen işin teknolojik ve uzmanlık gerektiren iş olması ile işin gereklerinden kaynaklanması koşulları gerçekleşmiş midir? Bu koşullardan birinin gerçekleşmesi yeterli midir? Tartışınız.
3. (B) Ltd.Şt vekilinin davanın husumet yönünden reddedilmesi gerektiği savunması yerinde midir Neden?

CEVAPLAR

1. Asliye Ticaret Mahkemesinin davalılar arasındaki ilişkide davalılardan (B) Ltd.Şt'nin (A) Ltd.Şt'den yapılan iş karşılığı ödenen bedellerden kira, elektrik, yemek, yol, içme suyu ve çay parası kestiği anlaşılmaktadır. Davalılardan (A) Ltd.Şt'i, (B) Ltd.Şt tarafından üretimi yapılan tekstil ürünlerinin kontrolü, ütüsü, paketlenmesi ve kolilenmesi işini üstlenmiş bulunmaktadır. Buna karşılık diğer davalı (B) Ltd.Şt'nin bu çalışmalar karşılığında, yukarıda belirtilen kesintileri yaptıktan sonra parça başına ücret ödeyeceği anlaşılmaktadır. Davalılardan (A) Ltd.Şt'nin kira bedeli ödemesi nedeniyle, bu davalının, diğer davalının işyerinde çalıştığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda, davacı vekili tarafından taraflar arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğu iddia edildiği için, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmuş sayılması bakımından Kanunun aradığı koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin irdelenmesi gerekir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkabilmesinin koşullarından birisi alt işveren tarafından yerine getirilen işin asıl işverene ait işyerinde yapılmasıdır. Davalı (A) Ltd.Şt diğer davalıya kira bedeli ödeyerek, (B) Ltd. Şti.'ne ait işyerinde işçi çalıştırmaktadır. Bu sebeple, asıl işverenin işyerinde işin görülmesi koşulunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir.

İş.K.2 maddesinin 6 fıkrasına göre alt işveren ilişkisinin doğabilmesi için" ***bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde***" taşeron tarafından iş alınması gerekir. Görüldüğü gibi, alt işverenin aldığı iş, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde olabilir. Davalı (A) Ltd.Şt, (B) Ltd.Şt tarafından üretimi yapılan tekstil ürünlerinin kontrol, ütü, paketleme ve kutulama işini yaptığı için, asıl işin bir bölümünün başkasına verilmesi söz konusudur.

2. İş K.2. maddesinin 6. fıkrasında alt işveren ilişkisi tanımlanırken bu ilişkinin işyerinde yürütülen "mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" söz konusu olabileceği hükme bağlanmıştır.

İş hukuku öğretisinde tartışmaya yol açan adı geçen koşul hakkındaki görüşlerin ilkine göre, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş ölçütü bir bütündür, bölünmesi mümkün değildir.

Buna karşılık öğretideki diğer görüşe göre ise, İş K.m2/6 da getirilmiş olan ölçüt bölünebilir nitelikte olup, bir bütün olarak yorumlanmamalıdır. Başka bir deyişle işveren, teknoloji ve uzmanlık gerekleri ile olduğu gibi salt işletmenin ve işin gereğine dayanarak da asıl işin bir bölümünü alt işverene verebilir.

Kanımızca, söz konusu koşulun bölünebilir olduğunun kabul edilmesi gerekir. Aksi taktirde, bir işin alt işverene verilebilmesi için, hem işletme ve işin gereklerinin varlığı hem de bunun aynı zamanda teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması zorunluluğunun aranması gerektiği sonucuna ulaşılacaktır. Oysa bu koşulların aynı zamanda ve aynı olayda birlikte gerçekleşmesi ihtimali güçtür. Böyle bir aşırı kısıtlama, çalışma yaşamında duruma göre makul ve haklı nedenlerle ihtiyaç duyulan ve iyiniyetle yapılabilecek alt işveren sözleşmelerinin kurulmasını da olanaksız hale getirebilir.

Belirtilen nedenlerle davalı (A) tarafından yapılan işin teknolojik uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığına bakılmaksızın, salt (B) Ltd Şt tarafından işin

gereklerine dayalı olarak işin verildiğinin kabul edilmesi gerekir. Ancak Yargıtay'ın farklı görüşte olduğunun belirtilmesi gerekir. Yargıtay, her iki koşulun birlikte aranması gerektiği görüşündedir. Bu anlamda da ütü, kontrol, poşetleme ve paketleme işinin uzmanlık gerektiren bir iş olduğunun kabul edilmesi mümkün olacağından, taraflar arasında asıl-alt işveren ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir.

İş K.2 maddesinin 6 fıkrasında ***"bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işvereni"*** alt işveren olarak nitelendirilmiştir. Alt işverenin işçilerini sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırma koşulu, alt işverenin başka yerde hiç işçi çalıştıramayacağı şeklinde yorumlanamaz. Burada önemli olan husus, alt işverenin hükümde de belirtildiği gibi, bu iş için görevlendirdiği işçilerini, diğer bir deyişle bir grup işçisini asıl işverenin işine tahsis etmesi ve bu işçileri kural olarak sadece bu işyerinde istihdam etmesi, aldığı başka işte çalıştırmamasıdır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, taraflar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmuş sayılması için Yasanın aradığı koşulların gerçekleştiği kanaatinde olduğumuzdan, ***"bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak, bu Kanundan, iş sözleşmesinde veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur"***. Bu nedenle (B) Ltd.Şt vekilinin davanın husumet bakımından reddedilmesi gerektiği savunmasının yerinde olduğu söylenemeyecektir.

OLAY

Davacı vekili müvekkilinin bilgi işlem/tıbbi sekreterlik hizmeti sunan davalı B İşlem Teknolojileri Tic.A.Ş bünyesinde 11.06.2005 tarihinde çalışmaya başladığını ve bu çalışmasının 31.12.2010 tarihine kadar sürdüğünü, davalı B İşlem Teknolojileri ile A Ağız ve Diş Sağlığı Merkezi arasında asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğunu, tüm talimatların hastane yönetimi tarafından verildiğini, tarafların müştereken ve müteselsilen sorumlu olduklarını, sözleşmenin feshedildiği tarihte davacının ücretinin 750,00 TL olduğunu, iş sözleşmesinin haksız ve bildirimsiz feshedilmiş olması sebebiyle, müvekkilinin ihbar ve kıdem tazminatı alacaklısı olduğunu, 2006-2007 yılları arasında şehir dışında eğitimci olarak çalışmak zorunda kaldığını, müvekkile bu çalışmaları karşılığı fazla çalışma ücretinin ödenmediğini, ödenmeyen alacakların ödenmesi için noterden ihtarname keşide edildiğini ancak buna rağmen ödeme yapılmaması üzerine bu davayı açma zorunluluğunun ortaya çıktığını ifade etmiş bulunmaktadır.

Davalılardan Sağlık Bakanlığı verdiği cevapta, diğer davalı ile aralarında asıl-alt işveren ilişkisi kurulmadığını, üçüncü şahıslara ihale yolu ile yapılan

hizmetlerden dolayı müvekkil idarenin yataklı tedavi kurumlarının asıl işveren sıfatıyla dava dilekçesinde sayılan yükümlülüklerden sorumlu tutulmasının söz konusu olamayacağını, 5338 s. yasanın 18 maddesinin bu konuya açıklık getirdiğini ve sorumlu tutulmalarının mümkün olmaması nedeni ile davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

B Bilgi Teknolojileri A.Ş vekili verdiği cevapta, müvekkilinin ihale sözleşmesi gereği iş ilişkisinde hiçbir yetkisi olmadığını, bu nedenle feshe bağlı işlemlerden Sağlık Bakanlığının sorumlu olduğunu, davacının ücret miktarı ve diğer tüm istemlerinin de yerinde olmadığını, bu sebeple davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalılara arasında imzalanmış bulunan 19.08.2009 tarihli Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme uyarınca 01.01.2010-31.12.2010 tarihleri arasında, 37 kişi ile HBYS hizmet alım işi ihale edilmiştir.

SORU

Taraflar arasındaki asıl-alt işveren ilişkisi geçerli midir? Neden?

CEVAP

Taraflar arasında asıl alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Kanımızca bilgi işlem ve tıbbi sekreterli hizmetlerinin asıl iş veya yardımcı iş olarak belirlenmesine bağlı olarak sorunun çözümü mümkün olacaktır.

İş K. 2. maddesinin 6 ve 7. fıkraları uyarınca "*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez"

İş K.2. maddesinin 6. fıkrasında, alt işveren ilişkisi tanımlanırken bu ilişkinin işyerinde yürütülen "mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" söz konusu olabileceği hükme bağlanmıştır. Asıl iş olan mal ve hizmet üretiminin kişilere arz edilmesine kadar doğrudan üretim süreci dışında kalan işler şeklinde tanımlanabilecek olan yardımcı işlerin herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın alt işverene verilmesi mümkündür.

Buna karşılık İş Kanunun 2. maddesinin 7. fıkrasının son cümlesine göre, ***"işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverene verilemez"***. Bu kural uyarınca işletme veya işin gereği ya da teknolojik uzmanlık gerekleri bulunmadıkça, asıl işin aynı bölümünde çalışan işçilerin bir kısmının asıl işverenin, diğer kısmının ise muvazaalı şekilde alt işverenin işçisi olarak gösterilmesi engellenmek istenmektedir.

Alt işveren ilişkisi konusunda ortaya çıkabilecek muvazaalı durumlar İş K. M.2/7 de yer alan hallerle sınırlı değildir. Aynı fıkrada öngörüldüğü gibi bu hallerin dışında da ***genel olarak*** bu ilişkinin muvazaalı bir işleme dayandığının iddia ve ispat edilmesi mümkündür. Ancak bu taktirde yasal bir karine bulunmadığından, muvazaayı ispat yükü işçiye düşer.

27 Eylül 2008 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Alt İşverenlik Yönetmeliği, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartlarını, alt işverene ait işyerinin bildirimini, tescilini, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususları düzenlemiştir.

Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca, (1) İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir.

(2) İşverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile mal veya hizmet üretimi yapması esastır.

(3) Ancak asıl iş;

a) İşletmenin ve işin gereği,

b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi,

şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir.

Yönetmelikte asıl iş, **mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş olarak,** buna karşılık yardımcı iş, **iş yerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde**

yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş, şeklinde tanımlanmıştır.

Muvazaa da,

1) **İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,**

2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri,

ihtiva eden sözleşme olarak ifade edilmiştir.

Muvazaalı bir alt işveren ilişkisinin kurulmasının hukuki yaptırımı İş K.2. maddesinin 7 fıkrasında öngörülmüştür. Bu hükme göre **"aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler".**

Öğretide, alt işveren ilişkisinin koşulları arasında yer alan, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren bir iş olmadığı halde alt işverene iş verilmesinin yasada herhangi bir yaptırıma bağlanmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, İş K.2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan "alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağına" ilişkin yaptırım İş K.m.2/6 da öngörülen söz konusu koşula aykırılık halinde uygulanamaz (SOYER, P., 4857 Sayılı İş kanunu Açısından Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil, Mart 2006, s.19-20).

İş K.m.2/6 da alt işveren ilişkisinin kurulmasının koşullarına aykırılık nedeni ile yasaya uygun olmayan bir işlem, İş K. M.2/7 de ise muvazaalı bir işlem söz konusudur. Kanımızca, işin yasada belirtilen sınırlamalara uyulmaksızın alt işverene verilmesinin yaptırımı da işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması şeklinde olmalıdır. Bu nedenle, muvazaalı işlem için getirilmiş bulunan yaptırım, yasaya aykırı işlemde de uygulanmalı, işletme ve işin gereği veya teknolojik nedenle ya da uzmanlık gerektiren bir iş olmadığı halde, işin alt işverene verilmesinin yaptırımı da söz konusu işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması olmalıdır.

Kanımızca ayrıntılı olarak yapılan bu açıklamalardan sonra, tıbbi sekreterlik/bilgi işlem işinin asıl işlerden kabul edilmesi mümkün değildir. Yardımcı iş olarak nitelendirilmesi sebebi ile İş K. m.2/6 da yer alan sınırlamalara bağlı olmaksızın alt işverene verilmesi mümkündür. Bu nedenle davalılar arasında asıl alt işveren ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. İşin sırf ihale ile verilmiş olmasının bu ilişkiyi ortadan kaldırıcı bir etkisi de bulunmadığı düşüncesindeyiz.

Tanıkların, işçilerin seçilmesi dahil olmak üzere, emir ve talimatların hastane elemanları tarafından verildiğini belirtmeleri, işçilerin işe alınması ve işten çıkarılmasına da hastane yönetimi tarafından karar verilmesi nedeni ile taraflar arasındaki ilişkinin Yargıtay kararları çerçevesinde muvazaalı kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Yine Yargıtay kararları uyarınca Mahkeme yargılama sırasında muvazaayı tespit ederse, bunu resen dikkate almak zorundadır. Mahkemece muvazaa iddiasının kabul edilmesi halinde, davacının iş sözleşmesinin feshi bakımından Sağlık Bakanlığı tarafından ileri sürülmüş bir haklı sebep olmadığından, feshin haksız ve usulsüz olması sebebi ile davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanabileceği düşünülmektedir.

B. Asıl- Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa

OLAY

Davacı vekili, davacının işyerinde aralıksız ve fasılasız olarak çalışmakta iken, 2002 yılında davalı işvereninin davacıya görev değişikliği uyguladığını, davacının bunu kabul etmemesi üzerine, iş akdinin davacı tarafından feshedilmiş gibi gösterildiğini, bundan sonra davacının taşeronlar yanında çalışır şekilde gösterildiğini, ücretinin asgari ücret veya biraz üzerinde bildirildiğini, daha sonra tekrar davalı şirket kayıtlarına alındığını, bu süre içerisinde müvekkilin gerçekte işyerinden herhangi bir çıkışının olmadığını, sendika üyeliğinin herhangi bir kesintiye uğramadığını, davacının TİS'den yararlanan bir işçi olması nedeniyle, çıktı işleminin uygulandığı dönemde maddi olarak TİS hükümlerinin gereği gibi uygulanmaması nedeni ile zarara uğratıldığını, bu sebeple ödenmesi gereken bu ücret farkları yanında diğer işçilik alacaklarının ödenmesi için de bu davayı açma zorunluluğunun ortaya çıktığını ifade etmiş bulunmaktadır.

Davalı vekili, dava konusu edilen alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olduklarını belirttikten sonra, davacının Ç A.Ş nezdinde 01.07.1997 tarihinde çalışmaya başladığını, davacının çalıştığı işyerinin müvekkil şirket tarafından 26.11.2001 tarihinde satın alındığını, maliyetlerin düşürülmesi amacı ile müvekkil şirketin reorganizasyona gittiğini, davacının görevinin 25.12.2002 tarihinde "Sapancı" olarak değiştirildiğini ve bu hususun davacıya bu tarihte yazılı

olarak bildirildiğini, davacının görev değişikliğini kabul etmediğini bildirdiğini, sözleşmesinin 1475 s. K.m.16/II e maddesi, kapsamında yazılı olarak feshedilmesini talep ettiğini, bu fesih kapsamında da kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacaklarının ibraname karşılığı davacıya ödendiğini, bundan sonra davacının müvekkil şirkete iş yapan taşeron şirket nezdinde çalışmaya başladığını, taşerondan memnun olmadığını bildirmesi üzerine istifa ettiğini, bu kez müvekkil şirkette yeniden çalışma isteğini işverene bildirmesi üzerine, önceki ücret uygulamasının yapılamayacağı belirtilerek şirkette yeniden çalışabileceğinin bildirildiğini, bunu kabul etmesi üzerine, taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulduğunu, bu konuda tehdit ve hile, ya da muvazaa söz konusu olmadığını, davacı işçi ile davalı işveren arasında davacı işçinin üyesi olduğu sendikanın, işveren sendikasının bilgisi dahilinde yapıldığını ve devamında 3 adet toplu iş sözleşmesi imzalandığını, Bk.31 maddesi uyarınca tehdide maruz kalan kimsenin bir yıllık hak düşürücü sürede bunu ileri sürmesi gerektiğini, davacının yaklaşıl 7 yıl kadar herhangi bir itirazda bulunmaksızın ve herhangi bir ihtirazi kayıt koymaksızın mutabık kalınan ücretlerini almaya devam ettiğini, mevcut ücret üzerinden hesaplanan tazminatını da herhangi bir itiraz olmaksızın aldığını, bu sebeple davacının davasının reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Çelikhane Şefliğine bağlı izabeci olarak çalışmakta olan davacıya 25.12.2002 tarihinden itibaren sevkiyat şefliğine bağlı sapancı olarak görevlendirildiğinin bildirildiği, davacının aynı tarihli cevabı ile görevlendirmeyi kabul etmediği ve İş K.16/II e hükmü uyarınca sözleşmesinin feshedilmesini istediği anlaşılmaktadır.

21.03.2003 tarihli ibranamede ise sözleşmenin işveren tarafından İş K.13 maddesine uygun olarak feshedildiği belirtilerek işverenin kıdem tazminatı ve izin ücreti bakımından ibra edildiği anlaşılmaktadır

Davacının davalı yanında ikinci kez çalışmaya başladığı tarih 25.01.2003 dür. Bu dönem çalışma ilişkisi davalı işveren tarafından ekonomik kriz gerekçesi ile 21.04.2009 tarihinde sona erdirilmiştir.

A 1. Noterliğinin 21.04.2009 tarih ve 006120 yevmiye numarası ile keşide edilen fesih yazısı ile işveren tarafından davacının iş sözleşmesinin İş k.17-18 maddeleri uyarınca, işletmenin içinde bulunduğu ekonomik kriz nedeni ile feshedilmiş olduğunun bildirildiği tespit edilmiştir

Yerel Mahkeme kararın Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından bozulduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın bozma kararında, özetle taşeronluk uygulamasının 1475 s. İş Kanunu döneminden itibaren yasaya uygun şekilde devam ettiği, bu sebeple 4857 s.

İş Kanunun alt işverenlik uygulamasına ilişkin hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmadığını, kaldı ki davacının tazminatlarını almak sureti ile alt işveren işçisi olarak çalışmayı kabul ettiğini ve buna ilişkin belgeyi imzalayarak, muvazaanın tarafı olduğunu, kişinin kendi muvazaasına dayanamayacağı kabul edilmiştir.

SO,RU

Davacının iddiası yerinde midir? Yargıtay'ın bozma kararını da dikkate alarak değerlendiriniz.

CEVAP

Uyuşmazlık konusu olayda davacı davalı işyerinde 01.07.1997 tarihinde çalışmaya başlamış, görev değişikliği yapılması üzerine bu görev değişikliğini kabul etmediğini bildirmiş ve İş K.16/II e maddesi uyarınca sözleşmesinin feshedilmesini talep etmiştir. Daha sonra işveren tarafından düzenlenen ibranamede, sözleşmenin işveren tarafından İş K.13. maddesine uygun olarak feshedildiği bildirilmiş olsa da, ibranamede ödenen alacakların sadece kıdem tazminatı ve izin ücreti olduğu belirlenmiş olduğundan ve ihbar tazminatı ödemesi yapılmadığından, davacının davalı nezdindeki bu dönem çalışmasının İş K.16/II e maddesine uygun olarak sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bundan sonra davacı belli bir süre taşeron yanında çalıştırıldığı iddiasındadır. Yargıtay'ın bozma kararında, özetle taşeronluk uygulamasının 1475 s. İş Kanunu döneminden itibaren yasaya uygun şekilde devam ettiği, bu sebeple 4857 s. İş Kanunun alt işverenlik uygulamasına ilişkin hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmadığını, kaldı ki davacının tazminatlarını almak sureti ile alt işveren işçisi olarak çalışmayı kabul ettiğini ve buna ilişkin belgeyi imzalayarak, muvazaanın tarafı olduğunu, kişinin kendi muvazaasına dayanamayacağı kabul edilmiştir.

Davacının davalı yanında ikinci kez çalışmaya başladığı tarih 25.01.2003 dür. Bu dönem çalışma ilişkisi davalı işveren tarafından ekonomik kriz gerekçesi ile 21.04.2009 tarihinde sona erdirilmiş olup, davacı ikinci çalışma ilişkisinin başladığı dönemde daha düşük ücretle çalıştırmaya başlandığını, bu sebeple TİS uygulamasından yararlandırılması söz konusu olduğunda daha düşük zam oranlarının uygulandığını ileri sürerek aradaki ücret farkının ödenmesi yanında, kıdem tazminatı ve diğer alacaklarının da eski ücret üzerinden hesaplanması talebinde bulunmuştur.

Davacı girdi çıktı işleminin muvazaalı olarak gerçekleştirildiği iddiasındadır.

Bilindiği gibi muvazaa, genel olarak Borçlar Kanunu'nda (m.18) düzenlenmiştir. Muvazaada bir sözleşmenin şekil ve şartlarının belirlenmesinde, iki tarafın gerek yanlışlıkla gerek sözleşmedeki gerçek amaçlarını gizlemek üzere

kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, onların gerçek ve ortak maksatları araştırılır. Yine bilindiği üzere, muvazaa bakımından alışılmış olan hal, muvazaa işlemi sebebiyle hukukî menfaati haleldar olan kişinin muvazaalı ilişkinin bizzat tarafı ise karşı tarafı, muvazaalı işlemde üçüncü kişi ise muvazaalı ilişkinin taraflarını hasım göstererek bir dava açması ve mahkemenin davacı ve davalının iddia ve savunmaları çerçevesinde yargılama yaparak, ortada bir muvazaa bulunup bulunmadığına karar vermesidir. Muvazaanın, hukukî işlemin geçersizliğine neden olan ve butlan sonucu doğuran bir hal olması sebebiyle, mahkeme tarafından kendiliğinden göz önüne alınması gerekir.

Ancak uyuşmazlık konusu olay bakımından, davacının talebi ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve bunun akabinde davacıya yasal haklarının ödenmesi söz konusudur. Davacı bu işlemlerin kendi bilgisi olmadan gerçekleştirildiği iddiasında ise de, bu talebini içeren yazılı belge bulunmaktadır. Bu belgenin davacı isteği dışında hazırlandığı ve kendisine zorla imzalatıldığı hususunun BK.31 maddesi uyarınca bir yıllık hak düşürücü sürede ileri sürülmesi gerekirken böyle bir iddiada bulunulmamıştır.

Bundan sonra davacı ve davalı yeniden anlaşmak suretiyle, taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuştur. Bu iş sözleşmesi uyarınca, davacının ücreti taraflar arasındaki ilk iş sözleşmesine nazaran daha düşük belirlenmiştir. Ancak bu indirim işveren tarafından tek taraflı olarak yapılmış değildir. Davacı daha düşük ücretle çalışma teklifini kabul etmeyebilirdi. Davacı işçi iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği tarihe kadar aylık ücretlerini sözleşmede belirtildiği şekilde ve TİS uyarınca dönemsel zamlar uygulanmak sureti ile almış ve herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmemiştir. Oldukça uzun süre davacı içinin ücretlerini belirtildiği şekilde almaya devam etmesinden sonra, sözleşmenin feshedilmesi üzerine, taraflar arasındaki ilk iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücret üzerinden ücret farkları ve kıdem tazminatı ile diğer işçilik alacaklarına ilişkin fark talebinde bulunulmasının aynı zamanda MK.2 maddesi anlamında hakkın kötüye kullanımı niteliğinde değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

OLAY

(A) ve (B), (C) Belediyesi'ne hizmet alım ihalesi ile iş yapan taşeron şirketinde park ve bahçe işlerinde 01.01.2008 tarihinde çalışmaya başlamışlardır. (C) Belediyesi'nde çalışan diğer işçilerle birlikte emir ve talimatları Belediye'den almaktadırlar. Ayrıca işin görülmesine yönelik araç, gereç ve malzemelerin Belediye Başkanlığı tarafından sağlandığı ve puantajların da belediye tarafından tutulduğu bilinmektedir. Belediye 30.04.2009 tarihinde taşeron şirkete hizmet alım ihalesinin süresinin dolduğunu bildirmiş, yeni yapılacak ihaleye ancak 7

gün sonra çıkabilmiş, ihaleyi başka bir firmanın kazanması üzerine 07.05.2009 tarihinde (C) Belediyesi'nin kapısına çalışmaya devam edecek işçilerin isimleri asılmış, diğerlerinin sözleşmelerinin sona erdiği bildirilmiştir. Bunun üzerine (A) işe iade davası açmış; (B) ise ücrete ilişkin talepte bulunmuştur. Ancak taşeron şirket sözleşmenin bitiş tarihi olan 30.04.2009 tarihinde tüm işçilerin çıkışlarını ilgili kuruma bildirmiştir.

SORULAR

1. 5393 sayılı Yasa kapsamında belediyenin park ve bahçe işlerini başka bir kimseye gördürmesi mümkün müdür? Açıklayınız.
2. Belediye ile hizmet alım ihalesini alan şirket arasında nasıl bir ilişki kurulmuştur? Bu konuda kamu kurum ve kuruluşları lehine İş Kanunu nasıl bir ayrıcalık getirmiştir?
3. Emir ve talimatların Belediye tarafından verilmesi Belediye ile şirket arasındaki ilişkiyi nasıl etkiler? İşe iade davasının kime karşı açılması gerekir?
4. Son ihale döneminin sona ermesinden sonra, yeni ihale süreci tamamlanıncaya kadar geçen 7 günlük süre bakımından kim sorumlu tutulmalıdır? Neden?

CEVAPLAR

1. (A) ile (B)'nin ihale ile alt işverenlere verilen işlerde çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. 5393 sayılı Yasa (13.07.2005 tarihli ve 25874 sayılı RG) belediyelere asıl işleri olan pek çok işi alt işverenlere verme olanağı tanımış bulunmaktadır.

> **MADDE 67. — "Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir".**

Buradaki üçüncü şahıslar alt işverenlerdir. Belediye Kanunu 67. maddesindeki bu düzenleme ile, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesindeki sınırlamalara bakılmaksızın asıl işin (hizmetin) alt işverenlere verilebileceği kanunda yer almıştır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta asıl işin hizmet alımı yolu ile ihale edilmesidir.

2. 01.07.2006 tarihli ve 5538 sayılı Kanun'un 18 maddesi ile, İş Kanunu'nun 2. maddesine asıl işveren alt işveren ilişkisinde kamu kurum ve kuruluşları lehine ayrıcalıklar getiren, bu kurum ve kuruluşlar için alt işveren uygula-

masını kolaylaştıran 8. ve 9. fıkralar eklemiştir. Buna göre "***Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;***

a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,

b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,

hak kazanamazlar.

Sekizinci fıkrada belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkrada belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,

yönünde hükümler konulamaz."

Bu hükümlerle kamu kesimi işverenleri korunmuş, bu kuruluşları alt işveren kurumunun yüklediği sorumluluklardan ve yaptırımlardan kurtarma amacı güdülmüştür. Bu fıkralar uyarınca kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesi en az yüzde ellisine sahip ortaklıklar belirtilen koşul ve sınırlamalara tabi olmaksızın, Kamu İhale Kanunu veya diğer yasa hükümleri çerçe-

vesinde alt işverenlere iş verebileceklerdir. Bu şekilde alt işverenler tarafından çalıştırılanlar bu kurum ve kuruluşlar ile ortaklıkların kendi işçilerin iş mevzuatı veya toplu iş sözleşmelerine göre sahip oldukları haklardan yararlanamazlar. Yani İş Kanunu m. 2/7 de yer alan "alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler" hükmü bu durumdaki işçilere uygulanmaz.

Görüldüğü gibi bu yasal değişiklik ile İş Kanunu m. 2/6 ve 7 de öngörülen koşul ve sınırlamaların kamu kesimi işverenlerini bağlamaması amaçlanmıştır. Yani bu yasak ve sınırlamaların sadece özel kesim işverenler bakımından geçerlik taşıması amaçlanmıştır. Bu durum Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırıdır. Bir muvazaalı işlem kamu işvereni tarafından yapıldığında yasa gereği geçerli sayacak ve herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacak, buna karşılık aynı işlem özel kesim işvereni tarafından gerçekleştirildiğinde yasa dışı kabul edilerek yaptırım uygulanacaktır. Bu durumu fark eden Yüksek Mahkeme Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi uyarınca bir işin belediye tarafından alt işverenlere verilmesinin muvazaa iddiasının araştırılmasına engel teşkil etmeyeceğini kabul etmiş bulunmaktadır.

3. Belediye Kanunu'nun 67. maddesine dayanılarak ihale yolu ile alt işverene verilen işlerin denetime tabi tutulması gerekmektedir. Olaydan işe alınacak işçilerin ismen belirlenmesi gibi, işten çıkarılacak işçilerin ismen belirlenmesi yetkisinin, emir ve talimat verme yetkisinin Belediye Başkanlığı'nda olduğu, işin görülmesine yönelik araç, gereç ve malzemelerin Belediye Başkanlığı tarafından sağlandığı ve puantajların da belediye tarafından tutuluyor olması, Yüksek Mahkeme tarafından kabul edildiği üzere ihale işçi teminine yönelik ise asıl işveren, alt işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği; bu olgular karşısında, davacının başlangıçtan itibaren Belediye Başkanlığı'nın işçisi olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle işe iade davasında Belediye Başkanlığının hasım gösterilmesi gerekir.

4. Son ihale döneminin sona ermesinden sonra, yeni ihale süreci tamamlanıncaya kadar geçen 7-8 günlük sürede, artık ihaleyi alan şirketin işin görülmesi bakımından herhangi bir yetkisinin kalmadığı dikkate alınırsa, bu süre içerisinde çalışmaya devam edilmesi konusunda Belediye'nin herhangi bir talimat vermediği kabul edilse bile, çalışanları engellememiş olması nedeni ile Belediye ile davacı işçi arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulmuş olduğunun ve daha sonra kurulan bu ikinci ilişkinin de Belediye tarafından sona erdirildiğinin kabul edilmesi mümkün olduğu gibi, muvazaa nedeniyle davacı işçinin başlangıçtan itibaren Belediye'nin işçisi olarak kabul edilmesi gerektiğinden, sözleşmenin kayden olmasa da fiilen 08.05.2009 tarihine

kadar devam ettiğinin ve bu tarihte Belediye tarafından çalıştırılmamak sureti ile iş ilişkisinin Belediye tarafından geçersiz ve usulsüz sona erdirilmesi sebebi ile davacı işçinin çalışıp da ödenmeyen 7 günlük ücretinin ödenmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu durumda bu ücretten davalılardan sadece (C) Belediyesi sorumlu olacaktır.

OLAY

Bir rafineride iş alan taşeron şirket (D), yapılan sözleşme uyarınca, üretim ve dolum faaliyetlerini yerine getirme, hammadde ve mamul ürünleri muhtelif araçlara yükleme, rafineriye gelen her türlü malı boşaltma her türlü araç için sürücü hizmeti vermeyi, üretim ve dolum makinelerinin temizliğini yapmayı üstlenmiş bulunmaktadır.

Bu sözleşmenin "Çalıştırılacak Personel" başlıklı 5. maddesi uyarınca, çalıştırılacak personelle ilgili iş sahibinin onayının alınacağı, seçilecek personelin iş sahibinin tayin edeceği esaslar çerçevesinde seçileceği, iş sahibine uygun bulunmayan personelin işe başlatılmayacağı ve yerine 3 gün içinde yenisinin bulunacağı hükme bağlanmıştır.

6. maddede iş sahibi ile yüklenicinin mutabakat temin etmeden personel sayısını hiçbir şekilde arttırıp eksilmeyeceği, iş sahibi tarafından değiştirilmesi istenen personelin işyerinden, isteğin yapıldığı gün uzaklaştırılacağı yer almaktadır.

8. maddede, iş sahibinin sözleşme konusu hizmetlerde değişiklik yapmaya, hizmet miktarını dilediği kadar arttırmaya eksiltmeye ve fabrika sahasında bir bölgeden diğerine kaydırmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

10. maddede hizmetin ifa edilmesinde idari, mali ve teknik kontrollerin iş sahibince görevlendirilecek üniteler tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.

(D) varil dolum sorumlusu olarak çalışmak üzere işe başlama tarihi 01.12.2007 ve sona erme tarihi 30.11.2008 olan bir sözleşme ile (G)'yi işe başlatmıştır.

Bu sözleşmenin 7 maddesi uyarınca, sözleşmenin işin bitimine kadar geçerli olacağı, işin uzaması durumunda sözleşmenin de uzama tarihine kadar devam edeceği, ancak her halükarda işin bitişi ile sınırlı olacağı ve kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir.

(D) tarafından sözleşmenin 31.01.2009 tarihinde işyerinin kapanması nedeniyle feshedildiği (G)'ye yazılı olarak bildirilmiştir. Bunun üzerine (G) işe iade açmıştır.

SORULAR

1. (G) ile yapılan sözleşmenin niteliğini belirleyerek işe iade davası açma hakkının bulunup bulunmadığını tespit ediniz.
2. Rafineri ile (D) şirketi arasında imzalanan sözleşme uyarınca asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğup doğmayacağını belirleyiniz.
3. (G), Rafineri ile (D) arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğunu ileri sürerse, bu iddia yerinde sayılır mı? Mahkemenin ne şekilde karar vermesi gerekir.
4. (G), (D) tarafından yapılan feshin İş Kanunu'nun 19. maddesine uygun olmadığını ileri sürebilir mi? Neden?
5. İşyerinin kapanmış olması mahkemenin vereceği kararı nasıl etkiler?

CEVAPLAR

1. (D) ile (G) arasında işe başlama tarihi 01.12.2007 ve işin sona erme tarihi 30.11.2008 olan belirli süreli iş sözleşmesinin imzalandığı ve sözleşmenin "Akdin Süresi" 7. maddesi altında *".... Sözleşme işin bitimine kadar geçerli olacak, işin uzaması durumunda iş bu sözleşme, işin bitiş tarihine kadar uzayacak, ancak her halükarda işin bitişi ile sınırlı olacak ve kendiliğinden sona erecektir"* düzenlemesi bulunmaktadır.

İş Kanunu'nun 11. maddesi belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı sınırlandırılmış olup, bu tür sözleşmenin kurulabilmesi, objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Bu objektif koşullar işin belirli süreli olması, belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ya da belirli bir olgunun orta çıkmasıdır.

Taraflar belirli bir süre belirlemek suretiyle yaptıkları iş sözleşmesini belirli süreli olarak nitelendirseler bile, sayılan bu objektif koşullar yoksa, bu sözleşme belirsiz süreli sayılır ve bu tür sözleşmeler bakımından uygulanacak hükümler uygulama alanı bulur.

(D) ile Rafineri arasında imzalanan sözleşme uyarınca yüklenici konumunda olan (D)'nin yapacağı işlerin süreklilik niteliğini taşıdıkları anlaşıldığından, taraflar arasındaki sözleşmenin belirli süreli olarak nitelendirilmiş olması sonuca etkili olmayacak ve sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabul edilmesi gerekir.

2. İş Kanunu m. 2/f-7 uyarınca *"İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."*. Yasa koyucu yardımcı işler ile asıl işler arasında bir ayırıma gitmiş, yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde işlemin muvazaalı olması dışında bir sınırlama getirmezken, asıl işin alt işverene verilebilmesi olanağını sınırlamıştır. Asıl işin bölünüp bir kısmının alt işverene verilebilmesinin koşulu, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektirmesidir.

Bu nedenle tartışılması gereken husus, asıl işin bir bölümü olan

- Özel bir uzmanlık gerektirmeyen üretim ve dolum faaliyetlerini yerine getirme
- Dökme ve ambalajlı hammadde ve memul ürünlerini kamyon, tır, gemi dahil olmak üzere fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla muhtelif araçlara yükleme
- Fabrikaya tanker, konteynır, gemi ve benzeri ile dökme halde ve/veya ambalajlı olarak gelen her türlü katık, kimyasal madde vs malzemelerini boşaltma,
- Her türlü araç için sürücü hizmet verme
- Düzenli olarak üretim ve/veya dolum makine ve teçhizatlarının temizlik işlerini yapma

İşlerinin alt işverene verilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren bir durum bulunup bulunmadığıdır. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren iş koşulu iş hukuku öğretisinde uzun tartışmalara yol açmıştır. Konu hakkında çeşitli görüşler bulunmakla birlikte temel ayırım noktası, işletme ve işin gereği kavramları ile teknolojik uzmanlık kavramlarının ayrı ve bağımsız içeriklere sahip olup olmadıkları hususudur. Bir görüş uyarınca işletme gerekleri tek başına yeterli iken, diğer görüş uyarınca teknolojik uzmanlık gerektirmedikçe asıl işin bir bölümünde alt işverenlik ilişkisi kurulamaz.

Alt İşverenlik Yönetmeliği bu konuda ikinci görüşe uygun hazırlanmıştır. Yönetmelik uyarınca, "asıl iş; a) İşletmenin ve işin gereği, b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir." (m. 11/3) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de "teknolojik uzmanlık gerektirme" koşulu bulunmaksızın asıl işin alt işverene verilmesini geçersiz kabul etmektedir. Teknolojik uzmanlık, işletmenin sahip olması gereken uzmanlığın dışında kalan özel bir uzmanlık olarak anlaşılmalıdır.

Yukarıda sayılan işlerin özel bir teknolojik uzmanlık gerektirmedikleri düşünülmektedir. **Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacaktır.**

3. Bir alt işveren asıl işverenden üstlendiği işi yürütmek için ayrı bir organizasyon oluşturmamışsa, uzmanlığa ve hukuki bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim veya hizmet sunumuna ilişkin faaliyetin bağımsız yönetimini üstle-

nememişse asıl-alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Burada işçi teminine yönelik bir sözleşmenin varlığından söz edilebilir.

Rafineri ile (D) arasında 14.11.2007 tarihinde imzalanan sözleşmenin 4. maddesinde yüklenicinin yükümlülükleri ayrıntılı olarak belirlenmiştir. "Çalıştırılacak personel" başlıklı 5 maddesinde, çalıştırılacak personelle ilgili iş sahibinin onayının alınacağı, her halükarda bu sözleşme kapsamında temin edilecek personelin iş sahibinin tayin edeceği esaslar çerçevesinde seçileceği, iş sahibince uygun bulunmayan personelin işe başlatılmayacağı, iş sahibin uygun bulmadığı personelin yerine 3 takvim günü içerisinde yenisinin temin edilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

"Yüklenicinin Yükümlülükleri" başlıklı 6 maddesinde, yüklenicinin, iş sahibi ile mutakabat temin etmeden personel sayısını hiç bir şekilde arttırıp eksiltemeyeceği; yüklenicinin, iş sahibi tarafından değiştirilmesi istenen personeli işyerinden, isteğin yapıldığı gün uzaklaştırılacağını içermektedir.

"Hizmette değişiklik yapılması" başlıklı 8 madde uyarınca, iş sahibinin sözleşme konusu hizmetlerde gerekli değişiklikleri yapmaya ve diğer şartlar aynı kalmak üzere, hizmet miktarını dilediği kadar arttırmaya eksiltmeye ve fabrika sahasındaki bir bölgeden diğerine kaydırmaya yetkili olduğu; "İşin Kontrolü" başlıklı 10 madde uyarınca da, hizmetin ifa edilmesinde idari, mali, teknik kontrollerin iş sahibince görevlendirilecek üniteler tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.

Bütün bu düzenlemeler taraflar arasında gerçek asıl-alt işveren ilişkisinin kurulmadığını göstermektedir. Açıklanan nedenlerle davacı işçinin baştan itibaren Rafineri işçisi sayılması gerekmektedir.

4. Yukarıda açıklanan nedenler ile İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca işveren sayılması gereken Rafineri tarafından yapılmış olan yazılı bir fesih bildirimi bulunmadığı için işçinin işe iade edilmesi gerekir.

5. İşyerinin kapanmış olmasının işe iade davasını nasıl etkileyeceği sorunu üzerinde de durulması gerekir. Yargıtay artık yerleşmiş kararları ile bu durumda davanın konusuz kalmadığına ve işe iade davasında işe iadeye yönelik bir karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Kanımca da işyeri kapanmış olsa bile, fesih tarihi itibarıyla geçerli neden yoksa işe iadeye karar verilmelidir. İşe iade olanağının kalmaması ve feshin geçersizliği ve işe iade davasındaki kararlar birbirinden bağımsızdır.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildikten sonra, işverenin başka bir işyeri olup olmadığına göre bir sonuca varmak gerekir. İşçi işe iadesi için,

on işgünü içinde işverene başvuracaktır. İşverenin eğer işçiyi başka bir işyerinde çalıştırma olanağı varsa İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca işçiye bu işi önermesi gerekecek, işçi kabul ederse değişen çalışma koşullarında, başka bir işyerinde çalışmak üzere işe iade gerçekleşmiş olacaktır. İşçi değişikliği kabul etmezse, bu durumda işçinin işverence işe iade edilmediği kabul edilmeli ve buna ilişkin hukuki sonuçlar doğmalıdır. Yani işverenin işçiye hem iş güvencesi tazminatı, hem de en çok dört aya kadar doğmuş bulunan boşta geçen sürelere ilişkin ücret ve diğer haklarını ödemesi gerekir.

OLAY

Davacı vekili davalı müdürlüğün 15.08.2011 tarih ve 15927 sayılı yazısında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlığı tarafından yapılan inceleme neticesinde, dava dışı S Deri San ve Tic.A.Ş ne ait deri fabrikasının işyerinin, kurutma ve finisaj bölümünde müvekkil şirket FA Deri Tekstil. San. Tic. Ltd. Şti üzerinden sigortalı gösterilmek sureti ile çalıştırılan 29 işçinin yaptıkları işlere bakıldığında, işletmenin gereği ve uzmanlık gerektirmeyen asıl işler olduğu ve işçilerin bu işlerde çalıştırıldığı, müvekkil şirket üzerinden sigortalı çalıştırılan işçilerin çalıştırılmasının sevk ve idaresinin, personel özlük işlerinin ve ön muhasebe işlerinin tamamıyla S Deri San. Tic. A.Ş çalışanları tarafından gerçekleştirildiği, fabrikada kullanılan tüm alet makine ve ekipmanların S Deri San. Tic. A.Ş'ne ait olduğu hususlarının tespit edildiğini, bu sebeple iki şirket arasında kurulan ilişkinin muvazaalı olduğu sonucuna varılmışsa da, her iki şirket arasındaki ilişkinin 4857 sayılı yasanın ve Alt İşverenlik Yönetmeliğinin yürürlük tarihinden çok önceye dayandığını, taraflar arasında kiralayan ve kiracı ilişkisinin bulunduğunu, iş müfettişlerinin değerlendirmelerinin objektif tespitlere dayanmadığını, taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğuna ilişkin tespitin iptaline karar verilmesi talep edilmiştir.

Davalı Kurum verdiği cevapta, davacının altı işgünlük süre içerisinde itirazda bulunup bulunmadığı hususunun Mahkemece resen incelenmesi, itirazın süresinde yapılmadığının anlaşılması halinde reddine karar verilmesi, inceleme konusu tespitin Yasanın 91 maddesine uygun olarak gerçekleştirildiğini, raporda hukuka ve mevzuata aykırı bir yön bulunmaması nedeni ile tespitin iptaline yönelik talebin reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 15.08.2011 tarihli raporunda özetle:

- MMS Deri Tabakhanesi adlı işyerinde, ıslak ham deri işinin yapılmakta olduğu, tıraşçı, dolapçı, kaveletocu, yarmacı, budamacı, sıkma makineci, istiflliyeci, forkliftçi sıfatına sahip işçilerin burada çalıştıkları belirlenmiştir.

- FA Deri Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şt de, fabrikanın kurutma ve finisaj bölümünün bulunduğu, burada makineci, budamacı ve ara eleman sıfatına sahip işçilerin çalıştığı anlaşılmaktadır.
- Üçüncü bölümünde S Deri A.Ş faaliyette bulunmakta olup, kurutma bölümünden (FA Ltd.Şti) crust derinin sipariş doğrultusunda pistole sprey boyası ile boyandığı, pres makinelerinde şekil ve desen verildiği, parlaklık verilerek makyajlandığı, kalite kontrolden geçen mamul hale gelmiş finisajlanmış derinin, desi makinesinde alanı ölçülerek ve sevkiyat için paketlenerek hazır hale getirildiği belirlenmiştir
- **S Deri San. Tic. A.Ş ile MMS Deri Tabakhanesi arasındaki ilişki ile S Deri San. Tic. A.Ş ile FA Deri Tekstil San.ve Tic. Ltd. Şti arasında kurulan ilişkinin 4857 sayılı İş Kanunun 2. maddesi ile Alt işveren Yönetmeliği hükümlerince muvazaalı olduğu,**
- **MMS Deri tabakhanesi üzerinden sigortalı gösterilen işçiler ile FA Deri Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti üzerinden sigortalı gösterilen işçilerin işe başlama tarihinden itibaren S Deri San. ve Tic. A.Ş işçisi olarak işlem görmelerine,**
- **4857 sayılı İş Kanunun 3 maddesi uyarınca MMS Deri Tabakhanesi ve FA Deri Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti ne ait işyeri tescillerinin iptal edilmesinin yerinde olacağı bildirilmiştir.**

SORULAR

1. Asıl-Alt işveren ilişkisinin kurulması bakımından İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliğinde aranan koşullar nelerdir?
2. Çalışma Bakanlığı'nca düzenlediği raporun yerinde olup olmadığını belirleyiniz.

CEVAPLAR

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, *"Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." Keza aynı maddenin 7. fıkrasına göre, "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kim-*

se ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."

Bu maddeye göre, *"bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar alt işveren"* olarak belirtilmektedir. Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Alt İşverenlik yönetmeliğinde 3 maddede "**Asıl iş: Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş**" olarak tanımlanmıştır.

Rapordan anlaşılacağı üzere, derinin ham mamül iken işlenmesi işinin parçalara bölünmek sureti ile başka işverenlere verildiği anlaşılmaktadır. Her üç şirketin ana sözleşmesinde faaliyet konularının birbirine yakın olarak düzenlendiği ve esas olarak derinin işlenmesi suretiyle mamul hale getirilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Hal böyle iken asıl işin bölünerek başka alt işverenlere verilebilmesi için yasada aranan işyerinin gereklerinden olma ve teknolojik uzmanlık iş olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Yönetmelikte uzmanlık gerektiren iş "**İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş** başlığı altında şu şekilde tanımlanmıştır

MADDE 11 - (1) İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir.

Oysa her üç şirketin ana sözleşmesinde deri işinin asıl iş olduğu ve bu sebeple kendi uzmanlığı dışında bir işin başka işverene verilmesinin söz konusu olmadığı düşünülmektedir.

Yönetmelikte muvazaa şu şekilde tanımlanmıştır: Muvazaa:

1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri,

ihtiva eden sözleşmeyi,

ğ) Yardımcı iş: İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi,

ifade eder.

Öğretide iş müfettişlerine hukuki bir içeriği olan muvazaanın denetlenmesi ve tespiti yetkisi tanınması eleştirilmiştir. Muvazaa denetiminin, asıl işin bölünmesi koşullarını denetim yetkisini içerip içermediği, asıl işin koşulları oluşmadığı halde alt işverene verilmesinin muvazaa tanımına uyup uymadığı konusunda da tereddütler bulunmaktadır. Bu ve benzeri gerekçeler ile Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin iptali için halen görülmekte olan bir idari dava açılmıştır. Yürütmenin durdurulması talebi reddedilmiş olmakla birlikte, dava henüz sonuçlanmadığı için Alt İşverenlik Yönetmeliği yürürlüktedir. Bu nedenle hukuki değerlendirmenin Alt İşverenlik Yönetmeliği hükümlerine göre yapılması gerekir.

Yasa ve Yönetmelik uyarınca iş müfettişinin alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığını denetleme ve tespit etme yetkisi bulunmaktadır. Gerçi İş Kanunu m. 3'teki muvazaa denetiminin sadece tarafların gerçek iradesini yansıtmayan, üçüncü kişileri aldatma kastı ile görünürde kurulan alt işverenlik ilişkilerini kapsadığı da savunulabilir. Bu bakımdan muvazaalı olmayan, asıl işin bölünmesi koşullarının gerçekleşmemesi hususunun, iş müfettişinin denetim yetkisinde olmadığı da düşünülebilir. Fakat Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde

iş müfettişlerine bu konuda yetki tanınmış olması karşısında, iş müfettişlerinin denetim yetkisinin bu alanı da içerdiği kabul edilmelidir. Bu bakımdan, iptali talep edilen iş müfettişi raporunun hazırlanmasında hukuka aykırılık yoktur.

2. Raporun içeriği bakımından ise tartışılması gereken husus, asıl işin bir bölümü olan ham deri işleme işi ile kurutma işinin alt işverene verilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren bir durum bulunup bulunmadığıdır. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren iş koşulu iş hukuku öğretisinde uzun tartışmalara yol açmıştır. Konu hakkında çeşitli görüşler bulunmakla birlikte temel ayırım noktası, işletme ve işin gereği kavramları ile teknolojik uzmanlık kavramlarının ayrı ve bağımsız içeriklere sahip olup olmadıkları hususudur. Bir görüş uyarınca işletme gerekleri tek başına yeterli iken, diğer görüş uyarınca teknolojik uzmanlık gerektirmedikçe asıl işin bir bölümünde alt işverenlik ilişkisi kurulamaz.

Alt İşverenlik Yönetmeliği bu konuda ikinci görüşe uygun hazırlanmıştır. Yönetmelik uyarınca, "asıl iş; a) İşletmenin ve işin gereği, b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir" (M. 11/3). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de "teknolojik uzmanlık gerektirme" koşulu bulunmaksızın asıl işin alt işverene verilmesini geçersiz kabul etmektedir. Teknolojik uzmanlık, işletmenin sahip olması gereken uzmanlığın dışında kalan özel bir uzmanlık olarak anlaşılmalıdır.

İşyerinde müfettiş tarafından yapılan yerinde inceleme ve işveren vekillerinin ifadelerinden anlaşıldığı kadarı ile, ham deri işleme işi ile kurutma işinin özel bir teknolojik işlem ve uzmanlık gerektirmediği anlaşılmıştır. Bu nedenle iptali istenen iş müfettişi raporunda bu işlerin uzmanlık gerektirmediği konusunda yapılan tespitte hukuka aykırılık bulunmadığı düşünülmektedir.

Müfettiş raporu sadece bu bakımdan asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu belirlememiş bunun dışında, MMS Deri Tabakhanesi ile FA Deri Tekstil San. A.Ş'de çalışan işçilerinin personel ve özlük işlerinin, bordrolaşma için ön muhasebe işlerinin S Deri Ticaret A.Ş çalışanları tarafından yürütüldüğü; ıslak (ham deri) ve kurutma (crust) ve finisaj bölümünde kullanılan alet ve edavat, makine ve ekipmanların S Deri San. Tic. A.Ş ait olduğu belirlenerek, Yargıtay tarafından belirlendiği şekilde, alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacağı hususu da belirlendiği için, taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

OLAY

Davacı vekili dava dilekçesinde, T.C. Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Aydın Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün 18.08.2014 tarih, 6212 sayılı üst yazısı ekinde gönderilen İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 03.07.2014 tarih, 9674 İNC..... sayılı raporunun sonuç ve kanaat bölümünün davacıya 26.08.2014 tarihinde tebliğ edildiğini, raporun sonuç ve kanaat bölümünün tamamen hatalı ve hukuka aykırı olduğunu, dava konusu raporun Türkiye Demiryolu İşçileri Sendikası'nın dilekçesi üzerine düzenlendiğini, raporu düzenleyen iş müfettişinin kanuna uygun olmayan şekilde muvazaa incelemesi yaptığını, iş müfettişinin muvazaa inceleme yetkisinin konunun kendisine Bölge Müdürlüğü tarafından aktarılması şatına bağlı olduğunu, işçinin veya sendikanın şikâyeti veya başka bir nedenle iş müfettişinin İş Kanunu m.3/2'ye göre muvazaa inceleme yetkisinin olmadığını, Alt İşverenlik Yönetmeliği'ne göre ise, tüzel kişiler için Ticaret Sicili Gazetesi, imza sirküleri, alt işverenlik sözleşmesi ve eklerinde muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması halinde söz konusu belgelerin incelenmek üzere İş Teftiş Kurulu'na intikal ettirileceği açıkça yazılı olduğuna göre iş müfettişinin yapacağı incelemenin bu belgelerle sınırlı olduğunu, İş Kanunu m.3/2 hükmünün iş müfettişine verdiği yetkinin alt işverenin kendi işyerinin tescili talebi aşması, Bölge Müdürlüğü'nün talebi ve kendisine verilen belgelerle sınırlı istisnai bir yetki olduğunu, itiraza konu raporun her 3 şartın da dışında kanuna aykırı olarak düzenlendiğini, muvazaa iddiasının esasen yargısal incelemeyi gerektiren ve ancak kesin delillerin varlığı halinde kabulü mümkün olan bir kavram olduğunu, kesin deliller olmaksızın muvazaanın kabulünün hakkaniyete ve hukuka aykırı olduğunu, davacının 10 yılı aşkın bir süredir hemzemin geçit bekçilik işini hizmet alımı suretiyle, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Genel Yatırım ve Finansman Programının tespitine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararnamesi, Hazine Müsteşarlığı'nın Genel Yatırım ve Finansman Programının tespitine İlişkin Usul ve Esaslar Genelgesi doğrultusunda ve Hazine Müsteşarlığı'ndan alınan onay ile Kamu İhale mevzuatına uygun olarak yapıldığını, yapılan ihaleler sonucunda ihaleyi kazanan şirketler ile sözleşmeler yapıldığını ve bu sözleşme hükümleri çerçevesinde hemzemin geçitlerin korunması, bakımı ve işletilmesi işinin yürütüldüğünü, davacı Teşebbüs gibi birçok kamu kurumunda da benzer hizmet alımları yapıldığını, kamu kurumlarını bu tip hizmet alımlarına iten nedenin kamu personel sayısının yetersiz olması olduğunu, bu sebeple Kamu İhale Kanunu'nun güvenlik gibi benzer hizmetlerin hizmet alımı suretiyle yapılabileceğini hüküm altına aldığını, davacı Teşebbüsün işlem ve faaliyetlerinin Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun denetimine tabi olduğunu, yapılan bu denetimlerde ve Kurum içi yapılan denetimlerde davacı teşebbüsçe yapılan hemzemin geçit bekçilik ihalesinde yapılan sözleşmelerde

muvazaa olduğuna dair herhangi bir tespit yapılmadığını, İş Müfettişliği'nce düzenlenen raporun "Sonuç ve Kanaat" bölümünde Aydın Yol Bakım Onarım Müdürlüğü mıntıkasındaki korumalı hemzemin geçitlerin korunması, bakımı ve işletilmesi işinin yardımcı iş olduğu ancak muvazaanın incelemesinde özellikle bakılması gereken hususun alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışmaması gerektiği hususuna aykırılık oluşturması sebebiyle muvazaa olduğunun tespit edildiğini, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 12. maddesinde muvazaa incelemesinde göz önünde bulundurulacak hususların sayıldığını, bu hususların tamamının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde ise aradaki ilişkinin muvazaa olduğu sonucuna varılamayacağını, hizmet alımı yapılan işte çalışan yükleniciye ait işçi sayısının 80 civarında olmasına rağmen davacıya ait işçi sayısının birkaç tane olduğunu, bunun muvazaaya delil olmayacağını, bu çalıştırmanın herhangi bir işçiyi hak kaybına uğratmak veya herhangi bir haktan mahrum etmek amacıyla yapılmadığını, davacının bir kamu kurumu olduğunu, muvazaalı işlem yapmasını ve kanuna aykırı hareket etmesini gerektirecek bir durum olmadığını, davaya konu bölgedeki hemzemin geçit bekçilik işinde çalışan işçilerden bazılarının açmış olduğu işçilik alacağı davalarında aradaki ilişkinin asıl işveren – alt işveren ilişkisi olduğu ve müteselsil sorumluluğun bulunduğunun tespit edildiğini, mahkeme kararlarında ya da bilirkişi raporlarında muvazaa olduğuna yönelik bir tespitin yer almadığını, davacı teşebbüsün hemzemin geçit bekçilik işini ilgili kanunlar uyarınca hizmet alımı yoluyla gerçekleştirdiğini, hizmet alımının 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu'nun 3/g maddesi uyarınca yapacağı mal ve hizmet alımlarında uygulanacak esas ve usuller hakkında yönetmelik çerçevesinde düzenlendiğini ve belirli süreli ihaleler şeklinde gerçekleştiğini, davacının ihale usulüyle anahtar teslimi bir hizmet aldığını, işçilerin bütün hak ve alacaklarından ihaleyi alan firmaların sorumlu olduğunu, işçiler üzerinde davacı Teşebbüsün doğrudan bir tasarrufu bulunmadığını, iş akdinin kurulmasında ve feshinde davacının yetkili olmadığını, hizmet alımı yapılan bekçilik işinin Karayolları Trafik Kanunu ve TCDD Ana Statüsü gereğince davacının sorumluluğunda olan işler olmadığından Borçlar Kanunu'nun Vekaletsiz İş Görme hükümlerine göre yapıldığını, bu hizmet için ödenen bedellerin trafik güvenliğini sağlamakla görevli kuruluşlara rücu edildiğini, davacının kendi işi olmayan bir işi hizmet alımı yoluyla ve vekaletsiz iş görme hükümlerine göre yerine getiren bir teşebbüs olduğunu, muvazaa gerekçesiyle yüklenicinin işçilerinin başından itibaren davacının işçisi olarak sayılmasının hakkaniyetli olmayacağını beyan etmiş, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 03.07.2014 tarih ve 9674 .....sayılı raporuna itirazın kabulü ile raporun iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, 665 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair KHK ile Kurumun statüsü, görevleri ve yapılanmasında değişiklikler yapıldığını, Çalışma Bakanlığı Taşra Teşkilatı olan Bölge Çalışma Müdürlükleri'nin kapatılarak Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü adıyla yeniden yapılandırılan Türkiye İş Kurumu Taşra Teşkilatı'na devredildiğini, davacının dava dilekçesinde Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Aydın Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nü davalı olarak gösterdiğini, ancak iptali istenen raporun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın raporu olduğunu, raporu düzenleyen kurumun, davalı Kurumun bir organı olmadığını, davalı Kurumun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olup özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği haiz, idari ve mali bakımdan özerk bir kamu kuruluşu olduğunu, davalı Kurumun Bakanlık teşkilatı içerisine dahil olmadığını, Bakanlığın ilgili kuruluşu olmakla birlikte ayrı bir tüzel kişiliği olan idari ve mali bakımdan özerk bir Kurum olduğunu, dava konusu raporu tanzim edenin İş Teftiş Kurulu Başkanlığı olduğunu, bunun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın teşkilatı içerisinde bir Başkanlık olduğunu, davalı Kurumun davada herhangi bir sıfatı olmadığını, davanın husumet yokluğu nedeniyle reddinin gerektiğini, İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından düzenlenen genel Teftiş Raporu'nda 4857 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddelerine aykırı hususların yerinde tespit edildiğini, m.92/3'teki "Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili İş Müfettişleri ile işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir." hükmü gereği bu rapor ve tutanakların adi bir kanuni karine niteliği taşıdıklarını, davacının bu tespitlerin aksini ispatla yükümlü olduğunu, dava konusu İş Müfettişi Raporunun sadece evrak üzerinden değil, İş Müfettişince davacı şirket işyerine bizzat gidilerek, işyeri gezilip görülerek, işveren vekili ve işçilerle görüşülerek, ibraz edilen işyeri kayıt ve belgeleri incelenerek düzenlendiğini, raporda eksik inceleme de bulunmadığından usul ve yasaya uygun olduğunu, davanın reddinin gerektiğini beyan etmiştir.

Demiryol-İş Türkiye Demiryolu İşçileri Sendikası'nın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü'ne yazdığı 12.02.2014, ... sayılı yazısında, TCDD 3. Bölge Müdürlüğü'ne bağlı Aydın Yol Bakım-Onarım Müdürlüğü mıntıkasındaki korumalı hemzemin geçitlerin korunması, bakımı ve 83 adet hemzemin geçit işletme görevlisinin 26 adet korumalı hemzemin geçitte 12 ay süre ile Hizmet Alımı yaptırılması işinin İHALE ile Y TEMZ. ve ÖZEL SAĞLIK HİZM. POSTA DAĞ. İNŞ. TURZ. OTO. KİR. TEKS. GIDA SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ'ne verildiğini, söz konusu ihalenin Teknik Şartnamesi, İdari

Şartnamesi ve diğer idari belgelerine göre ve ayrıca işçilerin fiilen yaptıkları işlere göre Alt işverene verilen işin işyerinde yürütülen asıl işlerden olduğu, işletmenin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir işin de söz konusu olmadığını, bugüne kadar bu işlerin tamamıyla TCDD'nin kendi personeli, araç ve gereçleri ile yapıldığını, izah olunan nedenlerle TCDD 3. Bölge Müdürlüğü ile 4.5221..... SGK nolu Y. Temz. ve Özel Sağlık Hizm. Posta Dağ. İnş. Turz. Oto Kir. Teks. Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti arasında yapılan hizmet alım sözleşmesinin 4857 sayılı Yasanın 2. maddesine ve 27.09.2008 tarihli 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Alt İşveren Yönetmeliği hükümlerine göre incelenerek sonucuna göre ekli listede belirtilen işçilerin muvazaalı çalıştırıldığının tespitine karar verilmesinin talep edildiği görülmüştür.

Aydın Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün 18.08.2014 tarih, 47802827 .....s İnceleme Konulu yazısı ile TCDD İşletmesi İzmir 3. Bölge Müdürlüğü'ne gönderilen 03.07.2014 tarih ve 9674 İNC..... sayılı raporun sonuç ve kanaat bölümünün gönderildiği, raporda özetle TCDD 3. Bölge Müdürlüğü'nce Asıl İşveren olarak hizmet alım sözleşmesi ile Y Temz. ve Özel Sağlık Hizm. Posta Dağ. İnş. Turz. Oto Kir. Teks. Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti'ne verilerek yaptırılan Aydın 32. Yol Bakım Onarım Müdürlüğü mıntıkasındaki korumalı hemzemin geçitlerin korunması, bakımı ve işletilmesi işinin yardımcı iş olarak değerlendirilmesi gerektiği, ancak bu geçitlerden 20 korumalı hemzemin geçit korumasının söz konusu firmaya verilmek suretiyle, bu firmanın 81 işçisiyle sağlanmasının, 12 korumalı hemzemin geçidin korunmasının ise 5620 sayılı Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun uyarınca 179 gün esasına göre çalışan 39 belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan geçici işçi ile sağlanmasının Alt İşverenlik Yönetmeliği m.12/2-e maddesinde muvazaanın incelenmesinde özellikle bakılması gereken husus olarak belirtilen "alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı" hususuna açıkça aykırılık oluşturması sebebiyle muvazaalı olduğu, bu işte çalıştırılan işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri gibi işlem görmeleri gerektiği kanaatine varıldığı görülmüştür.

Davacının ibraz ettiği 32. YBO Müdürlüğü'nün Geçici İşçi İle Korunan Hemzemin Geçit Listesi'ne göre Alsancak – Eğirdir hattında 12 adet geçitte geçici işçi çalıştığı görülmüştür.

TCDD İşletmesi İzmir 3. Bölge Müdürlüğü ile Yamanlar Temz. ve Özel Sağlık Hizm. Posta Dağ. İnş. Turz. Oto Kir. Teks. Gıda San ve Tic Ltd. Şti ara-

sında 26.12.2013 tarihinde hizmet alımı sözleşmesi akdedildiği, yürürlük tarihinin 01.01.2014 olarak kararlaştırıldığı, tarafların sözleşmeyi imza altına aldığı görülmüştür.

SORU

İş Müfettişlerinin düzenlediği rapor yerinde midir?

CEVAP

Uyuşmazlık İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 03.07.2014 tarih ve 9674 İNC..... sayılı raporuna karşı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesi gereğince itiraz edilmesine ilişkindir.

Düzenlenen raporun sonuç bölümünde "Aydın Yol Bakım Onarım Müdürlüğü mıntıkasındaki korumalı hemzemin geçitlerin korunması, bakımı ve işletilmesi işinin yardımcı iş olduğu ancak muvazaanın incelemesinde özellikle bakılması gereken hususun alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışmaması gerektiği hususuna aykırılık oluşturması sebebiyle muvazaa" olduğu tespit edilmiştir.

İş Kanunun Değişik ikinci fıkrası uyarınca: 15/5/2008-5763/1 md.) "Bu Kanunun 2'nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. (Değişik beşinci cümle: 16/9/2014-6552/1 md.) İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir. Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur. Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır".

Uyuşmazlıkla ilgili olarak Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesi uyarınca:

"a) Alt işveren: Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin

gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları,

b) Alt işverenlik sözleşmesi: Asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı olarak yapılan ve 10'uncu maddede belirtilen hususları ihtiva eden sözleşmeyi,

c) Asıl iş: Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan işi,

ç) Asıl işveren: İşyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları,

d) Bakanlık: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığını,

e) Bölge Müdürlüğü: İşyerinin kayıtlı olduğu Bakanlık Bölge Müdürlüğünü,

f) Kanun: 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununu,

g) Muvazaa:

1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri,

ihtiva eden sözleşmeyi,

ğ) Yardımcı iş: İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi,

ifade eder".

Yol Müdürlüğü'nün.... sayılı, 3. Bölge Yol Müdürlüğü İzmir, Aydın Yol Bakım Onarım Korunması, Bakımı ve 151 Ad. Hemzemin Geçit İşletme Görevlisinin 37 adet Korumalı hemzemin geçitte 12 ay Süre ile hizmet alımı yaptırıl-

ması işi konulu yazısında, 3. Bölge Yol Müdürlüğü İzmir, Aydın Yol Bakım Onarım Müdürlükleri mıntıkasındaki Korumalı Hemzemin Geçitlerin Korunması, Bakımı ve 151. Ad. Hemzemin Geçit İşletme Görevlisinin 37 Adet Korumalı Hemzemin Geçitte 12 Ay Süre ile Hizmet Alımı Yaptırılması İşi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3/g bendi TCDD Mal ve Hizmet Alım İhale Yönetmeliği'nin 15. maddesine istinaden açık ihale usulü ile temin edilebilmesi, seyrüseferle ilgili olması ve işin aciliyetine binaen TCDD Mal ve Hizmet Alım İhale Yönetmeliği'nin 12. maddesine göre ilan süresinin 10 gün olarak belirlenerek 3. Bölge Müdürlüğü Mal ve Hizmet Alım İhale Komsiyonu'na yetki verilmesi hususuna karar verildiği görülmüştür.

TCDD İşletmesi İzmir 3. Bölge Müdürlüğü ile Yamanlar Temz. ve Özel Sağlık Hizm. Posta Dağ. İnş. Turz. Oto Kir. Teks. Gıda San ve Tic Ltd. Şti arasında 26.12.2013 tarihinde hizmet alımı sözleşmesi akdedildiği, yürürlük tarihinin 01.01.2014 olarak kararlaştırıldığı, tarafların sözleşmeyi imza altına aldığı görülmüştür.

Davacının ibraz ettiği 32. YBO Müdürlüğü'nün Geçici İşçi İle Korunan Hemzemin Geçit Listesi'ne göre Alsancak – Eğirdir hattında 12 adet geçitte geçici işçi çalıştığı görülmüştür.

Alt işveren ilişkisinde muvazaa konusunda ortaya çıkabilecek muvazaalı durumlar İş kanunun 2/7 yer alan hallerle sınırlı değildir. Aynı fıkrada öngörüldüğü gibi bu haller dışında da genel olarak bu ilişkinin muvazaalı bir işleme dayandığının iddia ve tespit edilmesi mümkündür.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kuralları ile ispat edilebilir. Bundan başka 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanunî karineler olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayrık durumlar düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Kanuni olarak verilmesi

mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekleri 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasında açık biçimde ifade edilmiştir. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamaz. Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine şartların oluşmasına rağmen işçinin yararlanamaması, Anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur.

Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarında taşeron işçileri ile asıl işverenin işçilerinin taşerona verilen işte çalıştırılmasının muvazaa oluşturduğu kabul edilmiştir. Nitekim bu husus "alt işverenlik yönetmeliğinin" 12 maddesinde, Muvazaanın incelenmesi başlığı altında

"(1) 7'nci madde uyarınca tescili yapılan işyeri için 6'ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir.

(2) Muvazaanın incelenmesinde özellikle;

a) Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı,

b) Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı,

c) Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı,

ç) Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı,

d) İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı,

e) Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı,

f) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı,

g) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılıp yapılmadığı, hususları göz önünde bulundurulur" şeklinde düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, yapılan inceleme neticesinde ihale konusu olan işin verilmesi yardımcı iş niteliğinde olmakla birlikte, alt işverene verilen HEMZEMİN GEÇİT işinde, Alsancak – Eğirdir hattında 12 adet geçitte geçici işçi çalıştığı belirlendiğinden İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 03.07.2014 tarih ve 9674 .... sayılı raporunun yerinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

OLAY

Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının 01.12.2003 tarihinde K Haddecilik San. ve Tic. Ltd. Şti'ne muvazaalı hizmet alımı ile iş yapan B Mekanik Ltd. Şti'de mekanik bakım ustası olarak çalışmaya başladığını, 04.09.2014 tarihinde kadar kesintisiz ve aralıksız çalıştığını, davacının Türk Metal Sendikası üyesi olup üyeliğinin işverenler tarafından fark edildiğini, 05.09.2014 günü davalı şirket personel müdürü E.Ö tarafından sendika üyesi olup olmadığı konusunda baskı altına alınarak davacıya sendika üyesi değil ise yemin etmesi, üyeyse kaydını sildirmesi ve kendilerine e-devlet şifresini vermesi için zorlamada bulunulduğunu, e-devlet şifresini vermemesi karşısında "sendika üyesi olduğunu gördük, seninle işimiz bitti, hainsin, şimdi çık git" şeklinde müvekkilinin kovalandığını ve işe giriş kartının pasif hale getirildiğini, zorla istifa ettirilen işçilerle ilgili Aliağa Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette bulunulduğunu ve 2014/.....Sor. ve 2014/...Sor. numaralarıyla soruşturma başlatıldığını, işçi işvereninin baskısıyla istifa etmişse işveren feshinin varlığının kabulünün gerektiğini, feshin İş Kanunu m.18 ve 19'a aykırı olduğunu, feshin sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığını, ayrıca yazılı olarak yapılmadığını, fesih tarihinde Türk Metal Sendikası'nın davalı şirkette yetki alabilmek için yeterli sayıya ulaşmasına yaklaşık 15 işçi kaldığını, işverenin amacının sendikanın yetki almasını engellemek olduğunu, 10.09.2014 tarihinde sendikaya üye işçi sayısı 218 iken işverenin baskıları neticesinde 99 üzerinde üyenin sendikadan istifa etmesinin sağlandığını, sendikadan istifa etmeyen veya e-devlet şifresini vermeyen işçilerin de işten çıkarıldığını, 02-03-04-05.09.2014 ve devamı tarihlerde çıkarmaların kısım kısım devam ettiğini ve yaklaşık 90 kadar işçinin sırf sendika üyesi olması ve sendikal faaliyette bulunması sebebiyle iş akitlerinin feshedildiğini, iş akdi feshedilen işçilerden yaklaşık 70'inin sendika üyesi olduğunu, yaklaşık 10 işçinin sendikal faaliyette bulunup sendikaya üye olma yönünde irade sergilediğini, fesihten sonra yaklaşık 100'e yakın yeni işçi alındığını beyan etmiş, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine, davacının işe başlatılmaması halinde feshin sendikal nedenle yapıldığı kabul edilerek en az 1 yıllık ücret tutarında sendikal tazminat ödenmesine, davacının çalışamadığı dönem için 4 aylık ücret ve diğer sosyal haklar tutarında boşta geçen süre ücretinin ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı K Haddecilik San. ve Tic. Ltd. Şti. vekili cevap dilekçesinde diğer davalı B Mekanik Ltd. Şti ile aralarında asıl-alt işveren ilişkisinin kurulduğunu, son dönemde ekonomik anlamda yaşanan sıkıntıların demir çelik sektörünü olumsuz etkilediğini, durgunluk ve belirsizliğin diğer davalının işyerinin kapatmasına ve müvekkilleri ile olan sözleşmelerini feshetmelerine neden olduğunu, davacının sözleşmesinin diğer davalı tarafından sona erdirildiğini, sadece davacının değil pek çok çalışanın sözleşmesini sona erdirdiğini, davacının sendika üyesi olduğunun işveren tarafından bilinmesine olanak olmadığına, zira üyeliklerin e-devlet şifresi ile internet üzerinden yapıldığını, sözleşmenin sendikal nedenle feshedildiğini davacı işçinin kanıtlaması gerektiğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

Diğer davalı B Mekanik Ltd.Şti vekili tarafından, şirketin diğer davalının bakım montaj işlerini yaptığını, son zamanlarda demir çelik sektöründe büyük sıkıntılar yaşandığını, işlerin durma noktasına gelmesi sebebi ile müvekkilinin diğer davalı ile sözleşmesini sonlandırmak zorunda kaldığını, işyerinin kapatıldığını, diğer davalı ile aralarında muvazaalı ilişkinin bulunduğuna ilişkin iddiaların soyut ve gerçek dışı olduğunu, davacını sendika üyesi olduğunu bilmelerinin mümkün olmadığını, sadece davacının değil tüm çalışanların iş akdinin sona erdirildiğini, bu sebeple davanın reddine karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İzmir Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından yürütülen incelemede, işverenin işçilerin iş sözleşmelerini 4857 sayılı İş kanunun 25/II maddesine göre feshettiğini ispatlayamaması ve işten çıkarmaların 6356 s. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun sendika özgürlüğünün güvencesi başlıklı 25 maddesine aykırı olarak yapıldığı düşüncesinin hasıl olması nedeni ile, işyerinde sözleşmesi feshedilen işçilerin işten çıkarılmalarına sebep olan asıl ve en önemli durumun işyerindeki sendikal gelişmelerin olduğu, işverenliğin Türk Metal Sendikasının işyerindeki örgütlenmesini engelleme çabasının olduğu, işverenin işçileri sendika üyeliğinden çekilmeye zorladığı, sendika üyeliğinden çekilmeyen ya da sendika üyesi olabileceği düşünülen işçilerin iş sözleşmelerinin asıl bu nedenlerle feshedilmiş olabileceği sonuç ve kanaatine ulaşmıştır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü tarafından Mahkemeye yazılan 13.11.2014 tarihli 74038328/103..... sayılı yazıda; Türk Metal Sendikası'nın adı geçen işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak için 03.09.2014 tarihinde başvuruda bulunması üzerine 6356 s. Kanun m. 41/7 hükmü gereği yapılan bildirimlere ilişkin alınan dökümlerde başvuru tarihi itibariyle söz konusu işyerinde 435 işçinin çalıştığı, 132 işçinin adı geçen Sendikaya üye olduğunun tespit edildiği ve buna ilişkin 19.09.2014 tarihli ve 16748 sayılı olumsuz yetki tespit yazısının sendikaya gönderildiği beyan edilmiştir.

Türk-Metal Sendikası'nın Mahkemeye verdiği müzekkere cevabına göre; K Haddecilik ve Ticaret Ltd. Şti. işyerinde 10.09.2014 tarihi ve sonrasında çalışanlardan 2 kişinin üye yapıldığını fakat belirtilen tarihten önce 189 kişinin üye olduğunu, B Bakım ve Torna Ltd. Şti. işyerinde ise 10.09.2014 tarihinden önce 8 kişinin üye olduğunu, G Depolama Sevkiyat Taşımacılık Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. işyerinde 10.09.2014 tarihinden önce 19 kişinin üye olduğunu, belirtilen tarihte ve sonrasında ise üye olan olmadığını, adı geçen işyerlerinde toplam 218 kişinin üye olduğunu, bu yapılan üyelerden 02.09.2014 tarihinden 26.09.2014 kadar istifa edenlerin listesinin bildirildiği, bu listeye göre bu tarihler arasında 107 kişinin istifa ettiği görülmüştür.

Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İzmir Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün 25.09.2014 tarihli 76020743-667.....sayılı **dava dışı** G Depolama Sevkiyat Taş. Tic. San. Ltd. Şti. ile ilgili inceleme yazısının sonuç ve kanaat bölümünde; işveren tarafından ibraz edilen belgelerden, davacının da yer aldığı 21 işçinin istifa ederek işten ayrıldıkları ve adı geçen işçilerin 02.09.2014 tarihi itibarı ile işten ayrılış işlemlerinin yapıldığının anlaşıldığı, bu işçilerden 9'unun işten ayrıldıktan sonra asıl işveren tarafından işe başlatıldığı, **işveren alt işverenlik sözleşmesini sona erdirdiği için işçilerin işyerinden tazminatlarını alarak ayrılabilmeleri mümkünken istifa ederek işten ayrılmalarının istifaların baskı ve tehdit ile alındığı kanaatini oluşturduğu, ayrıca hakkında kapatılma kararı verilen bir işyerinde, yirmi bir işçinin aynı gün tazminat haklarından vazgeçerek istifa edip işten ayrılmalarının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, ancak istifa dilekçelerinin mevcut olması nedeniyle işten ayrılması ile ilgili bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı, işçilerin istifanın tehdit ve baskı altında alındığını iddia etmesi halinde öncelikle irade beyanının geçersizliğiyle ilgili yargı kararı alınması gerektiği,** işyerindeki alt işverenlik uygulamalarına aniden alınan bir karar ile son verilmesinin ve alt işveren işçilerinden bir kısmının asıl işveren işçisi olarak devam etmesinin alt işverenlik sözleşmesinin feshinde sendikal gelişmelerin etkili olduğu, asıl işverenin sendika üyesi olmadığından ve kendisine sorun çıkarmayacağından emin olduğu alt işveren işçilerini kendi bünyesine alarak çalışmaya devam ettiği, sendika üyesi olabileceği düşünülen işçilerin iş sözleşmelerinin alt işverenlik sözleşmesinin feshi suretiyle sonlandırıldığı, asıl işverenin işyerinde Türk-Metal Sendikasının örgütlenmesini engellemek için sendika üyesi olduğundan emin olduğu veya olabileceğini düşündüğü işçilerin çıkarılmasını sağladığı kanaatine varıldığı, iş sözleşmelerinin İş Kanunu m.25/II'ye göre feshedilen 3 işçinin feshe konu olan davranışların tamamını fesihten önceki son 1 ay içinde işlemiş olduklarının iddia edilmesinin, işverenlik tarafından bu iddiaları kanıtlayıcı nitelikte somut bilgi ve belgeler ibraz edilmemesi, ayrıca bu iddialar

doğru olsa dahi işverenin iş sözleşmesini derhal fesih hakkının düşmüş olması nedeniyle yapılan fesihlerin geçersiz olduğu sonucuna varıldığı, işverenlik hakkında, 4857 s. İş Kanunu'nun toplu işçi çıkarma ile ilgili 29. maddesindeki yükümlülükleri yerine getirmeden, 04.09.2014 tarihinde toplu olarak işten çıkardığı (işyerinin bütünüyle kapatılması nedeniyle) tespit edilen 13 işçi ile ilgili olarak 4857 s. Kanun'un 100. maddesi uyarınca toplam 6.552,00 TL idari para cezası uygulanmasına karar verildiği görülmüştür.

SORULAR

1. Kurulan asıl-alt işveren ilişkisi geçerli midir? Neden?
2. İşe iade davasında Mahkemece davacı işçinin işe iadesine karar verildiğinde, işveren tarafından işe başlatılmaması durumunda hükmedilecek tazminat ne olmalıdır?

CEVAPLAR

Somut olayın incelenmesinde, asıl işveren K Ltd.Şti İle B Ltd.Şti arasında bakım ve montaj verildiğinin kabul edilmesi halinde, bu işin yardımcı işlerden olması sebebiyle herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın verilmesi mümkün olsa da, kurulan asıl-alt işveren ilişkisinin bundan ayrı olarak muvazaa denetimine tabi tutulmasına engel olmaz.

Davacı sendika üyesi olmayıp, sendikaya üye olacağı sırada 05.09.2014 tarihinde sözleşmesinin bu durumun işveren tarafından öğrenilmesi sebebiyle feshedildiğini iddia etmiş bulunmaktadır.

Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İzmir Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün 25.09.2014 tarihli 76020743-667-..... sayılı B Mekanik Torna Tesv. Mont. San. ve Tic. Ltd. Şti. ile ilgili inceleme yazısının sonuç ve kanaat bölümünde; işyerinde alt işverenlik uygulamalarına aniden alınan bir karar ile son verilmesi, alt işveren işçilerinden bir kısmının asıl işveren işçisi olarak çalışmaya devam etmesi (23 işçi), alt işverenlik sözleşmesinin feshedilmesinde sendikal gelişmelerin etkili olduğu, asıl işverenin sendika üyesi olmadığından ve kendisine sorun çıkarmayacağından emin olduğu alt işveren işçilerini kendi bünyesinè alarak çalıştırmaya devam ettiği, sendika üyesi olabileceği düşünülen işçilerin iş sözleşmelerinin ise alt işverenlik sözleşmesinin feshedilmesi suretiyle sonlandırıldığı, asıl işverenin işyerinde Türk-Metal Sendikası'nın örgütlenmesini engellemek için sendika üyesi olduğu veya olabileceğini düşündüğü işçilerin işten çıkarılmasını sağladığı kanaatine varıldığı, asıl işverenin bu konuda şüphelendiği kendi işçilerini doğrudan, alt işveren işçilerin ise alt işverenlik sözleşmesinin feshi yoluyla işten çıkardığı, işverenlik hakkında, 4857 s. İş Kanunu'nun toplu işçi çıkarma ile ilgili 29. maddesindeki yükümlülükleri yeri-

ne getirmeden, 04.09.2014 tarihinde toplu olarak işten çıkardığı (işyerinin bütünüyle kapatılması nedeniyle) tespit edilen 22 işçi ile ilgili olarak 4857 s. Kanun'un 100. maddesi uyarınca 22 işçi için toplam 11.088,00 TL idari para cezası uygulanmasına karar verildiği görülmüştür.

Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İzmir Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün 25.09.2014 tarihli 76020743-.....sayılı **dava dışı** G Depolama Sevkiyat Taş. Tic. San. Ltd. Şti. ile ilgili inceleme yazısının sonuç ve kanaat bölümünde; işveren tarafından ibraz edilen belgelerden, davacının da yer aldığı 21 işçinin istifa ederek işten ayrıldıkları ve adı geçen işçilerin 02.09.2014 tarihi itibarı ile işten ayrılış işlemlerinin yapıldığının anlaşıldığı, bu işçilerden 9'unun işten ayrıldıktan sonra asıl işveren tarafından işe başlatıldığı, **işveren alt işverenlik sözleşmesini sona erdirdiği için işçilerin işyerinden tazminatlarını alarak ayrılabilmeleri mümkünken istifa ederek işten ayrılmalarının istifaların baskı ve tehdit ile alındığı kanaatini oluşturduğu, ayrıca hakkında kapatılma kararı verilen bir işyerinde, yirmi bir işçinin aynı gün tazminat haklarından vazgeçerek istifa edip işten ayrılmalarının hayatın olağan akşına aykırı olduğu, ancak istifa dilekçelerinin mevcut olması nedeniyle işten ayrılması ile ilgili bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı, işçilerin istifanın tehdit ve baskı altında alındığını iddia etmesi halinde öncelikle irade beyanının geçersizliğiyle ilgili yargı kararı alınması gerektiği,** işyerindeki alt işverenlik uygulamalarına aniden alınan bir karar ile son verilmesinin ve alt işveren işçilerinden bir kısmının asıl işveren işçisi olarak devam etmesinin alt işverenlik sözleşmesinin feshinde sendikal gelişmelerin etkili olduğu, asıl işverenin sendika üyesi olmadığından ve kendisine sorun çıkarmayacağından emin olduğu alt işveren işçilerini kendi bünyesine alarak çalışmaya devam ettiği, sendika üyesi olabileceği düşünülen işçilerin iş sözleşmelerinin alt işverenlik sözleşmesinin feshi suretiyle sonlandırıldığı, asıl işverenin işyerinde Türk-Metal Sendikasının örgütlenmesini engellemek için sendika üyesi olduğundan emin olduğu veya olabileceğini düşündüğü işçilerin çıkarılmasını sağladığı kanaatine varıldığı, iş sözleşmelerinin İş Kanunu m.25/II'ye göre feshedilen 3 işçinin feshe konu olan davranışların tamamını fesihten önceki son 1 ay içinde işlemiş olduklarının iddia edilmesinin, işverenlik tarafından bu iddiaları kanıtlayıcı nitelikte somut bilgi ve belgeler ibraz edilmemesi, ayrıca bu iddialar doğru olsa dahi işverenin iş sözleşmesini derhal fesih hakkının düşmüş olması nedeniyle yapılan fesihlerin geçersiz olduğu sonucuna varıldığı, işverenlik hakkında, 4857 s. İş Kanunu'nun toplu işçi çıkarma ile ilgili 29. maddesindeki yükümlülükleri yerine getirmeden, 04.09.2014 tarihinde toplu olarak işten çıkardığı (işyerinin bütünüyle kapatılması nedeniyle) tespit edilen 13 işçi ile ilgili olarak 4857 s. Kanun'un 100. maddesi uyarınca toplam 6.552,00 TL idari para cezası uygulanmasına karar verildiği görülmüştür.

Raporda yer alan hususların da tanık anlatımları ile birlikte değerlendirilmesi neticesinde;

1. Gündemde yok iken K A.Ş nin B Ltd.Şti ile olan sözleşmesini feshetmesi

2. B Ltd.Şti de asıl işveren olan K A.Ş ile olan sözleşmesinin feshini gerekçe göstererek kendi bünyesindeki işçilerin sözleşmelerini feshetmesi

3. Münferit ve ayrı işveren olan B Ltd.Şti'nin işçileri başka bir işyerinde veya kendi işyerinde çalıştırmayarak sözleşmelerini feshetmesi aslında teknik ve hukuki açıdan tek başına işveren olmadığını dolayısı ile K A. Ş'deki işleri yapmaya elverişli hukuki ve teknik organizasyonun bulunmadığını,

4. Asıl alt işveren işçileri ile alt işveren işçilerinin aynı işyerinde birlikte çalışıyor olmaları,

5. Emir ve talimatların K yetkilileri tarafından veriliyor olması

Muvazaanın varlığını kanıtladığı düşünüldüğünden taraflar arasındaki asıl-ait işveren ilişkisinin muvazaalı olması sebebi ile alt işveren işçisi olan davalının baştan itibaren K A.Ş işçisi olması gerektiği kanaatindeyiz.

2. B Ltd.Şti'nin kapanmış olması davacının Mahkemece K A.Ş' e iadesine karar verilmesine engel oluşturmayacağı düşünülmektedir.

Davacının baştan itibaren Kardemir A.Ş işçisi olarak kabul edilmesi durumunda, İş K.19 maddesi uyarınca K A.Ş tarafından gerçekleştirilen yazılı ve fesih sebebini açıkça gösteren bir fesih bulunmaması sebebi ile feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekeceği düşünülmektedir.

Davacı feshin sendikal sebebe dayalı olarak gerçekleştirildiği iddiası ile iş güvencesine ilişkin tazminatı bir yıllık ücretinden az olmayacak şekilde hükmedilmesini talep etmiştir.

Türk-Metal Sendikası'nın Mahkemeye verdiği müzekkere cevabına göre; K Haddecilik ve Ticaret Ltd. Şti. işyerinde 10.09.2014 tarihi ve sonrasında çalışanlardan 2 kişinin üye yapıldığını fakat belirtilen tarihten önce 189 kişinin üye olduğunu, B Mekanik Bakım ve Torna Ltd. Şti. işyerinde ise 10.09.2014 tarihinden önce 19 kişinin üye olduğunu belirtilen tarihte ve sonrasında ise üye olan olmadığını, adı geçen işyerlerinde toplam 218 kişinin üye olduğunu, bu yapılan üyelerden 02.09.2014 tarihinden 26.09.2014 kadar istifa edenlerin listesinin bildirildiği, bu listeye göre bu tarihler arasında 107 kişinin istifa ettiği görülmüştür.

Sendika yazısı ile tanık ifadeleri ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün düzenlediği raporların birlikte değerlendirilmesi neticesinde, feshin sendikal nedenlere dayalı olarak gerçekleştiğinin kabulü ile iş güvencesi tazminatının bir yıllık ücretinden az olmamak üzere belirlenmesi gerekeceği görüşündeyiz.

C. Alt İşverenin Alt İşvereni

OLAY

Davacı 01.01.2006 tarihinde (M) A.Ş'ne bağlı, (T) mağazasında diğer davalı (G) Temizlik A.Ş'de temizlik elemanı olarak işe başladığını, 20.10.2010 tarihine kadar davalının tek yanlı olarak ücretsiz izne çıkardığı güne kadar da aralıksız olarak çalıştığını, Yargıtay'ın kararları uyarınca işçinin rızası olmadan ücretsiz izne çıkarılması işlemenin işveren tarafından gerçekleştirilen fesih olarak değerlendirildiğini, bu sebeple davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedilmiş sayılması gerektiğini, davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığını, son aylık ücretin ödenmediğini, izinlerinin tam olarak kullandırılmamış olması nedeniyle, yıllık izin alacağının bulunduğunu, davacının 2010 yılının Eylül ayına tekabül eden arife gününde ve Ramazan bayramında 2 gün fiili olarak çalışmasına rağmen, buna ilişkin ücretinin de ödenmediğini, sözü edilen alacakların ödenmesi için bu davayı açma zorunluluğunun ortaya çıktığını ifade etmiştir.

Davalılardan (M) A.Ş verdiği cevapta, davacı ile şirket arasında hizmet ilişkisi bulunmaması sebebiyle davada taraf sıfatı bulunmadığını, müvekkil şirketin dava dışı (Z) A.Ş (eski unvanı B Ticaret A.Ş) ile imzalamış olduğu hizmet satın alma sözleşmesi uyarınca müvekkil şirketin güvenlik, temizlik vb. Sözleşmede Ek 4 olarak belirtilen işleri tamamıyla (Z) A.Ş'ye anahtar teslimi suretiyle teslim ettiğini, bu nedenle davanın (Z) A.Ş'ne ihbarının gerekli olduğunu, Yargıtay'ın görüşü uyarınca da işin anahtar teslimi suretiyle devredildiği durumlarda alt ve üst işveren ilişkisinin kurulamayacağını, dolayısı ile davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisinin kurulmadığını, ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

İhbar olunan (Z) Merkezi Hizmetler A.Ş vekili, müvekkili ile (M) A.Ş arasında temizlik işçilerinin istihdam edilmesi için (G) Temizlik A.Ş ile yapılan Şirket Temizlik Hizmet Sözleşmesini akdedildiğini ve (M) A.Ş 'ne temizlik hizmeti temini için yönetim sözleşmesi adı altında danışmanlık hizmeti verdiğini, iş bu sözleşme uyarınca, (G)'nin işveren, (M) A.Ş de işveren olduğunu, (Z) A.Ş nin işverenlik sıfatının bulunmadığını, dolayısı ile işçilik alacaklarından doğan bir sorumluluğunun bulunmadığını, (M)nin anahtar teslimi suretiyle iş devri iddiasının bu tanıma uymadığını, zamanaşımı itirazında bulunduklarını,

açıklanan nedenlerle kendileri yönünden davanın reddedilmesi gerektiği savunmasında bulunmuştur.

(M) A.Ş ile (B) Ticaret A.Ş (daha sonra tadil sözleşmesi ile Z A.Ş) arasında imzalanan 28.10.2005 tarihli "yönetim sözleşmesi" nin 2.1 maddesi uyarınca "***(B) Ticaret, şirket tarafından işletilen M ve Ş mağazaları, genel müdürlük ve bölgelerdeki idari binaları ile depoların ihtiyaçlarının karşılanması için EK 4 de belirtilen mal/hizmet alımlarını, kendi nam ve hesabına yaparak, uygulamak, yönetmek ve maliyet/hizmet kalitesini iyileştirme maksatlı çalışmalar yapmak, denetlemek ve raporlamak üzere anahtar teslimi esasıyla"*** iş yapacaktır. Bu sözleşmenin Ek 4 maddesi uyarınca alınan hizmetler, güvenlik temizlik, personel taşıma, uluslar arası kargo, yurt içi kargo, forklift kiralama, vektörel mücadele, bahçe bakım hizmetleri, çöp toplama, tesis bakım onarım, içme suyu, kırtasiye, matbuat, işçi teçhizatı, yemek hizmeti, işgücü, yurt içi nakliye, İK hizmetleri, tesis yönetim olarak sıralanmıştır.

Taraflar arasında 09.03.2009 tarihinde tadil sözleşmesi imzalanarak (M) A.Ş ile eski unvanı (B) Ticaret A.Ş olan sözleşmenin bundan böyle (Z) Merkezi Hizmetler ve Ticaret A.Ş ile yürütüleceği belirlenmiştir.

26.10.2010 tarihli ek protokol imzalanarak, tarafların sadece personel/müşteri taşıma ve temizlik hizmetleri ile sınırlı olmak üzere sözleşmenin süresini karşılıklı olarak 31.12.2010 tarihine kadar uzattıkları ve sözleşmenin ek-4 bu protokol ekinde yer alan şekli ile revize ettikleri belirlenmiştir. Ek 4 ise sadece temizlik taşıma ve personel işleri yer almaktadır.

16.03.2011 tarihli ek protokol uyarınca da tarafların karşılıklı rıza ve mutabakatları ile 01.01.2011-31.01.2011 tarihleri arasında personel/müşteri taşıma ve temizlik hizmeti, 31.01.2011-31.03.2011 tarihleri arasında ise sadece temizlik hizmeti ile sınırlı olmak üzere, sözleşme süresini 31.03.2011 kadar uzattıkları ve sözleşme eki EK 4 iş bu protokol ekinde yer aldığı şekli ile revize edildiği belirlenmiştir.

31.03.2001 tarihli fesih protokolü ile 01.04.2004 yürürlük tarihli M A.Ş Yönetim sözleşmesini karşılıklı mutabakat ile feshettikleri belirtilmiştir.

Zer A.Ş imzalanan Yönetim sözleşmesi uyarınca yardımcı iş niteliğinde olan temizlik, taşıma ve güvenlik işlerini üstlendiği anlaşılmaktadır.

SORULAR

1. (M) A.Ş ile (B) (daha sonra Z olan) şirket arasındaki ilişkiyi nitelendiriniz.
2. (Z) ile (G) şirketleri arasındaki ilişki nedir? İşçilik alacaklarından kim sorumlu olmalıdır?

CEVAPLAR

1. (M) A.Ş ile (B) A.Ş (daha sonra Z A.Ş) arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunmaktadır. Bu durumda (M) A.Ş asıl işveren, (Z) A.Ş ise alt işverendir. Asıl işverenden iş alan alt işveren aldığı işin bir kısmını veya tümünü başka bir işverene asıl işverenin de rızası olmak koşuluyla devrettiğinde ilişki nasıl nitelendirilmelidir? Konuyla ilgili olarak doktrinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Eğer alt işveren aldığı işin tümünü asıl işverenin rızasını alarak başka işverene devrederse, mevcut alt işverenliğin devri vardır. Böylece alt işveren ilişkisi asıl işverenle ilk alt işverenden işi devralanla kurulmuş olur. İlk alt işveren işveren olmaktan çıkar.

İkinci olarak, alt işveren aldığı asıl işin bir bölümünün bir kısmını ikinci bir işverene devrediyorsa, böyle bir işlem asıl işin bir bölümünün ancak uzmanlık alanı içinde olması nedeniyle alt işverene verilmesi şartı ile çatışmaktadır. Ancak kısmen devrin konusu yardımcı iş ise bu işlerde uzmanlık aranmadığı için hukuken devir asıl işverenin rızası ile geçerlidir. Böyle bir durumda ikinci alt işverenin asıl işvereni halen asıl işverenden aldığı yardımcı işini devretmediği kısımda çalışan ilk alt işverendir. Böyle bir durumda ikinci alt işverenle ilk alt işveren arasındaki ilişki eser sözleşmesi niteliğinde olup, iş hukuku hükümlerine değil, borçlar hukuku hükümlerine tabidir. Bu nedenle bu tür devirlerde asıl işveren devralan ikinci alt işverenin işçilerinden İş kanununa göre sorumlu değildir. Bu işçilerden sorumlu olan işveren ise yardımcı işi kısmen devreden ve bu nedenle devrettiği işverene göre asıl işveren sıfatını kazanmış birinci alt işverendir.

2. Bu sebeple alt işveren durumunda olan (Z) A.Ş (G) A.Ş ne yardımcı iş niteliğinde olan temizlik işini devrettiğinde, (Z) A.Ş halen işveren sıfatına sahip ise yani kendisi işçi çalıştırıyorsa, devrettiği bu iş bakımından (G) A.Ş ye karşı asıl işveren sıfatını kazanacaktır ve işçilik alacaklarından (G) A.Ş ile birlikte sorumlu olacaktır.

Buna karşılık asıl işverenden iş alan alt işveren olan (Z) A.Ş, işçi çalıştırmayıp, işi başka işverene verirse, ilk defa işi alan işveren (Z) A.Ş işçi çalıştırmadığı için alt işveren olamayacak, buna bağlı olarak verilen iş bakımından işin sahibi olan işveren de (M) A.Ş asıl işveren olmamaktadır. Bunun yanında işi alan ilk kişi ilk ilişkide işçi çalıştırmadığı için alt işveren olmadığı gibi, işi başkasına devrettiğinde de alt işveren sıfatını kazanmamaktadır. Böylece gerek işi veren gerekse işi alan işverenler asıl işveren olmaktan doğan müteselsil sorumluluktan kurtulmaktadırlar. Ancak doktrinde bu durum muvazaalı kabul edilmektedir. Böylece alt alt işveren sözleşmesi görünürdeki işlem olup, muvazaalı olduğu için geçersizdir. Görünürdeki işlemin altında yatan gizli işlem ise, işi

alan işverenle işin sahibi arasındaki alt işveren ilişkisidir. İlk işi veren ise işçi çalıştıran işverenin asıl işverenidir. Böylece işte çalışan işçilerin haklarından kanun gereği ilk işverenin asıl işveren sayılıp müteselsilen sorumlu olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu duruma göre (M) A.Ş'nin (G) A.Ş ile birlikte müteselsilen sorumlu olması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

VII. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK

A. Esaslı Değişikliğin Anlamı

OLAY

Bir KİK'da Koordinatör Başmüdürlüğü'nde ambarcı olarak çalışmasını sürdüren (İ), Başmüdürlüğün özelleştirilmesi sonucunda, yönetim kurulu kararı uyarınca buralarda çalışan personelden diğer işyerlerine nakledilmesini isteyenlerin, tercih formunu doldurarak, hangi birimde çalışmak istedikleri sorulmuş, (İ) de 16.05.2008 tarihinde formu doldurarak işletmede II. sınıf üretim işçisi olarak çalışmaya başlamıştır. Ancak (İ) kendisine intibakı yapılan sınıfının cetvelindeki ücretin ödenmediği gerekçesiyle dava açmış ve aradaki ücret farkını talep etmiştir. Nakilden sonra davacıya saat ücreti olarak 7,41.-TL, nakilden önce ise 7,93.-TL ödenmiştir.

SORULAR

1. Yapılan değişiklik İş Kanunu'nun 22. maddesi anlamında değerlendirilebilir mi? Neden?
2. Ücretteki azalma sebebi ile (İ)'nin fark ücret talebinde bulunması mümkün müdür? Neden?

CEVAPLAR

1. İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen usule göre, iş sözleşmesi veya iç yönetmelik ya da işyeri uygulaması ile oluşan çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak isteyen işveren değişiklik önerisini işçiye yazılı olarak bildirmek sureti ile yapacaktır. İşçi değişiklik önerisini altı işgünü içinde yazılı olarak kabul ederse iş ilişkisi işverenin önerisine uygun olarak yeni çalışma koşulları ile devam eder. Buna karşılık işçinin öneriyi reddi açık olabileceği gibi zımni de olabilir.

(İ) işveren tarafından yapılan işyeri ve görev değişikliğine ilişkin öneriyi tercihte bulunmak sureti ile 16.05.2008 tarihli tercih formunu doldurmak ve imzalamak sureti ile kabul etmiş bulunmaktadır. Uyuşmazlık yapılan bu değişikliğin ücreti de kapsayıp kapsamayacağı noktasında toplanmaktadır. Öncelikle işin türü ve çalışma süresini değiştirmek için geçerli bir sebep mevcut ise, bu değişikliklerin dolaylı sonucu olarak gerçekleşen ücret indirimi için de geçerli olacağı kabul

edilmektedir. (ALP, M., İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 03-04.06.2006 günlü Toplantı ve Tebliği Tartışmaları, İstanbul 2007, s.67) Çünkü ücret görülen işin karşılığıdır.

2. (İ)'nin ambarcı olarak gördüğü iş, davacının rızası ile üretim işçisine dönüşerek değişmiştir. İşverenin işyeri değişikline ilişkin kararının özelleştirmeye dayanması nedeni ile geçerli sebebe dayandığının kabul edilmesi gerekmektedir. Hal böyle olunca, işveren tarafından geçerli bir sebebe dayanan, rızası ile işyeri ve görev değişikliğini kabul eden işçinin ücretinde meydana gelen azalmaya itiraz edemez. Yargıtay tarafından da 4857 s. Kanun'un kabulünden önce verdiği kararda şöyle demektedir: "***...yaptığı işin karşılığı ücretin davacıya ödenmesi gerekir. Her bir görev için farklı ücret öngörüldüğüne göre yapılan işin karşılığı ücrete hak kazandığının kabulü gerekir. Bu durumda 1475 s. İş kanunun 60 maddesi anlamında ücrette indirme yasağının uygulanması mümkün değildir. Aynı görevin yapılması halinde ücrette indirimden söz edilebilir"*** denmek sureti ile işin farklılaşması durumunda ücretin değişebileceği ve bu arada azalabileceği kabul edilmiş bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, (İ)'nin rızası ile yapılan işyeri ve görev değişikliği neticesinde, yapılan işin öncekiyle aynı olmaması, "ücrette indiririm yapılamayacağına ilişkin kuralın" sadece aynı işler bakımından geçerli olması nedeni ile davacının fark ücret alacağı talebinde bulunamaz.

B. Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkının Saklı Tutulması

OLAY

İzmir'de "G" hastanesinde 2002 yılından beri bilgi işlem uzmanı olarak çalışmakta olan (A), 19.02.2007 tarihinden itibaren Alanya'da aynı ismi taşıyan hastanede görevlendirilmiştir. Ancak (A) bu görevlendirmeye 2005 yılında kaydını yaptırdığı "E." Üniversitesi Yüksek Lisans Programını sebep göstererek itiraz etmiştir. İşveren aralarında imzalanan sözleşmenin 3. Maddesi uyarınca "... personel "G" Hastanesi'nin Türkiye'deki diğer iş yerlerinde verilecek görevleri de yapar, görev ve iş değişikliğini de peşin kabul eder." hükmünü gerekçe göstererek (A)'nın 19.02.2007 tarihinde işe başlamaması ve ertesi gün de işe gelmemesi üzerine iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25/II-g hükmü uyarınca feshetmiştir. (A) İş Mahkemesinde dava açarak kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. İşyerinde "A" ile aynı işi yapan iki elemanın daha bulunduğu bilinmektedir.

SORULAR

1. İşverenin yönetim hakkı ile çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması arasındaki bağlantı nedir? Açıklayınız.

2. İş sözleşmesinde işçinin çalışma yerinin değiştirilmesine ilişkin kayıtlar hangi koşullarda geçerli kabul edilebilir? Uyuşmazlık konusu olay bakımından nasıl bir sonuca ulaşılabilir?

3. A'nın kıdem tazminatı talebi yerinde midir?

CEVAPLAR

1. Çalışma koşullarının işverence değiştirilmesi, yönetim hakkına giren konulardan olmakla birlikte ana edim yükümlülüklerinin yönetim hakkının ötesinde işverence tek taraflı olarak değiştirilmesi mümkün değildir. Yönetim hakkınca kapsanan sınırı aşan iş ilişkisindeki denge ve düzen unsuruna müdahale niteliğindeki değişiklikler esaslı değişiklik olarak adlandırılır. Bu bağlamda çalışma koşullarında dikey yönde gerçekleştirilen işyeri değişikliği gibi değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişikliklerdir.

Çalışma koşullarında işverence yapılacak esaslı değişiklik işçinin tek taraflı değişikliklere karşı korunması açısından önemlidir. İş güvencesinin kabulü ile birlikte çalışma koşullarında esaslı değişiklik özel bir prosedüre bağlanmıştır. Yasa'nın 22 maddesine göre, işveren esaslı bir değişikliği işçiye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu şekle uyulmadan yapılan ve işçi tarafından altı iş günü içinde kabul edilmeyen değişiklikler geçersizdir.

Yönetim hakkı iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve işyeri iç yönetmelikleri ile genişletilebilir. Bu yolla işverene **çalışma yerinin değiştirilmesi,** ücrette azalma ile birlikte iş sürelerinin kısaltılması, izin tespiti gibi konularda iş ilişkisinin tek taraflı şekillendirilmesi amaçlanır.

2. Çalışma yeri bakımından yer değiştirme kayıtları işverenin işçiyi ihtiyaca göre başka işyerlerinde görevlendirebilmesine olanak veren kayıtlar olması bakımından önemlidir. Bu kayıtların geçerliliği değerlendirildiğinde, sözleşme serbestisi ilkesi ve çalışma yaşamının gerekleri dikkate alındığında, belirli sınırlar dahilinde bu tür kayıtların geçerli kabul edilebileceği söylenebilecektir. Bunun gibi hükmün amacı ve menfaatler dengesinin değerlendirilmesi yoluyla da aynı sonuca ulaşılabilecektir.

Mevcut sistem incelendiğinde İş Kanunu m. 22 çerçevesinde çalışma koşullarında değişikliğin oluşabilmesi için, öyle bir değişiklik konusunda işverene daha önceden verilmiş bir yetkinin bulunmaması gerekir. Eğer iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile ya da bir yasa hükmü ile işveren o konuda değişikliğe yetkili kılınmışsa, somut olarak değişiklik yapılırken İş Kanunu 22. maddedeki usule uyma zorunluluğu bulunmayacaktır.

Sonuç olarak işçinin işyerinin değiştirilmesine ilişkin kayıtlar geçerlidir. Bununla birlikte işçinin sırf cezalandırılması veya sözleşmeyi feshe zorlanması ama-

cıyla böyle bir kaydın kullanımı veya objektif olarak gerekli bulunmadığı halde uzun yıllar yaşamını temellendirdiği kentten başka bir kente görevlendirilmesi dürüstlük kuralına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılması oluşturabilecektir.

Uyuşmazlık konusu olay bakımından yukarıda açıklanan sebeplerle (A) ile "G" Hastanesi arasında imzalanan "Hizmet Sözleşmesi"nin 3. maddesindeki görev yeri değişikliğine ilişkin hükmün geçerli olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay da sözleşmede işyeri değişikliğine ilişkin kaydın bulunmamasını aramaktadır. (Yarg. 9. H.D. 12.07.2006, 18994/20663, Yarg. 9. H.D. 20.06.2006 387113/18238 sayılı kararları) Ancak böyle bir yetki verilmiş olsa bile işveren bu yetkisini dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanamaz. (Yarg. 9. H.D. 06.02.2006 835/2400 sayılı karar, Yarg. 9. H.D. 07.07.2005-30947/24233 sayılı kararı) Yargıtay tarafından, görevli olduğu işyerinden çok uzak olduğu başka bir ile görevlendirilen bir işçinin bulunduğu bir olayda, işyerine yeni işçilerin alınmış olması ve henüz açılıp açılmayacağı kesin belli olmayan bir yerde görevlendirilmiş olması nedeniyle, bu olayda yapılan görevlendirme dürüstlük kuralına uygun bulunmamıştır.

3. Olay bakımından (A) İzmir'den Alanya'daki işyerine görevlendirilmiş olup, İzmir'de aynı işi yapan iki eleman daha bulunmaktadır. (A)'nın yerine yeni işçi alımı söz konusu değildir. İşverenin kötüniyetli olduğunu gösteren ve (A)'nın öğrenci olması dışında ileri sürülen başka bir iddia da bulunmamaktadır. (A)'nın işe başlama tarihi 2002 yılı olup, yüksek lisansa başlama tarihi 2005 yılıdır. Hizmet Sözleşmesi'nin yapıldığı tarihte (A) öğrenci değildir. Bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde işverenin kötüniyetini ortaya koyacak somut delillerin bulunmadığı düşünüldüğünden (A) işe başlamamak suretiyle sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeple feshine neden olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla (A) kıdem tazminatına hak kazanamaz.

C. Sonuçları

OLAY

"Ü" Hastanesi'nde 25.07.2006 tarihinden itibaren diyaliz hemşiresi olarak çalışan (H)'ye 21.03.2008 tarihi itibarıyla diyaliz ünitesinin kapatılarak, bundan böyle genel poliklinik hemşiresi olarak çalışması gerektiği bildirilmiştir. (H) sözü edilen değişikliği kabul etmediğini, noterden çekmiş olduğu ihtarname ile bildirmiş ve bunun üzerine sözleşmesini feshetmiştir. (H) ile "Ü" Hastanesi yetkilileri arasında imzalanan iş sözleşmesinde "Unvan ve Çalışma Şekli" başlığı altında "Diyaliz hemşiresi olarak, mesleğin gerektirdiği tüm bilgi, beceri ve sahibi olduğu sertifika/diploma vs. belgelerini işine tahsis ederek tam gün esasına göre çalıştırılır" düzenlemesi yer almaktadır.

SORULAR

1. İşverence yapılan çalışma koşullarında değişikliğe karşı, işçinin korunmasına neden ihtiyaç duyulmuştur?
2. Olayda işveren tarafından yapılan değişiklik esaslı mıdır?
3. (H) değişiklik önerisini kabul etmediğini işverene yazılı olarak bildirmiş olması ve işverenin diyaliz bölümünü kapattığını belirterek (H)'yi çalıştırma olanağının bulunmadığını bildirmesi karşısında, (H) kıdem tazminatına hak kazanabilir mi?

CEVAPLAR

1. İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca "*İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir*".

İş Kanunu'nda kabul edilmiş bulunan iş güvencesi hükümlerinin gerçek anlamda yaşama geçirilebilmesinin bir koşulu da işverenin iş sözleşmesinde yapacağı tek taraflı değişikliklere karşı işçinin korunmasıdır. Aksi taktirde, geçerli bir neden bulunmadığı için iş sözleşmesini feshedemeyecek olan işveren, tek taraflı bir biçimde işçinin aleyhine sözleşmede esaslı değişiklik yaparak işçiyi feshe zorlayacak diğer deyişle iş güvencesi hükümlerini dolanma olanağı elde etmiş olacaktır. Bu nedenle iş sözleşmesinde aleyhe esaslı değişiklik yolu ile sözleşmeyi feshe zorlanan işçiyi koruyacak bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Belirtilmelidir ki, 4857 s. İş Kanunu sisteminde de çalışma koşullarında aleyhe esaslı değişiklik yapılması halinde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir (İş K. M.24/II e, f; Ayrıca bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yarg 9 HD 5.3.2007, 20100/5911, Çalışma ve Toplum S.15, s.326-327). Ancak bu durumda sözleşme işçinin kendisi tarafından sona erdirildiği için kıdem tazminatı talep edebilecek ama ihbar tazminatı isteyemeyecektir.

2. (H) ile "Ü" Hastanesi arasında imzalanan iş sözleşmesinde "*Unvan ve Çalışma Şekli" başlığı altında "Diyaliz hemşiresi olarak, mesleğin gerektirdiği tüm bilgi, beceri ve sahibi olduğu sertifika/diploma vs. belgelerini işine tahsis ederek Tam Gün esasına göre çalışacaktır*" ifadesi yer almaktadır.

(H)'nin 21.03.2008 tarihli davalı tarafından düzenlenen yazı ile, diyaliz bölümünün kapatılmasından dolayı genel poliklinik hemşiresi olarak görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Davalı işveren tarafından yapılan bu değişikliğin esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığı uyuşmazlığın çözümü bakımından önem taşımaktadır.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturan haller konusunda kesin ve mutlak ölçülerin belirlenmesi mümkün değildir. Her somut olayın özelliklerine göre durumun değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay kararlarına bakıldığı zaman, esaslı değişiklik konusunda temel ölçü olarak genellikle *"işçinin durumunun ağırlaştırılması"* nın esas alındığı gözlenmektedir. Esaslı değişiklik hallerinden birisi de dava konusu olayda olduğu gibi, işin niteliğinde değişikliktir.

İşçinin yapmakla yükümlü olduğu işin niteliği dava konusu olayda olduğu gibi genellikle iş sözleşmesi ile belirlenmektedir. İşverenin yönetim hakkı, işçinin işinin niteliği ile bağdaşan, benzer ve eşit değerde işlerde görevlendirilmesi ile sınırlıdır. Bir kararında Yargıtay *"eğer bu iş değişikliği onu eski tecrübe, görgü ve iş akışı alışkanlıklarından yoksun bırakır, yeni iş koşullarına uymasının çabuk ve kolay olmayacağı anlaşılır, giderek işçinin cezalandırılmasını ve kaygılanmasını gerektirecek durumlar yaratırsa, bu değişiklik, iş koşullarının esaslı değiştirilmesi olarak kabul edilir"* demektedir. (Yarg. 9. H.D. 1.7.1969, 3924/7622, Çenberci, M., İş Kanunu Şerhi, s.546) Daha yeni bir kararında da *"doğru bir sonuca varılabilmesi için davacının son işinin önceki ile aynı değerde olup olmadığı, görev, unvan, kariyerinde .. bir olumsuzluk olup olmadığının"* belirlenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. (Yarg. 9. H.D, 20.12.2004, 14805/28304, Çankaya/Günay/Göktaş, s.600)

Olayda, (H) diyaliz hemşiresi iken, genel poliklinik hemşireliğine atanmış bulunmaktadır. (H)'nin gerek unvanında, gerekse görevinde değişiklik yapılmış bulunmaktadır. Poliklinik hemşireliğinin diyaliz hemşireliği ile aynı değerde olmadığı düşünülmektedir. Zira (H) iş sözleşmesinin "Unvan ve Çalışma Şekli" başlığı altında belirtildiği gibi "Diyaliz hemşiresi olarak, mesleğin gerektirdiği tüm bilgi, beceri ve sahibi olduğu sertifika/diploma vs. belgelerini işine tahsis ederek, görevini yerine getirme olanağı elinden alınmış olmaktadır. Genel poliklinik hemşiresinin diyaliz hemşiresinin sahip olduğu bilgi ve beceriye sahip olması şart değildir. Genel poliklinikte çalışan bir hemşirenin diyaliz bölümünde, görevin gerektirdiği bilgi ve tecrübeye sahip olmaması nedeni ile çalışması mümkün bulunmamaktadır. Bu durum dahi her iki görev arasında nitelik farkı bulunduğunu ve her iki işin aynı değerde bulunmadığını göstermektedir.

3. Esaslı değişiklik oluşturan işin niteliğindeki bu değişikliği (H) "Ü" Hastanesi'ne yazılı olarak kabul etmediğini noterden çekmiş olduğu ihtarname ile

bildirmiştir. İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca *"işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz"*. Yaptığı değişiklik önerisi reddedilen işveren iki seçenekle karşı karşıyadır, işveren ya çalışma koşullarında değişiklik yapmaktan vazgeçecek ve sözleşme eski koşullarda devam edecek, ya da fesih için geçerli bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayacaktır.

Değişiklik önerisinin işçi tarafından reddedilmesine rağmen, işverenin sözleşmenin feshi yoluna gitmeyip, çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapmakta ısrar etmesi diğer deyişle iş koşullarını uygulamaması ihtimal dahilindedir. İşveren işçinin çalıştığı işin niteliğinde değişiklik yapmış ve işyerine kabul etmekle beraber işçiyi reddettiği işte çalışmaya zorluyorsa, bu durumda haksız bir fesih değil, işveren temerrüdü söz konusu olur.

Olayda, (H) işveren tarafında çalışma koşullarında yapılan esaslı değişikliği kabul etmediğini belirten ihtarda aynı zamanda sözleşmeyi feshettiğini bildirmiş olduğundan, işverenin temerrüdü sonucunun ortaya çıkması mümkün değildir. İşveren tarafından İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca yapılan çalışma koşullarındaki esaslı değişiklik önerisinin davacı işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine, işveren de daha sonra yazı ile davacıya diyaliz bölümün kapatılması nedeni ile (H)'yi çalıştırmasının mümkün olmadığını bildirdiğinden, işverenin bu davranışı işçi bakımından haklı sebeple fesih yetkisi veren bir davranış şekline dönüşmüş olur. (İş Kanunu m.24/II f) Bu durumda da işçi ihbar tazminatı talep edememekle birlikte, kıdem tazminatına hak kazanır.

VIII. ÜST DÜZEY YÖNETİCİLERİN FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ TALEP EDİP EDEMEYECEĞİ

OLAY

Davacı vekili müvekkilinin davalı işyerinde 16/04/2004 yılından bu yana Genel Müdür olarak görev yaptığını, müvekkilinin yaptığı iş gereği aylık maaşının net 7.000TL olduğunu, bu hususta müvekkili ile işveren arasında 02/02/2009 tarihinde 6 maddeden oluşan 5 yıl süreli yeni bir hizmet akdinin yapıldığını, işverenin önceki dönem Belediye Başkanı ve Yönetim Kurulu Başkanın ölümünden sonra müvekkili ile çalışmak istemediğini, 22/01/2010 günü müvekkilinin iş akdine son verdiğini, müvekkilin iş akdinin sona erdirilmesinde işverenin yasanın aradığı hiçbir haklı gerekçesinin bulunmadığını, davalı işverenin Çiğli Belediyesinin en büyük ortağı olduğu bir şirket olduğunu, C.Belediyesinin sosyal hizmet projelerini yürüttüğünü, müvekkilinin davalı şirketin genel müdürü olması nedeniyle günde en az 18 saat çalıştığını, her ay en az 3 Pazar mesai yaptığını, işverenin müvekkilinin fazla mesailerini, Pazar

çalışmalarının karşılığını ayrıca ulusal ve milli bayramlarda yaptırdığı çalıştırmalarının ücretlerini ödemediğini, davalı işverenin müvekkilinin bu hususlardaki istemlerini her defasında geçiştirdiğini, davalı işverenin hiçbir haklı nedeni olmadan müvekkilinin iş akdine son verdiğini, onu işsiz güçsüz ortada bıraktığını, müvekkilinin sözleşmenin 6. maddesinde iştigal ettiği başka bir işte çalışmadığını, müvekkilinin davalı işverende yaklaşık 45 günlük maaş alacağının bulunduğunu, müvekkilinin yıllık izin ücretlerini bugüne kadar alamadığını, ödenmeyen kıdem ve ihbar tazminatı, bakiye ücret alacağı, yıllık ücretli izin alacağı ve sözleşmenin 5. maddesinden doğan tazminat alacağının 17. İcra Müdürlüğünün 2010/1204 E. sayılı icra takibine konu edildiğini, bu nedenlerle 2.000,00TL fazla mesai, 500,00TL genel tatil ve ulusal bayramlar tatil ücreti alacağı, 1.000,00TL hafta tatili ücretinin dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Davalı vekili verdiği cevap dilekçesinde davacının müvekkil şirket nezdinde 16/04/2004 tarihinde çalışmaya başladığını, iş akdinin haklı gerekçelerle feshedildiği 22/01/2010 tarihine kadar davalı işveren nezdinde çalışmaya devam ettiğini, iş akdinin müvekkil şirket tarafından haklı gerekçelerle feshedilen şirket müdürü statüsündeki davacının öncelikle bu nedenle dava konusu alacaklarını hak ve talep yetkisinin bulunmadığını, davacının dava dilekçesinde müvekkil şirket nezdinde günde en az 18 saat çalıştığını iddia ettiğini, bu iddianın kabulünün taraflarınca mümkün olmadığını, davacının müvekkil şirket nezdinde hafta içi 09:00-17:00 saatleri arasında çalıştığını, Cumartesi ve Pazar günlerinde çalışmasının bulunmadığını, davacının tahakkuk etmiş fazla mesai ücreti alacağının bulunmadığını, bir insanın günde 18 saat çalışmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığını, davacının ayrıca genel tatillerde de çalıştığını iddia ettiğini, bu iddiasını ispatla yükümlü olduğunu, resmi ve dini bayramlarda da bir çalışmasının söz konusu olmadığını, davacının şirket nezdinde çalıştığı süre boyunca şirket genel müdürü olarak çalıştığını, şirketin en üst düzey yönetici vasfında olduğunu, emir ve talimat aldığı başkaca bir üstünün bulunmadığını, kendisine ayrıca üst düzey yetkili olması konumunun ve buna bağlı görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücret fazlasıyla ödendiğinden dolayı ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamayacağının açık olduğunu, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E.2008/40088, K.2008/33769; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E.2003/3737, K.2003/16432; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin E.2004/19804, K.20058199, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E.2004/28346, K.2005/22954, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin E.2007/18589, K.2008/7133 sayılı kararlarında da açıkça izah ve kabul gören karara göre işyerinde en üst düzey konumunda çalışan kişinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretin ödenmesi durumunda ayrıca fazla ve tatil çalışmaları karşılığı ücrete hak kazanılmasının ola-

naklı olmadığını, davacının da müvekkil şirketin en üst düzey konumunda yöneticisi olduğunu, emir ve talimatında bulunduğu kimse bulunmadığını, şirket çalışanlarının tamamının kendisine bağlı olarak çalıştığını üst düzey yönetici konumunda bulunan kişinin kendi çalışma saatlerini kendisi ayarladığından ve ayarlama yetkisi bulunduğundan son aldığı aylık ücret itibarı ile aylık brüt 11.551,54 TL; net 7.074,93TL gibi bu görev ve sorumluluğunun gerektirdiği ücretin Türkiye gibi bir ülkenin ekonomik şartları dahilinde ve emsal niteliğindeki çalışanların gelir durumuna göre çok fazlasıyla aldığından bahisle Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına da tamamen uygun olduğundan dava konusu alacak kalemleri niteliğindeki fazla mesai, genel tatil ve hafta tatili ücretlerini talep etmesinin de mümkün olmadığını belirtmiştir.

02.02.2009 tarihli hizmet akdinin 1. maddesi uyarınca, davacı Ç Belediyesi Sosyal Hizmetler Ltd.Şt olan K A.Ş'de genel müdür olarak çalışacaktır. 2. madde gereği davacıya, net 7.000,00 TL maaş ödemesi yapılacak olup, belirtilen ücretin dışında konumu ve aldığı maaş itibarıyla fazla mesai ödenmeyeceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 3. maddesi gereği, işin niteliği itibarıyla iş yasasında belirlenen biçimde mesai düzenlemesi ve sınırlamasının bulunmadığı, işin gereği olarak davacının gerekirse 24 sat görev yapmayı kabul ve taahhüt ettiği belirtilmiştir.

SORULAR

1. Yargıtay'ın üst düzey yöneticilerin çalışma ilişkileri bakımından benimsediği esaslar nelerdir?
2. Belediye'nin kendisine verilen hizmet ve görev alanlarında şirket kurması mümkün müdür?
3. İlk iki sorunun cevapları doğrultusunda davacının fazla çalışma ücreti talep etmesi mümkün müdür?

CEVAPLAR

1. Pek çok kararda olduğu gibi son olarak Yargıtay 9 Hukuk Dairesinin **Esas No. 2009/19722, Karar No. 2009/38425 ve 29.12.2009 tarihli kararında belirtildiği gibi:**

"İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerim kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul

etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir".

Bu karar karşısında, davacının işyerinde en üst düzeyde çalışan olup olmadığının ve kendisine emir ve talimat verme yetkisi bulunan daha üst konumda birisinin olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu amaçla belediye ile belediye şirketi arasındaki ilişkinin incelenmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir:

2. 5393 sayılı Belediye Yasasının 70. maddesine göre ***"Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir".***

Belediyeler tarafından kurulan şirketler Türk Ticaret Kanunu kapsamında birer şirket olup, ***özel hukuk tüzel kişisi*** niteliğindedir. Ayrıca 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Yasanın 26. maddesinin son fıkrası uyarınca, belediyelerin ticari amaçla faaliyette bulunmak üzere ticari kuruluşlar kurması, mevcut veya kurulacak şirketlere sermaye katılımında bulunması **Bakanlar Kurulu'nun iznine** tabidir.

Belediyenin kurduğu şirketlerin hangi hukuki rejime tabi olarak ve hizmetin asıl sahibi belediye ile nasıl bir hukuki bağ kurmak suretiyle faaliyette bulunabilecekleri hususunun netlik kazanmadığı uygulamada vurgulanmaktadır. Danıştay 1. Dairesinin bir kararında bu konuda şu açıklamaya rastlanmaktadır: *"...bu şirketlerin; Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan, faaliyetlerini kendi yönetim ve karar organlarının iradelerine göre yürüten, gerektiğinde sorumluluk durumlarına göre malları haczedilebilen ve iflasa tabi olan özel hukuk tüzel kişiliğine sahip oldukları da dikkate alındığında, belediyenin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında hangi hukuki rejime tabi olarak ve hizmetin asıl sahibi olan Belediye ile nasıl bir hukuki bağ kurmak suretiyle faaliyette bulunabilecekleri konusu, netlik kazanamamaktadır..."*[3].

Nitekim 5393 sayılı Belediye Yasasının 67. maddesine göre de ***"Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, altyapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma***

[3] D.1. İdari Daire, 6.7.2006, E.2006/203, K.2006/719. <www.danistay.gov.tr>>

bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; Toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir."

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ilk yürürlüğe girdiği dönemde[4] Yönetmeliğin 54/3. fıkrasında "sermaye paylarına bakılmaksızın ihaleyi yapan idarenin doğrudan veya dolaylı olarak hissedarı olduğu şirketler" in ihaleye katılamayacakları Yasada düzenlenmemesine rağmen Yönetmelikte açıkça belirtilmekteydi. Yönetmeliğin bu kuralı daha sonra değiştirilmiştir[5]. Yönetmelikte ilgili madde numarası 54 yerine 52 olarak değiştiği gibi maddede yer alan bu fıkra da kaldırılmıştır. **Halen yürürlükte bulunan yeni Yönetmeliğin[6] 52. maddesinde de belediye şirketlerinin söz konusu belediyenin ihalesine katılamayacağına ilişkin açık bir kural yer almamaktadır**

Öte yandan Belediye şirketlerinin denetiminde, 5393 sayılı Yasanın 38/(a) uyarınca belediye teşkilatının en üst amiri olarak ve ***belediyenin hak ve menfaatlerini korumak görevi bağlamında belediye başkanının sorumluluğu bulunmaktadır.***

3. Açıklanan nedenlerle Belediye başkanının belediye şirketinin denetiminde sorumluluğu bulunduğu kabul edildiğinde, bu anlamda belediye şirketinde çalışanlara emir ve talimat verme yetkisinin bulunduğu da kabul edilirse, davacının yıllık 270 saat dışındaki fazla çalışma ücretlerini talep edebileceğinin kabul edilmesi gerekecektir.

İdare hukuku açısından yapılabilecek bu değerlendirmelere rağmen, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların özgür iradeleri ile imzaladıkları sözleşmede, davacı işçinin iş yasasında belirtilen şekilde mesai uygulamasına tabi olmayacağının kararlaştırılmış olması nedeni ile mesai bakımından özgür olduğunu, yani işe geliş gidiş saatlerini kendisinin belirleyebileceğinin kabul edilmesi halinde, davacı işçi fazla çalışma ücreti talebinde bulunamayacaktır. Zira iş sözleşmelerinin yorumlanmasında, genel olarak sözleşmenin yorumuna ilişkin esaslar uygulanacaktır. Yeni Borçlar kanunun **19 maddesi uyarınca *"Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır"***. Tarafların gerçek ortak iradesi ise temelini dürüst-

---

4 R.G., 26.11.2002, S.24942

5 R.G.11.9.2003, S.25226.

6 R.G., 4.3.2009, S.27159 mük.

lük kuralında bulan güven teorisi çerçevesinde belirlenir. Güven teorisine göre, aynı koşullar altında bulunan makul ve dürüst kişilerin muhatap oldukları irade beyanına iyi niyet kuralları gereği verebilecekleri anlam esas alınarak, ortak sözleşme iradesi ortaya çıkarılır. İş akdinin yorumunda, ortak sözleşme iradesi belirlenemiyorsa işçi lehine yoruma gidilmelidir.

IX. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIDA OLDUĞU SÜREDE FESHEDİLMESİ

OLAY

Davacı vekili müvekkilinin Ocak 2002 den bu yana davalı şirketin Ege Bölge Müdürlüğünde çalıştığını, davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından 30.09.2010 tarihinde performans düşüklüğü gerekçe gösterilerek feshedildiğini, müvekkilinin satış tutarı ve kota açısından son derece başarılı olduğunu, müvekkilinin savunma vermesinin imkansız olduğunu raporlu bulunduğu 15.09.2010 tarihinde istendiğini ve sözleşmesinin 30.09.2010 tarihinde feshedildiğini, feshin geçersiz olması sebebi ile davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, davacının 14.01.2002 tarihinden 30.09.2010 tarihine kadar davalı işyerinde çalıştığını, davacının son dönemde görevini yerine getirmede yetersiz kaldığını, çalışanları ile olan iletişiminde sorunlar yaşadığını, ekibin moral ve motivasyonunu olumsuz etkilemeye başladığını, 18.04.2009 tarihinde yapılan temel bilgi düzeyine ilişkin sınavda 51 puan aldığını, bu konuda ciddi bir performans düşüklüğü sergilediğini, yazılı olarak uyarıldığını, 13.09.2010 tarihinde İ Bölge Müdürü tarafından yapılan değerlendirmede davacının kendisine verilen talimatı anlamadığını, kendisini düzgün ifade edemediğini, yapılması gereken çok basit bir işi bile çok uzun zaman harcayarak yerine getirdiğini, satış ekibinin yönetilmesinde ciddi zafiyet gösterdiğini, satış arttırıcı çalışmalar yürütemeyen çalışanın ayrılmasının uygun olacağının bildirildiğini ve sözleşmesinin buna uygun olarak feshedildiğini bildirilerek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davacının iş sözleşmesi "***tarafınıza bağlı satış ekiplerine örnek oluşturacak nitelikler göstermemeniz, satış arttırıcı faaliyetlerde bulunmamanız, görev ve sorumluluklarını yerine getirmemeniz, bu konuda şahsınızla müteaddit kereler yapılan görüşme, değerlendirme ve uyarılara rağmen ileriye dönük olumlu bir gelişme sağlayamamanız, bu hususlara ilişkin olarak 14.09.2010 tarihinde performans ve motivasyon düşüklüğü nedeni ile Noter aracılığı ile istenen ve 20.09.2010 tarihinde şahsınıza tebliği edilen savunmadan imtina etmeniz esas alınarak, iş akdinizin 30.09.2010 tarihi itibarıyla 4857 sayılı***

yasanın 17 ve 18. maddeleri uyarınca feshedilmesine karar verilmiştir" denilerek feshedilmiştir.

Davacının dosyaya sunmuş olduğu Sağlık Bakanlığı Acil Yardım ve Travmatoloji Devlet Hastanesinden alınan sağlık kurulu raporundan davacının, 14.09.2010 tarihinden itibaren 45 gün süre ile raporlu olduğu anlaşılmaktadır.

SORULAR

1. Davacıdan raporlu olan süre içinde savunma istenmesi mümkün müdür?
2. İşçinin sözleşmesinin performansa dayalı geçerli sebeple feshedilebilmesi için feshin hangi koşullara uygun olması gerektiğini açıklayınız. Davalı işveren bu koşullara uygun bir fesih gerçekleştirmiş midir?

CEVAPLAR

1. Davacının iş sözleşmesi "***tarafınıza bağlı satış ekiplerine örnek oluşturacak nitelikler göstermemeniz, satış arttırıcı faaliyetlerde bulunmamanız, görev ve sorumluluklarını yerine getirmemeniz, bu konuda şahsınızla müteaddit kereler yapılan görüşme, değerlendirme ve uyarılara rağmen ileriye dönük olumlu bir gelişme sağlayamamanız bu hususlara ilişkin olarak 14.09.2010 tarihinde performans ve motivasyon düşüklüğü nedeni ile Noter aracılığı ile istenen ve 20.09.2010 tarihinde şahsınıza tebliği edilen savunmadan imtina etmeniz esas alınarak, iş akdinizin 30.09.2010 tarihi itibarıyla 4857 sayılı yasanın 17 ve 18. maddeleri uyarınca feshedilmesine karar verilmiştir***" denilerek feshedilmiştir.

Davacının dosyaya sunmuş olduğu Sağlık Bakanlığı Acil Yardım ve Travmatoloji Devlet Hastanesinden alınan sağlık kurulu raporundan davacının, 14.09.2010 tarihinden itibaren 45 gün süre ile raporlu olduğu anlaşılmaktadır. Davacının raporlu olduğu sürede iş sözleşmesi askıdadır. İş Hukuku öğretisinde belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, askı durumunda bildirim sürelerinin işlemeyeceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Davacının iş sözleşmesi 30.09.2010 tarihinde yani askı süresi içinde feshedilmiştir. Askı döneminde süreli fesih hakkı kullanılabilir, ancak bu süre içinde bildirim süreleri işlemez, askı döneminin sona ermesinden sonra işlemeye başlar. Bunun gibi işveren askı döneminde bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin ödemek sureti ile işçiyi derhal işten çıkaramaz. Böyle bir fesih beyanı askı döneminin sonu için hüküm doğurabilir. Bu nedenle davacıdan 14.09.2010 tarihli yazı ile askı süresi içinde savunmasının istenmesinin (bu yazı davacıya 20.09.2010 tarihinde tebliği edilmiştir) yasaya uygun olmadığı düşünülmektedir. Askı süresi içinde temel edimlerden olan iş görme borcu askıya alındığından, bu borcun yerine getirilmesi ile ilgili savunma istenmesinin Yasaya uygun olmadığı düşünülmektedir. Bu se-

beple davalı işveren tarafından peşin ödemede bulunmak sureti ile 30.09.2010 tarihinde gerçekleştirilen feshin geçersiz olduğu düşünülmektedir.

2. İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. **Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır.** Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. **Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek basma geçerli neden olmamalıdır, işçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.** (08.04.2008 gün ve 2007/27829 Esas, 2008/7831 Karar sayılı ilam)

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır (9.HD 24.09.2007 gün ve 2007/13994 Esas, 2007/27720 Karar sayılı ilamı)

Performans değerlendirme sisteminde dikkate alınmayan dış etkenlerin performansın düşmesinde ciddi rol oynayabilecek nitelikte oldukları, bu sebeple bu konuda hiçbir açıklama ve delil sunmayan davalının ispat yükünün gereğini yerine getirmemiş sayılacağı kabul edilmelidir.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkânını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır, işçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir. İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve

mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs.nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir.

İşçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmasının iş sözleşmesinin geçerli fesih nedenini oluşturabilmesi için, iş sözleşmesi feshedilen işi ile aynı veya benzer işi gören işçinin verimi arasında bir karşılaştırma yapılır. Bu konuda işveren, işçinin verimindeki eksikliği tespit etmek için tam bir veri araştırması yapmakla yükümlüdür. Ancak bu araştırma yapılırken, her insanın farklı yapı ve farklı çalışma kabiliyetine sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Kuşkusuz işçinin verim düşüklüğünün yaşlanma gibi bünyedeki doğal bir gelişime dayanması hâlinde işveren, işçinin verim ve performans düşüklüğüne katlanmalıdır. İş sözleşmesinin geçerli feshi, ancak, işçinin ilgili işyerinde çalışabilmesi için aranan profile bütünüyle artık uymadığının kabul edilebildiği an mümkün olabilecektir. Ancak, verimi düşen bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, ilgili işçinin kendi verim ve performans profiline uyan başka bir işte çalışmaya devam etmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. İşte bu bağlamda yapılacak araştırma sonucunda işçinin başka bir işe nakli mümkün görülmüyorsa, işveren iş sözleşmesini geçerli olarak feshedebilecektir. Keza, işçinin bulunduğu işte çalışabilmesi için istenen profil, devamlı olarak gelişen ve yenilenen bir mesleki bilgiye sahip olunmasını gerektiriyorsa, işçiye bu profile uygun bilgiyi edinebilmesi için fırsat verilmelidir.

İşçinin mesleki yetersizliği açısından geçerli fesih nedeninin oluşabilmesi için sözleşme ile üstlenilen iş ediminin usulüne uygun ifası için gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmaması gerekir. Bu suretle iş sözleşmesinde tarafların edim mübadele ilişkisinin önemli ölçüde işveren aleyhine bozulması gerekir. Mesleki uygunluk yokluğu, soyut olarak ele alınmalı, somut iş ilişkisine ve bununla bağlantılı borçlanılan iş edimiyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir. İşyerinde çalışma metodunun değiştirilmesi nedeniyle, işçinin, yeni mesleki eğitim alması imkânı sağlanmasına rağmen, borçlanılan iş ediminin ifası için gerekli olan mesleki bilgiyi kısa sürede kazanabilecek durumda olmaması halinde de, mesleki açıdan uygunluğun olmadığı kabul edilir.

Yargıtay'ın işçinin verimi, performansı nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde gözetilecek olan ilkeler haline gelmiş kararları uyarınca, davalı tarafından ger-

çekleştirilen somut feshin değerlendirilmesinde, şu sonuçlara ulaşılabileceği kanaatindeyiz:

Davalı işveren hangi objektif kriterleri kullanmak suretiyle davacının performansını değerlendirdiğini açıklamamış ve belgelememiştir. Yapılan performans değerlendirmeleri dosyaya sunulmadığı için davacının performansında ne gibi bir düşüş gerçekleştiği belirlenememiş, bunun sürekli nitelik taşıyıp taşımadığı da belirlenememiştir. Ayrıca davalı işveren hangi işçilerle karşılaştırma yapmak sureti ile davacının performansının düştüğünü de belgelememiştir. Özetle, davalı işverenin davacının yetersizliğini kanıtlamak bakımından kendisine düşen kanıt yükümlülüğünü yerine getirmediğinden feshin geçersizliğine ve davacının işçinin işe iadesine karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

X. İŞE İADE DAVASI

A. Geçerli-Haklı Sebeple Fesih Ayırımı

OLAY

Davacı vekili dava dilekçesinde; davacının davalı iş yerinde 17.09.2007 tarihinde reyon elemanı olarak çalışmaya başladığını, daha sonra başarılarından ötürü takım lideri olarak çalışmaya devam ettiğini, davalı şirketin zaman zaman satılmayan depoda kalan yaşlı ürünleri 'likidasyon' adı altında belli aralıklarla %25, %50, %75'e varan indirimlerle sattığını, bu satışlardan personellerinde yararlandığını, buna ilişkin bir kısıtlamanın olmadığını, davacının 18.11.2012 tarihinde işte olduğu bir sırada bir likidasyon işleminin yapıldığını, bu çerçevede araba paspasının 6.23TL'ye indirildiğini, davacının uygun fiyatlı olduğunu düşündüğü bu ürünü diğer tanıdıklarının da faydalanması adına 5 adet aldığını, iş çıkışı departman şefi EDi'yi arayarak ürünün fiyatını söyleyip yararlanmasını tavsiye ettiğini, onun da kendisine de bir tane ayırmasını söylediğini, davacının bu konuşmasına EG'nin de şahitlik yaptığını, davacının da satın aldığı bu ürünleri mesai bitince alıp çıktığını, ertesi gün ED'nin davacıyı arayarak aldığı araba paspaslarının fiyatının hatalı olduğunu ürünleri geri getirmesini söylediğini, davacı da satın aldığı paspasların bir kaçını yakınlarına verdiğini elinde kalan üç taneyi getirebileceğini ED'nin de 'elinde kalanları getir diğerlerini de müşteri aldı deriz dediğini', davacıda paspasların üçünü 18.11.2012 tarihinde iade ettiğini, bu olay gerekçe gösterilerek 29.11.2012 tarihinde Bölge İnsan Kaynakları Müdürü'nün davacının iş akdinin sona erdiğini söylediğini ve iş akdinin haksız şekilde feshedildiğini belirtmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde; davacının iş akdinin 19.09.2007 tarihinde başladığını, 29.11.2012 tarihinde feshedildiğini, davacının takım lideri olarak

çalıştığını, davacının iş sözleşmesinin İş K. m. 25'e göre sona erdirildiğinin, davacının 18.11.2012 tarihinde fiyat hatası olan oto paspaslarından mesai saatleri içinde 5 adet satın alarak ayrıldığını mesai bitiminde 2 tane daha alıp departman şefini aradığını, departman şefi de 'eğer ürün indirimli ise reyona açılmasını değilse fiyat hatası olan ürünleri toplayıp muhafaza etmesi gerektiğini buna rağmen talimatlara uymayarak bu paspaslardan 7 tane aldığını sadece 3 ürünün geri getirdiğini, davacının amiri olan ED'nin talimatı ve uyarısına rağmen kötü niyetli olarak ürünlerin gerçek fiyatı 209,30TL üzerinden değil 43,61TL üzerinden satın alınarak haksız kazanç sağladığını, ayrıca disiplin prosedürü gibi eğitimler verilmiş olmasına rağmen davacının söz konusu eylemi disiplin yönetmeliğinde yer alan işyeri kurallarına aykırı hareket ederek mesai saatleri içinde yaptığını, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranarak iş ilişkisinde bulunması gereken güven temelini zedelediğini, bu sebeple iş akdinin devamının katlanılamaz bir hal aldığını, tüm bu yaşanan olaylar nedeniyle davalı şirketin maddi zarara uğradığını, taraflar arasındaki çalışma huzurunun bozulduğunu bu sebeplerle davacının taleplerinin haksız olduğunu davanın reddi gerektiğini belirtmiştir.

21.11.2012 tarihli yazıda ED'nin ifadesine göre; davacının 18.11.2012'de kendisini aradığını, paspas ile ilgili fiyat düşüşü olduğunu, kendisinin de likide ürün ise reyona açmalarını, değilse fiyat hatası nedeniyle toplayıp muhafaza altına almalarını, mail atıp çözmeleri gerektiğini söylediğini, akşam mağazaya gittiğinde nöbetçi müdürden geri bildirim alarak maillere baktığında üründe fiyat hatası olduğunu tespit ettiğini, T'yi arayarak durumu sorduğunda, ürünleri toplu olarak EG ile aldıklarını tespit ettiğini ve geri getirmelerini söylediğini imza altına almıştır.

21.09.2012 tarihli yazıda davacının ifadesine göre; paspas alımları ile ilgili bilgiyi departman şefi ED'ye verdiğini, departman şefinden telefonda aldığı onayla paspasları satın aldığını, ürünlerin fiyatının hatalı olduğuyla alakalı bir bilgilendirme verilmediğini, ürünleri aldıktan sonra fiyatının hatalı olduğunu geri getirmesi gerektiğini söylediğini, ürünlerin üçünü geri getirdiğini, mesai saatlerinin bitimine 10 dakika kala ürünlerin satıldığını ve bu tarz durumların mağazada sürekli çalışanlar tarafından yapıldığının herkesçe bilindiğini, alınan savunmanın art niyetli bir amaç taşıdığını belirtmiştir.

21.11.2012 tarihli yazıda AU'nun ifadesine göre; saat 18.00 civarında EG ve EO'ya bir adet paspas satışı yapıldığını, 101 nolu kasadan onları almak için onay aldıklarını söylediklerini, kendisinin de bunu sorgulamadığını, satışını nakit olarak yaptığını, 20.11.2012 tarihinde davacının üç adet paspas iade ettiğini, davacının bunların onay alınarak satışının yapıldığını söylediği belirtilmiştir.

21.11.2012 tarihli yazıda ÖD'nin ifadesine göre; 18.11.2012 tarihinde müşteri hizmetlerinde çalışmaktayken davacının müşteri hizmetlerine gelerek elinde bulunan oto paspas barkotundan satış yapmasını istediğini, kendisinin de fiyatın farklılık göstermemesinden dolayı satışı gerçekleştirdiğini, satış yapılan ürünlerin adet ve barkotlarından personel girişindeki güvenlik görevlileri tarafından kontrol ediliyor olması gerektiği için bu detayı atladığını belirtmiştir.

Davacı ile birlikte oto paspaslarından satın alan EG, indirimli üründen kendisinin de satın aldığını, davacı ile aynı bölümde çalıştığını, bu sebeple işverenin kendisini çıkarmak istemediğini..." belirtmiştir

29.11.2012 tarihli fesih yazısında "...18.11.2012 tarihli durum tespit tutanağı ile fiyat hatası olan (29.90 ürün fiyatı, 6.23 hatalı ürün fiyatı) oto paspasından mesai saatleri içinde beş adet satın alarak ayrıldığınız, Departman Şefi ED tarafından ***"eğer ürün likadasyon ürünü ise reyona açılması, değilse fiyat hatası olan ürünleri toplayıp muhafaza etmenizi söylememize rağmen paspaslardan yedi adet aldığınız tespit edilmiştir.***

Konuyla ilgili tarafınızdan alınan 21.11.2012 tarihli yazılı savunmanız işverenliğimizce yeterli görülmemiştir. Yukarıda belirtilen davranışlarınız ile ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller kapsamında iş sözleşmeniz İş Kanunun 25/II maddesi uyarınca 29.11.2012 tarihi itibarı ile feshedildiği" bildirilmiştir.

Disiplin Yönetmeliğinde, disiplin cezaları **"sözlü uyarı, yazılı uyarı ve işten çıkarma"** olarak belirlenmiş olup, hangi fiile hangi cezanın uygulanacağı ayrı ayrı olarak belirtilmiştir. Yönetmeliğin 4 maddesi uyarınca "***aşağıda bahsedilen disiplin cezaları sıralama olarak aynı zamanda ceza şiddetinin sıralamasını göstermektedir. Aynı suçun 6 aylık süre içinde tekrarı halinde bir üst derecedeki ceza uygulanır. Disiplin değerlendirmesi sonucu personelin yapacağı savunmaya göre bu yönetmelikte belirtilen ceza aynen uygulanabileceği gibi, daha hafif bir ceza verilmesi de değerlendirmeyi yapan yöneticilerin takdiridir. Disiplin cezası verilecek personelin bu cezaya itiraz etme hakkı vardır.***"

Yönetmeliğin 6. maddesinin Çalışma Kuralları başlığı altında 4. maddede ***"mesai saatleri içerisinde ve/veya iş kıyafeti ile alışveriş yapılması"*** yer almaktadır. Davacının davranışı bu kuralın ihlali anlamına gelip, karşılığında verilecek ceza "sözlü uyarı" olarak belirlenmiştir.

Yönetmeliğin 7. maddesinde, Çalışma Kuralları başlığının ise 2. maddesinde ***"işlerin yapılmasında ilk amirden aldığı talimatlara kasten veya sebepsiz yere uymama"*** fiiline karşılık yapılan işse yazılı uyarma cezası öngörülmüş bulunmaktadır.

Yönetmeliğin 8. maddesinde "işten çıkarmayı gerektiren haller arasında 1. maddede ***"işverenin güvenini kötüye kullanmak"*** 2. maddede "***görevin kötüye kullanılması***" 13. madde ***"şirket olanaklarının kişisel çıkarlar için kullanılması"*** yer almaktadır.

SORU

Olaydaki veriler ışığında, davacı ile aynı üründen satın alan EG'nin sözleşmesinin feshedildiğini dikkate alarak, davacının sözleşmesinin feshedilmesinin haklı veya geçerli bir sebebe dayanan bir fesih olarak mı değerlendirilmesi gerekeceğini tartışınız.

CEVAP

29.11.2012 tarihli fesih yazısında "...18.11.2012 tarihli durum tespit tutanağı ile fiyat hatası olan (29.90 ürün fiyatı, 6.23 hatalı ürün fiyatı) oto paspasından mesai saatleri içinde beş adet satın alarak ayrıldığınız, Departman Şefi E. D. tarafından ***"eğer ürün likadasyon ürünü ise reyona açılması, değilse fiyat hatası olan ürünleri toplayıp muhafaza etmenizi söylememize rağmen paspaslardan yedi adet aldığınız tespit edilmiştir.***

Konuyla ilgili tarafınızdan alınan 21.11.2012 tarihli yazılı savunmanız işverenliğimizce yeterli görülmemiştir. Yukarıda belirtilen davranışlarınız ile ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller kapsamında iş sözleşmeniz İş Kanunun 25/II maddesi uyarınca 29.11.2012 tarihi itibarı ile feshedildiği" bildirilmiştir.

19.09.20007 tarihli belirsiz süreli iş sözleşmesinde davacının görevi "reyon elemanı" olarak belirtilmiş olup, tanıklar da davacının züccaciye reyonunda çalıştığını söylemişlerdir.

Davacı dava dilekçesinde zaman zaman uzun süre depoda kalan ürünlerin fiyatının indirilerek, likidasyon adı altında satışa sunulduğunu, kendisinin bu çerçevede beş adet oto paspasını satın aldığını, buna engel bir uygulamanın olmadığını belirtmiştir. Konu ile ilgili yazılı savunmasında davacı "*21.09.2012 tarihli yazıda paspas alımları ile ilgili bilgiyi departman şefi ED'ye verdiğini, departman şefinden telefonda aldığı onayla paspasları satın aldığını, ürünlerin fiyatının hatalı olduğuyla alakalı bir bilgilendirme verilmediğini, ürünleri aldıktan sonra fiyatının hatalı olduğunu geri getirmesi gerektiğinin söylendiğini, ürünlerin üçünü geri getirdiğini, mesai saatlerinin bitimine 10 dakika kala ürünlerin satıldığını ve bu tarz durumların mağazada sürekli çalışanlar tarafından yapıldığının herkes tarafından bilindiğini, birçok zaman bunun herkes tarafından yapıldığını, alınan savunmanın art niyetli bir amaç taşıdığını belirtmiştir*".

ED ifadesinde ise "*davacının 18.11.2012 de kendisini aradığını paspas ile ilgili fiyat düşüşü olduğunu, kendisinin de likide ürün ise reyona açmalarını, değilse fiyat hatası nedeniyle toplayıp muhafaza altına almalarını, mail atıp çözmeleri gerektiğini söylediğini, akşam mağazaya gittiğinde nöbetçi müdürden geri bildirim alarak maillere baktığında üründe fiyat hatası olduğunu tespit ettiğini, T. arayarak durumu sorduğunda, ürünleri toplu olarak EG ile aldıklarını tespit ettiğini ve geri getirmelerini söylediğini*" imza altına almıştır.

ED'nin ifade ettiği üzere, fiyat düşüşünün belirlenmesinin mümkün olması durumunda, ürünlerin açılması, aksi halde muhafaza altına alınması talimatını verdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle eğer ürünün fiyatını kontrol ederek açmak ve satışa sunmak davacının görevi ise doğrudan doğruya iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi söz konusu olacağı için, davacı sözleşmeye aykırı hareket etmiş olacak ve davalı bu sebeple sözleşmeyi haklı olarak feshedebileceği kanaatindeyiz.

Buna karşılık bu işlemin davacının görevi olmaması durumunda, likide edilen ürünü kendisi için satın almasının mümkün olup olmadığına bakmak gerekecektir.

İşyerinde uygulanan Disiplin Yönetmeliğinde, disiplin cezaları **"sözlü uyarı, yazılı uyarı ve işten çıkarma"** olarak belirlenmiş olup, hangi fiile hangi cezanın uygulanacağı ayrı ayrı olarak belirtilmiştir. Yönetmeliğin 4 maddesi uyarınca "***aşağıda bahsedilen disiplin cezaları sıralama olarak aynı zamanda ceza şiddetinin sıralamasını göstermektedir. Aynı suçun 6 aylık süre içinde tekrarı halinde bir üst derecedeki ceza uygulanır. Disiplin değerlendirmesi sonucu personelin yapacağı savunmaya göre bu yönetmelikte belirtilen ceza aynen uygulanabileceği gibi, daha hafif bir ceza verilmesi de değerlendirmeyi yapan yöneticilerin takdiridir. Disiplin cezası verilecek personelin bu cezaya itiraz etme hakkı vardır.***"

Davacının ifadesinden mesai bitimine on dakika kala oto paspaslarını satın aldığı anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin 6. maddesinin Çalışma Kuralları başlığı altında 4. maddede ***"mesai saatleri içerisinde ve/veya iş kıyafeti ile alışveriş yapılması"*** yer almaktadır. Davacının davranışı bu kuralın ihlali anlamına gelip, karşılığında verilecek ceza "sözlü uyarı" olarak belirlenmiştir.

Yönetmeliğin 7 maddesinde, Çalışma Kuralları başlığının ise 2. maddesinde ***"işlerin yapılmasında ilk amirden aldığı talimatlara kasten veya sebepsiz yere uymama"*** fiiline karşılık ise yazılı uyarma cezası öngörülmüş bulunmaktadır. Davacı amiri durumunda olan ED'nin ürünlerin fiyatının kontrol edilip açılması aksi halde muhafaza altına alınması emrine uymadığından dolayı da yazılı uyarı cezası ile cezalandırılabilir.

Davacının 13.10.2012 ve 14.10.2012 tarihlerinde planlanmış olan 15.15-23.15 akşam vardiyalarına habersiz olarak gelmediği, davacıdan alınan savunmanın yetersiz olduğu bu sebeple **yazılı uyarı verildiği** belirtilmiştir. Davacı altı ay içinde aynı cezanın verilmesini gerektiren fiil işlediği için kendisine bir üst ceza olan işten çıkarma cezasının verilmesi yönetmelik hükmü uyarınca mümkündür.

Yönetmeliğin 8. maddesinde "işten çıkarmayı gerektiren haller arasında 1. maddede ***"işverenin güvenini kötüye kullanmak"*** 2. maddede ***"görevin kötüye kullanılması"*** 13. madde ***"şirket olanaklarının kişisel çıkarlar için kullanılması"*** yer almaktadır.

Davacı ile birlikte oto paspaslarından satın alan EG, indirimli üründen kendisinin de satın aldığını, kendisinin de davacı ile aynı bölümde çalıştığını bu sebeple işverenin kendisini çıkarmak istemediğini..." belirtmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki birden fazla işçi davranışıyla geçerli veya haklı fesih nedeni yaratmışsa, bu davranışlarda bulunan işçilerinin tümünün sözleşmelerinin yasaya uygun şekilde feshedilmesine bir engel bulunmamaktadır. Ancak lehine bir haklı veya geçerli fesih nedeni doğmuş bulunan işveren bu davranışta bulunan işçilerden birinin veya birkaçının iş sözleşmesini feshedecekse, bu taktirde yapacağı seçimin eşit davranma borcuna uygun olması gerekir.

Eşit davranma borcunu ihlal ettiği iddialarına karşı işveren yaptığı feshi ve sözleşmesi feshedilecek işçi konusundaki tercihleri haklılaştırabilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiği söylenemeyecektir. Örneğin işletmede söz konusu işçiye duyulan ihtiyaç, geçmiş yıllardaki tutumu, verimliliği vb. haller yapılan ayırımın haklı gerekçesini gösterebilir.

Kanımızca yukarıda belirttiğimiz hususların denetlenmesi de feshin haklı-haksız mı olduğunu belirlemek açısından önem taşımaktadır.

Bu nedenle uyuşmazlık konusu olay bakımından şu ihtimallerin ortaya çıkabilir:

- davacının sözleşme kapsamındaki işgörme borcuna aykırı davrandığının tespit edilmesi halinde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olacağı için işverenin sözleşmeyi haklı sebeple feshedebileceği,
- davacının davranışının sadece sözlü uyarı ile değerlendirilebilecek bir davranış olarak kabul edilmesi durumunda feshin haklı olmadığı,
- davacının davranışının yazılı uyarı ile cezalandırılabilen bir davranış olarak kabul edilmesi ve daha önce davacıya yazılı uyarı cezasının verilmiş olması

nedeni ile, bir üst ceza olan işten çıkarma cezasının uygulanabileceğinin kabul edilmesi halinde de feshin haklı olduğu,

- davacı davranışının haklı sebeple feshe olanak veren davranış derecesine ulaşmayan, ama işyeri işleyişini olumsuz etkileyen bir davranış olarak kabul edilmesi durumunda sözleşmenin işveren tarafından geçerli nedene dayalı olarak feshedilebileceği,
- davacı davranışının geçerli sebep oluşturan bir davranış olarak değerlendirilmemesi durumunda ise feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekeceği

söylenebilecektir.

B. Geçerli Sebep

1. Performans Yetersizliğinin Geçerli Sebep Oluşturması

OLAY 1

Davacı vekili müvekkili (E)'nin 07.10.2005 tarihinden sözleşmenin feshedildiği 10.11.2010 tarihine kadar davalı işyerinde beş yıl kesintisiz çalıştığını, tebliği edilen fesih yazısında "iş sözleşmesinin şirket opsiyonlu programı kapsamında eğitimde bulunduğu ve gelişim sürecini sürdürdüğü, 20.10.2010 tarihinde yapılan son değerlendirmede başarı sağlayamadığı, 25.10.2010 tarihli yazı ile Ankara (F) mağazasında Ticari Grup Müdürlüğü görevinin teklif edildiği ve reddedildiği, 01.11.2010 tarihli yazı ile tekrar aynı görevin teklif edildiği, davacının ise bu ikinci yazıyı tebliği almayıp, teklif edilen görevi reddettiğini sözlü olarak bildirdiği, performans sorunları ile ilgili tespit ve gerekçelerle kendisine son çare teklif edilen alternatif görev önerisini reddettiği, bu nedenle iş ilişkisini sürdürme imkanının kalmadığı" gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshedildiğini, davalı şirketin kasten yanlış ifadeler kullandığını, müvekkilinin fesih tarihinde opsiyonlu mağaza müdürü değil, (P) Mağazası müdürü olarak görev yaptığını, müvekkilinin 2008 Aralık ayında işverenlikçe mağaza müdürlüğü için açılan pozisyona başvurduğunu ve kabul edildiğini ve bu konuda (Ç) mağazasında 9 ay boyunca eğitim aldığını, eğitimi başarı ile tamamladığını ve sonrasında (P) mağazasına Müdür olarak atandığını, müvekkilinden performans sorunları, başarısızlık, yetersizlik ve benzeri sebeplerle hiçbir zaman savunma talep edilmediğini, herhangi bir uyarıda bulunulmadığını, kaldı ki performans değerlendirme kriterlerinin belirsiz olduğunu, objektif bir ölçümlenmeye dayanmadığını, fesihten önce yaşanan on beş günlük süreçteki olaylara bakıldığında, feshe önceden karar verilmiş olduğunu, 25.10.2010 günlü görev değişikliği teklifinin tenzili rütbe niteliğinde olduğunu, müvekkiline sözlü olarak Cuma

gününe kadar mağazaya gelmemesinin istendiği, geldiği 01.11.2010 tarihinde kabul edilmeyen görevin tekrar teklif edildiği, Salı günü de yerine başka mağaza müdürü görevlendirildiğini, esasen işverenin 25.10.2010 günü müvekkilinin iş akdinin fiilen feshedildiğini, feshin geçerli sebebe dayanmadığı gerekçesi ile müvekkilinin işe iadesini talep etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, Opsiyonlu Yönetici Eğitiminin, yeni göreve başlayacak kişinin yeni görevinde duyacağı ihtiyaçlara yönelik bir eğitim olduğunu, program sonucunda katılımcının atandığı görevde izlendiğini, davacı tarafın iddialarının aksine, bu kadronun ancak yetkinliğini ispatlamış personele kesin olarak tahsis edildiğini, davacıya yetkinliğini kanıtlaması için (P) Mağaza Müdürlüğü görevinin verildiğini, ancak davacının (P) Mağaza Müdürlüğü görevine kesin olarak atandığını ve iş sözleşmesinin aleyhine değiştirildiği iddiasının haksız olduğunu, davacı tarafın opsiyonlu eğitim programı çerçevesinde atandığı (P) Mağaza Müdürlüğü pozisyonunda objektif kriterler çerçevesinde saptanan ve kendisine tebliği edilen hedefleri yakalayamayarak başarısız olduğunun tespit edildiğini, bu durumda müvekkil şirketçe davalıya başka bir iş teklif edilerek iş sözleşmesinin ayakta tutulmaya çalışıldığını, davacının çalışma yönteminin sonucunda doğru ve zamanında geri bildirim vermediğinin saptandığını, mağazaya geliş ve gidiş saatleri ile kendi yöneticilerine örnek teşkil etmediğini, mağazaya yapılan ziyaretler sırasında mağaza yönetim ekibinin verdiği görevleri yapmadığını ve çok zayıf ekibe sahip olduğunu sürekli beyan ettiğini, davacı tarafın mağazaya hiç uğramamasına rağmen mağazada olduğunu gösteren mailler attığını, şirketin kritik başarı unsurları içinde en önemli yere sahip olan kişisel dürüstlük konusunda davacının ciddi zaafları olduğunu, davacının operasyonel yetkinlik açısından da yetersiz olduğunu, çünkü hijyen koşulları bakımından yetersiz bulunduğunu, depoyu iyi yönetemediğini, taze ürünlerle ilgili indirim prosedürüne uymadığını, mağaza standartları, fiyat kontrolleri ve afişleme konusunda müvekkil şirketin belirlediği ilke ve kurallara uymadığını, bu sebeple müvekkil şirket tarafından gerçekleştirilen feshin geçerli sebebe dayandığı ve işe iade davasının reddini talep etmiştir.

Tarihsiz ve imzasız "genel haber" başlıklı yazı ile davacının Opsiyonlu Mağaza Müdürü olarak görev yapmakta iken (P) Mağazası'na Güvenli Eller kapsamında mağaza Müdürü olarak atandığı anlaşılmaktadır, Nisan, Mayıs, Haziran, Temmuz 2010 bordrolarında davacının pozisyonunun mağaza müdürü olarak gösterilmiş iken, Ağustos, Eylül, Ekim, Kasım 2010 bordrolarında Opsiyonlu mağaza Müdürü olarak gösterilmiştir.

Davacının performansı sadece son dönemde sarı olarak değerlendirilmiştir.

SORULAR

1. İş sözleşmesinin performans düşüklüğü nedeni ile feshedilmesinde Yargıtay tarafından dikkate alınan kriterler nelerdir?
2. Somut uyuşmazlık bakımından davacının iddiaları yerinde midir?

CEVAPLAR

1. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlar; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hallerdir. Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilir.

Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır, işçinin kapasitesi yüksek hedef-

ler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkânını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır, işçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir. İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs.nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir. İşçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmasının iş sözleşmesinin geçerli fesih nedenini oluşturabilmesi için, iş sözleşmesi feshedilen işi ile aynı veya benzer işi gören işçinin verimi arasında bir karşılaştırma yapılır. Bu konuda işveren, işçinin verimindeki eksikliği tespit etmek için tam bir veri araştırmakla yükümlüdür. Ancak bu karşılaştırma yapılırken, her insanın farklı yapı ve farklı çalışma kabiliyetine sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Kuşkusuz işçinin verim düşüklüğünün yaşlanma gibi bünyedeki doğal bir gelişime dayanması hâlinde işveren, işçinin verim ve performans düşüklüğünü katlanmalıdır. İş sözleşmesinin geçerli feshi, ancak, işçinin ilgili işyerinde çalışabilmesi için aranan profile bütünüyle artık uymadığının kabul edilebildiği an mümkün olabilecektir. Ancak, verimi düşen bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, ilgili işçinin kendi verim ve performans profiline uyan başka bir işte çalışmaya de-

vam etmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir, işte bu bağlamda yapılacak araştırma sonucunda işçinin başka bir işe nakli mümkün görülmüyorsa, işveren iş sözleşmesini geçerli olarak feshedebilecektir. Keza, işçinin çalıştığı işte çalışabilme için istenen profil, devamlı olarak gelişen ve yenilenen bir mesleki bilgiye sahip olunmasını gerektiriyorsa, işçiye bu profile uygun bilgiyi edinebilmesi için fırsat verilmelidir.

İşçinin mesleki yetersizliği açısından geçerli fesih nedeninin oluşabilmesi için sözleşme ile üstlenilen iş ediminin usulüne uygun ifası için gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmaması gerekir. Bu suretle iş sözleşmesinde tarafların edim mübadele ilişkisinin önemli ölçüde işveren aleyhine bozulması gerekir. Mesleki uygunluk yokluğu, soyut olarak ele alınmalı, somut iş ilişkisine ve bununla bağlantılı borçlanılan iş edimiyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir. İşyerinde çalışma metodunun değiştirilmesi nedeniyle, işçinin, yeni mesleki eğitim alması imkânı sağlanmasına rağmen, borçlanılan iş ediminin ifası için gerekli olan mesleki bilgiyi kısa sürede kazanabilecek durumda olmaması halinde de, mesleki açıdan uygunluğun olmadığı kabul edilir.

2. Davalı vekili verdiği cevapta, Opsiyonlu Yönetici Eğitiminin, yeni göreve başlayacak kişinin yeni görevinde duyacağı ihtiyaçlara yönelik bir eğitim olduğunu, program sonucunda katılımcının atandığı görevde izlendiğini, davacı tarafın iddialarının aksine, bu kadronun ancak yetkinliğini ispatlamış personele kesin olarak tahsis edildiğini, davacıya yetkinliğini kanıtlaması için Polatlı Mağaza Müdürlüğü görevinin verildiğini, ancak davacının Polatlı Mağaza Müdürlüğü görevine kesin olarak atandığını ve iş sözleşmesinin aleyhine değiştirildiği iddiasının haksız olduğunu ileri sürmüştür. Tarihsiz ve imzasız "genel haber" başlıklı yazı ile davacının Opsiyonlu Mağaza Müdürü olarak görev yapmakta iken (P) Mağazası'na Güvenli Eller kapsamında mağaza Müdürü olarak atandığı anlaşılmaktadır, Nisan, Mayıs, Haziran, Temmuz 2010 bordrolarında davacının pozisyonunun mağaza müdürü olarak gösterilmiş iken, Ağustos, Eylül, Ekim, Kasım 2010 bordrolarında Opsiyonlu mağaza Müdürü olarak gösterilmiştir. Bu belgelerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde davacının Opsiyonlu Mağaza Müdürlüğü görevini tamamlayıp, Mağaza müdürü olarak atandığı kabul edilmelidir görüşündeyiz.

Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedef-

lere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır, işçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir. Oysa davacının performansı sadece son dönemde sarı olarak değerlendirilmiş olup, süreklilik gösteren bir performans düşüklüğünden söz edilemeyeceği düşünülmektedir. Ayrıca davacının davalı tarafından konulan hedeflere ulaşmaması tek başına fesih nedeni olarak kabul edilmemelidir. Salt satış rakamlarının diğer mağazadan veya mağazalardan daha düşük olmasının davacının performansının daha düşük olduğuna karar verilebilmesi için yeterli olmadığı vurgulanmalıdır. Bu sebeple Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi davacıda üstlendiği edimin ifası için kendisinde bulunması gereken mesleki kabiliyetin tamamen ortadan kalktığının kabul edilmesi mümkün olmadığından, davalı tarafından gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayanmadığı düşünülmektedir.

OLAY 2

Davacı vekili, davacı müvekkilinin davalı işyerinde çalışmakta iken 05.07.2011 tarihli ihtarname ile iş sözleşmesinin feshedildiğini, davalı işverenin davacının ibraname imzalamasını istediğini, müvekkilinin ibraname ve feshi ihbarı haksızlığa uğradığı için imzalamadığını, ertesi günü şirket avukatının işyerine gelerek fesih yazısının noter aracılığı ile kendisine gönderildiğini bildirdiğini, davalı işverenin SGK bildirimlerinde 30.06.2011 tarihi itibarıyla çıkışını bildirdiğini, bu hususun davalının kötüniyetini ortaya koyduğunu, davalı işverenin fesih yazısında, davacının düşük performans göstermesini, amirleri tarafından verilen görevleri gereği gibi ve zamanında yerine getirmemesi, şirket çalışma prensiplerine uymaması ve düzeltme konusunda çaba göstermemesini fesih gerekçesi olarak gösterdiğini, belirtilen fesih sebeplerinin gerçeği yansıtmadığını, davacının fesih tarihine kadar hiçbir uyarı almadığını, yasanın aradığı şekilde kendisinden savunma alınmadığını, feshin son çare olarak gerçekleşmediğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

Davalı vekili verdiği cevapta, davacının performans düşüklüğü ve bulunduğu statüye ihtiyaç kalmaması sebebi ile iş akdinin feshedildiğini, davacıya tüm yasal haklarının ödendiğini, davacının son dönmelerde işine gerekli özen ve dikkati göstermediği gibi, tüm sözlü uyarılara rağmen performansında bir değişiklik olmadığını, davacının bulunduğu statüye ihtiyaç kalmaması ve davacının başka bir yerde çalıştırılmasının mümkün olmaması nedeni ile verimli olmayan davacının iş sözleşmesine son verildiğini, davacı işten ayrıldıktan sonra onun yerine çalışacak başka kimsenin alınmamasının şirketin iyiniyetini açıkça ortaya koyması nedeni ile açılan davanın reddi talep edilmiştir.

SORU

1. Davacının iş sözleşmesinin performansa dayalı olarak feshedilebilmesi için hangi koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

CEVAP

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlar; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hallerdir. Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilir.

Yargıtay'ın pek çok kararında belirtildiği gibi, "*Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir.*

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek basma geçerli neden olmamalıdır, işçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir. (08.04.2008 gün ve 2007/27829 Esas, 2008/7831 Karar sayılı ilamımız)

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır (Dairemizin 24.09.2007 gün ve 2007/13994 Esas, 2007/27720 Karar sayılı ilamı).

İşçinin, deneme süresi de belirli (ki bu en az altı ay olmalı) bekleme süresi içinde saptanan mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden soma performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli neden olarak kabul edilemez. Yani bu süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha somaki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sulunların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi halinde geçerli neden doğabilir. İşveren, bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu beklentiyi doğrulayacak eğitim ve iş koşullarının iyileştirilmesi gibi performans artırıcı olanakları sağladığını da kanıtlamalıdır".

Öte yandan, 4857 İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmamasının alınmamasının tek basma, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir".

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesinin performans düşüklüğü gerekçesi ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının performansının düşük olmasına dayanılmış olmasına rağmen yukarıda belirtilen yasal düzenleme uyarınca fesihten önce savunması istenmemiştir. Davalı işveren davacının savunma vermekten imtina ettiğine ilişkin tutanak da sunmamıştır. Bu sebeple davalı işveren tarafından performansa dayalı işçinin yetersizliğinin kanıtlamadığının kabul edilmesi gerekecektir.

OLAY 3

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin davalı işverenin İzmir Bölge Müdürlüğü nezdinde "E 2" adı verilen bölgesinde ağırlıklı olarak İzmir olmak üzere Ege Bölgesi illerinde direkt satış görevlisi olarak çalıştığını, müvekkilinin 02/01/2008 tarihinde çalışmaya başladığını ve iş akdinin 14/12/2012 tarihinde şifahen sona erdirildiğini, davacının hizmet süresinin 6 aydan fazla olduğunu ve davalı işyerinde 30'dan fazla işçi çalıştığını, feshin yazılı olarak yapılmamasından ötürü fesih hakkında net ve somut bilgileri olmadığını, iş akdinin sözlü feshi sırasında müvekkilinin performansının beklentileri karşılamadığının bildirildiğini, ancak müvekkilinin performansına dair; reorganizasyonu sürekli olarak üst seviyelerde gerçekleştiğini, iş akdinin feshinden önceki 2 yıl için açıklama yapıldığında müvekkilinin 2011 yılı hedef gerçekleştirme oranı %98, 2012 yılı için ise %90 seviyesinde gerçekleştiğini, müvekkilinin içinde bulunduğu takımın bir kez Türkiye 2.si, bir kez de Türkiye 3.sü olduğunu, müvekkilinin her yönden başarılı bir çalışan olması sonucu pek çok kez işe yeni alınan elemanların yetiştirilmesi amacı ile müvekkilin yeni elemanlarla birlikte çalıştırıldığını, bu suretle müvekkilinin tecrübesinden yararlanıldığı, müvekkiline iş başarılarından dolayı koçluk görevinin verildiğini, müvekkiline çalıştığı süre içerisinde sürekli olarak başarıya dayalı prim ödendiğini, bazı dönemlerde ise üstün başarısı nedeniyle ekstra prim ödemesi yapıldığını, müvekkilinin bireysel kart satışı yapmakla birlikte iş yerinde ticari kart satışı için mülakata alındığını, bu mülakatı kazandığını, atama beklerken iş akdinin feshedildiğini, bu durumlara rağmen iş veren tarafından iş akdinin performans nedeniyle feshinin afaki olarak yaratılmış bir neden olduğunu, iş yerinde hedef gerçekleştirme oranı çok daha düşük olan işçilerin çalışmaya devam ettiğini, bu durumun işverenin eşit davranma ilkesine de aykırı bulunduğunu, müvekkilinin performans düşüklüğü olduğunun kabul edilse dahi; iş akdinin feshinden önce savunmasının alınması ve buna göre performans düşüklüğünün nedenlerinin araştırılması, bu nedenlerin ortadan kaldırılmasına yönelik bir takım tasarrufların alınması, müvekkilinin tekrar eğitime tabi tutulması gerektiğini, fakat bu yönde hiçbir işlem yapılmadığını, müvekkiline fesih bildiriminin yazılı yapılmaması, fesi nedeninin açıkça bildirilmemesi, müvekkilinden kaynaklanan bir fesih sebebi var ise müvekkilinin savunmasının alınmaması nedeniyle yapılan feshin geçersiz olduğunu, fesih işleminin geçersizliğine hükmedilip, müvekkili için işe iade kararı verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacının kendisine verilen hedeflere ulaşamadığı gibi verilen görevleri kendisinden beklenen sorumluluklar çerçevesinde gerçekleştiremediğini, davacıya "verilen görev ve talimatları, kendisi ya da başkası için yarar sağlamak amacı ile bankanın ya da üçüncü kişilerin zarara

uğramasına neden olacak biçimde, bankaca belirlenen usul ve esaslara aykırı olarak kasten yerine getirmemek" eylemi nedeni ile dikkat çekme cezası ile cezalandırıldığını, benzer eylemlerin tekrarı halinde iş akdinin feshi ile cezalandırılacağının ihtar edildiğini, davacıya ait müvekkili bankaya ait performans değerlendirme sistem içinde 2011 yılı sonu performans değerlendirme sonucunun "gelişmesi gerekli", 2012 ara dönem performans değerlendirme sonucunun "gelişmesi gerekli" olarak sonuçlandığını, 01/08/ 2012-31/10/2012 tarihleri arasında alındığı izleme sürecinin başarısız olarak sonuçlandığını, performans değerlendirmelerine, sözlü ve yazılı uyarıya rağmen davacının bahse konu davranışlarında bir değişiklik olmadığını, kendisinden beklenen sorumluluk ve görevi gereği gibi yerine getirememesi sebebiyle davacının iş akdinin İş K. m.17-18 uyarınca feshedildiğini, ihbar/kıdem tazminatı ile yıllık izin ücret alacağının ödendiğini, davacı yanın iş akdinin feshedildiği hususunu tebellüğ etmekten imtina ettiğini, bunun üzerine fesih nedenlerini açıkça belirtildiğini, davacının performansının düşmesinin diğer personelin iş yükünü artırdığını, davacının iş akdinin objektif olarak söz konusu birimde çalışan herkese altı ayda bir uygulanan performans değerlendirme sistemindeki kriterler kapsamında yapılan bir performans değerlendirmesi olduğunu, değerlendirme sonuçlarının 1. amir onayından sonra 2. amir onayına sunulduğunu, bu onayda gerçekleştikten sonra ilgili personelin onay ve bilgisine gönderildiğini, yani davacı dahil çalışanların yönetici ve üst yöneticinin değerlendirme ve onayı ile iki alt ve üst yetkili kişi tarafından değerlendirildiğini, tüm bu maddi ve hukuki vakıalara karşın davacı tarafından işe iade davası açıldığını, "ultima ratio" ilkesi gereğince, yetkili bir banka personeli olarak çalışan davacının, banka içindeki hizmet, uyum, performans bakımından tolerans sınırını aşan davranışları sebebi ile daha önce yazılı olarak savunmasının istendiğini, yazılı olarak uyarıldığını, kendisine tanınan izlenme sürecinde de başarısız olmasına karşın davacının davranışlarında değişen bir durumun olmaması sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çarenin artık söz konusu olmaması sonucu iş akdine geçerli bir nedenle son verildiğini, bu sebeplerle davanın reddine, mahkeme masrafları ile vekaletin ücretinin karşı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Davacıya ait Direkt Satış 2011 yılı 1. çeyrek değerlendirmesine göre, "hedef gerçekleştirmesi yüksek çalışkan bir personel" açıklamasının yer aldığı, Direkt Satış 2011 yılı 2. çeyrek değerlendirmesine göre "kendisinden beklentilerimiz yüksek olup performansını arttırması gerekmektedir" açıklamasına yer verildiği, Direkt Satış 2011 yılı 3. ve 4. çeyrek değerlendirmesine göre, "performansı ve çalışması çok düştü, kendisini toparlaması lazım" ibaresine yer verildiği, Direkt Satış 2012 yılı 1. ve 2. çeyrek değerlen-

dirmesine göre, genel görüşler kısmında "M çok eski bir personel olmasına ve kendisine çok şans verilmesine rağmen istenilen şeyleri karşılamamıştır. Kendisi anında kartta uzun bir dönem çalıştırılmış fakat buna rağmen istenilen performansı gösterememiş ve başarılı olamamıştır. Anında karttan sonra ise sahada hiç çalışmamıştır." Açıklamalar kısmında ise "kendini kesinlikle toparlamalı" denmiş, davacı karşı açıklama olarak "motivasyonu düşen bir satıcıyı motive etme şekli satış esnasında sana işten çıkış gözüküyor motive etme şekli midir, kendimi toparlamam adına hiçbir şey yapılmaması mıdır ya da sen bilirsin ister çalış ister çalışma denmesi doğal mıdır. Yöneticimle fikir alış verişi yapmam toparlanmam adına fikir ve destek istemek bahanelerin arkasına saklanmak olduysa sevgili yöneticim saygı duyarım." Diyerek değerlendirme hakkındaki görüşlere katılmadığını belirtmiştir.

SORULAR

1. İş sözleşmesinin performansa dayalı olarak feshedilmesi durumunda, işçinin savunmasının alınmamış olması, feshi nasıl etkiler?
2. Performansa dayalı fesihlerde Yargıtay'ın aradığı kriterleri göz önüne alarak, gerçekleştirilen feshin geçerli olup olmadığını tespit ediniz.

CEVAPLAR

1. İş Kanunun 19 maddesi uyarınca, *"İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.*

Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır".

İşveren performans düşüklüğüne yani veriminin yeterli olmaması sebebiyle davacının sözleşmesini feshetmiş bulunmaktadır. Savunmanın şekli ve yöntemi konusunda yasada bir hüküm öngörülmemiş, amaca uygun olmak koşuluyla uygulamaya bırakılmıştır. Ancak ispat kolaylığı sağlaması açısından yazılı savunma alınması yararlı olacaktır.

Davacıdan savunma alındığına ilişkin somut açık bir yazı bulunmamaktadır. Davacının sözleşmesinin feshedilmesine neden olan performans değerlendirmeleri kronolojik olarak şu şekilde gerçekleşmiştir:

Davacıya ait Direkt Satış 2011 yılı 1. çeyrek değerlendirmesine göre, "hedef gerçekleştirmesi yüksek çalışkan bir personel" açıklamasının yer aldığı, Direkt Satış 2011 yılı 2. çeyrek değerlendirmesine göre "kendisinden

beklentilerimiz yüksek olup performansını arttırması gerekmektedir." Açıklamasına yer verildiği, Direkt Satış 2011 yılı 3. ve 4. çeyrek değerlendirmesine göre, "performansı ve çalışması çok düştü, kendisini toparlaması lazım." ibaresine yer verildiği, Direkt Satış 2012 yılı 1. ve 2. çeyrek değerlendirmesine göre, genel görüşler kısmında "Metin çok eski bir personel olmasına ve kendisine çok şans verilmesine rağmen istenilen şeyleri karşılamamıştır. Kendisini anında kartta uzun bir dönem çalıştırılmış fakat buna rağmen istenilen performansı gösterememiş ve başarılı olamamıştır. Anında karttan sonra ise sahada hiç çalışmamıştır." Açıklamalar kısmında ise "kendini kesinlikle toparlamalı" denmiş, davacı karşı açıklama olarak "motivasyonu düşen bir satıcıyı motive etme şekli, satış esnasında "sana işten çıkış gözüküyor" demek midir, kendimi toparlamam adına hiçbir şey yapılmaması mıdır ya da sen bilirsin ister çalış ister çalışma denmesi doğal mıdır? Yöneticimle fikir alış verişi yapmam toparlanmam adına fikir ve destek istemek bahanelerin arkasına saklanmak olduysa sevgili yöneticim saygı duyarım" diyerek değerlendirme hakkındaki görüşlere katılmadığını belirtmiştir

2012 yılında davacının sözleşmesinin feshedileceğinin bildirildiği performans değerlendirmesine, kadar "çalışanın yorumları" başlığı altında davacının hiçbir yorumu yer almamaktadır. Sadece son olarak "motivasyonu düşen bir satıcıyı motive etme şekli, satış esnasında "sana işten çıkış gözüküyor" demek midir, kendimi toparlamam adına hiçbir şey yapılmaması mıdır ya da sen bilirsin ister çalış ister çalışma denmesi doğal mıdır? Yöneticimle fikir alış verişi yapmam toparlanmam adına fikir ve destek istemek bahanelerin arkasına saklanmak olduysa sevgili yöneticim saygı duyarım" diyerek değerlendirmesine katılmadığını belirtmiştir.

Kanımızca bu şekildeki bir kronolojik gelişim neticesinde davacının savunmasının alındığını kabul etmek mümkün değildir. İşçinin savunmasının alınmaması, salt bu nedenle süreli feshin geçersizliğini doğurur.

2. İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. **Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır.** Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul

edilmeyebilir. **Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek basma geçerli neden olmamalıdır, işçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.** (08.04.2008 gün ve 2007/27829 Esas, 2008/7831 Karar sayılı ilamı)

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinin objektif olabilmesi ve geçerli neden olarak kabul edilebilmesi için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı ve işçiye tebliğ edilmeli; işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef açısından önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, yerine getirilmesi gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır (9.HD Dairesinin 24.09.2007 gün ve 2007/13994 Esas, 2007/27720 Karar sayılı ilamı)

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkânını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır. İşçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir. İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs.nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir.

İşçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmasının iş sözleşmesinin geçerli fesih nedenini oluşturabilmesi için, iş sözleşmesi feshedilen işi ile aynı veya benzer işi gören işçinin verimi arasında bir karşılaştırma yapılır. Bu konuda işveren, işçinin verimindeki eksikliği tespit etmek için tam bir veri araştırmakla yükümlüdür. Ancak bu karşılaştırma yapılırken her insanın farklı yapı ve farklı çalışma kabiliyetine sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Verimi düşen bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, ilgili işçinin kendi verim ve performans profiline uyan başka bir işte çalışmaya devam etmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir, işte bu bağlamda yapılacak araştırma sonucunda işçinin başka bir işe nakli mümkün görülmüyorsa, işveren iş sözleşmesini geçerli olarak feshedebilecektir. Keza, işçinin çalıştığı işte çalışabilme için istenen profil, devamlı olarak gelişen ve yenilenen bir mesleki bilgiye sahip olunmasını gerektiriyorsa, işçiye bu profile uygun bilgiyi edinebilmesi için fırsat verilmelidir.

İşçinin mesleki yetersizliği açısından geçerli fesih nedeninin oluşabilmesi için, sözleşme ile üstlenilen iş ediminin usulüne uygun ifasında gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmaması gerekir. Bu suretle iş sözleşmesinde tarafların edim mübadele ilişkisinin önemli ölçüde işveren aleyhine bozulması gerekir. Mesleki uygunluk yokluğu, soyut olarak ele alınmalı, somut iş ilişkisine ve bununla bağlantılı borçlanılan iş edimiyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir. İşyerinde çalışma metodunun değiştirilmesi nedeniyle, işçinin, yeni mesleki eğitim alması imkânı sağlanmasına rağmen, borçlanılan iş ediminin ifası için gerekli olan mesleki bilgiyi kısa sürede kazanabilecek durumda olmaması halinde de, mesleki açıdan uygunluğun olmadığı kabul edilir.

Performans düşüklüğüne dayalı geçerli sebebi ispat yükümlüğü işverene aittir. Davacının performansında uygulanan kriterlerin neler olduğu, nasıl uygulandığı, davacının performansında sürekli düşme eğilimin olduğu hususları davalı işveren tarafından kanıtlanmalıdır.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'nin 'E. 2006/26514 K. 2006/33393 T. 18.12.2006 kararında **"Mahkemece mütalaasına başvurulan bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi ziyaret yükümlülüğünü eksiksiz yerine getiren davacının performans düşüklüğüne gerekçe gösterdiği ve performans değerlendirme sisteminde dikkate alınmayan dış etkenlerin performansın düşmesinde ciddi rol oynayabilecek nitelikte olduğu, ancak bu konuda hiçbir açıklama ve delil sunmayan davalının ispat yükünün gereğini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Böyle olunca, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Yazılı şekilde davanın reddi hatalıdır"** şeklinde hüküm kurulmuştur.

Kanımızca dosyada başka işçilere ait performans değerlendirme raporları bulunması sebebi ile davalı işveren bunlar arasında karşılaştırma yapmak sureti ile davacının performansının bu çalışanlar karşısında daha düşük olduğunu tereddüte yer bırakmayacak şekilde ortaya koymalıdır. Bu aynı zamanda eşitlik ilkesinin de bir gereğidir. Dosyada bulunan ve aynı işi yapan diğer işçilere ait

hedefler ile davacıya ait hedefler arasındaki farklılığın nereden kaynaklandığı da ortaya konulamamıştır. Davalı işveren bu işçilerin sözleşmelerinin feshedilip feshedilmediğinden hiç bahsetmemiştir.

Davalı işveren, davacının performansının arttırılması için fesih yazısında gerekli çalışmaların yapılmış olmasına rağmen bir sonuç alınmadığını belirtmiş, ancak bu çalışmaların ve alınan önlemlerin neler olduğunu ortaya koymamıştır.

OLAY 4

Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının makine mühendisi olup davalı Şirkette 14.02.2001 tarihinde talaşlı imalattan sorumlu üretim şefi olarak çalışmaya başladığını, 2004 yılında tasarım sorumlusu görevine getirildiğini, 2013 yılı Mart ayında Şirket içi organizasyon yapısında değişiklik olduğu belirtilerek üretim müdürü olarak terfi ettirildiğini, 26.09.2014 tarihinde geçerli bir nedene dayanmadan, maddi gerçeğe aykırı sebepler ileri sürülerek iş akdinin feshedildiğini, fesih bildiriminde *özetle; gerekli yeterliliği göstermemesi, eleştiri düzeyini aşan düşünce açıklamaları, üretim ve satılın uyumlu çalışmasını bilmesi gerektiği halde üretim ile satış arasında ayrım yapıldığı hususundaki kabul edilmeyecek haksız tavır ve düşüncelerin işyerinin huzurunu bozmaya yönelik olması, yeniden yapılanma konusundaki ekip çalışmalarına uyumsuzluğu, diğer çalışanlara karşı bakış açısı, genel müdüre karşı asılsız suçlamalar ve ithamlarda bulunması ve tüm bunların üstlerine karşı saygısızlık oluşturması, dolayısıyla işyerinin gereklerine uymaması, siparişlerin çok az olduğu dönemde dahi üretimde gecikmeler olması ve geciken iş emirlerinin karşısına iş yoğunluğu gibi gerçek olmayan mazeretler yazılması* gerekçeleriyle iş akdinin feshedildiğini, işverenin fesih bildiriminde hem performans yetersizliği, hem eleştiri düzeyini aşma ve uyumsuzluk, hem de üretimde gecikmeler şeklinde her gerekçeden bir kısım alıntı yaparak hangisi tutarsa şeklinde bir yaklaşım sergilediğini, davacının işe başladığı tarihten beri yükselerek terfi ettiğini, 2013 yılında üretim müdürü pozisyonuna getirildiğini, 2009 yılında başka bir çalışanın hatasını fesihte gündeme getirmenin iş ve çalışma ahlakıyla bağdaşmayıp haksızlık yarattığını, fesihten 2 gün önce genel müdür tarafından davacıya gönderilen mailde şirketin geleceğinde rol oynayacak biri olarak lanse edilip 2 gün sonra savunması alınmadan 4 adet soyut gerekçe ile iş akdinin feshedildiğini, davacının yetersiz olduğu iddiasının asılsız olduğunu, 2012 yılı cirosu 26 milyon TL olan şirketin 2013 yılı cirosunun 36 milyon TL olduğunu, bu yıl sonunda 30 milyon TL olacağının tahmin edildiğini, davacının mail ortamında yaptığı açıklamalarda eleştiri düzeyini aşan ve saygısızlık içeren bir beyanın bulunmadığını, şirket içi ortamda huzursuzluk yaratacak bir davranışı olmadığını, herhangi bir çalışma grubu ile birebir ters düşen somut bir olay olmadığını, davacıya haftada

yaklaşık 150 tane iş emri geldiğini, 150 iş emrinde 40 adet gecikmiş iş emrinin normal olduğunu, somut olarak davacının gecikmiş siparişinin bulunmadığını, şirkette her pazartesi 15.15'te üretim toplantısı yapıldığını, 15 Eylül Pazartesi yapılan toplantıda davacı yıllık izindeyken haftalık gecikmiş iş emri bildirildiğini, davacının işbaşı yaptığı ancak genel müdürün katılmadığı 22 Eylül tarihli toplantıda üretimsel olarak geciken iş emri bulunmadığını, 24 Eylül'deki motivasyon odaklı genel müdür mailinden sonra 26 Eylül'de iş akdinin feshedildiğini, bir performans gelişim planı uygulanmadığını, iddia edilen fesih nedenleri ile ilgili davacıya yazılı uyarı verilmediği gibi savunmasının da alınmadığını beyan etmiş, işe iadeye, 4 aylık ücrete ve işe başlatılmaması halinde 8 aylık ücret tutarında tazminat ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, feshin geçerli sebebe dayandığını, davacının üretim müdürü olarak çalıştığını, İş Kanunu m.18 anlamında işveren vekili olduğunu, işyerinde işe alma ve işten çıkarmada hak veya yetki sahibi olduğunu, iş güvencesinden yararlanamayacağından bu davayı açma hakkı olmadığını, işyerinin ağırlıklı olarak HES, sulama alt yapıları, içme suyu isale hatları gibi büyük projelerde kullanılmak üzere sipariş üzerine özel vanaların üretildiği fabrika olduğunu, işyerinde 160 civarında kişinin çalıştığını, büyük çaplı projelere üretim yapılması sebebiyle her sipariş için ağır cezai şart yaptırımları, tazminat külfetleri içeren sözleşmeler yapıldığını, davacının geçmiş dönemde de işvereni zarara uğrattığını, zararın bir kısmının davacıdan tazmin edildiğini, davacının işine karşı bağlılık, konumu ve görevinin gerektirdiği özeni göstermeme, kalite sorunlarına sebep olma gibi konularda uzun süredir problemli olduğunu, buna rağmen işverenin feshin son çare olması ilkesine bağlı kaldığını, davacıyı işyerine kazandırmak için kendisine üretim müdürlüğü görevi verildiğini, ancak davacının beklentileri karşılamadığını, eleştiri düzeyini çok aşan, ekip ruhuna ve uyumlu çalışma düzenine aykırı söz ve davranışlarının bulunduğunu, işle ilgili sorulara müdürlük ciddiyetiyle bağdaşmayan cevaplar verdiğini, davalı şirketin daha önce Türk sermayesi ile kurulmuş bir şirketken 2011 yılında uluslar arası alanda iş yapan Avusturya merkezli E.H Armaturenwerke GmbH şirketine satıldığını, halen şirketin tek ortağının bu şirket olduğunu, özellikle üst düzey işveren vekili, yardımcısı gibi konumlarda olan personelinin kendi işletme anlayışına uygun olarak çalışmasını istemesinin çok doğal olduğunu, davacının bu beklentiyi karşılamadığını, üretim toplantılarında dahi üretim müdürü olmasına karşın etkili ve aktif katılım sağlamadığını, genel müdür tarafından istenen bilgileri, raporları zamanında vermediğini, örneğin davacıdan 24 Temmuz 2014 tarihinde rapor talep edildiğini, cevap gelmeyince genel müdür E.Y tarafından 9 Ağustos'ta mailler hatırlatma yapıldığını, davacının "dün gönderdim" diye cevap verdiğini, ancak böyle bir mailin olma-

dığını, bu hususun 11.08.2014 tarihinde tutanakla tespit edildiğini, fabrika genel müdürünün şirketin yurt dışı yetkilileri ile bir toplantıya katıldığını, toplantıdan önce davacıdan toplantının amacına yönelik bilgiler talep edildiğini, davacının bu raporu vermediğini, toplantıya kısa bir süre kala da 1 hafta izin alıp tatile gittiğini, bu sebeple raporun hazırlanması için sıkışık zaman diliminde üretim toplantılarına bizzat genel müdürün başkanlık ettiğini, birçok eksiklik olduğunu ve bunların rapor edilmediğini gördüğünü, davacının iş kalemlerinde yer alan 40 işten 28 tanesinin hazır olmadığını, davacının verdiği bilgilerin yetersizliği karşısında genel müdürün davacının üzerine düşen görevleri de yerine getirerek toplantıya katıldığını, genel müdürün davacıdan yapılacak toplantının sunumu için tarih vererek bilgi istediğini, davacı 20 Eylül'de maille cevap vermişse de bilginin eksik ve yetersiz olduğunu, bunun üzerine genel müdürün davacıyı telefonla arayarak bilgi istediğini, davacının Salı günü için söz verdiğini ancak yine istenen bilgiyi vermediğini, genel müdürün tekrar hatırlatma yaptığını, davacının 23 Eylül tarihinde maille cevap verdiğini, mailinde bilgi için söz vermediğini ve bir kısım mazeretler nedeniyle bilgi de veremediğini bildirdiğini, davacıdan maliyet hesabı istendiğini, davacının "maliyeti ortalama 75 krş olarak biliyorum, fakat bu tezgah pahalı ve yeni bir tezgah olduğu için 1 TL olarak verdim" şeklinde cevap verdiğini, mühendis olarak davacıdan daha farklı, ölçekli, bilimsel bir cevap beklendiğini, istenilen bilgi gelmeyince genel müdürün davacıya bir üretim müdüründen neler beklendiğini, davacıdan neler istendiğini, şirketin vizyonuna uygun olarak nasıl hareket etmesi gerektiğini, davacının durumunu nasıl gördüğünü ifade eden bir mail atarak bahane üretmeden cevap vermesini istediğini, davacının 25 Eylülde cevap vererek kendi durumu ile ilgili birçok hoşnutsuzluğu dile getirdiğini, satışın birinci sınıf ama kendisinin ikinci sınıf müdür olarak görüldüğünü, kendisinden fazla ücret alanların olduğunu bildiğini, başkalarının lak lak yaptığını, araç sorunları olduğunu, göreve geldiği günden beri hiçbir zaman kendisini müdür olarak hissetmediğini söylediğini, davacının yaptığı ve yapamadığı işler değerlendirildiğinde feshin geçerli olduğunu, davacının Müdürlük görevi için yetersiz olduğunun, eleştiri düzeyini aşan, ekip ruhu ile bağdaşmayan işyerindeki huzuru bozucu söz ve davranışlarının görüldüğünü, davacının daha önceki pozisyonunda şu an başka birinin çalıştığını, kadrosuna uygun başka bir pozisyon olmadığını, diğer çalışanlara karşı yaklaşımı ve ekip çalışmasına uzak oluşu nedeniyle son çare olarak iş akdinin feshedildiğini beyan etmiş, davanın reddini talep etmiştir.

Davalı Şirket tarafından 29.05.2008 tarihinde yazılan yazıda 26.05.2008 tarihli Ş Döküm Ltd.'den gelen 600/16 Tilting Çekvalf Gövde Modeli ile ilgili bildirilen uygunsuzluğun gerekli araştırmasının yapıldığı, fakat konu ile ilgili herhangi bir önlem alınmadığı, tedarikçi firmaya dönülmediği ve Giriş Kalite

Kontrol Sorumlularına konunun aktarılmadığının tespit edildiği, 27.05.2008 tarihinde giriş kalite kontrol sorumlusu tarafından aynı problemin Ş Döküm Ltd'ye dış yazışma ile bildirildiğinin görüldüğü, tarafınca sorumluluklarını tamamlamadığı için gerek sistemde aksaklık, gerek firmanın ve kalite güvence biriminin sistem, iletişim yeterliliği ile ilgili itibarının negatif yönde etkilendiği, bu tür bir sorunla karşılaşılmaması için gerekli özenin gösterilmesi gerektiği hususunun davacıya bildirildiği görülmüştür.

Davalı Şirket tarafından davacıya yazılan 05.03.2009 tarihli yazıda; son zamanlarda yapmış olduğu işlerde hataların artması, son olarak da imalata yanlış resim vermesi sonucu operatörün ürün üzerinde yanlış işleme yapmış olduğu ve ürünün yetişmesine engel olduğu, maddi olarak firmanın zarara uğradığı, 2.940,00 TL'nin 5 ayda maaşından kesildiği hususunun davacıya bildirildiği görülmüştür.

21.05.2014 tarihinde davalı Şirket tarafından davacıya tebliğ edilen yazıda; "Firmamızda bildiğiniz üzere 3 ayda bir sayım yapılmaktadır. Mart ayı sonunda sayım yapılmış ve sayım sürecindeki aksaklıklar nedeniyle Nisan ayında tekrar sayım yapılmak zorunda kalınmış ve sayım sonucuna göre Nisan ayında yaklaşık 130 bin TL sistemde olandan daha az malzeme olduğu görülmüştür. Bu iki sayım arasında bu kadar büyük farkın olması kabul edilebilir bir durum değildir, bu durumun nedenini ve gerekçelerini iki gün içinde yazılı olarak bildirmenizi rica ederiz. Ayrıca hurda yönetimini nasıl yürüttüğünüzü anlatmanızı rica ederiz." ifadelerinin bulunduğu görülmüştür.

11.08.2014 tarihli tutanakta "Genel Müdürümüz E.Y Üretim Müdürümüz B.C'den 24 Temmuz 2014 günü rapor isteğinde bulunmuştur. 9 Ağustos 2014 günü E.Y rapor isteğini tekrar mail yoluyla B.C ye aktarmış, B.C de raporu dün gönderdim şeklinde beyanda bulunmuştur. Exchange mail sisteminden bakıldığında mailin gönderilmediği görülmektedir. İstenen rapor; hatırlatma yapıldığı anda B.C tarafından E.Y'e mail yoluyla gönderilmiştir." İfadelerinin olduğu, tutanağın E.Y ve iki şahit tarafından imzalandığı, tutanağın ekinde yazışma yapılan maillerin olduğu görülmüştür.

26.09.2014 tarihli fesih bildiriminde *çalışma verimliliği nedeniyle baştan beri sorun yaşandığı, birden fazla ihtar verildiği, hatta 2009 yılında özensiz çalışma sebebiyle doğan zarar miktarının rücu edildiği ve rücu edilen miktarın maaşından kesildiği, bütün uyarı ve yol göstermelere rağmen yeterli gayret ve başarıyı göstermediği, işyerinde belli tarihlere yetiştirilmesi gereken proje bazlı işler için üretim yapıldığı, bu konuda sözleşmelere ciddi tazminatlar ve cezai şartlar konulduğu, işlerin sözleşmede belirtilen tarihlere yetişmemesi durumunda şirketin büyük mali sorunlar yaşanabileceği, buna rağmen göreviyle ilgili*

gayret gösteremediği için 24 Eylül 2014 tarihinde Genel Müdür E Y'nin kendisine e-posta göndererek H Grubu Şirketleri içinde yapılacak toplantı için yaptığı çalışmanın ne kadar eksik ve yetersiz olduğunu açıkladığı, elindeki 40 adet gecikmiş iş emrinden 28 tanesinin karşısında iş yoğunluğu mazeretinin yazıldığı, siparişin düşük olduğu dönemde iş yoğunluğu mazeretinin kabul edilemeyeceği hususlarını bildirdiği, istenilen bilgileri vermediği gibi gecikmeli olarak verdiği bilgilerde de mühendislik mesleğinin gerektirdiği hesaplamaları yapmadan çalışmaya dayalı olmayan bilgilerin üretim müdürü olarak kendisinden e-posta ile gelmesinin işletme gerekleri ile bağdaşmadığı, Genel Müdür E.Y tarafından yazılan e-postadaki çağrıya olumlu yanıt vermemesi, aynı davranışları sürdüreceğini göstermesi ve 23 Eylül 2014 tarihli e-posta ile işletmenin şartlarını dikkate almayan haksız yakınmaları, işletmenin diğer çalışanları hakkında olumsuz ve huzur bozucu beyanlarda bulunması karşısında; gerekli yeterliliği göstermemesi, eleştiri düzeyini aşan düşünce açıklamaları, üretim ve satılın uyumlu çalışmasını bilmesi gerektiği halde üretim ile satış arasında ayrım yapıldığı hususundaki kabul edilmeyecek haksız tavır ve düşüncelerin işyerinin huzurunu bozmaya yönelik olması, yeniden yapılanma konusundaki ekip çalışmalarına uyumsuzluğu, diğer çalışanlara karşı bakış açısı, genel müdüre karşı asılsız suçlamalar ve ithamlarda bulunması ve tüm bunların üstlerine karşı saygısızlık oluşturması, dolayısıyla işyerinin gereklerine uymaması, siparişlerin çok az olduğu dönemde dahi üretimde gecikmeler olması ve geciken iş emirlerinin karşısına iş yoğunluğu gibi gerçek olmayan mazeretler yazılması gerekçeleriyle iş akdinin feshedildiği hususlarının davacıya bildirildiği, ihtarnamede işveren ve işçinin imzalarının bulunduğu, davacının el yazısıyla "yukarıda yazılı ithamların hiçbirini kabul etmiyorum. Benimle yola devam etmeyebilirsiniz ama bu ithamları kabul etmiyorum." şeklinde beyanda bulunduğu görülmüştür.

SORULAR

1. Davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek midir?
2. Davalı tarafından yapılan fesih geçerli nedene dayanmakta mıdır?

CEVAPLAR

1. Davacının işyerinde üretim müdürü olarak çalıştığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. İş K 18 maddesi işyerinin bütününü idare eden ve işçiyi işe alıp çıkarma yetkisi bulunanlar ile işletmeninin bütününü sevk ve idare eden işveren vekillerini iş güvencesi kapsamı dışında tutmuştur. Davacı sadece "üretim "bölümü ile sınırlı olarak işveren vekilliği sıfatına sahip olup, işe alma ve çıkarma yetkisi bulunduğu husus davalı tarafından ileri sürülmüş olmasına rağmen ispatlanmış değildir Davacı işletmenin tümünü idare

yetkisi bulunmadığı gibi işyerinin tümünü de idare yetkisi olmadığından, i,ş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği kanaatindeyiz.

2. 26.09.2014 tarihli fesih bildiriminde *çalışma verimliliği nedeniyle baştan beri sorun yaşandığı, birden fazla ihtar verildiği, hatta 2009 yılında özensiz çalışma sebebiyle doğan zarar miktarının rücu edildiği ve rücu edilen miktarın maaşından kesildiği, bütün uyarı ve yol göstermelere rağmen yeterli gayret ve başarıyı göstermediği, işyerinde belli tarihlere yetiştirilmesi gereken proje bazlı işler için üretim yapıldığı, bu konuda sözleşmelere ciddi tazminatlar ve cezai şartlar konulduğu, işlerin sözleşmede belirtilen tarihlere yetişmemesi durumunda şirketin büyük mali sorunlar yaşanabileceği, buna rağmen göreviyle ilgili gayret gösteremediği için 24 Eylül 2014 tarihinde Genel Müdür Erkan Yeniçare'nin kendisine e-posta göndererek Hawle Grubu Şirketleri içinde yapılacak toplantı için yaptığı çalışmanın ne kadar eksik ve yetersiz olduğunu açıkladığı, elindeki 40 adet gecikmiş iş emrinden 28 tanesinin karşısında iş yoğunluğu mazeretinin yazıldığı, siparişin düşük olduğu dönemde iş yoğunluğu mazeretinin kabul edilemeyeceği hususlarını bildirdiği, istenilen bilgileri vermediği gibi gecikmeli olarak verdiği bilgilerde de mühendislik mesleğinin gerektirdiği hesaplamaları yapmadan çalışmaya dayalı olmayan bilgilerin üretim müdürü olarak kendisinden e-posta ile gelmesinin işletme gerekleri ile bağdaşmadığı, Genel Müdür Erkan Yeniçare tarafından yazılan e-postadaki çağrıya olumlu yanıt vermemesi, aynı davranışları sürdüreceğini göstermesi ve 23 Eylül 2014 tarihli e-posta ile işletmenin şartlarını dikkate almayan haksız yakınmaları, işletmenin diğer çalışanları hakkında olumsuz ve huzur bozucu beyanlarda bulunması karşısında; gerekli yeterliliği göstermemesi, eleştiri düzeyini aşan düşünce açıklamaları, üretim ve satılın uyumlu çalışmasını bilmesi gerektiği halde üretim ile satış arasında ayrım yapıldığı hususundaki kabul edilmeyecek haksız tavır ve düşüncelerin işyerinin huzurunu bozmaya yönelik olması, yeniden yapılanma konusundaki ekip çalışmalarına uyumsuzluğu, diğer çalışanlara karşı bakış açısı, genel müdüre karşı asılsız suçlamalar ve ithamlarda bulunması ve tüm bunların üstlerine karşı saygısızlık oluşturması, dolayısıyla işyerinin gereklerine uymaması, siparişlerin çok az olduğu dönemde dahi üretimde gecikmeler olması ve geciken iş emirlerinin karşısına iş yoğunluğu gibi gerçek olmayan mazeretler yazılması* gerekçeleriyle iş akdinin feshedildiği hususlarının davacıya bildirildiği, ihtarnamede işveren ve işçinin imzalarının bulunduğu, davacının el yazısıyla "yukarıda yazılı ithamların hiçbirini kabul etmiyorum. Benimle yola devam etmeyebilirsiniz ama bu ithamları kabul etmiyorum." şeklinde beyanda bulunduğu görülmüştür.

"4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplerle geçerli olarak

feshedebilir. İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği sebebiyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlar; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hallerdir. Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilir.

Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli sebep için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli sebep olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli sebep söz konusu olabilir (Yargıtay 9. HD. 8.4.2008 gün ve 2007/27829–2008/7831 Sayılı kararı).

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmakta-

dır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır (Yargıtay 9. HD. 24.9.2007 gün ve 13994–27720 Sayılı kararı)." **denilmektedir.**

Yukarıda yer verilen karar, "yetersizlik" sebebiyle iş sözleşmesinin feshinde çok önemli kriterleri belirlediğinden, aynen bir emsal karar gibi alınıp, uygulamada, kararda belirtilen ilkeler ışığında işlem yapılması son derece faydalı olacaktır. İlgili Yargıtay Kararı'nda, "yetersizlikten" kaynaklanan fesihlerin geçerli sebeple yapılan fesih niteliğini taşıması için getirilen kriterler şu şekilde özetlenebilir:

1) İşçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması,

2) Performans ve Verimden kaynaklanan beklentinin objektif ölçütlere bağlanması,

3) İşçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi,

4) İşçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması,

5) İşçinin sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması,

6) İş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs.nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi,

7) İşçinin yeterliliğinin süreklilik arz eden düşük veya düşme eğilimli sonuçlar göstermesi,

8) Performans değerlendirme kriterlerinin önceden saptanarak işçiye tebliğ edilmesi, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterlerin esas alınması,

9) İşçinin "yetersizliğini" gösteren ve bunun sürekli olduğunu ortaya koyan makul bir sürenin geçmiş olması,

10) "Yetersizlikten" dolayı iş sözleşmesinin feshine gidilecekse, fesihten önce mutlaka savunma alınması

İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi halinde, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilecektir. Burada, performans gözlemi ile verimlilik ölçümünün nasıl yapılacağı, hangi ölçütlere göre değerlendirileceği büyük önem taşımaktadır. Çalışanların performansının değerlendirilmesi, ölçülmesi işleminin mutlaka bilimsel bazı kriterler ve ilkeler çevresinde yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede, Yargıtay 9. HD'nin bir kararında (Yrg. 9. HD.'nin, 28.04.2008 tarih ve E. 2007/33486, K. 2008/10632 sayılı Kararı.), bu kriterlerden önemli olanlarına vurgu yapılmıştır. Buna göre:

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için, objektif ölçütlerin belirlenmesinin zorunlu olduğunun gerektiği,

Performans ve verimlilik standartlarının işyerine özgü olmasının gerektiği,

Objektiflik ölçütünün o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmasının gerektiği,

Performans ve verimlilik standartlarının gerçekçi ve makul olmasının gerektiği,

Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçların olmasının gerektiği,

Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçların geçerli neden için yeterli kabul edilemeyebileceği

Performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamamasının tek başına geçerli neden olmamasının gerektiği

İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise, ancak bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli nedenin söz konusunun olabileceği

Performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterlerinin önceden saptanmasının, işçiye tebliğ edilmesinin, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinliklerin işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterlerin esas alınmasının gerektiği, bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedefin önemli olduğunun, bu kriterlerin çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konulması ve buna yönelik performans değerlendirme formalarının hazırlanmasının gerektiği,

İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği performans değerlendirme sisteminin geliştirilmesi ve uygulanmasının gerektiği belirtilmektedir.

Somut uyuşmazlıkta, E.Y ile davacı arasındaki e mail yazışmaları dosyaya sunulmuş olmakla beraber, bu yazışmaların tarafların karşılıklı olarak iş ile ilgili birtakım duygu ve düşüncelerini ifade eden yazışmalardan ibaret olduğu düşünülmektedir. Davalı işveren fesih yazısında ayrıntılı olarak feshe dayanak teşkil eden durumların varlığını ispat etmemiştir. Bu nedenle davacının performansının yetersiz olduğu veya davranışları sebebiyle sözleşmenin haklı sebeple feshine olanak verdiği hususunun davalı tarafından ispat edilemediği düşünülmektedir. Kaldı ki İş Kanunun 19/2 maddesi uyarınca "***Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir*** *işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez*". Davalı işveren İş K.18 maddesine uygun olarak fesihte bulunmuştur. Davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiştir. O halde İş K.19/2 maddesinde düzenlenen usule uygun olarak davacının yazılı savunmasını alınması gerekirken, bunun yapılmadığı anlaşıldığından, başkaca bir sebebe bakmaya gerek olmaksızın feshin geçerli kabul edilmesine olanak bulunmadığı düşünülmektedir.

2. İşletmenin Zarar Etmesinin Geçerli Sebep Sayılıp Sayılmayacağı

OLAY

(M) özel bir okulda 16.11.1998 tarihinde muhasebeci olarak çalışmaya başlamış, işveren tarafından 10.11.2008 tarihinde sözleşmesi feshedilmiştir. Fesih yazısında okulun 2006 yılında zarar etmesi üzerine 2007 yılında tasarruf tedbirlerine gidildiği, sözleşmesi sona eren öğretmenlerin bir kısmının sözleşmelerinin yenilenmediği, servis hizmetleri ile sportif faaliyetlerde kısıtlamaya gidildiği, ancak daha sonra velilerin taleplerinin karşılanması amacıyla servis hizmetlerinin düzeltilmesi ve sportif aktivitelerin arttırılması gerektiği anlaşıldığından bu kez okulla ilgisi olmayan personelin azaltılması yoluna gidildiği belirtilmiştir. Böylelikle (M) ile birlikte beş kişinin sözleşmesinin sonlandırılmasına karar verildiği, okul yönetimi 2006 yılında zarar edildiğini, 2007 yılında az da olsa kâr edildiğini bildirmiştir. (M) işe iade davası açmıştır. Ancak işyerinde 14 kişinin çalışmasını sürdürmeye devam ettiği, (M)'nin ön muhasebe işi ile uğraşması ve bu işi yapan bir eleman daha olması sebebiyle ve bu elemanın imza yetkisine sahip ve tecrübeli olması nedeniyle feshin sosyal seçim kriterlerine uygun olduğu belirtilmiştir.

SORULAR

1. İşletmede zarar edilmesi feshin geçerli olduğunun kabul edilmesi bakımından tek başına yeterli bir neden midir? İşveren başkaca neyi kanıtlamalıdır?
2. Feshin son çare olması ilkesinden ne anlaşılmalıdır?

3. Sosyal seçim kriteri Yargıtay tarafından hala uygulanmakta mıdır? Yanıtınız olumsuz ise başka hangi kriterin uygulandığını açıklayınız ve somut olay bakımından durumun ne olması gerektiğini belirleyiniz.



Not: İşverenin 25.03.2008 tarihli internet erişim sayfasında, 2008-2009 öğretim yılı için 23.03.2008 tarihine kadar öğretmen ve uzman başvuruları için sınav açtığı bilinmektedir. Ayrıca işveren okulun başka illerde de okulları olduğu ve işyerinde halen 14 kişinin çalıştığı bilinmektedir. İşveren fesih yazısında ayrıca öğrenci sayısındaki azalmanın da fesih kararının alınmasında etkili olduğunu bildirmiştir.

CEVAPLAR

1. İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, işveren belirsiz süreli iş sözleşmesini "***işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak***" feshedebilir. Bu işletme, işyerinin veya işin gerekleri kavramlarından ne anlaşılması gerektiği gerek yargı kararlarında gerekse öğretide örnekleri ile açıklanmaktadır. Bunlar ekonomik güçlükler, yeniden yapılanma, teknolojik değişimler, işçinin işinin ortadan kalkması veya işgücü fazlasının ortaya çıkmasıdır. Bahsi geçen okul bunlardan ekonomik güçlüklere ve işgücü fazlalığının ortaya çıkmış olmasına dayanmaktadır. Okul yönetimi 2006 yılında zarar edildiğini, buna karşılık 2007 yılında az da olsa kar edildiğini bildirmiştir. (M) ve diğer sözleşmesi feshedilenlerin sözleşmeleri 2007 yılının sonu, 2008 yılının başında sonlandırılmıştır. Yani fesihler gerçekleştirilmeden önce de, fesih öncesi personelin yarattığı mali yükle birlikte okulun kar etmesi mümkün olmuştur. O nedenle tek başına kar veya zarar edilmiş olması, fesih sebebinin geçerli olup olmadığını belirlemek açısından yeterli değildir. Yargıtay işletmenin satışlarında, cirosunda veya karında geçici bir düşüşü, işyerinin faaliyetinde hafif bir azalma gibi geçici ekonomik güçlükleri geçerli fesih nedeni kabul etmemektedir.

Okul aynı zamanda öğrenci sayısının azalması nedeni ile bu sayı karşısında personel fazlalığı oluştuğu iddiasındadır. İşverenin işletme gerekleri nedeniyle geçerli bir fesih yapabilmesinin diğer koşulu ekonomik güçlükler, reorganizasyon gerekleri veya teknolojik değişimler sonucunda işyerinde işçinin işinin ortadan kalkması ve çalışmaya devam olanağının kalmamasıdır. İşçinin işyerinde çalışma olanağının kalmaması ile süreli fesih arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır.

İşverenin işyerinde uyguladığı yapısal veya teknolojik değişim sonucunda işçinin işyerinde çalışma olanağı kalmamış, başka şekilde istihdamı mümkün olmayan bir işgücü fazlalığı ortaya çıkmışsa ve işyerine yeni işçi alınması söz konusu değilse, işveren geçerli olarak söz konusu işçilerin iş sözleşmelerini

feshedebilecektir. Ancak bunun için işverenin işleri ne derece azalttığını, işçinin çalışma olanağının neden ve nasıl ortadan kalktığını kısaca işgücüne etkisini açıklamalı ve kanıtlamalıdır. (Yarg. 9. H.D. 7.2.2005, 15527/3279 sayılı karar)

Öğrenci sayısındaki azalmaya karşılık personelden toplam olarak 5 kişinin işten çıkarıldığı ve personel sayısının halen 14 olduğu anlaşılmaktadır. Ancak işverenin 25.03.2008 tarihli internet erişim sayfasında, 2008-2009 öğretim yılı için 23.03.2008 tarihine kadar öğretmen ve uzman başvuruları için sınav açtığı anlaşılmaktadır. "Uzman" kadrosundan ne anlaşılması gerektiği ilanda açık olmamakla beraber, davalının işçi çıkarılmasından sonra da yeni işçi alıp almadığı bilinmemektedir. İşveren okul tereddüte yer bırakmayacak şekilde işyerine yeni personel alınmadığını kanıtlamalıdır.

2. İş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde, süreli feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurulması ve bu alternatif önlemler alınsa bile, ilişkiyi sürdürmenin mümkün olmaması halinde feshin son çare olarak uygulanması gerekir. Yargıtay yerleşmiş uygulaması ile feshin son çare olması ilkesini benimsemekte ve alınabilecek değişik önlemlerle iş sözleşmesinin feshinden kaçınılıp kaçınılamayacağını denetlemektedir. İşçinin işyerinde başka bir işte çalıştırılma olanağının bulunmasına karşın, son çare olarak bu yola başvurulmadan sözleşmenin feshi geçersiz bir feshin sonuçlarını doğurur. **İşverenin birden fazla işyeri varsa, son çare olarak işçinin diğer işyerinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. Son çare olarak işçinin çalıştırılabileceği diğer işyerlerinin aynı işletme içinde yer alması veya aynı işkolunda olması hatta aynı ilde bulunması zorunlu değildir.** (Yarg. 9. H.D. 13.2.2006, 37219/3456 sayılı kararı) Önemli olan yön bu işyerlerinin aynı gerçek veya tüzel kişiye ait olmasıdır. İşveren okulun pek çok ilde okulları bulunmaktadır. Bu nedenle sözleşme feshedilmeden önce (M)'ye, bu illerdeki okullardan birinde boş kadro bulunması durumunda bunun teklif edilmemiş olması feshin son çare olması ilkesine uygun değildir.

3. Hukukumuzda Yargıtay tarafından, yasal dayanak olmamasına rağmen, ilk önce Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndaki gibi bazı sosyal seçim ölçütlerinin daha sonra ise objektif kriterlerin iş sözleşmesinin feshinde dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Yargıtay'ın son verdiği kararlarında sosyal seçim kriterine rastlanmamakta, Mahkeme bu ölçütü terk ederek, bunun yerine "objektif kriterlere" göre seçim yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak Yargıtay olayın özelliğine göre değerlendirme yapmakla birlikte, objektif kriterlerin neler olduğunu açıklamamaktadır. İşçilerden bir kısmının sözleşmesi feshedildiğinde, işveren zorunlu olarak bir seçim yapmak durumunda kalmaktadır. İş mevzuatında ne sosyal seçim ne de objektif kriterler konu-

sunda bir düzenleme yer aldığına göre, işverenin seçim serbestisinin sınırını Anayasada ve İş Kanunu'nda pozitif dayanağı yer alan eşitlik ilkesi oluşturur.

İşyerinde işgücü fazlalığı doğuran geçerli bir fesih nedeni bulunsa bile, işveren işten çıkarılacak işçileri seçerken ayırım yasakları ile genel anlamda eşit davranma borcuna uygun hareket etmek zorundadır. İşverenin bunlardan birini ihlal etmesi feshi geçersiz kılacaktır. İşveren (M)'nin çalıştığı "ön muhasebe" bölümünde bir işçinin daha bulunması karşısında, davacının sözleşmesini feshetmesini, diğer işçinin imza yetkisine sahip olması ve tecrübeli olması ile açıklamış bulunmaktadır. İmza yetkisinin bulunması fesih bakımından geçerli bir gerekçe olarak ileri sürülemez. Çünkü basit bir işlem ile bu yetkinin davacıya da verilmesi mümkündür. Ancak tecrübeli kavramı ile işverenin neyi kast ettiği de açık değildir. Kast edilen kıdem ise, işverenin kıdemli işçiden yana tercihini kullanması mümkündür, ancak davalı tarafından işten çıkarılmayan işçinin kıdeminin daha fazla olduğuna ilişkin belgelerin sunulması gerekmektedir. Tecrübe ile kast edilen, kıdem dışında bir husus ise bunun da açıklanması ve kanıtlanması gerekirken, işveren tarafından bu konudaki ispat yükümlülüğünün de yerine getirilmediği sürece, yapılan feshin geçersiz sayılması gerekir.

3. Geçerli Sebep Olarak Özelleştirme

OLAY

(A), gişe memuru sıfatıyla, 9874 işçinin çalıştığı (B) Telekominikasyon A.Ş.'de 14.01.1997 tarihinde aday memur olarak çalışmaya başlamış, 14.07.1997 tarihinde asil memur olmuş, 03.04.2006 tarihinde de 2. tip belirsiz süreli iş akdiyle 399 sayılı KHK uyarınca sözleşmeli personel olarak çalışmaya devam etmiştir. 27.02.2007 tarihli şirket yazısı ile (A), (B) Telekominikasyon A.Ş.'ye bağlı İzmir (P) Başmüdürlüğü'ne 27.10.2008 tarihinde nakledilmiştir. (B) Telekominikasyon A.Ş. özelleştirilmiş ve (B) A.Ş. tarafından 28.02.2008 tarihinde verilen kararda, emeklilik hakkını kazananlardan başlamak üzere 2. tip iş sözleşmesi imzalamak suretiyle çalışmakta olanlardan hizmetine ihtiyaç duyulmadığı tespit edilenlerin belirli bir takvim içerisinde 406 sayılı ve 4046 sayılı Kanun hükümleri kapsamında Devlet Personel Başkanlığı'na bildirimlerinin yapılması; belirlenen norm kadro sayısına ulaşılamaması halinde ihtiyaç durumu da gözetilerek özellikle teknisyen yardımcılarından ve ilkokul mezunlarından başlamak üzere personelin belli bir eğitimden geçirilmesi ve eğitim sonunda başarılı olamayanların iş sözleşmelerinin son çare çerçevesinde sonlandırılması kararı alınmıştır. 02.06.2008 tarihinde de (A) üniversite mezunu olmasına rağmen; müdürlük sayısının azaltılması, ileri teknoloji kullanan nitelikli iş gücü istihdamı ve özel sektör gereklerine uygun organizasyonun yeniden yapılanması

gerekliliği ile birlikte işyeri ve işletme gerekleri ile teknolojik nedenler nazara alınarak Genel Müdürlük, İl Müdürlükleri ve bağlı birimleri bazında norm kadro çalışması yapıldığı, ihtiyaç duyulan norm kadrolar belirlenerek, şirket organizasyonun yeniden yapılanması çerçevesinde, ihtiyaç duyulmayan şirket çalışanlarının iş sözleşmelerinin sosyal seçim kriterine uyularak feshedilmesi gerektiği gerekçesine dayanarak başka kurum ve kuruluşlara nakledilmek üzere Devlet Personel Başkanlığı'na bildirimi yapılmış ve iş sözleşmesi feshedilmiştir. (A) buna dair belgeyi 13.05.2008 tarihinde imzalamıştır. (B) Telekomünikasyon A.Ş.'nin lise mezunu olan kişileri halen çalıştırmakta olduğu ve yeni personel alımı hususunda sınav yaptığı da bilinmektedir. (A) da bunun üzerine feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle 16.06.2008 tarihinde İş Mahkemesi'ne işe iade davası açmıştır.

SORULAR

1. (A) işe iade davasını hak düşürücü süre içerisinde açmış mıdır? İş güvencesi hükümleri somut olayda uygulanabilir mi? Açıklayınız.
2. İş akdinin feshi geçerli nedene dayanmakta mıdır? Açıklayınız.

CEVAPLAR

1. Devlet Personel Başkanlığı'na Bildirilecek Personel Listesi'nde (A)'nın isminin yer aldığı bilinmektedir. Söz konusu belge (A) tarafından 13.05.2008 tarihinde imzalanmış olmakla birlikte, (A)'nın sözleşmesinin 02.06.2008 tarihinde feshedilmiş olduğu bilindiğinden, dava hak düşürücü süre içerisinde açılmıştır.

(A)'nın 14.01.1997 tarihinde aday memur olarak çalışmaya başladığı, 14.07.1997 tarihinde asil memur olduğu, 03.04.2006 tarihinde (A) A.Ş. ile sözleşme imzaladığı, bu sözleşmenin 02.06.2008 tarihinde sona ermesi karşısında kıdeminin altı aydan fazla olduğu, taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu, (A)'nın iş sözleşmesi uyarınca görevinin gişe memurluğu olduğu, bu sebeple iş güvencesi kapsamı dışında kalan işveren vekillerinden olmadığı, işyerinde çalışan işçi sayısının 30 dan fazla olduğu bilindiğinden, İş Kanunu'nun 18. maddesine göre (A)'nın işe iade davası açıp feshin geçersizliğini ileri sürme hakkı bulunmaktadır.

2. 406 s. Telegraf ve Telefon Kanunu'nun Ek 29. maddesi uyarınca, nakle tabi personel hakkında, (B) Telekomünikasyon A.Ş tarafından hizmetine ihtiyaç duyulmayanların tespit edildikleri tarihten itibaren, kendi isteği ile nakil talep edenlerin ise talep tarihinden itibaren doksan gün içinde (B) Telekomünikasyon tarafından Devlet Personel Başkanlığı'na bildirileceği, ancak hizmetine ihtiyaç

duyulmayan personelin tespiti ve kendi isteği ile nakilde bulunma süresinin hisse devrinden itibaren yüzelli günü aşamayacağı düzenlenmiştir. Buradaki yüz elli günlük sürenin davalı şirket açısından fesih yetkisinin kullanılması bakımından bir sınırlama getirdiği söylenebilecektir. Bu nedenle bu tarih içersinde yapılacak bir fesih bakımından feshin geçerli nedenle yapıldığını kanıtlama konusunda (B) A.Ş.'ye bir kolaylık sağlandığı kabul edilse bile, bu süre geçtikten sonra yapılacak fesihlerde işveren ileri sürdüğü geçerli sebebi kanıtlamakla yükümlü olacaktır.

(B) A.Ş. tarafından 28.02.2008 tarihinde verilen kararda, emeklilik hakkını kazananlardan başlamak üzere 2. tip iş sözleşmesi imzalamak suretiyle çalışmakta olanlardan hizmetine ihtiyaç duyulmadığı tespit edilenlerin belirli bir takvim içerisinde 406 sayılı ve 4046 sayılı Kanun hükümleri kapsamında Devlet Personel Başkanlığı'na bildirimlerinin yapılması; belirlenen norm kadro sayısına ulaşılamaması halinde ihtiyaç durumu da gözetilerek özellikle teknisyen yardımcılarından ve ilkokul mezunlarından başlamak üzere personelin belli bir eğitimden geçirilmesi ve eğitim sonunda başarılı olamayanların iş sözleşmelerinin son çare çerçevesinde sonlandırılması kararı alınmıştır.

Kendisi tarafından verilen işletmesel kararın rizikosunu işveren taşımaktadır. Bu nedenle işverence alınan işletmesel kararlar yargı denetimi dışındadır. Ancak işletmesel kararlar fesih nedeni yapıldığı taktirde yargı denetimine tabidir. Burada denetime tabi tutulan işletmesel kararın kendisi değil, işverenin işletmesel kararı uygulamak için aldığı önlemlerin ve bu arada feshin geçerli nedenlere dayalı olarak yapılıp yapılmadığıdır.

(B) A.Ş., abone sayısında süreklilik arz eden bir azalma oluşması neticesinde, müdürlük sayısının azaltılması, ileri teknoloji kullanan nitelikli iş gücü istihdamı ve özel sektör gereklerine uygun organizasyonun yeniden yapılanması gerekliliğini fesih gerekçesi olarak belirtmiş bulunmaktadır. Gerçekten işveren işletmesini en verimli, rekabet edebilir ve etkin üretim tarzını gerçekleştirecek şekilde organize etme yetkisine sahiptir. Ancak yönetim kurulunun tek başına yapılanmaya karar vermesi geçerli fesih yapılması için yeterli değildir. Yüksek mahkeme belirlenen norm kadrodan fazla olan personelin sözleşmelerinin feshedilebileceğini, ancak norm kadro sayısının ve işyerine yeni işçi alınıp alınmadığının araştırılması gerektiğini karara bağlamaktadır. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 21.11.2006, 22624/30737, İHSGHD, 14, s. 742-743). Norm kadro uygulamasına sebep olan ve istihdamı engelleyen engelleri (B) A.Ş. tartışmaya yer vermeyecek biçimde ortaya koymalıdır. Oysa davalı işveren her ne kadar (A)'nın da aralarında olduğu 2. Tip sözleşme ile çalışanların sözleşmelerinin feshinde emekli ve eğitim düzeyi düşük olanlardan başlanacağını belirtmiş olsa

da, bu kararı uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Zira (A) üniversite mezunu olup, (B) tarafından (A)'nın sözleşmesi feshedilmeden diğer tüm daha düşük eğitimlilerin iş sözleşmelerinin feshedildiği kanıtlanmış olmalıdır. Ancak olaydan, (A)'dan daha düşük eğitim düzeyine sahip olanların çalıştırılmaya devam edildiği anlaşıldığı gibi, yine işletmesel kararda eğitime tabi tutulduktan sonra, eğitimde başarılı olamayanların sözleşmelerinin feshedileceği belirtilmiş olmasına rağmen, bu eğitimin verildiği yönünde herhangi bir bilgi yoktur. (B) A.Ş. feshin son çare olması ilkesine uygun davranmamıştır. Ayrıca somut olaydaki bilgilerden (B) A.Ş.'nin yeni işçi alımı için sınav açmış olduğu ve sınav neticesinde yeni işçi çalıştırmaya başladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle somut olay bakımından, norm kadro uygulaması kararının yeni işçi alımı ve (A) dışında diğer nakle tabi olan personelin istihdamına devam edilmesi nedeni ile yerinde olmadığı, işverenin fesih uygulaması ile çelişen davranışlar sergilediği, davacının eğitim düzeyinin yaptığı iş bakımından yetersiz olduğunun (B) tarafından ileri sürülmediğinden, (B) A.Ş.'nin aldığı işletmesel karar sonucu, bu kararı tutarlı şekilde uygulamadığı, feshin kaçınılmaz ve feshin son çare ilkesine uygun olarak yerine getirilmediği anlaşıldığından, fesih geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.

4. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Sebep

OLAY

(A), (M) İlaç Şirketi'nde 01.01.2001 tarihinde Ankara Temsilcisi olarak çalışmaya başlamıştır. Taraflar arasında 05.09.2001 ve 28.04.2003 tarihlerinde iki ayrı belirsiz süreli iş akdi imzalanmış ve bu akitlere göre (A)'nın işçi alma ve çıkarma yetkisi yoktur. (A)'nın satış müdürü (B) ile yaptığı yazışmalarda "genesys aylık devre çalışmasındaki planlamaya hakim olmadığını, yapması gereken ziyaretleri yapmadığını, raporlarını geciktirdiğini, hastalığı sebebiyle aldığı raporu satış müdürü (B)'ye bir gün sonra haber verdiğini ve raporunu amirine haber vermeksizin uzattırdığını" kabul etmiştir. Bu nedenle tutanak tutulmuş (A) tutanağı ihtirazi kayıt ile imzalaşmıştır. (A)'ya şirket tarafından 04.06.2008, 05.09.2008 ve 06.06.2008 tarihlerinde yazılı ve sözlü uyarılar verilmiştir. Ancak buna rağmen (A) sözleşmeye aykırı davranışlarını sürdürmüştür. 17.11.2008 tarihinde iş akdi (A)'nın davranışları sebebiyle feshedilmiştir. Bunun üzerine (A) savunmasının alınmadığı ve bunun İş Kanunu'na aykırı olduğu gerekçesiyle işe iade davası açmıştır.

SORULAR

1. İşçinin davranışlarına dayanan fesih nedir ve bunun sınırları nelerdir? İspat yükü kime aittir? Açıklayınız.

2. İşçinin davranışlarına dayanan fesihte işçiye ihtar verilmesi ve işçinin savunmasının alınması zorunlu unsur mudur? Açıklayınız.

CEVAPLAR

1. Yargıtay'ın yerleşmiş kararları ile kabul edildiği üzere, İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak ve yaptırıma bağlamak değil, onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlanması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı sözleşmeyi ihlal eden bir davranışın varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz şekilde etkilenmişse, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanamayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez. İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmelidir. Bundan sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınıp kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı, bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasten veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlal yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra, iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil, kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlülüklerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat

yükümü, sözleşmenin taraflarına, sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak, özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

2. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse, fesihten önce işçiye ihtar verilip verilmediği, ihtara rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip feshedilmediğine bakılacaktır. Ancak ağır yükümlülük ihlalleri nedeni ile işverenin iş sözleşmesine davam etmesinin beklenemeyeceği hallerde, işçiye davranışından dolayı ihtar verilmesine gerek olmayacaktır. Başka bir anlatımla, işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibarı ile, onu gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla işverenden iş ilişkisine devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda ihtar gerekli ve zorunlu olmalı; aksi taktirde işverenin ihtar vermeksizin iş sözleşmesini feshedebilmelidir. Buna göre, işverene süresiz fesih hakkı verilen İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen hallerden dolayı kural olarak, işçiye önceden ihtar verilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin kendisine verilen ihtardan sonra bir defa daha yükümlülüğünü ihlal teşkil eden davranışta bulunması gerekir. İşçiye verilen ihtardan sonra yeni bir yükümlülük ihlali meydana gelmemişse, sırf ihtara konu olan davranışa dayanılarak iş sözleşmesi geçerli bir şekilde feshedilemez. Çünkü ihtarın verilmesi ile işveren, ihtara konu olan davranış nedeniyle iş sözleşmesini feshetme hakkından örtülü olarak feragat etmiş bulunmaktadır.

(A)'ya amiri tarafından e mail yolu ile görev kapsamına ilişkin ve bu görevin yerine getirilmesinde yaşanan aksaklıklara ilgili olarak açıklama istendiği olaydan anlaşılmaktadır. (A) tarafından yazılan savunma yazısında, (A)'nın genesys aylık devre çalışmamadaki planlamalarına hakim olmadığı ve yapması gereken ziyaretleri yapmadığı hususunu ve iş görme ediminin yerine getirilmesi bakımından kusurlu hareket ettiğini kabul etmiştir.

Bu ihtardan sonra, 04.06.2008 tarihinde, (A)'nın önceki davranışlarında düzelme veya iyileşme olmadığı için işveren vekili amiri tarafından bir kez daha uyarıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısı ile Yargıtay tarafından aranan işçiye verilen ihtardan sonra, yeni bir ihlalin gerçekleşmiş olması şartının da olay bakımından gerçekleşmiştir. (A)'nın aldığı sağlık raporlarını, amirlerine aksettirmesinde yaşanan sıkın-

tı, taraflarca bir tutanak ile imza altına alınmış ve (A)'nın bu tutakta geçtiği iddia olunan olaylarla ilgili ihtirazi kaydı da kaleme alınmıştır. Ancak yaşanan tüm bu olayların işveren bakımından zarara sebebiyet verdiği anlaşıldığı gibi, taraflar arasındaki güven ilişkisini de önemli ölçüde etkilemiştir. Bu sebeple işveren tarafından gerçekleştirilen fesih geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir.

5. Geçerli Sebep Olarak Şirket Birleşmesi

OLAY

(A) 31.05.2003 tarihinde (B) İlaçları A.Ş.'de çalışmaya başlamıştır. Söz konusu firma (Y) İlaçları A.Ş. tarafından satın alınmış ve hiçbir kadro sıkıntısı yokken 25.11.2009 tarihinde (A)'nın iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yapılan fesih bildiriminde (B) İlaçları A.Ş. "şirketin global bazda bağlı olduğu şirketler grubunun başka bir şirket tarafından satın alınması ve bu sürecin şirketin yeniden yapılanmaya girmesini zorunlu kılması nedeni ve bunun yanında sağlık sektöründe son zamanlarda yaşanan olumsuz gelişmeler şirkette görev yapan bazı çalışanlarla yolların ayrılması zorunluluğunu ortaya çıkardığını" belirterek aldığı işletmesel kararı açıklamıştır. Birleşme aşamasında (Y) İlaçları A.Ş., (B) İlaçları A.Ş. çalışanlarıyla tek tek görüşme yapmıştır. (A) ile yapılan ilk görüşme sonucunda (A)'nın takım çalışmasına uygun olmadığı, çalıştığı pazara hakim olmadığı ve inisiyatif alma yeteneğine sahip olmadığı kanaatine varılmış ve (A) ikinci görüşmeye çağırılmamıştır.

SORULAR

1. İşletmesel karar nedir? İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini feshetmenin koşulları nelerdir? Açıklayınız.
2. Şirket birleşmeleri sonucu iş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde işvereni bağlayacak herhangi bir yasal düzenleme var mıdır? (A)'nın sözleşmesinin performans düşüklüğü ileri sürülerek feshedilmesi geçerli bir fesih midir? Açıklayınız.
3. Ekonomik krizden dolayı iş hacminde daralma, satışlarda ve üretimde düşüşler nedeni ile işçi çıkarılması kararı hukuki açıdan ne tarz bir karardır? Genel veya sektörel kriz tek başına fesih için geçerli neden olabilir mi? Açıklayınız.

CEVAPLAR

1. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel kararlardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işveren tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca, işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

23.11.2009 tarihli fesih yazısı ile "şirketin global bazda bağlı olduğu şirketler grubunun başka bir şirket tarafından satın alınması ve bu sürecin şirketin yeniden yapılanmaya girmesini zorunlu kılması nedeni ve bunun yanında sağlık sektöründe son zamanlarda yaşanan olumsuz gelişmeler şirkette görev yapan bazı çalışanlarla yolların ayrılması zorunluluğunu ortaya çıkardığı" belirtilerek işverenin aldığı işletmesel karar açıklanmıştır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkanına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı Yasa'nın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca yukarıda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir.

2. Birleşme aşamasında, (Y) İlaçları A.Ş. Satış Teşkilatı ile Görüşme Sürecine ilişkin yazıda, davacıya ilişkin yapılan değerlendirme, olumsuz olarak değerlendirilmiş ve ikinci görüşmeye çağrılmasına gerek görülmemiştir. Mümessil değerlendirme formunda "takım çalışmasına uygun olmadığı, çalıştığı pazara hakim olmadığı ve inisiyatif alma yeteneğine sahip olmadığı" şeklinde değerlendirmesinin yapıldığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın yerleşik uygulaması uyarınca İş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen "mutlak ayırım yasağı" dışında, işvereni bağlayan herhangi bir yasal düzenleme İş Hukuku mevzuatımızda bulunmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu konuda işçi ve işverenin birtakım kriterleri öngören anlaşma yapmaları mümkündür. Tarafların bu konuda öngördükleri kriterlerin geçerliliği hukuken kabul edilebilir, objektif nitelikte olmalarına bağlıdır. Mutlak ayırım yasağını ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin -diğer şartlar da gerçekleşmişse geçersizliğine karar verilir. Öte yandan, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin nasıl belirleneceği konusunda anlaşma bulunmamasına rağmen, işveren fesihte göz önünde bulundurduğunu belirttiği kriterlerle bağlıdır. Daire uygulamasına göre performans düşüklüğü, belli bir yaşı

doldurma ve emekliliğe hak kazanma, işçinin kıdemi gibi seçim kriterleri objektif olarak kabul edilmektedir. İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde işten çıkarılacak işçinin seçiminde performans durumu göz önünde bulundurulmuşsa, performans düşüklüğünün ne şekilde belirlendiği konusunda salt performansa bağlı olarak yapılan fesihlerdeki gibi katı davranılmaması yerinde olur. Başka bir anlatımla, işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde seçim kriteri yapılan performansın nasıl belirlendiği konusunda işverenin takdir yetkisine öncelik veren esnek bir uygulama yapılmalıdır. Yeter ki, takdir hakkı kötüye kullanılmamış olsun. Bu gibi durumlarda fesih tarihi itibariyle performansı daha düşük işçinin çalıştırılmaya devam edip edilmediği belirleyici olabilir.

A'nın performansının işyerinde çalışan ve birleşmeden sonra çalıştırılmaya devam eden işçilerden daha düşük olduğunu kanıtlayan belgeler, konulmadığı ve ispatlanmadığı sürece yapılan feshin geçerli sebebe dayandığını kabul etmek mümkün olmayacaktır.

3. Ekonomik krizden dolayı iş hacminde daralma, satışlarda ve üretimde düşüşler nedeni ile işçi çıkarılması kararı, bağlı işveren kararıdır. Bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen ekonomik nedenler araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı somut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır. Ekonomideki durgunluk ve kriz dönemlerinde, ekonomik daralmaya bağlı olarak işten çıkarmanın gerçekleşmesi halinde, öncelikle genel ekonomik kriz var ise tüm sektörler baz alınarak, işletmenin faaliyet gösterdiği sektörde kriz var ise sadece faaliyet alanı için sektörel denetim, daha sonra ise işletmenin iç denetiminin yapılması gerekir.

İşletmenin faaliyet gösterdiği sektördeki ekonomik göstergeler geçerli nedenin açıklığa kavuşturulması bakımından önem arz eder. Bu göstergelerden biri; ilgili sektörde iktisadi faaliyet kollarına göre Gayri Safi Yurtiçi Hasıla (GSYİH)'nın zaman içinde nasıl değiştiğidir. Buna göre işten çıkarmanın gerçekleştiği sektörün GSYİH'ye katkısı diğer faaliyet kollarına oranla son dönemlerde azalmışsa, sektörel bir olumsuzluğun varlığı kabul edilebilecektir. İkinci bir gösterge ise, sektörel bazda ekonomik faaliyetler hakkında bilgi veren Sanayi Üretim Endeksi'dir. İşten çıkarmanın olduğu sektörün yer aldığı alt endeksin zaman içinde gelişimi incelenerek ilgili sektörün zor durumda olup olmadığı saptanabilecektir. Diğer bir başka gösterge de; işten çıkarmanın olduğu sektörde son dönemde istihdam edilenlerin sayısında önemli bir değişiklik olup olmadığını gösteren "istihdam edilenlerin iktisadi faaliyet konularına göre dağılımı"dır.

İlgili sektörde son dönemde istihdamda bir azalma ya da diğer iş kollarına göre daha az bir artış gerçekleşmişse, sektörel bir olumsuzluktan söz edilebilecektir.

Ekonomide yaşanan değişimler bölgesel bazda da farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bazı bölgelerin zaman içinde ülke geneline oranla daha hızlı büyüyüp ekonomik büyümeye katkıları artarken, bazı bölgelerin GSYİH'ya katkısı zaman içinde daha düşük olabilir. Bu nedenle, işten çıkarmanın gerçekleştiği sektör kadar coğrafi bölgenin de önemi vardır. Bu konuda Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayımlanan Karşılaştırmalı Bölgesel Gösterge Yayınları'ndan yararlanılarak; işten çıkarmanın gerçekleştiği şirketin faaliyet gösterdiği bölgenin ekonomik kalkınmasına ve iş durumuna bakarak daha sağlıklı bir karara varılabilir. Aynı zamanda her bir bölgenin GSYİH'ya katkısı dolayısıyla bölgesel kalkınma ve ekonomik canlılık yine TÜİK tarafından hazırlanan raporlardan tespit edilebilir.

Genel veya sektörel kriz tek başına fesih için geçerli neden olmaz.

Bunun için yukarıda belirtilen makroekonomik ve sektörel faktörlerin işletmeyi de olumsuz etkilemiş olması ve buna bağlı olarak istihdam fazlalığının doğmuş olması gerekir.

Genel ve sektörel şartlar olumlu seyretse de, işletmenin kötü yönetimi veya diğer özel sebeplerden dolayı zarar görmesi de istihdamı olumsuz etkileyebilir.

Ekonomik krizin yansıması ile şirketin mali durumundaki değişim, bilançosuna bakılarak anlaşılabilir. Şirketlerin çoğunluğunda dönem sonunda mali tablolar (bilanço, gelir-gider tablosu) hazırlanır. Bu mali tabloların karşılaştırılmasından hareketle, şirketin ekonomik krizden ne kadar etkilendiği tespit edilebilir. Bunun için, kriz öncesi döneme ait muhasebe verileriyle kriz dönemi esnasındaki muhasebe verileri karşılaştırılmalı, değişimin ne kadar büyüklükte olduğu ve sebebinin krizle ilişkili olup olmadığı belirlenmelidir.

6. Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Öğretim Üyelerinin Sözleşmelerinin Feshedilmesinde Geçerli Sebep

OLAY

Davacı vekili, davacı (E)'nin (Y) üniversitesinde 2005 yılında çalışmaya başladığını, işyerindeki hizmetinin altı aydan fazla olduğunu, işyerinde 30 dan fazla işçi çalıştığını, (E)'nin iş sözleşmesinin 09.06.2011 tarihli fesih yazısında, teklif edilen esaslı değişiklik önerisini kabul etmemesi sebebiyle fesih zorunluluğunun ortaya çıktığını ve haftalık ders yükünün 2547 s. Yükseköğretim Kanunun 36 maddesi gereği tam gün süreli çalışma esaslarına göre öğretim üyesi

istihdamı için yeterli olmaması sebebiyle, sözleşmenin ihbar önelinin bitim tarihi olan 05.08.2011 tarihinde sona ereceği şeklindeki gerekçe ile geçerli bir sebep olmadan feshedildiğini, üniversitenin yeni öğretim döneminde (E) ders yükünü tek taraflı olarak azaltmayı planlamış ise bu durumun fesih yazısında açıkça belirtilmesi gerektiğini, fesih sebebinin soyut sebeplere dayandırılmış olmasının İş K.19. maddesine aykırı olduğunu, bu sebeple feshin geçersizliği ile (E) işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, davanın adli yargının değil, idari yargının görev alanına girdiğini, vakıf üniversitelerinin kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip eğitim kurumu olduğunu, bu açıklığın 2547 s. Yükseköğretim Kanunda da yer aldığını, buralarda istihdam edilen personelin üstlendikleri işin kamusal nitelik taşıdığını, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun vakıf üniversitesi ile öğretim üyesi arasında yapılmış olan sözleşmenin, idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulduğunu ve göreve son verme işlemlerinin idare hukuku kurallarına göre yapılması gerekliliğini aradığını, bu sebeple davanın görev yönünden reddine karar verilmesini; esas yönünden ise, (E) ile Üniversite arasında belirli süreli iş sözleşmesi imzalandığını, bu sözleşmenin 3 kez yenilendiğini, belirli iş sözleşmesi ile çalışan davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını, davacının keyfi olarak dersleri bölmek sureti ile arttırdığını ve bu şekilde 2547 s. Yasada aranan zorunlu 10 saatlik ders yükünü tamamladığını, davacının Atatürk İlke ve İnkılapları Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürlüğü görevini 2005 yılından beri yürüttüğünü, ancak bu alanda hiçbir araştırma ve çalışması olmadığını, kendisinin emekli yardımcı doçent olduğunu, 2547 sayılı YÖK Kanunun 36 maddesine göre yeterli ders yükü bulunmayan öğretim elemanlarını ömür boyu zorunlu istihdam yükü altına sokulacak olursa, vakıf üniversitelerinin amacını gerçekleştirmesinin ve hayatını idame ettirmesinin mümkün olamayacağını, aksi halde bu tutumun üniversitelerin iç yapısına ve politikasına müdahale oluşturacağını, devlet üniversitelerinde sözleşmeli çalışan akademik personelin dahi istihdam garantisine sahip olmadığını ileri sürerek, davanın reddini talep etmiştir.

Davalı işverenin 31.05.2011 tarihli yazısı ile davacı (E)'nin vermekte olduğu derslerin Açıköğretim Fakültesi bünyesinde verilmesi nedeni ile (Davalı Üniversitenin (A) Üniversitesi ile yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde davacının vermekte olduğu derslerin bir kısmını yönetim hakkı çerçevesinde kaldırdığı anlaşılmaktadır), davacının ders yükünde azalmaya neden olduğunu, bu durum karşısında mütevelli heyetinin 18.03.2011 tarih ve 2011/3 sayılı kararı gereği, tam gün esasına göre çalıştırılmasının mümkün olmadığını, bu sebeple 31.07.2011 tarihinden itibaren kıdem tazminatı ödenmesi yolu ile 2011-2012 öğretim döneminde ders saati ücretli olarak görevlendirmesinin uygun görüldü-

ğü .." belirtilmiştir. Davalı bu kez 09.06.2011 tarihli yazı ile çalışma koşullarındaki esaslı değişikliğe yasada öngörülen süre içinde olumlu cevap verilmemiş olması sebebiyle İş K.22 maddesi gereği sözleşmeyi fesih zorunluluğunun ortaya çıktığını, haftalık ders yükünün 2547 s. kanunun 36 maddesi gereği tam gün süreli çalışma esasına göre öğretim üyesi istihdamı için yeterli olmaması sebebi ile iş sözleşmesinin ihbar önelinin sonu olan 05.08.2011 tarihi itibarıyla feshedildiğini bildirilmiştir.

SORULAR

1. Davalının görev itirazı yerinde midir? Neden?
2. Uyuşmazlık Mahkemesi konu ile ilgili ne şekilde karar vermiştir?
3. Davalı üniversitenin davacı (E)'nin iş sözleşmesini feshetmesi yerinde midir? Gerekçeleri ile açıklayınız.
4. Uyuşmazlık Mahkemesinin kararına rağmen vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim üyeleri İş Mahkemelerinde dava açabilir mi? Yargıtay'ın bu konudaki görüşünü açıklayınız.

CEVAPLAR

1. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararında vakıf üniversitelerinde çalışan akademik personelin görevine son vermeye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından idare mahkemelerinin görevli olduğuna karar verilmiştir. İşe iade davası da niteliği itibarıyla, çalışanının işine son verilmesi ile ilgilidir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi pek çok kararı ile vakıf üniversitelerinde çalışan akademik personelin işe iade davalarına bakarak sonuçlandırmıştır. Gerek İdare mahkemeleri gerekse İş Mahkemeleri akademik personelin işine vakıf üniversitesince son verilmesi halinde uyuşmazlıklara bakmak konusunda kendilerini görevli kabul ettikleri anlaşıldığından, bu konuda olumlu görev uyuşmazlığının çıkarılması söz konusu edilebilir. Uyuşmazlık mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun 10 maddesine göre olumlu görev uyuşmazlığını çıkarabilmek için İş Mahkemesinin ilk celsede görev itirazını reddedip, görevli olduğuna karar vermesi gerekirdi. Ancak dosyanın incelenmesinden Mahkemenin görev konusunda herhangi bir karar vermediği anlaşılmaktadır. Dolayısı ile artık olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılamayacağı düşünülmektedir. Ancak görev konusu kamu düzenine ilişkin olduğundan Mahkeme her zaman görevsizliğine karar verebilir.

2. Uyuşmazlık Mahkemesi 05.11.2012 tarihli ve 2012/189 esas, 2012/234 karar, 24.12.2012 tarih ve 2012/223 esas, 2012/282 karar sayılı kararları ile vakıf üniversitelerinde öğretim üyesi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin feshi sebebiyle işlemin iptali istemi ile idare mahkemelerinde açılan davalarda, görevli mahkemenin adli mahkemeler olduğu yönündeki itirazları reddederek, idari yargının görevli olduğunu kabul etmesi nedeniyle, davalı idare vekillerinin

görev uyuşmazlığı çıkartılmasını talep etmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ve Danıştay Başsavcılığının hukuki mütalaaları alındıktan sonra; **"Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan davacının, iş sözleşmesinin feshine ilişkin işleminin de 2577 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde tanımı yapılan iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem niteliği taşıdığı; bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin de, Anayasayla bu denetim için oluşturulan İdari Yargı'nın görev alanında bulunduğu sonucuna varılmıştır."** şeklinde karar vermiştir.

3. İş Kanunun 22 maddesi "*İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21'inci madde hükümlerine göre dava açabilir*" şeklindedir.

Davacı değişiklik önerisini cevap vermeyerek kabul etmemiştir. Bu durumda davalı işveren tarafından bildirilen fesih sebebinin geçerli sebep sayılıp sayılmayacağı değerlendirilmelidir.

2547 sayılı kanunun *Çalışma Esaslarını düzenleyen 36. Maddesi* uyarınca yardımcı doçent olarak görev yapan davacı, kadrosunun bulunduğu yükseköğretim birimi ile bağlı olmaksızın ve ihtiyaç bulunması halinde görevli olduğu üniversitede haftada asgari on saat ders vermekle yükümlüdür. Ayrıca 36 maddedeki 10 haftalık zorunlu ders yükü ihtiyaç bulunması şartına bağlanmıştır. Bazı alanlar bakımından ders yükünün hiçbir zaman 10 saate ulaşmaması söz konusu olabilir. Ama bu durum öğretim üyesine ihtiyaç olmadığı anlamına gelmez. Aksinin kabulü halinde ders yükü 10 saate ulaşmayan tüm öğretim üyelerinin görevine son verilmesi anlamına gelir ki, bunun kabul edilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Öğretim üyesinin görevi ders vermekten ibaret değildir. 2547 sayılı Kanun 22 maddesinde, öğretim üyesinin görevleri

a. Yükseköğretim kurumlarında ve bu kanundaki amaç ve ilkelere uygun biçimde önlisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim - öğretim ve uygu-

lamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak, proje hazırlıklarını ve seminerleri yönetmek,

b. Yükseköğretim kurumlarında, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak,

c. İlgili birim başkanlığınca düzenlenecek programa göre, belirli günlerde öğrencileri kabul ederek, onlara gerekli konularda yardım etmek, bu kanundaki amaç ve ana ilkeler doğrultusunda yol göstermek ve rehberlik etmek,

d. Yetkili organlarca verilecek görevleri yerine getirmek,

e. Bu kanunla verilen diğer görevleri yapmaktır,

şeklinde belirlenmiştir. Öğretim üyeliğinin sadece ders vermeye indirgenmesi de bu anlamda doğru olmayacaktır.

Ayrıca üniversitede aynı zamanda öğretim elemanı sayılan davacının tam gün esasına uygun olarak çalıştırılması zorunludur. Yani devamlı statüde çalıştırılması zorunludur. Davalının iddia ettiği gibi, kısmi zamanlı ya da ders ücreti karşılığında çalıştırılması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, davalı Üniversite tarafından ileri sürülen sebebin geçerli sebep oluşturmadığı kanaatindeyiz.

4. Somut uyuşmazlıkta asıl çözümlenmesi gereken davacı öğretim görevlisi ile Vakıf Üniversitesi olan davalı arasındaki ilişkinin iş ilişkisine mi, yoksa statü hukukuna mı dayandığıdır.

Anayasa'nın 128/1 maddesine göre "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür". Kamu görevlilerinin kim olduğu ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. Maddesinde açıklanmış, "Kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği" belirtilmiştir.

Anayasa'nın 131'inci maddesine göre de "Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir".2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek. 2. maddesi uyarınca "Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, Yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite

veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü yetiştirmek amacıyla, bu Kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. Bu meslek yüksekokulu, kamu tüzel kişiliğini haiz olup, Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur. Kurulacak meslek yüksekokullarına, meslek ve teknik eğitim bölgesinde gereksinim duyulması esastır". Aynı kanunun Ek. 5. maddesine göre "Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının, vakıf yönetim organı dışında en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti bulunur. Mütevelli heyet üyeleri, vakıf yönetim organı tarafından dört yıl için seçilir, süresi biten üyeler yeniden seçilebilir. Mütevelli heyet üyelerinin yaş sınırlaması hariç Devlet memuru olma niteliklerine sahip bulunmaları ve en az üçte ikisinin lisans düzeyinde yükseköğrenim görmüş olması gerekir. Mütevelli heyet üyeleri kendi aralarından bir başkan seçer. Mütevelli heyet vakıf yükseköğretim kurumunun tüzelkişiliğini temsil eder. Vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticileri Yükseköğretim Kurulunun olumlu görüşü alınarak mütevelli heyet tarafından atanır. Mütevelli heyet; vakıf yüksek öğretim kurumu yöneticilerine uygun gördüğü ölçüde yetkilerini devredebilir. Yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapar, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylar, yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylar ve uygulamaları izler, ayrıca vakıfça hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürütür".

Aynı yasanın 31. maddesi üniversitelerde görev yapacak öğretim görevlilerinin görevlendirme şekli belirtilmiştir. Buna göre "Öğretim görevlileri; üniversitelerde ve bağlı birimlerinde bu Kanun uyarınca atanmış öğretim üyesi bulunmayan dersler veya herhangi bir dersin özel bilgi ve uzmanlık isteyen konularının eğitim-öğretim ve uygulamaları için, kendi uzmanlık alanlarındaki çalışma ve eserleri ile tanınmış kişiler, süreli veya ders saati ücreti ile görevlendirilebilirler. Öğretim görevlileri, ilgili yönetim kurullarının görüşleri alınarak fakültelerde dekanların, rektörlüğe bağlı bölümlerde bölüm başkanlarının önerileri üzerine ve rektörün onayı ile öğretim üyesi, öğretim üye yardımcısı ve öğretim görevlisi kadrolarına atanabilirler veya kadro şartı aranmaksızın ders saati ücreti veya sözleşmeli olarak istihdam edilebilirler. Öğretim üyesi kadrolarına öğretim görevlileri en çok iki yıl süre ile atanabilirler; bu süre sonunda işgal ettikleri kadroya başvuran öğretim üyesi bulunmadığı ve görevlerine devamda yarar görüldüğü takdirde aynı usulle yeniden atanabilirler. Atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunların yeniden atanmaları mümkündür".

36. madde de Öğretim elemanlarının (ki içinde öğretim görevlileri de vardır), üniversitede devamlı statüde görev yapacakları belirtilmiştir. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23/2 maddesi uyarınca "Vakıf yükseköğ-

retim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır".

Mahkemenin gerekçesinde de belirttiği gibi Uyuşmazlık Mahkemesi son zamanlarda Vakıf Üniversitesinde çalışan öğretim elemanları ile Vakıf Üniversitesi arasındaki uyuşmazlıklarda "Vakıf Üniversitelerinin Anayasa'nın 131. Maddesi uyarınca devlet üniversitelerinin tabi olduğu statüye tabi olacakları, kamu tüzel kişiliği statüsü verildiği ve Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacının kamu yararı, faaliyet konularının ise kamu hizmeti olduğu, bu bağlamda, kamu tüzel kişilerinin, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahip oldukları ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilecekleri, bu nedenle de personelinin kamu hukukuna tabi olacakları" gerekçesi ile idari yargının görevli olduğuna karar vermektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu kararlar ilke kararı değildir ve Uyuşmazlık Mahkemesinin devlet üniversitesi ile ilgili 1985 yılında verilen kararı ile çelişki yaratmaktadır. Zira Yüksek Mahkeme'nin 18.03.1985 gün ve 1985/2 Esas, 1985/8 Karar sayılı kararında açıkça "Devlet Üniversitesinin, kamu hizmeti gören ve kanunla kurulmuş bir kamu kurumu olduğun, davacı öğretim görevlisinin ise bu kamu kurumunda çalışan ve kamu hizmetini yürüten bir kamu görevlisi olduğunu, ancak davacının bu görevi neye istinaden yürüttüğü, yani bu kamu görevinde ne şekilde istihdam edildiğinin açıklığa kavuşturulması gerektiğini vurgulamış ve davalı ile davacı arasındaki ilişki; davacı kamu görevi yapmasına rağmen, özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisi olduğu gerekçesi ile adli yargının görevli olduğunu belirtmiştir.

Açıklamak gerekirse, belirtilen normatif düzenlemelere göre kamu hizmeti, kamu görevlisi sayılan işçilerle de yürütülebilir. Vakıf Üniversitelerine Devlet Üniversiteleri gibi ayrıcalıklar tanınması ve kamu hizmetini yapmalarının sağlanması, kamu hizmetini sağlamak için çalıştırdığı öğretim görevlileri statü hukukuna tabi kılmaz. Normatif düzenlemelerde belirtildiği gibi mali ve idari konularda Vakıf Üniversiteleri Devlet Üniversitelerinden ayrılmış ve yönetmelik hükümleri ile açıkça öğretim elemanlarının aylık ve özlük hakları konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olacakları belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacı; davalı üniversitede üstlendiği görevi, davalı vakıf ile yaptığı bir sözleşme gereği yürütmüştür. Anılan sözleşme, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 23. maddesine istinaden ve bu maddenin verdiği yetkiye göre yapılmıştır. Anılan maddeye ve yapılan sözleşmeye göre, davalı ile davacı arasındaki ilişki; özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel

hukuk ilişkisidir. Davalı vakıf üniversitesinin, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi olması, davacının iş sözleşmesi ile çalışma olgusunu ve buna bağlı olarak İş Mahkemesinin görevini ortadan kaldırmaz.

7. İşletme Gereklerine Dayalı Olarak Yapılan Fesihlerde Aranan Koşullar

Davacı vekili dilekçesinde, davalıya ait işyerinde Z-Cam fren Montaj bölümünde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta iken, iş sözleşmesinin 14.12.2008 tarihinde 4857 s. İş kanunun 17, 18 ve 29 maddelerine uygun olarak feshedildiğini, fesih gerekçesi olarak "*gelişmekte olan global kriz kapsamında siparişlerin/satışların azalmasına bağlı olarak ortaya çıkan iş gücü fazlalığı*" nın gösterilmiş olduğunu, ancak feshin son çare olması ilkesine aykırı davranıldığını, yılın ilk dokuz aylık döneminde davacının işyerine işçi alımı yaptığını, onuncu ayda kriz bahanesi ile işçi çıkarma yoluna gidildiğini, bunun da feshin geçerli nedene dayanmadığını gösterdiğini, işverenin bazı bölümlerde kısa çalışma ve izin kullandırma yoluna gitmesine rağmen, davacın da içinde bulunduğu 25-30 kişilik işçi grubuna izin kullandırma yoluna gidilmediğini, krizin işleri durdurma noktasına getirdiğini iddia eden işverenin 4447 sayılı yasanın Ek 2 maddesi kapsamında uygulama yapmak yerine, fesih yolunu seçtiğini, bunun da fesin son çare olması ilkesine uygun olmaması nedeni ile feshin geçersizliği ile davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, müvekkil şirkette orta ve ağır tip motorlu araçların fren, ilgili aksam ve yedek parça üretimi, montaj ve satış işlerinin yapıldığını, siparişlerin büyük bölümünün yurt dışı kaynaklı olduğunu, 2008 yılının son 4-5 ayında ve 2009 yılı sonuna kadar ciddi sipariş azalması olduğunu, buna bağlı olarak üretimin düştüğünü, sipariş azalması, global ve ülke krizinin, pazar kaybı yarattığını, bunun da üretim kapasitesinde azalma ve kadro fazlalığı yarattığını, buna dayalı olarak işletme gereklerine dayanan geçerli fesih yoluna gidildiğini, feshin son çare olması ilkesine uyulmuş olması nedeni ile davanın reddine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

İş Mahkemesinin 24.03.2010 tarih ve E.2008/543, K.2010/140 sayılı kararı ile "*.... dosya kapsamından ve birbirini teyit eden bilirkişi raporlarından, davalı şirket yönetiminin krizle ilgili işletmesel kararı zamanında almadan ilk tedbir olarak işçi çıkarmış olduğu kanaatine varılmıştır. Bu durumda İş Yasasına ve Yüksek Mahkemenin benimsediği son çare ilkesine aykırı olduğundan, davacı tarafından açılan işe iade davasının kabulüne, feshin geçersizliğine*" karar verilmiştir.

Mahkemenin bu kararı Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20.12.2010 tarih ve E.2010/19684, K.2010/38897 sayılı kararı ile bozulmuştur. Bozma kararı esas olarak iki gerekçeye dayanmaktadır: *"somut uyuşmazlıkta davalı işletmede ekonomik krize bağlı olarak sipariş azalması ve paralel olarak üretim azalması yaşandığı, fren imalatında kullanılan makine tezgahlarından faaliyette olanların azaldığı, bu nedenle işyerinde istihdam azalmasının kaçınılmaz olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu azalmanın ve zarar etmenin, kısaca feshe neden olan ekonomik nedenlerin kalıcı olup olmadığı, işverenin tutarlı davranıp davranmadığı, fesih dışında tedbirler alınması ile ekonomik nedenlerin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı tam olarak açıklığa kavuşmuş değildir. Ayrıca davalı işveren toplu işçi çıkarma bildirimi ile işten çıkarmada önce gönüllü olanları, sonra emekliliği gelenleri ve daha sonra ise performansı düşük ve en az mağdur olacakları seçeceğini bildirdiğinden, davalı işverenin bu kriterlere uyup uymadığı, davacının bu kapsamda çıkarılacaklar arasında olup olmadığının da denetlenmesi* "gerektiği belirtilmektedir.

- 14.11.2008 tarihinde sözleşmesi feshedilen toplam 37 işçinin her biri bakımından somut nedenleri ortaya koymadığı gibi, davacının bu ölçütlerden hangisinin dikkate alınarak işten çıkarıldığını belirtilmemiştir.
- Davalı işveren yargılama sırasında, "en az mağdur olacaklar" kriteri ile kast edilenin emekliliğini hak etmiş olanlar, işten gönüllü olarak ayrılmak isteyenler ile bekarlar olduğu şeklinde açıklamada bulunmuştur.
- **Şirketin mali durumu genel olarak değerlendirildiğinde 2008 yılındaki veriler baz alındığı şirketin 2009 yılında satışlarının yarıya azaldığı zararın %62 arttığı 2010 yılında ise şirketin toparlandığı satışlarının yükseldiği maliyetlerinin azaldığı karının ise 2.080.308,01.-TL ye yükseldiği görülmüştür. 2011 yılında ise 9 aylık dönemin sonunda şirketin durumu daha da iyiye gittiği 2009 ve 2010 yılı verilerini hayli geride bırakarak 2008 yılı yıllık satışlarını yakalayarak maliyetlerini (%7,27) ve faaliyet giderlerini de %13,17 oranlarında azaltarak şirket karını 5.220.282,30.-TL yükseltmiş olup 2008 yılı zararlarını 2009 yılında devam ederek 2010 yılından sonra şirket yükselişe geçmiş 2011 yılının 9 aylık dönemi sonunda 2008 yılı verilerinin üstüne çıktığı şirketin ibraz ettiği bilanço gelir tablosu hesaplarından anlaşılmaktadır.**
- **İşçilere ödenen fazla mesai bakımından yapılan incelemede 2008 yılında 128.641,62.-TL fazla mesai ödemesi yaparken 2009 yılında 418,50.-TL, 2010 yılında 407.012,73.-TL, 2011 yılı eylül ayı sonu itibariyle ise 346.998,12.-TL işçilerine fazla mesai ödemesi yaptığı mali tablolardan anlaşılmıştır.**

- **Çalışmayan tezgahlar yönünden incelendiğinde ise davalı şirketin 2008 yılında 136.669,49.-TL zarar oluştururken 2009 yılında 238.425,67.-TL zarar 2010 yılında 245.366,20.-TL zarar, 2011 yılında ise 224.916,35.-TL zarar oluşturduğu görülmüştür. 2009- 2010 ve 2011 yılları çalışılmayan tezgah zararları yakın miktarlarda gerçekleşmiş görülmektedir.**
- **01.03.2009-31.08.2009 tarihlerinde kısa çalışma ödeneğinden yararlanan toplam işçi sayısının 111 olduğu, 01.09.2009-28.09.2010 tarihinde yararlanan işçi sayısının da 11 olduğu belirlenmiştir**

SORU

Yargıtay'ın bozma kararı çerçevesinde işletme gereklerine dayanan fesihlerde feshin geçerli olabilmesi için aranan koşulların neler olduğunu belirttikten sonra, Mahkemenin nasıl karar vermesi gerektiğini belirtiniz.

CEVAP

Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. **İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce demetlenebilmesine imkân sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır.**

Yargıtay kararları ile işletme gereklerine dayanan fesihlerde ilke kararı haline gelmiş uygulamaları uyarınca: İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. **İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır.**

İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, isletmesel kararı işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kaldırmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin

uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, isletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve isletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, isletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İsletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, isletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

Yarg. 9 HD'nin E.2008/34202, K.2009/7718 sayılı ve 23.03.2009 tarihli kararında belirtildiği gibi "*İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararını amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmazlığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararı gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kal-*

dırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır".

Yargıtay kararında öncelikle bozma sebebi olarak yapılan husus" *somut uyuşmazlıkta davalı işletmede ekonomik krize bağlı olarak sipariş azalması ve paralel olarak üretim azalması yaşandığı, fren imalatında kullanılan makine tezgahlarından faaliyette olanların azaldığı, bu nedenle işyerinde istihdam azalmasının kaçınılmaz olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu azalmanın ve zarar etmenin, kısaca feshe neden olan ekonomik nedenlerin kalıcı olup olmadığı, işverenin tutarlı davranıp davranmadığı, fesih dışında tedbirler alınması ile ekonomik nedenlerin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı tam olarak açıklığa kavuşmadığına*" ilişkindir.

Davalı işveren daha ziyade yurt dışı siparişlerine bağlı olarak çalıştığını, sipariş azalmasından dolayı, istihdam fazlalığının ortaya çıkmış olduğunu savunmuştur. Oysa feshe gitmeden önce başvurulabilecek pek çok tedbir bulunmaktadır. Bunlar fazla çalışma uygulamalarının ortadan kaldırılması, kısa çalışma ödeneğine başvurma, ücretsiz izin teklifinde bulunulması gibi uygulamalardır. İşveren ücretsiz izin uygulamasına başvurmuş olduğu, ancak bu uygulamaların daha ziyade fesih tarihi olan 14.11.2008 tarihinden sonra gerçekleştiği gibi, kısa çalışma ödeneği uygulamasına ilk kez 01.09.2009 tarihinde başvurulduğu anlaşılmaktadır. Aynı şekilde fazla çalışmaların azaltılmasına da feshin yapıldığı 2008 yılında değil, 2009 yılında başvurulmuştur. Fesihten önce bu tedbirlere başvurulmamış olması feshin son çare olması ilkesine uygun değildir kanaatindeyiz.

Yargıtay'ın üzerinde durduğu ikinci bozma sebebi, davalı işverenin sözleşmenin feshedilmesinde dikkate alındığını bildirdiği objektif kriterler ile ilgilidir. Bu konuda işveren öncelikle gönüllü olanların sonra, performansı düşük olanların, devamsızlığı yüksek, bekar ölçütlerinin dikkate alındığını belirtmiş olmakla birlikte, 14.11.2008 tarihinde sözleşmesi feshedilen toplam 37 işçinin her biri bakımından somut nedenleri ortaya koymadığı gibi, davacının bu ölçütlerden hangisinin dikkate alınarak işten çıkarıldığını belirtilmemiştir. Davacının hangi kriter dikkate alınarak işten çıkarıldığı hususu son derece önemli olup, ancak bu bildirilen kritere bağlı olarak davacının karşılaştırılabilecek bir emsalinin bulunması durumunda, bu kriterler uyulup uyulmadığı denetlenerek feshin geçerli olup olmadığı anlaşılabilecektir. Davalı işveren "en az mağdur olacaklar "kriteri ile kast edilenin emekliliğini hak etmiş olanlar, işten gönüllü olarak ayrılmak isteyenler ile bekarlar olduğu şeklinde açıklamada bulunmuş ise, de esasen bu kriterin öncelik sırası olarak ifade edilen kriter ile aynı olduğu anlaşılmaktadır. Davalı

işveren tarafından gösterilen "daha az mağdur olacak işçilerin" çıkarılmasına ilişkin ölçütün bu anlamda objektif kriter olarak kabul edilemeyeceği söylenebilecektir. Zira daha az mağduriyeti belirleyecek kıstaslar konusunda herkese uyan objektif bir sınırlama getirmenin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Dolayısı ile davacının, işverenin bildirdiği objektif kriterlere uygun olarak işten çıkarıldığı hususunun davalı tarafından ispatlanamadığı düşünülmektedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle, feshe neden olan ekonomik nedenlerin de kalıcı olmadığı bilanço kayıtları ile ortaya çıktığı düşünülmektedir.

C. İşe İade Davasının Açılabileceği Süre

OLAY

İzmir Aliağa'da bir madeni yağ fabrikasında üretim ve dolum elemanı olarak çalışan (A), 03.07.2008 tarihinde girdiği işyerinden Aliağa'daki işletmenin faaliyetlerine son verilmesi sebebiyle 26.01.2009 tarihinde işten çıkarılmıştır. İşveren peşin ödeme yoluyla fesih bildiriminde bulunmuş ve işçilerin tazminatlarını ödemiştir. Söz konusu şirketin yönetim kurulu 26.11.2008 tarihli karar ile Aliağa'daki fabrikanın kapatılmasına ve üretime Derince'deki fabrikada devam edilmesine karar vermiştir. Sözü edilen karar 25.12.2008 tarihinde işçilere duyurulmuş ve İş Kanunu m. 29 uyarınca İş Kurumu'na bildirimde bulunulmuştur. İşveren Aliağa fabrikasındaki makineleri Derince'deki fabrikaya taşımış olup, işçilerin hiçbirine Derince fabrikasında boş yer olmadığından çalışmaları için teklifte bulunmamıştır. (A), şirketinin Türkiye'nin pek çok yerinde akaryakıt dağıtım ve depolama tesisi olmasına rağmen boş yer olup olmadığı araştırılmaksızın ve boş yerlerden birisi teklif edilmeksizin iş sözleşmesinin feshine gidildiği gerekçesiyle 26.01.2009 tarihinde işe iade davası açmıştır.

İşveren 26.12.2008 tarihinde fabrikanın kapanacağı hususunu işçilere bildirdiğini sözleşmenin bu tarihte feshedilmiş sayılarak bir aylık hak düşürücü sürenin bu tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiğini ileri sürmüştür.

SORULAR

1. (A) işe iade davasını süresinde açmış mıdır? Açıklayınız.
2. İşyerinin kapatılması iş akdinin feshi için geçerli neden oluşturur mu? Açıklayınız.
3. İşyerinin kapatılması durumunda (A)'nın işe iadesine karar verilebilir mi? Açıklayınız.

CEVAPLAR

1. İşe iade davasının açılabilme koşullarından olan işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalışması, işçinin altı aylık kıdeminin bulunması ve sözleşmenin belir-

siz süreli olmasının, dava konusu olay bakımından gerçekleştikleri anlaşılmaktadır. Sorun davanın feshin ihbarından itibaren bir aylık sürede açılmış olup olmadığına ilişkindir. Çünkü davalı işveren Yönetim Kurulu'nun almış olduğu işyerinin kapatılmasına ilişkin kararı ve iş sözleşmelerinin 26.01.2009 tarihinde sona ereceğini bildiren durumu, 26.12.2008 tarihinde işçilere duyurduğunu ve bir aylık dava açma süresinin bu tarihten itibaren işlemesi gerektiğini iddia etmektedir. Dava 26.01.2009 tarihinde açılmıştır.

İş Kanunun 20 maddesinin 1. fıkrası uyarınca "***iş sözleşmesi feshedilen işçi fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir***". Görüldüğü gibi İş Kanunu m.20/I uyarınca bir aylık dava açma süresi fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren başlar. Başka bir deyişle, işverence yapılan yazılı fesih bildiriminin işçiye ulaştığı an bir aylık hak düşümü süresinin işlemeye başladığı tarihtir.

İş Kanunu'nun 29. maddesinin 6 fıkrasında getirilmiş bulunan işyerinin kapatılmasına ilişkin hükme göre "***İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı surette faaliyete son verilmesi halinde, işveren sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilan etmekle yükümlüdür***". Dolayısı ile davalı işveren Yönetim Kurulu'nun 26.11.2008 tarihinde aldığı kararı 26.12.2008 tarihinde işçilere duyurulması bu Kanun hükmünden kaynaklanmaktadır ve teknik olarak fesih olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. İşyerini kapatan işveren İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca süreli fesih bildiriminde bulunmak veya peşin ödeme yapmak ve işçilerin hak edilmiş kıdem tazminatlarını ödemek zorundadır. Nitekim davalı işveren 26.01.2009 tarihinde peşin ödeme suretiyle fesih bildiriminde bulunmuş ve bu tarihte işçilerin yasal haklarını ödemiş bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 20 maddesinde öngörülen bir aylık hak düşürücü süre 26.01.2009 tarihinde işlemeye başlayacağından, (A) tarafından dava 26.01.2009 tarihinde açılmış olduğundan, dava süresinde açılmıştır.

2. İşveren işletme rizikosunu taşıyan taraftır. Bu sebeple işletmesi için gördüğü en uygun kararı alma yetkisine sahiptir. Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü, işletmesel karar alma özgürlüğünün anayasal temelini oluşturur. Bu nedenle işveren, işveren reorganizasyon kararı alabileceği gibi, daha yeni ve farklı bir teknoloji ile çalışma yönünde de karar verebilir. Bu kararlar yanlış hatta işletmenin geleceği açısından zararlı da olabilir. Ancak yargı organı işvereni işletmesi açısından daha isabetli kararlar almaya zorlayamaz. Bu nedenle işverence alınan işletmesel karar yargı denetimi dışında kalır.

Ancak işletmesel karar fesih nedeni yapıldığı taktirde, yargı denetimine tabidir. İş Kanunu geçerli neden olarak işverenin işletmesel kararını değil, işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenleri esas almaktadır. Bunun anlamı, işverenin kendi kararını gerekçe göstererek, geçerli bir işletme gereği doğduğunu savunamaması, yapılan feshin işletme gereklerine dayandığı için geçerli olduğunu kanıtlamak zorunda olmasıdır.

İşverenin işletme gerekleri nedeniyle geçerli bir fesih yapabilmesinin koşullarından birisi ekonomik güçlükler, reorganizasyon gerekleri veya teknolojik değişimler sonucunda işyerinde işçinin işinin ortadan kalkması ve çalışmaya devam olanağının kalmamasıdır.

İşveren işyerinin bir bölümünü kapatmış, ancak faaliyete bir diğer bölümde veya diğer bir işyerinde sürdürmeye başlamışsa, aynı nitelik ve sayıda işçi ihtiyacı devam ettiği taktirde geçerli fesih nedeni hemen doğmaz. İşveren bu durumda değişiklik önerisinde bulunmalı, değişikliği kabul eden işçileri çalıştırmaya devam etmelidir.

Ne var ki işveren feshe gitmeden önce İş Kanunu'nun 22 maddesi çerçevesinde, (A) ve iş arkadaşlarına Aliağa'daki akaryakıt depolama işyeri ile Derince'deki fabrikada çalışmak isteyip istemedikleri konusunda bir teklifte bulunmamıştır. Yargıtay kararları ile de kabul edildiği üzere işyerinin kapanmasına ilişkin karar, işletmesel karar niteliğinde olup, objektif bakımdan fesih için geçerli neden oluşturur. İşverenin işyerini kötüniyetle kapattığı iddiası bulunmadığı sürece, işyerinin kapatılmasının geçerli neden olarak kabul edilmesi gerekir. Somut olayda kötüniyet iddiasında bulunulmamıştır. Ancak Yargıtay 9 HD 11.7.2005 tarih ve E.2005/1402, K.2005/24448 sayılı kararında belirtildiği gibi *"Davacı, işyerinin kötü niyetle kapatıldığını" iddia etmemiş ve bu konuda da kanıt sunmamıştır. Davalının savunduğu gibi davalı bankanın başka bir şubesi mevcut değilse davacıya yeni bir iş verme olanağı bulunmadığından işe iade davasının reddi gerekir. Davalı bankanın kapatılması kararlaştırılan davacının çalıştığı işyerinden başka bir şubesi bulunuyorsa davacının bu işyerine naklinin mümkün olup olmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".*

Belirtilen nedenlerle davalı işverenin davacıya Aliağa'da akaryakıt depolama işyeri ile Derince'deki işyerinde çalışıp çalışmak istemediği konusunda teklifte bulunmadığı için feshin son çare olması ilkesine uygun hareket edilmediğinin kabul edilmesi gerekir. Her ne kadar davacı buradaki işyerinde boş kadro bulunmadığını iddia etmişse de, bunu kanıtlayacak belgeleri sunmadığı gibi, Aliağa'daki fabrikadaki tesisatın sökülmesinden sonra ve Derince'deki fabrika-

ya montajının yapılması akabinde üretim hacminde bir artışın meydana gelmediği ve dolayısı ile daha fazla işgücüne ihtiyaç duyulmadığını iddia etmesi de mümkün değildir.

3. İşyerinin kapanmış olmasının işe iade davasını nasıl etkileyeceği sorunu üzerinde de durulması gerekir. Yargıtay artık yerleşmiş kararları ile bu durumda davanın konusuz kalmadığına ve işe iade davasında işe iadeye yönelik bir karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Kanımızca da işyeri kapanmış olsa bile, fesih tarihi itibarıyla geçerli neden yoksa işe iadeye karar verilmelidir. İşe iade olanağının kalmaması ve feshin geçersizliği ve işe iade davasındaki kararlar birbirinden bağımsızdır.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildikten sonra, işverenin başka bir işyeri olup olmadığına göre bir sonuca varmak gerekir. İşçi işe iadesi için, on işgünü içinde işverene başvuracaktır. İşverenin eğer işçiyi başka bir işyerinde çalıştırma olanağı varsa İş Kanunu'nun 22 maddesi uyarınca işçiye bu işi önermesi gerekecek, işçi kabul ederse değişen çalışma koşullarında, başka bir işyerinde çalışmak üzere işe iade gerçekleşmiş olacaktır. İşçi değişikliği kabul etmezse, bu durumda işçinin işverence işe iade edilmediği kabul edilmeli ve buna ilişkin hukuki sonuçlar doğmalıdır. Yani işverenin işçiye hem iş güvencesi tazminatı, hem de en çok dört aya kadar doğmuş bulunan boşta geçen sürelere ilişkin ücret ve diğer haklarını ödemesi gerekmektedir.

D. İşe İade Davasında Altı Aylık Kıdem

OLAY

(T) A.Ş. 4773 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca açık ihale usulü ile el bilgisayarı ile 2. İhbarname dağılımı, borçtan dolayı enerji açma kapama hizmet alımı için ihaleye çıkmış ve işi (A) A.Ş. almıştır. (A) A.Ş. ile (B) arasında 01.05.2008 tarihli 2 yıl süreli belirli süreli iş sözleşmesi imzalanmıştır. Ancak (B)'nin (T) A.Ş.'den iş alan başka işverenler yanında 2002 yılına kadar aralıklı, 2004 yılından sonra ise aralıksız olarak çalıştığı bilinmektedir. (B)'nin sözleşmesi (A) A.Ş. tarafından 23.07.2008 tarihinde feshedilmiş, bunun üzerine (B) işe iade davası açmıştır.

SORULAR

1. (B)'nin işe iade davası açıp açmayacağını 6 aylık kıdem bakımından değerlendiriniz.
2. Taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğini belirleyiniz. Sözleşmenin türü açısından (B)'nin işe iade davası açma hakkının bulunup bulunmadığını açıklayınız.

CEVAPLAR

1. (B), (T) A.Ş.'nin 4773 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca açık ihale usulü ile el bilgisayarı ile 2. ihbarname dağıtımı, borçtan dolayı enerji açma kapama hizmeti alımı için ihaleye çıkması sureti ile işi alan (A) A.Ş'de 01.05.2008 tarihinde çalışmaya başlamıştır. Davacının sözleşmesi işveren tarafından 23.7.2008 tarihinde feshedilmiştir. Davacının davalı yanındaki hizmeti altı ayı geçmemiştir. Ancak davacının iş alan başka alt işverenler yanında çalıştığı da anlaşılmaktadır. Alt işverenler yanında davacı 2002 yılına kadar aralıklı olarak çalışmakla birlikte, 2004 yılından sonra aralıksız çalışmıştır. (B)'nin (T) A.Ş'den iş alan alt işverenler yanında çalışması işyeri ve iş sözleşmesinin devri anlamında değerlendirilmesi gereken işlemlerdir. (B)'nin kıdeminin altı aydan fazla olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kıdem yönünden işe iade davası açmasına engel yoktur.

2. (A) ile (B) arasında 01.05.2008 tarihinde imzalanan iki yıllık belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış olsa bile, sayaç okuma ve enerji kesme açma işinin İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli sözleşme yapılması bakımından objektif neden olarak kabul edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır. Yargıtay 16.10.2006 tarih E.2006/5882, K.2006/27048 sayılı kararı ile su sayacı okuma işinde, işin amacı ve niteliği dikkate alındığında objektif nedenin varlığını kabul etmenin mümkün bulunmadığına hükmetmiştir. Bu sebeple her ne kadar belirli süreli iş sözleşmesinin varlığı mevcut ise de, elektrik okuma, kesme açma işi bakından da işlerin niteliği dikkate alındığında süreklilik arz eden bu tür işlerde, belirli süreli sözleşme yapılması mümkün olmayacağından, taraflar arasındaki sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi gerekeceği kanaatindeyiz.

Yukarıda açıklanan tüm bu nedenler birlikte değerlendirildiğinde (B)'nin işe iade davası açma hakkının bulunduğu sonucuna ulaşabilmekteyiz.

E. İş Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshedilmesi Durumunda İşe İade Davası Açılıp Açılamayacağı

OLAY

Bir belediyede kamyon şoförü olarak çalışan (S)'nin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği hususu 31.03.2009 gönderilen yazı ile bildirilmiştir. Fesih yazısında, (S)'nin iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/II hükmü uyarınca feshedildiği bildirilmiştir ancak somut neden gösterilmemiştir. Bunun üzerine (S), işe iade davası açmış ve davalı Belediye, davaya verdiği cevapta feshin İş Kanunu 25/II-g hükmüne dayandığını belirtmiştir.

SORULAR

1. (S), sözleşmesinin haklı sebeple feshedilmiş olmasına rağmen işe iade davası açabilir mi? Neden?
2. (S), işveren tarafından sözleşmenin İş Kanunu 25/II hükmüne göre feshedilmiş olması karşısında, Kanun'un aradığı şekle uygun bir fesih olmadığı gerekçesi ile Mahkeme'den işe iade kararı verilmesini talep edebilir mi?
3. Fesihte, somut fesih nedeninin gösterilmemiş olması feshi geçersiz kılar mı?

CEVAPLAR

1. İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin g fıkrasına göre "*işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi*" derhal fesih nedenidir.

İş güvencesi hükümlerinin 25. maddenin son fıkrası ile haksız fesihlere de uygulanacağı öngörülmüştür Anılan hükme göre, işçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir. Bu durumda işverence belirsiz süreli iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25. maddesi hükümlerine uygun olarak haklı nedenle feshedildiği ileri sürülüyorsa, işçi feshin haksız olduğunu iddia ederek işe iade davası açabilir.

2. İş K.19. maddesinin 1. fıkrasına göre "*işveren...fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek zorundadır.*" İşveren işçiye bildirdiği fesih nedeni ile bağlıdır, bunu sonradan değiştiremez. Bundan başka İş K.19/1 de fesih nedenin "açık ve kesin" bir şekilde belirtilmesi yükümlülüğü getirildiğinden, işveren çok genel ve muğlak ifadelerle yetinemez. İşçiden kaynaklanan nedenler söz konusu olduğunda, sadece işçinin yetersizliği veya davranışları nedeniyle sözleşmenin feshedildiğinin bildirilmesi yeterli değildir. İşçinin hangi açıdan yetersiz olduğu ve hangi davranışlarının feshe yol açtığı fesih bildiriminde yer almalıdır. Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması gibi, fesih nedenin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi de geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir. İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinin birinci fıkrasında, süreli fesih bildiriminde fesih nedenin gösterilmemesi fesih nedenin geçerli olmaması ile eşdeğerde tutulmaktadır.

İş Kanunu'nun 25. maddesine göre yapılacak fesihlerde, iş güvencesine ve süreli feshe ilişkin kapsam, fesih bildirimine itiraz ve usulü, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen İş Kanunu'nun 18, 20 ve 21. maddeleri aynen uygulanacaktır. Buna karşılık İş Kanunu m. 25/son hükmü sözleşmenin feshinde usulü düzenleyen İş Kanunu'nun 19. maddesini dışlamaktadır. Bu sebeple İş Kanunu m. 25 uyarınca iş sözleşmesini fesheden işverenin fesih bildirimini yazılı yapmasının bir geçerlilik koşulu olduğu söylenemeyecektir.

Buna karşılık İş Kanunu'nun 25. maddesine göre yapılacak derhal fesih nedeninin gösterilmesi gerektiği kansındayız. Çünkü her ne kadar İş Kanunu m.25/son'da İş Kanunu'nun 19. maddesinin uygulanmayacağı söylenmiş ise de, yine aynı hükümde İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddelerin uygulama alanı bulacağı öngörülmüştür. İş Kanunu m. 25 /son'da derhal fesihlerde de uygulanacağını belirten İş Kanunu m. 20/1 ve 21/1'de ise fesih bildiriminde sebep gösterilmesi gereği açıkça vurgulanmış ve bu koşulun yerine getirilmemesi halinde işçinin feshin geçersizliği nedeni ile işe iade davası açabileceği hüküm altına alınmıştır.

3. Davalı işveren sözleşmeyi İş Kanunu'nun 25/II hükmü uyarınca feshettiğini belirtmiş bulunmaktadır. Sadece somut olarak hangi fıkra uyarınca feshettiğini belirtmemiştir. Ancak işçinin sözleşmesinin hangi fıkra uyarınca feshedilmiş olduğunun belirtilmesine gerek yoktur. Zira davalı işveren yasada belirtilenler arasında yer alamayan ama, 25. maddenin II bendi uyarınca ahlaka ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri kavramı içerisinde, "benzerleri" kavramına giren bir durum nedeniyle de sözleşmeyi feshetmiş olabilir. Bu nedenle Yasa'nın 20 ve 21. maddeleri uyarınca fesih sebebinin gösterilmesi zorunluluğunun işveren tarafından yerine getirildiğinin kabul edilmesi gerekir ve sırf bu sebeple feshin geçersizliğine karar verilemez.

F. Feshin Son Çare Olması

OLAY

Davacı vekili, müvekkilinin 27/05/2011-05/05/2012 tarihleri arasında davalı işverenliğe ait işyerinde işçi olarak çalıştığını, fakat belirtilen tarihte iş akdinin yazılı bir fesih işlemi yapılmaksızın sadece soyut olarak kooperatifin zarar ettiği şifahen bildirilmek ve hak edilen ihbar tazminatı hesabına havale edilmek suretiyle feshedildiğini, davalı işverenliğe ait işyerinde çalışan davacının iş güvencesi kapsamında olduğunu, iş akdinin ancak yazılı olarak ve fesih sebepleri açık, kesin şekilde belirtilmek suretiyle feshedilebileceğini, bu şekilde yapılmayan fesihlerin kanunen geçersiz olduğunu, davalı işverenlikçe bu hususa riayet edilmediğini, bu sebeple feshin geçersiz kılınması gerektiğini, davacının işe iadesine karar verilmesini talep ettiklerini belirtmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacının Kentkart dolum gişelerinde 27/05/2011-05/05/2012 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde işçi olarak çalıştığını, davacının iş akdinin feshedildiği 04/05/2012 tarihli fesih bildirgesinde açık ve kesin şekilde yazılı olarak İş Kanunun 19. maddesi gereği kendisine tebliğ edilmek istendiğini, ancak davacının bu bildirimi tebellüğden imtina ettiğini, bu durumun tutanakla tevsik edildiğini, sonrasında işye-

rine de zaten gelmediğini, hak etmiş olduğu ücretin vs hesabına yatırıldığını, davacının fesih bildiriminde iş akdinin feshinin geçerli bir sebebe dayandırıldığını, işyerinde yetkili tarafından düzenlenen 09/04/2012 günlü faaliyet raporu ve eki tablolar ve grafiğe göre davacının çalıştığı Karşıyaka gişesi de dahil olmak üzere bazı Kentkart dolum gişelerinde zarar edildiği belirtilerek bazı gişelerde personel indirimi ve bazı değişimlerin önerildiğini, davacının çalıştığı gişede de personelin ikiden bire indirildiğini, davacının çalışmaya devam ettiğini, yapılan gelir kontrollerinde buna rağmen zararın devam ettiği anlaşıldığından yönetimce alınan 30/04/2012 gün ve 2012/18 sayılı kararla bazı gişelerin yanında davacının da çalıştığı Karşıyaka gişesinin kapatılmasına ve çalışanların iş akdinin feshine karar verildiğini, bunun işyerinin kar ve zararı ile ilgili bir karar olduğunu, fesih bildiriminde belirtilen fesih nedeninin İş Kanunu 18. maddesi gereği işletmenin gereğinden kaynaklanan bir neden olduğunu, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

04/05/2012 tarihli fesih bildiriminde "kooperatifin hizmet verdiği kantinler haricinde 7 adet kent kart dolum gişesi bulunduğunu, gişelerde gelirlerin personel maliyetlerini karşılamaması nedeniyle bazı iyileştirmelere gidilmesi gereği doğduğunu, bu kapsamda Karşıyaka gişesinin kapatılmasına, Bornova ve Bahribaba gişelerinin iki makine yerine tek dolum makinesi ile çalışmasına, Bostanlı ve İzotaş gişelerinin bir personel ile çalıştırılmasına karar verildiğini, yeni oluşuma uygun olarak davacının iş akdinin 05/05/2012 tarihinde sona ereceği belirtilmiştir. Davacının fesih bildirimini tebellüğ etmekten imtina ettiği tutanak altına alınmıştır.

Davalı tanığı, kent kart dolum işinde çalışan toplam 14 işçiden önce 6'sının işten çıkarıldığını, sonra kent kart işinin tamamen sona erdiğini, ancak şirketin kantin işi ile ilgili faaliyetlerinin devam ettiğini belirtmiş bulunmaktadır.

SORU

Davalı işveren tarafından gerçekleştirilen fesih yerinde midir?

CEVAP

Her şeyden önce, işletmenin ekonomik güçlüklerle karşı karşıya olması geçerli fesih nedeni oluşturur. İşletmenin faaliyetinde önemli ve devamlı düşüş, ciroda ve siparişlerde sürekli azalma, finansman ve bütçe veya üretim açığı, ücret ödeme sıkıntısının ortaya çıkması, işyerinin durumunu olumsuz etkileyen ekonomik kriz vb. ekonomik güçlükler süreli feshi geçerli kılan işletme gerekleri arasında sayılabilir.

Geçerli bir feshin söz konusu olabilmesi için ekonomik güçlüğün gerçek olması gerekir. Bunun gibi işveren, sadece geçerli nedenin varlığını değil, Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi feshin kaçınılmaz olduğunu da kanıtlamak yükümlülüğü altındadır.

Dava konusu uyuşmazlıkta, zarar eden kent kart dolumu yapan işyerlerinden davalı işveren yönetim kurulu kararı ile kapatılmasına karar verilen işyerlerinde çalışmakta olanlar işten çıkarılmıştır. Buna ilişkin fesih yazısı davacı işçiye tebliği edilmek istenmiş, davacı bu belgeyi almaktan ve imzalamaktan imtina etmiştir.

Davalı tanığı, kent kart dolum işinde çalışan toplam 14 işçiden önce 6'sının işten çıkarıldığını, sonra kent kart işinin tamamen sona erdiğini, ancak şirketin kantin işi ile ilgili faaliyetlerinin devam ettiğini belirtmiş bulunmaktadır.

İşverenin geçerli bir fesih yapabilmesi için yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi yeterli değildir. Bundan başka, iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurulması gerekir. Ancak bu alternatif önlemler alınsa da iş ilişkisini sürdürmenin mümkün olmaması halinde feshe son çare olarak başvurulabilir.

İşçinin işyerinde başka bir işte çalıştırma olanağının bulunmasına karşın, son çare olarak bu yola başvurulmadan sözleşmenin feshedilmiş olması, feshi geçersiz kılar.

İşverenin birden fazla işyeri varsa, son çare olarak işçinin diğer işyerinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılması gerekir. Dava konusu olay bakımından davalıya ait başka bir işyerinin varlığı bilinmemekle birlikte davalı tanıklarının ifadesinden davalı işverenin çay hizmeti ve kantin işletmesi işlerini yürüttüğü anlaşılmaktadır. Yine Yargıtay kararları uyarınca işçilerin yaptıkları işten farklı bir işin veya işyerinin bulunması durumunda İş K.22 maddesi kapsamında çalışma koşullarındaki değişikliğe bağlı olarak yazılı bir teklifin yapılması ve ancak bunun kabul edilmemesi durumunda, işverenin feshe gidebileceği kabul edilmektedir.

G. İşe İade Davasında Sendikal Nedene Dayalı Fesih

OLAY

Davacı vekili müvekkili (V)'nin 08.12.2009 tarihinde çalışmaya başladığını, bu çalışmasının akdin geçersiz olarak feshedildiği 13.09.2010 tarihine kadar devam ettiğini, iş akdi sona erdirilirken müvekkiline herhangi bir yazılı bildirimde bulunulmadığı gibi, sebebi konusunda da herhangi bir açıklama yapılmadığını, fesih üzerine müvekkilinin feshin sendikal nedene dayalı olarak yapıldığı gerekçesi ile işe iade edilmesi gerektiği konusunda Noter aracılığı ile ihtarname çektiğini, bu ihtarnamede takım lideri (M) tarafından sendika üyeliğinden istifa etmesi

için baskı kurulduğunu, aksi taktirde işten çıkarılacağının bildirildiğini, bu baskılara dayanamayan müvekkilin sendikadan istifa ettiğini, ancak daha sonra tekrar sendikaya üye olduğunu, sendika üyeliğinin öğrenilmesinden hemen sonra işten çıkarıldığını, bu sebeple müvekkilin işe iadesine işe başlatılmaması halinde sekiz aylık ücreti tutarında tazminat karar verilmesi talep edilmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, davacıya fesih bildiriminin yazılı olarak yapıldığını, ancak davacı imzalamaktan imtina ettiği için bu durumun tutanak altına alındığını, davacı iş akdinin belirli süreli sözleşmenin sona ermesi sebebiyle feshedildiğini, bu nedenle işe iade talebinin haksız ve yersiz olduğunu, davacının 08.12.2009 tarihinde belirli süreli hizmet akdi ile montaj elemanı olarak çalışmaya başladığını, hizmet sözleşmesinin 08.03.2010 tarihinde sona ereceği belirtilmişse de, davacının çalıştığı mekanik montaj işinin henüz tamamlanmaması sebebiyle, davacının çalışmasını bir altı ay daha sürdürmesinin istendiği ve davacı ile 09.03.2010-09.09.2010 dönemini kapsar yeni bir iş sözleşmesinin imzalanmak üzere, davacıya verildiğini, ancak davacının bu sözleşmeyi teslim etmediğini, bu durumun işverenin gözünden kaçtığını, işverenin mevcut siparişleri tamamlamak üzere iki işçi ile belirli süreli iş akdi kurmak sureti ile çalıştırma yoluna gittiğini, davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışması nedeni ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığını, işçilere sendikal anlamda baskı yapılmasının söz konusu olmadığını, işyerinde sendikal yapı mevcut olmadığı gibi, bugüne kadar yetki almış bir sendikanın bulunmadığını, işyeri içersinde sendika üyesi işçiler mevcut ise de işverenin bundan haberdar olmadığını ileri sürerek, davanın reddini talep etmiştir.

Davacı montaj işçisi olup, montaj bölümünde çalışmaktadır. Tanıkların bir kısmı davacının yerine (O) adlı işçinin kaydırıldığını beyan etmiştir.

Davacı ile davalı arasında imzalanan ilk belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinden sonra, sözleşme yenilenmiş, işçi çalışmaya devam etmiştir. Ancak bu sözleşmenin yenilenmesi bakımından da davalı tarafından esaslı bir neden ileri sürülmemiştir.

Davacının kıdeminin altı aydan fazla olduğu ve işyerinde 30 dan fazla işçinin çalıştığı, Yasa'da sayılan işveren vekillerinden olmadığı anlaşılmıştır. Davacıya iş sözleşmesinin 12.09.2010 tarihinde sona ereceği 07.09.2010 tarihinde bildirilmiş olup, dava 29.09.2010 tarihinde açılmıştır.

Davacının Noterde doldurduğu üyelik kayıt fişi ile 20.07.2010 tarihinde sendika üyeliğine müracaat ettiği, 23.07.2010 tarihli yönetim kurulu kararı ile (M) Sendikası üyeliğine kabul edildiği anlaşılmaktadır.

01.09.2010 tarihinde davacının Noterliğin çekilme bildirimi ile sendika üyeliğinden çekilme talebinde bulunduğu belirlenmiştir.

01.09.2010 tarihinde Noterliğin üye kayıt fişi ile tekrar (M) Sendikasına üyelik başvurusunda bulunduğu ve yönetim kurulu kararı ile 23.10.2010 tarihinde tekrar sendika üyeliğine kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca davacı ve davalı tanıkları, sendika üyeliği konusunda işyerinde herhangi bir baskı yapılmadığını ifade etmiş bulunmaktadırlar. Yine tanık ifadeleri uyarınca işyerinde pek çok sendika üyesinin çalıştığı ifade edilmiştir. Dosyada yer alan (H) Cumhuriyet Başsavcılığına ait dosyada, davalı işyerinde (M) Sendikasının 10.10.2010 tarihli yetki yazısı yer almaktadır. Bu yetki belgesi uyarınca davalı işyerinde toplam 751 çalışan olup, bunların 397 (M) İş sendikası üyesidir. Yetkiyi alan davacının sendika üyesi olduğu sendikadan farklı bir sendikadır.

SORULAR

1. Davalının davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı yönündeki iddiası yerinde midir? Neden?
2. Davacının iş sözleşmesinin geçerli nedene dayalı olarak feshedildiğinin kabul edilmesi mümkün müdür? Neden?
3. Feshin sendikal nedene dayalı olarak feshedildiğinin kabul edilebilmesi için Mahkemece hangi konularda araştırma yapılmalıdır?

CEVAPLAR

1. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, *"İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar."*

Davalı ve tanıkların bir kısmı işyerinde zaman zaman siparişin artması durumunda sözleşmeli personel alındığını ve daha sonra bunların işten çıkarıldığını ifade etmiş bulunmaktadırlar. İş K.11 maddesi uyarınca, belirli bir olgunun ortaya çıkması durumu belirli süreli iş sözleşmesi yapılması bakımından esaslı neden (objektif neden) olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, davalı dosyada siparişlerin hangi dönemde ne kadar arttığını ve belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılabilecek işçi ihtiyacının ne zaman ve nasıl ortaya çıkmış olduğunu ifade etmemiştir. Davacı dışında sadece bir kişinin daha bu şekilde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı iddia edilmektedir. Oysa davacı montaj işçisi olup, montaj bölümünde çalışmaktadır. Montaj işinin, davalı şirketin üretim faaliyeti dikkate alınarak süreklilik gerektiren işlerden olduğunun kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Ayrıca tanıkların bir kısmı davacının yerine (O) adlı işçinin kaydırıldığını beyan etmiş olup, bu da işin süreklilik arz eden bir iş olduğunu göstermektedir kanaatindeyiz. Zira davalının iddia ettiği gibi geçici bir ihtiyacın giderilmesi için işe alınma söz konusu olsaydı, işi bitince, çıkarılan işçinin yerine kimsenin çalıştırılmaması gerekirdi. Bunun yanında davacı ile davalı arasında imzalanan ilk belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinden sonra, sözleşme yenilenmiş (her ne kadar davacı sözleşmeyi imzalamamış ise de fiilen çalışmanın gerçekleştiği gerek davacı gerekse davalı tarafından kabul edilmektedir) işçi çalışmaya devam etmiştir. Ancak bu sözleşmenin yenilenmesi bakımından da davalı tarafından esaslı bir neden ileri sürülmediğinden, sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğünün kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Açıklanan nedenlerle taraflar arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmelidir, davacının kıdeminin altı aydan fazla olduğu ve işyerinde 30 dan fazla işçinin çalıştığı, Yasa'da sayılan işveren vekillerinden olmadığı anlaşıldığından, davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği düşünülmektedir. Davacıya iş sözleşmesinin 12.09.2010 tarihinde sona ereceği 07.09.2010 tarihinde bildirilmiş olup, dava 29.09.2010 tarihinde açılmış olduğundan, bir aylık hak düşürücü südre açıldığı anlaşılmaktadır.

2. İş K.18 maddesi uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi bakımından geçerli bir sebep göstermek ve bu sebebi ispat etmekle yükümlüdür. İş K.19. maddesinde de fesih sebebin açık ve kesin şekilde gösterilmesi zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Ancak davalı işveren tarafından geçerli bir sebep gösterilmediği gibi, geçerli sebebin varlığı ispat edilememiştir kanaatindeyiz. Bu sebeple Mahkemece taraflar arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin bulunduğu şeklindeki görüşümüzün kabul edilmesi halinde, davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekeceği düşünülmektedir

3. Sendikalar Kanunun 25 maddesinin 1 fıkrası uyarınca *"(Değişik: 4/4/1995 - 4101/6 md.) Her üye önceden bildirimde bulunmak suretiyle üyelikten çekilebilir. Çekilme bildirimi noter huzurunda münferiden kimliğin tespiti ve istifa edecek kişinin imzasının tasdiki ile olur. Çekilme bildiriminin birer örneği noterlikçe en geç üç işgünü içinde ilgili işverene, sendikaya, işyerinin bağlı bulunduğu Bölge Müdürlüğüne ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına gönderilir. Çekilme notere başvurma tarihinden itibaren bir ay sonra geçerlidir. Çekilenin bu bir aylık süre içerisinde başka bir sendikaya üye olması halinde yeni sendika üyeliği bu sürenin bitimi tarihinde kazanılmış sayılır"*.

Bu hüküm uyarınca davacının 01.09.2010 tarihinde çekilme bildirimi bulunmasından sonra, bir aylık sürede sendika üyeliği devam (01.10.2010 kadar) etmektedir. Yani fesih tarihinde davacı (M) Sendikası üyesidir. İşveren feshin

geçerli sebeple yapıldığını ispat etmekle yükümlü olmasına rağmen, feshin sendikal nedene dayalı olarak yapıldığını ispat yükü işçidedir. Yargıtay 9 HD uygulamasına göre, davacının salt sendika üyesi olması feshin sendikal nedenle yapıldığının kabulü bakımından yeterli görülmemektedir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin iddia edildiği ve ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, çekilenlerin işyerinde çalıştırılmaya devam edilip edilmediği, işyerinde çalışmakta olan sendika üyesi işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususların araştırılması gerektiği kabul edilmektedir. Mahkemenin bu konularda araştırma yapması kendi takdirindedir.

Davacı sendika üyeliğinden takım liderinin baskısı ile istifa ettiğini ifade etmiş olmasına rağmen, davacı ve davalı tanıkları, sendika üyeliği konusunda işyerinde herhangi bir baskı yapılmadığını ifade etmiş bulunmaktadırlar. Yine tanık ifadeleri uyarınca işyerinde pek çok sendika üyesinin çalıştığı ifade edilmiştir. Dosyada yer alan (H) Başsavcılığına ait dosyada, davalı işyerinde (M) Sendikasının 10.10.2010 tarihli yetki yazsısı yer almaktadır. Bu yetki belgesi uyarınca davalı işyerinde toplam 751 çalışan olup, bunların 397 (M) sendikası üyesidir. Ancak kanımızca bu durum, işyerinde sendikalaşmaya yönelik olumsuz bir tavır bulunmadığını göstermektedir kanaatindeyiz. Bu nedenle davacının işyerinde sendika üyeliğinden istifa etmesi konusunda bir baskının yapıldığını ispatlayamadığı görüşündeyiz. Açıklanan nedenlerle feshin sendikal nedene dayalı olarak gerçekleştirilmediği için, Mahkemece işe iadeye karar verilmesi durumunda işe başlatmama tazminatı olarak, işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminata hükmedilemeyeceği düşünülmektedir.

H. İşe İade Kararından Sonra İşe Başlamak Üzere İşverene Başvurulması

1. İşe İade Kararından Sonra İşe Başlamak Üzere İşverene Başvurulmuş Sayılması İçin Kesinleşen Mahkeme Kararının İşverene Tebliği Edilmiş Olması Şartının Aranıp Aranmayacağı

OLAY

Davacı, (K) İş Mahkemesi'nin kararı ile davalı yanında işten çıkarılan davacının davalı aleyhine açtığı işe iade davasının neticelendiğini, davalının temyiz etmesi ile dosyanın Yargıtay'a gittiğini ve onandığını, onama tarihi olan 31.05.2010 tarihinde kararın kesinleştiğini, kararın kesinleşmesinden sonra davacının davalıya (A) Noterliği'nce 22.06.2010 tarihinde ihtarname çekerek işe

başlamak istediğini, eğer işe başlatılmazsa tazminat ve diğer haklarının kendisine ödenmesini bildirdiğini, bu ihtarnameye vekili marifetiyle cevap veren davalının işe başlama isteğinin süresinde olmadığı gerekçesiyle talebi reddettiğini, davalı tarafından işe başlatılma talebi reddedilen davacı adına davalının kesinleşen mahkeme kararının 2. maddesi gereği ödemek zorunda olduğu 5 aylık ücret tutarındaki tazminat ve aynı kararın 3. maddesi gereği ödemek zorunda olduğu 4 aylık ücret alacağının tahsili için (K) İcra Müdürlüğü'nün dosyası ile davalı aleyhine 7 örnek icra takibi yapıldığını, davalı vekilinin itirazı nedeniyle takibin durduğunu, davalı vekilinin icra dairesinin yetkisine, borcun aslına ve faize itiraz ettiğini, davalının yaptığı itirazın yerinde olmadığını, (A) ilçesinin (K) İş Mahkemelerinin yetki çerçevesi içinde olduğunu, davalıya usulüne uygun şekilde davacı tarafından işe yeniden müracaat yapılmasına rağmen davacının işe alınmadığını iddia etmiş ve davalının icra dosyasında yapmış olduğu itirazın iptali ile takibin devamına, %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, işe iade davası kararı kesinleştikten sonra kanuni şartlara uygun olarak işe iade başvuru yapılmadığını, davacının (A) Noterliği'nin 22.06.2010 tarihli ihtarnamesi ile işe iadesini veya mahkeme kararında yer alan haklarının ödenmesini talep ettiğini, ancak ihtarnamenin ekinde Yargıtay'ın onama kararına rastlanmadığını, (K) İş Mahkemesi tarafından işe iade davasının kararının kartonundan çıkarılarak verildiğini, dava dosyası henüz Yargıtay'dan dönmediği için bu kararın tebliğinin mümkün olmadığının beyan edildiğini, Yargıtay kararının içeriği okunmadan hukuksal işlem tesis etmenin mümkün olmadığını, İş Kanunu'nun 21/5 maddesi gereğince Yargıtay kararının tebliğ edilmesinin mecburi olduğunu, davacının ihtarname keşide ettiği sırada dosyanın henüz Yargıtay'da bulunduğunu, içeriği görülmeden ezberden iş yapılamayacağını, davacının hakları zayi olmasın düşüncesiyle kendisine hemen ihtarname ile durumu bildirdiklerini, 30.06.2010 tarihli (A) Noterliğinin ihtarnamesinde, Yargıtay kararının davalıya tebliğ edilmediğini, bu kararı okumadan işlem yapamayacaklarını, bu sebeple talebi değerlendiremeyeceklerini ihtar ettiklerini, davacının işe başlatma talebinin iddia edildiği gibi reddedilmediğini, davacının 03.07.2010 tarihinde ihtarnameyi almasına rağmen İş Kanunu'nun 21/5. maddesi gereğince Yargıtay kararının tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlama başvurusu yapmadığını onun yerine 27.09.2010 tarihinde (K) İcra Müdürlüğü ile alacak talebinde bulunduğunu, bu durumda 21/5 son cümlesi gereğince davacının iş akdinin geçerli nedenle feshedildiğini, fesihle birlikte kıdem ve ihbar tazminatının zaten ödenmiş olduğunu, talebin hukuki dayanaktan yoksun olduğunu savunmuş ve davanın reddini istemiştir.

SORU

Davalı işverenin davacının işe başvurusunun İş K. m.21/5 hükmüne uygun olmadığı iddiası yerinde midir? Gerekçeleriyle birlikte açıklayınız.

CEVAP

Davalı işveren, Yargıtay kararının tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde işe başlama başvurusunda bulunmadığı için, (K) İcra Müdürlüğünün dosyası ile başlatılan icra takibine itiraz etmiştir. Takibin durması üzerine davacı, itirazın iptali ile takibin devamına ve davalı işverenin %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep etmiş bulunmaktadır.

İş K. 21 maddesinin 5 fıkrası uyarınca ***"işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur".*** Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, **işçiye tebliği edilen kesinleşen Mahkeme kararından itibaren on işgünlük süre içinde işverene başvurma zorunluluğu getirilmiştir.** Aksi halde davacı işçi mahkeme kararında belirtilen tazminatları talep etme hakkını yitirir.

Buna karşılık Mahkeme kararının kesinleşmesi farklı bir kavramdır. İşe iade davalarında temyize başvurulmaması durumunda 8 günlük temyiz süresinin geçmesinden sonra karar kesinleşirken, temyize başvurulması durumunda alt derece mahkemesi kararının onanması veya bozularak ortadan kaldırılmasına karar verildiğinde karar kesinleşmiş olur. Alt derece Mahkemesinin bundan sonra herhangi bir karar vermesi mümkün değildir. Bu sebeple uyuşmazlık konusu olay bakımından 31.05.2010 tarihinde kesinleşmiştir.

Yargıtay 9 HD de kararın kesinleşmesinden önce işe başlamak üzere işverene yapılan başvurunun geçersiz sayılacağını kabul etmiştir. Esas No:2006/11483, Karar No:2006/30849 sayılı ve 22.11.2006 tarihli kararında *"... Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının 9 ve 10.11.2004 tarihlerindeki işe iade için başvurularının, işe iade kararının kesinleşmesinden önce yapıldığı anlaşılmaktadır. İşe iade kararının kesinleşmesinden önce yapılan bu başvurular geçerli değildir"* sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle Mahkeme kararının, henüz tebliği edilmediği bir aşamada davacı işçinin herhangi bir şekilde Mahkeme kararının kesinleştiğinden haberdar olması durumunda, işverene işe başlamak için yaptığı başvurunun sırf tebligatın yapılmamış olması nedeniyle geçersiz olacağının kabul edilmesinin yasanın amacına uygun düşmediği düşünülmektedir. Zaten yasanın 21 maddesinin beşinci fıkrası, işçiye yapılan tebligattan söz etmektedir. İşverene yapılması gereken bir tebligat zorunluluğu İş Kanunda yer

almamaktadır. Önemli olan işçinin mahkeme kararının kesinleştiğini öğrenmesi ve bu öğrenme tarihinden itibaren 10 iş günlük süre içinde işverene başvurulmasıdır. Öğrenmenin gerçekleştiğinin kabul edilmesi bakımında yasa tebliği tarihinin esas alınacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Davalı işveren her ne kadar, bu ihtar ile birlikte Yargıtay'ın onama kararının kendisine tebliği edilmemesini de yasanın düzenlemesine aykırı olduğunu ileri sürmekte ise de, sözü edilen ihtarda ilgili mahkeme kararı ve Yargıtay ilamının tebliği edildiği de anlaşılmaktadır. Dolayısı ile kesinleşen Mahkeme kararının davacıya 02.07.2010 tarihinde, davalı işverene 15.07.2010 tarihinde tebliği edilmiş olmasının sonuca etkili olmadığı düşünülmektedir.

Bu sebeple İş k.21 maddesinin 5. fıkrasında **"kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren"** ibaresinin lafsına bağlı kalarak, tebliği edilmeden işçinin işverene başvurulamayacağını kabul etme Yasanın amacı ve ruhuna uygun değildir. Burada tebliği zorunluluğundan söz edilmesinin amacı, on iş günlük sürenin başlangıcına esas alınacak tarihi belirlemek bakımından kolaylık sağlamaya yöneliktir.

İş K. 21/5 maddesi hükmüne uygun bir şekilde işçinin Mahkemenin kararının kesinleştiğini öğrendiği tarihten itibaren on iş günlük süre içinde işverene başvurduğunun kabul edilmesi halinde, itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesi gerekecektir.

2. İşe İade Kararından Sonra İşe Başlamak Üzere Başvurulmuş Sayılmasında Aranan Kriterler

OLAY 1

Bir tekstil şirketi olan (L)'de çalışan (K), iş sözleşmesinin 31.10.2003 tarihinde işveren tarafından feshedilmesiyle 14.11.2003 tarihinde İş Mahkemesine işe iade davası açmış, dava 10.2.2004 tarihinde kabul edilmiş ve işe iadeye ilişkin mahkeme kararı 26.10.2004 tarihinde kesinleşmiştir. (K), işe iade kararının kesinleşmesinden sonra 03.01.2005 tarihinde, noter aracılığıyla (L)'ye işe başlamak için başvuruda bulunmuştur. İşveren (L) noter kanalıyla 04.03.2005 tarihli bildirimiyle dava dışı 21 işçiyi işe davet ederek işe başlatma iradesini açıklamış, buna karşılık (L) bir aylık sürenin bitimi olan 03.02.2005 mesai saati bitimi itibariyle (K)'yı işe davet etmemiştir. İşveren (L) "Davacıların gelip işe başlamalarını bekledik" iddiasında bulunmuştur. Bir aylık sürenin bitiminden sonra işverence tutanak tutulmuş ve bu tutanaklara dayalı olarak noter kanalıyla iş akdini haklı nedenle feshetmiştir. Bu nedenle (K), mahkeme kararında belirtilen ücret ve tazminat alacaklarının tahsili için ilamsız takip yapmış ve (L) de itiraz ederek takibi durdurmuştur. (K) da bunun üzerine itirazın iptali ve takibin

devamına karar verilmesini ve (L)'nin %40'tan aşağı olmamak üzere icra-inkar tazminatına mahkum edilmesini talep etmiştir.

SORULAR

1. (K) İşe iade kararı verilmesinden sonra kanuni süresi içinde işverene başvuru yapmış mıdır? Eğer süresinde başvuruda bulunmuş ise işe başlatmama tazminatına hak kazanmış mıdır? Açıklayınız.
2. (K) boşta geçen süre alacağına hak kazanmış mıdır?

CEVAPLAR

1. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine göre, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçi kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içerisinde işe başlatmaz ise işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

İş Kanunu'nun 21. maddesindeki bu düzenlemeye göre, işçinin yasal süresi içinde işe başlamak için yaptığı başvuru neticesinde, işverenin işçiyi işe başlatma ya da bunun yerine mahkemece belirlenen tazminatı ödeme yükümlülüğü söz konusudur. İşveren, burada seçimlik bir hakka sahip olup bir aylık yasal süre içinde iki yükümlülükten birisini seçerek yerine getirmek zorundadır. Dolayısıyla, işçinin işe iadesi için yapmış olduğu başvuru neticesinde işe başlayıp başlayamayacağı işverenin seçimine bağlı olduğundan, işveren bu konudaki iradesini işçiye ulaştırmadıkça işçinin bir aylık süre içinde veya sürenin bitiminde işe başlama yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. İşveren işçiyi işe başlatmak istediği taktirde, işe başlatma tarihini de bildirmek suretiyle bir aylık süreninin sona ermesinden önce bu daveti yapmalıdır. Bu sürenin sona erdiği tarihe kadar işçiyi işe başlaması için işe davet etmeyen işverenin işçiyi işe başlatmak istemediğinin ve mahkemece belirlenen iş güvencesi tazminatını ödeme yolunu seçtiğinin kabulü yasanın sistemi gereğidir.

Somut olayda, (K)'nın işe iade kararının kesinleşmesinden sonra, davalıya 03.01.2005 tarihinde tebliğ edilen noter ihbarnamesi ile on günlük hak düşürücü süre içinde işe başlamak için başvuruda bulunduğu taraflar arasında çekişmesizdir; (K)'nın bir aylık sürenin bitimi olan 03.02.2005 mesai saati bitimi itibariyle işe davet edilmemiştir. (L)'nin olayımızdaki "Davacıların gelip işe başlamalarını bekledik" şeklindeki beyanlarından işverenin (L)'nin (K)'yı yasal süresi içinde davet ederek işçiyi işe başlatmadığı anlaşılmaktadır. Buna dayalı olarak bir aylık sürenin bitiminden sonra işverence tutulan tutanakların ve bu tutanaklara dayalı olarak iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği yolundaki no-

ter bildiriminin işçi aleyhine hukuki sonuç doğurmayacağı, yasal süre geçtikten sonra yapıldığı anlaşılan işe başlatma bildirimi ancak yeni bir iş sözleşmesi için icap sayılabilecektir. Olay kapsamına göre, yasal süresi içinde işe başlatılmayan (K)'nın işe iadeye ilişin mahkeme kararında belirlenen dört aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatına hak kazandığı sonucu ortaya çıkmaktadır. İş Kanunu'nun 21. maddesinde işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatının giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağına ilişkin bir hüküm bulunmaması dikkate alındığında, işe başlatmama tazminatının çıplak ücret üzerinden hesaplanması gerekmekte, buna göre (K)'nın tespit edilebilen ücreti üzerinden dört aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatı alacaklısı olduğu kabul edilmelidir.

2. 4857 sayılı İş Kanun'un 21. maddesine göre, süresi içinde işe başlamak üzere başvuran işçiye işe iade kararının kesinleşmesine kadar geçen süre için dört aylık ücret ve sair haklarının ödenmesi gerekir. Yukarıdaki olayda bulunan verilere göre, (K)'nın süresi içinde işe başlamak için başvuruda bulunmuş, işverence bir aylık süre içinde işe başlatılmadığından boşta geçen süre için ücret almaya hak kazanmıştır. İşe iade kararının kesinleşmesine kadar geçen yargılama süresinin dört aydan fazla olduğunun anlaşılmasına göre davacının boşta geçen süre için talep edebileceği ücret alacağının dört ay için hesaplanması gerekmektedir.

OLAY 2

Davacı vekili müvekkilinin davalı şirket nezdinde çalışmakta iken iş akdinin feshedildiğini, haksız feshin tespiti için açmış oldukları işe iade davasında İ 2. İş Mahkemesinin 2009/220 E., 2010/645 K. sayılı dosyası ile haksız feshin tespiti ile müvekkilinin işe iadesine karar verildiğini, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından kararın onanarak kesinleştiğini, İ 27. Noterliği'nin 29689 yevmiye numaralı ihtarname ile müvekkilinin davalı şirketteki işine iadesi için başvuru yaptığını, davalı şirketin de B 30. Noterliği'nin 0288 yevmiye numaralı ihtarname ile işe başvurusunu kabul ettiğini ve 23/01/2012 günü mesai saatinde işyeri müdürüne müracaat etmesini bildirdiğini, müvekkilinin de 23/01/2012 tarihinde işe başlamak için ihtarnamede bildirilen İzmir Şube adresine işe başlamak için başvurduğunu, giriş işlemleri ile ilgili tüm belgeleri de davalı şirkete teslim ettiğini, ancak davalı şirketin müvekkilinin iş akdini feshi öncesinde çalıştığı bölge olan Aydın bölgesine olmasına rağmen, fesihten sonra Aydın ili yerine İzmir ve Manisa bölgelerinde çalışmaya zorlanmış olup aylık programını da bu şekilde verdiğini, davalı şirketin ve diğer tüm ilaç firmalarında mümessillerinin çalışma şartları sebebiyle araç tahsisi zorunluluğu bulunmakta olduğu ve davalı şirketin tüm çalışanlarına araç temin ettiği halde müvekkiline araç teslim etmeyip Manisa ili Kula, Selendi, Gördes, Demirci ve Köprübaşı ilçelerine ve kendisine bağlı çalışma alanlarının tümü-

ne toplu taşıma araçlarıyla gitmesini ve işini bu şekilde görmesini zorunlu kıldığını, ayrıca müvekkilinin iş görme edimini yerine getirebilmesi için gerekli bilgisayar, telefon hattı ve tanıtım işini yapabilmesi için gerekli kartvizit ve belgeleri de kendisine teslim etmediğini, müvekkilinin ısrarla sözel ve e-posta yoluyla bu gereçleri talep etmesine rağmen davalı şirketi teslim etmemekte ısrar ettiğini, müvekkilinin işe başladığı ilk gün olan 23/01/2012 tarihinde kendisinden zorla geç kaldığıyla ilgili tutanak imzalatılmaya çalışılmış olmasının da şirketin işe davetinin kötüniyetli olduğunu gösterdiğini, müvekkilinin 26/01/2012 tarihinden sonra haklı nedenlerle işe devam etmeyeceğini sözlü olarak şirkete bildirdiğini, İ 27. Noterliği'nin 29689 yevmiye numaralı ihtarname ile de tebliğ ettiğini, bu nedenlerle işe iade davasının sonuçları bakımından hak edip alamadıkları 11.500 TL net kıdem, 3.200 TL net ihbar, 10.250 TL 5 aylık işe başlatmama tazminatı ile 4.000 TL net 4 aylık boşta geçme ücreti alacağının faizleriyle birlikte tahsili talep ettiklerini belirtmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacı tarafından açılan ve lehine sonuçlanan işe iade davasının Yargıtay tarafından yapılan işe iade başvurusunun kabul edildiğini, 23/01/2012 tarihinde işe başlama yeri ve zamanının davacıya bildirildiğini, davacının görev talimatını imzalayarak onay verdiğini, işe başladığını, haftanın 3 günü İzmir Merkez, 2 günü Manisa ilçelerinde çalışmak üzere istihdam edildiğini, işe iade davası öncesi zaten İzmir Bölge Müdürlüğüne bağlı olarak görev yapmakta olan davacının işe iade başvurusu üzerine yine İzmir Bölge Müdürlüğünde işe başlatıldığını, işe başladığında davacıya çalışma malzemeleri, doktor listeleri, çalışma çantası ve malzeme dolabının da teslim edildiğini, buna rağmen davacının 24/01/2012 tarihinde şirketin İnsan Kaynakları Müdürlüğüne gönderdiği e-mail ile işyeri değişikliği talep ederek sadece Aydın ilinde görev yapmak istediğini ve bununla birlikte kendisine derhal araç tahsis edilmesi ve şirket telefon hattı ile kartvizitlerin hazırlanarak kendisine verilmesini bildirdiğini, davacının mail yoluyla dile getirdiği bu talebinin doğrudan İnsan Kaynakları Müdürü tarafından cevaplandırıldığını, 31/01/2012 tarihli mailde davacının niçin Aydın ilinde görevlendirilemeyeceğinin ve araç tahsisinsin niçin derhal gerçekleştirilemeyeceğinin açıklandığını, telefon hattı ve kartvizitlerinin hazırlandığı ve kendisine gönderildiğinin ifade edildiğini, anlayış ve özveri, bağlılık ve performans beklentisinin dile getirildiğini, şirketin faaliyet gösterdiği sağlık sektöründe 2011 yılının ikinci yarısında radikal gelişmeler yaşandığını, bu gelişmelerin hem ilaç üreticisi firmalar hem de tüketici nezdinde önemli sonuçlar doğurduğunu, devlet politikası olarak bütçeden sağlık harcamalarına ayrılan payı azaltmak için ilaç sektöründeki maliyet kalemlerinin azaltılmasının hedeflendiğini, bu doğrultuda SGK'nun ilaca yapılan ödemeleri sınırlandırması, ek iskontoları arttırması, Bakanlar Kurulu kararı ile ilave fiyat indi-

rimlerinin yürürlüğe konması gibi uygulamalar nedeniyle ciro ve karlılığın büyük ölçüde azaldığını, şirketin karlılık noktasından zarar etme noktasına geldiğini, sektör ve işletme bazında ekonomik krize giren şirketin bu durumun devamı halinde ticari faaliyetini ve kalan çalışanların istihdamını devam ettiremeyeceğinden 21.12.2011 tarih ve 373 sayılı yönetim kurulu kararı ile İş Kanunu m.29 çerçevesinde toplu işçi çıkarma kararı almak zorunda kaldığını, aynı sektörde faaliyet gösteren 2011 yılının ikinci yarısında aynı nedenlerle toplu işçi çıkarma yoluna gittiğini, toplam 99 çalışanın iş akdinin feshedilmesine karar verildiğini, ciddi bir küçülme içine giren şirketin buna rağmen davacının işe başlatma talebini geri çevirmediğini, davacının daha önce çalıştığı bölge olan İzmir Bölgesinden farklı bir bölgeye değil yine aynı bölgeye atandığını, şirketin Türkiye çağında bölge temsilcilikleri olduğunu, şirketin davacıyı kötü niyetli olarak işe başlatma çabası içinde olsa idi bu sayılan bölgelerden birinde de davacının işe başlatılmasının gündeme gelebileceğini, şirketin ilk günden davacıya gereken eşyaları teslim etmesinin ve davacının mailine verilen yapıcı, iyi niyetli cevabın şirketin davacı ile verimli bir şekilde iş ilişkisini devam ettirme niyeti içinde olduğunu ortaya koyduğunu, şirket çalışanları için kiralanan araç siparişlerinin dönemsel olduğunu, kişisel olmadığını, bir sonraki ilaç kiralama döneminde davacıya araç verileceğini, şirketin ilgili çalışanları tarafından davacıya araç tahsisi için İ Oto Kiralama Şirketinden araç sipariş edildiğini, çalıştığı 5 günlük sürenin 4 günü bölgede çalışmakta olan BK'a tahsis edilmiş olan araçla seyahat ettiğini, davacının sadece 1 gün tek başına seyahate gittiğini, davacının diğer talebi olan telefon hattı ve kartvizitin de kısa süre içinde tamamlandığını, ancak davacı rapor alıp işe gelmediği için kendisine teslim edilemediğini, davacının işe başlatılmasından itibaren 1 hafta boyunca hem bölge yöneticisini hem de merkez yöneticilerini arayarak beni gerçekten ciddi ciddi çalıştıracak mısınız diyerek sorgulamada bulunduğunu, davacının işe geliş bakış açısının çalışmak olmadığını, tazminatlarını alarak şirketle ilişkisini tamamen sonlandırmak olduğunu, 27/01/2012 tarihinde iş sözleşmesini imzalayıp getireceğini söyleyen davacının 30/01/2012 tarihinde sözleşmeyi imzalamayacağını bildirdiğini, rapor alarak işyerine de gelmediğini, raporda davacının "akut faranjit üriner sistem enfeksiyonu" olduğu ve 3 gün istirahatının uygun görüldüğünün belirtildiğini, yaygın bir tıbbi mümessil kadrosuna sahip şirketin davacının gerçekten hasta olup olmadığını ve ne yapmaya çalıştığını soruşturduğunu, esasen hasta olmadığının 31/01/2012 tarihinde Kayseri'de bulunduğunun öğrenildiğini, davacının ortağı ve genel müdür yardımcısı olduğu B Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd.Şti.'nin Kayseri'de yeni yapılmakta olan işyerinde işçilerin başında olduğunun tespit edildiğini, davacının raporda belirtildiği gibi akut faranjit olmadığının hatta hiçbir rahatsızlığının olmadığının görüldüğünü, davacının bu karşılaşmada şirket çalışanlarına "artık Kayseri'de yaşadığını, kendisinin de işveren olduğunu

ve himayesinde 14 kişi çalıştığını, Manisa'da çalışmak istemediğini, haklarının verilmesi gerektiğini, konuyu avukatıyla konuştuğunu ve tebligatın da birkaç gün içinde şirkete ulaşacağını" belirttiğini, davacı vekilinin İ 27. Noterliği'nn 26/01/2012 tarihinde keşide ettiği ihtarname ile davacının haklı nedenlerle işe devam etmeyeceğini ve tazminatların ödenmesini talep ettiğini, taraflarınca keşide edilen B 37. Noterliği'nin 07/02/2012 tarih ve 3441 yevmiye numaralı cevab-ı ihtarname ile davacının içinde bulunduğu olumsuz tutum ve davranışların özetlendiğini, davacının 3 iş günü bekleneceğini, işe gelmez ise her gün tutanak düzenleneceğini, iş akdinin İş Kanunu m.25 hükmüne göre feshedilerek çıkış yapılmak zorunda kalınacağını bildirdiklerini, davacının işe gelmediği her gün için tutanak düzenlendiğini, 07/02/2012 tarihinden 17/02/2012 tarihine kadar her gün davacının işyerine gelmediğinin tutanak altına alındığını, davacının işe iade davası sonucunda aslında başka bir sektörde ve başka bir ilde bir şirket ortağı olduğu halde sadece tazminatlarını almak amacıyla şirkete başvurduğunu, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Davacının araç tahsis talebinde bulunduğu, araç tahsisi ile ilgili işlemlere davalı tarafından başlandığı dosya içerisinde yer alan yazışmalardan anlaşılmaktadır. Davacının talep ettiği telefon ve kartvizite ilişkin taleplerinin ise, davacı çalışmaya başladıktan kısa bir süre rapor alması ve rapor sonrası işyerine dönmemesi sebebiyle kendisine teslim edilemediği anlaşılmaktadır.

SORU

Davacının talebi yerinde midir? Neden?

CEVAP

Davacının işe iade davası açtığı, bu davada feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verildiği tartışmasızdır. Davacının işe başlama başvurusunda bulunduğu, davalı işveren tarafından işe başlatıldığı da tartışma dışıdır. Uyuşmazlık, davacı tarafından yasaya uygun bir işe başlatmanın bulunmaması iddiasına karşılık, davalı işverenin de davacının işe başlama isteğinin yasaya uygun biçimde gerçekleşmediği savunmasına dayanmaktadır.

Kuşkusuz işveren işçiyi eski işinde ve aynı koşullarla çalıştırmak zorundadır. Davacının önce Aydın bölgesinde çalışmasına rağmen, yeni görevlendirmesi İzmir Bölge Müdürlüğüne bağlı olarak, üç gün İzmir Merkez, iki gün Manisa ilçelerinde çalışmak şeklinde gerçekleştirilmiştir. Davacı önce bu görev formunu imzalamış ve kabul etmiş, ancak daha sonra fikrini değiştirerek Aydın'da çalışma konusunda ısrarcı olmuştur. Davalı şirket davacının bu talebinin, Aydın bölgesinde çalışan boşluğunun bulunmaması buna karşılık, davacının çalıştığı

bölgede çalışan boşluğunun bulunması sebebi ile ileride değerlendirilebileceği şeklinde cevap vermiştir.

Taraflar arasında daha önce yazılı bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Böyle bir sözleşme var ise, işyeri değişikliğine ilişkin bir kaydın da bulunup bulunmadığı da belirlenemediğinden, değişikliğin esaslı değişiklik olup olmadığını belirlemek mümkün olmamaktadır. Ancak davacının çalıştığı Aydın ilinin de İzmir Bölge Müdürlüğüne bağlı olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Zira davacının yeni görev yerlerinden biri olan Manisa da İzmir Bölge Müdürlüğüne bağlı bulunmaktadır. Davacı eskiden Aydın'da ikamet etmekte iken, yeni ikametgahının Kayseri olduğu anlaşılmaktadır.

Davacı araç tahsisi talebinde bulunmuş, araç tahsisi ile ilgili işlemlere davalı tarafından başlandığı dosya içerisinde yer alan yazışmalardan anlaşılmaktadır. Davacının talep ettiği telefon ve kartvizite ilişkin taleplerinin ise, davacı çalışmaya başladıktan kısa bir süre rapor alması ve rapor sonrası işyerine dönmemesi sebebiyle istenilen bu araç gereçlerin teslim edilemediği anlaşılmaktadır.

Davacının, dava sürecinde Kayseri'de faaliyet gösteren bir Limitet şirket kurduğu, bu şirkete yarı yarıya ortak olduğu ve müdürlük görevini yerine getirdiği ve Kayseri'ye yerleştiği gelen kayıtlardan anlaşılmaktadır.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ Esas No. 2011/6908, Karar No. 2011/2518, 10.10.2011 tarihli kararı ***"İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez.***

Davacının işverene işe başlama talebiyle 18.09.2006 tarihinde başvurduğu, işverenin 16.10.2006 tarihinde başlatılacağı yolunda ihtar gönderdiği dosya kapsamından sabittir. Davacının 16.10.2006 tarihinde işyerine avukatıyla birlikte gittiği, işyerine alınan diğer doktorla birlikte çalışamayacağı, masasının değiştirildiği, verilen masanın hemşire masası olduğu iddiasıyla işe başlamadığı işyerinde düzenlenen tutanak ve davacı tanıklarının beyanlarından anlaşılmaktadır. Öte yandan davacının aynı tarihte Sağlık Müdürlüğünde part time olarak işe gireceğine dair dosyaya sunulmuş yazı da mevcuttur. Davacının masasının değiştirildiği, hemşirenin kullandığı masanın kendisine verildiği iddiası iş şartlarında değişiklik ya da ağırlaştırma olarak kabul edilemez, işyerinde başka bir hekimin daha istihdam edilmesi de ihtiyaçla ilgili bir durumdur, iki doktorun bir arada çalışmasında hukuka aykırı bir durum yoktur. Tüm olaylar birlikte değerlendirilip davacının aynı gün Sağlık Müdürlüğünde işe başlayacağına dair yazı da dikkate alındığında davacının işe

başlama başvurusunun samimi olmadığı, gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde işe iade davasının parasal sonuçlarından yararlanmak için başvuruda bulunduğu açık olduğundan davanın reddi gerekirken kabulünün hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" şeklindedir.

Bu karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay'ın, işe iade davası sonrasında hak kazanılan işçilik alacaklarının talep edilebilmesi bakımından, işçinin işe iade talebinin de samimi olması gerektiğini aradığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda da, davacının Kayseri'ye taşınıp, ikametgahını değiştirdiği, Limitet şirket kurarak işveren sıfatını kazandığı, Aydın'da çalışma isteğinin işveren tarafından, talepte bulunduğu tarihte karşılanamamasının tüm olaylar birlikte değerlendirildiğinde, işe iade davasının parasal sonuçlarından yararlanabilmek amacıyla, hakkın kötüye kullanılmasını niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple, davacının işe başlama isteğinin samimi olmadığına karar verilmesi durumunda, davacı taleplerinin reddine karar vermek gerekecektir.

I. İşe Başlatmama Tazminatı

OLAY

İş Mahkemesinde dava açan işçi (A)'nın vekili, müvekkilinin davalı işyerinde 16.04.2001 tarihinde çalışmaya başladığını, işveren tarafından çalıştığı müşteri hizmetlerinden alınarak, kasiyer olarak çalıştırmaya başlandığını, bu görev değişikliğinin işveren tarafından kötüniyetli olarak gerçekleştirildiğini, sendika üyelik başvurusu tarihi olan 26.03.2008 tarihi ile aynı tarihli ihtar cezası verildiğini ve 18.04.2008 tarihinde iş sözleşmesinin feshedildiğini, fesih yazısında büyük boya kutusunu ve daha sonra iki adet ampulü kasadan geçirmeyi unuttuğu için sözleşmenin feshedildiğinin bildirildiğini, ancak İş. K.m.25/II ı, h ve e hükmündeki koşulların gerçekleşmediğini, davacının iş sözleşmesinin sendikaya üyesi olması ve mağazadaki sendikalaşmayı önlemek amacıyla feshedildiğini, feshin bu sebeple geçersiz sayılması ve davacının işe iade edilmesi gerektiğini iddia etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, davacının iş sözleşmesinin İş K.m.25/II e ve h bentleri uyarınca feshedildiğini, davacının şirkete maddi zarar vermek dışında sürekli çeşitli bahanelerle izin kullanarak düşük çalışma performansı sergilediğini, işverenin güvenini sarstığını, davacının olumsuz ve çözümsüz tavrının sürmesi nedeni ile işyerinin selameti açısından iş sözleşmesini sona erdirme zorunluluğunun doğduğunu, iş sözleşmesinde davacının iş tanımı olarak kasa elemanlığı-müşteri hizmetleri olduğunu, bu yöndeki davacı iddialarının yerinde olmadığını, kasadan ürünleri geçirmeyip, işyerini zarara sokma eyleminin davacının sendikal faaliyetlere başlamasından önce yaşandığını, bu sebeple iş söz-

leşmesinin sendika üyeliği nedeniyle feshedildiğinin kabul edilmesi olanağı bulunmadığından, davanın reddini talep etmiştir.

Yapılan yargılamada Mahkemece şu hususlar tespit edilmiştir:

- **Taraflar arasında, sözleşme başlangıcı 16.04.2001 tarihi olan ve süresi bir yıl olan belirli süreli sözleşmenin imzalandığı, sözleşmenin 4. maddesinde "Görevi" başlığı altında, davacının görevinin "kasa elemanı (müşteri hizmetleri)" olarak belirlendiği,**
- **20.03.2008 tarihli "uyarı/ihtar formu ile, 16.03.2008 tarihinde 120 YTL değerinde boyayı kasadan geçirmeyi unutması sebebiyle ihtar verildiği,**
- **12.04.2008 tarihli ikinci bir uyarı/ihtar formu ile 11.04.2008 tarihinde alışveriş yapan bir müşterinin iki adet ampulü kasadan ödemesini yapmadan geçirilmesi nedeni ile bir uyarının yapılmış olduğu, ancak müşterinin hatasını fark ederek sonradan ampul bedellerini ödediği,**
- **Davacıya 18.4.2008 tarihli yazı ile iş sözleşmesinin İş m.25/II e ve h bentleri uyarınca feshedildiği bildirilmiş olduğu, ancak davacının söz konusu yazıyı imzalamaktan imtina ettiği hususunun tutanak altına alındığı,**
- **Davalı işveren tarafından İş K.28. maddesi uyarınca düzenlenen "Çalışma Belgesi"nde davacının çalışma görevinin Müşteri Hizmetleri Danışmanı olarak belirtildiği anlaşılmaktadır.**
- **Davacının 26.3.2003 üyelik kayıt fişinin doldurulduğu ve K İşçi Sendikasının 31.03.2008 tarihli yönetim kurulu kararı ile sendika üyeliğini kazandığı,**
- **K İşçi Sendikası tarafından 15.12.2008 tarihi itibarıyla yetki tespitinde bulunulduğu ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 08.01.2009 tarihli yazı ile Sendikaya TİSGLK 13 maddesi uyarınca yetki belgesi verilmiş olduğu tespit edilmiştir.**
- **Tanıklar tarafından davacıya sendika üyeliğinden istifa etmesi konusunda baskı uygulandığı belirtilmiş, davacı ile sözleşmesi aynı gün feshedilen diğer işçilerin de sendika üyesi oldukları,**
- **Davalı işverenin sendikalaşamaya karşı olduğu basına yansıyan beyanları ile belgelenmiş olup, ayrıca sendikadan istifa edenlerin işyerinde çalışmaya devam ettikleri Mahkeme tarafından belirlenmiştir.**

SORULAR

1. Davacı iddiaları ve davalının savunması dikkate alınarak, işçinin iş sözleşmesinin kimin tarafından feshedilmiş sayılması gerektiğini belirleyiniz.
2. Mahkemenin işe iade kararı vermesi durumunda, işe başlatmama tazminatı olarak işçinin bir yıllık ücreti tutarında tazminat talebinde bulunulması durumunda, hakimin kararı ne olmalıdır?

CEVAPLAR

1. 18.4.2008 tarihli fesih yazısında işveren İş K.m.25/II e ve h hükümlerine dayanmış bulunmaktadır. İş K.m.25/II e hükmü uyarınca işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan, diğer deyişle sadakat borcuna aykırı davranışları bir haklı fesih nedenidir. "*İşçinin işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin mesleki sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları*" derhal fesih nedenidir. Hangi hallerin doğruluk ve bağlılığa aykırılık oluşturduğunun önceden saptanmasındaki olanaksızlığını göz önünde tutan yasa koyucu "gibi" sözcüğüne yer vermek sureti ile benzer davranışları da yaptırıma bağlamıştır Bu nedenle Yargıtay tarafından örneğin işçinin gerçek olmayan bir özür uydurarak maça gitmesi, gece bekçisinin görev yerini terk etmesi, iş süreleri içinde uyuması, puantaj cetvelinde çalışma gün ve saatlerini fazla göstererek çalışma parası alması, işverene ait aracı veya makineleri yalan beyanla alarak kullanması, işyerinden çıkarken yapılan denetimde işyerine ait malzeme ile yakalanması, zimmetine para geçirmesi, imza taklidi ile vizite kağıdı düzenlemesi vb. haller haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir.

Yargı kararları ile verilen bu örnek kararların ortak özelliği, işçi davranışındaki kusurun ağırlığı nedeni ile iş sözleşmesinin taraflarından biri olan işveren için dürüstlük kuralı gereği iş ilişkisine davamın katlanılmaz (çekilmez) hale gelmesidir. Davacı bir kez boya kutusunu ve bir kez de iki adet ampulü kasadan geçirmeyi unutmuştur. İşveren uyarı yazılarında da davacının unutkanlığından söz etmiş bulunmaktadır. Yani davacının davalıyı zarar uğratma kastı bulunmadığı gibi, sadakat borcuna aykırı bir davranışından da söz edilemez. Davacının ihmalinin bulunduğu kabul edilse bile bunun halkı sebeple feshe neden olabilecek dereceye geldiğini kabul etme olanağı bulunmadığı görüşündeyiz. Çünkü haklı sebeple fesihten söz edebilmek için, ilişkinin çekilmez hale gelmesi aranmaktadır. İşçinin sadakatsizlik düzeyine ulaşmayan, yetersiz bir bağlılık düzeyinde kalan, iş ilişkisinde bulunması gereken güven temelini çökertmeyen buna karşılık objektif olarak değerlendirildiğinde işverenin güveninin sarsacak davranışları ise geçerli fesih nedenidir.

İş K.25 maddesinin II bendinin h fıkrası uyarınca işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevlerini kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi bir haklı fesih nedenidir. İşçiden yapılması istenilen iş yapmakla ödevli bulunduğu görev olması gerekir. Davacı vekili her ne kadar, davacının müşteri hizmetlerinde çalıştığını ve işveren tarafından yıllarca sürdürdüğü bu görevinin değiştirilerek kasaya alındığını beyan etmişse de, taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde davacının görevi kasa elemanı olarak belirtilmiş olması karşısında, davacının kasada çalıştığının kabul edilmesi gerekir.

İşveren lehine derhal fesih hakkının doğumu için işçiye önce görevini yerine getirmesi konusunda bir hatırlatmanın (uyarının) yapılmış olması gerekir. Bu uyarıya rağmen işçi görevini yapmamakta ısrar ederse iş sözleşmesi haklı nedenle sona erdirilebilir. 20.03.2008 tarihli "uyarı/ihtar formu ile davacıya 16.03.2008 tarihinde 120 YTL değerinde boyayı kasadan geçirmeyi unutması sebebiyle ihtar verildiği, 12.04.2008 tarihli ikinci bir uyarı/ihtar formu ile 11.04.2008 tarihinde alışveriş yapan bir müşterinin iki adet ampulünün kasadan ödemesi yapılmadan geçirilmesi nedeni ile bir uyarının yapılmış olduğu ve daha sonra 18.04.2008 tarihinde sözleşmenin feshedildiği tartışma dışıdır. İş K.25/II h hükmü gereğince işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi haklı fesih nedenidir. Buna karşılık 4857 s. Kanunun gerekçesinde işçinin ***"işini uyarılarına rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi"*** geçerli fesih nedeni olarak gösterilmiştir. İşçi görevini hatırlatmaya rağmen hiç yerine getirmemişse işveren haklı nedenle derhal fesih, eksik kötü, yetersiz bir şekilde yerine getirirse süreli fesih hakkını kullanabilir.

Açıklanan nedenlerle davacı işçinin davranışlarının sadakatsizlik düzeyine ulaşan davranışlar olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Yargıtay 9 HD. E.2007/27565, K.2008/5286 sayılı kararında da belirtildiği gibi "***Kuşkusuz hiç kimse sürekli olarak hatasız çalışamaz. Bu sebeple, bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmet, iş sözleşmesini fesih hakkı vermez. Özellikle bir işçiden yapması beklenebilecek ortalama üretim veya hizmet hatası iş sözleşmesinin fesih nedeni olamaz. Ancak bir işçiden yapması beklenebilecek hata payının, bir başka anlatımla tolerans sınırının üstünde hatalı bir üretim veya hizmet iş sözleşmesinin feshi açısından önem arz edebilir..... Sözleşme ilişkisi kapsamında işçi, yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelen birçok davranışı için ihtar verilmişse, fesih sebebi açısından en son davranışı önem arz eder..... Davranış nedeniyle fesih, ancak sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında geçerli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir".***

Yargıtay'ın emsal kararı doğrultusunda, davacının feshe konu olan iki davranışı bulunmaktadır. Bir boya kutusunun ve iki adet ampulün kasadan geçirilmesinin unutulması. Davacı yedi yıldan beri işyerinde çalışmaktadır. Sözü edilen davranışların davalı bakımından haklı sebep oluşturmadıkları düşünüldüğünden, geçerli sebep oluşturup oluşturmayacakları değerlendirilecektir. Kanımızca burada davalının tolerans sınırının üstünde bir hizmet hatasından söz edilmesi mümkün değildir. Davacıya iki ihtar verilmiş olup, ikinci ihtar neticesinde sözleşmesi feshedilmiştir. Bu gibi durumlarda Yargıtay, son ihtarın dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. İşçinin son kusurlu davranışı, iki adet ampulün kasadan geçirilmesinin unutulması ve buna ilişkin bir ihtarın verilme-

sidir. Müşterinin hatayı fark ederek, ampullerin bedelini ödediği anlaşıldığından, işveren bakımından tolerans sınırlarını zorlayan bir hatanın bulunmadığı görüşündeyiz. Bu anlamda geçerli sebeple fesih önlemi de işçinin davranışı ile karşılaştırıldığında, ölçülülük ilkesi çerçevesinde çok ağır bir sonuç olarak değerlendirilebilecektir. Bu nedenle herhangi bir iş veya işyeri değişikliği önerilmeden davacının iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmiş olmasının da yerinde olmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle işçinin davranışı üzerine işveren tarafından yapılan feshin haklı ve geçerli sebebe uygun olarak gerçekleştirilmediği düşünüldüğünden, feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

2. Yargılamada yer alan belge ve tanık anlatımlarının değerlendirilmesi neticesinde davalı işverenin işyerinde sendikalaşmayı önlemek amacıyla bir takım faaliyetlerde bulunduğu, işçilerin bir kısmını istifaya zorlandığı, istifa edenlerin çalıştırmaya devam ettirildiği, davacının da sendikadan istifa etme baskısı ile karşılaştığı belirlenmektedir. Davacı ila aynı gün sözleşmesi feshedilen diğer işçinin de sendika üyesi olduğu, işçi sendikasının yetkiyi aldığı anlaşılmıştır. Davacı sendika üyeliğine kabul için üyelik fişini 26.03.2008 tarihinde doldurmuş ve 31.03.2008 tarihinde üyelik kesinleşmiştir. İlk ihtar 20.03.2008 tarihinde verilmiş, ikinci ihtarın verilme tarihi ise 12.04.2008 tarihidir. Davacının sendika üyeliğinden çok kısa bir süre sonra feshe gidilmesi, sendikadan istifa etmesi konusunda baskı uygulanmış olması, davalı işverenin işyerinde sendikal örgütlenmeye karşı olduğunun belgeleri ile ortaya konulmuş olması, sendikadan istifa edenlerin işyerinde çalıştırmaya devam ettirilmesi hususları hep birlikte değerlendirildiğinde feshin sendikal nedene dayalı olarak yapıldığı düşünülmektedir. Bu nedenle davacının talebinin yerinde olduğu söylenebilecektir.

XI. İŞÇİ VE İŞVERENİN BORÇLARI

A. İşçinin İş Görme Borcunu İhlal Etmesi

OLAY

(A) 07.12.2004 tarihinde (M) Makine San. Ltd. Şti.'de elektrik-elektronik mühendisi sıfatıyla servis mühendisliği bölümünde çalışmaya başlamış ve 27.04.2009 tarihinde işten ayrılmıştır. 30.04.2006 tarihinde (A) işyerine ait notebook bilgisayarı kaybetmiş ayrıca 10.03.2009 tarihinde yine işyerine ait notebooku özel işlerinde kullanarak sistemin formatlanmasına sebep olmuştur. 31.03.2009 tarihinde ise işyerine ve takım tezgahlarına ait özel bilgileri kendisine almıştır. 06.04.2009, 07.04.2009 ve 08.04.2009 tarihlerinde de yazılı veya sözlü olarak izin almaksızın işe gelmemiştir. Bu olayların hepsi için ayrı ayrı

tutanak düzenlenmiştir. Son olarak (A)'ya işveren tarafından telerezyon makinesinin tamir edilmesi ve çalışır duruma getirilmesi görevi verilmiş ve (A) bu makinenin tamiri için zorunlu olduğunu ileri sürerek yurtdışından parça sipariş etmiştir. Bu sırada (M) Makine San. Tic. Ltd. Şti. (F) Makine Ltd. Şti. ile 16.03.2009 tarihinde telerezyon makinesinin satışı hakkında sözleşme imzalanmış fakat bundan önce makine (A) tarafından tamir edilmediğinden bir çok firmanın teklifi geri çevrilmiştir. (A)'nın makinenin tamirini geciktirmesi sebebiyle (F) Kalıp Makine Ltd Şti. noter aracılığıyla 3 adet ihtarname göndermiştir. Bu tamirin gecikmesi sebebiyle işveren tarafından 07.04.2009 tarihinde tutanak tutulmuştur. (A) işten ayrıldıktan sonra (A)'nın iş arkadaşı yurtdışından gelecek parça olmaksızın telerezyon makinesini tamir etmiş ve 19.06.2009 tarihinde (F) Kalıp Makine Ltd. Şti.'ye teslimat yapılmıştır. (M) Makine San. Ltd. Şti. hizmet akdinin ifası sırasında (A)'nın şirkete verdiği zararların tazmini için zarar miktarı ve türünü belirtmeden İş Mahkemesi'ne dava açmıştır. Taraflar arasında rekabet yasağına ilişkin bir sözleşme bulunup bulunmadığı bilinmemektedir.

SORULAR

1. Davaya konu uyuşmazlık nedir? (M) Makine Ltd Şti.'nin açtığı dava yerinde midir?
2. (A) iş sözleşmesini ihlal etmiş midir? Açıklayınız.

CEVAPLAR

1. Somut olaydaki uyuşmazlık, (A)'nın görev kapsamında bulunan telerezyon makinesinin tamirini yaparak satışa hazır hale getirmesi gerekirken, getirmemesi sebebi ile davacı şirketin uğradığı zararın karşılanmasına ilişkin olduğu gibi, davalıya işini görmesi için teslim edilen notebook bilgisayarı kaybetmesinden kaynaklanan zararın tazminine ilişkindir.

Telerezyon makinesinin tamiri işinin davalının görevleri arasında olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. (A) bu makinenin tamiri için gerekli parçaları sipariş etmiş ancak bu parçalar gelmeden işyerinden ayrılmıştır.

(M) Makine San. Tic. Ltd. Şti., (A)'nın işverene zarar verdiğini belirterek tutanak ibraz etmiştir. Zarar verme olgusunda tek taraflı düzenlenen tutanaklar ispat açısından yeterli kabul edilmemelidir. (M) Makine tamire konu makineyi satmış, satış bedelini almıştır. Siparişin zamanında yetiştirilmemesi nedeniyle davacı şirket ne gibi somut maddi bir zararının ortaya çıktığını belirtmemiştir. Örneğin, cezai şart, maddi tazminat veya başka türden bir tazminatı ödemek zorunda kalıp kalmadığı konusu bilinmemektedir. Buna karşılık ticari itibarının zedelenmesinden doğan zarar bu davanın konusunu oluşturmamaktadır. Bu sebeple satışa konu olan makinenin zamanında tamir ve teslim edilmemesine

(A)'nın sebep olup olmadığı hususunu davacı şirket kanıtlamalıdır. Bir an için davalının kusurlu olduğu kabul edecek olursa, (M) Makine Ltd. Şti. somut zararını ortaya koyması ve ispatlaması gerekir.

2. İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir, işçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. İşçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğü altındadır.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Davacıya görevini ifa ederken teslim edilen notebook bilgisayarın, çalındığı veya (A)'nın kendisi tarafından mı unutulduğu konusu bilinmemektedir. Bunun dışında bilgisayarın formatlanmasının (M) Makine yönünden nasıl zarara sebep olduğu bilinmediği gibi, bilgisayarda yer alan bilgilerin işverenin zararına sebep olacak şekilde nasıl kullanıldığı da bilinmemektedir. Taraflar arasında bir rekabet sözleşmesinin varlığının da olup olmadığı bilinmediğinden bu bakımdan da değerlendirme yapılması olanağı bulunmamaktadır. Özetle (M) Makine nasıl ve ne şekilde, ne kadar zarara uğradığını kanıtlamadığından, Mahkemenin talebin reddi yönünde karar vermesi gerekir.

B. İş Güvenliği Önlemlerini Alma ve Uyma Yükümlülüğü

OLAY

İzmir'de 07.08.1999 tarihinden beri (B) Temizlik Mad. San. Tic. Ltd. Şti.'de çalışan (A) 17.03.2003 tarihinde işyerinde çalışmaktayken aslında kendi işi olmayan bir işi yapmaktayken işveren tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle, içinde kimyevi madde bulunan varilin patlaması sonucu kaza geçirmiş ve bunun sonucu olarak vücudunun çeşitli yerlerinde kırıklar meydana gelmiştir. Yine bu kaza neticesi sürekli işgörmezlik oranının E cetveline göre

%9,1 olduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Sağlık İşleri Genel Müdürlüğü Tedavi Hizmetleri ve Malûliyet Daire Başkanlığı'nca belirlenmiştir. Patlama, işveren tarafından daha uygun ve tehlikesiz yöntemi tercih etmek yerine, variller içindeki kimyasalın dıştan ısıtılarak boşaltılması yöntemiyle yapılması sonucu gerçekleşmiştir. Patlama olmadan evvel (A)'nın 120 cm yükseklikteki platformda kenara çok yakın ve tehlikeli bir biçimde çalıştığı bilinmektedir. İşçi (A) iş gücü kaybı nedeniyle (B) aleyhine İş Mahkemesinde maddi ve manevi tazminat talepli dava açmıştır.

SORULAR

1. İşverenin iş güvenliği kapsamında yükümlülükleri nelerdir. (B) bu yükümlülüklere uymuş mudur?
2. İşçi (A) iş güvenliği önlemlerine uymak zorunda mıdır? İşçi (A) bu olayda kusurlu mudur? Açıklayınız.

CEVAPLAR

1. Olayın 506 s. Sosyal Sigortalar Kanunu m.11/A çerçevesinde bir iş kazası olduğu tartışmasızdır.

İşyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınması zorunluluğu, işverenin geniş anlamda işçiyi gözetme borcunun kapsamında yer alan başlıca yükümlülüklerinden birisidir. Başka bir söyleyişle işveren, işçinin kişilik hakları arasında bulunan yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünü işyeri tehlikelerine karşı korumak zorundadır.

Kazanın meydana geldiği tarihte yürürlükte bulunan 1475 s. İş Kanunu 73/1 maddesine göre, "*Her işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu hususlaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlüdür.*" Bu maddeye göre, işveren doğabilecek her türlü işletme tehlikesine karşı, işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlayacak önlemleri eksiksiz almak zorundadır.

Kaza tarihinde yürürlükte bulunan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 4. maddesinde işverenin bu yükümlülüğü İş Kanunu m. 73 uygun olarak açık bir şekilde hükme bağlanmıştır: "*işverenin, işyerinde teknik ilerlemenin getirdiği daha uygun sağlık şartlarını sağlaması; kullanılan makinelerle alet ve edavattan herhangi bir şekilde tehlike gösterenleri veya hammaddelerden zehirli veya zararlı olanları, yapılan işin özelliğine ve fennin gereklerine göre bu tehlike ve zararları azaltan alet ve edavatla değiştirmesi iş kazalarını önlemek üzere işyerinde alınması ve bulundurulması gerekli tedbir ve araçları ve alınacak diğer iş güvenliği tedbirlerini devamlı surette izlemesi esastır*". Bu nedenle işveren, ekonomik veya mali durumun yetersizliğini, bilimsel ve teknik ilerlemeler konusunda bilgisizliğini, yeni yöntemlerin izlenmesinin ve uygulanması-

nın özel uzmanlık gerektirdiğini, işyerini yeni açmış olması nedeniyle tecrübesizliğini, benzer işyerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.

Teftiş tutanağı ve raporundan anlaşıldığı üzere, variller içinde katılaşmış bulunan kimyasalları dıştan ısıtmak suretiyle boşaltılması yönteminin tehlikeli ve sakıncalı olduğu, işverenin daha uygun ve tehlikesiz bir yöntemi tercih etmek yerine, mevcut uygulamayı tercih etmesi ile Tüzüğün 4 maddesine aykırı davrandığı açıkça tespit edilmiş bulunmaktadır.

Bunun gibi İş Kanunu 73. m. 3 f. uyarınca "*işverenler, makinelerin kullanımından doğabilecek tehlikelerden ve bu hususta önceden alınabilecek tedbirlerden işçileri münasip bir şekilde haberdar etmek zorundadır.*". İşçi Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü'nün 3. maddesine göre de "*işveren, işçilerle yapmakta oldukları işlerinde uymaları gerekli sağlık ve güvenlik tedbirlerini öğretmek ve iş değiştirecek işçilere yenisinin gerektirdiği bilgileri vermek zorundadır.*".

İşverenin bu yükümlülüğü de yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Zira kazanın meydana geldiği gün davacının yaptığı iş kendi yaptığı iş olmayıp, boşta kalmasından başka bir işçinin yardım istemesi ve işveren tarafından görevlendirilmesi nedeniyle yaptığı başka bir iştir. Değişik olan bu iş hakkında davacının bilgilendirilip, eğitime tabi tutulmadığı da anlaşılmaktadır.

2. İşverenlerin iş güvenliği konusundaki kapsamlı bu yükümlülükleri karşısında işçiler de iş güvenliği önlemlerine kendi açılarından uymak zorundadırlar. İş Kanunu m. 73/2, işçilerin "*işçi sağlığı ve iş güvenliği hakkındaki usul ve şartlara uymakla yükümlü olduklarını*" belirtmek suretiyle bu hususa yer vermiştir.

(A) ve kendisi ile birlikte aynı anda aynı işte çalışan diğer işçi ile birlikte 120 cm yükseklikte bir platform üzerinde çalışmaktadırlar. Patlama olmasa bile bu yükseklikte çalışan bir kimsenin düşme tehlikesi olabileceğini bilmektedirler. Buna rağmen platformun kenarına çok yakın bir şekilde çalışmak suretiyle hem kendisinin hem de başkalarının güvenliğini tehlikeye düşürerek kusurlu davranmıştır.

OLAY

O Grup İnşaat Proje Prefabrik Harf.Nak. Gıda San.Tic.İhr. Ltd.Şti, diğer davalı Ö İnşaat A.Ş'nin alt işvereni olarak İzmir Buca Konutlarında kaba inşaat işini üstlenmiş, müteveffa H.Y alt işveren olan O Ltd.Şt,'de 01.08.2014 tarihinde çalışmaya başlamış olup, makasçı olarak demir kesim işinde çalışmaktadır. Kazanın meydana geldiği 08.08.2014 tarihinde, dokuzuncu katta hasır demir çelik işinde, yan duvar olan perde betondaki demir çıkıntılarını demir makası ile

kesmekte iken, ancak boyunun yetmemesi nedeniyle, orada bulunan boş yağ varilini kesip sehpa olarak kullanmak istemesi nedeniyle, çalışmakta olan iş arkadaşı H.Ş'den yardım istemesi üzerine, H.Ş'nin müteveffaya varili neresinden kesmesi gerektiğini sorması ve müteveffanın göstermesi üzerine H.Ş'nin varili gösterildiği şekilde kaynak makinesi ile varili kesmeye başladığını, varilin birden patlaması üzerine, varilin içindeki yağ artıklarının yanar şekilde müteveffanın üzerine geldiğini ve elbisesinin ön kısmının yanmaya başladığı, bunun üzerine H.Ş ve orada bulunan diğer çalışma arkadaşlarının yardımı ile yanan elbiselerin söndürülmeye çalışıldığını, ancak göbek, göğüs ve kollarda yanıklar oluştuğunu, müteveffanın kendisinin inşaattan aşağıya indiği ve Buca Seyfi Demirsoy Hastanesine kaldırıldığını, ancak burada yanık ünitesinin bulunmaması üzerine Bozyaka Eğitim ve Araştırma Hastanesine kaldırıldığını, yanıkların bir bölümün ikinci diğer bir bölümünün ise 3. derecede olmasına ve ölüm riski taşımamasına rağmen, hastanede gerçekleşen enfeksiyon sonucunda 25.08.2014 tarihinde ölüm olayının meydana geldiği belirlenmiştir.

Bilirkişi İnşaat Mühendisi tarafından düzenlenen 12.10.2014 tarihli bilirkişi raporunda, özetle O Grup İnşaat Ltd.Şti yetkilisi ve işveren vekili M.Y.Ç cezai yönden asli kusurlu olarak değerlendirilmiş olup, raporda şirket tarafından iş güvenliği eğitiminin verilmiş olduğu ve ölen işçinin 04.08.2014 tarihinde eğitime katıldığı, Ö İnşaat A.Ş iş güvenliği uzmanının "C" sınıfı belgesine sahip olduğunu, oysa inşaatın çok tehlikeli işler sınıfında yer alması dolaysıyla iş güvenliği uzmanının belgesinin yeterli bulunmadığını, O Ltd.Şt'nin iş güvenliği uzmanın kim olduğunun belirlenemediği gerekçesiyle kusur dağılımın şu şekilde gerçekleştirildiği belirlenmiştir:

- Grup İnşaat Ltd.Şti yetkilisi ve işveren vekili M.Y.Ç cezai yönden asli kusurlu
- Varilin kesimini yapan H.Ş cezai, yönden tali kusurlu,
- asıl işveren Ö İnşaat A.Ş yetkilisi ve proje müdürü A.Ö kazanın meydana gelmesinde cezai yönden kusurlu olmadığı

Buna karşılık, Sosyal Güvenlik Kurumu rehberlik ve Teftiş Başkanlığı tarafından hazırlanan 16.03.205 tarihli inceleme raporunda işverenlerin sorumluluğu, 5510 sayılı Kanunun 21/1, m.76, 6331 s. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunun m.4, 16, 17, 19, Yapı İşleri İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin 5. Maddesi uyarınca, O Ltd.Şti %30 oranında, Ö İnşaat A.Ş %50 oranında, asıl işveren ile alt işverenin 4857 s. Kanunun 2. maddesi uyarınca müteselsil sorumlu olmaları dolayısıyla toplam kusur oranları %80 olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

Kazalının sorumluluğu 5510 s. Kanunun m.22/1 b hükmü ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 44 maddesi uyarınca %20 olarak belirlenmiştir.

5510 s. kanunun 21/4 ve 76 maddesi uyarınca 3 kişi durumunda olan H.Ş'nin kusurlu olmadığı belirlenmiştir.

Davacı vekili müteveffanın mirasçıları ve bu davanın davacılarının ikametgahı mahkemesi olan Elbistan İş Mahkemesinde destekten yoksun kalmadan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davası açmış bulunmaktadır.

Davalı vekili yetki itirazında bulunmuştur.

SORULAR

1. Davalı vekilinin yetki itirazı yerinde midir?
2. İş Sağlığı ve güvenliğini alma borcunun hukuki niteliğini açıklayınız. Asıl ve alt işveren bakımından bu yükümlülük ne şekilde düzenlenmiştir?
3. Ceza Mahkemesinde görülmekte olan davanın Hukuk Mahkemesinde görülen davaya etkisi ne olacaktır?
4. İşverenin hukuki sorumluluğunun sınırı ve çerçevesini açıklayınız.
5. Olayda illiyet bağının varlığı ne şekilde belirlenmelidir?
6. Manevi tazminat talebi bakımından Mahkeme nasıl karar vermelidir?

CEVAPLAR

1. Davacı vekili müteveffanın mirasçıları ve bu davanın davacılarının ikametgahı mahkemesi olan Elbistan İş Mahkemesinde destekten yoksun kalmadan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davası açmış bulunmaktadır.

Davalı vekili yetki itirazında bulunmuştur.

İş kazası nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında, davacının yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğuna ilişkin Yargıtay 21.HD. E.2014/11828 K.2014/17436 T.15.09.2014 kararında özetle ***"01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447/2. maddesine göre "Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır."hükmü gereğince uyuşmazlığın 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5 ve 15. maddeleri ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiye ilişkin hükümleri doğrultusunda çözüme kavuşturulması gerekir. HMK'nın "Genel Kural" başlıklı 5. maddesine göre mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu Kanundaki hükümlere tabidir. Yetkiye ilişkin hükümleri saklı tutulan Kanunlardan birisi de 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'dur. 5521 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde "İş Mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı***

tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşmeler muteber sayılmaz." Hükmü yer almaktadır. Kanun'un 15. maddesinde ise bu Kanunda sarahat bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı bildirilmiştir. Genel yetki kuralı dışında düzenleme öngörülmemiş olması karşısında, HMK'da yer verilen özel yetkiye ilişkin düzenlemelerin İş Mahkemelerinin yetkisinin belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir. HMK'nın "Haksız Fiilden Doğan Davalarda Yetki" başlıklı 16. maddesine göre haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. 5521 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde, bu maddeye aykırı sözleşmenin muteber olmadığı belirtilmek suretiyle yetkinin kesin ve kamu düzenine ilişkin olduğu belirtilmiş ise olmadığı belirtilmek suretiyle yetkinin kesin ve kamu düzenine ilişkin olduğu belirtilmiş ise de iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin davalarda HMK'nın 16. maddesinin uygulanma yeri olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. İş Hukuku Yargılama Kurallarının, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Mevzuatının temel prensibi olan "işçinin korunması temel ilkesi"ne uygun düşecek biçimde yorumlanması Anayasa'nın 2. maddesinde tanımını bulan Sosyal Hukuk Devleti'nin gereğidir. 5521 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan yetki kuralı ve sözleşme yasağı; işçilerin çalışmalarından doğan alacak ve tazminat haklarını en az giderle ve mümkün olan süratle elde etmelerine ve sözleşmelere işçi aleyhine yetki kuralı konulmasına engel olmaya yönelik olup diğer yasalar ile işçiler yararına getirilen düzenlemelerin uygulanmasına engel olacak biçimde veya genele yönelik getirilen bir hakkın işçiler yönünden uygulanma imkanını ortadan kaldıracak biçimde dar yorumlanması doğru değildir. 1086 sayılı HUMK'un 21. maddesinde yer almayan ve zarar görene haksız fiilden doğan davasını zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da yerleşim yeri mahkemesinde açma imkanı veren HMK'nın 16. maddesi 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olup önceden planlaması veya iradesi olmaksızın zarara uğrayan mağdurun kendi yerleşim yeri mahkemesinde dava açmak suretiyle hak araması kolaylaştırılmak istenmiştir. İş Mahkemelerinde açılacak davalarda özel Kanun niteliğindeki 5521 Sayılı Kanun'un yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanma önceliği bulunmakta ise de; yine aynı Kanun'un 15. maddesine göre bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde uygulanma yeri olan ve genel Kanun niteliğinde bulunan 6100 sayılı HMK'nın 16. maddesi ile sonradan getirilen ve 01.10.2011 tarihinden itibaren haksız fiil sonucu zarara uğrayanlara haksız fiilden kaynaklanan davalarını yerleşim yeri mahkemelerinde açma

imkanı tanıyan hükmün; özel Kanun ile getirilen seçimlik yetkiyi Sosyal Hukuk Devleti'nin gereklerine ve "işçinin korunması temel ilkesi" ne uygun ve karşılaştırmalı hukuktaki benzerlerinde olduğu gibi işçi yararına genişlettiği kabul edilerek HMK'nın 16. maddesinin, 5521 Sayılı Kanun'un 5. maddesi ile tanınan seçimlik yetki kuralının yanında (ilaveten) uygulanması gerektiği kabul edilmelidir".

Yargıtay'ın ilgili dairesinin bu kararı karşısında davanın Elbistan İş Mahkemesinde görülebileceği kanaatindeyiz.

2. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasının zorunluluğu, işverenin geniş anlamda işçiyi gözetme borcunun kapsamında yer alan temel yükümlülüğüdür.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun en önemli yükümlülükleri işçinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunması amacıyla işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliğini tesis edecek önlemlerin alınmasıdır. Bu yükümlülükler önemine binaen hukukumuzda pozitif düzenlemelerin konusu olmuştur. İlk olarak Anayasamızda yer alan sosyal devlet ilkesi (m.2), yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ile vücut bütünlüğü hakkı (m.17); yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun işte çalıştırılma hakkı, dinlenme hakkı (m.50), ve sosyal güvenlik hakkı (m.60), işçilerin iş güvenliğinin sağlanmasına temel teşkil eden anayasal düzenlemelerdir

Anayasal düzenlemelerin yanı sıra 4857 sayılı İş Kanunu 77 ve 89. maddeleri arasında iş güvenliği ile ilgili hususları düzenlemiştir. 2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise iş sağlığı ve güvenliği konusunda en kapsamlı düzenlemeleri getirmiştir. Bu kanunun düzenlemesi uluslararası mevzuatın yönlendirmesiyle ve uluslararası mevzuattan esinlenerek yapılmıştır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na kaynaklık eden uluslararası mevzuat hükümlerini incelemek gerekirse bu Ayrıca "Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği'nin 5. maddesinde aynı yapı alanında birden fazla işveren veya alt işverenin görev yaptığı durumlarda işveren veya proje sorumlusunun sağlık ve güvenlik konularında bir veya daha fazla koordinatör atanması gerekliliği düzenlenmiştir. Tüm bunlara ek olarak ayrıca Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde alınması gereken önlemler düzenlenmiştir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda alt işveren işçileri bakımından önemli düzenlemeler getirilmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 6. ve 16. maddelerinde çalışanların bilgilendirilmesi, 10. maddesinde risk değer-

lendirmesi, 17. maddesinde çalışanların eğitilmesi, 22. maddesinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma, 23. maddesinde ise iş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonunun sağlanmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik özellikle 4. maddesinin 2. fıkrası ile alt işverene ait çalışanların eğitimlerinden alt işveren ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olduğunu benimsemiştir. Bunun yanında İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 15. maddesinde asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde risk değerlendirmesi hükmüne yer verilmiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 16. maddesinde 'çalışanların bilgilendirilmesi' başlığı altında işverenlerin, iş sağlığı ve güvenliğinin sürdürülebilmesi için çalışanları ve çalışan temsilcilerini bilgilendirmesi konusu düzenlemiştir. Madde hükmüne göre; "İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işveren, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak aşağıdaki konularda bilgilendirir: a) İşyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler. b) Kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar. c) İlk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler.

İşveren; a) 12'nci maddede belirtilen ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında derhal bilgilendirir. b) Başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların birinci fıkrada belirtilen bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri verir. c) Risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili koruyucu ve önleyici tedbirler, ölçüm, analiz, teknik kontrol, kayıtlar, raporlar ve teftişten elde edilen bilgilere, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin ulaşmasını sağlar.

Madde hükmü incelendiğinde doğrudan doğruya alt işveren işçilerine ilişkin bir düzenleme getirilmiş olmasa da işverenleri, başka işyerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bu çalışanların işverenlerini bilgilendirmekle yükümlü tutmuştur.

Söz konusu yükümlülüğün içeriği; işçilerin işyerinde karşılaşabilecekleri sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler başta olmak üzere; kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumlulukları, ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişilerle ilgili bilgi verilmesi ve belirtilen bilgileri almalarını sağlamaya yöneliktir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 17. maddesinde ise çalışanların eğitimi konusunda düzenlemeye gidilmiştir. Düzenlemenin içeriğinden de anlaşılacağı

üzere asıl işverene doğrudan alt işverenin işçilerine eğitim verme yükümlülüğü getirilmemiştir.

Aynı maddenin 5. fıkrasında "Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılacak sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar işe başlatılmaz." düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile dolaylı olarak da olsa alt işveren işçilerinin eğitilmesi konusunda asıl işverene sorumluluk yüklendiği sonucuna varılabilir

Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin işverenin yükümlülüklerini düzenleyen 5. maddesinin 3. fıkrasında İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında belirtilen asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, alt işverenin çalışanlarının eğitimlerinden, asıl işveren alt işverenle birlikte sorumludur." düzenlemesine yer verilmiştir.İş Sağlığı ve Güvenliği konusunda çalışanların eğitilmesi için daha özel bir düzenleme olan bu yönetmelik hükmü alt işveren işçilerinin eğitimi konusunda asıl işverene de açıkça sorumluluk yüklemiştir

İş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma konusu İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Madde hükmünde diğer maddelerden farklı olarak 'başka işyerinden gelen çalışanlar' kavramı yerine 'alt işveren işçileri' kavramı kullanılmıştır. maddenin 1. fıkrasında "Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular.' düzenlemesine yer verilmiş; 2. fıkrasında ise "Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde; asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararları uygulanması konusunda işbirliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır" düzenlemesine yer verilmiştir.

Kanunun 22. maddesinin 2. fıkrasının devamında ise "İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur." şeklindeki düzenlemelere de yer vererek asıl işverene koordinasyonu sağlamak için yetkili temsilci atama yükümlülüğü getirmiştir.

Ayrıca 22. maddenin 3. fıkrasında "Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde

işverenler birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir." düzenlemesi ile de kurul kararlarından işverenlerin birbirlerini bilgilendirmeleri yönünde düzenlemeye gidilmiştir.

İş sağlığı ve güvenliğinde koordinasyonun sağlanmasına yönelik düzenlemeye İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 23. maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemenin 1. fıkrasında "Aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda işverenler; iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında iş birliği yapar, yapılan işin yapısı göz önüne alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulması çalışmalarını koordinasyon içinde yapar, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini bu riskler konusunda bilgilendirir" hükmü yer almaktadır. Düzenlemeyle aynı çalışma ortamında bulunan işverenlerin iş hijyeni ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında koordinasyon içinde olmaları gereği vurgulanmıştır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bir gereği olarak asıl işveren, iş sağlığı ve güvenliği konusunda alt işverenin işçilerine işyerindeki davranışları ile ilgili olarak genel nitelikli talimatlar verebilir ve alt işveren işçilerinin de bu talimatlara uyması gerekir. Buna ek olarak ayrıca asıl işverenin, alt işveren ve işçilerinin talimatlarına uyup uymadıklarını denetlemesi de gerekmektedir. Bu nedenle alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işyerinde yürütülen iş nedeniyle maruz kaldıkları iş risklerine karşı korunmalarının, alt işvereninin yanında asıl işverenin de sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

Alt işveren ve asıl işveren arasında her ne kadar sözleşmesel bir ilişki bulunmasa bile alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işyerinde yaptıkları iş asıl işverenin işidir ve bu konuda en çok menfaati bulunan kişi asıl işverendir. Ayrıca her ne kadar alt işverenin iş yaptığı asıl işverenin işyeri alt işveren açısından ayrı bir işyeri olarak değerlendirilse de işyerinin fiziken ve hukuken asıl sorumlusu asıl işverendir. Bu nedenle asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliği hükümleri nedeniyle olan sorumluluğu iş ilişkisinden ya da sosyal temastan doğan edimden bağımsız koruma yükümlülüğüdür. Edimden bağımsız koruma yükümlülüğü olarak kabul edilmesinin en önemli uygulama konusu ise, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulması, işyeri hekiminin bulundurulması, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasına ilişkindir.

Asıl işverenin alt işverenin yanında iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden sorumluluğuna ilişkin Yargıtay uygulamalarına bakıldığında ise Yargıtay'ın bu konuda henüz görüş birliğine vardığından söz etmemiz mümkün değildir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun temizlik işinin ihale suretiyle verilmesi halinde iş kazasından asıl işverenin sorumluluğuna ilişkin 02.02.2011 tarihli

kararında; asıl işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun niteliği ve sınırlarına ilişkin 03.02.2010 tarihli kararında asıl işvenin iş ve sosyal güvenlik hükümleri çerçevesinde sorumluluğu için hukuka uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığını aramış, bu şekilde kurulan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcutsa asıl işverenin de alt işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olacağını hükme bağlamıştır.

Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Mahkemece bu hususları araştıran bir inceleme yaptırılması zorunludur. Sigorta müfettişi ve Ceza soruşturmasında atanan bilirkişi tarafında da belirlendiği üzere, alt işveren konumunda olan O Ltd.Şt iş sağlığı ve güvenliği eğitimin verdiği ölen işçinin imzası ile kanıtlanmıştır. Bunun dışında kalan yükümlülüklerin diğer davalı olan Ö A.Ş' ne ait olduğu düşünülmektedir.

3. 11. Asliye Ceza Mahkemesi 2014 /771 sayılı dosyasının bekletici mesele yapılması O Ltd.Şti vekili tarafından talep edilmiş bulunmaktadır.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı olan 74. maddesi de şöyledir: "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz."

Her iki yasanın bu hükümlerine göre, hukuk hakimi:

1. Ceza mahkemesinin sorumluluk kurallarıyla bağlı değildir. Bu nedenle:
   a) Kusuru ve derecesini (gerekli buluyorsa) ceza mahkemesinden ayrı ve bağımsız olarak yeniden değerlendirebilecektir.
   b) Haksız eylemi işleyenin ayırtım gücüne sahip olup olmadığını, ceza davasından ayrı ve Medeni Yasa hükümlerine göre yeniden araştıracak ve değerlendirecektir.
2. Eylemin hukuka aykırı olup olmadığını, ceza mahkemesince verilen aklama (beraat) kararı ile bağlı olmaksızın yeniden araştırıp saptayacaktır.
3. Eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağını, ceza hukuku kuralları dışında, özel hukuk ilkelerine göre yeniden belirleyecektir.
4. Davalının, haksız eylemi işleyen kişi olup olmadığı ve eylemin suç niteliği taşımadığı (ceza mahkemesince kesinlikle saptanmamışsa) hukuk hakimi yeni topladığı kanıtlarla birlikte değerlendirecek ve suç niteliği varsa bunu ortaya çıkaracaktır.

5. Ve nihayet zararı ve tutarını doğrudan belirleyecektir.

Ancak, hukuk hakimine BK.53.(TBK.74.) maddesi ile tanınan bu yetkiler sınırsız değildir. Bu nedenle, ceza mahkemesi kararları:

1) Hukuk Hakimini bağlayan kararlar,

2) Hukuk Hakimini bağlamayan kararlar olarak ikiye ayrılmaktadır

HUKUK HAKİMİNİ BAĞLAYAN KARARLAR

Her ne kadar, BK.53.(TBK.74) maddesi metninde, ceza mahkemesince verilen kararların hukuk hakimini bağlayacağına ilişkin açık bir hüküm yoksa da, bu maddenin genel yorumundan ve özellikle son cümlesinin karşı anlamından, ceza mahkemesince verilen mahkumiyet kararındaki, eylemin hukuka aykırılığını ve nedensellik bağını saptayan maddi olay konusundaki kabulünün hukuk hakimini de bağlayacağı hem bilimsel, hem de kökleşmiş içtihatlarla benimsenmiş bulunmaktadır. Esasen 1086 sayılı HMUK'un kesin kanıta ilişkin 295. maddesinin 1. fıkrası (6100 sayılı HMK.204. maddesi 1. fıkrası) hükmü de BK.53.(TBK.74.) maddesi hükmünün bu biçimde yorumlanmasını gerektirmektedir.

Ceza mahkemesinin, uyuşmazlık konusu bir olayın tesbitine, başka bir deyişle, olayın varlığı ve bu olayın sanık tarafından işlendiğine ilişkin maddi nedensellik ilgisini tesbit eden kesinleşmiş hükmü, hukuk mahkemesi yönünden de kesin hüküm demektir. Bunun nedeni, ceza yargılamasında ispat araçları bakımından, ceza hakiminin hukuktakinden çok daha elverişli bir durumda oluşudur. Bu nedenle, ceza mahkemesinin maddi nedensellik ilgisini tesbit eden kesinleşmiş hükmünün, hukuk hakimini bağlamasına, BK.53.(TBK.74.) maddesi de engel değildir.

Ceza mahkemesinde, haksız eylemin öğelerinden eylem, nedensellik bağı ve hukuka aykırılık yönleri saptanmış ve bunlar kesinleşmişse, bu üç öğe bakımından ceza mahkemesinin mahkumiyet ya da beraat kararı hukuk hakimini bağlayacaktır.

Sonuç olarak ceza hakimi, suçun işlendiğini veya işlenmediğini kesinlikle saptamışsa, bu hukuk hakimini bağlayacaktır. Ceza mahkemesinin mahkumiyet kararı ve o kararın dayanağı maddi vakıalar hukuk hakimini bağlar. Davalının ceza mahkemesinin kararıyla kesinleşen eylemlerinin vaki olmadığı, hukuk mahkemesinde tartışma konusu yapılamaz. Sadece bu eylemlerin ne oranda kusuru gerektirdiği incelenebilir. (10.HD.01.12.1981, 5692/6273, Yasa HD.1982/2-267, no:74)

Hukuk hakimi, ceza hakimini mahkumiyet kararına götüren olaylarla bağlıdır. O halde hukuk hakimi, artık olayların başka şekilde gerçekleştiğini benim-

seyemez ve zararın var olmadığını kabul edemez. (4.HD.05.10.1987, 4123-7124, YKD.1987/12-1770)

B.K. nun 53. maddesi uyarınca ceza mahkemesinin sabit saydığı olaylar üzerine verdiği ve kesinleşen mahkumiyet kararı hukuk hakimini bağlar.(4.HD.04.02.1992, 90/12957-92/959, YKD.1992/5-693)

Sanığın eylemi işlemediğinin anlaşıldığını belirleyen veya bir takım olayların belli bir biçimde gerçekleştiğini tesbit eden beraat kararları hukuk yargıcını bağlar. Çünkü bu yoldaki karar hukuk yargıcı için kesin kanıt niteliğindedir.(4.HD.28.11.1980, 11180-13789, Yasa H.D.1981/1-81, no:15)

Eylemin hukuka aykırılığını ve nedensellik bağını saptayan maddi olgularla bağlılık B.K. nun 53. maddesi metninde ceza mahkemesince verilen kararların hukuk hakimini bağlayacağına dair açık bir hüküm yoksa da, bu maddenin genel yorumundan ve özellikle son cümlesinin karşı anlamından ceza mahkemesince verilen mahkumiyet kararındaki fiilin hukuka aykırılığını ve illiyet bağını saptayan maddi olay (vakıa) konusundaki kabulün hukuk hakimini de bağlaması anlamı çıkmaktadır.

HUKUK HAKİMİNİN CEZA MAHKEMESİ KARARLARI KARŞISINDA BAĞIMSIZLIĞI

BK.53. maddesinde (TBK.74. maddesinde) hukuk hakimine geniş bir bağımsızlık tanınmıştır. Ceza hakiminin, suçun işlendiğine ilişkin mahkumiyet veya işlenmediğine ilişkin kesin aklama (beraat) kararları ile bu kararlardaki eylemin hukuka aykırılığını ve nedensellik bağını saptayan maddi olgular dışında, hukuk hakimi, ceza mahkemesi kararlarıyla bağlı değildir. Yasa hükmüne göre bu bağımsızlık ilkesi başlıca şu hususları kapsamaktadır:

1. Delil yetersizliğine dayanan aklama (beraat) kararı hukuk hakimini bağlamaz.

Ceza mahkemesinde, suçun sanık tarafından işlenmediğinin saptanması nedeniyle verilen beraat kararının Hukuk Mahkemesine etkisi düşünülürse de, kesin delil bulunmaması nedeniyle beraat kararı verilmesi halinde bu nitelikteki kararın Hukuk Hakimini bağlayacağı söylenemez. (HGK. 30.01.1976, 1974/4-475 E. 1976/159 K., YKD.1976/9-126

Ceza mahkemesinde, suçun sanık tarafından işlenmediğinin saptanması nedeniyle verilen beraat kararının Hukuk Mahkemesine etkisi düşünülürse de, kesin delil bulunmaması nedeniyle beraat kararı verilmesi halinde bu nitelikteki kararın Hukuk Hakimini bağlayacağı söylenemez.(HGK. 30.01.1976, 1974/4-475 E. 1976/159 K., YKD.1976/9-126

2. Kusurun kast çeşidini esas alan ceza mahkemesi beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz.

Bilindiği gibi kusur, kast ve ihmal olarak iki çeşittir. Hukuki sorumlulukta hem nicelik ve hem nitelik bakımından kusurun ihmal türü önemlidir. Zararlı sonucu istememekle birlikte bunun gerçekleşmemesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi durumunda ihmalin var olduğu kabul edilir; dikkatsizlik ve özensizliğin varlığı, diğer unsurların bulunması koşuluyla, hukuki sorumluluk için yeterlidir. Bu nedenle, özellikle maddi olgu saptanmadan, kanıt yetersizliği nedeniyle verilen ve kusurun kast çeşidini esas alan ceza mahkemesi beraat kararı hukuk hakimini bağlamayacaktı BK. m.53, TBK. m.74) (4.HD.31.03.1988, 59-3302, YKD. 1988/11-1504)

3. Eylemin hukuka aykırılığını belirlemede bağımsızlık

Ceza mahkemesince, eylemin hukuka aykırı olmadığı gerekçesiyle verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz. "Ceza hakiminin beraat kararı vermesi durumunda, hukuk hakiminin, eylemin hukuka aykırı olup olmadığını belirlemede de bağımsızlığı vardır. Ceza mahkemesinin topladığı deliller doğrudan doğruya mahkeme tarafından takdir edilerek, davalının hareketinin haksız eylem mahiyetinde olup olmadığının ve kusurlu bulunup bulunmadığının tayini gerekir." (3.HD.03.03.1959, 1455-1262)

4. Ceza mahkemesinin nedensellik bağının bulunmadığına ilişkin kararı hukuk hakimini bağlamaz. Ceza mahkemesinin nedensellik bağını saptayan kararı, hukuk hakimini bağlar ise de, nedensellik bağının bulunmadığına ilişkin kararı hukuk hakimini bağlamaz. Ceza hukukunda benimsenen nedensellik bağı ile özel hukuktaki "uygun nedensellik bağı" kavramları aynı nitelikte değildir. Ceza hukukunda oldukça dar tutulurken, hukuki sorumlulukta kolaylaştırma ve olasılığı önemli ölçüde artırma kavramlarıyla genişletilmiştir. Bu nedenledir ki, hukuk hakimi, ceza hakiminin nedensellik bağı bulunmadığına ilişkin kabulü ile bağlı değildir.

Haksız eylemler, en önemli borç kaynaklarından biri olup, haksız eylemin unsurlarını: a) Eylem b) Hukuka aykırılık, c) Zarar, d) Kusur, e) Uygun nedensellik bağı oluşturur. Haksız eylem bir şeyi yapma biçiminde olabileceği gibi, yapmama biçiminde bir davranış da olabilir.

Eylem, nitelikçe olayların akışına ve genel yaşam deneylerine göre bir zarar oluşturmaya elverişli ise, o eylem ile zarar arasında "Uygun nedensellik bağı"bulunduğundan söz edilir. Başka bir anlatımla, zararlı sonuç, oluş biçimine göre eyleme uygun ise, onun uygun sonucu olarak görülebiliyorsa, uygun nedensellik bağı var demektir.

Haksız eylemi işleyen kimse, uygun nedensellik bağı çerçevesine giren bütün zararlardan sorumludur.

Eylem ile zararlı sonuç arasında böyle bir bağın var olup olmadığı her şeyden önce mantık kurallarına göre belirlenir. Ancak mantık kuralları çerçevesinde nedensellik bağının kesin ve belirgin göründüğü her olayda eylemciyi o eylemin bütün sonuçlarından sorumlu tutmak her zaman adalet duygusuna uygun düşmeyebilir. O nedenle, sorumluluğun var olduğunu kabul edebilmek için, öğretide ve Türk ve İsviçre uygulamasında da kabul edildiği üzere, eylemin nitelikçe olayların doğal ve alışılmış akışına, yaşam denemelerine ve nesnel (objektif) olasılığa göre, oluşmuş zarar türünden bir zararı doğurmaya elverişli bulunması gerekir ki, buna "uygun nedensellik" denir. Eğer ortaya çıkan sonuç, yaşamın doğal akışına ve yaşam denemelerine göre beklenilmeyecek bir nitelikte ise, eylem ile sonuç arasında mantıksal açıdan bir nedensellik bulunsa bile, eylemi işleyen bu olağandışı, benzersiz ve nedensiz sonuçtan sorumlu tutulamaz. Bu gibi durumlarda, zararın gerçekte başka bir biçimde oluştuğu kanıtlanırsa nedensellik bağı kesilmiş olur. Ceza

HUKUK HAKİMİNİN KUSUR ORANLARINI BELİRLEMEDE BAĞIMSIZLIĞI

BK.53.(TBK.74) maddesinde haksız eylemin "kusur" öğesi konusunda hukuk hakimine tanınan yetkiler iki bölüm olup, birincisi "kusur bulunup bulunmadığına", öteki "kusurun derecesini ve zararın tutarını belirlemeye" ilişkindir.

Maddenin ilk cümlesine göre: "Hakim, kusur bulunup bulunmadığına karar vermek için, ceza hukukunun sorumluluk kurallarıyla bağlı değildir."

Madde metninden çıkan anlama göre, bağlı olunmayacak olan yalnızca "ceza hukukunun sorumluluk kuralları"dır. Yoksa, yukardaki bölümlerde incelendiği üzere, suçun işlendiğine ilişkin hükümlülük kararları, ceza mahkemesinde toplanan kanıtlar, hukuka aykırılık durumları, nedensellik bağı ve maddi olgular hukuk hakimini bağlayacaktır. Öyleyse hukuk hakiminin "kusur bulunup bulunmadığına" karar vermedeki bağımsızlığı, sınırsız bir bağımsızlık değildir. Eğer ceza mahkemesinde hükümlülük kararı verilmiş ve haksız eylemi işleyen belli bir oranda kusurlu bulunmuşsa, hukuk hakimi artık bunu büsbütün yok sayamayacak; yeniden kusur oranı belirlerken, ceza mahkemesinde toplanan kanıtları ve maddi olguları gözönünde bulunduracaktır.

Maddenin ilk cümlesine göre "kusurun varlığını" araştırmada yetkileri sınırlı olan hukuk hakimi, maddenin ikinci cümlesine göre "kusurun derecesini ve zarar tutarını belirlemede" tam bağımsız kılınmıştır. Maddenin ikinci cümlesinde "Ceza mahkemesinin kararı, kusurun değerlendirilmesi ve zarar tutarının saptanması

konularında hukuk hakimini bağlamaz." denilmiştir. Görüldüğü gibi, hukuk hakiminin kusurun varlığını ya da yokluğunu belirlemede yetkileri sınırlı ve ceza mahkemesinin saptamalarıyla bağlı; buna karşılık kusurun derecesini ve zararın kapsamını değerlendirme yönünden yetkileri sınırsız ve kararlarında bağımsızdır. Hukuk hakiminin bu yöne ilişkin yetkileri, bu bölümün konusu olan uzamış ceza zamanaşımının uygulanması sorunları ile doğrudan bağlantılı olmadığından ve ayrı bir incelemeyi gerektirdiğinden burada yer vermiyoruz.

Bütün açıklanan bu nedenlerle hukuk hakiminin Ceza Mahkemesinin kararını beklemesi daha uygun olacaktır.

4. İş ve sosyal güvenlik mevzuatında sigortalı veya hak sahiplerinin Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile sağlanan haklar dışında kalan zararlarını işverenden isteyip isteyemeyecekleri konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık işçinin veya ölümü halinde destekten yoksun kalanların SGK tarafından karşılanmayan zararları için işverene başvurabilecekleri gerek doktrin gerekse Yargıtay tarafından Kabul edilmektedir.

Yargıtay işçi veya hak sahiplerinin haklarını almak için öncelikle Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurmaları ve mahkemece tazminata hükmedilmeden bunun sonucunun beklenmesi gerektiğini karar bağlamaktadır. Bunun için işçi veya hak sahiplerine bir önel verilmektedir. Yarg. 21 HD 27.6.2007, 8888/10428, YKD, Şubat 2008, s.293-296; Yargıtay 21 HD, 5.7.2004, 6443/6691, İHSGHD, 4, s.1512.

Bunun için Mahkemece öncelikle davacıların SGK'na gelir bağlanması için başvurup vurmadıklarının belirlenmesi gerekmektedir. Başvurmuş olup da SGK tarafından hak sahiplerine gelir bağlanmış ise, bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin hesaplanması gerekecektir. Hesaplana peşin sermeye değeri genellikle bu durumlarda davacıların maddi zararını (destekten yoksun kalma tazminatını) karşıladığı için maddi tazminat bakımından davanın redde sonucunu doğurmaktadır. Eğer Mahkeme tarafından hak sahiplerinin gelir bağlanmak üzere Kuruma başvurmadıkları belirlenirse, bağlanması için hak sahiplerine önel vermesi gerekecektir.

5. Bireysel İş Hukuku ve Borçlar Hukuku açısından işverenin sorumluluğunu doğuran iş kazası kavramı ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre iş kazası kavramının farkını belirleyen husus her iki durumda illiyet bağının farklı şekilde ortaya çıkmasıdır. Gerçekleşen kazanın hangi hallerde Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası anlamında iş kazası sayılacağı bu yasanın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Kazanının 5510 s. kanunun 13. maddesinde sayılan hallerden birinde gerçekleşmiş olması bu yasa açısından iş kazasının varlığı için yeterlidir. Uyuşmalık konusu olayda kaza işyerinde mey-

dana geldiği için Sosyal Güvenlik Kurumunun yükümlülüklerinin doğması açısından illiyet bağı gerçekleşmiş sayılır.

Buna karşılık işverenin işi kazasından hukuken sorumlu tutulabilmesi için, meydana gelen kaza ile yapılan iş arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Olayın Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun 13. maddesi anlamında bir iş kazası sayılması her durumda işverenin sorumlu tutulması için yeterli değildir.

Yapılan iş ile kaza arasında uygun illiyet bağının kurulabildiği hallerde söz konusu olan işverenin sorumluluğu anılan illiyet bağı kesildiği taktirde ortadan kalkar. Uygun illiyet bağını kesen nedenler, kazaya uğrayan işçinin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru veya mücbir sebeptir.

Her şeyden önce işçi kendi kusuru ile iş kazasına uğramışsa, diğer deyişle işçinin kusurlu davranışı, yapılan iş ile kaza arasındaki bağı tamamen geri plana itmişse, kazayı meydana getiren temel neden olarak ortaya çıkıyorsa illiyet bağı kesilir. İlliyet bağının kesilmesi için işçinin kusurunun mutlaka kast düzeyinde veya %100 olması gerekmez. Yargıtay'ca da kabul edildiği üzere işçinin ağır kusuru da bu bağı kesebilir.

Aynı şekilde, iş kazası üçüncü kişinin tam veya ağır kusuru sonucunda gerçekleşmişse uygun illiyet bağı kesildiğinden işveren sorumlu tutulamaz.

Kanımızca ölen işçinin işveren veya işveren vekili tarafından herhangi bir talimat olmadan varili keserek kullanmaya ve varilin üstüne çıkarak işgörme borcunu yerine getirmeye karar vermesi ve bunu arkadaşından rica etmesi; arkadaşının da yine işveren veya işveren vekili tarafından bir talimat olmamasına rağmen sadece iş arkadaşının isteği ile yag varilini kaynakla kesmeye karar vermesi ve bunu gerçekleştirmesi, hem ölen işçinin hem de arkadaşının bu davranışı iş kazası bakımından aranan uygun illiyet bağını kesecek derecede ve yoğunluktadır. Bu sebeple işverenin sorumlu tutulmasının mümkün olamayacağı düşünülmektedir.

Kaldı ki uyuşmazlık konusu olayda illiyet bağını etkileyen bir unsur daha bulunmaktadır. daha doğrusu kaza ile zarar arasında bulunması gereken illiyet bağı bakımından da Bozyaka Devlet Hastanesinin kusurunun da araştırılması gerektiği düşünülmektedir. Zira ölen işçinin kardeşi ve dosyada dinlenen tanıklar, davacının kaza sonrası ayakta hastaneye gidip yatışını gerçekleştirdiğini, yattıktan sonraki bir haftalık süreçte gayet iyi olduğunu, tedavilere cevap verdiğini, ziyaretçileri ile ayakta görüşerek sohbet ettiğini, ancak kazadan sonraki 10. günde aniden fenalaşarak öldüğünü ifade etmişlerdir. Bu sebeple ölen işçinin kardeşi ve tanıklar, ölümün hastane enfeksiyonu sebebiyle meydana geldiği

yönünde beyanda bulunduklarından Mahkeme tarafından kaza ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının da kesilip kesilmediğinin araştırılması gerektiği düşünülmektedir.

6. İşçinin ölmesi halinde yakınları manevi tazminat talep edebilir. Manevi tazminatı talep hakkı BK 56. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "***hakim bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar gören veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebil***ir". Görüldüğü gibi, BK 56/1 de kazaya uğrayan işçi ve yakınları tarafından manevi tazminat talep edilebilmesi için kusurdan söz edilmemiş, buna karşılık ölçüt olarak özel hallerin varlığı aranmıştır. Özel hallerin bulunup bulunmadığı yargıç tarafından her olayın özelliği göz önünde tutularak kararlaştırılacaktır.

Borçlar Kanunun 56 maddesinde belirtilen özel haller arasında her şeyden önce işverenin kusurlu bulunması yer alır. BK' da yer alan özel haller sadece söz konusu durumun bir manevi tazminat gerektirip gerektirmeyeceği konusunda değil aynı zamanda ödenecek manevi tazminat miktarının taktirinde de önem taşır.

C. İşçinin Kendisine Hatırlatıldığı Halde Görevlerini Gereği Gibi Yapmamakta Direnmesi

OLAY

(A), 276 işçinin çalışmakta olduğu (B) A.Ş.'de 02.09.1996 tarihinde elektrik teknikeri olarak çalışmaya başlamıştır. (A) 26.08.2008 tarihinde çalışmakta olan elektrik motoruna su tutarak temizlemeye kalkışması neticesinde motorun yanması, kendisinin ve diğer personelin can güvenliğini tehlikeye düşürmesi nedeni ile ihtar cezası almış, 23.09.2008 tarihinde de rögar pompası tesisatı yenilenmesi işinde işin kolayına kaçarak, mesleki bilgi ve formasyonuna aykırı davrandığı gerekçesi ile ihtar cezası almıştır. Son olarak 29.11.2008 vardiyasında kendisine yazılı olarak, "vardiya sonuna kadar verilen işi gerektiği gibi yapmadığı, pano bağlantılarını yaparken kabloları ters bağladığı gerekçesi" ile (A)'nın savunması istenmiş, (A) sürenin yeterli olmaması sebebi ile görevini yerine getiremediğini belirtmiş olmakla birlikte, işveren bu savunmayı yeterli bulmayarak, iş sözleşmesini TİS'in 46. maddesi* uyarınca 15.12.2008 tarihli Disiplin Kurulu kararı ile İş Kanunu'nun 25/II-h hükmü uyarınca 15.12.2008

* TİS md.46: "... işçi ihtar cezası alırsa işten çıkarma cezası uygulanabilir."

tarihinde feshetmiştir. Bunun üzerine (A) 29.12.2008 tarihinde iş sözleşmesinin işveren (B) tarafından geçerli bir neden olmaksızın feshedildiği gerekçesi ile işe iade davası açmıştır.

SORULAR

1. (A)'nın işe iade davası açma hakkı var mıdır? Açıklayınız.
2. Siz olsaydınız (A)'nın talepleri karşısında nasıl bir karar verirdiniz? Açıklayınız.

CEVAPLAR

1. Somut olaydan (A)'nın (B) A.Ş.'de 02.09.1996 tarihinde çalışmaya başladığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla altı aylık kıdem koşulunu sağladığı, işyerinde 30 dan fazla işçi çalıştırıldığı, (A)'nın sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu ve Yasa'da belirlenen işveren vekillerinden olmaması koşullarının da gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Davanın 29.12.2008 tarihinde yani bir aylık hak düşürücü sürede açıldığı da görülmektedir. Bu nedenle (A)'nın işe iade davası açma hakkı vardır.

2. (A)'nın 26.08.2008 tarihinde çalışmakta olan elektrik motoruna su tutarak temizlemeye kalkışması ve motorun yanmasından ziyade kendi can güvenliği ve diğer personelin can güvenliğini de tehlikeye atması ile bir elektrik teknisyenin davranmaması gerektiği şekilde bir davranış sergilediği görülmektedir.

(A)'nın 29.11.2008 tarihinde iş emri ile verilen işi gereği gibi yapmadığı, bağlantıları karışık ve düzensiz yaptığı ve bağlantıları yerine bağlarken ters bağladığı anlaşılmaktadır.

İş Kanunu'nun 25/II-h fıkrası gereğince "*işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi*" halinde işveren lehine haklı nedenle fesih hakkı doğar. İşveren lehine derhal fesih hakkının doğumu için işçiye önce görevini yerine getirmesi konusunda bir hatırlatmanın (uyarının) yapılmış olması zorunludur. Bu uyarıya rağmen işçi görevini yapmamakta ısrar ederse iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir. Uyarının şekli konusunda Yasa'da herhangi bir hüküm yer almıyorsa da bunun yazılı yapılması ispat kolaylığı sağlar.

19.08.2008 tarihinde yapılan temizlikte; motoru çalışmakta iken (A)'nın temizlemek amacıyla üstüne su tutarak kısa devre yapması ile ilgili olarak (A)'ya 26.08.2008 Disiplin Kurulu kararı ile 2. ihtar cezası verilmiştir.

29.11.2008 tarihindeki olay ile ilgili olarak (A)'dan savunma istenmiş, (A) sürenin yeterli olmaması sebebiyle işi gerektiği gibi yapamadığını belirtmiştir. Bu savunma işveren tarafından yetersiz bulunmuştur.

Davacıya TİS'nin 46 maddesi hükmü uyarınca iki ihtar cezasından sonra işten çıkarma cezasının uygulandığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle TİS'nin 46. maddesine uygun olarak disiplin kurulu kararı ile fesih hakkının kullanılmış olması karşısında, (A)'ya yapmakla görevli olduğu ödevleri gereği gibi yapmamakta ısrar etmesi nedeniyle işveren haklı sebeple sözleşmeyi feshedebilecektir. Bu durum karşısında işçi işe iade talebinde bulunamaz.

D. Rekabet Yasağı

OLAY

İzmir'de bulunan ambalaj sektöründe faaliyet gösteren (A) A.Ş.'de üretim müdürü (makine mühendisi sıfatıyla) olarak çalışan (B) 03.12.2001 tarihinde imzaladığı iş sözleşmesini 24.11.2006 tarihinde evlilik nedeniyle feshetmiştir. (B), (A) A.Ş.'ne girerken 03.12.2001 tarihinde "Rekabet Yasağı Sözleşmesi" de imzalamıştır. Bu sözleşme uyarınca (B), (A) A.Ş. ile aynı faaliyeti gösteren Ege ve Akdeniz Bölgeleri'ndeki rakip firmalarda işten ayrıldığı tarihten itibaren 3 yıl boyunca çalışmamayı ve cezai şart olarak 10.000 USD ödemeyi taahhüt etmiştir. Ayrıca taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin eki niteliğinde "Görev Tanımı" adlı belgenin 12. maddesinde "*Bu işin tam olarak yapılabilmesi için, gerekli olan ön hazırlıklar, raporlama, prezantasyon, müşterileri karşılamak, çalışma yerini özenli ve temiz tutmak, 5 S ve HACCP Sistemi gereklerini yerine getirmek, diğer çalışanlarla gerekli işbirliğini sağlamak, bu görev tanımında yazılmamış olsa bile işin muhtevasına dahil olup, görev tanımında yazılı olmadıkları gerekçesiyle yapılmalarından kaçınılamaz*" hükmü yer almaktadır. (B) 27.12.2006 tarihinde yine İzmir'de (A) A.Ş. ie aynı alanda faaliyet gösteren (E) A.Ş.'de üretim müdürü olarak işe başlamıştır. Bunun üzerine (A) A.Ş. de iş mahkemesine cezai şartın tahsili talepli dava açmıştır. (B) cezai şartın fahiş olduğu gibi, Ege ve Akdeniz Bölgelerinde çalışmamaya ilişkin sınırlandırmanın geçerli olmadığı iddiasında bulunmuştur.

SORULAR

1. İş akdinin (B) tarafından evlilik nedeniyle feshedilmesi rekabet yasağı sözleşmesini ortadan kaldırır mı? Neden?
2. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması için hangi unsurları taşıması gerekir? Açıklayınız. Somut olay bakımından değerlendirme yapınız.
3. Rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şartın kararlaştırılmış olması ne anlama gelir? Cezai şartın fahiş olduğu ileri sürülürse ne olur?
4. Rekabet yasağı sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme konusunda yargı kararlarında değişiklik olmuş mudur? Değişikliğin kapsam ve gerekçesini açıklayınız.

CEVAPLAR

1. (B)'nin işyerinden evlilik nedeniyle sözleşmesini feshederek ayrılmasının söz konusu olması nedeni ile rekabet yasağı sözleşmesinin geçeriz sayılması gerektiği ileri sürülebilir mi?

Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin 2. fıkrasında "İş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez" kuralına yer verilmiştir. Anlaşılacağı üzere bu hüküm uyarınca, (A) A.Ş.'nin rekabet yasağına aykırılık nedeni ile dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş olması gerekir. Uyuşmazlık konusu olay bakımından davalı işçinin iş sözleşmesini evlilik nedeni ile İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenen kıdem tazminatına hak kazandıran bir şekilde sona erdirmesi söz konusudur. Ancak bu fesih hali, Borçlar Kanunu 352/2 de sayılan ve rekabet yasağına aykırılıktan dolayı dava açılmasına engel olan iki fesih sebebinden hiçbirisi olmadığından, (B)'nin evlilik sebebiyle sözleşmeyi feshetmiş olmasının, A tarafından rekabet yasağına aykırılıktan dolayı dava açılmasına engel oluşturmayacaktır.

2. A. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Amacı

Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işverene ait sırların işçi tarafından başka bir iş ya da çalışma ilişkisi içerisinde kullanımının önüne geçmektir. Gerçekten işçi iş ilişkisi içerisinde işverene ait birçok sırrı öğrenebilmekte, işverenin müşterileri ile olan ilişkilerinin ayrıntılarına sahip olabilmektedir. Dolayısıyla taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile sırların saklanmasını ve/veya rekabetin yasaklanmasını hedefleyebilirler.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin kendi rızasıyla hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra işverenin işine rakip bir işle uğraşmayacağını veya böyle bir işe iştirak etmeyeceğine dair taahhüt altına girdiği bir sözleşmedir. Rekabet yasağı sözleşmesinde, işveren işçinin hizmet sözleşmesinin devamı sırasında veya sona erdikten sonra kendisi ile rekabet teşkil edecek aynı cinsten bir işle uğraşmamasını, bu işle iştigal eden bir müessesede çalışmamasını veya ortak olmamasını şart edebilir. Bu sözleşme Borçlar Kanunu'nun 348-352. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır.

Borçlar Kanunu m. 348 göre "*İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf da, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve*

böyle bir müessesede şerik veya sair bir sıfatla alakadar olmamasını şart edebilirler.

Rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterilerini tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise caizdir.

İşçi, akdin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuniyetine dair olan şart batıldır"

B. Sözleşmenin Unsurları

a. Müşteri Çevresine veya İş Sırlarına Nüfuz Etme

Rekabet yasağının getirilmesindeki amaç, işçinin işyerinde öğrendiği özel bilgileri, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işverenle rekabet edecek tarzda kullanmasının önüne geçmektir. Dolayısıyla işverenin korunabilir haklı bir menfaatinin varlığı halinde sözleşmenin yapılabilmesine olanak tanınır.

Borçlar Kanunu'nda, haklı menfaatin içerisine nelerin girdiği açıklanmıştır. Gerçekten Borçlar Kanunu m. 448/2'ye göre "*Rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterilerini tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise caizdir*".

Rekabet yasağı anlamında müşteri, bir işyeri ile az veya çok bir süre ile ilişki kurarak, ondan mal veya hizmet kabul eden kimsedir. (AKYİĞİT, E., İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu İş, C.2, S.6-7, Ocak 1991, s.11, SOYER, P., Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, s.50) İşte, işçinin işverenle hukuki ilişkiye girmiş olan bu müşterilere yönelik bilgi sahibi olması, rekabet yasağı açısından haklılık taşıyabilir. Bununla birlikte, buradaki müşteri çevresine nüfuz etmeyi öyle sadece müşterilerin ismen bilinmesi değil, o işyeri ile olan ilişkilerine yönelik bilgiye sahip olmak biçiminde anlamak gereklidir. (AYİTER, N., Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuniyeti Mukavelesi, Arsebük'e Armağan, Ankara 1958, s.468; SOYER, s.52; AKYİĞİT, s.11) Bu anlamda müşterilerin ad-soyadları, meslekleri, adresleri telefonları, işyeri ile yaptıkları alışverişin cins ve miktarları ile bunların zamanları ve parasal boyutları gibi bilgiler müşteri çevresine ait bilgiler içerisinde yer alır.

Müşterilere ait bilginin iş sırrı niteliğini taşıyıp taşımaması gereği üzerinde de durulmalıdır. Yasanın lafzı rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için müşterilere ait bilgiye sahip olmayı yeterli görmekte, bunun iş sırrı vasfını taşıması şartını aramamaktadır. Zira madde metninde ***"veya iş sırları"*** ifadesi kullanılmaktadır.

b. İşverenin Önemli Bir Zarara Uğrama İhtimalinin Bulunması

Borçlar Kanunu m. 348/2 rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesini işçinin müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfuz etme olanağına sahip olmasını yeterli saymamakta, bu bilgilerin işçi tarafından kullanılması durumunda işverenin önemli bir zarar görme ihtimalini de aramaktadır. **İşçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmiş olması, çoğu kez işverene önemli bir zarar vermesi ihtimalinin de varlığını gösterir. Dikkat edilmesi gereken nokta, yasanın, somut bir zararı ispatlama zorunluluğu aramamış olmasıdır.** Önemli olan hizmet akdinin sona erdiği tarihte, işçinin elde ettiği bilgileri kullanarak, işverene önemli bir zarar vermesinin ihtimal dahilinde görülüp görülemeyeceğidir. Zararın hangi hallerde önemli sayılabileceğini önceden belirlenmiş genel bir ölçüye göre tespit etmek mümkün değildir. Bu konuda yargıç her olayın özelliğine göre sonuca varmak durumundadır. Zararın kolayca telafi edilemeyecek olması yeterlidir, yeter ki işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmesi olanağı ile uygun bir neden sonuç-ilişkisi içinde bulunsun.

Uyuşmazlık konusu olay bakımından, gerek davacı gerekse davalı tanıkları davalının davacının müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfuz etmiş olup olmadığı konusunda olayda bilgi verilmemiştir. Taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinin eki niteliğinde "Görev Tanımı" adlı belgenin 12. maddesinde "*Bu işin tam olarak yapılabilmesi için, gerekli olan ön hazırlıklar, raporlama, prezantasyon, müşterileri karşılamak, çalışma yerini özenli ve temiz tutmak, 5 S ve HACCP Sistemi gereklerini yerine getirmek, diğer çalışanlarla gerekli işbirliğini sağlamak, bu görev tanımında yazılmamış olsa bile işin muhtevasına dahil olup, görev tanımında yazılı olmadıkları gerekçesiyle yapılmalarından kaçınılamaz*" denilmektedir. Bu belgenin bu maddesi ve görevi tanımlayan diğer maddelerinin birlikte ele alınması durumunda, davalının davacının müşteri çevresine vakıf olduğu ve iş sırlarına nüfuz etmiş olduğu düşünülmektedir. Yasa'nın aradığı koşullar bakımından sırların aktarılması şart olmayıp, sadece müşteri çevresine nüfuz etmek yeterli olduğu gibi, oluşan bir zararın varlığının ispatlanması aranmadığından, zarar tehlikesinin bulunması ihtimali bile bu anlamda yeterli kabul edilecektir.

C. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İşçinin Ekonomik Geleceğinin Tehlikeye Uğratılmaması Amacıyla Sınırlandırılması

Burada belirtilen husus, işçinin ekonomik geleceğinin sınırlandırılmasının hakkaniyete aykırı olmamasıdır. Zaten bu nedenledir ki, yasa koyucu rekabet yasağı sözleşmesinin **zaman, yer** ve **konu** açısından sınırlandırılması gerektiğini öngörmüştür.

Borçlar Kanunu'nun 349. maddesine göre "*Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini men edecek surette zaman, mahal ve işin nev'i noktasından hal icabına göre münasip bir hudut şart edilmiş ise muteberdir.*".

Türk hukuku açısından başka hukuk sistemlerinden farklı olarak, rekabet yasağı açısından açık bir zaman sınırlaması öngörülmemiştir. Rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin işçinin ekonomik anlamda mahvına sebep olması, onun geçersizliği sonucunu doğurur. Belirtmekte fayda var ki Türk hukukunda süresiz rekabet yasağı sözleşmeleri de geçersizdir. Bunun yanında sürenin tespitinde işçinin işyerindeki konumu da önem kazanmaktadır. Dolayısıyla yönetici bir işçi ile yönetici olmayan veya kıdemli işçi ile kıdemsiz işçi arasında rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olacağı süreye ilişkin farklı kararlaştırmalar söz konusu olabilir.

Olayda üç yıllık bir rekabet yasağı bulunmaktadır. Davalının kıdemli işçi olduğu dikkate alındığında sınırlamanın uygun olup olmadığının takdiri hakime bırakılmaktadır.

Sözleşme yer açısından da sınırlandırılmış olmalıdır. **Sözleşmede öngörülen yer, işverenin korunmakta menfaati bulunan sahayı kapsamına almalıdır.** (AYİTER, s.472) Sözleşmede bu sınırlandırma Ege ve Marmara bölgesi ile sınırlandırılmaktadır. Davalı vekili böyle bir sınırlandırmanın geçerli olmadığı iddiasındadır.

Birincisi yukarıda belirtildiği gibi işverenin rekabet yasağı sözleşmesi ile getireceği yasak, korumakta menfaati bulunan yerlere ilişkin olacaktır. Doğal olarak davacı şirketin faaliyet konusunu oluşturan ambalaj üretimini gerçekleştiren yerlerde böyle bir yasağın getirilmesi haklı ve uygundur. İkincisi davalı makine mühendisi olup, bu mesleğini sadece ambalaj sektöründe değil, başka sektörlerde de yerine getirebilir.

Konu bakımından sınırlandırmaya gelince, rekabet yasağı sözleşmesinde her türlü faaliyetin değil, işyerinde yapılan işe ait faaliyetlerin kapsama alınması gerekmektedir. Böylelikle işverenin yaptığı işler, rekabet yasağı sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Ayrıca işçinin sözleşme ile sınırlandırılmış faaliyet alanı, onun çalışma hakkı ve meslek seçme özgürlüğünü de makul olmayan biçimde kısıtlamamalıdır. Bununla birlikte, rekabet yasağının kapsamının belirlenmesinde işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etme olanağının bulunduğu işler dikkate alınır.

Mevcut Rekabet Yasağı Sözleşmesinde konu bakımından getirilen sınırlamanın da bu aranan özelliklere uygun olduğu söylenebilecektir. Çünkü davalı

bakımından getirilen yasak, ambalaj sektörü ile sınırlı bulunmaktadır. Sonuç olarak, yasanın aradığı geçerlilik koşulları bakımından rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olup olmayacağını belirlemek hakime ait olmakla birlikte, sözleşmenin konu, yer ve zaman sınırlamaları bakımından geçerli olduğuna; (B)'nin müşteri çevresine nüfuz etme olanağına özellikle görev tanımında yapılan açıklamalar nedeniyle sahip olduğu düşünülürse, mevcut bir zarar söz konusu olmasa bile aynı il sınırları içinde rakip firmada aynı pozisyonda çalışmanın zarar ihtimalini yaratan bir olgu olarak kabul edilebilir.

3. Borçlar Kanunu, bir sözleşmede cezai şartın kararlaştırılması durumunda, **zarar söz konusu olmasa bile,** sözleşmenin ihlali halinde cezai şart konusu karşılığın talep edilebileceğini öngörmektedir. Gerçekten BK. m.159/1 göre, ***"Alacaklı zarar duçar olmasa bile ceza lazım olur".*** Dolayısıyla işverenler, zararı ispatlama borcundan kurtulmak için rekabet yasağı sözleşmelerinde aynı zamanda cezai şarta ilişkin düzenlemelere de yer vermektedirler.

Borçlar Kanunu m. 351/2, genel olarak cezai şart uygulamasından farklı bir sonuç benimsemiştir. (GÜNAY, C.İ., Cezai Şart, Ankara 2002, s.40) Rekabet yasağı sözleşmelerinde cezai şartın kararlaştırılması durumunda işçi bu miktarı ödemek suretiyle sözleşme ile bağlılıktan kurtulabilecektir. Oysa genel anlamı ile cezai şartta, borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifanın yerine getirilmemesi durumunda cezai şart kararlaştırılmışsa, seçimlik bir cezai şart söz konusudur. Alacaklı dilerse ifayı, dilerse cezai şart talep edebilir. (BK m.158)

Sözleşmeye aykırı davranış nedeni ile ortaya çıkan zarar kimi zaman cezai şart olarak kararlaştırılan miktarı da aşabilir. Borçlar Kanunu bu gibi durumlarda cezai şarttan fazla olan zararın da tazmin edilmesine olanak tanımaktadır (BK m.351/2).

İlave zararların tazmin edilebilmesi için, bunun rekabet yasağı sözleşmesinde ayrıca kararlaştırılmış olmasına gerek olup olmadığı sorulabilecektir. Bir görüşe göre, burada cezai şartı aşan bir zarar olması durumunda bunun talep edilebileceğinin kararlaştırılması gereklidir (AKYİĞİT, s.20). Öğretide hakim olan diğer bir görüşe göre ise, Borçlar Kanunu m. 351/2 de açık bir biçimde bu özellik belirtildiği için, tekrar sözleşmede ayrı bir kararlaştırmanın gerekmediği yolundadır. (GÜNAY, s.86; SOYER, s.30)

Belirtmekte yarar var ki, cezai şartın fahiş olması durumunda hakim tarafından indirilmesi mümkündür. (BK.m.161/3)

Olayda rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılmış bulunmaktadır. (B), (A) A.Ş.'nin uğradığı ya da uğraması muhtemel zararların tazmini hakkı saklı kalmak üzere, 10.000 ABD doları cezai şart ödemeyi taahhüt etmiş-

tir. **Doğal olarak yasa gereği, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli kabul edilmesi durumunda davalı bu cezai şartı davacıya, herhangi bir zarar doğumuna bağlı olmaksızın ödemek zorunda kalacaktır. (B)'nin iddiaları arasında cezai şartın fahiş olduğu iddiası yer almaktadır. Gerçekten hakimin kararlaştırılan cezai şartın fahiş olduğuna karar vermesi durumunda, fahiş cezai şarttan indirim yapma yetkisi bulunmaktadır.**

4. Rekabet yasağının ihlalinden doğduğu ileri sürülen cezai şart tahsili istemine ilişkin olup, öncelikle dikkate alınması gereken husus uyuşmazlığın 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iş mahkemesinin görevli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine göre, iş mahkemelerinin görevi, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesidir. Davanın açıldığı tarih itibariyle yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 348. maddesi "İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet sözleşmesinde her iki, sözleşmesinin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede çalışamamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını şart edebilirler. Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar husulüne verebilecek ise caizdir. İşçi sözleşmesinin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır." hükmünü haiz olup, madde metninden de anlaşılacağı üzere bu madde sözü edilen sırlara vakıf işçinin sözleşme yapmak şartıyla işten ayrılması halinde aynı işi kendi yapmamasını, rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olmamasını düzenlemektedir. Düzenleme, iş sözleşmesi içinde yer almakla birlikte iş sözleşmesi süresi içinde yapılmaması gereken bir hususta değil, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılmaması gereken bir hususta düzenleme getirmektedir. İş sözleşmesinin devamı sırasında rekabet yasağının ihlali şeklindeki sadakatsizlik iş mahkemesinde görülecek bir davanın konusunu oluşturur. Bu rekabet yasağının sözleşmeden veya kanundan kaynaklanmasının hukuki sonuçları aynıdır. Oysa somut uyuşmazlıkta davacı taraf, davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra gerçekleşen eylemi sebebiyle cezai şart istemektedir. Rekabet yasağının iş sözleşmesinin bitiminden sonraki bir tarihte ihlal edilmesi iş mahkemelerini görevli olmaktan çıkarmaktadır. Ayrıca rekabet yasağının belirlenmesinde ticari sırrın ne olduğu uzman mahkemelerce değerlendirilmesi gereken ve piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticari bir konudur. Kaldı ki, davanın açıldığı tarih itibariyle yürürlükte bulunan mülga 6762 sayılı

Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesiyle kanun koyucu çok açık bir şekilde 818 sayılı Kanun'un 348. maddesinden kaynaklanan davaların mutlak ticari davalardan olduğunu öngörmüştür. Mutlak ticari davalar herhangi bir unsurun, bağlama noktasının veya sebebin davanın ticari niteliğini değiştirmediği, mahkemenin kanaatinin rol oynamadığı davalardandır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 29.02.2012 tarihli 2011/11-781 Esas, 2012/109 karar sayılı ilamında da hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra gerçekleşen rekabet yasağına aykırılığı düzenleyen, 818 sayılı Kanun'un 348. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken uyuşmazlıklara ilişkin davaların 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-3. maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıdığı ve mutlak ticari davaların görülme yerinin ise açık biçimde ticaret mahkemeleri olduğu belirtilmiştir. Yargıtay'ın benzer davalarda verdiği kararlar da aynı doğrultudadır. Yarg.22 HD, 08.03.2013 tarih 2012/16795 esas 2013/4894 karar; 26.03.2013 tarih 2012/18453 esas 2013/6480 karar sayılı, Yarg.22 HD, 16.01.204 tarih, 2013/1856 esas, 2014/215; Yarg.9 HD., 17.02.2014 tarih, 2012/310 esas, 2014/4832 karar; Yarg.9 HD., 17.02.2014 tarih, 2012/314 esas, 2014/4831 karar; Yarg 9 HD, 03.06.2014 tarih, 2012/25286 esas, 2014/17992 karar sayılı ilamları) Açılanan sebeplerle, mahkemece ticaret mahkemelerinin görevine giren davanın görev yönünden reddi yerine esasına girilerek hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

XII. ÖZELLEŞTİRME

OLAY

İş Mahkemesinde açılan bir davada, davacı vekili müvekkilinin davalı şirkette çalıştığını, iş sözleşmesinin davalı tarafından 28.11.2008 tarihinde kıdem ve ihbar tazminatı ödenmeksizin feshedildiğini, işveren tarafından düzenlenen "İşten Çıkış Bildirgesine", davacının özelleştirme sonrası 17 madde uyarınca sözleşmesinin feshedildiği hususunun yazıldığı ve kıdem tazminatı ödenmemiş olmasına rağmen, ödendi kısmının işaretlendiğini, Bakanlar Kurulu kararı ile özelleştirme sonrası 6 ay içinde sözleşmesi feshedilen işçilerin kamu kurum ve kuruluşlarında 657 sayılı kanun 4/c maddesi uyarınca istihdam olanağı sağlandığı için, işverenin son ana kadar işçilerin sözleşmelerini feshetmeyerek, bu olanaktan yararlanma olanağını engelleme tehdidi ve baskısı ile, iş sözleşmelerini kıdem ve ihbar tazminatı talep etmeksizin feshedilmesine yönelik bir yazı alındığını, ancak İş K.14 maddesi karşısında bu yazının geçerli olamayacağını, işverenin MK.2 maddesi uyarınca fesih hakkını iyiniyet kurallarına uygun şekilde kullanmadığını, bu sebeple kıdem ve ihbar tazminatının hüküm altına alınabilmesi için bu davayı açma zorunluluğunun ortaya çıktığı ifade edilmiştir.

Davalı kurum tarafından verilen cevapta, davacının 28.11.2008 tarihli dilekçesi ile, davacının 657 s. Kanunun 4/c maddesinden yararlanmak için ihbar öneli ve kıdem tazminatı ödenmeksizin iş sözleşmesinin feshini talep ettiğini ve 03.12.2008 tarihinde de kıdem ve ihbar tazminatı alacağından rücu ettiğini, şirketin 30.05.2008 tarihinde özelleştiğini ve Bakanlar Kurulu kararının, kamuda geçici istihdam edilmek için belirlenmiş altı aylık sürenin de bu tarihte başladığını belirtilmiştir.

Yargılama sırasında Mahkeme tarafından aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir:

- 3.28.11.2008 tarihli dilekçe ile davacının özelleştirme sonrası altı ay içinde sözleşmesinin feshedilmesi halinde 657 s. Kanunun 6/c maddesi uyarınca kamu personeli olarak çalıştırılma olanağının olduğunu, bu koşullardan yararlanmak istediğini ve bu sebeple iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenmeksizin şirket tarafından feshedilmesini talep ettiği belirtilmiştir.
- Aynı tarihli dilekçe ile ayrıca davacı, 657 s. kanunun 4/c maddesi kapsamında Kamu Kurum ve Kuruluşlarına kendi isteği ile girmek istediğini ifade etmiştir.
- Davacının iş sözleşmesi 28.11.2008 tarihinde hizmetine ihtiyaç duyulmaması sebebiyle davalı işveren tarafından feshedilmiştir.
- 03.12.2008 tarihli feragatname ile, davacının iş sözleşmesinin 657 s. Kanunun 4/c maddesinden yararlanabilmesi amacıyla işveren tarafından feshedilmiş olması nedeniyle, kıdem ve ihbar tazminatından rücu ettiği ve feragatnameyi kendi serbest iradesi ile imzaladığı belirtilmiştir

SORULAR

1. Özelleştirilen işyerlerinde çalıştırılan işçilerin 657 s. Kanunun 4/c maddesi uyarınca çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler ve içerikleri nelerdir?
2. Davacı işçi kıdem ve ihbar tazminatı talebinde bulunabilir mi? Neden?

CEVAPLAR

1. Özelleştirme kapsamında olan işyerlerinde özelleştirme tarihinden itibaren altı ay içinde işveren tarafından sözleşmesi feshedilen işçiler, 657 s. Kanunun 4/c maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarında geçici personel olarak istihdam edilme olanağına kavuşturulmuşlardır.

Davalı Kurum 30.05.2008 tarihinde özelleşmiş olup, davacı tarafından sözleşmenin feshinin dilekçe ile talep edildiği 28.11.2008 tarihine kadar davacının iş sözleşmesinin feshedilmediği anlaşılmaktadır. Bakanlar Kurulu Kararı ile

davacının 657 s. Kanunun 4/c maddesinden yararlanmayı sağlayan süre 30.11.2008 tarihinde dolmaktadır. Dolaysısı ile davacının bu haktan yararlanma olanağını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya olduğu anlaşılmaktadır.

2004/7898 sayılı bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilen Özelleştirme Uygulamaları Sonucunda İşsiz Kalan ve Bilahare İşsiz Kalacak Olan İşçilerin Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Geçici Personel Statüsünde İstihdam Edilmelerine İlişkin Esaslar uyarınca:

*"4046 sayılı Kanun gereğince yapılan özelleştirme uygulamaları çerçevesinde kuruluşların (iştirakler hariç/ özelleştirilmesi neticesinde sermayelerindeki kamu payının %50'nin altına düşmesi veya bu kuruluşların küçültülmesi, devredilmesi, faaliyetlerinin durdurulması, kapatılması, tasfiyesi halinde veya diğer nedenlerle, İş Kanunu hükümlerine tabi daimi veya geçici işçilerden (kapsamdışı personel hariç) iş akdi feshedilenlerden; müracaat tarihi itibariyle herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik veya yaşlılık aylığı almaya hak kazanamayıp, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48'inci maddesinin (A) bendinin I, 4, 5, 6 ve 7'nci alt bentlerinde yer alan genel şartları taşıyanlar, iş akitlerinin kamu tarafından feshedilmesini müteakip 30 gün içerisinde kuruluşları kanalıyla Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirilmeleri halinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4'üncü maddesinin (C) fıkrası kapsamında, kamu kurumlarının ilgililerle yapacakları hizmet sözleşmelerinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, her halükarda bir mali yıl içinde on **ayı** geçmeyecek şekilde Devlet Personel Başkanlığı kanalıyla istihdam edilirler.*

Özelleştirme programındaki kuruluşlarda çalışanlardan, işletmelerinin özelleştirilmesi sonrasında, bu işletmelerde çalışmaya devam eden ve özelleştirme tarihinden itibaren en geç altı ay içinde iş akitleri özel sektör tarafından feshedilenler de bu maddedeki şartlar ve esaslar çerçevesinde istihdam edilirler. Bu türden personelin bu haktan yararlanabilmesi için, iş akitlerinin feshedilmesini müteakip 30 gün içinde bizzat veya çalıştıkları şirket kanalıyla EK-I'de yer alan formla Özelleştirme İdaresi Başkanlığına müracaat etmeleri gerekmektedir".

2. Somut uyuşmazlıkta, işten ayrılma bildirgesinde iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca işveren tarafından feshedildiğinin belirtildiği, davacıya kıdem tazminatının ödendiği, davacı tarafından sunulan ve Genel Müdür imzasını taşıyan fesih bildiriminde, davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğinin, neden olarak davacının hizmetine ihtiyaç kalmamasının belirtildiği, davalı tarafından sunulan kayıtlarda ise, işçinin sözleşmesinin 657 s. kanunun 4/c maddesinden yararlanabilmesi amacıyla işveren tarafından feshedilmesinin talep edildiği beyan edilmektedir. Tüm bu olgular

birlikte değerlendirildiğinde, davalı işverenin davacının sözleşmesini özelleştirme sonrası altı aylık sürenin sonuna kadar feshetmeyerek, davcıyı bu hakkını yitirme baskısı altında bıraktığı, bu baskı ile işçiden kıdem ve ihbar tazminatı hakkından vazgeçtiğine ilişkin bir feragatname düzenlettiği anlaşıldığından, bu vazgeçme ve feragatin geçerli kabul edilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Zira davacı işçi BK 31. maddesinde belirtildiği gibi, baskı veya tehdidin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıllık süre içinde, dava açmıştır.

Bu sebeple her ne kadar sözleşmeyi feshetme hakkı davacı işçiden gelmişse de, davacı işçinin bu yöndeki beyanı özgür iradesinin sonucu olmayıp, işveren tarafından gerçekleştirilmeyen feshin süresinde gerçekleşmemesi sebebiyle 657 s. Kanun 4/c maddesinden yararlanma olanağının yitirilmesi endişesi ile oluştuğu anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle feshin davalı işveren tarafından fesih yazısında belirtildiği gibi davacının hizmetine ihtiyaç kalmaması sebebiyle gerçekleştirildiği ve bunun sonucunda davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanabileceği kabul edilmelidir.

XIII. İŞ MAHKEMESİNDE AÇILAN MENFİ TESPİT DAVASI

OLAY

Bayan işçi (A), Kardan Ltd.Şti.'de çalışırken, bu şirketin ortaklarından bayan (B)'den ev almak amacıyla 15.000USD borç almış ve (A) ile (B) arasında 15.07.1996 tarihinde imzalanan sözleşme uyarınca iş ilişkisi devam ettiği sürece bu borcun istenemeyeceği ancak (A)'nın emekli olması veya işveren tarafından iş akdinin feshedilmesi durumunda kazanacağı kıdem tazminatlarından borcun mahsup edileceği kararlaştırılmıştır. (A) sigortasız çalıştırıldığı için dava açmış, bu davada (A)'nın sigortalılığının tespiti ile 4.955TL kıdem tazminatına hükmedilmiştir. Bu kez (B) davacının imzasının bulunduğu belirtilen bono ile 15.000USD 163 örnek icra takibi başlatmıştır. (A) hem suç duyurusunda bulunmuş hem de borçlu olmadığı ile ilgili İş Mahkemesi'nde menfi tespit davası açmıştır. Ceza yargılamasında gerek protokolde gerekse bonodaki imzanın (A)'ya ait olduğunun belirlenmesine rağmen, menfi tespit davasına bakan İş Mahkemesi bono üzerinde yaptırdığı incelemede Adli Tıp Kurumu tarafından imzanın çizik şeklinde olması nedeniyle aidiyetinin belirlenmesinin mümkün olmadığı tespit edilmiştir.

SORULAR

1. İcra-İflas Hukuku'nda bedelsizlik definin anlamı nedir?
2. (A) ile (B) arasında yapılan sözleşme uyarınca 150.000USD istenmesi mümkün müdür? Neden?

CEVAPLAR

1. Ceza yargılamasında yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde gerek protokoldeki gerekse bonodaki imzaların davacıya ait oldukları belirlenmiş olmakla birlikte, Adli Tıp Kurumu tarafından imza üzerinde yapılan inceleme neticesinde imzanın çizik şeklinde olması nedeniyle aidiyetinin belirlenmesinin mümkün olmadığı tespit edilmiştir. Bu durum karşısında davacının bonodaki imzası nedeniyle sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Ancak buna rağmen, senedin içerdiği alacağın mevcut olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

İcra-İflas Hukuku'nda bedelsizlik definin hukuki niteliğini anlayabilmek için önce bedelsizlik kavramının kıymetli evrak hukuku açısından ne ifade ettiğinin bilinmesi gerekir. Ticari senetler bir alacağı temsil eden kıymetli evrak grubuna girerler. Bu alacak bir para alacağıdır. Bu bakımdan ticari senetle ifa edilecek olan borcun da bir para borcu olması gerekir. Senet ilişkisinin arkasında nasıl bir asıl borç münasebeti varsa senedin temsil ettiği kambiyo alacağının arkasında da bir alacağın mevcut olması gerekir. Bu ikinci alacağa temel alacak denilir.

Bedelsizliğin tespitinde gözetilecek unsur bu temel alacaktır. Eğer bir kambiyo senedinin temel alacağı asıl borç ilişkisi dolayısıyla ortadan kalkarsa senet bedelsiz kalacaktır. Menfi tespit ve istirdat davaları başlığını taşıyan İİK'nın 72. maddesi" Borçlu icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir" hükmünü içermektedir.

Madde hükmünden anlaşılacağı üzere yasa, borçlu bulunmadığını öne süren kişiye genel hükümlere göre borçlu olmadığını tespit ettirebilmek için dava açma imkanı tanımaktadır. Bilimsel öğreti ve Yargıtay tarafından da tartışmasız biçimde kabul edildiği gibi, menfi tespit davası ile, davalı tarafından varlığı iddia edilen bir hukuki ilişkinin var olmadığının saptanması istenir. Anılan davanın konusu, alacağın doğumu koşullarından herhangi birinin noksanlığı ya da sona erme nedenlerinden birinin varlığı dayanak yapılarak, söz konusu alacağın yokluğunun ya da borçlu bulunmadığının saptanmasıdır.

Bu sebeple, ***kambiyo senedinin temel alacağı asıl borç ilişkisi dolayısıyla ortadan kalkarsa senet bedelsiz kalacaktır,*** kuralı uyarınca temel alacağın ortadan kalkıp kalkmadığının belirlenmesi gerekir. (A) ile (B) arasındaki 15.7.1996 tarihli protokolde, alacaklının borçluya 15.000 ABD verdiği düzenlenmiş olup, bu alacağın taraflar arasındaki iş ilişkisi devam ettiği sürece muaccel olmayacağı, ancak borçlunun emeklilik amacıyla işten ayrılması veya işveren tarafından herhangi bir sebeple sözleşmenin feshedilmesi durumunda muaccel hale geleceği kararlaştırılmıştır.

2. (A) tarafından davalı aleyhine İş Mahkemesi'nde açılan hizmet tespiti ve kıdem tazminatı alacağına ilişkin dava neticesinde eksik sigortalılık günlerinin tespiti ile 4.955TL kıdem tazminatına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Bononun temelinde yer alan taraflar arasındaki ilişkinin geçerliliği bakımından protokolün geçerliliğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu protokol hükmü uyarınca iş sözleşmesinin borçlu (A) tarafından emeklilik veya işveren tarafından herhangi bir sebeple sona erdirilmesi durumunda, (A)'nın hak edeceği kıdem tazminatından, borç olarak verilen 15.000 doların mahsup edilmesi, kalan kısmı borçlunun ödemesi gerektiği kararlaştırılmıştır. Oysa (A) sözleşmesini sigortasız çalıştırıldığı için feshetmiştir. Bu sebeple protokolde yer alan şekilde bir sona erme şekli söz konusu olmadığı için takasa konu olacak şekilde borcun muaccel hale gelmesinin söz konusu olmayacağı ve bu sebeple temel ilişkinin de geçersiz olacağı, dolayısı ile borçlunun sorumlu olmasının mümkün olamayacağı söylenebilecektir.

Protokoldeki borcun muaccele hale gelmesini sağlayan fesih hallerinin lafzı ile değil de, borcun muaccel olmasının genel olarak iş sözleşmesinin sona ermesi şartına bağlı olarak kararlaştırıldığının kabul edilmesi halinde, iş sözleşmesi borçlu (A) tarafından sona erdirilmiş olsa da, sözleşmenin sona ermesi ile protokolde yer alan 15.000 ABD borcun bonodan bağımsız olarak geçerliliğini koruduğu kabul edilecek ve protokol hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bu durumda (A)'nın kesinleşen mahkeme kararı ile tespit edilen kıdem tazminatı alacağının, iş sözleşmenin feshi ile muaccel hale gelen 15.000 ABD'dan mahsubu suretiyle, bakiye kısım bakımından alacaklının alacağının mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

XIV. İBRANAME

OLAY

Davacı vekili müvekkilinin davalı işyerinde 16.09.2009 tarihinden iş sözleşmesinin feshedildiği 18.01.2011 tarihine kadar mekanik montaj teknisyeni olarak çalıştığını, davacı ve iş arkadaşlarının 2010 yılından itibaren işkolunda örgütlü bulunan B M İ Sendikası ile temasa geçip üye olma iradesini ilettiklerini, uzunca bir süreden sonra işverenin üç işyerinde de çalışan işçilerin bu sendikaya üye olduklarını, yetki almak için yeterli sayıya ulaşan sendikanın 24.09.2010 tarihinde ÇSGB'na yetki başvurusunda bulunduğunu, Bakanlık kayıtları uyarınca davalı işyerinde çalışan toplam işçi sayısının 751, üye sayısının da 395 olduğunun belirlendiğini ve yetki belgesi verildiğini, davalı işverenin yetki itirazında bulunduğunu, ancak bundan sonra işyerinde sendikal örgütlenmede öncülük yapan işçilerden o güne kadar yapılan üretimi aşan performans istendiğini, tezgah başında çalışanların kamera ile kaydedilmeye ve ağır haka-

retlerin sergilenmeye başladığını, bu uygulama sonucu bir işçinin baygınlık geçirerek iş kazasına sebep olduğunu, bu konuda suç duyurusunda bulunulduğunu, gündüz vardiyasında çalışıp da şüpheli görülen bazı işçiler gece vardiyasına alındıklarını, vardiya servislerinin evlerinden çok uzaktaki bir güzergahta çalışması sebebiyle, yürümeye maruz bırakıldıklarını, bazı işçilere uzun zamandan beri yürüttükleri işlerden farklı işler yaptırılarak, aynı işi yapan başka bir işçi kadar iş üretememesi sebebiyle psikolojik baskıya maruz bırakıldıklarını ve işten ayrılmaya zorlandıklarını, davacının da bu işçilerden biri olduğunu, uzun zamandır yaptığı mekanik montaj işinden alınarak kendisine başka iş teklif edildiğini, davacının bunu kabul etmeyeceğini bildirmesi üzerine, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini, bu sebeple feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine, davacının iş sözleşmesinin sendikaya üye olması sebebiyle feshedildiğinden, işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın en az bir yıllık ücreti tutarında belirlenmesi talebinde bulunmuştur.

Davalı vekili verdiği cevapta, davacının ilk olarak kesici montaj bölümünde montaj elemanı olarak çalıştığını, arkadaşları ile sorunlar yaşadığını belirten davacının taleplerini karşılamak üzere 17.01.2011 tarihinde Kutup montaj bölümünde çalışmasının uygun görüldüğü hususunun davacıya bildirildiğini, ancak davacının yeni bir iş bulması nedeni ile, yapılan değişikliği kabul etmediğini haklı nedenlerle iş akdini feshettiğini belirterek, haklarının ödenmesi talebinde bulunduğunu, davacının kendi iradesi ile iş sözleşmesine son verdiğinden işe iade davası açma hakkının bulunmadığını, davalı işverenin sendikaya üye olan işçileri bilmesinin mümkün olmadığını, sendikal örgütlenmeye karşı herhangi bir tavır yürütülmediğini, davacının diğer yöndeki iddialarının da yerinde olmadığını, bu sebeple davanın reddine karar verilmesi talep edilmiştir.

Davacının 17.01.2011 tarihinde kesici bölüme yapılan transfer değişikliğine ilişkin 12.01.2011 tarihli yazıya 18.01.2011 tarihinde cevap verdiği, değişikliği kabul etmediği, haklı nedenle iş akdinin feshini, haklarının ödenmesini talep etiği anlaşılmaktadır.

İbraname başlıklı belgede ise ***"... bölümüm değişmesi ve çalışmamı bu yeni görevde devam ettirmek istemediğimden dolayı, 4857 sayılı kanunun 24 maddesi hükümleri uyarınca 17.01.2011 tarihi itibarı ile iş akdimi kendi isteğim ile feshederek ayrıldım"*** ifadeleri yer almıştır.

Davacı yetkili sendikanın yetki kazanmasından sonra 16.10.2010 tarihinde BMİ sendikası üyesi olmuştur. Yetki belgesinden anlaşıldığı üzere işyerinde toplam 751 işçi olup, bunların 397 sendika üyesidir

Sendikanın olumlu yetki tespitinden sonra, davalı işveren tarafından yetki tespitine itiraz edilmiştir.

SORULAR

1. İbranamede yer alan işçinin ifadesinin geçerli midir?
2. Davacı iradesinin mobbing altında açıklanmış olması dolayısıyla, geçersiz olduğunu iddia etmektedir. Bu iddiası yerinde midir?
3. İşe iade davasında işçinin işe başlatılmaması durumunda, feshin sendikal nedene dayalı olarak yapılmasından dolayı bir yıllık ücretinden az olmamak üzere bir tazminata karar verilmesi talep edilmiştir. Mahkemenin bu yöndeki kararı ne olmalıdır?

CEVAPLAR

1. Davacının 17.01.2011 tarihinde kesici bölüme yapılan transfer değişikliğine ilişkin 12.01.2011 tarihli yazıya 18.01.2011 tarihinde cevap verdiği, değişikliği kabul etmediği, haklı nedenle iş akdinin feshini, haklarının ödenmesini talep etiği anlaşılmaktadır.

İbraname başlıklı belgede ise "*... bölümüm değişmesi ve çalışmamı bu yeni görevde devam ettirmek istemediğimden dolayı, 4857 sayılı kanunun 24 maddesi hükümleri uyarınca 17.01.2011 tarihi itibarı ile iş akdimi kendi isteğim ile feshederek ayrıldım*" beyanı yer alsa da, bu ibranamenin sözleşmenin sona ermesinden önce düzenlenmiş olması nedeniyle geçerlilik kazanması mümkün olmayacaktır kanaatindeyiz. Zira davacı 18.01.2011 tarihinde değişikliği kabul etmediğini belirtirken, sözleşmesini 17.01.2011 tarihi itibarıyla sona erdirmesi mümkün olmamalıdır.

2. Davacı vekili işçinin "*... bölümüm değişmesi ve çalışmamı bu yeni görevde devam ettirmek istemediğimden dolayı, 4857 sayılı kanunun 24 maddesi hükümleri uyarınca 17.01.2011 tarihi itibarı ile iş akdimi kendi isteğim ile feshederek ayrıldım*" şeklindeki ifadesinin mobbing altında alınmış olması sebebiyle geçerli olmadığını iddia etmiştir.

Davacı vekili davacının sözleşmenin sona erdirilmesi konusundaki iradesinin işveren tarafından uygulanan yoğun mobbing nedeni ile sakat olduğunu iddia etmiştir. Tanıklar bu yönde herhangi bir beyanda bulunmamışlardır. Davacının işe iade davası açmak suretiyle BK.31 maddesi uyarınca iradesinin sakatlandığı hususunu, böyle bir belgeyi imzalamasının hayatın olağan akışına ters düştüğünün kabul edilmesi nedeni ile ispatladığının kabul edilmesi halinde, davacının sözleşmenin sona erdirilmesi konusundaki iradesine bir hukuki sonuç bağlamak mümkün olmayacaktır. Bu sebeple Mahkemece davacının iradesinin sakatlandığı ve geçersiz olduğunun kabul edilmesi halinde, davalı İşverenin İş K.22 maddesine uygun olarak gerçekleştirdiği esaslı değişikliği işçinin kabul etmemesi nedeniyle, değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak suretiyle söz-

leşmeyi feshedebileceğinden, davalı işveren tarafından böyle yazılı bir beyanın yapılmamış olması nedeni ile feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar vermek gerekecektir.

3. Bu durumda sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, işçi üzerindedir. Sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Yetki belgesinden anlaşıldığı üzere işyerinde toplam 751 işçi olup, bunların 397 sendika üyesidir. Sendikanın olumlu yetki tespitinden sonra, davalı işveren tarafından yetki tespitine itiraz edilmiştir. Davacı yetkili sendikanın belirlenmesinden sonra sendika üyesi sıfatını kazanmıştır. Davacı tanıkları davacının sendika faaliyetlerine öncülük eden işçilerden olduğunu belirtmiş olmalarına rağmen, davacının sendikanın yetki tespitine ilişkin dönemde, başkalarını sendikaya üye olmaya çağırırken kendisinin sendika üyesi olmaması ve yetki tespitinde dikkate alınmaması nedeni ile davacı tanıklarının bu yöndeki beyanlarına itibar edilemeyeceği düşünülmektedir. Davacı 16.10.2010 tarihinde sendika üyeliğini kazanmıştır. Üyeliğin kazanılmasından üç ay sonra sözleşmenin sona ermesi söz konusudur. Ancak davacı işçi sendika üyeliğinden istifa ettirilen başka işçiler olup olmadığını, bunların çalıştırılıp çalıştırılmadığı gibi hususları kanıtlamış olmadığından, sırf sendika üyesi olması sebebiyle iş akdinin işveren tarafından feshedildiğini hususunu kanıtlayamadığı düşünüldüğünden, feshin sendikal nedene dayalı olarak gerçekleştirilmediği kanaatindeyiz.

XV. İKALE KAVRAMI

A. İkalenin Unsurları

OLAY

(A) Ltd.Şt ile bu şirkette muhasebe müdürü olarak çalışan (M) arasında "Tarafların Anlaşması" başlıklı belge imzalanarak, iş sözleşmesinin sona erdirildiği ve bu sona erme nedeni ile (A) Ltd.Şti.'nin (M)'ye sözleşmesel tazminat adı altında 28.825,00 TL ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Ancak (M) İş Mahkemesine başvurarak sözleşmenin baskı altında imzalatıldığını, bu sebeple geçerli

olamayacağı iddiası ile ihbar ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. Ancak yapılan yargılamada, tanıklar belgenin baskı altında imzalatıldığı yönünde herhangi bir beyanda bulunmamışlardır.

SORULAR

1. Taraflar arasında imzalanan sözleşmede kıdem ve ihbar tazminatının ödenmeyeceğinin kararlaştırılmış olması, M tarafından iradesini sakatlayan bir sebep olarak ileri sürülmüş bulunmaktadır. Sizce (M)'nin bu iddiası yerinde midir? Neden?
2. İkale'nin geçerli sayılması bakımından başka ne gibi koşulların varlığı aranmaktadır? Açıklayınız.
3. Taraflar arasındaki sözleşmede ödenmesi kararlaştırılan sözleşmesel tazminat dışında başkaca bir tazminatın talep edilmeyeceğinin kabul edilmesi durumunda, bu kabulün nasıl nitelendirilmesi gerektiğini tespit ediniz.

CEVAPLAR

1. Taraflar arasında iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Davacı sözleşmenin işverence feshedildiğini ileri sürerken, davalı işveren, ikale yolu ile sözleşmenin sona erdiğini savunmuştur. Davacı da ikale'ye ilişkin belgeyi imzaladığını kabul etmekle birlikte, belgenin baskı altında imzalatıldığı iddiasında bulunmuştur. Taraflar, imzası davacı tarafından inkar edilmeyen "Tarafların Anlaşması" başlıklı belge uyarınca, fesih istediklerini beyan ederek, fesih isteği ve fesih konusunda karşılıklı anlaşarak, akit serbestisine uygun olarak sözleşmeyi feshettiklerini kabul etmiş bulunmaktadırlar. İşçinin kıdem ve ihbar tazminatı hakkı olmamakla birlikte, sözleşmesel tazminat adı altında 28.825,00 TL nin ödendiği ayrıca belirtilmiştir. Davacı belgeyi baskı altında imzaladığını iddia etmiş olmakla birlikte, tanıklar bu yönde bir açıklamada bulunmamışlardır. Kaldı ki, Yargıtay tarafından tazminatlarının ödenmeyeceği şartının tek başına iradeyi sakatlayan bir sebep olarak kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır (bunun için bkz. Yarg 9 HD 17.09.2007 tarih ve E.2007/30305, K.2007/26756 sayılı kararı). Yasa gereği olmayan durumlarda da, iş ilişkisi sona ererken kıdem ve ihbar tazminatı tutarlarının ödenmesine bir engel bulunmamaktadır. Başka bir ad altında yapılmış olsa da kıdem ve ihbar tazminatı tutarlarının ödenmiş olması mutlaka sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğini göstermez. Özellikle de işveren tarafından talep edilen bir ikale söz konusu ise, işçiye anlaşmaya razı olması için kıdem ve ihbar tazminatına denk düşen bir ödemede bulunulması çok normaldir. Bu sebeple davacıya sözleşmesel tazminat adı altında bir ödeme yapılmış olmasının geçerli kabul edilmesi gerekmektedir.

2. Öncelikle, ikalenin geçerli olması için, işçinin iş ilişkisinin sona ermesine razı olduğu açık bir şekilde anlaşılmalıdır. İkincisi, işçinin iradesinin hata,

hile veya ikrah ile sakatlandığı durumlarda ikale geçerli sayılmayacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, işçinin istifaya zorlanması konusunda geliştirdiği kıstasların burada da uygulanması, ciddi bir baskı veya tehdit altında imzalanan ikalenin geçersiz sayılması mümkündür (Özdemir, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, 277 ve orada anılan Yargıtay kararları). Örneğin, gerçek olmayan bir suç isnat edileceği ya da gerçek bir eylem bulunsa bile bu eylemle verilen zarar için tazminat talep edileceği, savcılığa ihbarda bulunulacağı, işçinin bir yakının da işine son verileceği vb. tehditler ile kurulan ikale geçerli olamaz (BK 30/I ve II; Çil, İbraname, 2. Baskı, 28). Gerçekte bir haklı fesih nedeni bulunmadığı halde, işverenin işçiyi İK m. 25/II uyarınca sözleşmeyi feshetmek tehdidi altında anlaşmaya zorlaması halinde de bozma sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır (Şahlanan, Fevzi, İş Güvencesinden Yararlanmada Feshin İşçi Tarafından Yaptırılması, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Aralık 2005). Dava konusu uyuşmazlık bakımından, davacı iradesinin sakatlandığını ileri sürmüş olmakla birlikte ispat konusunda kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmediğinden, bu konuda iradesinin sakatlığından söz edilemeyeceği düşünülmektedir.

3. İkale sözleşmesinin sonunda, işçinin işverenden başkaca bir tazminat talep edemeyeceği düzenlenmiş olsa da, bu cümlenin ibraname olarak değerlendirilmesi durumunda, dahi ödemenin makbuz hükmünde kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Yani (M) kendisine ödeneceği belirtilen 28.825,00 TL den fazla alacağı bulunduğu hususunu kanıtlamalıdır.

B. İkalenin Varlığı Halinde İşe İade Davası Açılıp Açılamayacağı

OLAY

Davacı vekili müvekkili (F)'nin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle işveren vekili olmadan yaklaşık 16 yıldır çalıştığını, bu nedenle de 4857 sayılı İş Kanunu m.18, 19, 20, 21 uyarınca iş güvencesi kapsamındaki bir çalışan olduğunu, (F)'nin iş sözleşmesinin davalı şirket tarafından haklı ve geçerli bir neden olmadan, davalı şirketin 20.01.2011 tarihli yazısıyla 4857 sayılı İş Kanunu m.17 ve m.18 uyarınca feshedildiğini, müvekkilinin yaptığı son işin "senior satış uzmanlığı" olduğunu, bu işin ilaçların tıbbi temsilciler aracılığı ile eczanelere ve doktorlara tanıtım işi olduğunu, müvekkilinin çalışmaları sırasında son derece özenli ve başarılı olduğu için davalı şirket tarafından sürekli ödüllendirildiğini ve primler verildiğini, işverenin 20.01.2011 tarihli yazısı ile 4857 sayılı İş Kanunundaki m.18 deki işletmesel nedenle fesih kavramına dayandığını, bu feshin kötüniyetli ve hukuka aykırı olmamak koşuluyla işveren yetkisinde olduğunu ancak davalı şirketin kanunu dolanarak ikale yoluna başvurduğunu, ancak bu

ikalenin de kanuna uygun olmadığı gibi işverenin üstünlüğünü kullanarak baskıyla hak etmiş olduğu alacaklarının sürüncemede bırakılacağı tehdidi ile yapılması sebebiyle hukuka da uygun olmadığını, dahası söz konusu ikale sözleşmesinde, ikalede aranan "makul yarar ilkesi" nin olmadığını çünkü yaklaşık 15 yıldır çalışıp yükselmiş ve Türkiye standartlarında iyi bir maaş alan kişi konumundaki birisinin kıdem ve ihbar tazminatının dışında teklif edilen ek ödemeyi kabul etmesinin menfaatine uygun olmadığını bu sebeple de normal koşullarda bunun kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. İş hukukunun genel prensibi olan zayıf konumdaki işçiyi koruma prensibi ile 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesine dayanan iş güvencesi hakkının işçiyi işverene karşı ekonomik bağımlılık karşısında koruduğunu, işverenin bu sebeple iş güvencesi hükümlerini dolanamayacağını, T.C. deki ekonomik koşullar içinde işçinin işverene ekonomik açıdan bağımlılığı dikkate alındığında özgür iradesi ile işverenle anlaşarak iş sözleşmesini feshettiğinin kabul edilemeyeceğini, ayrıca ikaleye zorlanma ile işsizlik ödeneğinden yararlanma hakkının ortadan kalktığını ve işverenin yaptığı ek ödemelerin bu olumsuz sonucun etkisini ortadan kaldırmadığını belirtmiştir. İş akdinin işletmesel nedenlere dayanılarak feshedilmiş olduğu bildirilse de bunun doğru olmadığını çünkü kısa bir süre önce yeni elemanlar alındığını ve alımların devam ettiğini, yerine de eleman arayışı içinde olunduğunu, bunlar için de web sayfasında ilanlar verildiğini bu sebeple işletmesel neden olarak daralma ihtiyacının gösterilemeyeceğini, böyle olsa bile 15 yılı aşkın süredir çalışan birinin fesihten önce başka bir konumda görevlendirmesi için çaba gösterildiğinin kanıtlanması gerektiği hususunun, Yargıtay İçtihadı ve İş Kanunu doğrultusunda feshin son çare olması ilkesine uyulması zorunluluğunun karşımıza çıktığını, feshin son çare olması ilkesine uygun olmadığının görüldüğünü bu sebeple de feshin geçersizliğini dava etme zorunluluğu doğduğunu ifade etmiştir.

İşveren verdiği cevapta, davacının hizmet sözleşmesinin feshedilmediğini, bu sebeple İş Kanunu uyarınca işe iade davası açma hakkı da bulunmadığını, davacının iş sözleşmesinin tarafların karşılıklı anlaşmaları suretiyle sona erdiğini davanın öncelikle bu nedenle reddinin gerektiğini, bir başka şirketle birleşmesinden dolayı yeni bir organizasyon yapısı oluşturduklarını ve ortaya çıkan iş gücü fazlalığından dolayı her iki şirketin bir kısım çalışanlarının iş sözleşmelerine son vermek zorunda kaldığını bu bağlamda da 2009 yılında iş sözleşmesine son verilecek kişilere yasal haklarına ek olarak işsizlikleri süresince güç durumlarını telafi etmek koşuluyla ikale sözleşmesi yapma yolunun tercih edildiğini ve 20.01.2011 tarihli belgede ikale anlaşmasına yönelik icabın yapıldığı ve davacının bu teklifi 21.01.2011 tarihli yazılı beyanı ile kabul ettiğini, bu kabul beyanı üzerine ise taraflarca 21.01.2011 tarihli ikale sözleşmesi imzalandığını

ve bu şekilde iş akdinin karşılıklı olarak sonlandırıldığını, ikale sözleşmesinde iş ilişkisinin 25.01.2011 tarihi itibariyle sona ermiş sayılacağını, davacıya kıdem ve ihbar tazminatlarının yanı sıra 13 aylık ücreti tutarında brüt 56.336,54 TL ek ödeme yapılacağı, kullanılmamış 46 günlük iznin brüt 6.644,82TL olarak ödeneceği hükümlerinin yer aldığını, ayrıca ikale anlaşmasında "ikale yolu ile sonlandırma" durumunda davacının iş güvencesi hükümlerinden ve işsizlik sigortasından yararlanamayacağını bir kez daha açıklandığını ve bunu da yazılı metinde belirtildiğini açıklamıştır. Tüm bunlardan da anlaşıldığı üzere ortada 4857 sayılı İş Kanunun m.17 ve m.18 maddeleri uyarınca yapılmış bir fesih olmadığını tarafların anlattığı şekilde ikale yoluna başvurduklarını hatta bunun yanı sıra davacı tarafından ibraname de imzaladığını, davacının kendi hür iradesi dışında ikale sözleşmesini imzalamış olduğunun düşünülemeyeceğini çünkü davacının eğitim seviyesinde, iş tecrübesi olan ve uzun süre çalışmış biri olarak bunun mümkün olmadığını ve de davacının ileri sürdüğünün aksine Yargıtay 9. H.D 26.11.2007 tarihli 35800/35329 sayılı kararda da belirtildiği gibi tek başına "tazminatlarının ödenmeyeceği" baskısı iddiasının ikaleyi sakatlamak için yeterli olmayacağını, ki olayda davacının yasal hakkı olan kıdem ve ihbar tazminatını ek ödeme ile birlikte ikaleye göre almakta olduğunu yani davacının işe iade davasını haksız kazanç elde etmek amacıyla açmış olduğunu, ayrıca Yargıtay'ca ikale de aranan "makul yarar"ın müvekkilinin 13 aylık maaş tutarında ek ödeme yapılması ile sağlandığını, işsizlik ödeneğine ilişkin iddialarında haksız ve yersiz olduğunu çünkü kişi işsizlik ödeneğini kullanmayarak tüketmediğini ve ilerde bir işsizlik yaşayacağı zaman yine bunu kullanabileceğini ve işsizlik ödeneğinden daha fazla bir meblağı daha çabuk bir şekilde ek ödeme ile temin edildiğini, fesih söz konusu olmadığından son çare ilkesinin tartışılmasında hukuki yararları olmadığını, ki fesih olsa bile davalı tarafın iddialarındaki gibi işletmesel gereklerin yerindeliğinin tartışılmasının kabul edilemeyeceğini belirterek, hukuki dayanaktan yoksun iddiaları sebebiyle davanın reddinde karar verilmesini talep etmiştir.

SORULAR

1. İkale sözleşmesinin hukuki niteliği ve sonuçları nelerdir?
2. Dava konusu uyuşmazlık bakımından ikaleyi değerlendiriniz

CEVAPLAR

1. Taraflar arasındaki iş ilişkinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erip ermediği hususu temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır. Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca sona erdi-

rilmesi de mümkündür. Sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlemi ikale olarak değerlendirilmelidir.

İşçi ve işveren iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur. Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez.

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği kabul edilmektedir.

İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Yine Yargıtay'ca her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır.

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 sayılı yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

İkale yorumlanırken taraflar arasında söz konusu sözleşmenin kurulmuş olup olmadığı tartışmalı ise burada "*uygunluk uyuşmazlığı*" vardır. Bu konudaki uyuşmazlık giderildikten sonra, yorum uyuşmazlığı değerlendirilmelidir. Çünkü uygunluk uyuşmazlığında, akdin kurulmuş olduğu ya da olmadığı hususu değerlendirilirken, yorum uyuşmazlığında akdin içeriği değerlendirilmektedir.

İrade beyanlarının uygunluğu değerlendirilirken, tarafların irade beyanlarının anlam ve içerik itibariyle birbirlerine uygun olup olmadıkları nazara alınır.

Buradaki uygunluk, tabî (fiilî) ve hukukî uygunluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Tarafların sözleşme yaparken, birbirlerinin gerçek iradelerini doğru anlamaları ve tarafların birbirlerinin beyanlarına doğru anlamları yüklemesi tabî uygunluğu ifade etmektedir. Taraflar arasında tabî uygunluk bulunmadığı durumlarda, hukukî uygunluğun bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bu durumda, taraflardan her birinin, beyanı diğer tarafın dürüstlük kuralı çerçevesinde bildiği ya da bilmesi gereken durumlar da göz önünde bulundurularak ne şekilde anlaması gerektiği tespit edilir. Bu yorum sonunda, beyanlara yüklenen anlamların uyduğu saptanırsa hukukî uygunluğun bulunduğu saptanmış olacaktır.

Diğer taraftan taraflar aynı zamanda, sözleşmenin içeriğini de belirledikleri için irade beyanlarının uygunluğu saptanırken sözleşmenin objektif ve sübjektif noktalarının değerlendirilmesi de önemlidir. Objektif noktalar akdin esaslı noktalarını oluştururken, sübjektif noktalar taraflarca sözleşmeye dahil edilen noktalardır. Esaslı noktalar, kanunda yer alan sözleşmeler için kanun hükümleriyle belirtilmişken, kanunda yer almayan sözleşmeler için sözleşmenin anlam ve içeriğinden çıkarılmaktadır. Taraflar, öncelikle tüm esaslı noktalar üzerinde anlaşmalıdırlar.

Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir.

Makul yarar kıstası, bozma sözleşmesini yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Yargıtay, icabın işverenden gelmesi durumunda, makul yararın varlığı açısından, işverenin iş güvencesi kapsamındaki ihbar ve kıdem tazminatları ile diğer işçilik alacaklarını ödemesini yeterli görememekte ve bunların yanı sıra bazı ek ödemelerin varlığını aramaktadır.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta da, icap ve kabulün olması gerektiği gibi yapılmış olup olmadığıdır. Taraflar arasında yapılan icapta, objektif ve sübjektif esaslı noktalar tam olarak belirtilmeli ve buna karşılık bir kabul söz konusu olmalıdır. Kabulün de, tüm esaslı noktaları değiştirmeden gerçekleştirilmesi gerekir. Eğer icap, tüm esaslı noktaları kapsamıyorsa, bu durum ancak icaba davet olarak değerlendirilebilir.

Uygulamada, genellikle işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi koşuluyla, karşılıklı anlaşma ile sona erdirmeyi dilekçe ile talep ettiği işverenin de zımnî veya açık kabulüyle ikalenin gerçekleştiği görülmektedir. İcabın işçi tarafından yapılması mümkün olduğu gibi işveren tarafından yapılması da

mümkündür. Ayrıca Yargıtay'ın da belirttiği üzere, tarafların anlaşarak iş ilişkisini başka bir hukukî ilişki kurmak üzere sona erdirmeleri de ikale sayılmalıdır.

İş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesi, işçinin birçok hakkından yararlanamaması anlamına gelmektedir. Ancak bunun yanında, taraflar, bu sona erdirme sözleşmesini serbest iradeleriyle meydana getirdikleri için, kapsamını da kendi iradeleri çerçevesinde belirleyeceklerdir. Bu durumda, taraflar, bu kayıpları telafi yoluna gidebilirler. Ancak iş kanununda düzenlenmemesi sebebiyle, söz konusu sözleşmede yer alan haklara dair talepler BK hükümlerine tâbi olmalıdır

İş sözleşmesinin ikalesi, fesih anlamına gelmediği için feshe bağlı sonuçlar da doğmayacaktır. Dolayısıyla, İş Kanununda yer alan tazminatları işçi talep edemeyecektir. İşçi, 1475 sayılı İK m. 14'te kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında ikale olmadığı için kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

Ayrıca 4857 sayılı İK gereğince, feshe bağlanan sonuçlar da fesih söz konusunu olmadığından uygulama alanı bulamayacaktır. Bunların yanı sıra, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 51'de işsizlik ödeneğine hak kazandıran durumlar arasında ikale yer almadığından bu ödenekten işçinin yararlanması da mümkün olmayacaktır. Ancak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunundaki şartları sağlamaları durumunda yaşlılık, hastalık ve analık sigortalarından yararlanmaları mümkündür.

Bunların yanı sıra, işverenin aydınlatma yükümlülüğünden de bahsetmek gerekmektedir. İşçinin bilgi düzeyi karşısında, işverenin böyle bir sözleşme ile ilgili bilgileri işçiye vermesi gerekmektedir. Aksi takdirde, culpa in contrahendo gereği, işveren işçinin zararlarını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bu durum, dürüstlük kuralının ve işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereğidir. Ancak işçi, yönetici düzeyinde eğitimi yüksek nitelikli bir işçiyse, işverenin aydınlatma yükümünü yerine getirmediğini iddia edememelidir. Böyle bir durumu iddia etmesi iyiniyet kuralıyla bağdaşmayacaktır.

2. 21.01.2011 tarihli yazı ile davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin anlaşma yolu (ikale) ile sona erdirilmesi teklifinde bulunulmuştur. Bu durumda ihbar ve kıdem tazminatı yanında, davacının işsiz kalacağı süreye ilişkin telafi ödemesi yapılması teklif edilerek, anlaşmanın kabulü halinde davacının iş güvencesi hükümleri ile işsizlik sigortasından yararlanamayacağı hususu açıkça belirtilmiştir.

İşveren tarafından yapılan teklifin Yargıtay tarafından aranan kriterlere uygun olduğu söylenebilecektir. Zira Yargıtay işçinin makul yararının gerçekleşmiş sayılması bakımından, kıdem ve ihbar tazminatı yanında ek bir ödeme daha ya-

pılmış olmasını aramaktadır. Bu ek ödeme iş güvencesi hükümlerinden yararlanamamanın karşılığı olabileceği gibi, işsizlik ödeneğinden yararlanamamanın karşılığı da olabilir. Her ikisinin getireceği maddi kazancın işveren tarafından yerine getirilmesini aramak ve beklemek hakkaniyete uygun değildir. Bu nedenle işçinin makul yararı bakımından ikalenin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. işveren tarafından yapılan icap, tüm noktaları ile değerlendirilerek, tüm hususlar bakımından kabul edilerek kabul edilmiş bulunmaktadır. Artık bu noktada davacının iradesinin fesada uğratıldığını kabul etmek mümkün değildir kanaatindeyiz. Davacının teklifi kabul yazısında yer alan hususların davacıya baskı altında imzalatıldığı konusunda bir iddia yer almadığı gibi, bu yöndeki bir iddia hayatın olağan akışına da uygun değildir. Ayrıca işveren davacı üst düzeyde bir işçi olmasına rağmen, anlaşmanın kabulü ile davacının iş güvencesi ve işsizlik sigortası ödeneğinden yararlanamayacağı konusunda kendisine düşen bilgilendirme yükümlülüğünü de yerine getirmiştir. Davacıya ihbar tazminatı, izin ücreti, kıdem tazminatı ve yan ödeme yapılmıştır. Bütün bu hususlar göz önüne alındığında taraflara arasındaki sözleşmenin ikale ile sona erdiğinin ve bu sebeple davacının işe aide davası açamayacağının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

C. İkale ve İbraname

OLAY

(A), elektrik bakım ustası olarak çalışmak üzere, 88 işçinin çalışmakta olduğu (B) şirketi ile 13.05.2006 tarihinde başlığı "Belirli Süreli Personel Hizmet Akdi" olan bir sözleşme imzalamıştır. Sözleşmenin, "Akdin Süresi" olan C maddesinde, süreye ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Türkiye İş Kurumu'na verilen bildirgeye göre 26.09.2007 tarihinde (A)'nın iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 17. maddesi gereği feshedilmiştir. İmza tarihi bulunmayan ibraname ile (A) çalışmış olduğu işvereni (B)'yi maaş, hafta tatili, genel tatil, fazla mesai, yıllık izin ücretlerinin tümü bakımından ibra etmiştir. (A) noter kanalıyla 10.10.2007 tarihinde, işyerinde yeteri derecede verimli olamadığı gerekçesi ile işyerinden ayrılmak istediğini ancak içinde bulunduğu maddi sıkıntılardan dolayı mümkünse hizmet akdinin şirket tarafından feshedilmesini ve haklarının kendisine ödenmesi hususunda ihbarda bulunmuştur. (A) işçilik alacaklarını tarihsiz ibranameyi imzalamasından sonra aldığını, ibranamenin geçerli olmadığını iddia etmiş ve feshin geçersizliği nedeni ile işe iade davası açmıştır. Ancak (A) davanın görülmesi aşamasında, ibranamenin sözleşmenin sona ermesinden sonra düzenlendiği hususunu kabul etmiştir. (B) işyerinde davacı ile yaşanan sorunlar nedeniyle, yapılan görüşme neticesinde iş sözleşmesinin sonlandırılmasına, tüm yasal haklarının ödenmesine karar verildiğini, ibranamenin de ödenen bu haklar nedeniyle düzenlendiğini ve ibranamenin verildiği tarihte, bu

ibranamede yer alan imzanın inkar edilmemesi açısından, noterden istifasının istendiğini iddia etmiştir.

SORULAR

1. (A)'nın işe iade davası açma hakkı var mıdır? İşe iade davası açma koşulları nelerdir? Açıklayınız.
2. (A)'nın işçilik alacaklarının ödenmesi şartıyla işten ayrılma talebi istifa olarak kabul edilebilir mi? İmzaladığı ibranamenin geçerli olup olmadığı açısından da açıklayınız.

CEVAPLAR

1. İşe iade davası açılması bakımından aranan yasal koşullar olan 30 işçi ölçütünün gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Çünkü işyerinde fesih tarihinde 88 işçi çalışmaktadır. (A)'nın kıdeminin altı aydan fazla olduğu da bellidir. (A) ile (B) arasında başlığı "Belirli Süreli Personel Hizmet Akdi" olan bir sözleşme imzalanmış olmasına rağmen, "Akdin Süresi" olan C maddesinde, süreye ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması bakımından aranan objektif koşulun (A) yaptığı iş bakımından gerçekleşmediği anlaşılmaktadır. Çünkü yaptığı iş daimi niteliktedir. Ayrıca taraflar belirli süreli iş sözleşmesinin geçerliliğini tartışma konusu yapmadıklarından, bütün bu hususların birlikte göz önüne alınması suretiyle, (A)'nın belirsiz süreli işe sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilmelidir.

Dava açma süresi olan bir aylık sürede davanın açıldığı anlaşıldığından, (A)'nın işe iade davası açma hakkı vardır.

2. (A) sözleşmesinin işveren tarafından 26.09.2007 tarihinde geçerli sebep olmaksızın feshedildiğini, ancak yasal haklarının ödenmediğini, haklarının ödenmesi için işveren tarafından kendisinden istifa ile birlikte ibraname istendiğini, bunun üzerine davacının 10.10.2007 tarihinde noterden ihtarname göndermek sureti ile işten ayrılmak istediği hususunu bildirdiğini iddia etmektedir.

(B), işyerinde davacı ile yaşanan sorunlar nedeniyle, yapılan görüşme neticesinde iş sözleşmesinin sonlandırılmasına, tüm yasal haklarının ödenmesine karar verildiğini, ibranamenin de ödenen bu haklar nedeniyle düzenlendiğini belirtmiştir. İbranamenin verildiği tarihte, bu ibranamede yer alan imzanın inkar edilmemesi karşısında, noterden istifasının istendiği iddia edilmiştir.

(A) tarafından imzalanan ibranamede tarih bulunmamakla beraber, gerek (A) gerekse (B) sözleşmenin sona erdirilmesinden sonra 10.10.2007 tarihinde ibranamenin düzenlendiğini kabul etmişlerdir. Bu nedenle sözleşmenin sona ermesinden sonra düzenlenen ibranamenin yerleşmiş yargı kararları çerçevesinde geçerli kabul edilmelidir.

Sözleşmenin 26.09.2007 tarihinde işveren tarafından sona erdirildiği de kabul edilmelidir. Çünkü taraflardan biri fesih ihbarında bulunduktan sonra, bu fesih ihbarı karşı tarafa ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu nedenle (A)'nın 10.10.2007 tarihinde istifa etmiş olmasının sözleşmenin sona ermesi bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak (A)'nın bu tarihte çektiği ihtarnamenin sözleşmenin sona erme nedenini açıklaması bakımından bir etkisi vardır. İhtarnamede bulunan "***Ancak içinde bulunduğum maddi sıkıntılardan dolayı, mümkünse hizmet akdimin şirketiniz tarafından feshedilerek hak etmiş olduğum haklarımın tarafıma ödenmesini arz ederim***" ifadesinin dikkate alınması gerekir. Bu ifade 26.09.2007 tarihinde işveren tarafından yapılan feshin nedenini açıklamaktadır. Bu ifadeden taraflar arasında, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından bir anlaşmanın bulunduğunu göstermektedir. (A) iş sözleşmesinin feshinden kaynaklanan alacakları alabilmek amacıyla bu ihtarnameyi düzenlediğini beyan etmekte ise de, bu hususları belirtmeden de iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 17. maddesine göre işverenin geçerli sebebe dayanarak yaptığı fesihten dolayı hak edip de ödenmeyen, alacaklarının ödenmesi konusunda ihtarda bulunabilirdi. Bu ihtardan sonra, sözü edilen işçilik alacaklarının (A)'ya ödenmesi, (B)'nin davranışı bakımından tutarlılık göstermektedir. Aksi durumda sözleşmenin feshedilmiş sayıldığı 26.09.2007 tarihinde işçilik alacaklarının ödenmesi gerekirdi. Ancak taraflar arasında bir anlaşma bulunduğu için (ikale), işveren ödemede bulunmamış, bu alacakların ödenmesini (A)'nın bu konudaki beyanına tabi tutmuştur. Yargıtay da verdiği bir kararda: "*İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş ilişkisi sona erer. Şarta bağlı istifa ise kural olarak geçerli değildir. Uygulamada en çok karşılaşıldığı üzere işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, olsa olsa ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde icap biçiminde değerlendirilmelidir*" şeklinde yorumda bulunmuştur. (Yarg. 9 HD E.2007/24595, K.2008/193 sayılı ve 18.02.2008 tarihli kararı)

Uygulamada en çok karşılaşıldığı üzere işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, olsa olsa ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde icap biçiminde değerlendirilmelidir. İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da ihtimal dahilindedir. İşverenin sosyal ve ekonomik üstünlüğünü kullanarak, tazminatları ödeme koşulu ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi mümkündür. İşçinin buna uyması halinde, gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Ancak somut olay bakımından, (A)'nın noterlik tarafından düzenlenen ihtarnamede yer alan iradesinin baskı altında verildiğine ilişkin, (A)'nın iddiası dışında tanık veya

başka delil ile desteklenmesi söz konusu değildir. Bu nedenlerle taraflar arasındaki iş sözleşmesi, tarafların anlaşması (ikale) ile sona erdiği kabul edilmelidir.

XVI. KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANMA

OLAY

Davacı 1982 tarihinde "H" devlet bankası Aliağa Şubesinde göreve başladığını ve 09.05.2007 tarihinde emekli olduğunu, davalı banka ile 23.08.2002 tarihinde belirsiz süreli iş sözleşmesi imzalayarak görevini sürdürdüğünü, bu sözleşmenin 5. maddesinde "banka emekliliğini hak etmemiş personelin kıdem tazminatını, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile bankada geçen hizmetlerinin toplamı üzerinden ödemeyi kabul ve taahhüt eder" hükmü bulunmasına rağmen, bankanın davacıya 23.326,67 TL kıdem tazminatı ve daha sonra 5.181.16 TL kıdem tazminatı farkı ödediğini, davacıya bu sözleşmedeki hükme uygun olarak hesaplama yapılmadığı gerekçesi ile fark kıdem tazminatına hükmedilmesi talep edilmiştir.

Davalı verdiği cevapta, davalı bankanın 25.11.200 tarihinde 4603 s. Yasa ile özelleştirme kapsamına alındığını, bu kapsamda ilk önce isteklilerin daha sonra ise 4684 s. ve 4743 s. Kanun hükümleri uyarınca en geç 31.12.2003 tarihine kadar tüm banka personelinin özel hükümlere tabi kılınmasının öngörüldüğünü, bunun üzerine banka personelinin sadece emeklilik yönünden Emekli Sandığı Kanuna tabiyetlerinin devam ettirildiğini, davacının bu süreçte imzaladığı 23.08.2002 tarihli sözleşmeden sonra özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalıştırılmasına devam edildiğini, İş k. 14 maddesi uyarınca, davacıya kamuda geçen hizmet süreleri birleştirilerek memuriyette geçen hizmet süreleri için emekli ikramiyesi kadar, 4603 s. Kanun uyarınca özel hukuk hükümlerine tabi işçi statüsünde çalıştığı son dönemde geçen hizmet süreleri için emekli ikramiyesi ile kıdem tazminatı fark tutarının kıdem tazminatı olarak ödenmiş olduğunu, bu sebeple herhangi bir eksik ödeme bulunmaması sebebiyle, fark kıdem tazminatı talebinin reddedilmesi gerektiği savunulmuştur.

SORU

Davacının talebi yerinde midir? Neden?

CEVAP

Davacı ile davalı arasında imzalanan 23.08.2002 tarihli sözleşmenin 5. maddesi uyarınca, *"banka emekliliğini hak etmemiş personelin kıdem tazminatını, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile bankada geçen hizmetlerinin toplamı üzerinden ödemeyi kabul ve taahhüt eder"*. Bu hüküm davacının iddia ettiği

gibi, sözleşmenin imzalandığı tarihte emekliliğini hak etmemiş personelin ileride sözleşmelerinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi durumunda, kıdem tazminatının nasıl hesaplanacağını düzenleyen bir hüküm olarak kabul edilmelidir, görüşündeyiz.

Buna bağlı olarak, ileride emekliliğini hak edecek bir personelin kıdem tazminatının diğer kamu kurum ve kuruşları ile bankada geçen hizmet süreleri toplamı üzerinden hesaplanması gerekecektir. Ancak davacının bu anlamda kıdem tazminatının hesaplanmasında, "**diğer kamu kurum ve kuruşlarında**" geçen bir hizmeti bulunmamaktadır. Sadece bankada geçen ancak farklı kanun hükümlerine tabi olarak geçen hizmeti bulunmaktadır. Bu hizmetin bir bölümü Devlet Memurları kanuna diğer bölümü ise İş Kanunu hükümlerine tabi olarak geçmiştir. Bu sebeple buna uygun olarak davacının kıdem tazminatının hesaplanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

İş K. m.14/4 ve 5 fıkraları uyarınca ***"T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanuna tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanuna göre yaşlılık veya malüllük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işvereninince kıdem tazminatı ödenir. Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz"***

Bu hükmün uygulanabilmesi için ilk şart, hizmetin T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanuna tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçirilmesidir. Davacı 26.10.1982 tarihinde Emekli Sandığı kanunu hükümlerinin uygulandığı bir kamu kuruluşunda çalışmaya başlamış, özelleştirmenin başlaması ile birlikte 23.08.2002 tarihinde aynı kurumda Sosyal Sigortalar kanunu hükümlerine tabi olarak çalışması gerekirken, sadece emeklilik bakımından Emekli Sandığı ile ilişkisini sürdürmüş, diğer kanun hükümlerinin uygulanması bakımından özel hukuka tabi kılınmıştır. Dolayısı ile kıdem tazminatının hesaplanması açısından bu kanun hükümlerine tabi olmasının mümkün olacağı düşünülmektedir.

Bunun gibi, kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilebilmesi için son kamu kuruluşundaki iş sözleşmesinin "Sosyal Sigortalar kanuna göre yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla "sona erdirilmiş olması gerekir. Davacı işçi 09.05.2007 tarihinde emekli aylığı almak için işyerinden ayrıldığı için bu koşul da gerçekleşmiştir. Diğer yandan, söz konusu

kişinin emekliliğe hak kazanması da yeterli değildir. Ayrıca son kamu kuruluşundaki çalışmanın işçi olarak geçirilmesi zorunludur. Gerçekten davacı 23.08.2002 tarihinden itibaren işçi sıfatını kazanmıştır.

Yargıtay, memurlukta geçen sürelerin kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınacağını kabul etmektedir. Bununla beraber, daha önce memur veya sözleşmeli personel olarak çalışan işçiye bu dönemler için T.C. Emekli sandığınca emekli ikramiyesi ödenmişse kıdem tazminatının hesaplanmasında bu dönem göz önünde tutulmaz.

Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur, işçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır.

Bunun yanında, işçinin kamu kurumlarında ve işçilikte geçen hizmetlerinin birleştirilmesi için önceki çalışmaların, fesih şekli itibarıyla kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi gerektiği 1475 sayılı yasanın 14/5. maddesinde açık biçimde düzenlenmiş olmakla, aynı kuralın memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışılan süre yönünden de değerlendirilmesi gerekir. Temel amacı işçiyi korumak olan İş Kanununun, işçi yönünden öngörmediği bir sınırlandırmayı, memur olarak çalışılan dönem bakımından aradığı düşünülemez. Aksine çözüm tarzı, tüm süreyi işçilikte geçirdiği halde ilk dönem çalışması istifa ile sona eren işçi bakımından bir eşitsizlik ortaya çıkarır.

Nitekim davacının bu dönemde herhangi bir şekilde ilişkisi sona erip kesintiye uğramadığı için, birleştirmeden yararlanacağının kabul edilmesi gerekir. Ancak 1475 sayılı yasanın 14/6. maddesi gereğince memuriyette geçen hizmetlerle ilgili olarak Emekli Sandığının ödeyeceği ikramiye tavanı olarak düzenlendiğinden ve bu dönemle ilgili Emekli Sandığınca ikramiye ödendiği anlaşıldığından memuriyette geçen dönemi için davalıdan kıdem tazminatı talep edilmesi mümkün değildir. Aynı esas Yarg 9 HD E.2007/5961, K.2007/34812 sayılı ve 22.11.2007 tarihli kararında da belirtilmiştir. Bu karar uyarınca *"Davacının davalı banka işyerinde 13.11.1984 – 11.1.2002 tarihleri arasında 657 sayılı Yasaya tabi memur olarak çalıştığı; 12.1.2002 – 22.11.2004 tarihleri arasında*

ise iş sözleşmesi ile, ancak emekli sandığına tabi olarak çalışmasını sürdürdüğü; sözleşmenin 22.11.2004 tarihinde ölümle sonlandığı anlaşılmaktadır. İşçinin mirasçısı olan davacılar tüm hizmet sözleşmesine göre ve kıdem tazminatı talep etmişler; mahkemece istek doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Davacılar hizmet sözleşmesinin 5. maddesine dayanmaktadırlar. Anılan sözleşme maddesi 1475 sayılı yasanın 14. maddesine paralel düzenlemeler getirmiştir. Davacılar murislerinin tabi olduğu Emekli Sandığının emekli ikramiyesi ödendiği dosya içerisinde mevcut olduğu Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünün 9.11.2005 tarihli cevabi yazısından anlaşılmaktadır. 1475 sayılı yasanın 14/6. maddesi gereğince memuriyette geçen hizmetlerle ilgili olarak Emekli Sandığının ödeyeceği ikramiye tavanı olarak düzenlendiğinden ve bu dönemle ilgili Emekli Sandığınca ikramiye ödendiği cevabi yazıdan anlaşıldığından davacıların murislerin memuriyette geçen 13.11.1984 – 11.1.2002 dönemi için davalıdan kıdem tazminatı talep etmesi mümkün değildir. İşçilikte geçen 12.11.2002 -22.11.2004 dönemi için davacıların murisinin hak kazandığı kıdem tazminatı belirlenmeli, bu dönem için ödenen (Emekli Sandığınca) ikramiye miktarı indirilerek bakiyesinin davacılara kıdem tazminatı olarak ödenmesi gerekir. Mahkemenin yukarıda açıklanan esaslara aykırı şekilde düzenlenen bilirkişi raporuna itibar ederek hüküm kurulmuş olması hatalıdır" denilmiştir.

Acaba taraflar arasında imzalanmış olan belirsiz süreli sözleşmenin 5. maddesi ile 1475 s. kanunun 14. maddesinde yer alan bu hükme aykırı bir düzenleme getirilmiş olduğu kabul edilebilir mi? Yani davacının aynı kurumda gerek memur iken gerekse işçi sıfatına sahip iken, çalıştığı sürenin birleştirileceği, ancak işçiye ödenmesi gereken kıdem tazminatı tutarının işçiye Emekli Sandığına tabi hizmetleri karşılığında ödenmesi gereken emeklilik ikramiyesini aşamayacağına ilişkin yasağa aykırı bir düzenleme yapılabilir mi? Yapılan böyle bir düzenleme geçerli kabul edilebilecek midir? Özel tavan olarak adlandırılan bu sınırlamanın kamu düzeni ile ilgili olduğu kabul edildiği için, bu tür sözleşme hükümlerinin geçersiz olacakları kabul edilmektedir (Yarg.9 HD E.2009/33853, K.2009/25789, 06.10.2009 tarihli kararı).

Hal böyle olunca, davacıya Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre hak ettiği emeklilik ikramiyesi, ayrıca işçi statüsünde çalıştığı dönem için, emekli ikramiyesi ile kıdem tazminatı tavanı arasındaki kalan fark da kıdem tazminatı farkı olarak ödendiği için, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 5. maddesindeki hükmün, 1475 s. kanunun 14. maddesinde kamu düzenini ilgilendiren emredici nitelikteki kısmını değiştirmesinin mümkün olamayacağı, değiştirdiği kabul edilse bile bu değişikliğin geçerli olmayacağı karşısında davacının fark kıdem tazminatı talebinde bulunamayacağı düşünülmektedir.

XVII. EMEKLİLİK SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN FEHEDİLMESİ

OLAY 1

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya ait işyerinde 01/06/1999-24/04/2012 tarihleri arasında Pazar ve Ürün Geliştirme Bölümü'nde çalıştığını, iş akdini emeklilik sebebiyle feshettiğini, akabinde işverenle sulh ve ibra sözleşmesi imzaladığını, K İcra Müdürlüğü'nün 2012/1419 E. sayılı dosyası ile kıdem tazminatı alacağı için davalıya ödeme emri gönderildiğini, itiraz ile icra takibinin durduğunu, davalının itiraz gerekçesinin müvekkilinin işten ayrıldıktan sonra başka bir işyerinde çalışmaya başlaması olduğunu, fesih beyanının işverene ulaşmasından sonra işçinin yeni bir işyerinde tarih ve çalışmasının işvereni kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtaramayacağını, çalışma hakkının anayasal bir hak olduğunu, bu nedenlerle itirazın iptali ile takibin devamına, %20'den az olmamak üzere icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ettiklerini belirtmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacının davalı şirkette 01/06/1999 tarihinden itibaren Pazar ve Ürün Geliştirme Bölümünde belirsiz süreli iş akdi ile istihdam edildiğini, davacının iş akdinin 30/03/2012 tarihinde personel idari işler müdürlüğüne hitaben yazmış olduğu dilekçeye ve ekinde ibraz edilen SGK tarafından verilmiş kıdem tazminatı almaya hak kazanmış olduğuna ilişkin belgeye istinaden sonlandırıldığını, davacı ile 24/04/2012 tarihinde karşılıklı anlaşma sonucu sulh ve ibra sözleşmesi imzalandığını, 35.943,65 TL'nin dört taksitle ödeneceği konusunda anlaşma sağlandığını, ancak davacının iş akdinin sonlanmasının akabinde 01/05/2012 tarihinde başka bir işyerinde çalışmaya başladığını, davacının işten ayrılma gerekçesinin beyan ettiği üzere emekliliğe hak kazanmış olması olmadığını, davalı firma ile aynı sektöre yer alan rakip firmada çalışma isteği olduğunu, davacının söz konusu davranışının işverene karşı gösterilmesi gereken sadakat borcunun açık bir ihlali olduğunu, davacının kanunun kendisine sağladığı hakkı kötüye kullandığını, icra dosyasında alacakların likit olmadığını, yargılama yapılması gerektiğini, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir

Taraflar arasında imzalanan sulh ve ibra sözleşmesine göre davalı, 35.943,65 TL kıdem tazminatını 4 taksitle ödemeyi kabul etmiştir. Aynı zamanda tarafların çalışanın işyerinde izin haklarının olmadığını, sözleşmede belirtilmeyen hak ve alacak dışında alacak, cezai şart, tazminat, ücret, fazla mesai vb. herhangi bir nam altında herhangi bir hak ve taleplerinin bulunmadığı konusunda da anlaşmışlardır.

K 1. Noterliği'nin 04/07/2012 tarih ve 8996 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile davacı aralarında imzalanan sulh ve ibra sözleşmesine istinaden 1. ve 2. Taksidin toplamı olan 18.000,00 TL'nin ödenmesini talep etmiştir.

K1. Noterliği'nin 29/06/2012 tarih ve 8786 numaralı ihtarnamesi ile aralarındaki sulh ve ibra sözleşmesini feshettiklerini, davacının iş akdinin sonlanmasının akabinde 01/05/2012 tarihinde başka bir şirkette çalışmaya başladığını, bu nedenle kıdem tazminatının ödenmeyeceğini bildirmişlerdir.

Davacı 01.05.2012 tarihinde yeni bir işyerine girerek çalışmaya başlamıştır.

SORULAR

1. Davacı kıdem tazminatına hangi hükme göre hak kazanmıştır?
2. Davalının ödediği kıdem tazminatını davacının başka bir işte çalışmaya başlaması gerekçesi ile geri istemesi mümkün müdür?

CEVAPLAR

1. Davacının iş sözleşmesinin İş K.14 maddesine uygun olarak 5- (Ek: 25.8.1999 -4447/45 md.) 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81'inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi isteğine uygun olarak feshedildiği anlaşılmaktadır.

2. Taraflar arasında imzalanan 24.04.2012 tarihli "sulh ve ibra "sözleşmesi uyarınca davacının iş sözleşmesini SGK dan aldığı kıdem tazminatına esas yazı ile feshettiği kabul edilmiştir.

Davacı K İcra Müdürlüğü 2102/1419 sayı ile icra takibi başlatmış, davalı işveren, davacının 01.05.2012 tarihinde rakip firmada çalışmaya başlamış olması nedeniyle, davalının fesih tarihindeki iradesinin başka işte çalışmak olduğunu, sadakat borcuna aykırı davrandığını, sulh ve ibra sözleşmesinin feshedildiği hususunun K 1. Noterliğinin 8886 yevmiye ve 29.06.2012 tarihli ihtarname (İhtarname davacıya 09.07.2012 tarihinde tebliği edilmiştir) ile feshedildiğini belirterek, başlatılan takibe itiraz etmiştir.

Davacı, itirazın iptalini talep ederek, %20 oranında icra inkar tazminatı talebinde bulunmaktadır.

Davalının sulh ve ibra sözleşmesi imzalanmış olmasına rağmen, ödemeyi taahhüt ettiği kıdem tazminatını ödememesinin sebebi 9. HD bu konuda verdiği emsal kararlardır. Bu kararlarda Yarg. 9 HD Esas 2006/2716, Karar 2006/8549, 04.04.2006 tarihli kararında,"1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bentte, "*506 Sayılı Kanunun 60'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81'inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için*

öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle" işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabileceği hükme bağlanmıştır. *Düzenlemenin amacı, pirim ödeme ve sigortalılık süresi yönünden emeklilik hakkını kazanmış olsa da, diğer bir ölçüt olan emeklilik yaşını beklemek zorunda olan işçilerin, bundan böyle çalışma olmaksızın işyerinden ayrılmaları halinde kıdem tazminatı alabilmelerini sağlamaktır. Şüphesiz işçinin bu ayrılmasından sonra yeniden çalışması gündeme gelebilir ve Anayasal temeli olan çalışma hakkının ortadan kaldırılması beklenmemelidir. Bu itibarla işçinin ilk ayrıldığı andaki iradesinin tespiti önem kazanmaktadır. İşçinin başka bir işyerinde çalışmak için işyerinden ayrıldığı anlaşıldığı taktirde 1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bent hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanılması söz konusu olmaz".*

"Yargıtay 9. HD, E.2008/1760, K.2009/13519 sayılı ve 4.5.2009 tarihli kararda da özetle şu sonuca ulaşılmıştır: *"1475 sayılı yasanın 14. maddesine 25.08.1999 gün ve 4447 sayılı yasanın 45 maddesi ile 5. bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkânı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanmamış olsa da, işyerinden anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle ayrılabilecek ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Aksi halde işçinin başka bir işyerinde çalışmak için 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 5. bendi hükmüne dayanması yasal hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Dairemiz konuyla ilgili bir kararında, işçinin bir gün sonra başka bir işveren ait işyerinde çalışmasının, feshin anılan 5. bent hükmüne uygun olmadığını gösterdiği sonucuna varmıştır (Yargıtay 9. HD. 4.4.2006 gün 2006/2716 E, 2006/8547 K.)"* kabul etmiş bulunmaktadır.

Yargıtay özetle, yaş koşulu dışında prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresini tamamlayarak yaşlılık aylığı almak amacıyla sözleşmesini fesheden işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabileceklerini kabul etmektedir. Ancak kıdem tazminatına hak kazanabilmek için, feshin bu sebeple gerçekleştirilmiş olması şartını aramaktadır. Feshin gerçek sebebi bu olmayıp, fesih başka bir işte çalışmak niyetiyle yapılmışsa, Yargıtay bu görünüşteki durumun korunmayacağını belirtmektedir. Dolayısı ile birinci kararda belirtildiği gibi, fesih iradesinin açıklandığı anda, bu iradenin yorumlanması büyük önem taşımaktadır.

Yargıtay bir taraftan işçinin işten ayrılmasından sonra yeniden çalışabileceğini kabul etmekte, bir taraftan da işyerinden ayrıldığı anda iradesinin tespit

edilmesini istemektedir. İşçi işten ayrıldığında kıdem tazminatına hak kazanabilmek amacıyla SGK'dan buna ilişkin belgeyi getirmekte, ancak bu belgenin getirilmesinden sonra İş K.14 maddesine dayanarak sözleşmenin feshedilmesi kıdem tazminatına hak kazandıran özel bir hal olarak kabul edildiği için işveren tarafından davacıya kıdem tazminatı ödenmektedir.

Yargıtay'ın sözü edilen kararlarının yerinde olmadığı görüşündeyiz. Mahkemelerin niyet okuyuculuğu yapmak zorunda bırakılmasının hukuki gerekçesini bulmak mümkün değildir. Bu konuda, hukuki işlemlere bağlanan hukuki sonuçların tespit edilmesi önem taşımaktadır. 506 sayılı Kanunun 60'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81'inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak işçinin kendi isteği ile işi bırakması bir fesihtir. Fesih karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı irade açıklamasıdır. Karşı tarafa ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu bakımdan işveren kendisine ulaşan bu irade açıklamasından sonra bu feshi kabul edip etmeme özgürlüğüne sahip değildir. Fesih kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurur. Taraflar arasındaki iş akdi sona erer. Bundan sonra davacının çalışıp çalışmayacağını belirlemek, çalışma ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kendisinin vereceği karara bağlıdır. Çalışma hakkının engellenmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Nitekim Yargıtay, iş sözleşmesini evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde fesheden kadın işçinin yeniden çalışmaya başlayabileceğini kabul etmekte ve bu durumda işveren tarafından ödenen kıdem tazminatının geri istenemeyeceğine karar vermektedir. Benzer bir durum oluşturan uyuşmazlık konusu olayda, aksinin kabul edilmesinin mümkün olmayacağı düşünülmektedir. Kaldı ki, yaş şartını tamamladığı için emekli olmuş ve yaşlılık aylığı almaya başlamış sigortalıların da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışabilecekleri yasalar nezdinde kabul edilmiş olmasına rağmen, yargı kararı ile yaş şartı bekleyenler bakımından bu olanağın kabul edilmemesi bir çelişki oluşturacaktır.

OLAY 2

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin 08/07/2009-01/08/2012 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde vardiya amiri olarak net 2.800 TL ücretle çalıştığını, müvekkilinin iş akdinin 1475 s işK. m. 14 ve 506 s. kanun 60/1-A bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları ve aynı kanunun geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle maddesine dayanarak 01/08/2012 tarihinde gönderilen ihtar ile feshedildiğini, fesih sonrası ödenmesi gereken kıdem tazmi-

natının davalı tarafından ödenmediğini, fazlaya ilişkin dava ve talep hakları saklı kalmak üzere 9.248,00 TL kıdem tazminatının akdi fesih tarihinden itibaren mevduata uygulanacak en yüksek faizi ile birlikte tahsilini, yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davacıya yükletilmesine karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacının kıdem tazminatına hak kazanamadığını, davacının bu istemlerinin hukuki dayanağının bulunmadığını, davacının bir kurgu dâhilinde kötü niyetli olarak hareket ettiğini ve başka bir işte çalışmak için müvekkili firmadan ayıldığını, davacının kısa bir süre sonra başka bir firmada çalışmaya başladığını, bu sebeplerle davanın reddine yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davacıya yükletilmesine karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Somut olayda davacı işçi, 25.07.2012 tarihli dilekçesi ile Kuruma başvurmuş, sigortalılık süresinin 15 yıl, prim ödeme gün sayısının ise 4363 olduğu tespit edilerek, yaşlılık aylığı bağlanması için yaş şartı hariç, 15 yıl sigortalılık ve 3600 pim ödeme gün sayısının tamamlandığı bildirilmiştir.

İşten ayrılış bildirgesi uyarınca, davacının 09.08.2012 tarihinde çıkışının bildirildiği anlaşılmaktadır. Davacı 13.08.2012 tarihinde başka işyerinde yeniden çalışmaya başlamıştır

SORU

1. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin konu ile ilgili kararlarından sonra Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin konu ile ilgili nasıl karar verdiğini açıklayınız
2. İki Daire arasındaki görüş farklılığı nereden kaynaklanmaktadır?

CEVAP

1. Yargıtay 9. HD Esas 2006/2716, Karar 2006/8549, 04.04.2006 tarihli kararında,"1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bentte, "*506 Sayılı Kanunun 60'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81'inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle*" işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabileceği hükme bağlanmıştır. *Düzenlemenin amacı, pirim ödeme ve sigortalılık süresi yönünden emeklilik hakkını kazanmış olsa da, diğer bir ölçüt olan emeklilik yaşını beklemek zorunda olan işçilerin, bundan böyle çalışma olmaksızın işyerinden ayrılmaları halinde kıdem tazminatı alabilmelerini sağlamaktır. Şüphesiz işçinin bu ayrılmasından sonra yeniden çalışması gündeme gelebilir ve Anayasal temeli*

olan çalışma hakkının ortadan kaldırılması beklenmemelidir. Bu itibarla işçinin ilk ayrıldığı andaki iradesinin tespiti önem kazanmaktadır. İşçinin başka bir işyerinde çalışmak için işyerinden ayrıldığı anlaşıldığı taktirde 1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bent hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanılması söz konusu olmaz".

Yargıtay 9. HD, E.2008/1760, K.2009/13519 sayılı ve 4.5.2009 tarihli kararda da özetle şu sonuca varılmıştır: *"1475 sayılı yasanın 14. maddesine 25.08.1999 gün ve 4447 sayılı yasanın 45 maddesi ile 5. bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkânı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanmamış olsa da, işyerinden anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle ayrılabilecek ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Aksi halde işçinin başka bir işyerinde çalışmak için 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 5. bendi hükmüne dayanması yasal hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Dairemiz konuyla ilgili bir kararında, işçinin bir gün sonra başka bir işveren ait işyerinde çalışmasının, feshin anılan 5. bent hükmüne uygun olmadığını gösterdiği sonucuna varmıştır (Yargıtay 9. HD. 4.4.2006 gün 2006/2716 E, 2006/8547 K.)"*

Yargıtay 22. HD ise, E. 2012/10954 K. 2013/909 sayılı ve 25.01.2013 tarihli kararında "4447 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasına (5) numaralı bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkânı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve pirim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanamamış olsa da, anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle işyerinden ayrılabilecek ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak, işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Somut olayda hat sorumlusu olarak çalışan davalı 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrası (5) numaralı bendi uyarınca onbeş yıl sigortalılık ve 3600 gün prim günü şartlarını sağladığı için 04.07.2011 tarihli istifa dilekçesi ile kıdem tazminatını alarak işyerinden ayrılmıştır. Davalı 15.07.2011 tarihine kadar çalışmasını sürdürmüş, bu tarihte işyerinden ayrılmış ve üç gün sonra başka bir işverene ait işyerinde çalışmak üzere işe başlamıştır. Davacının işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir firmada çalışması hakkın kötüniyetli kullanılması olarak değerlendirilemez. Davalı kanunun

kendisine verdiği emeklilik hakkını kullanmıştır. Kanunda tanınan bu hakkın amacı, işyerinde çalışarak yıpranmış olan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ait yükümlülükleri tamamlamış olan işçinin, emeklilik için bir yaşı beklemesine gerek olmadan iş sözleşmesini aktif sonlandırabilmesine imkanı tanımaktır. Davacının ödenen kıdem tazminatının iadesine ilişkin talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" diyerek aksi yönde görüş bildirmiştir.

2. Anlaşılacağı üzere iki daire arasında aynı konuda görüş farklılığı bulunmaktadır. Yargıtay ilk iki kararında özetle, yaş koşulu dışında prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresini tamamlayarak yaşlılık aylığı almak amacıyla sözleşmesini fesheden işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabileceklerini kabul etmektedir. Ancak kıdem tazminatına hak kazanabilmek için, feshin bu sebeple gerçekleştirilmiş olması şartını aramaktadır. Feshin gerçek sebebi bu olmayıp, fesih başka bir işte çalışmak niyetiyle yapılmışsa, Yargıtay 9 Hukuk Dairesi bu görünüşteki durumun korunmayacağını belirtmektedir. Dolayısı ile birinci kararda belirtildiği gibi, fesih iradesinin açıklandığı anda, bu iradenin yorumlanması büyük önem taşımaktadır.

Yargıtay bir taraftan işçinin işten ayrılmasından sonra yeniden çalışabileceğini kabul etmekte, bir taraftan da işyerinden ayrıldığı anda iradesinin tespit edilmesini istemektedir. İşçi işten ayrıldığında kıdem tazminatına hak kazanabilmek amacıyla SGK'dan buna ilişkin belgeyi getirmekte, ancak bu belgenin getirilmesinden sonra İş K.14 maddesine dayanarak sözleşmenin feshedilmesi kıdem tazminatına hak kazandıran özel bir hal olarak kabul edildiği için işveren tarafından davacıya kıdem tazminatı ödenmektedir.

Buna karşılık 22. Hukuk Dairesi işçilerin emeklilik sebebiyle sözleşmelerini feshedip, kıdem tazminatını alarak işyerinden ayrılmalarından sonra, kısa bir süre içerisinde de olsa başka işyerinde çalışabileceklerini ve bu durumun hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir. İşçilerin bu gibi bir durumda yasal haklarını kullandıkları, çalışma olgusunun kıdem tazminatı ödenmesinin ölçütünü oluşturamayacağı yine 22. Hukuk Dairesince kabul edilmektedir.

XVIII. FESHİN KİMİN TARAFINDAN YAPILDIĞININ BELİRLENMESİ

OLAY

28.12.2010 tarihinde işyeri hekimi olan (İ) Tabip odasına hitaben yazdığı dilekçesinde, 25.12.2010 tarihinde işverenin kendisini telefonla aradığını, fabrikada buluştuklarını, 2011 yılı için kendisi ile çalışmak istemedikleri yönünde

beyanda bulunduğunu, bunun üzerine 26.12.2010 günü fabrikaya gidip eşyalarını topladığını, Tabip Odası Başkanlığını bildirme gereğinin ortaya çıktığını, 30.12.2010 tarihinde işverenin kendisini telefonla arayarak, kendisi ile çalışmaya devam edeceklerini, Ocak ayında dinlenmesini, kafasını toplamasını, birikmiş yıllık izinlerini kullanmasını söylediğini i bunun üzerine Tabip Odası Başkanlığı'na hitaben 31.12.2010 tarihli yazı ile davacı davalı ile yaşadıkları olumsuzlukların kalmadığını, daha önce verdiği dilekçenin herhangi bir hükmü olmadığını bildirdiğini iddia etmiştir. Bu kez,(İ) 01.02.2011 tarihli dilekçe ile işyerinden ayrıldığı hususunu Tabip Odası Başkanlığına ifade ettiğini, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep olmadan feshedilmiş olması nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatı talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren, konuyla işyeri hekimi (İ) nin telefonla arandığını, kendisinin işten ayrıldığını beyan ederek, 17-18 bin TL gibi bir tazminatının olduğunu söylediğini, işverenin (İ) yi işten çıkarmalarının söz konusu olmadığını, bu nedenle tazminat borçlarının olamayacağını, işine devam etmesi gerektiği hususunun bildirildiğini, ancak davacının işyerine bilgi vermeden ve işyerinin bilgisi olmaksızın İzmir Tabip Odası'na dilekçe vererek işten ayrıldığını bildirdiğini, işverenin kendisine Ocak ayında dinlen diye bir ifadede bulunmadığını, sadece yılbaşında dinlen kafanı topla ve işinin başına dön dediğini, ayrıca davacının geçmiş yıllara ait kullanmadığı izninin bulunmadığını, davacının 08/06/2010 tarihli dilekçesi ile 2010 yılı iznini kullandığını, davacının müvekkil iş yerinde çalıştığı sürece hiçbir şekilde işverenin isteği ve talimatı üzerine izin kullanmadığını, her seferinde kendi istediği zaman işyerine bilgi vererek yıllık izinlerini kullandığını, müvekkil şirket yetkililerinin davacıyı oyalamak ve bekletmek gibi bir niyetle asla hareket etmediğini, aksine her görüşmelerinde davacıya derhal işyerine dönmesi gerektiği aksi halde bir iş kazası olduğunda kendisinin de sorumlu olduğunun hatırlatıldığını, davacının Ocak ayında işyerine gelmediğini bu sebeple devamsızlık tutanaklarının tutulduğunu ve Noterliğinin 03.02.2011 tarih ve 03797 yevmiye numaralı feshi ihbarı ile davalı işverenin davacının 27.12.2010 tarihinden itibaren işe devam etmemesi nedeni ile iş akdinin haklı nedenle feshedildiği bildirilmiştir.

Yargılama sırasında, davacının 2003-2007 yılları arasında 14 gün, 2008-2009 yılları arasında da 20 er gün yıllık izin kullandığı, Yıllık Ücretli izin defterinin 2010 yılına ait kısmın karşısında yer alan sütunda 01.10.2010-25.10.2010 tarihleri arasındaki kısmın davacı tarafından imzalanmadığı, ancak 28.06.2010 tarihli dilekçesi ile 2010 yılına ait 20 günlük izninin beş gününü 05-09.2010 tarihleri arasında kullanmak istediğini beyan ettiği ve davacının işyerine gelmediğine ilişkin tutanakların 03.01.2011-04.01.2011; 11.01.2011, 17.01.2011, 18.11.2001, 24.01.2011, 25.01.2001, 31.01.2011 tarihlerine ait olduğu belirlenmiştir.

Davacı tanığı (F), davacının önceki yıl kendisini odasına çağırdığını, arkasındaki panoyu ve diplomayı sök dediğini, nedenini sorduğunda" ben işi bıraktım, kendim bıraktım, sabah 7 de işyerine gelmekten bıktım" şeklinde cevap verdiğini beyan etmiştir.

Davalı tanığı (Y), davacının ise yaklaşık 9 yıl kadar çalıştıktan sonra yılbaşından itibaren işe gelmemeye başladığını, bunun üzerine davacı hakkında devamsızlık tutanaklarının düzenlendiğini, bu tutanaklara tanık olarak kendisinin de imza attığını, işyerinde davacı doktorla ilgili bir hoşnutsuzluk olduğunu, ancak detaylarını bilmediğini, açıklamıştır.

SORU

Fesih işyeri hekimi (İ) tarafından mı, yoksa işveren tarafından mı gerçekleştirilmiş sayılmalıdır? Neden?

CEVAP

Sözleşmenin kimin tarafından ve ne şekilde sona erdirildiği ise tartışmalıdır. Sözleşmenin sona erdirilme şekli davacının talep ettiği kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmadığı bakımından da belirleyici olacaktır.

Fesih karşı taraf yöneltilmesi gereken tek taraflı irade açıklamasıdır. Karşı tarafa ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Karşı tarafın fesih açıklamasını kabul edip etmediği bu bakımdan önemsizdir. Ancak feshin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için iş sözleşmesinin karşı tarafına yöneltilmesi gerekir. Tabipler Odası bu anlamda iş sözleşmesinin tarafı değildir.

Davacı davalı işverenin 25.12.2010 günü telefonla kendisini arayıp, artık kendisi ile çalışmak istemediklerini diğer bir deyişle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği hususunu 28.12.2010 tarihinde Tabipler Birliğine bildirmiştir. 30.12.2010 tarihli dilekçesi ile ise 28.12.2010 tarihli dilekçesinin herhangi bir hükmü olmadığını beyan etmiştir. Eğer davacı işverenin gerçekten 25.12.2010 tarihinde sözleşmeyi feshettiğini ispatlarsa, 30.12.1010 tarihli dilekçesinin herhangi bir hükmü olmayacaktır. Çünkü fesih yapılmakla, hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Davacının işveren tarafından yapıldığını iddia ettiği bu sözlü feshin kanıtlanıp kanıtlanamadığına gelince: Davacı tanığı (F), davacının önceki yıl kendisini odasına çağırdığını, arkasındaki panoyu ve diplomayı sök dediğini, nedenini sorduğunda" ben işi bıraktım, kendim bıraktım, sabah 7 de işyerine gelmekten bıktım" şeklinde cevap verdiğini beyan etmiştir.

Davalı tanığı (Y), davacının ise yaklaşık 9 yıl kadar çalıştıktan sonra yılbaşından itibaren işe gelmemeye başladığını, bunun üzerine davacı hakkında de-

vamsızlık tutanaklarının düzenlendiğini, bu tutanaklara tanık olarak kendisinin de imza attığını, işyerinde davacı doktorla ilgili bir hoşnutsuzluk olduğunu, ancak detaylarını bilmediğini, açıklamıştır.

Bu ifadeler karşısında davacının davalı işveren tarafından 25.12.2010 tarihinde yapıldığını iddia ettiği feshi kanıtlayamadığı düşünülmektedir.

Davacı iddiaları arasında, davalı işverenin Ocak ayında yıllık iznini kullanması, kafasını dinlemesi yönünde bir önerisi olduğunu, bu sebeple işe gitmediği yer almaktadır. Davacının 2010 yılına ait kullanmadığı 15 günlük izni bulunmaktadır. Yine yıllık iznin kullandırılması konusundaki yetki (iznin ne zaman ve nasıl kullanılacağı konusunda) işverene ait olduğundan, diğer tüm yıllara ait izin kullanımlarında davacının bir dilekçesi olmasına rağmen, sözü edilen, iddia konusu izin bakımından herhangi bir talebin bulunduğu davacı tarafından ispat edilememiştir. Davacının gerçekten yıllık izne çıkarıldığı kabul edilse bile kullanabileceği yasal izin süresi 15 gündür. Oysa davacı bir aydan fazla işyerine gitmemiştir ve davalı tarafından devamsızlık tutanakları tutulmuştur.

Davacı 01.02.2011 tarihinde Tabipler Odasına işyerinden ayrıldığına ilişkin bir dilekçe yazmıştır. Yukarıda açıklandığı gibi Tabipler Odası iş sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte, davalı işveren tarafından Noter aracılığı ile gönderilen fesih yazısından davacının 01.02.2011 tarihinde yazdığı yazıdan haberdar olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kanımızca iş sözleşmesinin davalı tarafından iş sözleşmesinin davacı tarafından feshedildiğinin öğrenildiği tarihte (01.02.2011) feshedilmiş sayılması gerekir. Bu nedenle bu fesih hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için, işveren tarafından devamsızlık sebebiyle yapılan feshin hüküm ve sonuç doğurması mümkün olmayacaktır kanaatindeyiz.

OLAY

Davacı vekili dava dilekçesinde; davacının 2001 yılı Ocak ayında davalıya ait işyerinde işçi olarak çalışmaya başladığını, 1,5-2 yıl kadar sigortasının yapılmadığını, davacının 2001 yılından beri aralıksız ve kesintisiz olarak çalıştığını, davalı işyerinin önceleri ticari işletme iken sonradan Limitet şirkete dönüştüğünü, davacı aynı işyerinde aynı işkoluna bağlı olarak çalışmasına rağmen bilgisi haricinde çıktı-girdi işlemi yapıldığını, davacı işyerinde çalışırken süt toplama sırasında süt kamyonu geri yanaşırken arabanın arkasında kalıp elinden sakatlandığını, el bileğinin kırılıp Nazilli Devlet Hastanesi'nde ameliyat olduğunu, ameliyat sonrası istirahat raporu alıp uzun süre çalışamadığını, raporlu olduğu halde davalı işyeri yetkilisinin işe başlamasını istediğini ancak iyileşmediği için işe gidemediğini, bunun üzerine davacıya haber verilmeksizin 15.12.2009 tarihinde işine son verildiğini, davacının iş akdi haksız olarak feshe-

dildiği halde kıdem tazminatı ödenmediğini, ihbar öneline uyulmadığı halde ihbar tazminatı ödenmediğini, bu sebeple dava açtığını iddia etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde; davacının iş kazası geçirdiğine dair iddianın asılsız olduğunu, davacının izinli olduğu bir günde Nazilli-Beydağ Karayolunda eski nişanlısının kardeşi ile geçirdiği bir motosiklet kazasında sakatlandığını, davacının 2009 yılı Temmuz ayında kolundan rahatsızlandığını ve doktora gideceğini bildirerek izin aldığını, aldığını raporları işyerine getiren davacının 15.09.2009-15.12.2009 döneminde hiç çalışmadığını, buna rağmen davalı firma tarafından davacının tüm ücretlerinin banka hesabına ödendiğini, davacının raporlu olduğu sürelerin dışında hiç işe gelmemesi sebebiyle iş sözleşmesinin 15.12.2009 tarihinde İş Kanunu m.25 uyarınca haklı nedenle feshedildiğini, davacının işe gelmediğinin 15.12.2009 tarihinde tutulan tutanakla da saptandığını, iş akdi işveren tarafından haklı nedenle feshedildiği için kıdem ve ihbar tazminatı isteme koşullarının oluşmadığını, savunmasında bulunmuştur.

SGK Sigortalıya ait vizite kağıtlarına göre davacının 06.10.2009 – 10.12.2009 tarihleri arası raporlu olduğu, çalışmasının 15.12.2009 tarihinde sona erdiği görülmüştür.

Nazilli Devlet Hastanesi İş Görmezlik Belgesi'nde davacının 06.10.2009'dan 17.11.2009'a kadar ve 18.11.2009'dan 10.12.2009'a kadar istirahatli olduğu görülmüştür Nazilli Devlet Hastanesi İş Görmezlik Belgesi'nde davacının 06.10.2009'dan 17.11.2009'a kadar ve 18.11.2009'dan 10.12.2009'a kadar istirahatli olduğu görülmüştür.

SORU

Davacının iş sözleşmesinin kimin tarafından ne şekilde sona erdirildiğini belirleyiniz.

CEVAP

Davacının raporlu olduğu dönem olan 01.09.2009-10.12.2009 tarihlerinde işe devamsızlığın haklı bir mazereti bulunmaktadır. Buna karşılık 10.12.2009 tarihinden sonra yani raporun bitimini müteakip işçinin işe başlaması gerekirken başlamadığı belirlendiğinden, işçi tarafından işe başlamak gerekirken başlamaması suretiyle eylemli bir feshin gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir kanaatindeyiz. Bu durumda davacı işe başlamamasına ilişkin işverenden izin aldığını veya başkaca haklı bir mazereti bulunduğunu ileri sürmemiş olduğundan, devamsızlığının haklı sebebe dayandığını kabul etme olanağı bulunmamaktadır. Sözleşmenin işçi tarafından eylemli fesih ile sona erdirildiği kabul edildiği için artık işverenin İş K.25/II g hükmü uyarınca sözleşmenin devamsızlık sebebiyle feshedilmesine gerek ve olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin işçi

tarafından haksız olarak sona erdirildiği kabul etmek gerekeceği kanaatinde olduğumuzdan, davacının kıdem ve ihbar tazminatı talep etmesinin mümkün olmadığı görüşündeyiz.

OLAY

Davacı vekili dava dilekçesinde; davacının 07.02.2007 tarihinde davalı bünyesinde Makine teknikeri olarak çalışmaya başladığını sendikalı olarak çalıştığını, çalışması devam ederken İ tarafından 5393 s. Belediye Kanunu 49/3'e göre Z bünyesinde sözleşmeli personel olarak çalıştırılacağı kararının verildiğini, yetkililerce işçilere İ'deki sözleşmelerini feshetmeleri halinde Z'de düz işçi olarak çalışabilecekleri aksi takdirde hizmet sözleşmelerinin feshedileceğinin ve Kurumla ilgili hiçbir yerde çalışamayacaklarının bildirildiğini, işsiz kalmaktan korkan işçilerin kendilerine dayatılan istifa dilekçelerini imzalamak zorunda kaldıklarını, zorla alınan istifa dilekçesi ile davacının İ Şirketindeki çalışmasına 14.02.2013 tarihinde son verildiğini, devamında Z bünyesinde tam zamanlı sözleşmeli personel olarak çalışmaya başladığını, davacının işçi olarak çalışırken Türkiye Belediyeler ve Genel Hizmetler Sendikasının İ Şirketi ile yapmış olduğu toplu iş sözleşmesine dahil olduğunu, 01.03.2012-28.02.2014 tarihli toplu iş sözleşmesinin bulunduğunu, TİS'in 31. maddesine göre her hizmet yılı için 50 gün üzerinden kıdem tazminatı ödeneceğini, davacının ve diğer işçilerin aynı anda sendikal haklarından vazgeçerek istifa etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, ayrıca işçiler bu karardan habersizken davalı şirketçe işçilerin kent kart haklarının elinden alındığını, bu kent kartların işçilere sendikalı olmaları sebebiyle verildiğini, iptal edilen kartların iş sözleşmeleri feshedilmeden önce çalışmamaya başladığını, bunun iş sözleşmelerinin belediyenin kararıyla sona erdiğini gösterdiğini kıdem tazminatının ödenmesini talep etmiştir.

Davalılardan İ Genel Hizmet Otopark Özel Eğitim İtfaiye ve Sağlık Hizm. Tic. A.Ş. vekili cevap dilekçesinde, davaya konu kıdem tazminatı alacağının belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceğini, davacı ve şirkette çalışan bazı işçilerin Z Genel Müdürlüğü'nün sözleşmeli personel istihdam etme kararı üzerine şirketten istifa ederek Z Genel Müdürlüğü'nde çalışmaya başladıklarını, davacının şirketten zorla istifa ettirildiği şeklindeki iddiaların hayatın olağan akışına uygun olmadığını, şirketin hizmet alım ihalesi kapsamında çalıştırdığı işçilerin istifa ederek doğrudan Z Genel Müdürlüğü'ne bağlı sözleşmeli personel olarak çalışmasında menfaatinin olmadığını, bunun yanı sıra bir özel hukuk tüzel kişisi olan şirketten istifa eden işçilerin bir kamu kurumu olan Z Genel Müdürlüğü'nde çalışmaya başlamasının kendilerinin yararına olduğunu, İ Büyükşehir Belediyesi kuruluşu olan Z Genel Müdürlüğü'nde de uygulanan bir Toplu sözleşme olduğunu, bu sözleşmenin de işçilere birçok hak tanıdığını, kent

kartların istifadan sonra 15.02.2012 tarihli yazıyla kapatıldığını, davacının istemeyerek kamu kurumuna geçtiğini ifade etmesine rağmen neredeyse 3 yıl geçmiş olmasına ve bu süreçte hiçbir itirazda bulunmamasına rağmen bu davayı açmasının kötüniyetli olduğu gerekçesi ile davanın reddini talep etmiştir.

Davacı tarafından yazılan 14.02.2013 tarihli istifa dilekçesinde davacının İ personeli olarak Z Genel Müdürlüğü'nde Eylül 2008 tarihinden itibaren makine teknikeri olarak görev yaptığını, 15.02.2013 tarihinden itibaren Z Genel Müdürlüğü'nde sözleşmeli personel olarak göreve başlayacak olması nedeniyle İş Kanunu'ndan doğan tüm hakları saklı kalmak kaydıyla iş akdinin feshi hususunu beyan ettiği görülmüştür.

SORU

Davacının kıdem tazminatı talebinin yerinde olup olmadığını değerlendirmek bakımından sözleşmenin kimin tarafından ne şekilde sona erdirildiğini belirleyiniz.

CEVAP

Davacı iş sözleşmesi ile çalışmakta iken Belediyeler Kanunun 49/3 maddesi uyarınca sözleşmeli personel olarak çalıştırılması sebebiyle iş sözleşmesinin feshi gerçekleşmiştir. Sözleşmenin kimin tarafından feshedildiği ve bu fesih dolaysısıyla davacının kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı uyuşmazlık konusudur.

Belediyeler Kanunun 49/3 hükmü uyarınca "***Belediye ve bağlı kuruluşlarında, norm kadroya uygun olarak çevre, sağlık, veterinerlik, teknik, hukuk, ekonomi, mimar, mühendis, şehir ve bölge plâncısı, çözümleyici ve programcı, tabip, uzman, bilişim ve iletişim, plânlama, araştırma ve geliştirme, eğitim ve danışmanlık alanlarında avukat tabip, ebe, hemşire, veteriner, kimyager, teknisyen ve tekniker gibi uzman ve teknik personel yıllık sözleşme ile çalıştırılabilir. Sözleşmeli personel eliyle yürütülen hizmetlere ilişkin boş kadrolara ayrıca atama yapılamaz. Bu personelin, yürütecekleri hizmetler için ihdas edilmiş kadro unvanının gerektirdiği nitelikleri taşımaları şarttır. Bu fıkra uyarınca sözleşmeli olarak istihdam edileceklere ödenecek net ücret, söz konusu kadro unvanı için birinci derecenin birinci kademesi esas alınmak suretiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre tespit edilecek her türlü ödemeler toplamının net tutarının yüzde 25 fazlasını geçmemek üzere belediye meclisi kararıyla belirlenir. Genel hükümlere göre birinci dereceden kadro ihdas edilemeyen kadro unvanları için ise o kadro unvanından ihdası yapılmış en yüksek kadro derecesinin birinci kademesi esas alınır ve yapılacak ödemenin azami tutarı yukarıda belirtilen usûle göre tespit olunur. Bu fıkra hükümlerine göre çalıştırılacak personel için İçişleri Bakanlığı unvanlar itibarıyla sınırlama getirebilir".***

Davacı tarafından yazılan 14.02.2013 tarihli istifa dilekçesinde İ personeli olarak Eylül 2008 tarihinden itibaren makine teknikeri olarak görev yaptığını, 15.02.2013 tarihinden itibaren Z Genel Müdürlüğü'nde sözleşmeli personel olarak göreve başlayacak olması nedeniyle İş Kanunu'ndan doğan tüm hakları saklı kalmak kaydıyla iş akdinin feshi hususunu beyan ettiği görülmüştür.

Uygulamada en çok karşılaşılan şekliyle, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde bir icap olarak değerlendirilmelidir. Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez. Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir.

İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa iletiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama (icap), ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur. Somut olayda, 14.06.2012 tarihinde davacının imzaladığı dilekçenin ifade tarzından fesih iradesi değil, yukarıda belirtildiği üzere ikale (bozma anlaşması) yapmaya yönelik bir icap niteliği taşıdığı, ancak davacıya ihbar tazminatının ödenmediğinin görüldüğü, ayrıca işten ayrılış bildirgesinde iş sözleşmesinin davacı tarafından istifa etmek suretiyle sona erdirildiği kodunun gösterildiği, ancak davacı tarafça gerçekleştirilen bir fesih bulunmadığı, davacının ikale yapmaya yönelik teklifte bulunduğu, yapılan teklif üzerine işverence ihbar tazminatı ödenmeksizin çıkış yapıldığı gözetildiğinde somut olayda ikalenin bulunmadığı buna göre feshin işverence gerçekleştirildiği görüşündeyiz. Bu sebeple davacının kıdem tazminatına hak kazanabileceği düşünülmektedir.

XIX. İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI SEBEPLE FESHİ

A. Haklı Sebebin Belirlenmesi

OLAY 1

İşçi (B) 29.07.2011 tarihinde işverenden izin alarak doktora gitmiş, saat 11.00 da işyerine dönmüştür. Aynı gün işyerinde çalışan (B) ile (M) arasında tartışma yaşanması üzerine, işveren (B) ve (M) den konu ile ilgili olarak savunmalarını vermeleri istenmiştir.(B) verdiği yazılı savunmada, olay günü doktor sonrası işyerine saat 10.00 da dönmesi üzerine, (M) tarafından işe erken

dönmesi sebebi ile eleştirildiğini, Cuma namazını kılıp gelmesinin daha iyi olacağının söylendiğini, yemek molasında işçilerin topluca olarak toplandıkları odada çay içtikleri sırada, aralarında sözlü tartışma çıktığını, hatta bir ara sandalyeden kalkmak isterken kaydığını ve kolunun kapı camına çarpması sonucu kapı camının kırıldığını, arkadaşı tarafından tokatlanmadığını, küs de olmadıklarını ifade etmiştir. (M) de verdiği yazılı savunmada, (B) ile tartıştıklarını ve bir kazanın meydana geldiğini belirtmiştir. 03.08.2011 tarihli disiplin kurulu tutanağı uyarınca (B)'nin iş sözleşmesi işveren tarafından İş Kanunun 25/II d,e,i fıkralarına; (B) nin sözleşmesi de İş Kanunu m.25/II d, e hükmüne uygun olarak feshedilmiştir. İşçilerden (B) işe iade davası açmıştır.

SORULAR

1. İşverenin (B)'nin sözleşmesini İş K.25/II d hükmü uyarınca feshetmesinin hangi koşullarda mümkün olduğunu Yargıtay kararlarını dikkate alarak açıklayınız.
2. (M) ve (B)'nin davranışı İş K.25/II e hükmü uyarınca nasıl değerlendirilmelidir?
3. İş K. m.25/II i fıkrası bakımından meydana gelen olayı değerlendiriniz.
4. İşe iade konusunda Mahkeme nasıl karar vermelidir?

CEVAPLAR

1. İş kanunun 25 maddesinin II bendinin d fıkrasına göre, ***"işçinin işverenin yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka bir işçisine sataşması"*** haklı fesih nedenidir.

Sataşma eyleminin iş süreleri dışında meydana gelmesi de olayın özelliğine göre, haklı nedenle fesih hakkının doğumuna engel oluşturmayabilir. Yargıtay, davacı işçinin kendisine verilen izin süresini geçirdiği için ustabaşı ile tartıştığı, yumruk vurarak eylemde bulunduğu, iş süreleri dışında da olsa işyerinde ve işyeri ile ilgili olarak tecavüz olayının meydana geldiğini bir davada, bu hususları göz önünde tutarak feshin haklı olduğu sonucuna varmıştır (Yarg 9 HD 4.11.1998, 13235/15605, Tühis, Şubat-Mayıs 1999, s.80).

Davacı ve aralarında tartışma yaşanan iş arkadaşının sözleşmeleri haklı sebeple feshedilmiş bulunmaktadır. Tartışma öğle yemeğinden sonra, yani iş süreleri dışında meydana gelmiştir.

Tartışmaya katılanlar arasında kavgaya dönüşen eylemli bir saldırının veya küfürleşmenin olup olmadığı uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Zira Yargıtay, yerleşmiş kararları ile İş K.25/II d uyarınca haklı sebeple fesih hakkının kullanılması bakımından ya hakaretamiz sözlerin sarf edilmesini veya haksız bir eylemde bulunulmasını aramaktadır.

2. İş K.25/II e maddesinde ise, işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan diğer deyişle sadakat borcuna aykırı davranışı haklı fesih nedenidir. Anılan fıkraya göre" ***işçinin işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarında bulunması***" haklı fesih nedenidir. İş K.25/II d de düzenlenen işçinin işverenin başka bir işçisine sataşması aynı zamanda sadakat borcuna aykırı bir davranıştır.

3. İş K.25/II i fıkrasına göre" ***işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasar ve kayba uğratması***" haklı fesih nedenidir. İşçi özen borcunun bir gereği olarak, iş sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşürmekten kaçınmak zorundadır. İşçinin davranışı sonucu mutlaka bir zararın doğması şart değildir. İş güvenliğini tehlikeye düşürmüş olması, bir zarar olasılığının bulunması yeterlidir. Dava konusu olayda, taraflar arasında yaşanan tartışma çay içilen mekanda gerçekleşmiş, ancak davacının kendi iddiası ile sandalyeden kalkarken kayması neticesinde kapı camına çarparak camın kırılmasına ve kolu ile ellerinin yaralanmasına neden olduğu sabittir. Bu olayın özen borcuna aykırılık oluşturarak, işçinin sağlığını ve işyeri güvenliğini tehlikeye düşürdüğü düşünülmektedir.

4. Yargıtay, işverence İş kanunun 25 maddesinin II bendine dayanılarak gerçekleştirilen bir fesihte, işçinin derhal feshe neden olarak gösterilen davranışı haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmamakla beraber, geçerli neden olarak kabul edilebilecek nitelikteyse, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıldığını kabul etmekle birlikte feshin geçerli olduğuna hükmetmekte ve işçinin işe iade talebini reddetmektedir. Bu sebeple Mahkemece işçinin davranışının işverene haklı sebeple fesih yetkisini verecek ağırlığa ulaşmadığının, buna rağmen davacı ve iş arkadaşının tartışmasının işyeri işleyişini olumsuz etkilediğinin kabul etmesi halinde, feshin geçerli nedene dayalı olarak gerçekleştiği gerekçesi ile işe iade talebinin reddedilmesi gerekeceği kanaatindeyiz.

OLAY 2

Davacı vekili, müvekkili N.Y'nin 01.04.1999 tarihinde davalı işyerinde çalışmaya başladığını ve bu çalışmasının sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği 07.06.2010 tarihine kadar devam ettiğini, müvekkiline kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti ödemesi yapılmadığından, bu davayı açma zorunluluğunun ortaya çıkmış olduğunu ifade etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, 24.01.2010 tarihinde M Minibüsçüler Odasının başkanlık seçimlerinin yapıldığını, L.Ç'nin seçimi kazanmasına rağmen,

üyelik süresinin 11 gün eksik olduğundan bahisle seçilme koşulu gerçekleşmediği belirtilerek şikayette bulunulması üzerine İlçe Seçim Kurulunun seçimi iptal ettiğini ve başkanlık görevinin A.S'ye verildiğini, yaşanan kargaşa üzerine eski başkan A.S'nin Minibüsçüler odasına gelerek başkanlıktan istifa ettiğine dair dilekçeyi oda yetkililerine sunduğunu, dilekçenin başkanının masasının çekmecesine konulduğunu, çekmecenin kilitli olduğunu ve anahtarın sadece başkan ile sekreterde bulunduğunu, davacının dilekçeyi aldığını, konuyla ilgili olarak başkanın 01.02.2010 tarihinde M Polis Merkezinde ifade verdiğini, ancak o anda fail belirli olmadığı için şikayette bulunulmadığını, araştırmalar neticesinde olayın N.Y tarafından gerçekleştirildiğinin anlaşılması üzerine iş akdinin feshedildiğini, bu sebeple davanın reddine karar verilmesi talep edilmiştir.

Davacının davalı işyerinde 01.04.1999 tarihinde işe başladığı ve 31.05.2010 tarihli Yönetim Kurulu kararı ile davacının iş akdinin feshine karar verildiği belirlenmiştir.

01.02.2010 tarihinde M Polis Merkezi amirliğinde tutulan tutanak uyarınca, 09.00 sıralarında sekreterin dairenin kapsını anahtarı ile açıp içeriye girdiğini, içeride şüpheli bir durum olmadığını, biraz zaman geçtikten sonra çalışma odasında karşı masa üzerinde evraklar üzerinde eski oda başkanının istifa dilekçesinin alınmış olduğunun fark edildiği tutanak altına alınmıştır.

01.02.2010 tarihinde A.S verdiği ifadede, Ocak 2010 tarihinde yapılan seçimleri kaybettiğini, seçimin iptal edilmesi üzerine göreve iade edildiğini ancak seçimi kaybeden birisi olarak görevde kalamayacağı gerekçesi ile 25.01.2010 tarihinde istifa dilekçesi verdiğini, 01.02.2010 tarihinde yeni başkanın istifa dilekçesinin kaybolması nedeni ile polise başvurduklarını, kendisini telefonla arayıp durumu anlatmaları üzerine, yeni istifa dilekçesi verilebileceğinin söylendiğini ve bu şekilde dilekçe verildiğini beyan etmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından fail ya da faillerin tespit edilememesi nedeniyle eylemin TCK 142/I b ve 116/2 kapsamında kaldığı belirlenmiştir.

SORU

Davalı davacının iş sözleşmesinin İş K.25/II e hükmüne uygun olarak feshedildiği iddiasındadır. Bu iddiası yerinde midir?

CEVAP

Davalı davacının İş Kanunun 25/II e maddesine aykırı davranışı nedeniyle sözleşmenin haklı sebeple feshedildiği iddiasındadır. Anılan fıkraya göre "***işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek***

sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması" işverene sözleşmeyi haklı sebeple feshetme olanağı tanımaktadır.

Haklı nedeni ve bu arada işçinin sadakat borcuna aykırı davranışını işveren kanıtlamakla yükümlüdür. Davalı işveren, başkanlık seçimlerinde eski başkanın verdiği istifa dilekçesini davacının aldığına ilişkin kuvvetli şüpheler bulunduğunu bildirmiş olmasına rağmen, davacının bu davranışı nedeniyle, hırsızlığın işlendiği iddia edilen 01.02.2010 tarihinden sonra da bu şüphesini ortaya koyan ve şüphesini destekleyen davacıya yönelik herhangi bir şikayet veya hareketi olmamıştır. Dolayısı ile eski başkanın istifa dilekçesinin alınma eyleminin davacı tarafından gerçekleştirildiğini gösteren herhangi bir delile dosya kapsamında ulaşma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının haklı sebebi ispat edemediği düşünülmektedir.

Kaldı ki İş K.26 maddesinin 1 fıkrasında İş K.25/II de sayılan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri nedeniyle yapılan fesihlerde kendisine fesih yetkisi tanınan taraf, karşı tarafın bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öğrendiği günden başlayarak altı işgünü geçtikten ve herhalde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanmaz. Bu süre hak düşürücüdür. Davalının fiil ve faili öğrendiği tarihten itibaren altı iş günlük süre içerisinde fesih hakkını kullanması gerekirken, fiil 01.02.2010 tarihinde gerçekleştiğine göre, davacının bu fiili işlediğini öğrendiği tarihten itibaren altı iş günlük süre içerisinde fesih hakkının kullanılmış olması gerekirdi. Oysa davalının fiilin davacı tarafından işlendiğini hangi tarihte öğrendiğini ispat edemediğinden, fesih hakkının da süresinde kullanıldığını hususunun davalı tarafından ispat edildiğinin kabul edilemeyeceği görüşündeyiz. Bu sebeple davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanabileceği düşünülmektedir.

B. Zorlayıcı Sebebe Bağlı Olarak Sözleşmenin Feshedilmesi

OLAY

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin 05/07/2010-05/11/2012 tarihlerinde yaklaşık 2,5 yıl davalı şirkette çalıştığını, davacının son görevinin "pazarlama satış müdürlüğü", son işyerinin "Karabağlar/İzmir" olduğunu, davalı işyerinde 30'dan fazla işçi çalıştığını, müvekkilinin kıdeminin 6 aydan fazla olduğunu, müvekkilinin iş akdinin şirketin geçirdiği yangın sonrası yaşanan mücbir sebepten dolayı eski fabrikanın mevcut haliyle istihdam ettiği kadar işçi çalıştırmasının mümkün olmadığı ve iş hacminin düşmesi bu kapsamda organizasyonel daralmaya gidilmesi gerekçesiyle feshedildiğini, bu sebebin haklı ve geçerli bir sebep olmadığını, müvekkilinin sıradan bir işçi olmadığını, İzmir Satış Müdürü olduğunu, fabrikanın üretiminde azalma olsa bile üretilen

ürünlerin satılmasının gerektiğini, İzmir Bölgesinin kapatılmadığını, halen çalışanların bulunduğunu, müdürlük pozisyonunun bulunduğunu, müvekkilinin çalıştığı süre boyunca herhangi bir ihtar almadığını, performansında bir olumsuzluk yaşanmadığını, müvekkilinin işten çıkarılmasının tamamen keyfi sebeple gerçekleştiğini, feshin son çare olması ilkesinin uygulanmadığını, müvekkiline davalı bünyesinde eğitim ve tecrübesine uygun bir başka görev teklif edilmediğini, bu sebeplerle; davalı tarafından iş akdinin 05/11/2012 tarihli feshinin geçersizliğine, müvekkilinin işe iadesine, işe iade kararı üzerine boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakların davalıdan tahsili gerektiğinin belirlenmesine, müvekkilinin süresi içerisindeki başvurusundan sonra işveren tarafından yasal süre içinde işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminatın fesih sebebi ve müvekkilinin davalı şirket bünyesindeki 2,5 yıllık kıdemi nazara alınarak 8 aylık brüt ücreti olarak belirlenmesine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, kurulu fabrikasında yangın meydana geldiğini, fabrika binasının kullanılamaz hale geldiğini, kaza olayı sonucunda müvekkili şirkette oldukça büyük maddi hasarların meydana geldiğini, şirketin iş hacminin oldukça düştüğünü, müvekkili şirketin olabildiğince fazla işçi istihdam etmeye çalıştığını, ticari ve ahbaplı ilişkilerini kullanarak başkaca işverenlerin işyerlerinde işçilerin de muvafakatini alarak üretime devam etmeye çalıştığını, üretimin bir kısmını M Kimya'nın Dilova'daki fabrikasında oldukça zor şartlarda sürdürmeye çalıştığını, ancak müvekkili şirketin tüm işçilere istihdam sağlayamadığını, iş hacmini küçülterek mücbir sebeplerle işçi çıkartmak zorunda kalındığını, davacı tarafında iş akdinin mücbir sebep dolayısıyla feshedildiğini, fesih nedeninin 4857 s. İşK. m.18'e göre haklı nedene dayandırıldığını, davalı şirketin içinde bulunduğu zor duruma rağmen davacının tüm haklarını vererek iş akdini feshettiğini, müvekkilinin iş hacminin davacının çalışmış olduğu bölge itibariyle oldukça daraldığını, davacının hizmet sahasının ortadan kalktığını, davacının görevinin pazarlama ve satış olduğunu ancak yangın sonrası müvekkili şirketin pazarlama ve satış bölümünden ziyade yangın sebebiyle telef olan borcunu ifa edemediği alacaklılarına karşı güç duruma düşmemek için "Üretim" bölümünü ayakta tutmaya çalıştığını, müvekkili şirketin daha önce akdetmiş olduğu sözleşmeler uyarınca birtakım malların acilen üretilerek gecikmiş ifalarının yerine getirilmesi gerektiğini, davacının işten çıkarıldıktan sonra bulunduğu konumda başka birinin de işe alınmadığını, müvekkili şirket davacının çalıştığı bölge ve konum itibariyle bu nitelikteki bir işçiye ihtiyaç duyulmadığını, mücbir neden dolayısıyla işverenin iş akdine devam etme zorunluluğu olmadığını, mücbir sebep dolayısıyla iş akdi feshinin yasaya uygun olduğunu, müvekkilinin yasal olarak zorunlu olmadığı halde davacıya tüm tazmi-

natlar ödediğini, davanın reddine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Davalı işyerine 12.12.2012 tarihinde Pazarlama Satış Müdürlüğüne bağlı yeni bir İzmir Bölge Müdürü görevlendirildiği anlaşılmaktadır.

SORULAR

1. Mücbir sebep nedeniyle borçlunun borcunu yerine getirememesi hangi hukuki sonuçlara yol açar?
2. İşletme gereklerine dayanan bir fesihte işveren hangi hususları ispat etmelidir? Somut olayda işletme gereklerine dayalı bir fesihten söz etmek mümkün müdür?

CEVAPLAR

1. Davalı işveren işyerinde yangın çıkmış olması nedeni ile davacının mücbir sebebe dayalı olarak çalıştırılmasının mümkün olmamasını feshin hukuki gerekçesi olarak ileri sürmüştür.

İş K.25. maddesinin III bendine göre, işçiyi bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması halinde, işveren bir haftalık süre geçtikten sonra iş akdini haklı sebeple feshedebilir. ***Bu hükmün düzenlediği zorlayıcı neden işyerinde değil, işçinin çevresinde meydana gelmekte ve bunun sonucunda işçi kusuru olmaksızın geçici ifa imkansızlığı nedeniyle iş görme borcunu yerine getirememekte ve iş sözleşmesi askıya alınmaktadır.*** Örneğin sel, kar, deprem gibi doğal olaylarla, ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık nedeniyle bölgenin dışına çıkışın yasaklanması İş K. m.25/III anlamında zorlayıcı neden sayılır. Dikkat edilecek olursa bu maddede düzenlenen durumda, zorlayıcı sebep, öyle bir sebeptir ki, işçinin çalışmasına engel olmaktadır. Ancak işçinin çalışmasına engel olan durumun sürekli değil, geçici ifa imkansızlığı yaratan bir durum olduğu düşünülmektedir. Maddenin kaleme alınış şekli de bu görüşümüzü destekler niteliktedir: "*işçiyi bir haftadan fazla süre ile alıkoyan bir nedenin ortaya çıkması*".

İş K.24 maddesinin III bendine göre, "*işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa*", işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Bu hükümde düzenlenen zorlayıcı neden işçinin çevresinde değil, işyerinde ortaya çıkmakta, işyerine ilişkin bulunmakta ve bu nedenle işyerinde çalışmayı bir haftadan fazla süre ile olanaksız hale getirmektedir.

İş K. m.24/III uygulanabilmesi için işyerinde öngörülmeyen, kaçınılamayan, kusurdan uzak ve dıştan gelen bir nedenle işin görülmesinin olanaksız hale gelmesi, diğer deyişle işverenin ifayı kabul imkansızlığı içine düşmesi gerekir.

Örneğin, yangın, deprem, su baskını, toprak kayması gibi doğal afetler veya hükümetçe işyerine el konulması, belediyece yol çalışmaları nedeniyle işyerinde çalışmaların durması, ithalat ve hammadde yasakları gibi hukuki nedenler iş sözleşmesinin askıya alınmasına yol açar ve işçi İş K.24/III uyarınca sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir.

Yargıtay, işyerinde iş hammadde yokluğuna dayanan zorunlu nedenlerle bir haftadan fazla süre ile durmuşsa, bu durumun işçi bakımından ihbarsız iş akdinin fesih yetkisi vereceğini ve kıdem tazminatına hak kazanacağını kabul etmiştir (Yarg 9 HD 7.7.1978, 1778/1905, YKD Haziran 1978, s.937-938; 15.12.1992, 11203/13640, Çimento İşveren D. Mart 1994, s.24-27)

Uyuşmazlık konusu davada, işyerinin yanması söz konusu olduğu için işyerine ilişkin zorlayıcı bir sebep ortaya çıkmıştır. Ancak İş 24/III maddesinde sözleşmeyi feshetme yetkisi işçiye aittir. Uyuşmazlık konusu olayda sözleşme işçi tarafından değil, işveren tarafından sonlandırıldığı için uygulanması olanağı bulunmamaktadır.

BK.117 maddesi borçlunun sorumlu tutulmasını gerektirmeyen ve sonradan ortaya çıkan bir imkansızlık yüzünden ifanın yapılamaması halini hükme bağlamaktadır. Bu madde bakımından sübjektif imkansızlığın bulunması yeterlidir. Sübjektif imkansızlığa ifa güçsüzlüğü de denilmektedir. Bu anlamda imkansızlık, sadece borçlunun ifa edebilecek durumda olmamasını anlatır. Hatta sübjektif imkansızlıkta borçludan ifayı istemenin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi halinde de söz konusu olur.

İmkansızlık sonradan meydana gelmiş olmalıdır. Çünkü önceki imkansızlık halinde BK.20 maddesi uygulanacaktır. İmkansızlığın önceki mi, sonraki bir imkansızlık mı olduğunun belirlenmesinde sözleşmenin yapıldığı an dikkate alınmaktadır. Bir koşula veya süreye bağlanmış sözleşmelerde, sözleşmenin yapılması anında henüz mümkün olan edim, koşulun veya sürenin gerçekleşmesinden önce imkansızlaşmışsa olsa da, yine sonraki imkansızlık olarak kabul edilir.

İmkansızlıkta borçlunun kusuru bulunmamalıdır. Eğer imkansızlık borçlunun kusuru ile doğmuşsa, o zaman BK.96 maddesi uygulanır ve borçlu imkansızlaşan edimin yerine, tazminat ödemekle yükümlü olur.

İmkansızlığın ifaya tamamen engel olması gibi, imkansızlık yüzünden edimin yerine başka bir değerin geçmemiş olması gerekir.

İmkansızlık halinde borçlu borcundan kurtulur. İmkansızlık, borç ilişkisini sona erdirir. BK. m.117'deki bu kural, sadece tam iki yanlı sözleşmelerde uygulanır. İş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu nedenle

davacının davalı tarafından çalıştırılmasının kusursuz imkansızlık oluşturduğunun kabul edilmesi halinde, iş sözleşmesi sona erecek, ancak bir fesih söz konusu olmadığı işçin kıdem ve ihbar tazminatının talep edilmesi mümkün olmayacaktır.

Davalı işverenin, borçlu olan taraf olarak imkansızlığa dayanabilmesi için üretimin hiç devam etmiyor olması gerekmektedir. Halbuki davalı piyasanın korunması ve borçların ödenebilmesi için fason da olsa üretime devam edildiğini açıkça ifade etmektedir. Bu sebeple, kanaatimizce işverenin BK.117 maddesine dayanmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir.

2. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, bu kararı tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, ispat yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçi, işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran

tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı isletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkân sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18'inci maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. **İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayışma etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebep-**

lerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma kararı (kurucu işveren karan) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshini doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

Somut uyuşmazlıkta işveren alınan işletme kararını dosyaya sunmamış, mücbir sebep (yangın sebebiyle) eski fabrikanın istihdam ettiği kadar işçi çalıştırmasının mümkün olmaması, iş hacminin düşmüş olmasına ilişkin belge ve bilgileri de dosyaya sunup, kanıtlamamıştır.

Feshin son çare olması ilkesi bakımından, davalı işyerine 12.12.2012 tarihinde Pazarlama Satış Müdürlüğüne bağlı yeni İzmir Bölge Müdürü görevlendirildiği anlaşıldığından, bu ilkeye de uyulmadığı belirlenmiştir.

Bu çerçevede Yargı kararlarında da kabul edildiği üzere, davalı işverenin işletmesel karar ve işletmesel karar uyarınca istihdam fazlası oluştuğu hususunu kanıtlayamadığı ve feshin son çare olması ilkesine uygun olmadığının kabul edilmesi halinde, davacı işçinin işe iade talebinin kabulünün, aksi halde davanın reddine karar vermek gerekecektir.

OLAY

Davacı vekili, müvekkilinin Ş Üniversitesi Bornova Sağlık Uygulama Araştırma Merkezi Buca Ek bina nezdinde tıbbi sekreter olarak 35.11.2013-05.01.2016 tarihleri arasında çalıştığını, son aldığı günlük brüt ücretin 55,02 TL olduğunu, iş sözleşmesinin işveren tarafından 05.01.2016 tarihinde haklı ve geçerli sebep bildirmeksizin ve ihbar sürelerine uyulmaksızın feshedildiğini, müvekkilin Aralık 2015 ve Ocak ayına ait beş günlük ücretini de almadığını, Kasım ve Aralık 2015 ayına ait fazla çalışma alacaklarının bordroya yansıtıldığını ama ödenmediğini, müvekkilinin yıllık izinlerinin de bir kısmının ödenmediğini bu sebeple bu alacakların tahsili amacıyla dava açma zorunluluğunun ortaya çıkmış olduğunu iddia etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, SGK ve İzmir Valiliğinin hukuka aykırı eylem ve işlemleri ile müvekkile ait tüm binaların mühürlenmiş olduğunu ve hasta kabulüne imkan veren medula sisteminin kapatıldığını, müvekkilinin iş sözleşmesini ifa edemeyecek hale getirildiğini, binalar mühürlendiği için çalışanların sözleşmelerinin mücbir sebeple sona erdiğini, haksız ve hukuka aykırı işlem nedeniyle sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi nedeniyle İzmir 6 Asliye Hukuk Mahkemesinin 2016....E ve Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesinin

2016/D. İş dosyaları ile davalar açıldığını, bu süreçte müvekkil şirketin personele sözleşmeleri feshetmek istemediğini, üçüncü kişi ve kurumların haksız ve hukuka aykırı işlemleri ile sözleşmelerinin askıya alındığını, çalışanların bir kısmının askıda geçecek süreyi kabul ettiğini, bir kısmı da belirsiz sürenin uzayabileceğini, idarelerin mahkeme kararlarını uygulamaması nedeni ile ümitsizliğe kapılarak iş sözleşmelerinin feshini istediklerini, personelin bir kısmının ücretsiz izne ayrıldığını, diğer kısmının ise sözleşmelerini feshettiklerini ve dava açtıklarını, ancak olayda zorlayıcı sebebin varlığı nedeni ile İş K m.24/III ve 25/III ile BK m.136 maddesi karşısında bir ifa imkansızlığı bulunduğunu, müvekkilinin iş sözleşmesin, feshetmediğini aksine sözleşmenin işçi tarafından feshedilmesi sebebiyle kıdem ve ihbar tazminatı alacaklısı olamayacağını, davacıya ödenmemiş ücret ve yıllık izin alacağının belirlenmesi halinde bunun ödeneceğini belirterek davanın reddini talep etmiş bulunmaktadır.

İşçi alacaklarının ödenmesine dair protokol hazırlanmış, protokol hükümleri uyarınca personelin İş Kanunun 25/III bendi uyarınca sözleşmesinin işveren tarafından feshedileceği ve personelin işsizlik sigortasından yararlanabileceği, bu tarih itibarıyla kıdem tazminatı ve yıllık izin ücretinin 3 gün içerisinde imzalanması suretiyle, mutabık kalınan meblağın 1 Mayıs 2016 tarihinden itibaren 11 ayda taksitler halinde ödeneceği yazılmış ancak sözleşme davacı işçi tarafından imzalanmamıştır.

SORU

Sözleşme kimin tarafından ne şekilde sona erdirilmiştir?

CEVAP

İş K.25. maddesinin III bendine göre, işçiyi bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması halinde, işveren bir haftalık süre geçtikten sonra iş akdini haklı sebeple feshedebilir. ***Bu hükmün düzenlediği zorlayıcı neden işyerinde değil, işçinin çevresinde meydana gelmekte ve bunun sonucunda işçi kusuru olmaksızın geçici ifa imkansızlığı nedeniyle iş görme borcunu yerine getirememekte ve iş sözleşmesi askıya alınmaktadır.*** Örneğin sel, kar, deprem gibi doğal olaylarla, ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık nedeniyle bölgenin dışına çıkışın yasaklanması İş K. m.25/III anlamında zorlayıcı neden sayılır. Dikkat edilecek olursa bu maddede düzenlenen durumda, zorlayıcı sebep, öyle bir sebeptir ki, işçinin çalışmasına engel olmaktadır. Ancak işçinin çalışmasına engel olan durumun sürekli değil, geçici ifa imkansızlığı yaratan bir durum olduğu düşünülmektedir. Maddenin kaleme alınış şekli de bu görüşümüzü destekler niteliktedir: "*işçiyi bir haftadan fazla süre ile alıkoyan bir nedenin ortaya çıkması*".

İş K.24 maddesinin III bendine göre, "*işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa*", işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Bu hükümde düzenlenen zorlayıcı neden işçinin çevresinde değil, işyerinde ortaya çıkmakta, işyerine ilişkin bulunmakta ve bu nedenle işyerinde çalışmayı bir haftadan fazla süre ile olanaksız hale getirmektedir.

İş K. m.24/III uygulanabilmesi için işyerinde öngörülmeyen, kaçınılamayan, kusurdan uzak ve dıştan gelen bir nedenle işin görülmesinin olanaksız hale gelmesi, diğer deyişle işverenin ifayı kabul imkansızlığı içine düşmesi gerekir. Örneğin, yangın, deprem, su baskını, toprak kayması gibi doğal afetler veya hükümetçe işyerine el konulması, belediyece yol çalışmaları nedeniyle işyerinde çalışmaların durması, ithalat ve hammadde yasakları gibi hukuki nedenler iş sözleşmesinin askıya alınmasına yol açar ve işçi İş K.24/III uyarınca sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir.

Yargıtay, işyerinde iş hammadde yokluğuna dayanan zorunlu nedenlerle bir haftadan fazla süre ile durmuşsa, bu durumun işçi bakımından ihbarsız iş akdinin fesih yetkisi vereceğini ve kıdem tazminatına hak kazanacağını kabul etmiştir (Yarg 9 HD 7.7.1978, 1778/1905, YKD Haziran 1978, s.937-938; 15.12.1992, 11203/13640, Çimento İşveren D. Mart 1994, s.24-27)

Uyuşmazlık konusu davada, işyerinin idare tarafından zorla kapatılması söz konusu olduğu için işyerine ilişkin zorlayıcı bir sebep ortaya çıkmıştır. İş K. m. 24/III maddesinde sözleşmeyi feshetme yetkisi işçiye aittir.

Davalı işveren tarafından idari tasarruf ile işyerinin kapatılması üzerine işçilerine ücretsiz izin uygulaması veya İş K.24 veya 25 maddesi uyarınca fesih hakkından birini tercih etmesi yönünde icapta bulunduğu ancak bu teklifin işçi tarafından kabul edilmediği dosya kapsamında yer alan belgeler ve tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce sözleşme davacı işçi tarafından İş Kanunun 24/III hükmü uyarınca feshedilmiş olup, sözü edilen fesih haklı sebebe dayandığı için davacı işçinin kıdem tazminatına hak kazanması mümkün olup, ihbar tazminatı talep etmesi ise mümkün olmayacaktır. Ancak Mahkemenin aksi görüşte olması durumunda davacının hak kazanabileceği ihbar tazminatı miktarı da hesaplanmıştır.

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından İş K.25/III göre feshedilmesi söz konusu olmaz, çünkü bu durumda işçinin şahsına ilişkin bir ifa engelinin ortaya çıkması gerekir. Oysa ki uyuşmazlıktaki ifa engeli işyerine ilişkindir.

BK.136 maddesi borçlunun sorumlu tutulmasını gerektirmeyen ve sonradan ortaya çıkan bir imkansızlık yüzünden ifanın yapılamaması halini hükme bağ-

lamaktadır. Bu madde bakımından sübjektif imkansızlığın bulunması yeterlidir. Sübjektif imkansızlığa ifa güçsüzlüğü de denilmektedir. Bu anlamda imkansızlık, sadece borçlunun ifa edebilecek durumda olmamasını anlatır. Hatta sübjektif imkansızlıkta borçludan ifayı istemenin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi halinde de söz konusu olur.

İmkansızlık sonradan meydana gelmiş olmalıdır. Çünkü önceki imkansızlık halinde BK.27 maddesi uygulanacaktır. İmkansızlığın önceki mi, sonraki bir imkansızlık mı olduğunun belirlenmesinde sözleşmenin yapıldığı an dikkate alınmaktadır. Bir koşula veya süreye bağlanmış sözleşmelerde, sözleşmenin yapılması anında henüz mümkün olan edim, koşulun veya sürenin gerçekleşmesinden önce imkansızlaşmışsa olsa da, yine sonraki imkansızlık olarak kabul edilir.

İmkansızlık halinde borçlu borcundan kurtulur. İmkansızlık, borç ilişkisini sona erdirir. BK. m.136 maddesindeki bu kural, sadece tam iki yanlı sözleşmelerde uygulanır. İş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu nedenle davacının davalı tarafından çalıştırılmasının kusursuz imkansızlık oluşturduğunun kabul edilmesi halinde, iş sözleşmesi sona erecek, ancak bir fesih söz konusu olmadığı işçin kıdem ve ihbar tazminatının talep edilmesi mümkün olmayacaktır.

C. İşçinin İşvereni Yanıltması

OLAY

Davacı vekili, müvekkilinin davalının anlaştığı Diş Hastanesinde yaklaşık 10 yıldır temizlik işçisi olarak çalıştığını, davalı tarafından 14/02/2011 tarihli ve müvekkilinin 01/03/2011 tarihinde tebliğ aldığı yazı ile firma ile kurum arasında 31/12/2010 tarihli sözleşmeye göre çalışacak personelin en az ilkokul mezunu olması gerektiği, müvekkilinin iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu şartların kendisinde bulunmadığı halde işvereni yanılttığı iddiasıyla iş akdinin bildirimsiz ve tazminatsız feshedildiğini, müvekkilinin davalıyı yanıltmadığını, müvekkilinin okur yazar olduğunu, 10 yıl önce davalının yanında çalışmaya başladığını, 10 yıldır temizlik görevlisi olarak adı geçen hastanede çalıştığını, fesih bildiriminde davalının kurumla 31/12/2010 tarihinde anlaştığı ve bu tarihten itibaren özlük evraklarının istenildiğini, müvekkilinin davalıya ait işyerinde 31/12/2010 tarihinden sonra çalışmaya başlamadığını, 10 yıldır çalıştığını, evraklarının da 10 yıldır işverende bulunduğunu, okur-yazar olduğunu ve ilkokul diplomasının bulunmadığını davalı işyerinin de bildiğini, müvekkilinin belirsiz süreli iş sözleşmesine tabi olduğunu, davalının aynı işkolunda çalıştırdığı işçi sayısının 30'dan fazla olduğunu, fesih ihbarnamesini müvekkilinin 01/03/2011 tarihinde öğrendiğini, bu nedenlerle davalının 14/02/2011 tarihli tek taraflı iş akdinin

feshinin geçersizliğine, müvekkilinin işe iadesine, tazminata esas çalışmadığı sürenin tespitine, müvekkilinin işten çıkartıldığı tarihten kararın kesinleşmesine kadar ve işe başlatılacağı süre göz önüne alınarak 4 aylık ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verilmesini talep ettiklerini belirtmiştir.

Davalı vekili verdiği cevap dilekçesinde, şirketin kazandığı ihale sonucu imzalanan 30/12/2010 tarihli sözleşme gereği ihbarda bulunulan üst işverenin işyerindeki temizlik hizmetlerini yürüttüğünü, sözleşme uyarınca şirketin ihaleyi kazanmadan önceki dönemlerde üst işveren bünyesinde çalışmakta olan işçilerin işe alınmalarının gerektiğini, bu nedenle sözleşmenin başlangıç tarihi olan 01/01/2011 tarihinde davacının şirkette işe başladığını, ancak üst işverenin çalışacak işçilerin en az ilkokul mezunu olmasının zorunlu olması ve fakat davacının ilkokul mezunu olmadığının tespit edilmiş olması karşısında ve ayrıca işe beyanında ilkokul mezunu olduğu şeklinde yalan beyanda bulunmuş olması karşısında iş akdinin feshedildiğini, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

İhbar olunan Sağlık Bakanlığı vekili, davacı ile iş sözleşmesini yapanın davalı firma olduğunu, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının tarafları bağladığını, Bakanlığın davaya konu iş sözleşmesine taraf olmadığını, sorumluluğunun da bulunmadığını, Bakanlığın işverenlik sıfatının bulunmadığını, hastane yönetimi ve davalı şirketlerin gördükleri işlerin birbirinden farklı ve bağımsız işler olduğunu, alt işveren değil bağımsız işverenin söz konusu olduğunu, bu nedenle husumet itirazında bulunduklarını, çalışanların özlük işlerinin firmaya ait olduğunu, sözleşme yapılarak yüklenici firmaya verilen hizmetler ve işin kontrolü, denetimleri için K.İ.K. Yönetmelikleri doğrultusunda hastane idaresi bünyesinde oluşturulan komisyonlar tarafından yüklenici firmaların denetiminin yapıldığını, ihaleyi alan şirketin çalıştırdığı kişilerin iş akitlerini kendilerinin sona erdirdiğini Bakanlığın bir ilgisinin bulunmadığını, davacının 2002 yılından 2010 yılının 12. Ayına kadar değişik firmalarda temizlik elemanı olarak çalıştığını, çalıştığı yıllarda ilk işe girdiği tarihte verdiği beyannamede ilkokul mezunu olduğunu belirttiğini, ancak son ihalede ilkokul mezunu olmadığı anlaşıldığından işvereni yanılttığı iddiasıyla iş akdinin şirket tarafından feshedildiğini, davacı ile davalı idare arasında herhangi bir hizmet akdi bulunmadığından davacının diğer davalı şirketler ile imzaladığı hizmet akdinin sonlandırılmasına ilişkin idarenin herhangi bir müdahalesinin söz konusu olmadığını, hizmet sözleşmesinin feshine ilişkin olarak müvekkil idarede de herhangi bir kayıt bulunmadığını, davacının iş akdinin devamının ya da sonlandırılmasının tamamen davacı ile diğer davalı şirket arasındaki konu olduğunu, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesini talep ettiklerini belirtmiştir.

Sağlık Bakanlığı Ağız ve Diş Sağlığı Merkezi Baştabipliği'nin davalı şirkete yazdığı yazıda, kurum ile firma arasında 08/12/2010 tarihli sözleşmeye istinaden kurumda Temizlik Hizmet İşlerini yüklendikleri, ancak ilgili ihalenin teknik şartname 2. madde d fıkrası gereği elemanlarda aranan ilkokul mezunu olma şartını taşımadıkları belirlenen HY ve ZS isimli personellerin tespit edildiğini belirtmiştir.

Davacının ilk kez 07.02.2002 tarihinde EA'ya ait işyerinde çalışmaya başladığı belirlenmiştir. EA'nın 2002 yılı Ağız ve Diş Sağlığı Merkezinde temizlik işlerini üstlenen alt işverendir. Bundan sonra 2003 yılında tekrar EA, daha sonra 2004 yılında S.G.A. İnş. Güv. Ltd.Şti, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 yıllarında S.G.A. İnş. Güv. Ltd.Şti, tarafından aynı hastanede temizlik işleri yürütülmüştür. 2011 yılında S Ltd.Şt'in alt işveren olarak iş aldığı anlaşılmaktadır.

Davacı 07.02.2002 tarihinden sözleşmesinin feshedildiği tarihe kadar aynı hastanede yukarıda belirtilen alt işverenler yanında çalışmasını sürdürmüştür. Son alt işveren S Ltd.Şt ile davacı arasında 04.01.2011 tarihli belirli süreli sözleşme imzalanmıştır.

14.02.2011 tarihli fesih yazısında fesih sebebi olarak **"firmamız ile kurum arasında 31.12.2010 tarihinde imzalanan sözleşme ekinde bulunan Teknik Şartname'nin 2. maddesinin C fıkrasında "çalıştırılacak personel en az ilkokul mezunu olacak ve hastane temizliği konusunda tecrübeli olacaktır" ve D fıkrasında "İstenilecek Belgeler; "İlkokul Diploması.."** denilmektedir. Hizmetin başlangıç tarihi olan 01.01.2011 tarihinden itibaren de firmamız tarafından tüm çalışanların gerekli özlük evrakları talep edilmiştir.

Ancak tarafınızdan istenilen ilkokul diplomasını bugüne kadar getirmemiş olmanızdan ve sözlü beyanınızdan mezuniyet durumunuzun ilkokul ve dengi olmadığı dolayısıyla Temizlik personeli görevi için gerekli vasıfları taşımadığınız ve işvereni yanılttığınız anlaşılmaktadır.

4857 s. İş kanununun 25. maddesinin "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller be benzerleri" başlıklı II bendi uyarınca....feshedildiği bildirilmiştir

Davacının ilk sözleşmesinin yapıldığı 07.02.2002 tarihinde "şirket personeli bilgi formuna" mezun olduğu okul olarak Beylikli İlkokulunu bildirdiği anlaşılmaktadır. 10.02.2011 tarihi uyarınca davacının okur yazarlık sınavına girdiği ve belge düzenlendiği anlaşılmaktadır.

SORU

Davacının eylemini değerlendirerek, dava sonucunda Mahkemenin işe aide kararı vermesi gerekip gerekmediğini açıklayınız.

CEVAP

Davacının ilk kez 07.02.2002 tarihinde EA'ya ait işyerinde çalışmaya başladığı belirlenmiştir. EA 2002 yılı Karşıyaka Ağız ve Diş Sağlığı Merkezinde temizlik işlerini üstlenen alt işverendir. Bundan sonra 2003 yılında tekrar EA, daha sonra 2004 yılında S.G.A. İnş. Güv. Ltd.Şti, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 yıllarında S.G.A. İnş. Güv. Ltd.Şti, tarafından aynı hastanede temizlik işleri yürütülmüştür. 2011 yılında S Ltd.Şt'in alt işveren olarak iş aldığı anlaşılmaktadır.

Davacı 07.02.2002 tarihinden sözleşmesinin feshedildiği tarihe kadar aynı hastanede yukarıda belirtilen alt işverenler yanında çalışmasını sürdürmüştür. Son alt işveren S Ltd.Şt ile davacı arasında 04.01.2011 tarihli belirli süreli sözleşme imzalanmıştır. Yargıtay'ın yerleşmiş kararları uyarınca işçilerin değişik taşeronlar yanında çalışmalarına yönelik ilişki, işyeri devri niteliğinde kabul edilmektedir. Ancak dava işçilik alacaklarına yönelik olmayıp işe iadeden ibarettir.

14.02.2011 tarihli fesih yazısında fesih sebebi olarak **"firmamız ile kurum arasında 31.12.2010 tarihinde imzalanan sözleşme ekinde bulunan Teknik Şartname'nin 2. maddesinin C fıkrasında "çalıştırılacak personel en az ilkokul mezunu olacak ve hastane temizliği konusunda tecrübeli olacaktır"** ve D fıkrasında "İstenilecek Belgeler; **"İlkokul Diploması.."** denilmektedir. Hizmetin başlangıç tarihi olan 01.01.2011 tarihinden itibaren de firma tarafından tüm çalışanların gerekli özlük evrakları talep edilmiştir.

Ancak davacıdan istenilen ilkokul diplomasını o güne kadar getirmemiş olmasından ve sözlü beyanından mezuniyet durumunun ilkokul ve dengi olmadığı dolayısıyla temizlik personeli görevi için gerekli vasıfları taşımadığı ve işvereni yanılttığı anlaşılmaktadır.

4857 s. İş kanununun 25. maddesinin "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller be benzerleri" başlıklı II bendi uyarınca davacının iş sözleşmesinin feshedildiği bildirilmiştir.

Davacının ilk sözleşmesinin yapıldığı 07.02.2002 tarihinde "şirket personeli bilgi formuna" mezun olduğu okul olarak Beylikli İlkokulunu bildirdiği anlaşılmaktadır. 10.02.2011 tarihi uyarınca davacının okur yazarlık sınavına girdiği ve belge düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Davacı ilk sözleşmenin yapıldığı tarihte kendisini ilkokul mezunu olarak bildirerek işvereni yanıltmıştır. Alt işverenlerle yapılan sözleşmelerin incelenmesinde her yıl yenilenen şartnameler uyarınca ilkokul mezunu olma şartının arandığı anlaşılmaktadır. Davacı 9 yıl süre ile ilkokul diplomasına sahip olma-

dan çalışmıştır. Ancak son alt işveren olan davalı S Ltd.Şt tarafından diplomasının talep edilmesi üzerine, davacının diplomasının olmadığı anlaşılmıştır.

İş Kanunun 25 maddesinin II/a hükmü uyarınca *"İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması"* işverene sözleşmeyi haklı sebeple feshetme olanağı sağlamaktadır.

İş K. 26 maddesi uyarınca *"24 ve 25'inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz"*

Davalı S'nin davacının diplomaları ne zaman istediğine dair dosyada bir belge yer almamaktadır. Dolaysısıyla fesih hakkının 6 işgünlük sürede kullanılıp kullanılmadığını denetlemek mümkün olmamıştır. Ancak davacı tarafından 10.02.2011 tarihinde okur yazarlık sınavına girdiği dikkate alınarak fesih tarihi olan 11.02.2011 tarihinden bir gün önce bu işleme başvurduğu gözetilirse, feshin hak düşürücü süre içerisinde gerçekleştirildiğinin kabulü veya reddi Mahkemenin takdirindedir. Hak düşürücü sürede gerçekleştiğinin kabul edilmesi halinde, işveren bakımından haklı sebeple fesih hakkı doğduğundan davanın reddi gerekecektir.

XX. CEZAİ ŞART

OLAY

Davacı vekili davalının 06/04/2011 tarihli yazılı ve süresiz iş sözleşmesi uyarınca davacıya ait T Hastanesinde sağlık personeli olarak çalışmaya başladığını, davacı ve davalının sağlık sektöründe çalıştıklarını, son yıllarda sağlık sektörünün özelleştirilmesi nedeniyle sağlık personeli alanında sıkıntılar yaşanmaya başlandığını, sağlık personellerinin istihdamlarında artış olduğunu, hastaneler arasında eleman transferlerinin arttığı, davalı işçinin de 11/08/2011 tarihli dilekçesindeki beyanlarına göre "..ailevi sebepten dolayı..." gerekçesiyle istifa ettiğini, işi fiilen 11/08/2011 tarihi mesai bitiminde bıraktığını, davalının tek taraflı olarak sözleşmeyi feshettiğini, görevinden istifa ettiğini, taraflar arasındaki iş sözleşmesinde sözleşme imza tarihinden itibaren 36 ay içindeki istifaların haksız fesih sayılacağının düzenlediğini, t maddesinin ise "taraflardan birinin iş akdini usulsüz veya haksız feshi halinde diğer tarafa 5.000 USD ihbar

tazminatı ödeyeceği..."nin hüküm altına alındığını, davalının istifa dilekçesinde herhangi bir sebep bildirilmediğini, davalının muhtemelen bir başka yerde iş bulduğu için dilekçe vermiş olabileceğini, iş sözleşmelerinde karşılıklı olmak kaydı ile haksız fesih halinde ayrıca cezai şart uygulanabileceğinin açık olduğunu, davalıya İ 25. Noterliği'nin 05/09/2011 tarih ve 22304 yevmiyeli ihtarnamesinin keşide ve tebliğ edilerek 20/09/2011 tarihine kadar ihbar tazminatı ve cezai şartı ödemesi istenmişse de sonuç alınamadığını, bu nedenlerle (5.000 USD karşılığı) 8.750TL cezai şart/tazminat alacağı ile 1.746 TL ihbar tazminatı olmak üzere toplam 10.496 TL alacağın temerrüt ihtarnamesi uyarınca 21/09/2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar verilmesini talep ettiklerini belirtmiştir.

Davalı davaya cevap vermemiştir.

Yargılama sırasında, davacı ile davalı arasında imzalanan iş sözleşmesinin 5. Özel Şartlar C. Maddesinde "işbu sözleşmenin yasal deneme süresi istisnai olmak üzere, imza tarihinden sonraki 36 ay içerisinde iş Kanununun 24. maddesindeki haller ile, emeklilik, kadın işçiler için evlilik, erkek işçileri için askerlik vb. gibi istisnai durumlar ve/veya sonradan yapılacak ek mahiyetindeki sözleşmeler de istisna olarak tanımlanmış haller dışında personel tarafından fesih edilmesi (istifa vb.) söz konusu değildir. Böyle bir talep personel tarafından yapılmış haksız fesih sayılır ve işveren lehine "T" maddesinde belirlenen cezai şartı isteme hakkını doğurur. Taraflardan herhangi birinin yukarıda belirlenen sürenin dolumundan asgari 2 ay önce süreyi, yenilmek istemediğini karşı tarafa yazılı olarak bildirilmemesi halinde maksimum 10 yıl ile sınırlı olmak üzere bu süre otomatikten 24 ay daha uzamış sayılır." Hükmünün bulunduğu belirlenmiştir.

Sözleşmenin T. maddesinde "taraflardan birinin iş akdini usulsüz veya haksız feshi halinde usulsüz veya haksız fesih yapan taraf diğer tarafa cezai şart olarak 5.000 USD tazminat ödemekle yükümlüdür..." hükmünün yer aldığı anlaşılmıştır.

Sözleşmenin 5. maddenin T alt bendi uyarınca "4857 sayılı İş kanunun 17. maddesinde yazılı süreler bu sözleşmeye münhasır, yalnızca personel yönünden 3 kat arttırılarak tatbik edilir" hükmü yer almaktadır.

SGK Sigortalı İşe Giriş Bildirgesi'ne göre davalının yeni işyerine 06/04/2011 girdiği anlaşılmıştır.

Davalı tarafından davacı şirkete yazılan 11/08/2011 tarihli yazıda davacının "04/04/2011 tarihinden itibaren kurumda acil serviste görev aldığını, ailevi sebepten dolayı görevine devam edemeyeceğini" belirttiği görülmüştür.

SORU

1. Sözleşmedeki hüküm gereği davacı işverenin Kanunda öngörülen ihbar tazminatından farklı bir tazminat talep etmesi mümkün müdür?
2. Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca cezai şartın talep edilmesi mümkün müdür? Neden?

CEVAP

1. Taraflar arasında imzalanmış olan 06.04.2011 tarihli belirsiz süreli iş sözleşmesinin 5. Özel Şartlar başlığını taşıyan B,C ve T alt bentleri uyuşmazlığın çözümü bakımından önem arz etmektedir.

5. maddenin T alt bendi uyarınca **"4857 sayılı İş kanunun 17. maddesinde yazılı süreler bu sözleşmeye münhasır, yalnızca personel yönünden 3 kat arttırılarak tatbik edilir"**

İş Kanunun 17. madde hükmü uyarınca, sözleşme ile bildirim süreleri arttırılmışsa, ihbar tazminatının bu arttırılmış süreler üzerinden hesaplanması gerekir. Yargıtay, eski kararlarında bir ayırım yaparak sözleşmeyle bildirim sürelerinin arttırılmış olması halinde, arttırılmış sürelere ilişkin ihbar tazminatına sadece işverenin mahkum edileceğini, işçinin ise arttırılmış önellere ilişkin ücret tutarında değil İş kanunda yer alan yasal bildirim sürelerine göre ihbar tazminatı ödeyeceğini kararlaştırmaktaydı. Ancak yeni kararlarında Yargıtay bu uygulamadan vazgeçmiş görünmektedir. Bu sebeple iş sözleşmesini, bildirim süresine uymadan fesheden taraf arttırılmış süreler üzerinden kıdem tazminatı ödemelidir. Bildirim sürelerin uymayan taraf işçi ise ihbar tazminatı ödeme yükümlüsü olur.

2. Davalı işçi, 11.08.2011 tarihli yazı ile ailevi sebeplerden dolayı görevine devam etmeyeceğini bildirdiğinden, sözleşme davalı işçi tarafından feshedilmiştir. Bu tarihten sonra davalı işçi davacının işyerinde çalışmamış olup bildirim sürelerine uymamıştır. SGK Hizmet cetveli uyarınca davalı işçi, 01.09.2011 tarihinde 1079699 sicil numaralı işyerinde çalışmaya başlamış ve halen bu işyerindeki çalışmasını sürdürmektedir.

Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 5C maddesindeki düzenleme şu şekildedir: **"işbu sözleşmenin yasal deneme süresi istisnai olmak üzere, imza tarihinden sonraki 36 ay içerisinde iş Kanununun 24. maddesindeki haller ile, emeklilik, kadın işçileri için evlilik, erkek işçileri için askerlik vb. gibi istisnai durumlar ve/veya sonradan yapılacak ek mahiyetindeki sözleşmeler de istisna olarak tanımlanmış haller dışında personel tarafından fesih edilmesi (istifa vb.) söz konusu değildir. Böyle bir talep personel tarafından yapılmış haksız fesih sayılır ve işveren lehine "T" maddesinde belirlenen cezai şartı isteme hakkını doğurur. Taraflardan herhangi birinin yukarıda belirlenen sürenin dolumundan asgari 2 ay önce süreyi yenilmek istemedi-**

ğini karşı tarafa yazılı olarak bildirilmemesi halinde maksimum 10 yıl ile sınırlı olmak üzere bu süre otomatikten 24 ay daha uzamış sayılır."

Davalı işçi, davacı işyerinde çalışmaya başladıktan 4 ay sonra sözleşmesini feshettiği için, imza tarihinden sonraki 36 aylık sürede sözleşmenin feshedilmemesi yasağına aykırılık söz konusu olmuştur. Yine fesih, maddede sayılan emeklilik, evlilik, askerlik gibi istisnai hallerin içerisinde de girmediğinden, davalı işçinin sözleşmenin bu hükmüne de aykırı davrandığı söylenebilecektir. Bu nedenle davacı işverenin 5 T maddesinde düzenlenmiş olan cezai şartı talep hakkını kazandığı kanaatindeyiz.

Sözleşmenin 5 T maddesinde **"Taraflardan birinin iş akdini usulsüz ve haksız feshi halinde, usulsüz ve haksız feshi yapan taraf diğer tarafa cezai şart olarak 5000-USD (beş bin Amerikan doları) ödemekle yükümlüdür. Bu cezai şart her iki taraf için de geçerlidir. Personelin özel ya da resmi bir işyerinde iş bulması nedeni ile işi bırakması da haksız fesihtir...."** şeklinde düzenlemeye de yer verilmiştir.

Cezai şart her iki taraf bakımından söz konusu olduğu için Yargıtay'ın yerleşik kararları uyarınca geçerli bir cezai şart kararlaştırmasından söz edilebilecektir.

Borçlar Kanunu, bir sözleşmede cezai şartın kararlaştırılması durumunda, **zarar söz konusu olmasa bile,** sözleşmenin ihlali halinde cezai şart konusu karşılığın talep edilebileceğini öngörmektedir. Gerçekten BK. m.159/1'de durum şu şekilde ifade edilmiştir: ***"Alacaklı zarar duçar olmasa bile ceza lazım olur".***

Genel anlamda, borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifanın yerine getirilmemesi durumları için cezai şart kararlaştırılmışsa, seçimlik bir cezai şart söz konusudur. Alacaklı dilerse ifayı, dilerse cezai şart talep edebilir (BK m.158).

Sözleşmeye aykırı davranış nedeni ile ortaya çıkan zarar, kimi zaman cezai şart olarak kararlaştırılan miktarı da aşabilir. Borçlar Kanunu bu gibi durumlarda cezai şarttan fazla olan zararın da tazmin edilmesine olanak tanımaktadır (BK m.351/2).

Belirtmekte yarar var ki, cezai şartın fahiş olması durumunda hakim tarafından indirilebilmesi mümkündür (BK.m.161/3).

Sonuç olarak davalı işçinin, taraflar arasında imzalanan sözleşmeye aykırı davranışı söz konusudur. Sözleşmenin davalı işçi tarafından usulsüz ve haksız olarak feshedildiği görüşündeyiz. Bu sebeple davacı işverenin ihbar tazminatı ve cezai şartı talep edebileceği düşüncesindeyiz.

OLAY

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ'NİN 2013/27996 E.2014/37376 K. SAYILI BOZMA İLAMINA GÖRE:

- Toplu iş sözleşmesinin 34. maddesinde işverenin işçisini zorunlu bir sebep olmaksızın işten çıkarması halinde sekiz aylık çıplak ücret tutarında, tazminat ödenmesi gerektiğinin düzenlendiği,
- İşveren tarafından, ekonomik zorluk gerekçesiyle işçi ücretleri ödenmediğinden davacının iş sözleşmesinin feshedildiği,
- Öncelikle iş güvencesi kapsamındaki işçiler için 4857 sayılı iş kanunun 21/son maddesi uyarınca öngörülen cezai şart geçersiz olduğundan davacının iş güvencesi kapsamında olup olmadığının araştırılması gerektiği,
- Mahkemece fesih gerekçesi olan ekonomik sıkıntının işletme üzerindeki etkisi ve dolayısıyla istihdama etkisinin uzman bilirkişiye tespit ettirilmediği, davalı işverenin iddia ettiği ekonomik sıkıntı dolayısıyla kadro tenkisinin zorunlu olup olmadığı, buna göre cezai şartın koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerektiği, iş güvencesi kapsamında değil ise cezai şarta ilişkin düzenlemenin hizmet süresine göre talep edilebileceği iş güvencesi tazminatı miktarı ile sınırlı olarak geçerli olduğu kabul edilip, 6098 s. Borçlar Kanunu'nun 182/son maddesi gereğince indirim hususunun da dikkate alınmak suretiyle hüküm altına alınması gerektiği hususları belirtilmiştir.

MALİ YÖNDEN YAPILAN DEĞERLENDİRMEDE TESPİT EDİLEN HUSUSLAR:

Dosyaya ibraz olunan Manisa SGK İl Müdürlüğü'nden gelen yazıya göre; davacının fesih tarihi öncesi ve sonrası dönemler itibariyle çalıştırılan işçi sayıları aşağıda listelenmiştir. Yargıtay içtihatları gereği fesih tarihi itibariyle davalı işletmede 4 kişi çalıştığı fesihten önceki 6 aylık dönemde işçi sayısında azalmaya gidildiği, fesihten sonraki 6 aylık dönemde yeni işçi alınmadığı, mayıs 2010 tarihinde 2 kişinin işe alındığı ancak davacı ile aynı iş kolunda çalışıp çalışmadığına ilişkin bilgi bulunmadığı görülmüştür.

Ocak 2009 3 kişi, Şubat 2009 3 kişi, Mart 2009 4 kişi, Nisan 2009 5 kişi, Mayıs 2009 10 kişi, Haziran 2009 9 kişi, Temmuz 2009 9 kişi, Ağustos 2009 8 kişi, Eylül 2009 5 kişi Ekim 2009 4 kişi, Kasım 2009 3 kişi, Aralık 2009 2 kişi, Ocak 2010 2 kişi, Şubat 2010 2 kişi, Mart 2010 3 kişi, Nisan 2010 3 kişi, Mayıs 2010 6 kişi

A.C'nın davalı işyerinde

01.06.2009 tarihinde işe başladığı 21.08.2009 tarihinde çıkış yapıldığı, 81 gün çalıştığı

16.06.2010 tarihinde işe başladığı 14.07.2010 tarihinde çıkış yapıldığı, 28 gün çalıştığı

25.04.2011 tarihinde işe başladığı 23.08.2011 tarihinde çıkış yapıldığı, 120 gün çalıştığı

20.03.2012 tarihinde işe başladığı 12.09.2012 tarihinde çıkış yapıldığı, 176 gün çalıştığı

Ö.E 'nin

20.05.2009 tarihinde işe başladığı 21.08.2009 tarihinde çıkış yapıldığı, 93 gün çalıştığı

15.03.2010 tarihinde işe başladığı 19.08.2010 tarihinde çıkış yapıldığı, 157 gün çalıştığı

01.03.2011 tarihinde işe başladığı 23.08.2011 tarihinde çıkış yapıldığı, 175 gün çalıştığı

H.Y'nin

26.05.2009 tarihinde işe başladığı 21.08.2009 tarihinde çıkış yapıldığı, 87 gün çalıştığı

17.05.2010 tarihinde işe başladığı 14.07.2010 tarihinde çıkış yapıldığı, 58 gün çalıştığı

25.04.2011 tarihinde işe başladığı 23.08.2011 tarihinde çıkış yapıldığı, 120 gün çalıştığı

Yukarıda bahsi geçen kişilerin çalışmalarının aynı dönemlere denk geldiği kısmi

çalışmalarının bulunduğu görülmüştür.

Ayrıca dosyaya ibraz olunan davalı birliğe ait 2009 yılı bütçe gelirleri kesin hesap cetveline göre; birliğin gelirlerinin teşebbüs ve mülkiyet gelirlerinin 574.242,47.-TL tahakkuk ettiği bu miktarın %81 nin tahsil edilerek 463.563,12.-TL olduğu, kurum tahsilatlarının %100 nün tahsili sağlanarak 12.139,67.-TL gelir elde edildiği diğer gelirler (bağış yardım, mevduat faiz gelirleri...vs) ile birlikte 2009 yılında 611.861,36.-TL tahakkuka rağmen

470.430,76.-TL tahsilat gerçekleştirildiği %77 oranında tahsilat sağlandığı anlaşılmaktadır. Yine davalı birliğin 2009 yılına ait bütçe giderleri kesin hesap cetveline göre ise 582.893,84.-TL'lık toplam gider içinde işçilere ait gider toplamının 222.850,72.-TL, yaklaşık %62 oranında olduğu anlaşılmaktadır.

Dosyaya ibraz olunan e bildirge borç dökümüne göre fesih tarihi itibariyle SGK borcu bulunmadığı görülmektedir. Tedaş borçları hususunda ibraz olunan yapılandırılan borç tutarlarının 2009 yılına ait olduğu tespit edilememekle birlikte yevmiye kayıtlarına ilişkin ibraz olunan fotokopilerde Tedaş ve vergi ve SGK giderlerine rastlanıldığı bu sebeple toplam gider cetvelinde yer aldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda sunulu olduğu üzere, dosyaya sadece işten çıkarma sonrası mali veriler sunulu olmakla, davalı Birliğin gelirinin giderinden az olduğu, Birliğin zarar ettiği ve bu sebeple ekonomik sıkıntı içinde gözüktüğü anlaşılmaktadır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME BAKIMINDAN TESPİT EDİLEN HUSUSLAR:

Toplu iş sözleşmesinin 34 maddesinin kenar başlığı **"işten çıkarma ve iş güvencesi"** başlığını taşımaktadır. Buna göre:

a) İşletmenin veya işyerinin ekonomik ve teknolojik durumu bakımından zorunluluk olmadıkça işçi çıkarılamaz

b) İşçi çıkarmanın zorunlu olduğu hallerde, işveren durumu taraf işçi sendikasına bildirir. İşveren veya sendika bir araya gelerek işten çıkarma esaslarını, işten çıkarılacak işçi sayısını, işten çıkarma tarihini ve çıkarılacak işçilerin ünitelere göre dağılımını karara bağlarlar

c) İşveren 1. fıkrada sayılan sebepler olmaksızın veya 2. fıkrada öngörülen bildiride bulunmaksızın işçi çıkardığında, işten çıkardığı her işçiye, yasalardan ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklar dışında 8 aylık çıplak ücreti tutarında tazminat ödemeyi kabul ve taahhüt eder.

SORU

Olayda verilen veriler ışığında Yargıtay'ın kararının bozma kararının yerinde olup olmadığını tartışınız.

CEVAP

Fesih tarihinde işyerinde 4 işçi çalışmaktadır. Bu sebeple işyeri iş güvencesi kapsamı dışındadır. İş güvencesinin kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde sözleşmelerle işverenin haklı nedenle fesih hakkına sınırlandırmalar getirilebi-

leceği gibi, bu ilişkiler İş K.21/sonda yer alan mutlak emredici kuralın uygulama alanı dışında kaldığından, taraflar haksız fesihlerde anılan hükme bağlı olmaksızın işçi lehine yaptırımlar öngörebilirler.

İş güvencesinin kapsamı dışındaki iş ilişkilerinde işçileri feshe karşı korumak amacıyla toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmelerinde bir cezai şart getirilebileceği doktrinde kabul edildiği gibi Yargıtay kararlarında da kabul görmektedir. Yargıtay'a göre taraflar işverence yapılacak haksız fesih halinde ödenecek cezai şart miktarını seçmekte serbesttirler. Ancak toplu iş sözleşmeleri ile getirilen cezai şartın da BK 161 (şimdi 182/son) maddesinin son fıkrası uyarınca tenkise tabi tutulabileceğini karara bağlanmaktadır (Yarg.9.HD 6.6.2007, 30630/18174, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.15, s.217-218).

Somut uyuşmazlıkta yukarıda açıkladığımız üzere işverenin fesih hakkının toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırılmasına bir örnek görmekteyiz. Buna göre işveren haksız fesihte bulunursa, toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlü olacaktır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bozma kararında, ekonomik sıkıntı nedeniyle tenkisatın zorunlu olup olmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiş bulunmaktadır. Mali müşavir tarafından yapılan değerlendirmede birliğin zarar ettiği ve bu sebeple ekonomik sıkıntı içinde bulunduğu tespit edilmiş ise de, TİS m.34/3 de, fesih hakkının sadece ekonomik ve teknolojik zorunluluk halinde değil, işverenin fesih hakkını kullanmak istediği zaman sendikaya bildirim yapmayarak ve bu hususu sendika ile görüşmesi zorunluluğuna uymayarak, feshi gerçekleştirmesi halinde de işverenin cezai şartı ödemek zorunda kalacağı düzenlenmiştir. TİS'nin 34 maddesinin 3 fıkrasında "***veya***" bağlacı kullanılmak sureti ile salt birinci fıkraya veya 2. fıkraya aykırı hareketin de cezai şart ödemek zorunda bırakacağı çok açık şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple kanımızca, işveren ekonomik açıdan zor durumda olsa da, sendikaya başvurduğunu ve feshi görüştüğünü kanıtlayamadığından kararlaştırılan cezai şarttan sorumlu olacaktır.

Yargıtay 22 Hukuk Dairesinin bozma kararında "**İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ İÇİN ZORUNLU BİR SEBEBİN BULUNMADIĞININ ANLAŞILMASI HALİNDE DAVACININ İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLUP OLAMADIĞI DA ARAŞTIRILARAK; İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA DEĞİLSE CEZAİ ŞARTA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN HİZMET SÜRESİNE GÖRE TALEP EDEBİLECEĞİ İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI MİKTARI İLE SINIRLI OLARAK GEÇERLİ OLDUĞU KABUL EDİLMELİ, 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUN 182/SON MADDESİ GEREĞİNCE İNDİRİM HUSUSU DA DİKKATE ALINMAK SURETİ İLE HÜKÜM ALTINA ALINMALIDIR**" denmektedir.

İş hukuku öğretisindeki bir görüşe göre toplu iş sözleşmesi özerkliği nedeni ile bu sözleşmede öngörülen cezai şartın iş sözleşmesiyle getirilenden farklı nitelik taşıdığı kabul edilmekle birlikte, bu cezai şartın da yargıç tarafından tenkise tabi tutulmasına engel bulunmamaktadır. Ancak söz konusu nitelik farkı nedeniyle toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şart daha az şiddetli olarak tenkis edilebilir, tenkis ölçüsü daha sınırlı tutulabilir.

Kanımıza göre anayasal bir hak olan toplu iş sözleşmesi özerkliği (AY m.53) gereği taraflar bu sözleşe ile bir yasa gibi emredici hukuk kuralları oluştururlar. Bu durumda feshi sınırlandıran kurallara aykırı davranışa karşı toplu iş sözleşmesi ile normatif değer taşıyan bir götürü tazminat (cezai şart) getirilmiş olmaktadır. Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şart hükümleri bu özelliği taşımaları nedeniyle yargıcın müdahalesi dışında kalırlar, onun BK 182/son uyarınca tenkis yetkisini kullanmasına engel olurlar. Bu durumda cezai şartın tenkisi anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliğine ve normatif hükümlere müdahale anlamını taşıyacaktır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kabul edilemeyecek şekilde iki türlü tenkis öngörmektedir. Önce iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçilere, iş güvencesi hükümlerine tabi olan işçiler ile ilgili kararlarında geliştirdiği bir ölçüte göre, işçinin hizmet süresi yani kıdemine göre işe başlatmama tazminatının belirlenmesi gereğinin, burada da uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Yasada yer almayan bir tenkis şeklinin kıyas yolu ile getirilmesi mümkün değildir. Tek tenkis vardır o da yargıcın BK 182/son hükmüne göre hakkaniyete göre yapacağı indirimdir. Bunun için de yargıcın kararlaştırılan cezai şartı fahiş bulması gerekir. Ancak Daire bununla da yetinmeyerek, kıyasen uyguladığı tenkisten sonra da ayrıca tenkis edilen miktarın hakkaniyete göre tenkis edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu yorumların tamamı yukarıda açıklandığı üzere toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırı olup, haksız bir müdahale taşıyacağı için anayasal bir hakkın ihlali anlamını da taşıyacaktır.

İkinci Bölüm
SENDİKALAR VE TOPLU İŞ HUKUKU

I. SENDİKALAR HUKUKU

A. Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi

OLAY

Belediye işyerinde işyeri hekimi ve sağlık işleri müdürü olarak çalışan (Y), işçi (A), (M), (S), ve (H) bulunmaktadır. İşçi sendikası (G) işyerinde toplu iş sözleşmesi imzalamak üzere 03.09.2008 tarihinde yetki başvurusunda bulunmuş, ancak yukarıdaki işçilerin sendika üyeliği ile ilgili olarak uyuşmazlık çıkmış bulunmaktadır.

İşçilerden (A) 30.09.1993 tarihi itibarı ile (B) işçi sendikasına üye olmuştur. Bu kişinin söz konusu sendikadan istifa ettiğine dair bir bilgi bulunmamakla birlikte, arada geçen uzun zaman sürecinde Hizmet Döküm Cetvelinden Mart 1995 den 20.10.1995 tarihine kadar ve daha sonra Ocak 1996 dan itibaren tarım ürünlerinin alınıp satıldığı ve pazarlandığı (O) Tarım Ürünleri A.Ş'de çalıştığı anlaşılmaktadır. Daha sonra fasılalı olarak tarım ürünleri sektöründe çalışmaya devam etmiştir. (A) 06.10.2000 ve 05.11.2008 de (G) işçi sendikasına üye olmuş ve Belediyeye ait işyerinde çalışmasını sürdürmüştür.

İşçilerden (M) 20.12.2002 tarihinde (G) sendikası üyeliğine kabul edilmiş, 19.10.2007 tarihinde bu sendikadan çekilme bildirimi düzenlenmiş, 19.10.2007 tarihinde (B) sendikasına üyelik başvurusu, 01.11.2007 tarihli yönetim kurulu kararı ile kabul edilmiştir. 26.06.2008 tarihinde (B) sendikası üyeliğinden çekilmesinden sonra, 27.06.2008 tarihli yönetim kurulu kararı ile (G) sendikası üyeliğine kabul edilmiş, ancak 26.06.2008 de (G) sendikası üyeliğinden istifa etmiştir.16.07.2008 tarihinde (B) sendikasına üyelik için başvurmuş, ancak (B) sendikasının 21.07.2008 tarihli yönetim kurulu kararından önce 18.07.2008 tarihinde (B) sendikasından istifa etmiştir.

(S) (G) sendikasına 29.01.2001 de üye kabul edilmiş, daha sonra 08.01.2008 de bu sendika üyeliğinden çekildiğini bildirmiştir.25.07.2008 tarihinde (B) sendikası üyeliğinden istifa etmiş, 25.07.2008 de (G) sendikasına üyelik başvurusunda bulunmuş ve bu başvuru 29.07.2008 tarihinde kabul edilmiştir. 30.07.2008 de (B) sendikasına üyelik başvurusunda bulunmuş ve bu

başvuru 01.08.2008 de kabul edilmiştir. Ancak bundan önce 31.07.2008 de (S) (B) sendikası üyeliğinden istifa etmiştir. 31.07.2008 de (G) sendikasına üyeliği aynı günlü yönetim kurulu kararı ile kabul edilmiştir.

(H) adlı işçinin 22.02.1988 de (B) sendikasına üye olduğu, bu sendikadan istifa bildirimin olmadığı, ancak 14.08.1988 den 05.09.1991 tarihine kadar işsiz kaldığı Hizmet Döküm Cetvelinden anlaşılmaktadır. (H) önce 03.11.2000 de, daha sonra 05.11.2008 de (G) sendikasına üye olmuştur.

SORULAR

1. İşyeri hekimi olan (Y)'nin sendikanın yetki başvurusunda bulunduğu 03.09.2008 tarihinde, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde dikkate alınması gerekir mi? Neden?
2. 03.09.2008 tarihinde işçi (A) hangi işçi sendikasının üyesi kabul edilmelidir? Neden?
3. 03.09.2008 tarihinde işçi (M) hangi işçi sendikasının üyesi kabul edilmelidir? Neden?
4. 03.09.2008 tarihinde işçi (S) hangi işçi sendikasının üyesi kabul edilmelidir? Neden?
5. 03.09.2008 tarihinde işçi (H) hangi işçi sendikasının üyesi kabul edilmelidir? Neden?

CEVAPLAR

1. Bir kişinin işçi statüsünü taşıyabilmesi için iş sözleşmesi ile çalışması yeterli olup, işgal ettiği görevin türü ve işveren vekili sıfatı önem taşımamaktadır. Sendikalar Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. Fıkralarında (STİSK m. 2/I-e), işveren vekili kavramı daraltıcı bir şekilde düzenlenerek, "işveren sayılan gerçek ve tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmeninin bütününü sevk ve idareye yetkili olanlar" olarak tanımlanmıştır. Sendikalar Kanununun aynı maddesinde bu şekilde daraltıcı bir şekilde tarif edilen işveren vekilinin Sendikalar Kanunu bakımından işveren sayılacağı da belirtilmektedir (SK m.2/7) (STİSK m. 2/II). Buradaki amaç, işverene pek yakın konumda bulunan bu kimselerin işçi sendikalarına değil, dilerlerse işveren sendikalarına üye olmalarına imkân tanımaktır.

Belediyede işyeri hekimi ve Sağlık İşleri Müdürü olarak görev yapmış bulunan (Y) 'in İş Kanunu bakımından işveren vekili olduğu; buna karşılık, Sendikalar Kanunu bakımından işveren vekili sayılamayacağı açıktır. Zira işyeri hekimi, Sağlık İşleri müdürü, bir işletmenin genel müdürü veya bir belediyenin başkanı gibi işletmenin bütününü, her konuda yönetmeye yetkili olmayıp, sadece belirli konularda işvereni temsilen hareket etmektedir.

Bu itibarla kendisi gerek İş Kanunu, gerek Sendikalar Kanunu bakımından "işçi" sıfatını korumakta olduğundan, işyerindeki işçi sayısının belirlenmesinde (Y)'nin dikkate alınması gerekmektedir.

2. (A)'nın 30.9.1993 tarihi itibarı ile (B) Sendikasına üye bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu kişinin söz konusu sendikadan istifa ettiğine dair bir belgeye rastlanmamakla birlikte, arada geçen uzun zaman sürecinde aralıklı olarak başka işkollarında çalıştığı gözlenmektedir. (A), Hizmet Döküm Cetvelinde görüldüğü üzere, özellikle Mart 1995'ten itibaren 20.10.1995'e kadar ve daha sonra Ocak 1996'dan itibaren tarım ürünlerinin işlendiği, alıp satıldığı ve pazarlandığı (O) Tarım Ürünleri A.Ş'de çalışmıştır. Aynı kişi daha sonra fasılalı olarak gene tarım ürünleri sektöründe çalışmış olup, dolayısıyla işkolunu değiştirmiş bulunmaktadır.

Böyle olunca, Sendikalar Kanunu hükümleri ve özellikle 24. madde hükmünün son fıkrası sonucu olarak, daha önce üyesi bulunduğu (B) Sendikasının kurulu bulunduğu 28 Numaralı "Genel İşler" işkolundan (STİSK ve İşkolları Yönetmeliği uyarınca artık 20 Numaralı İşkolu) farklı bir işkoluna geçmiş olması sebebiyle bu sendika üyeliğinin kendiliğinden, kanun gereği, son bulduğu kabul edilmelidir.

(A) 06.10.2000 ve 05.11.2008 tarihleri bakımından "G" Sendikasına üye olduğu ve istikrarlı bir şekilde Belediyeye ait işyerlerinde çalıştığı görülmektedir.

Sonuç itibariyle, (A)'nın, toplu iş sözleşmesi akdetmek üzere yetki başvurusu yapıldığı 03.09.2008 tarihinde (G) sendikasına üye bulunduğu anlaşılmaktadır.

3. (M)'nin, (G) sendikası üyeliğine 20.12.2002' de kabul edildiği, daha sonra üyelikten çekilme bildiriminin 19.10.2007 tarihinde düzenlendiği görülmektedir. 19.10.2007 tarihinde (B) Sendikası üyeliğine ilişkin olarak yapılan başvurunun 01.11.2007 tarihli yönetim kurulu kararı ile kabul edildiği anlaşılmaktadır.

(M)'nin 26.06.2008 tarihinde (B) Sendikası üyeliğinden çekilmesinden sonra, 27.06.2008 tarihli yönetim kurulu kararı ile (G) Sendikası üyeliğine kabul edilmesinden sonra 26.06.2008 tarihinde (G) Sendikası üyeliğinden istifa etmiş bulunduğu gözlenmektedir. Ancak (M)'nin (B) Sendikası üyeliğinden 26.06.2008 tarihli istifası neticesinde (B) Sendikasına üyeliği bir ay boyunca devam edeceği için, (G) Sendikası üyeliği ve istifasına bu dönemde hukuki sonuç bağlanması mümkün bulunmamaktadır.

16.07.2008 tarihli başvuru ve (B) Sendikası yönetim kurulunun 21.07.2008 tarihli üyeliğe kabulünden önce (M), 18.07.2007 tarihinde (B) Sendikası üyeliğinden istifa ettiği için Yargıtay'ın yerleşmiş kararları uyarınca (Yarg 9. HD. 27.12.1996 tarih, 22309/24442 sayılı kararı; 11.04.2006 tarih, 9995/9518 sayılı kararı) *"sendika üyeliğine ilişkin başvurunun yönetim kurulunca karara bağlanmasından önce, sendika üyeliğinden ayrılmaya yönelik başvurunun bir "isti-*

fa" olarak değil, sendikaya üye olma işleminin hukuki sonuç doğurmadan geri alınmasına yönelik bir irade açıklaması olarak değerlendirilmesi gerektiği" kabul edildiği için, (M)'nin 16.07.2008 tarihli (B) Sendikası üyeliğine başvurusunun herhangi bir hukuki sonuç doğurmadığının kabul edilmesi gerekmektedir.

(M) 18.07.2008 tarihinde (G) Sendikasına üyelik başvurusunda bulunmuş ve bu üyelik başvurusu 21.07.2008 tarihinde kabul edilmiştir. Bundan sonra sendika üyeliğinden herhangi bir istifa veya yeni üyelik durumu bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, (M)'nin 21.07.2008 tarihinde (G) Sendikasına üyeliğinin ancak 26.06.2008 tarihinde (B) Sendikası üyeliğinden çekilmenin hüküm ve sonuç doğuracağı 26.07.2008 tarihinden sonra hüküm ifade edecektir. Bu nedenle (M)'nin yetki başvuru tarihi olan 03.09.2008 tarihinde (G) Sendikası üyesi olduğunun kabul edilmesi gerekir.

4. (S) 29.01.2001'de (G) Sendikası üyesi olarak kabul edilmiş, daha sonra 08.01.2008'de bu sendika üyeliğinden çekildiğini bildirmiştir.

25.07.2008 tarihinde (S) (B) Sendikası üyeliğinden istifa bildiriminde bulunmuştur. Bu istifanın hüküm ve sonuç doğuracağı 25.08.2008 tarihine kadar, 25.07.2008 tarihinde üyelik başvurusu, 29.07.2008 tarihli (G) sendikası üyeliğinin kabulü ve 30.07.2008 tarihinde (G) sendikasından istifanın hüküm ve sonuç doğurması mümkün olmayacaktır. Bunun gibi 30.07.2008 tarihinde (B) Sendikasına yapılan üyelik başvurusu ile bu üyelik başvurusunun kabul edildiği 01.08.2008 tarihinden önce, 31.07.2008 tarihinde yapılan istifa başvurusunun, yerleşmiş yargı kararları doğrultusunda, hiçbir hukuki sonuç doğurmadığını kabul etmek gerekecektir.

31.07.2008 tarihli (G) Sendikasına üyelik başvurusu aynı gün yönetim kurulu kararı ile kabul edilen (S)'nin, bundan sonra başkaca üyelik ve istifa bulunmadığından, 25.08.2008 tarihinden sonra hüküm ve sonuç doğurması mümkün olacaktır.

Bu itibarla yetki için başvuru yapıldığı 03.09.2008 tarihinde (S)'nin (G) Sendikasına üye bulunduğu kabul edilmelidir.

5. (H)'nin 22.02.1988 de (B) sendikasına üye bulunduğu, bu sendikadan istifa bildiriminin gözükmediği, bununla birlikte 14.08.1988'den 05.09.1991 tarihine kadar işsiz kaldığı, Hizmet Döküm Cetvelinden anlaşılmaktadır. Sendikalar Kanununun 24 maddesinin son fıkrası hükmü itibarıyla, sendika üyesi işçinin geçici olarak nitelendirilemeyecek uzunlukta bir sürede işsiz kalması sendika üyeliğini kendiliğinden sona ermesini gerektirmektedir. Yargıtayın istikrar kazanmış içtihadına göre, genel olarak bir yılı aşan işsizliğin Sendikalar Kanunu

24. madde anlamında "geçici" olma vasfını yitirdiği kabul edilmektedir. Diğer taraftan ve genel bir ilke olarak, sendika üyeliği işçi sıfatının devamına bağlıdır. (H)'nin üç yıldan fazla devam eden işsiz kalma durumu sonucunda (B) sendikası üyeliğinin kendiliğinden sona ermesi, kanun gereğidir. (H)'nin 03.11.2000 ve 05.11.2008 tarihleri itibarı ile (G) Sendikası üyesi olduğu da, dosyadaki bilgilerden anlaşılmaktadır.

B. Sendika Disiplin Kurulu Tarafından Verilen Disiplin Cezasının İptali

OLAY

Bir kamu kuruluşunda çalışan işçi (A)'ya TİS'nin 151. maddesi uyarınca, İşyeri Disiplin Kurulu tarafından gerçekleştirilen kovuşturma sonucunda "Disiplin Cezaları Cetveli"nin 21. numaralı sırasında yer alan "amirleri, iş mensupları, iş arkadaşları veya mahiyeti hakkında asılsız şaiya çıkarmak veya şikayette bulunmak" hareketi karşılığında yer alan 2-4 yevmiye kesme cezasından, üç yevmiye cezası uygulanarak oyçokluğu ile cezalandırılmıştır. Cezanın verilmesinde disiplin kurulunda yer alanlar kanaatlerini belirtirken, şahsi kanaatlerini kullanarak ve kıyas yolu ile ceza verdiklerini belirtmişlerdir. Çünkü cetveldeki bu hüküm uygulanırken Disiplin Cezaları Cetvelinin sonunda yer alan "not" düzenlemesinden yararlanılmıştır. Buna göre "yukarıdaki ceza cetvelinde belirtilmeyen bir suçun işlenmesi halinde, işleyen işçiye, hareketinin durumuna göre bu cetvelde belirtilen cezalardan biri kıyas yolu ile verilir". Bu cezanın verilmesinden kısa süre sonra, işçi (A) Aliağa'daki işyerinden Afşin Elbistan'daki işyerinde naklen görevlendirilmiştir.

İşçi (A) TİS'nin 152 madde hükmüne dayanarak Merkez Disiplin Kuruluna itirazda bulunmuştur. Bu itiraz üzerine davacıya gönderilen cevabi yazıda "TİS'nin 152 maddesinde işyeri disiplin kurulunca verilecek yevmiye kesme cezası ile birlikte başka bir işyerine nakil kararı ile işten çıkarma kararlarına vaki olacak itirazları kesin sonuca bağlamak görevi verildiği için" itirazının reddedildiği bildirilmiştir. İtirazının reddedilmesi üzerine davacı işçi, disiplin cezasının kaldırılması amacı ile İş Mahkemesinde dava açmıştır.

TİS'nin 70 maddesinde ayrıca "iş ve işyeri değişikliğinin hiçbir zaman ceza mahiyetinde olamayacağı" hükmü yer almaktadır.

SORULAR

1. Olaydaki TİS'de yar alan hükümlerin niteliğini açıklayınız. Bu hükümler nasıl yorumlanmalıdır?
2. Davacı işçi A ya verilen disiplin cezasını olaydaki veriler ışığında değerlendirerek, yerinde ve hukuka uygun olup olmadığını değerlendiriniz.
3. Merkez Disiplin Kurulunun davacı işçinin yaptığı itirazı reddetmesi yerinde midir? Neden?

4. Davalı vekili davacının davayı disiplin cezasının verilmesinden 22 ay sonra açılmış olması nedeni ile, İş K.20 maddesindeki süreye uymadığını ve dava açmaya ilişkin zamanaşımı süresinin geçtiğini ileri sürerek, davanın usul yönünden reddedilmesini talep etmiş bulunmaktadır. Bu talebi yerinde midir? Tartışınız. Yerinde olmadığını belirlemeniz durumunda, davanın süresinde açılmış olup olmadığı bakımından hangi hukuki gerekçeleri ileri sürebileceğinizi belirtiniz?

CEVAPLAR

1. Toplu sözleşmelerin normatif (düzenleyici) içeriğinde iş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Genellikle iş sözleşmesinin fesih bildirimi sürelerini arttıran, işverenin fesih hakkını sınırlandıran, özellikle disiplin kurulu kararı olmadan sözleşmenin feshedilemeyeceğini öngören toplu iş sözleşmesi hükümleri bu niteliktedir.

Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu nitelilikteki hükümlerinin yorumu, sözleşmenin yorumuna ilişkin esaslar çerçevesinde yapılacaktır. Buna karşılık Yargıtay, daha önce Hukuk Genel Kurulu Kararı ile toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümlerinin yasa hükümleri gibi yorumlanacağını kararlaştırmış, (Yarg. HGK 21.12.1975, 9-1040/227, İKİD, Temmuz 1975, s.3634-3635) ancak daha sonra 9. Hukuk Dairesi kararlarıyla bu konuda sözleşmelerin yorumundaki esasların geçerli olacağını hükme bağlamıştır (Yarg.9 HD 8.2.1977, 85/2680 kararı ile Yarg.9 HD 18.11.1981, 10655/13806, Tütis, Ocak 1982, s.22; Yarg.9 HD 15.6.1982, 5032/5730, Tütis Eylül 1982, s.23). Bu nedenle, normatif hükümlerin yorumlanmasında da güven teorisi çerçevesinde belirlenecek tarafların ortak sözleşme iradesinin esas alınması gerekir.

2. Davacıya TİS'nin 151. maddesi gereği İşyeri Disiplin Kurulu tarafından gerçekleştirilen kovuşturma sonucunda "Disiplin Cezaları Cetveli" 21. numaralı sırada yer alan "*Amirleri, iş mensupları, iş arkadaşları veya mahiyeti hakkında asılsız şaiya çıkarmak veya şikayette bulunmak*" hareketi karşılığında yer alan 2-4 yevmiye kesme cezasından 3 yevmiye cezası uygulanarak ceza verilmiştir. Cetveldeki bu hüküm uygulanırken, Disiplin Cezaları Cetvelinin sonunda yer alan "Not" düzenlemesinden yararlanılmıştır. Buna göre "*Yukarıdaki ceza cetvelinde belirtilmeyen bir suçun işlenmesi halinde işleyen işçiye, hareketinin durumuna göre, bu cetvelde belirtilen cezalardan biri kıyas yoluyla verilir*".

Açıklamalardan anlaşıldığı üzere diğer üyeler şahsi kanaatlerini kullanarak cezalandırma yönünde oy kullanmışlardır.

Ceza hukukunda kıyas mümkün değildir. Kanunda öngörülmeyen sorumluluk mahkeme tarafından yorum veya kıyas yoluyla getirilemez. Yargının suç ve ceza koymak şeklinde bir takdir hakkı yoktur. Kanun koyucu suçları tereddütsüz bir şekilde kanunda tanımlamalıdır. Suç sayılmayan eylemler suç sayılanlar-

la karşılaştırılarak cezalandırılamaz. Suçların kanuniliği ilkesi anlamına gelen bu ilke uyarınca toplumsal açıdan en kötü görülen eylem bile, eğer yasa onu suç olarak tanımlamamış ve cezasını da saptamamışsa suç sayılmayacaktır. Dolayısıyla bir disiplin suçunun karşılığı bile olsa TİS hükmü ile hatta bir "Not" ile kıyasen ceza ihdas etmenin mümkün olmaması gerektiği ve toplu iş sözleşmesinin bu hükmünün geçersiz sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Hal böyle olunca geçersiz bir hükme dayanarak ceza verilemeyeceği görüşündeyiz. İşyeri disiplin kurulu kararında göze çarpan ikinci önemli nokta kurul üyelerinin şahsi kanaatlerine dayanarak karar vermiş olmalarıdır. Şahsi kanaat cezanın takdirinde kullanılmamalıdır. Ancak öngörülen suçun işlendiği objektif olarak sabit olduğu taktirde ceza uygulama yönüne gidilmelidir. Bu yönü ile de ceza verilmesine ilişkin kararın yerinde olmadığı görüşündeyiz.

3. Davacı İşyeri Disiplin kurulu tarafından verilen cezaya TİS 152 maddesi uyarınca Merkez Disiplin Kurulu'na itirazda bulunmuş, Kurul yazı ile TİS'nin 152. maddesinde "*işyeri disiplin kurulunca oy çokluğu ile verilecek yevmiye kesimi cezası ile birlikte başka bir işyerine nakil kararı ile işten çıkarma kararlarına vaki olacak itirazları inceleyerek kesin sonuca bağlamak...*" Merkez Disiplin Kurulu kararları arasından sayıldığından, mevzuat açısından yapılan itirazın değerlendirilmesinin mümkün olmadığı bildirilmiştir.

Gerçekten 152. madde işyeri disiplin kurulunca oy çokluğu ile verilecek yevmiye kesimi cezası ile birlikte başka bir işyerine nakil kararı söz konusu ise Merkez Disiplin Kurulu'na itiraz edilebilmesi prosedürünün işletilmesine olanak verecek şekilde kaleme alınmış bulunmaktadır. Ancak davalı işveren tarafından disiplin cezası ile birlikte başka işyerine nakil uygulanmamış ancak cezanın verilmesinden çok kısa bir süre sonra davacı Aliağa'dan Afşin Elbistan'daki işyerine naklen görevlendirilmiş bulunmaktadır. Bu davranışın geçerli kabul edilmesi halinde işverenin TİS'de yer alan bu hükmün hukuka aykırı şekilde dolanmasına izin verilmiş olacaktır. Çünkü uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi başka işyerine nakil verilecek ceza ile hiçbir zaman birlikte uygulanmayacak, ancak çok kısa süre sonra işverenin nakil işlemini uygulaması halinde Merkez Disiplin Kurulu'na itiraz etmesi imkansız hale getirilmiş olacaktır.

Ayrıca TİS'in 70. maddesi hükmü uyarınca "*İş ve işyeri değişikliği hiçbir zaman ceza mahiyetinde olamaz*" hükmü yer almaktadır. Oysa 152 maddenin kaleme alınış şekli dikkate alındığı zaman işyeri naklinin ceza mahiyetinde düzenlenmesine izin verildiği açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü bu hali ile işyeri nakli, yevmiye kesme cezası ile birlikte uygulanabilmelidir ki işçi buna itiraz edilebilsin. Bu durumda işyeri naklinin ceza niteliğine olmadığını iddia etmek ne kadar mümkün olabilir? Kanımızca mümkün olmamalıdır. Bu nedenle TİS 70

maddesinde yer alan "*İş ve işyeri değişikliği hiçbir zaman ceza mahiyetinde olamaz*" hükmü ile TİS'nin 152. maddesinde "*işyeri disiplin kurulunca oy çokluğu ile verilecek yevmiye kesimi cezası ile birlikte başka bir işyerine nakil kararı ile işten çıkarma kararlarına vaki olacak itirazları inceleyerek kesin sonuca bağlamak...*" şeklindeki hükmün çeliştiği kanaatindeyiz.

4. Davalı vekilinin zamanaşımı iddiasının değerlendirilmesi bakımından ise şu kanaate ulaşmış bulunmaktayız: Davalı vekilinin İş K.20 maddesine göre bir aylık dava açma süresinin uygulanarak dava açma konusunda zamanaşımının geçtiği iddiası ile usul yönünden reddi gerektiği yönündeki savunması kabul edilemez niteliktedir. Çünkü 20. maddede öngörülen süre hak düşürücü olup, iş güvencesine tabi olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde fesih sebebinin gösterilmemesi veya gösterilen sebebin geçerli olmaması durumunda münhasır olarak açabilecekleri işe iade davasına ilişkin bulunmaktadır. Dolayısı ile disiplin cezasının iptali bakımından uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Esasen yasalarımızda disiplin cezasına itiraz prosedürü ve süresi düzenlenmiş bulunmamaktadır. Ancak toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde özellikle iş sözleşmesinin feshinde, fesih yetkisinin bir disiplin kurulu kararına bağlı olarak kullanılabileceği düzenlenebilir. Bu tür hükümlerin normatif hükümler olarak kabul edildiğini yukarıda belirtmiştik. TİS'nin normatif hükümleri başka sözleşmelerde bulunmayan objektif hukuk kuralları niteliği taşırken, toplu sözleşmenin yapılması ve borç doğurucu hükümleri tarafların iradelerine dayandığından bir özel hukuk karakteri taşımaktadır. Öte yandan TSGLK'nın 66. Maddesinde (STİSK m. 80/II) yer alan "*Bu kanunda hüküm olmayan hallerde Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile hizmet akdini düzenleyen diğer kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır*" düzenlemesinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Yarg.9 HD tarafından verilmiş bulunan 3.3.1999 tarih ve 3426/3966 sayılı kararında "*1475 sayılı İş Kanunda ne kadar süre içinde disiplin cezası verileceğine ilişkin olarak özel bir hükme yer verilmiş değildir. Hizmet akti eki niteliğinde olan personel yönetmeliğinde ve Toplu İş Sözleşmesinde de bu konuda düzenleme mevcut değildir. Bu itibarla yasada bir boşluktan söz edilebilir. Gerek işçinin gerek işverenin fesih hakkı konusunda 1475 sayılı İş kanunun 18 maddesi 6 işgünlük ve bir yıllık oldukça kısa ve makul sürelere yer verilmiş olup olayda kıyasen bu hükmün uygulanma olanağı vardır. Bu kapsamda en ağır disiplin cezası "fesih" cezası olduğuna göre aynı mantıkla daha hafif cezalarda da makul sürelerin çalışma barışının sağlanması açısından gözetilmesi gerektiği kuşkusuzdur*" denmiştir.

Uyuşmazlık konusu disiplin cezası TİS hükümleri uyarınca verilmiştir. Yani konu TSGLK kapsamında bulunmaktadır. Dolayısı ile TSGLK'nın 66. maddesi uyarınca öncelikle MK ve BK'da bir düzenleme olup olmadığına bakılma-

lıdır. Bu kanunlarda konu ile ilgili düzenleme olmadığına göre hizmet akdi ile ilgili diğer kanunlar arasında olan İş Kanunu'nda da konu ile ilgili doğrudan doğruya düzenleme yer alamadığı için Yargıtay eski İş Kanunu'nun 18. maddedeki süreleri kıyasen uygulama yoluna gitmiş bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinde aynı süreler yer almaktadır. Yargıtay yukarıdaki kararında "*daha hafif cezalarda makul sürelerin uygulanması gereğinden*" söz etmiş bulunmaktadır. Ancak anlaşılacağı üzere Yargıtay kararı işveren tarafından disiplin cezasının hangi sürede verilmesi gerektiğine ilişkindir. Yoksa disiplin cezasına işçi tarafından hangi sürede itiraz edilmesi gerektiğine ilişkin bir içerik taşımamaktadır. Davalı davacının 22 ay gibi bir süre sonra, disiplin cezasına itiraz edemeyeceğine ilişkin olarak ileri sürdüğü zamanaşımı iddiasının kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü Yargıtay HGK 23.10.1987 tarih ve 9-612/770 ile 9-639/797 sayılı kararlarında belirtildiği üzere;

"Disiplin cezalarının uygulanmasını gerektiren fiillerin ve bu cezaların işçilerin özlük hakları ile ilgili oldukları, onların gerek halen çalıştıkları işte gelişmelerini, parasal yönden ilerlemelerini, hatta çalışma özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak çalışmakta olduğu işi bırakıp başka bir işverenin işinde çalışma olanaklarına doğrudan doğruya etkili nitelik taşıdıkları tartışma konusu yapılamayacak kadar açık bir gerçektir. ...Disiplin cezası işten çıkarma değil de, olayda olduğu gibi ihtar veya başka bir şekilde belirtilmiş olursa durum ne olacaktır? Dava yolunun kapatılması halinde ihtardan itibaren yılların geçmesi ile işçi bu cezanın haksızlığını ispat olanaklarını yitirebilir.....".

HGK bu kararları ile zımnen birkaç yılın geçmesi halinde de disiplin cezasının iptali için dava açabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

İş yasalarında boşluk bulunan hallerde genel hükümlerin uygulanması mutlak bir anlam taşımaz. Öğretide, medeni hukuk ve borçlar kanunu ilke ve kurallarının İş Hukuku'nun "özel karakterine aykırı düşmediği ölçüde" ve "işçi-işveren ilişkilerinin ağır basan toplumsal yanının elverdiği oranda" uygulanabileceği haklı olarak belirtilmektedir. Ancak iş hukuku kuralları geniş ölçüde borçlar kanunu hükümlerinin ve sözleşme serbestisi ilkesinin iş ilişkisinde yarattığı adaletsizlikleri gidermek için öngörülmüştür. Bu nedenle, genel hükümlere göre varılacak sonuçların iş hukukunun amaç ve ilkelerine uygun düşmemesi, bu hukuk dalının gerekleri açısından doyurucu çözümlere götürmemesi ihtimalini yaratmaktadır. İş mevzuatında boşluk olan hallerde genel hükümler uygulanırken varılacak sonuç iş hukukunun temel ilkelerine uygun bulunursa, sorun çıkmaz. Buna karşılık, medeni hukuk kurallarının ve araçlarının sorunu iş hukukunun ruhuna ve niteliğine uygun bir biçimde çözümlemekte yetersiz kaldığı durumlarda bir uyarlama zorunluluğu ortaya çıkar.

Uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak MK ve BK'da bir düzenleme yer almamaktadır. Esasen İş kanunda da doğrudan doğruya bir düzenleme yer almamaktadır. Hukuk Genel Kurulu kararında sözü edildiği gibi, fesih dışında verilen diğer disiplin cezalarının fesih kadar hatta ondan öte, daha sonra işçinin yeni işverenlerle kuracağı iş ilişkilerini de etkilemesi muhtemeldir. Bu nedenle kanımızca burada hakim tarafından "makul" bir sürenin dikkate alınması gerekir.

Genel hükümlerin gerekli dönüşümlere tabi tutularak iş hukukuna uyarlanmasının hukukumuzda pozitif dayanağını MK'nın 1. maddesi oluşturmaktadır. Bu kurala dayanarak işçi-işveren ilişkilerinde olaya uygulanacak genel hüküm iş hukukunun özel niteliği ile çatışıyorsa, hakimin kanun boşluğundan hareketle bu boşluğu hukuk yaratmak suretiyle doldurması gerekir. Bu boşluk doldurulurken hakim İş Hukuku'na hakim olan işçinin korunması, toplu iş sözleşmesi özerkliği, çalışma barışının korunması vb. temel ilkeleri göz önünde tutmalıdır.

C. Sendikal Tazminat

OLAY

(A), 25.03.2006 tarihinde (K) A.Ş.'de çalışmaya başlamıştır. 24.05.2006 tarihinde (T) İşçi Sendikası'na üye olmuş, 30.05.2006 üyelikten istifa etmiş, 11.07.2006 tarihinde tekrar aynı sendikaya üye olmuş ve işyerinde çalışmaya devam etmiştir. 22.08.2006 tarihli tutanak ile (A)'nın 18, 19, 20 ve 21 Ağustos 2006'de izinsiz ve mazeretsiz olarak işe gelmediği hususu iki tanığın imzası ile kayda geçirilmiş, iş sözleşmesi de noterlik vasıtasıyla yine aynı tarihte İş Kanunu'nun 25/II-g hükmü uyarınca feshedilmiştir. 29.05.2006 tarihinde (K) A.Ş.'de çalışan toplam 203 işçinin 108'i (T) Sendikası'na üye olmaları sebebi ile sendika toplu iş sözleşmesi yetkisini almış, yetki tespit yazısı 11.07.2006 tarihinde işverene tebliği edilmiştir. (K) A.Ş. sendikalaşmadan bu tarihten önce haberdar olmuş ve 30.05.2006 tarihinden itibaren bir kısım işçiyi sendikal nedenlerle işten çıkarmış ve bu fesihlerin sendikal nedenle yapıldığı mahkemece hüküm altına alınmıştır. (A) iş güvencesinden yararlanabilen işçilerden olmadığı için, yapılan feshin sendikal nedenle yapıldığını ileri sürerek sendikal tazminat talebiyle dava açmıştır.

SORU

1. (A) sendikal tazminattan hangi durumda ve ne şekilde yararlanabilir? Açıklayınız.
2. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun kabulünden sonra bu sorunun yanıtında değişiklik olmuş mudur? Anlatınız.

CEVAP

Sendikalar Kanunu'nun 31/7 maddesine göre; "*İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanun'un 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır. İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, 6. fıkra hükmü esas alınır.*"

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde yapılan değişiklik ile, iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin sendikal nedenle feshe dayanarak açacakları davalarda ispat yükü tersine çevrilmiş, işverenin feshin sendikal nedene dayanmadığını kanıtlama yükümlülüğü getirilmiştir.

(K) A.Ş. feshin işçinin devamsızlığına bağlı olarak gerçekleştirildiği iddiasındadır. Aynı işyerinde çalışan iki işçi tanık olarak devamsızlık tutanağını imzalamıştır. Söz konusu tutanaktan önce davacının devamsızlığının olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle tutanağın gerçeği yansıtıp yansıtmadığı konusu kesin olarak bilinmelidir. Zira tutanakta (A)'nın 18, 19, 20 ve 21 Eylül 2006 da izin almaksızın işe devam etmediği belirtilmektedir. (K) A.Ş.'nin iddialarını kanıtlaması bakımından her bir güne ayrı ayrı devamsızlık tutanağının tutulması ve imzalanmış olması gerekir. Belirtilen nedenlerle (K) A.Ş., (A)'nın iş sözleşmesinin sendika üyeliği ve sendikal faaliyet dışında bir nedenle feshedildiği konusunda ispat yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.

29.05.2006 tarihi itibarı ile (K) A.Ş.'de çalışan toplam 203 işçinin 108'i (T) Sendikası'na üye olmaları sebebi ile toplu iş sözleşmesi yetkisini aldığı, yetki tespit yazısının işverene tebliği edildiği tarih 11.07.2006 olmasına rağmen, işverenin bu tarihten önce sendikalaşmadan haberdar olduğu ve 30.05.2006 tarihinden itibaren bir kısım işçilerin sözleşmelerinin feshedildiği ve bu sebeple yapılan fesihlerin sendika üyeliği ve sendikal faaliyete bağlı olarak yapıldıkları mahkemece hüküm altına alınmıştır. (A)'nın 24.05.2006 tarihinde sendikaya üye olduğu ve 30.05.2006 tarihinde sendika üyeliğinden istifa etmesi ve istifadan sonra işyerinde çalışmaya devam etmesi feshin sendikal nedene dayalı olarak yapıldığını göstermektedir. Bu nedenle (A) bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanır.

2. Somut olay bakımından yanıtımız da bir değişiklik olmayacak ve işçi (A) sendikal tazminat alabilecektir. Ancak yanıtın dayanmış olduğu güvence hükümlerinde yeni Kanunda köklü değişikler yapılmıştır. Her ne kadar örnek olay bakımından sonuç değişmese de bu konuya ilişkin güvence ve bu kapsamda bahsedilen ispat yükü değişikliklerini belirtmek gerekir. Sendika Özgürlüğü Güvencesi ve buna bağlı olarak sendikal tazminat STİSK m. 25'te düzenlenmiştir.

Öncelikle STİSK m.25/IV'de fesih dışındaki tüm durumlar için de sendikal tazminat öngörülmektedir. Eski Kanunda işe alma aşamasındaki sendikal ayrımcılık durumları için idari para cezası öngörülürken, yeni Kanunda bu ceza kaldırılmış, yerine sendikal tazminat getirilmiştir. Böylece, fesih dışında yapılan tüm sendikal ayrımcılıklarda, iş güvencesine tâbi olsun olmasın tüm işçiler en az bir yıllık ücreti tutarında sendikal tazminata hak kazanabilecektir.

Diğer önemli değişiklikler ise sendikal nedenle fesih içindir. STİSK m.25/5'e göre işçi sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, 4857 sayılı İş Kanunun 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açabilecek ve iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği tespit edilirse de, işe iade davası sonucundaki 10 işgünü süre içinde işçinin yapacağı başvuru ve işverenin işe başlatıp başlatmamasına (bir ay içinde) bakılmaksızın "sendikal tazminat"a hükmedilecektir. Ayrıca aynı zamanda işçi isterse işe iade davası açmadan, bağımsız bir dava ile sendikal tazminat talep edebilecektir. Görüldüğü üzere sendikal nedenle feshe karşı güvence açısından köklü değişiklikler vardır. Bunlardan ilki, iş güvencesine tâbi işçinin işe iade davasından bağımsız olarak sendikal tazminat talep edilebilmesi; ikincisi ise işe iade davasında, işçinin işe başlamayı talep etmesi ya da işçinin işe başlatılıp başlatılmamasından bağımsız olarak mahkemenin sendikal tazminata hükmetmesidir.

Bu konuda tartışmalara neden olmuş bir husussa sendikal nedenle fesihte sendikal tazminat talep edebilmek için iş güvencesinden yararlanabilme şartlarını taşıma durumunda olunması gerekip gerekmediğiydi ancak Anayasa Mahkemesine açılan davanın karara bağlanması ile birlikte bu sorun çözülmüştür ve iş güvencesi kapsamında olmayanlarında fesih dışı ya da fesih haline ayrımcılık durumlarında sendikal tazminat talep edebileceği açıklığa kavuşturulmuştur[1]

İş Kanunu m.20/II uyarınca işveren geçerli fesih sebebini ispatlamak zorundadır; ancak işçi bu nedene itiraz eder ve sendikal neden olduğunu ileri sürerse ispat yükü işçiye geçecektir. Bağımsız olarak sendikal tazminat davası açabilen işçiler ise sendikal nedeni ispat etmek durumunda değildi. Çünkü SK m.31/VII'de ispat yükü açıkça işverene verilmişti. İspat yükünde işe iade davası açmış olanlar ile sendikal tazminat davası açanlar arasında yaratılan bu ayrım doktrinde haksız ve gereksiz bulunmuştu. 6356 sayılı Kanunun kabulüyle bu farklılık giderilmiştir ancak bu sefer farklı bir ayrıma gidilmiştir. İşe iade davası açacaklar ile sendikal tazminat davası açacaklar arasındaki ayrımın bırakılma-

[1] Burada STİSK m.25 deki iptal edilen kısımlarla ilgili olarak ortaya çıkan Anayasa Mahkemesi gerekçesinde değinilmesede tartışmalara sebep olacak husus artık iş güvencesi kapsamına girmeyenlerin de sendikal nedenle fesih durumlarında işe iade davası açabilmelerine olanak sağlanmasıdır.

sıyla birlikte, sendikal nedenle fesih ve fesih dışı sendikal ayrımcılık hâlleri için ayrı ispat yükleri kabul edilmiştir.

Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddia ediliyorsa ispat yükü işçidedir. Ancak işçiden beklenen ispat "yaklaşık ispat"tır. Hâkim burada tam ispat aramaz. İşçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren durumları ortaya koyduğunda, ispat yükü yer değiştirir ve işveren davranışının nedenini ispat etmek zorunda kalır (SenTisK m.25/VII). Sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi için açılacak olan davada ise feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Eğer işçi, feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia ederse, ispat yükü kendisine geçer ve feshin sendikal nedene dayandığını ispatlar (STİSK m.25/VI) (Hafızoğlu, E. Sıla: Sendika Yöneticileri ve Güvenceleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015, s. 190-217).

OLAY

Denizli 2. İş Mahkemesi E.2014/...., K.2014/... sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararı ile davanın kabulü ile davacı işçinin işe iadesine, "*6356 s. kanunun 25 maddesinde sayılan eylemlerin davalı tarafından gerçekleştirildiği ispatlanamadığından, sadece fesih dolayısıyla sendikal tazminata hükmedilemeyeceğinden ve yasanın lafsına göre sendikal tazminat için "işverenin fesih dışında yukarıda sayılan eylemlerde bulunması (çalışma şartları bakımından ayırım, işe alınmadan sendikaya üye olma aranması vb) gerektiği zorunlu olduğundan dosya kapsamı da dikkate alınarak sendikal tazminata değil, işe iadenin yasal sonucu olan dört aylık ücretin ödenmesine karar verilmiştir".*

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 26.01.2015 tarih ve E.2014/35390, K.2015/1108 sayılı kararı ile ".... ***ancak, feshin sendikal sebebe dayanıp dayanmadığı hususunda yapılan araştırma ve inceleme yetersizdir. Dosya içeriğine göre yetki tespiti başvurusunda bulunup bulunmadığı ve yetki alıp almadığı ile işyerinde fesih tarihi itibarı ile çalışan, sendikaya üye olan, üyelikten çekilen, üyelikten çekilenlerden çalıştırılan, iş sözleşmesi feshedilen, işten çıkarılanlardan sendikalı olan ve sendikalı olup da işyerinde çalışması devam eden işçiler olup olmadığı dosya içerisinden anlaşılamamaktadır"*** demek sureti ile alt derece Mahkemesinin kararını bozmuştur.

Mahkemece bozma kararına uyularak, bozma kararında belirtilen doğrultuda yeniden inceleme yapılmıştır. Bu inceleme neticesinde ek rapor düzenlenmesine karar verilmiştir.

Dosya içerisine sunulan belgelerden:

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı söz konusu işyeri ile ilgili olarak 6356 s. Kanunun 42 maddesi gereğince yetki tespit başvurusunda bulunulmadığını bildirmiş bulunmaktadır.

SGK'ya yazılan müzekkerede fesih tarihi olan 27.01.2014 tarihinden önce ve sonra işyerine giren çıkan işçi sayısının bildirilmesi istenmiş, ancak yanlış olarak 2013 yılı yerine 2014 tarihi yazıldığı için SGK fesih tarihinden sonra tüm 2014 yılına ait davalı işyerine giren çıkan işçi sayısını bildirmiş bulunmaktadır.

Davalı Z, davalı işyerinde fesih tarihi olan 27.01.2014 tarihinde, çalışan toplam işçi sayısını 689 ve 27.01.2014 tarihi itibarıyla sözleşmesi, feshedilen işçi sayısını 92 olarak bildirmiş bulunmaktadır.

Teksif İş Sendikası Ocak 2014 sonu itibarı ile çalışan toplam işçi sayısını **805,** toplam sendikalı işçi sayısını **232,** sendika üyeliğinden çekilen sayısını **14,** üyelikten çekilenlerden çalışmaya devam eden sayısını **13,,** iş sözleşmesi feshedilen toplam işçi sayısını **160,** işten çıkartılan toplam sendikalı işçi sayısını 84, sendikalı olmasına rağmen işyerinde çalışmaya devam eden işçi sayısını 121, işyerine yeni alınan sendikalı olmayan işçi sayısını 9 olarak bildirilmiştir.

SORU

Olaydaki vereler ışığında Yargıtay'ın bozma kararından sonra Mahkeme nasıl karar vermelidir?

CEVAP

Bu veriler ışığında her ne kadar sendika işyerinde toplu iş sözleşmesi imzalamak için yetki başvurusunda bulunmamış olsa da fesih tarihi olan 27.01.2014 tarihinde, işyerinde 232 sendika üyesinin 84 ünün sözleşmesinin feshedilmesi, 14 ünün üyelikten istifa etmesi ve istifa edenlerin 13 ünün işyerinde çalışmaya devam etmesi nedeni ile feshin sendikal nedene dayalı olarak gerçekleştirildiği görüşündeyiz.

D. İşkolu Tespitine İtiraz

OLAY 1

(A) Tarım Satış Kooperatifleri Birliği İzmir'de kooperatif alanında faaliyetlerde bulunmaktadır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılan iş kolu tespitine göre, merkez işyeri ve Alsancak'ta bulunun irtibat büro işyerlerinde, üreticilerin desteklenmesine yönelik kooperatifçilik faaliyeti ile birlikte, ürün satın alınması, muhasebe, personel gibi büro işlerinin yürütülmesi nedeniyle İşkolları Tüzüğü'nün 17 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkolunda (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 10 sıra numaralı) olduğu tespiti

yapılmıştır. Buna karşılık söz konusu Bakanlık Karşıyaka'da faaliyet gösteren Zeytin İşletmesi işyerinde Birliğe bağlı kooperatif üyelerince yetiştirilen ve yarı mamul hale getirilmiş zeytinlerin, işyerinde elle ayıklanması, salamuralama süreleri ile sınıflandırılması, kutu ve tenekelerde ambalajlanması işlerinin yapılması nedeni ile İşkolları Tüzüğü'nün 04 sıra numaralı "Gıda Sanayi" işkolunda (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 02 sıra numaralı) yer aldığı yönünde tespit yapmıştır. Bakanlığın yukarıda belirtilen tespit kararının yerinde olmadığı gerekçesiyle (A) Kooperatifi, İş Mahkemesi'nde dava açmıştır. Mahkeme tarafından yapılan tespitte, Karşıyaka'da kooperatifin muhasebe işlerinin görüldüğü, zeytin alım işlerinin yapıldığı, zeytin işlenmesi, muhafazası ve paketlenmesi işinin ise ancak sipariş üzerine dönem dönem sağlanan geçici işçiler ile yerine getirildiği ortaya çıkmıştır. Yine mahkeme tarafından yapılan tespitte tüm işyerlerinin aynı yönetim organizasyonuna dahil oldukları görülmüştür.

(A) Satış Kooperatifleri Birliği Örnek Ana Sözleşmesi m. 7'de: "...birliğin amacı ortak kooperatiflerin ürünlerini daha iyi şartlarda değerlendirmek, bunların müşterek menfaatlerini korumak ve çalışmalarını koordine etmektir..." md. 8: "Birlik, iştigal konularına giren ürünlerin nitelikleri gereği olarak bu ürünlerin muhafaza edilmesine, toptan veya perakende satış için piyasa alışkanlıklarına uygun hale getirilmesine yönelik depo ve ilk işleme hüviyetindeki işletmeler ile ambalajlama gibi tesisler kurabilir...."

SORULAR

1. Bağlı işyeri kavramı nedir? Açıklayınız.
2. Bakanlığın tespit kararına karşı yapılan itiraz yerinde midir? Açıklayınız.

CEVAPLAR

1. Bir işyerine bağlı yerden söz edebilmek ve bu yerleri tek bir işyeri sayabilmek için her şeyden önce bu yerler arasında bir hukuki bağlılığın bulunması gerekir. Hukuki bağlılık bu yerlerin aynı işverene ait olmasıdır. İşyerine bağlı yerlerden söz edebilmenin diğer koşulu olan ve İş Kanunu md. 2/2'de öngörülen işin niteliği yönünden bağlılık, belirli bir mal veya hizmet üretmek amacı ile yapılan işlerin bağlılığını, birbirlerini tamamlamalarını ifade eder. Bu unsuru amaçta birlik olarak da adlandırmak mümkündür. Belirli bir mal veya hizmet üretimine ilişkin amacın elde edilebilmesi için gerekli olan tüm faaliyetlerin gerçekleştirildiği yerler işin niteliği yönünden birbirine bağlıdır. Aynı işyerinden sayılan birbirine bağlı yerlerde asıl işin bir parçası yapılabileceği gibi, yardımcı bir iş de görülebilir.

Bağlı yerlerin işyerinden sayılmasının diğer bir koşulu da İş Kanunu md. 2/2'de belirtildiği gibi bu yerler arasında işin yönetimi bakımından bağlılık ol-

masıdır. Yönetimde birlik olarak da adlandırılabilecek bu unsurun anlamı, mal ve hizmet üretimi işlerinin tek elden yönetilecek biçimde aynı yönetim altında örgütlenmiş olmasıdır. Nitekim Yargıtay da teknik amaç birliğine de yer vermek sureti ile bağlı yerlerin tek işyeri sayılmasını yönetimde birlik koşuluna bağlamıştır. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 07.06.1985, 6069/6260, YKD, Ekim 1986, s.1478-1480)

Bağlı işyeri sayılma için gerekli olan diğer şart teknik amaç birliğidir. Bu şartın yerine gelebilmesi için, aynı kişiye ait iki üretim biriminin aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmesi veya bu yerlerde aynı teknik amacın farklı aşamalarının yerine getirilmesi gerekir.

2. Bakanlığın tespitinin yerinde olup olmadığının ortaya konulabilmesi, Karşıyaka'daki işyerinin bağlı işyeri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine bağlıdır. Bu noktada bir yerin bağlı işyeri sayılması için gerekli olan hukuki birlik, aynı yönetim altında örgütlenmek ve teknik amaç birliğinin olay açısından sağlanıp sağlanmadığı ortaya konulmalıdır.

Hemen belirtelim ki, olayda bu yerlerin aynı işverene ait olması nedeniyle, hukuki şart gerçekleşmiştir. İkinci şart olan organizasyonel birlik şartının da gerçekleştiği görülmektedir.

Gerçekten de olayda işyerleri tek elden yönetilmektedir. Asıl tespiti gereken nokta; teknik amaç birliğinin gerçekleşip gerçekleşmediğidir.

Bu hususta, (A) Satış Kooperatifleri Birliği Örnek Ana Sözleşmesi'nin 7. maddesinde birliğin amacı ve çalışma konularını belirleyen önemli bir düzenleme vardır. Buna göre, "birliğin amacı ortak kooperatiflerin ürünlerini daha iyi şartlarda değerlendirmek, bunların müşterek menfaatlerini korumak ve çalışmalarını koordine etmektir. ...Birlik, iştigal konularına giren ürünlerin nitelikleri gereği olarak bu ürünlerin muhafaza edilmesine, toptan veya perakende satış için piyasa alışkanlıklarına uygun hale getirilmesine yönelik depo ve ilk işleme hüviyetindeki işletmeler ile ambalajlama gibi tesisler kurabilir...."

Buradan da anlaşılacağı üzere, birlik iştigal konusuna giren ürünlerin nitelikleri gereği olarak bu ürünlerin muhafaza edilmesine, toptan veya perakende satış için piyasa alışkanlıklarına uygun hale getirilmesine yönelik depo ve ilk işleme hüviyetindeki işletmeler ile ambalajlama gibi tesisler kurabilir. Bu anlamda, Karşıyaka'daki işyerinde, zeytin'in muhafaza edilmesi için veya yarı mamul halde gelen zeytinin salamularanması sureti ile bir kısım işlemden geçirildikten sonra teneke kutularda ambalajlanması işlemini, "ortak kooperatifler tarafından satın alınan ürünlerin en iyi şartlarda değerlendirilmesi için her türlü tedbir faaliyeti içinde bir faaliyet" olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bu işyerinde yapılan

işlerin nitelik bakımından bağlılığı bulunduğu kabul edilerek bu işyerinin ayrı bir işyeri olarak değil, işyerine bağlı yer olarak değerlendirilmelidir.

Hal böyle olunca, işkolu tespiti bakımından işyerinde yürütülen faaliyetin niteliği dikkate alınacağından, Alsancak ve Karşıyaka'daki işyerleri bağlı işyeri olarak değerlendirileceğinden, buralarda yürütülen faaliyetlerin ağırlığını kooperatifçiliğin desteklenmesine yönelik, ürün satın alınması, muhasebe, personel gibi büro işlerinin yürütülmesine yönelik olduğu, buna karşılık zeytin işlenmesi, muhafazası ve paketlenmesi işinin ise ancak sipariş üzerine dönem dönem sağlanan geçici işçiler ile yerine getirildiği dikkate alındığında, bağlı işyerinin bulunması sebebiyle farklı işkolu tespitinde bulunulamayacağından, Karşıyaka'daki işyeri bakımından Bakanlık tarafından yapılan işkolu tespiti yerinde değildir.

OLAY 2

(G) İşçi Sendikası dilekçesinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın sendikanın yaptığı başvuru üzerine 04.10.2010 tarih 3811 sayılı kararı ile (B) şirketinin işyerlerinin yaptıkları işlerin niteliği gereği İşkolları Tüzüğü'nün 25 sıra numaralı "Konaklama ve Eğlence Yerleri" işkolunda (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 18 sıra numaralı) yer alması gerektiğini ifade ederek bu yolda karar verdiğini, 2821 sayılı Yasa'nın 4. maddesi gereği 05.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlandığını, bu kararın yasa ve mevzuata aykırı olduğunu ve iptalinin gerektiğini, (B) şirketinin Genel İşler İşkolunda faaliyet gösterdiğini, şirket ana sözleşmesinin "Amaç ve Konu" başlığını taşıyan 3. maddesinin 4. bendinin 2. fıkrasında şirketin amaçları arasında "Özel, tüzel, kamu kurum ve kuruluşlarına toplu konut sitelerin, fabrikaların, sanat ve kültür merkezlerinin iç mekan ve dış çevre haşere ilaçlama temizliği, sokak ve cadde temizliği ile çöp toplama hizmetleri yapmak, çöp imha ve arıtma–ayıklama tesisleri kurmak, her türlü temizlik ve haşere ilaçlamalarına ait makine ve teçhizat almak" olarak sayıldığını, Bakanlığın yaptığı işkolu tespitinde, (F) Belediyesi ile (A) Belediyesi'nin ortaklığı ile kurulmuş belediye iktisadi kuruluşu olan (R) işyerindeki asıl iş, kafeterya işletmeciliği olarak gösterilmişse de, adı geçen şirketin asıl olarak (F) Belediyesi'nin işçileriyle birlikte aynı çalışmayı yaparak (sokak ve cadde temizlik, çöp toplama, park-bahçelerin bakımı gibi) 5393 sayılı Yasa'da gösterilen işleri yaptığını, (F) Belediyesi'nin işlerini yerine getiren (B) şirketi işçilerinin şirketin toplam işçi sayısında önemli ve daha ağırlıklı yer tuttuğunu, adı geçen şirketin iptal istemine konu Bakanlık tespitinde asıl işkolu olarak gösterilen kafeteryası ise de 5393 sayılı Yasa'nın 14. maddesi a ve b bentleri kapsamında belediyenin sosyal görevleri kapsamında tali hizmet olarak yürütüldüğünü, işkolu tespitine konu şirketin iki belediyenin ortaklığında belediye iktisadi teşekkülü olduğunu, şirketin ana sözleşmesinin amaç ve konu başlıklı maddesinde sayılanların bütününün Belediye Kanunu'nda belediyelere görev olarak

verilen işlerden oluştuğunu, söz konusu ticari işletmelerde ifa edilmekte olan işin niteliğinin genel hizmetler işkolu kapsamına girdiğini, Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca çıkarılan İşkolları Tüzüğü'ne göre 28 sıra numaralı işkolu olan "Genel İşler İşkolu" (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 20 sıra numaralı), "Belediyelerin 24 sıra numaralı sağlık işkoluna giren işleri dışındaki Belediye hizmetlerine ilişkin işlerle bu Tüzük'te yer almayan işlerde, Sendikalar Kanunu'na göre işçi niteliği taşıyanlarca yapılan işler" olarak tanımlandığını, söz konusu firmanın 5393 sayılı Belediye Yasası'nın 1. maddesi kapsamında belirtilen çevre temizliği, temizlik ve katı atık, park ve yeşil alanlarda yapılmakta olan temizlik ve her türlü işi de ifa ettiğini, davalı firmanın taşeron olarak kullanıldığını ve bu anlamda da belediyenin işlerini ifa ettiğini savunmuş ve 05.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 04.10.2010 tarih 3811 sayılı davalı Bakanlık işkolu tespit kararının iptalini ve (B) şirketinin İşkolları Tüzüğü'nün 28 numaralı "Genel İşler" işkoluna (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 20 sıra numaralı) girdiğinin tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı (O) İşçi Sendikası dilekçesinde, Bakanlığın kararında yasaya aykırı bir durumun söz konusu olmadığını, fiilen yapılan işin niteliği itibarı ile davacı tarafından belirtilen işlerden olmadığını, tespitte belirtilen işlerden olduğunu, davacının tespit ettiği gibi "Konaklama ve Eğlence Yerleri" işkoluna girdiğini savunmuş ve davanın reddini talep etmiştir.

Davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı vekili dilekçesinde, konuya ilişkin Bakanlık tarafından yapılan inceleme ve tespitler gereği (F) Belediyesi ile (A) Belediyesi'nin ortaklığı ile kurulmuş olan (B)'nin (R) işlerinde yürütülen kafeterya işletmeciliğinin asıl iş, Y. İ adresinde faaliyet gösteren merkez işyerinde yürütülen büro işlerinin ise asıl işe yardımcı iş niteliğinde olduğunu, ve yapılan işlerin ise İşkolu Tüzüğü'nün 25 sıra numaralı "Konaklama ve Eğlence Yerleri İşkolunda" yer aldığının tespit edildiğini, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesi gereğince (STİSK m. 5) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü Müfettişlerince düzenlenen 30.12.2010 tarihli ve 114 sayılı İnceleme Raporu neticesi Bakanlığın 27.01.2011 tarih ve 2011/5 sayılı "işkolu tespit kararı" 05.02.2011 tarih ve 27837 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olduğunu, anılan Bakanlık kararında hukuka aykırı bir husus bulunmadığını savunmuş ve davanın reddini talep etmiştir.

Ayrıca (B) şirketinin tadil edilen ve Ticaret Sicil Gazetesinin 02.09.2010 tarihli 7641 sayısında ilan edilen Ana Sözleşmesinin 3. maddesi uyarınca şirketin amaç ve konuları şu şekilde özetlenebilir: Sağlık, Eğitim, Kültür ve Sanat, Sosyal Hizmet, Turizm, İnşaat, Gıda, tarımcılık, Petrol, Kırtasiye, Elektik Demir İşleri, Yedek Parça. Özellikle Sosyal Hizmet alanındaki faaliyetleri "Halka

ucuz hizmet için kafeler, lokalle, içkili ve içkisiz lokantalar, dinlenme tesisleri, huzurevleri ve her tülü sosyal etkinlikle için sosyal tesisle kurmak ve işletmek, özel, tüzel, kamu kurum ve kuruluşlarına toplu konut sitelerin, fabrikaların, sanat ve kültür merkezlerinin iç mekan ve dış çevre haşere ilaçlama temizliği, sokak ve cadde temizliği ile çöp toplama hizmetleri yapmak, çöp imha ve arıtma–ayıklama tesisleri kurmak, her türlü temizlik ve haşere ilaçlamalarına ait makine ve teçhizat almak, he türlü temizlik maddesi malzemesi araç ve gereçlerinin alım satımı ve imalatını yapmak" olarak belirlenmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın düzenlediği 29.12.2010 tarihli tutanak uyarınca, tespitin yapıldığı tarihte işyerlerinde denetim anında toplam 39 işçi çalıştığı, işveren şirketin (F) Belediyesi ile (A) Belediyesinin ortaklığı ile kurulmuş olan belediye iktisadi kuruluşu olduğu, (F) Belediyesinde işgaliye karşılığı aldığı merkez büro ile iki ayrı yerdeki kafeteryada kafeterya işletmeciliği yapıldığı belirlendiği için, davalı şirkete ait olan R. M. Sosyal Tesisi ile Y. P. Kafeteryası unvanlı işyerlerinin İşkolları Tüzüğü'nün 25 sıra numaralı Konaklama ve Eğlence Yerleri işkoluna girdiği (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 18 sıra numaralı), şirketin merkez bürosunda yürütülen işlerin asıl işe yardımcı iş niteliğinde olduğunu ve Konaklama ve Eğlence Yerleri İşkoluna girdiği kabul edilmiştir. Keşfin yapıldığı tarih itibarı ile (B) Ltd.Şt'de toplam olarak 55 kişinin çalıştığı, bunlardan 42 sinin ihale ile alınan temizlik, park bahçe işlerinde çalıştırıldığı, 6 sının Merkez Büroda görev yaptığı, 2' sinin R.M. Sosyal tesislerinde çalıştığı belirlenmiştir. Belediye ile (B) şirketi arasındaki hizmet alım sözleşmelerinin Katı Atık Toplama, Park ve Bahçe temizliği ile Sokak Süpürme, Liman Tesisi, Bale Öğretmenliği, Resim Kursu Öğreticiliği, Meslek Lisesi Elektrik Bölümü Mezunu personel, Basın Bürosu Elemanı, alımına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır

SORU

Olaydaki fiilen yapılan iş hangi iş koluna girmektedir? Yargıtay'ın konu ile ilgili içtihatlarını göz önüne alarak açıklayınız.

CEVAP

Yargıtay'ın işkolu tespitine ilişkin kararlarında şu ilke ve esaslar kabul edilmiştir: "İş kolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. 4857 Sayılı Yasanın 2. maddesinin gerekçesinde iş yeri tanımı teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek

işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik", aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik", aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış, özellikle "işveren kurulan iş organizasyonu" içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2. maddede "iş yeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir.

Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçlan gerçekleşiyorsa amaçta birlik sağlanmıştır. Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırlan içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır.

Toplu İş Hukuku anlamında işyerinin işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverende asıl işin girdiği iş kolunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. İşyeri kavramı fonksiyonel bir kavramdır. İşletme ise genel olarak iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş bir ünite olarak tanımlanmaktadır, işyerini işletmeden ayıran temel ölçütlerden biri izlenen amaçtır. İşletme mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez. İşyeri işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmesi gerekir. Ticaret Hukukundaki işletmeden farklı bir amaç gütmektedir. Çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Temel sorun 4857 Sayılı Yasadaki işyeri kavramının genişliğinin Toplu İş Hukukuna yansımamasıdır. İşletme ve işyeri ayrımının bu bağlamda sorun çıkarması kaçınılmazdır.

Özetleyecek olursak "işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir. Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet var ise ayrı iş kolundan söz edilebilir, işletme iş kolu tespiti için asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez".

Şirketin Belediye şirketi olduğu, büyük ortağının Belediye olduğu anlaşılmaktadır. Bu şirketlerin Belediye'den ihale yöntemi ile iş alarak esasen Belediye tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin büyük bölümünü yerine getirdikleri bilinmektedir. Belediyenin görev alanına giren hizmetler çok geniş olduğundan, Sendikalar Kanunun 60 maddesinde 28. Sırasında yer alan "Genel İşler "işkoluna girdikleri kabul edilmektedir. Belediye Şirketinin idare hukuku anlamındaki hukuki niteliği ve kanuna uygunluğu tartışması bir yana bırakılacak olursa, şirketin ihaleye girerek belediye işlerinin bir kısmını yüklenici olarak yerine getirdiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere **"işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir".** Bu esastan hareket edilmek suretiyle (B) şirketi, Belediye şirketi olmasına rağmen, ihale döneminde sadece belediye hizmetlerinin ağırlıkta olduğu faaliyetleri yürüttüğü, bunun dışındaki dönemde ise ana sözleşmesinde yer alan tüm faaliyetleri yürüteceği esas alınmalıdır. Ancak kuruluş amacı ile hukuki niteliği dikkate alındığında Belediye Şirketinin ana amacının belediye hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olduğu kabul edildiğinde, "genel işler" işkolunda yer alması gerektiği görüşündeyiz. Keza Yargıtay kararında belirtilen işçi sayısının ölçüt olarak dikkate alınması durumunda da, şirketin belediye hizmetlerinden en ağırlıklı olan temizlik, park ve bahçe işlerinde çalışan işçi sayısının 42, toplam işçi sayısının 55 olduğu dikkate alındığında da "genel işler" işkoluna girdiğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

OLAY 3

Davacı vekili dava dilekçesinde tespit yapılan hastanelerde davalı şirkete bağlı olarak çalışan işçilerin hastane, bakımevi ve yurtlarda sağlık ve sosyal hizmetler yaptıklarını, temizlik ile hiçbir ilgilerinin olmadığını, bu kişilerin işe alınması, çıkarılması, denetimi gibi işverene ait tüm yetkilerin asıl işveren olan kamu kurumlarında olduğunu, bu işçilerin servislerin temizliği dışında hastaların filme götürülüp getirilmesi, hasta tahlillerinin laboratuara götürülüp getirilmesi gibi işleri yaptıklarını, hastanelerin sağlık işkoluna girdiğini, hastanelerde yapılan işlerin tamamının sağlık hizmeti ile ilgili olduğunu, sağlık hizmetlerini tamamlayıcı yardımcı sağlık hizmeti olarak hizmet veren işçilerin de sağlık koluna girmesi gerektiğini, bazı işlerin ihale ile başka şirkete verilmiş olmasının yapılan işi ve işyerini değiştirmeyeceğini, kurum içinde hizmet vermesi, kurumun denetiminde olması gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde sırf şirket adının temizlik olması ve ihalenin de bu ad altında yapılmış olmasının bu işye-

rinin ve yapılan işlerin başka bir işkoluna girmesi için tek başına yeterli bir sebep olmadığını, burada çalışan işçilerin sadece sağlık hizmeti yapmadıklarını, kurum tarafından verilen her türlü görevi yerine getirdiğini, hastane baştabipliği ile ihaleyi alan şirketler arasındaki ihale şartname ve sözleşmelerinde bir işverende bulunması gereken tüm yetkilerin asıl işverende kaldığını, sadece asıl işverenden aldığı para ile sigorta primlerini yatıran ve resmi kayıtlarda ismi gözüken ve ucuz maliyet ile işçi çalıştırma amacının gerçekleşmesinde rol oynayan bir alt işverenin söz konusu olduğunu, ortada muvazaa olduğunu, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığını, bu nedenle asıl işverenin kurum olduğunu, yapılan işlerin de sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri olduğunu, bu nedenlerle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 09/06/2009 tarih ve 27253 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 02/06/2009 tarih ve 2009/27 karar nolu işkolu tespit kararında yer alan şirket tarafından hizmet ihalesi ile alınan işyerlerinin 17 nolu Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar işkoluna (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 10 sıra numaralı) ve 28 nolu Genel İşler işkoluna (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 20 sıra numaralı) girdiğine dair kararın iptali ile bu sayılan işyerlerinin ve yapılan işlerin 24 nolu Sağlık işkoluna (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 17 sıra numaralı Sağlık ve Sosyal Hizmetler İşkolu) girdiğinin tespitine karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı vekili verdiği cevap dilekçesinde şirketin merkez işyerinde yapılan işler ile şirket tarafından ihale ile alınan işyerlerinde yürütülen büro, hasta ve ziyaretçi yönlendirme, veri hazırlama ve kontrol işlerinin 17 sıra no'lu "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 10 sıra numaralı) işkolunda, binaların iç ve dış temizliği, çarşafların yıkanması, ütülenmesi, kalorifer yakımı işlerinin ağırlıklı olarak yapılması nedeniyle 28 sıra no'lu "Genel İşler" işkolunda (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 20 sıra numaralı), yaşlı, özürlü, küçük ve bakıma muhtaç durumdaki kişilerin bakımının yapılması nedeniyle 24 sıra nolu "Sağlık" işkolunda (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 17 sıra numaralı Sağlık ve Sosyal Hizmetler İşkolu) yer aldıklarının tespit edildiğini, dava dilekçesinde ileri sürülen iddiaların doğru olmadığını, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Davalı TK İş Sendikası vekili verdiği cevap dilekçesinde söz konusu tespit kararının usul ve yasaya uygun, yerinde olduğunu, diğer davalılardan şirketin irtibat bürosu şeklinde faaliyet gösterdiklerini, şirketin çeşitli bağlantıları merkez işyerinden yürütüldüğünü, dolayısı ile şirketin merkez işerinde yapılan işlerin, merkez işyerinin irtibat bürosu olarak faaliyet gösterdiğini, bu sebeple 17 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkolunda yer aldığının

tespit edildiğini, yönlendirme, veri hazırlama ve kontrol gibi işlerin hastanede verilen sağlık hizmetinden tamamen farklı hizmetler olduğunu, bu hizmetlerin sağlık hizmetleri içerisinde değerlendirilmesinin kabulünün mümkün olmadığını, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesini talep ettiğini belirtmiştir.

Davalı Hİ Sendikası vekili verdiği dilekçesinde hizmet alım sözleşmeleri gereğince davalı işveren T Temizlik Hizmetleri Gıda Teks. İnş.San. Tic. Ltd. Şti işçileri tarafından değişik kamu kurumlarına bağlı işyerlerinde ağırlıklı olarak temizlik işi yapıldığından dava konusu işkolu tespit kararının İşkolları Tüzüğü' nün 17 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkoluna ve 24 sıra numaralı "Sağlık" işkoluna ilişkin kısımlarının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 30/07/2009 tarih ve 37549 sayılı kararında **Atatürk Devlet Hastanesi'nin 17 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar"** iş koluna, **Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün 28 sıra numaralı "Genel İşler"** işkoluna, **Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü'nün (İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü) 28 sıra numaralı "Genel İşler"** işkoluna, **Çocuk ve Gençlik İl Müdürlüğü'nün 28 sıra numaralı "Genel İşler" işkoluna, Huzurevi Yaşlı Bakım Rehabilitasyon Merkezi'nin 24 sıra numaralı "Sağlık" işkoluna, K Toplum Merkezi Müdürlüğü'nün 28 sıra numaralı "Genel İşler"** işkoluna girdiğinin tespit edildiği belirtilmiştir.

SORULAR

1. İşkolu tespiti ve bu tespite itiraz nasıl yapılmaktadır.
2. Muvazaa iddiasında bulunulmuş olması işkolu tespitini nasıl etkileyecektir.

CEVAPLAR

1. Uyuşmazlık, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. ve 60. maddeleri uyarınca (STİSK m. 5) iş kolu tespitinde itiraza ilişkindir. Öncelikle, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. Maddesi'ndeki "*Bir işyerinin girdiği iş kolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş gün içinde dava açabilirler*" ifadesinde **"ilgililer"** sözcüğü açıklanmadığı gibi bu davanın kimin aleyhine açılacağı da belirlenmemiştir. İlgililerden genelde işveren, o işkolunda kurulu veya kurulu olduğunu iddia eden sendika anlaşılabilir. Açılan dava ile işyerinin işkolu tespitinin değişmesi söz konusu olduğundan işveren ve iş kolunda kurulu sendikalar itiraz hakkını kaybedecektir. Somut davada olduğu gibi yapılan yargılama sonunda verilen

karar aynı iş kolunda faaliyet gösteren diğer sendikaları da ilgilendirdiğinden davaya bu sendikaların da dahil edilmesi gerekir. Mahkemece yapılacak iş, tespit kararından etkilenecek işyerinde örgütlenmiş veya iş kolu tespit kararında işyerinin girdiği iş kolu olarak gösterilen iş kolunda faaliyet gösteren sendikaların davaya dahil edilerek, göstereceği deliller ve karşı delilleri toplamak suretiyle değerlendirme yapmak olmalıdır.

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'na göre, öncelikle işçi ve işveren sendikaları iş kolu esasına göre kurulmaktadır (STİSK m.3). İş kolunun belirlenmesi konusunda özel bir norm düzenlenmiştir (STİSK m.5). Anılan maddeye göre iş kolu tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılacaktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılan tespit ile ilgili kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasını müteakip bu tespite karşı ilgililerin, iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş gün içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Belirtilen süre hak düşürücüdür.

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri iş kolları Sendikalar Kanunu'nun 60. Maddesi'nde gösterilmiştir (STİSK m. 4 de belirtildiği üzere 1 sayılı Cetvelde). Anılan maddede, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılacağı ifade edilmiştir. Yine aynı maddede, bir iş koluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslar arası normlar da göz önünde bulundurularak bir tüzükle (STİSK uyarınca artık yönetmelikle) düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu tüzükte iş kollarına giren işler, tüzüğe ekli listede belirtilmiştir. Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde, asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılacağı vurgulanmıştır.(Tüz. m.3) (STİSK m. 4)

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun (Toplu GLK) 3'üncü Maddesi'nde "*Bir toplu iş sözleşmesi aynı iş kolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir*" ifadesi ile esas olarak işyeri toplu iş sözleşmesini esas almıştır (STİSK m 34). Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurumu ve kuruluşlarına ait aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında yapılan sözleşme tipine işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak fıkrada ayrık bir düzenlemeye de yer verilerek, kamu kurum ve kuruluşları için tek bir işletme toplu iş sözleşme yapılabilmesine olanak tanınmıştır

İş kolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. 4857 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesi'nin gerekçesinde iş yeri tanımı teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların"

bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik, aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik", aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi iş yerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış, özellikle "işveren tarafından kurulan iş organizasyonu" içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişlemek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2. Madde'de "işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Esener, Turhan İş Hukuku Bası 8 Ankara 1978, s. 83-84, Ekonomi, Münir, İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku C.1, İstanbul 1987 s.59; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Bası 21, İstanbul 2008 s.56-57; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, II Ferdi İş İlişkileri, Bası 3 İzmir 1998 s. 121); Süzek Sarper, İş Hukuku, Bası 4, Ankara 2008 s. 173-178: Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Bası 3, Ankara 2008 s.191-201; Yenisey / Doğan, Kübra; İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, İstanbul 2007 s.23-37).

İşyerinin özelliğini veren temel öğe teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yahut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla; hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak işyeri teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir. İşyeri sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon özünde maddi ve maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır. Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleşiyorsa amaçta birlik sağlanmıştır. Üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır.

Toplu İş Hukuku anlamında işyerinin, işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverene de asıl işin girdiği iş kolunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız Hukuku'nda işyerinin neresi

olduğu ve sınırların belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk edilmiştir. Oysa hukukumuzda işyeri mutlak ve tartışmasız olarak kabul edilmektedir. İşyeri kavramı fonksiyonel bir kavramdır (Doğan, Yenisey, s. 443, 447). İşletme ise genel olarak iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş bir ünite olarak tanımlanmaktadır. İşyerini işletmeden ayıran temel ölçütlerden biri izlenen amaçtır. İşletmenin mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez, işyeri işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmelidir. Ticaret Hukuku'ndaki işletmeden farklı bir amaç gütmektedir. Çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. İşyeri ve işletme ayrımında organizasyon kavramıyla bir ayrıştırmaya gitmek de mümkün değildir. Çünkü işletmenin de işyerinin de bir organizasyon içerisinde örgütlenmesi mümkündür. Ancak işletmenin işyerine göre büyüklüğü aynı şekilde organizasyondaki büyüklüğünü gerektireceği kaçınılmazdır. Öte yandan işverenin ötesinde işletmenin profesyonel bir yönetim kadrosu oluşturacağı da gerçektir.

Temel sorun 4857 Sayılı Yasa'daki işyeri kavramının genişliğinin Toplu İş Hukuku'na yansımamasıdır. İşletme ve işyeri ayrımının bu bağlamda sorun çıkarması kaçınılmazdır.

Özetleyecek olursak, işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir. Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet var ise ayrı iş kolundan söz edilebilir, işletme iş kolu tespiti için asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez

İş kolu tespit davalarında her işverenin, bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla iş kolu tespiti gerekir. Alt işverenin iş kolu tespiti asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenmez. Alt işverenin iş kolu tespiti asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır. Alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin, asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi de doğru olmaz. 2821 Sayılı Kanun'un 60/2 Maddesi'nde öngörülen ve 'bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır' kuralı, bir işyeri sınırları ve organizasyonu içerisinde yürütülen işler için önem taşır. Yoksa birbirinden ayrı işyerlerinde farklı işkoluna giren işler yapılıyorsa, 'asıl iş-yardımcı iş' kavramı geçerli olmaz. İş kolu tespitinde işletme bünyesindeki işyerleri de ayrı ayrı dikkate alınır. Çünkü iş kolu tespitinde birim olarak "işyeri" esas alınır, işyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. İşletme iş kolu tespiti içinde asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez.

Belirtildiği gibi işyerinde başka bir işverene ait faaliyet var ise bu takdirde asıl iş-yardımcı iş ilişkisine ilişkin yasa hükmünden yola çıkarak çözüme gidilemez. Uygulamada bu konu, işyerinde bir alt işveren ilişkisinin var olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Yardımcı işlerin, asıl işin iş kolunda sayılacağı ve ayrı bir iş kolu tespitine konu yapılamayışı, bu işlerin de asıl işveren tarafından yürütülmesi halinde geçerli olan bir kuraldır. Yardımcı işler bir alt işverene verilmişse, artık söz konusu yardımcı işler, alt işverenin işyerini oluşturacağından ayrı bir iş kolu tespitine konu olacaktır. Bu durumda artık alt işverene ait işyerinde yapılan işin girdiği iş kolu asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenemez. Alt işverenin iş kolu tespiti asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır. Somut bir örnek vermek gerekirse, tekstil fabrikasının yemekhanesi de asıl işveren tarafından yürütülüyorsa, yemekhane ayrı bir işyeri değildir, ayrı bir iş koluna tabi tutulamaz, tekstil işinin yardımcı işi niteliğindedir. Buna karşılık yemekhane bir alt işverene verilmiş ise bu takdirde artık bağımsız bir işyeri olup yardımcı iş niteliğini kaybederek ve ayrı bir iş kolu tespitine konu olabilecek, farklı bir iş kolunda sayılabilecektir. Bu noktada kritik olan sorun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2'nci Maddesi'ndeki alt işveren düzenlemesinde karşımıza çıkabilecektir. Zira maddede yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde bir sınırlama yok iken asıl işin bir bölümünde teknolojik nedenle uzmanlık gerektirme koşuluyla alt işverene verilebilmesi öngörülmüştür. Böyle bir durumda asıl işin teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren bölümünde iş alan alt işveren söz konusu olduğunda da bu durumdaki alt işverenin işyerindeki faaliyetleri ayrı bir işyeri olarak kabul edileceğinden asıl işyerinden ayrı bir iş kolu tespitine konu olabilecektir. Kuşkusuz bu durumda, tespiti yapılan iş kolu yardımcı işte iş alan alt işverenden farklı olarak mutlaka asıl işin girdiği iş kolundan farklı bir iş kolu olacağı söylenemez. Bu durumda alt işverenin o işyerindeki faaliyetlerinin, asıl işverenle aynı iş kolunda olabileceği gibi olmayabilir de.

2. İş K. m. 2'deki koşulları taşımadığı için muvazaalı, geçersiz alt işveren-asıl işveren ilişkisinde iş kolu tespiti bu ilişkiyi yok sayan bir yaklaşımla yapılacaktır. Muvazaalı alt işveren ilişkisinde, alt işverenin işçilerini daha baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayan bir yasal sistem içerisinde başka bir çözüme varmak mümkün değildir. Ne var ki alt işveren ilişkisinde muvazaanın tespiti konusunda uygulamada karşılaşılan pek çok sorun burada da karşımıza çıkabilecektir.

Örneğin bu davada S Sendikası vekili, Atatürk Devlet Hastanesi bakımından yapılan tespite ilişkin olarak, muvazaa iddiasında bulunmuştur. Alt işveren tarafından çalıştırılan tüm işçilerin işe alınması, işten çıkarılması yetkisinin hastane yetkililerine ait olduğunu, emir ve talimatların onlar tarafından verildiğini, esasen alt işverenin sadece ucuz işçilik sağlamaya yönelik bordro işvereni olduğunu belirtmiştir. Bu iddianın tespite konu olan diğer asıl-alt işveren ilişkisi kurulan işyerleri bakımından geçerli olup olmadığı, dava dilekçesinden açık olarak anlaşılmamaktadır.

Bu sebeple Mahkemenin muvazaa iddiasını ciddiye alıp, muvazaaya yönelik inceleme yapması durumunda, keşfe ve tespite konu olan işyerlerinde muvazaanın varlığının belirlenmesi durumunda, alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılmaları gerekeceği için, iş kolu tespitinin de işyerinde yürütülen asıl iş dikkate alınarak yapılması gereği üzerinde durularak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlığının bu esasa uygun olmayan işkolu tespitinin iptaline karar vererek, her bir işyeri bakımından asıl işe uygun işkolu tespitinin yapılması gerekecektir.

Aksi halde mahkemenin muvazaa iddiasını dikkate almaksızın karar vermesi durumunda, alt işverene ait işyerlerinin her birinin ayrı işyeri kabul edilerek, bu işyerlerinde yürütülen faaliyetlerin niteliğine bakmak gerekli olacağından, Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlığı İş teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 15.05.2009-79 tarih ve sayılı raporunda olduğu gibi:

Atatürk Devlet hastanesi yürütülen işlerin hasta ve ziyaretçi yönlendirme, veri hazırlama ve kontrol olması nedeniyle, İşkolları Tüzüğünün 17. sırasında yer alan Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar işkoluna girdiğine (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 10 sıra numaralı);

Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü, Kemer Toplum Merkezi Müdürlüğü, İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü, Yetiştirme Yurdu, İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü Binası, Huzurevi Yaşlı Bakım Rehb. Müdürlüğü, Huzurevi Yaşlı Bakım Rhb.Mer.Müd., G Bakım ve Sos.Rehb. Merk. Müd.işyerlerinde yürütülen işler binaların iç ve dış temizliği, çarşafların, yıkanması, ütülenmesi, kalorifer yakılmasından ibaret olması nedeniyle İşkolları Tüzüğünün 28 sırasında yer alan Genel İşler İşkoluna girdiğine (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 20 sıra numaralı),

Merkezdeki Çocuk Evleri, A Huzurevi Yaşlı Bakım Rhb.Mer.Müdürlüğü işyerlerinde yaşlı, özürlü, küçük ve bakıma muhtaç kişilerin bakımı işleri yapıldığı için, bu işlerin işkolları tüzüğünün 24. sırasında yer alan Sağlık işkoluna (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 17 sıra numaralı Sağlık ve Sosyal Hizmetler İşkolu) girdiğine, ilişkin tespitlerinin yerinde olduğunun Mahkemece kabul edilmesi durumunda işkolu itirazlarının yerinde olmayıp, reddine karar vermek gerekecektir.

E. Muvazaanın İşkolu Tespiti ve İşkoluna İtirazı Etkilemesi Sorunu

OLAY

Davacı vekili davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Türkiye Liman ve Kara Tahmil Tahliye İşçileri Sendikası'nın talebi üzerine işyeri iskelesinde yürütülmekte bulunan faaliyetlerin İş Kolları Tüzüğü'nün 22 sıra numaralı "Ardiye ve Antrepoculuk" (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 16 sıra numaralı Gemi Ya-

pımı ve Deniz Taşımacılığı, Ardiye ve Antrepoculuk İşkolu) iş kolunda yer aldığına 2011/53 sayı ile karar vererek bu tespitin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. Maddesi (STİSK m. 5) gereğince Resmi Gazete'nin 08/04/2011 tarihli nüshasında yayınlandığını, tespit kararının "E Gübre Sanayi A.Ş. İskelesi" için alındığını, şirketin böyle bir işyerinin mevcut olmadığını, şirketin SGK' da 0105387.035, Bölge Çalışma Müdürlüğü'nde 026037-35 Sicil Numarası ile tescilli tek bir işyerinin mevcut olduğunu, tespit kararında belirtilen şekilde bir işyerinin olmadığını, mevcut işyerinde yürütülen faaliyetin İş Kolları Tüzüğünün 3. sırasında yer alan "Petrol, Kimya ve Lastik" iş kolunda yer aldığını, SSK primlerinin de kısa vadeli sigorta prim tarifesinin III tehlike sınıfı üst derecesinden ödendiğini, Sendikalar Kanununun 2 (STİSK m. 4) ve İş Kolları Tüzüğünün 3. maddesinin (İşkolları Yönetmeliği m. 3) "Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır." Hükmünü taşıdığını, işyerinde yürütülen esas faaliyetin kimyevi gübre üretimi olduğunu, iskelenin bu üretimle ilgili ham maddelerin tahliyesi, mamul gübrelerin ihracat veya satışı ve sevk edilmesi amacıyla inşa edildiğini, gübre ve gübre ham maddelerinin büyük tonajlarda olması ve bu sebeple gemilerle getirilmesi zarureti dolayısı ile dış ülkelerden getirilmesinde ve ihraç edilmesinde bütün ülkelerde gübre fabrikalarının bu işlemleri iskelelerde yapmak zorunda olduğunu, bu sebeple iskelelerde yürütülen faaliyetlerin asıl iş değil esas işe yardımcı iş olduğunu, Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi olan şirketin ortaklar genel kuruluna sunulan ekli faaliyet raporunda yer alan gelir tablosunda belirtildiği üzere şirketin 2010 yılı satışlarından sağladığı 174.218.504 TL gelirin 145.400.501TL'lik kısmının esas faaliyet konusu olan gübre üretim ve satışlarından sağlandığını, aynı yıl içinde iskele tahmil tahliye hizmetlerinden 9.518.520TL, depo kiralama hizmetlerinden 1.426.350TL, tank çiftliği (depolama) hizmetlerinden 1.898.005 TL olmak üzere toplam 12.842.875TL gelir elde edildiğini, şirket gelirlerinin %93'ünün şirketin esas faaliyet konusu olan gübre üretim ve satışından, sadece %7'sinin iskele depo ve antrepoculuk hizmetlerinden elde edildiğini, 11/03/1978 tarihinde gübre üretimine başlayan şirketin esas faaliyetinin "Petrol, Kimya ve Lastik" işkolunda yer alması dolayısıyla bu iş kolunda bulunan Petrol-İş Sendikası ile 1978 yılından başlayarak müteaddit defalar toplu sözleşmeler yapıldığını, 1990-1992 yıllarında yapılmış bulunan son toplu sözleşme sonrasında sendikanın yetkisiz duruma düşmesi nedeniyle toplu sözleşme yapılamadığını, halen işyerinde Petrol-İş Sendikasına üye işçilerin çalıştığını, kanunla kendilerine sağlanan haklardan yararlandıklarını, iskelelerin kurulduğu yerin hazine malı olduğunu, bu iskelelerin kullanma hakkının belli süreli olarak vekil edene verildiğini, iskelelerin hazine arazisine yapılması dolayısıyla hazine ile imzalanan kullanım sözleşmelerine 3. kişilere de hizmet verilmesi zorunluluğu bulunan işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı iş olan iskele ve depoculuk faaliyetinin 08/02/2011 tarihinde işyerinde tanzim olunan tutanakta beyan olunmasına rağmen dikkate alınmayarak tespite esas alınmasının ve işyerinin

tümüne şamil kılınmasının gerek Sendikalar gerekse Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu bakımından iş barışını bozucu azınlığın çoğunluğa hakim olmasına sebep olabilecek sakıncalı sonuçlara neden olabileceğini, bu nedenlerle şirketin ana sözleşmesindeki kuruluş gayesi ve kurulduğundan bu yana fiilen yürüttüğü hizmet ve fiilen yaptığı iş ve bu işin yürütüldüğü davacı şirket fabrikalarındaki üretim faaliyeti nazara alınmadan davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 04/04/2011 tarih ve 27899 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2011/53 sayılı E Gübre Sanayi A.Ş. iskelesinde yürütülen işlerin niteliği itibari ile işkolları tüzüğünün 22 sıra no.lu "Ardiye ve Antrepoculuk" işkoluna (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 16 sıra numaralı Gemi Yapımı ve Deniz Taşımacılığı, Ardiye ve Antrepoculuk İşkolu) girdiğine mütedair 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 4. maddesi (STİSK m. 5) gereğince verdiği iş kolu tespit kararının iptaline karar verilmesini talep ettiklerini belirtmiştir.

Davalı vekili verdiği cevap dilekçesinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 2011/53 sayılı işkolu tespit kararına göre şirkete ait liman tesislerinin şirketin ana faaliyet konusu olan gübre üretimi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulduğunu, iskele yerinin irtifak hakkı sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülük nedeniyle 3. şahıslara hizmet verilmesine başladığını, limanda yürütülen faaliyetlerin dökme yükün gemilere yüklenmesi ve boşaltılmasından ibaret olduğunun, bu nedenle limanda yapılan işlerin işkolları tüzüğünün 22 sıra numaralı ardiye ve antrepoculuk işkoluna (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 16 sıra numaralı Gemi Yapımı ve Deniz Taşımacılığı, Ardiye ve Antrepoculuk İşkolu) girdiğinin tespit edildiğinin bildirildiğini, E Gübre liman tesislerinde 08/02/2010 tarihinde düzenlenen tutanakta işyerinde 16 erkek çalıştığının, işyeri yetkilisi işveren şirkete ait liman tesislerinin şirketin ana faaliyet konusu olan gübre üretiminin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulduğunun, ancak çevreden gelen talepler üzerine tesislerin genişletilerek 3. kişilere ait malların gemilere yüklenmesi ve boşaltılması için de hizmet verdiğinin, bu yükümlülüğün iskele yerinin irtifak hakkı sözleşmesinden kaynaklandığının, dolayısıyla şirket olarak 3. şahıslara da hizmet verme zorunluluğunda bulunduklarının, bugün için yaklaşık hizmetin %80'inin 3. kişilere verildiğini, limanda yürütülen faaliyetlerin dökme yükün gemilere yüklenmesi ve boşaltılması işinden ibaret olduğunun, bu amaçla şirket elemanlarının kullandığı vinçler vasıtasıyla dökme yükün karadan gemiye yüklenmesi veya gemiden kamyona boşaltılması işini yürüttüğü saha içinde kullanılan kamyonların şirketlerine ait olmadığı nakliye sözleşmesi ile çalıştıklarının, bu nedenle liman işletmesinde 4 tahmil tahliye teknisyeni, 1 iş makinesi ve araç teknisyeni, 3 depo hizmetlisi ve 2 vinç operatörü çalıştırıldığını, yükleme ve boşaltma işlerinde kullanılan vinçleri kullanan vinç operatörlerinin E Gübre Özel Antrepoculuk Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.de sigortalı göründü-

günün, liman işletmesinin E Gübre Sanayi A.Ş. genel müdür yardımcısına bağlı bir ünite olarak çalıştırıldığının, bu genel müdür yardımcısının her iki şirkette de yetkili olduğunun beyan edildiğini, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Başmüfettişi'nin hazırladığı 25/02/2011 tarihli inceleme raporunun sonuç kısmında söz konusu işyerinde yürütülen işin iskelelerde yapılan boşaltma, yükleme, ambarlama ve depolama işleri olduğunun, bu işlerin işkolları tüzüğünün 22 sıra numarasında yer alan ardiye ve antrepoculuk işkoluna (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 16 sıra numaralı Gemi Yapımı ve Deniz Taşımacılığı, Ardiye ve Antrepoculuk İşkolu) girdiğinin, işverenin aynı işkolunda bir başka işyerinin bulunmaması nedeniyle işyerinin 2822 sayılı Kanunun 3. maddesi anlamında işletme niteliğinde olmadığının detaylı olarak açıklandığını, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesini talep ettiklerini belirtmiştir

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 08/04/2011 tarih ve 27899 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2011/53 sayılı kararında E Gübre Sanayi A.Ş. iskelesinde yürütülen işlerin niteliği itibari ile işkolları tüzüğünün 22 sıra no.lu "Ardiye ve Antrepoculuk" işkoluna (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 16 sıra numaralı Gemi Yapımı ve Deniz Taşımacılığı, Ardiye ve Antrepoculuk İşkolu) girdiğine karar verilmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Başmüfettişinin hazırladığı 25/02/2011 tarihli inceleme raporunun sonuç kısmında söz konusu işyerinde yürütülen işin iskelelerde yapılan boşaltma, yükleme, ambarlama ve depolama işleri olduğu, bu işlerin işkolları tüzüğünün 22 sıra numarasında yer alan ardiye ve antrepoculuk işkoluna (Mevcut İşkolları Yönetmeliği uyarınca 16 sıra numaralı Gemi Yapımı ve Deniz Taşımacılığı, Ardiye ve Antrepoculuk İşkolu) girdiği, işverenin aynı işkolunda bir başka işyerinin bulunmaması nedeniyle işyerinin 2822 sayılı Kanunun 3. maddesi anlamında işletme niteliğinde olmadığı, işyerindeki asıl iş olan vinç operatörlüğü işinde hem asıl işveren-E Gübre Sanayi A.Ş., hem de alt işveren E Gübre Özel Antrepoculuk Ltd.Şti. aynı anda işçi çalıştırdıklarından taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu kanısına ulaşıldığı belirtilmiştir.

E Gübre liman tesislerinde 08/02/2010 tarihinde düzenlenen tutanakta işyerinde 16 erkek çalıştığı, işyeri yetkilisinin işveren şirkete ait liman tesislerinin şirketin ana faaliyet konusu olan gübre üretiminin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulduğunu, ancak çevreden gelen talepler üzerine tesislerin genişletilerek 3. kişilere ait malların gemilere yüklenmesi ve boşaltılması için de hizmet verdiğini, bu yükümlülüğün iskele yerinin irtifak hakkı sözleşmesinden kaynaklandığını, dolayısıyla şirket olarak 3. şahıslara da hizmet verme zorunluluğunda bulunduklarını, bugün için yaklaşık hizmetin %80'inin 3. kişilere verildiğini, limanda yürütülen faaliyetlerin dökme yükün gemilere yüklenmesi ve boşaltıl-

ması işinden ibaret olduğunu, bu amaçla şirket elemanlarının kullandığı vinçler vasıtasıyla dökme yükün karadan gemiye yüklenmesi veya gemiden kamyona boşaltılması işini yürüttüğü saha içinde kullanılan kamyonların şirketlerine ait olmadığı nakliye sözleşmesi ile çalıştıklarını, bu nedenle liman işletmesinde 4 tahmil tahliye teknisyeni, 1 iş makinesi ve araç teknisyeni, 3 depo hizmetlisi ve 2 vinç operatörü çalıştırıldığını, yükleme ve boşaltma işlerinde kullanılan vinçleri kullanan vinç operatörlerinin E Gübre Özel Antrepoculuk Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.de sigortalı göründüğünü, liman işletmesinin E Gübre Sanayi A.Ş. genel müdür yardımcısına bağlı bir ünite olarak çalıştırıldığını, bu genel müdür yardımcısının her iki şirkette de yetkili olduğunu beyan ettiği belirtilmiştir.

L Sendikası davalı yanında davaya katılmıştır.

Tespite konu olan işyerinde üretilen gübrenin paketlenmesi ve torbalanması suretiyle satıldığı keşif esnasında davacı vekili tarafından beyan edilmiştir

E Gübre Özel Antrepoculuk Tahmil Tahliye Torbalama Sanayi Ticaret Limitet Şirketi Ana Sözleşmesinden anlaşıldığı kadarı ile, bu şirketin kurucuları E G Sanayi A.Ş ile BB Ambalaj San.A.Ş ve BB Deniz Taşımacılığı'dır. Sermaye başlıklı 6 madde uyarınca, şirket sermayesinin 200 paya ayrıldığı, bunun 188 payının E Gübre A.Ş'ne, altı payının BB A.Ş'ne, diğer 6 payının da BB Deniz Taşımacılığı A.Ş ait olduğu belirlenmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Baş İş Müfettişi tarafından yapılan incelemede, tespite konu olan işyerinde çalışmakta olan işçilerden 8'inin E Gübre Sanayi A.Ş'nin, 7 sinin de E Gübre Özel Antrepoculuk Ltd.Şt işçisi olarak görünmekte oldukları belirlenmiştir.

SORULAR

1. Davada husumetin kime yöneltilmesi gerekmektedir?
2. İşkolu tespiti nasıl yapılmaktadır?
3. Değişik işverenlerin işçilerinin aynı mekanda çalıştırılmasının yarattığı hukuki sonuç nedir? Sorunu asıl işin bir bölümünün başak işverene verilmesi ile yardımcı işlerin başka işverene verilmesi bakımından değerlendiriniz.
4. Asıl-alt işveren ilişkisinin kurulması bakımından yasada aranan yasal geçerlilik koşulları dışında, muvazaalı olarak gerçekleştirilmesi durumunda ne gibi sonuç ve sorunlar ortaya çıkabilir.
5. Somut uyuşmazlıkta Mahkemenin verebileceği kararlar ne şekilde özetlenebilir? Değişik ihtimalleri dikkate alarak değerlendiriniz.

CEVAPLAR

1. *Husumet yönünden:* Öncelikle, davanın tarafları ve husumet tevcihi yönünden, 2821 Sayılı Sendikalar Kanununun 4. Maddesindeki (STİSK m. 5) "*Bir işyerinin girdiği iş kolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlı-*

ğı'nca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş gün içinde dava açabilirler" ifadesinde "ilgililer" sözcüğü açıklanmadığı gibi, bu davanın kimin aleyhine açılacağı da belirlenmemiştir. "İlgililer"den, genellikle işveren ve o işkolunda kurulu veya kurulu olduğunu iddia eden sendikalar anlaşılabilir. Açılan dava ile işyerinin işkolu tespitinin değişmesi söz konusu olduğundan, işveren ve işkolunda kurulu sendikalar için hak kaybına uğrayabilirler. Somut davada olduğu gibi, yapılan yargılama sonunda verilen karar aynı işkolunda faaliyet gösteren diğer sendikaları da ilgilendirdiğinden, davaya bu sendikaların da dâhil edilmesi doğru olur. Mahkemece yapılacak iş, tespit kararından etkilenecek işyerinde örgütlenmiş veya işkolu tespit kararında işyerinin girdiği işkolu olarak gösterilen işkolunda faaliyet gösteren sendikalar davaya dâhil edilerek, gösterecekleri deliller ve karşı delilleri toplamak suretiyle değerlendirme yapmak olmalıdır.

2. *İşkolu tespiti yönünden:*

a) Genel olarak "işyeri": Daha önce Yargıtay 9. HD'nin 30.12.2010 tarih, 49487 sayılı kararının gerekçesinde de hatırlatıldığı üzere, (Sicil, Eylül 2011 ve Doç. Dr. İbrahim Aydınlı'nın incelemesi) işkolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı, yasal düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. 4857 Sayılı İş Kanununun 2. maddesinin gerekçesinde, işyerinin tanımında teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik, değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtilmektedir. Özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik, aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik", aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşulları aranacaktır. Öte yandan, teknolojik ve ekonomik gelişmeler sonucu bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmektedir. Bu nedenle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış, özellikle "işveren tarafından kurulan iş organizasyonu" içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişlemek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2. maddede "işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir (Yenisey, Doğan, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 443, 447).

İşyerinin özelliğini veren temel öğe teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yahut başka bir amaçla üretilmesi arasında ise bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak, işyeri teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir. İşyeri sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon, özünde maddi ve maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır. Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleşiyorsa, amaçta birlik sağlanmıştır. Üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır (daha önce zikredilen 9. HD, 30.12.2010, 4987/41975 sayılı kararın gerekçesinden).

Gene, anılan kararın gerekçesinde belirtildiği üzere, Toplu İş Hukuku anlamında işyerinin işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip, işverene de asıl işin girdiği işkolunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız Hukukunda işyerinin neresi olduğu ve sınırların belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk edilmiştir. Oysa hukukumuzda işyeri mutlak ve tartışmasız olarak kabul edilmektedir. İşyeri kavramı fonksiyonel bir kavramdır. İşletme ise genel olarak iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş bir ünite olarak tanımlanmaktadır. İşyerini işletmeden ayıran temel ölçütlerden biri izlenen amaçtır. İşletmenin mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez, işyeri işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmelidir. Toplu iş hukuku mevzuatındaki "işletme", Ticaret Hukukundaki işletmeden farklı bir anlam taşır ve farklı bir amaç gütmektedir. Çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. İşyeri ve işletme ayrımında organizasyon kavramıyla bir ayrıştırmaya gitmek de mümkün değildir. Çünkü işletmenin de işyerinin de bir organizasyon içerisinde örgütlenmesi mümkündür. Ancak işletmenin işyerine göre büyüklüğü aynı şekilde organizasyondaki büyüklüğünü gerektirecektir. Öte yandan, işverenin ötesinde işletmenin profesyonel bir yönetim kadrosu oluşturacağı da, büyüklüğüyle ilişkili bir gerçektir.

Temel sorun, 4857 Sayılı Yasadaki işyeri kavramının genişliğinin Toplu İş Hukukuna yansımamasıdır. İşletme ve işyeri ayrımının bu bağlamda sorun çıkarması kaçınılmazdır. (9. HD 30.12.2010 zikredilen karar gerekçesi).

b) İşkolunun belirlenmesi: 2821 sayılı Sendikalar Kanununa göre, öncelikle, işçi ve işveren sendikaları işkolu esasına göre kurulmaktadır (m.3) (Yeni

Kanunla birlikte STİSK m. 2/IV uyarınca Toplu İş Hukukuna ilişkin hükümlerden yararlanmasalarda meslek esaslı sendikalar kurulabilecektir diyebiliriz). İşkolunun belirlenmesi konusunda özel bir usul düzenlenmiştir (m.4) (STİSK m. 5): Anılan maddeye göre işkolu tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan tespitle ilgili kararın Resmi Gazetede yayımlanmasını müteakip bu tespite karşı ilgililerin iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş gün içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Belirtilen süre hak düşürücüdür.(Ayrıca yeni Kanunda İlk derece mahkemesi ve temyiz halinde Yargıtay'ın 2 aylık sürede karar vermesi gerektiği belirtilmiştir)

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkolları Sendikalar Kanununun 60. maddesinde (STİSK m. 4 uyarınca 1 sayılı cetvelde) gösterilmektedir. Anılan madde uyarınca, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin dâhil olduğu işkolundan sayılır. Bu şekilde, işyerinde işçilerin örgütlenmeleri yönünden birlik ve bütünlük sağlanmış bulunmaktadır (Sur, Melda: İş Hukuku, Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara, 2011, s.81). Yine aynı maddede, bir işkoluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslararası normlar da göz önünde bulundurularak bir tüzükle düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu tüzükte iş kollarına giren işler, tüzüğe ekli listede belirtilmektedir. Gerek yasada gerek tüzükte, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin dâhil olduğu iş kolundan sayılacağı vurgulanmıştır (SK m.60; Tüz. m.3).

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun (TSGLK) 3'üncü maddesinde (STİSK m. 34) "*Bir toplu iş sözleşmesi aynı iş kolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir*" ifadesi ile işyeri toplu iş sözleşmesi esas alınmaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurumu ve kuruluşlarına ait aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu Kanun anlamında yapılan sözleşme tipine "işletme toplu iş sözleşmesi" denir. Ancak fıkrada ayrık bir düzenlemeye de yer verilerek, kamu kurum ve kuruluşları için ayrı tüzel kişilikler olsa dahi tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılması sağlanmıştır.

Sonuç itibariyle, işyerindeki faaliyetin yöneldiği teknik amaç, asıl işi teşkil etmektedir. İşyeri organizasyonu içinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise "yardımcı işler"dir. Yardımcı işlerin neler olduğu Yasada tanımlanmamıştır. Öğretide, asıl işin görülmesi için zorunlu değildir; ancak o işyerinde ve aynı işverene bağlı olarak yürütülmesi önem taşımaktadır. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olarak kullanılmaktadır (Sur, age, s.81; karş. Ekonomi, Münir, İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin

Girdiği İşkolunun Belirlenmesi, İş Hukuku Dergisi, C.1, S.1, Ocak-Mart 1991, s.48). Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet mevcutsa, ayrı işkolundan söz edilebilir. Nitekim incelediğimiz olayda böyle bir durumun varlığından söz edilebilir.

3. *Değişik işverenlerin işçilerinin aynı mekânda çalıştırılması:*

a) İşkolu tespiti davalarında, bir asıl işverenin işyerinde farklı işverenlerin işçileri çalıştırıldığında, bağımsız işyerinin mevcudiyeti kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da, o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolu tespiti gerekecektir.

Böylece, alt işverenin asıl işverene ait işyerinde oluşan kendi işyeri ile ilgili bir işkolu tespitine ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim "İşyerini Bildirme" başlıklı İş K m.3 f.2 hükmü, iş alan alt işverene, "kendi işyerinin" tescili için bildirim yapma yükümlülüğünü getirmektedir. Alt işverenin asıl işverene ait işyerinde oluşan kendi işyeri ile ilgili görülen iş asıl işverene ait işyerinde "yardımcı iş" olsa da, asıl işverene ait işyerinden bağımsız olarak işkolu tespiti, ayrıca yapılacaktır (9.HD 10.7.2007, 24627/23105, Kılıçoğlu, s.98-99).

Anlaşıldığı üzere, alt işverenin işkolu tespiti asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenmeyip, asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır. Alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi de doğru olmaz. 2821 Sayılı Kanunun 60/2 maddesinde öngörülen ve "bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin dâhil olduğu iş kolundan sayılır" kuralı, bir işyeri sınırları ve organizasyonu içerisinde yürütülen işler için önem taşır. Yoksa birbirinden ayrı işyerlerinde farklı işkoluna giren işler yapılıyorsa, "asıl iş-yardımcı iş" kavramları geçerli olmaz.

Belirtelim ki, işkolu tespitinde işletme bünyesindeki işyerleri de ayrı ayrı dikkate alınmalıdır; çünkü işkolu tespitinde birim olarak "işyeri" esas alınır ve işyeri organizasyonu içinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler yardımcı işlerdir. İşletme işkolu tespiti için de asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez.

Yukarıda belirtildiği gibi, işyerinde başka bir işverene ait faaliyet var ise bu takdirde asıl iş-yardımcı iş ilişkisine dair yasa hükmünden yola çıkarak çözüme gidilemez. Uygulamada bu durum işyerinde bir alt işveren ilişkisinin var olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Yardımcı işlerin asıl işin işkolunda sayılacağı ve ayrı bir işkolu tespitine konu yapılamayışı, bu işlerin de asıl işveren tarafından yürütülmesi halinde geçerli olan bir kuraldır. Yardımcı işler bir alt işverene verilmişse, artık, alt işverenin işyeri oluşacağından, ayrı bir işkolu tespitine konu olacaktır. Bu durumda artık alt işverene ait işyerinde yapılan işin girdiği işkolu

asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenemez. Alt işverenin işkolu tespiti, yukarıda işaret edildiği üzere asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır. Somut bir örnek vermek gerekirse, tekstil fabrikasının yemekhanesi de asıl işveren tarafından yürütülüyorsa, yemekhane ayrı bir işyeri değildir, ayrı bir işkoluna girmez ve tekstil işinin yardımcı işi niteliğindedir. Buna karşılık yemekhane bir alt işverene verilmiş ise, artık bağımsız bir işyeri olup yardımcı iş niteliğini kaybederek ayrı bir işkolu tespitine konu olabilecek, farklı bir iş kolunda sayılabilecektir.

Açıklanan gerekçelerle E Gübre Antrepoculuk Tahmil Tahliye Torbalama Ticaret Limitet Şirketi'ne E Gübre A.Ş tarafından *"torbalama ünitesine dökme gübre ambarlarından gelen her nevi gübrenin E tarafından talep edilmesi halinde torbalama ünitesinde bulunan tüm bantlarında sevk edilecek her nevi gübrenin her 10 dolumda gramaj kontrolleri yapılarak, müteahhit tarafından temin edilecek posta elemanları ile torbalama ünitesinde torbalanması, torbaların dikilmesi ve sevk edilmek üzere E tarafından temin edilecek kamyonlara tam ve mükemmelen yüklenmesi, vergi, SSK primleri, işçi ve Teçhizat ve her nevi levazım vs. bütün eder ve gideri ve her türlü güvenlik tedbiri ve her nevi hukuki ve cezai mesuliyet müteahhide ait olmak üzere bu protokoldeki koşullarla ifası ve yüklenmesi,* ***Fabrika ve Liman sahasında ve depolarında tahmil ve tahliyesi yapılacak her türlü dökme yük, hammadde ve gübrenin tahmil-tahliye ve vinç operatörlüğü hizmetleri verilmesi, ambarlar ve bantların temizliğinin sağlanması"*** işini almıştır.

Bu noktada kritik olan sorun 4857 Sayılı İş Kanununun 2'nci maddesindeki alt işveren düzenlemesinde karşımıza çıkabilecektir. Zira maddede yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde bir sınırlama yok iken, asıl işin bir bölümünde teknolojik nedenle uzmanlık gerektirme koşuluyla alt işverene verilebilmesi öngörülmüştür. Böyle bir durumda asıl işin teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren bölümünde iş alan alt işveren olduğunda da bu durumdaki alt işverenin işyerindeki faaliyetleri ayrı bir işyeri olarak kabul edileceğinden, asıl işyerinden ayrı bir işkolu tespitine konu olabilecektir (İş Teftiş Kurulu başkanlığınca müfettişinin belirttiğinin aksine)[2]. Kuşkusuz bu durumda tespiti yapılan işkolunun, mutlaka asıl işin girdiği iş kolundan farklı bir işkolu olacağı söylenemez. Alt işverenin o işyerindeki faaliyetleri, asıl işverenle aynı işkolunda olabileceği gibi olmayabilir de.

---

[2] Düzenlenen raporda ...***"taraflar arasında düzenlenen aslı-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu kanısı doğmakta ise de, muvazaalı sözleşmenin iptali ile çalışan işçilerin işin başından beri asıl işveren işçisi sayılma ilkesi, çoğunluk incelemesinde yetkili sendikanın belirlenmesinde önem arz etiği, işkolu belirlemesinde muvazaanın sonucu etkilemeyeceği"*** düşüncesi ortaya konulmuş olup, yukarıda açıklanan nedenlerle bu düşüncenin kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır.

E Gübre Antrepoculuk Tahmil Tahliye Torbalama Ticaret Limitet Şirketi'ne verilen **işin asıl iş mi yardımcı iş mi *olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.***

Benzer bir olayda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas No:2006/13218, Karar No:2006/15765 29.05.2006 tarihli kararda "Davalılar arasında yapılmış olan "tahmil tahliye işine ait sözleşme"nin 2. maddesinde davalı G Müteahhitlik A.Ş.ne ihale edilen işin konusu ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Buna göre, gemiden kuru dökme ürünün tahliyesi, İGSAŞ iskelesine yanaşmış gemilerden torbalı ürünün tahliyesi ile kamyonlara ve/veya gösterilen yere taşınarak istiflenmesi, torbalı ürünün istiflenmesi ve/veya istiften müşteri kamyonlarına yüklenmesi, fabrika sahası içerisinde saha, iskele, kamyon yükleme, torbalama, paketleme, dökme ürünlerin depolardan fabrika sahası içinde gösterilen yere damperli kamyonlarla taşınması işleri ihale ile davalı G Müteahhitlik A.Ş.ne verilmiş bulunmaktadır.

Mahkemece emsal dosyalarda alman bilirkişi raporuna göre paketleme-torbalama ünitesinde dikiş makinesiyle torbanın ağzının dikildiği yere kadar olan üretim hattının asıl işin bir parçası olduğu, bundan sonraki işlerin yardımcı iş niteliği taşıdığı, asıl işlerin gördürülmesi nedeniyle davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak, davalılar arasındaki sözleşmede yapılması öngörülen işlerin ağırlıklı olarak tahmil ve tahliye işleri olduğu, davalı İGSAŞ'a ait işyerinde üretilen ürünlerin önemli bir kısmının paketleme veya torbalama yapılmadan müşteriye ulaştırıldığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. **Buna göre, dava konusu işyerinde üretilen ürünlerin torbalanması veya paketlenmesi üretimin zorunlu bir unsuru değildir. Paketleme veya torbalama işinden önceki aşamaların doğrudan üretimle ilgili olması nedeniyle asıl iş kabul edilmesi,** bu aşamalardan sonraki işlerin tahmil ve tahliye işleri ile bağlantılı olması nedeniyle yardımcı iş olduklarının kabulü gerekir. Kaldı ki, davacının iş sözleşmesinde yapılacak işin konusunun tahmil ve tahliye işleri olduğu belirtilmiş olup, davacının münhasıran paketleme ve torbalama işinde çalıştığı da iddia ve ispat edilmemiştir".

Tespite konu olan işyerinde üretilen gübrenin paketlenmesi ve torbalanması suretiyle satıldığı keşif esnasında davacı vekili tarafından beyan edilmiştir. Dolayısı ile torbalama işinin asıl iş ile ilgili olduğunun kabul edilmesi gerekirken, E Gübre Antrepoculuk Tahmil Tahliye Torbalama Ticaret Limitet Şirketi'ne torbalama yanında ***Fabrika ve Liman sahasında ve depolarında tahmil ve tahliyesi yapılacak her türlü dökme yük, hammadde ve gübrenin tahmil-tahliye ve vinç operatörlüğü işlerinin verildiği de anlaşılmaktadır.*** Bu işler (***tahmil ve tahliyesi yapılacak her türlü dökme yük*** ayrı tutulmak suretiyle) ise yardımcı işlerdendir. Yardımcı işlerin herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın alt işve-

rene verilmesi mümkündür. Dolayısıyla somut olayda E Gübre A.Ş tarafından E Gübre Antrepoculuk Tahmil Tahliye Torbalama Ticaret Limitet Şirketi'ne hem asıl işin bir bölümünün hem yardımcı işlerin aynı alt işverene verilmesi söz konusudur. Asıl işin bir bölümü olan torbalama veya tahmil ve tahliyesi yapılacak her türlü dökme yükle ilgili işler bakımından, alt işverene verilmesi konusunda uzmanlık gerektiren işlerden olmamaları sebebiyle, aynı ilişkide yardımcı işler de alt işverene verilmiş olduğundan şu seçeneklerle karşı karşıya kalmak mümkün olacaktır:

a) Alt işverene verilen işler bakımından işleri parçalayarak geçerli-geçersiz olduğunu incelemek mümkün değildir denirse, ilişkinin tamamının geçersiz sayılması gerekecektir. Bu ihtimalde alt işveren ilişkisi olmayacağı için yapılan tespit kararı da yerinde olmayacaktır

b) Alt işverene verilen işler bakımından, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi ile yardımcı işlerin verilmesinin geçerliliğini parçalayarak incelemek. Bu durumda asıl işin bir bölümünün verilmesi bakımından uzmanlık gerektirme koşulunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle bu kısmının geçersiz sayılması, buna karşılık yardımcı işler bakımından bu koşul aranmadığı için alt işverenlik ilişkisinin yardımcı işler bakımından geçerli kabul edilmesi nedeniyle, yapılan tespit kararının yerinde olduğu kabul edilebilecektir.

c) Alt işverene verilen işlerin yukarıda belirtilen kararda olduğu gibi, ağırlıklı olarak hangi işlere yönelik olduğuna bakarak geçerli-geçersiz olup olmadığının incelenmesi durumunda, ağırlıklı olarak yardımcı işlerin alt işverene verilmiş olması karşısında, yapılan tespit kararının yerinde olduğu kabul edilebilecektir.

4. *Alt işveren ilişkisinin aranan yasal koşullar dışında, muvazaalı kurulmuş sayılması olasılığı:* Yukarıda, İş K m. 2'deki yasal koşulları taşımadığı için geçersiz bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinde işkolu tespitinin nasıl yapılabileceği ihtimalli olarak açıklanmıştır. Burada ise yasal koşullar dışında muvazaanın varlığı durumunda ne olabileceği tartışılacaktır. Çünkü İş K. m.2/8 de ***"aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler"*** denmektedir. Muvazaalı alt işveren ilişkisinde, alt işverenin işçilerini daha baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayan bir yasal sistem içerisinde başka bir çözüme varmak mümkün değildir. Ne var ki alt işveren ilişkisinde muvazaanın tespiti konusunda uygulamada karşılaşılan pek çok sorun burada da karşımıza çıkabilecektir.

Örneğin, bu davada, E Gübre Özel Antrepoculuk Tahmil Tahliye Torbalama Sanayi Ticaret Limitet Şirketi Ana Sözleşmesinden anlaşıldığı kadarı ile, bu

şirketin kurucuları E G Sanayi A.Ş ile BB Ambalaj San.A.Ş ve BB Deniz Taşımacılığı'dır. Sermaye başlıklı 6 madde uyarınca, şirket sermayesinin 200 paya ayrıldığı, bunun 188 payının E Gübre A.Ş'ne, altı payının BB A.Ş'ne, diğer 6 payının da BB Deniz Taşımacılığı A.Ş ait olduğu belirlenmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Baş İş Müfettişi tarafından yapılan incelemede, tespite konu olan işyerinde çalışmakta olan işçilerden 8'inin E Gübre Sanayi A.Ş'nin, 7 sinin de E Gübre Özel Antrepoculuk Ltd.Şt işçisi olarak görünmekte oldukları belirlenmiştir. Bu sebeple Mahkemenin muvazaa iddiasını ele alıp muvazaaya yönelik inceleme yapması halinde ve belirtilen hususların muvazaanın varlığına işaret eden unsurlar olarak kabul etmesi durumunda, alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılmaları gerekecektir. Bu durumda işkolu tespitinin de işyerinde yürütülen asıl iş dikkate alınarak yapılması gereği üzerinde durularak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bu esasa uygun olmayan işkolu tespitinin iptaline karar verilmesi gerekecektir.

Aksi halde Mahkemenin muvazaa iddiasını dikkate almaksızın veya muvazaanın varlığını kabul etmeyerek karar vermesi durumunda, alt işverene ait işyeri ayrı işyeri kabul edilerek, bu işyerlerinde yürütülen faaliyetlerin niteliğine bakmak gerekecektir. Bu durumda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılan tespitin doğru olduğu kabul edilerek, tespite konu **işyerinin** Ardiye ve Antrepoculuk işkoluna girdiği kabul edileceğinden, davacı taleplerinin reddine karar vermek gerekecektir.

I. Mahkemenin muvazaa incelemesi yapmaksızın karar vermesi durumunda, alt işverene ait işyeri ayrı işyeri kabul edilerek burada yürütülen faaliyetlerin niteliğine göre karar vermek gerekeceğinden, Bakanlıkça yapılan tespit kararının yerinde olduğu,

II. Mahkemenin asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin kurulması bakımından yasal koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda inceleme yapması durumunda

1. Alt işverene verilen işler bakımından işleri parçalayarak geçerli-geçersiz olduğunu incelemek mümkün değildir denirse, ilişkinin tamamının geçersiz sayılması gerekecektir. Bu ihtimalde alt işveren ilişkisi olmayacağı için yapılan tespit kararının da yerinde olmayacağı,

2. Alt işverene verilen işler bakımından, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi ile yardımcı işlerin verilmesinin geçerliliğini parçalayarak incelenmesi durumunda asıl işin bir bölümünün başka işverene verilmesi bakımından uzmanlık gerektirme koşulunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle ilişkinin bu kısmının geçersiz sayılması, buna karşılık yardımcı işler bakı-

mından bu koşul aranmadığı için alt işverenlik ilişkisinin yardımcı işler bakımından geçerli kabul edilmesi nedeniyle, yapılan tespit kararının yerinde olduğu,

3. Alt işverene verilen işlerin yukarıda belirtilen kararda olduğu gibi, ağırlıklı olarak hangi işlere yönelik olduğuna bakarak geçerli-geçersiz olup olmadığının incelenmesi durumunda, ağırlıklı olarak yardımcı işlerin alt işverene verilmiş olması karşısında, yapılan tespit kararının yerinde olduğu

III. Alt işveren ilişkisinin yasal koşullar dışında muvazaalı kurulduğunun tespit edilmesi halinde, alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılmaları gerekeceğinden, bu durumda işkolu tespitinin de işyerinde yürütülen asıl iş dikkate alınarak yapılması gereği üzerinde durularak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bu esasa uygun olmayan işkolu tespitinin iptaline karar verilmesi gerekecektir.

II. TOPLU İŞ HUKUKU

A. Toplu İş Sözleşmesinin Yorumu

1. Toplu İş Sözleşmesinde Yıllık İzin Ücretinin Zamlı Olarak Ödeneceğine İlişkin Hükmün Yorumu

OLAY

Davacı vekili, davacı (E)'nin davalı işveren bünyesinde çalışarak 13.01.2011 tarihinde emekli olduğunu, davacının birikmiş izinlerine ilişkin ücretinin davalı ile (B) Sendikası arasında imzalanmış bulunan toplu iş sözleşmesine aykırı olarak hesaplandığını, toplu iş sözleşmesinin 44. maddesi uyarınca, işverenin yıllık ücretli izin hakkını kullanan her işçiye izin dönemine ait ücretini %55 zamlı ödeyeceği şeklinde düzenleme getirildiğini, 2010 yılı sonuna kadar emekli olan işçilere zamlı ödemenin yapılmasına rağmen, müvekkiline bu düzenlemeye uygun olarak ödeme yapılmadığını, bu sebeple dava açma zorunluluğunun ortaya çıktığını iddia etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, davacının 03.11.1992-12.01.2011 tarihleri arasında çalıştığını, davacının yaşlılık aylığı almak amacıyla sözleşmesini feshettiğini, fesih sebebiyle kendisine 1.807,20 TL yıllık izin ücreti ödendiğini, işten ayrıldığı tarihte yürürlükte bulunan TİS'nin 44. Maddesinin uygulanma olanağının bulunmadığını, 01.03.2010-29.02.2012 tarihleri arasında geçerli olan TİS'nin 29 maddesinde *"hizmet akdinin sona ermesinde işçinin hak kazanmasına rağmen kullanmadığı yıllık ücretli izne ilişkin ücreti akdin sona erme günün-*

deki koşullara göre hesaplanarak ödenir" hükmünün yer aldığını, TİS'nin 44 / b *maddesinde "işveren yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye izin dönemine ait ücretini %55 zamlı ödeyecektir. İlgili işçinin izne başlamasından önce %55 zamlı ücretinin %60 avans olarak işçiye verilir"* hükmünün yer aldığını, dolayısı ile bu maddeden sadece yıllık ücretli izin hakkını fiilen kullanan işçilerin yararlanabileceğini, fiilen izin hakkını kullanmayanlar bakımından ise 29. maddenin uygulanması gerektiğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

Ayrıca Toplu iş sözleşmesinin 44 maddenin tamamı **"işin düzenlenmesine ilişkin hükümler arasında yer almaktadır"** 44/e maddesinde **"işverence verilmeyen yıllık ücretli izinlere ait ücret esas ücretinden ayrı olarak işçiye ödenir"** hükmü yer almaktadır. Toplu iş sözleşmesinin 29 maddesinin kenar başlığı da **"iş akdinin feshinde izin ücreti"**dir. Bu madde uyarınca ***"Hizmet akdinin sona ermesinde işçinin hak kazanmasına rağmen kullanmadığı yıllık ücretli izne ilişkin ücreti, akdin sona erme günündeki koşullara göre hesaplanır. Ancak işçi hak etmediği yıllık ücretli izni kullanmış ise borçlandırma işlemi yapılır...."***

SORU

Davacının iddiası yerinde midir? Neden?

CEVAP

Uyuşmazlık iş sözleşmesinin feshinde, davacının hak kazanıp da kullanmadığı yıllık ücretli izin sürelerine ait ücretin sendika ile işveren arasında imzalanan TİS'nin 44 maddesi uyarımca zamlı olarak ödenip ödenmeyeceğine ilişkindir.

Davacı 11.01.2011 tarihinde yaşlılık aylığı almak amacıyla sözleşmesini feshetmiş bulunmaktadır. Davacının sendika üyesi olduğu konusunda, taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu sebeple sözleşmenin feshedildiği tarihte yürürlükte olan ve yürürlük süresi 01.03.2010-29.02.2012 olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gereklidir. Bu sözleşmenin 44/b maddesi uyarınca" ***işveren yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye izin dönemine ait ücretini %55 zamlı ödeyecektir. İlgili işçinin izne başlamasından önce %55 zamlı ücretinin %60 avans olarak işçiye verilir ".*** Bu maddenin kaleme alınış şeklinden **fiilen yıllık izin süresini kullanan** işçilerin yararlanacağı anlaşılmaktadır. Fiilen yıllık iznini kullanan her işçiye, izin süresince ücreti %55 zamlı ödenecek olup, bunun bir kısmının avans olarak ödenmesi de zorunludur.

TİS'nin 44/e maddesinde yer alan**" işverence verilmeyen yıllık ücretli izinlere ait ücret esas ücretinden ayrı olarak işçiye ödenir"** hükmü de 44 maddenin bütünlüğü içerisinde değerlendirilmesi gereken bir madde olup, işverenlerin

işçilerin hak ettikleri yıllık izinlerini kullandırmalarını teşvik eden bir düzenleme olarak kabul edilmelidir kanaatindeyiz. Buna rağmen, işveren tarafından işçinin hak ettiği izninin kullandırılmaması durumunda, yaptırım olarak işçiye ücretinden ayrı olarak ayrıca yıllık ücretli izne ilişkin bir ödemenin yapılmasını içerdiği kabul edilmelidir. Ancak bu fıkranın da yıllık iznin filen kullandırılması ile ilgili olduğu konusunda tereddüt olmadığı kanaatindeyiz. Zira 44 maddenin tamamı **"işin düzenlenmesine ilişkin hükümler arasında yer almaktadır"**. Bu bakımından taraflar arasındaki sözleşmenin devam etmekte olması şarttır. Sona eren sözleşme bakımından işin düzenlenmesinden söz edilemez.

Kanımızca TİS'nin 44 maddesi sadece işçiler tarafından fiilen kullanılan yıllık ücretli izin durumunda ücretin %55 zamlı ödenmesini öngörmüş bulunmaktadır. Maddenin anlatımı son derece açıktır. Buna karşılık yıllık iznini fesih sebebiyle kullanamayan işçilerin durumu TİS'nin 29. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin kenar başlığı da **"iş akdinin feshinde izin ücreti"**dir. 29 madde de "Hizmet Akdinin Yapılmasına, Uygulanmasına ve Sona Ermesine İlişkin" hükümlerin düzenlendiği üçüncü bölümde yer almaktadır. Bu madde uyarınca ***"Hizmet akdinin sona ermesinde işçinin hak kazanmasına rağmen kullanmadığı yıllık ücretli izne ilişkin ücreti, akdin sona erme günündeki koşullara göre hesaplanır. Ancak işçi hak etmediği yıllık ücretli izni kullanmış ise borçlandırma işlemi yapılır...."*** Bu düzenleme nedeni ile iş sözleşmesinin sona ermesinde hak kazanılıp da kullandırılmayan izin hakkı bakımından yasal hükümlerin uygulanması gerekliliğinin ortaya çıktığı kanaatindeyiz.

4857 sayılı İş Kanununun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada ilişkinin sona erme şeklinin ve haklı olup olmadığının önemi bulunmamaktadır

Kanunda, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. Sözleşmenin feshi anı, yıllık ücretli izin hakkının ücrete dönüşmesi, bir başka anlatımla izin ücretine hak kazanma zamanı olarak Kanunda belirtilmiştir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir.

Daire tarafından, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmemiş ve 4857 sayılı İs Kanununun 34. maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2007/ 30158 E, 2008/ 28418 K.) . O halde, izin ücreti için uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Açıklanan nedenlerle davacının sizleşmesini feshetmesi sebebi ile kullanamadığı yıllık ücretli izin bakımından TİS'de açık düzenleme olduğundan, toplu iş sözleşmesi özerkliği ilkesi uyarınca, yani tarafların serbest iradeleri ile öngördükleri bir konuda müdahalede bulunulması söz konusu olmamalıdır. Maddede günün koşullarına uygun olarak yıllık izin ücretinin hesaplanacağı öngörüldüğünden, bunun anlamı yukarıda konu ile ilgili yasal düzenlemede öngörülen düzenleme ve Yargıtay'ın konu ile ilgili geliştirdiği ilkelerdir.

Toplu sözleşme özerkliği işçi ve işveren tarafının karşılıklı anlaşarak, aralarındaki ilişkiyi düzenleyen kuralları serbestçe belirleyebilmelerini ifade eder. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinde, çıkar çatışması içinde bulunan iki örgüt, toplu iş sözleşmesi aracılığı ile toplu sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişileri de bağlayıcı kurallar getirmektedirler (işçi sendikası üyeleri). Toplu sözleşme sadece sözleşme tarafları arasındaki ilişkiyi düzenlemekle kalmaz, örgüt üyelerini yasa normları gibi bağlayan hükümleri de içerir. Bu tür hükümlere normatif hükümler denir ve bunlar maddi anlamda yasa hükümleri olarak değerlendirilmektedirler. Normatif hükümlerin yorumunda sözleşmenin yorumuna uygun esaslar uygulanır.

Uyuşmazlık konusu olayda TİS'nin 44 ve 29 maddeleri bu anlamda normatif hükümdür. Ancak kanımca her iki maddenin kaleme alınış şekli yorum yapılmasını gerektirmeyecek kadar açıktır. TİS'nin 44/b maddesi izin hakkını fiilen kullanan işçilere ödenecek yıllık ücreti düzenlerken, TİS'nin 29 maddesi izin hakkını kullanamadan sözleşmenin kimin tarafından feshedildiği fark yaratmaksızın, sözleşmenin sona ermesinde kullanılamayan izin bakımından ödenmesi gereken ücreti düzenlemektedir. 9. İş Mahkemesi tarafından esas alınan bilirkişi raporunda, sırf işverenin bu izni kullandırmamış olmasının 44/b maddesinin uygulanması bakımından gerekçe olarak ileri sürülmesinin yeterli olmadığı düşünülmektedir. İşverenlerin şu veya bu nedenlerle izni kullandırmadıkları bilinmektedir. Ancak bunun için yasamızda sözleşmenin işçi tarafından haklı sebeple feshi olanağı tanınmıştır. İznin kullandırılmasına yönelik bir davanın açılması mevcut hukuk düzeninde kabul edilmediği için, sözleşmenin feshinde bunun alacağa (ücrete) dönüşeceği kabul edilmiştir. Konu ile ilgili TİS'de özel bir düzenleme varken bunun göz ardı edilmesi toplu iş sözleşmesi özerkliğine açıkça aykırıdır.

2. Toplu İş Sözleşmesinde İşçi Ücretlerine Yapılacak Zamma İlişkin Hükmün Yorumu

OLAY

(G) sendikası İşveren (B) ile 14.03.2010 tarihinde geçerlilik süresi 01.10.2010-30.09.2012 olan toplu iş sözleşmesi imzalamıştır. Bu sözleşmenin 37 maddesinin başlığı olan "Ücret zammı" adı altında "***işçilerin günlük ücret-***

lerine birinci yıl için, 30.09.2010 tarihi itibarıyla almakta oldukları ücretlerin üzerine 01.10.2010 tarihinden itibaren geçerli olmak kaydıyla yıllık Tüfe+Üfe ortalamasına 2 puan eklenerek birinci yıl zammı yapılır" hükmü uyarınca işveren birinci yıl zammını uygulamıştır. Ancak sendika, zam uygulamasının TİS 37 maddesine uygun gerçekleşmediğini, davalı işverenin birinci yıl ücret zammına uygulanacak TÜFE-ÜFE oranlarını bulmak için hatalı olarak "takvim yılı" esasından hareket ettiğini ve DİE'nin 2010 Aralık ayının önceki yılın aralık ayına göre enflasyon artış oranlarını kendisine esas aldığını, bunun sonucunda, 9,63 oranda zam uygulandığını; oysa esas alınması gereken TÜFE-ÜFE oranlarının Aralık ayı değil, Eylül 2010 ayı olması gerektiğini, yani Eylül 2010 ayı esas alınarak ve bir önceki yılın Eylül ayına göre meydana gelen enflasyon farkı bulunarak, sonuca gidilmesi gerektiğini, buna göre uygulanması gereken zam oranının 9,07'ye 2 puan eklenmek sureti ile 11,07 olması gerektiğini, bu yorum tarzının sendika üyesi işçilerin daha düşük ücret almalarına sebep olduğunu, ilgili maddenin yorumlanması ve doğru uygulamanın belirlenmesi açısından dava açmış bulunmaktadır.

Davalı vekili davaya verdiği cevapta, TİS'nin ilgili maddesinde yıl kavramının kullanılmış olduğunu, kullanılan yıl kavramının maaş artış tarihinde devletin bir önceki yıl için açıklamış olduğu oranların kabul edilmesi gerekliliğini doğurduğunu, her yıl Ocak ayında önceki yılın 12 aylık Tüfe-Üfe oranlarının ortalamasının alınarak açıklama yapıldığını, TİS'de yıl kavramı kullanıldığı için 2011 Ekim ayında görüşme yapılsa da 2011 Ocak ayında 2010 yılı için açıklanmış Tüfe-Üfe oranlarının esas alınmasının gerekeceği, toplu iş sözleşmesi hükmünün bu şekilde yorumlanması durumunda, davanın reddi gerekeceği ileri sürülmüştür.

SORU

(G) sendikasının iddiası yerinde midir? Neden?

CEVAP

Taraflar arasında imzalanan TİS'nin 37 maddesinin ücret zammına ilişkin bölümünde, zammın işçilere hangi oranlar esas alınarak uygulama yapılması gerektiğine ilişkin uyuşmazlık bulunmaktadır. Maddenin yorumunun yapılabilmesi için, madde içerisinde kullanılan kavramların bilinmesine ihtiyaç vardır.

TÜFE (Açılımı: *tüketici fiyatları endeksi*) tipik bir tüketicinin satın aldığı belirli bir ürün ve hizmet grubunun fiyatlarındaki ortalama değişimleri gösteren bir ölçüttür. Yıllık enflasyon değerindeki değişimi ölçmek için kullanılır.

TÜFE, İstatistik bilimindeki indeks sayılar ile hesaplanır. Belli bir yıl seçilir ve bu yıl temel yıl kabul edilir. Endeks değeri 100'dür. Bundan sonraki yıllar,

yani cari yıllar enflasyon değerlerine göre değişkenlik gösterir ve temel alınan endekste oynamalar olur.

TÜFE'nin yorumlanabilmesi için temel bir dönemin ve karşılaştırılmak istenen dönemin belirlenmesi yeterlidir-Karşılaştırılan dönemler arasındaki toplam ya da fark, belirli bir gelire sahip olan bireyin satın alma gücünün azalıp azalmadığını gösterecektir.

Örneğin; Ocak 2005 döneminde aylık 1000 TL gelire sahip olan bireyin satın alma gücü Nisan 2008 dönemine kadar (Nisan ayı hariç) %27.38 (7.47 - .55 + 9.29 + 8.12 + .80 + 1.29 + .96) oranında azalmıştır. Böylece Ocak 2005 yılında aylık 1000 TL gelire sahip olan bireyin Nisan 2008'deki *reel geliri* 726.2 (1000 - 273.8) TL'dir. Birey, Nisan 2008 döneminde 1000 TL gelire sahip olsa bile bu onun *nominal (göstermelik) geliri* olacaktır. Ocak 2005 döneminin hesaplamaya katılmamasının sebebi (hesaplamada -.55 yazılmasının sebebi) ise bu dönemin temel dönem olarak kabul edilmesidir.

Üretici Fiyatları Endeksi (**ÜFE**), aylık ya da yıllık enflasyon rakamının belirlenmesinde kullanılır. 2005 yılından itibaren TÜİK, Üretici enflasyonunu belirlemek için ÜFE'yi kullanmaya başlamıştır.

Üretici fiyatları endeksi (ÜFE), belirli bir referans döneminde ülke ekonomisinde üretimi yapılan ve yurtiçine satışa konu olan ürünlerin, üretici fiyatlarını zaman içinde karşılaştırarak fiyat değişikliklerini ölçen fiyat endeksidir.

Gerek TÜFE'nin tanımında gerekse ÜFE'nin tanımında, temel bir dönemin ya da karşılaştırma yapılmak istenen dönemin referans alınmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Her iki değerlendirme açısından da değişim oranları her ay için ayrı ayrı yapılmaktadır. Dolayısı ile yıllık yapılması gereken bir değerlendirme zorunluluğundan söz etmenin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

TİS'nin 37 maddesinde açıkça Birinci Yıl Ücret zammının nasıl yapılacağı belirlenmiştir. İşçilerin günlük ücretlerine birinci yıl için 30.09.2010 tarihi itibarıyla almakta oldukları ücretlerin üzerine 01.10.2010 tarihinden itibaren geçerli olmak kaydıyla yıllık TEFE+ÜFE ortalamasına 2 puan eklenerek birinci yıl zammı yapılacağı belirtilmiştir. 01.10.2010 tarihi zikredilmeden yıllık TEFE+ÜFE zammı yapılacağı belirtilmiş olsaydı Aralık 2009-Aralık 2010 tarihindeki verilere göre hesaplama yapılması gerekecekti. Ancak hesaplamada esas alınacak dönem taraflarca 01.10.2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere belirlendiğinden 01.10.2009-01.10.2010 tarihinin dikkate alınması gerekir. Bu oran da TÜİK tarafından TÜFE için 9,24, ÜFE için 8,91 bildirilmiş olduğundan, TİS'nin 37 maddesi uyarınca yapılması gereken birinci yıl zam oranı: 8,91 + 9,24/2=9,07+ 2= 11,07 olmalıdır.

3. İşçi Sendikası İle İşveren Arasında Yapılan Protokolün Yorumlanması

OLAY

Davacı vekili dilekçesinde müvekkili (F)'nin 05.03.1983 tarihinden beri kapsam içi personel olarak (E) Fabrikasında Satış Sonrası Sev. Hiz. Müdürlüğü'nde teknisyen olarak çalıştığını, iş akdinin işveren tarafından 30.07.2010 tarihinde hizmetine ihtiyaç olmadığı gerekçesiyle feshedildiğini, davalı işyerinde çalışan sayısı dikkate alındığında sadece davacının veya belli sayıda işçinin böyle bir sebeple iş akdinin feshedilmesinin öne sürülen sebebin gerçek olmadığının bir kanıtı olduğunu, davacının faaliyet konusu göz önüne alındığında, davacının hizmetine ihtiyaç olmadığının düşünülemeyeceğini, bu işi başka bir işçiye yaptırmak zorunda olduğunu, davacının işyerinde başka bir bölümde istihdam edilmesinin göz önüne alınmadığını, aynı gerekçelerle iş akdini feshettiği işçiler tarafından açılan işe iade davalarında işçilerin işe iadesine karar verildiğini, davalı kurumun 5 yıla yakın bir süredir periyodik olarak işçi çıkarma yoluna gittiğini, emekliliğini hak eden işçilerin iş akitlerini feshettiğini, davalının işyerinde geçerli TİS'de belirtilmiş münferit işten çıkarmalardaki hükümlere riayet etmeden davacı işçiyi işten çıkardığını, ispat yükünün davalıda olduğunu ancak bu yönde her hangi bir gerekçe ileri sürmediğini, davacının hizmetine ihtiyaç olmamasının işyerinde üretimin azalması, istihdam fazlalığı gibi nedenlere bağlı olması gerektiğini, davalı işverenin 2005 yılından beri sürekli işçi çıkarıp yerlerine yeni işçiler aldığını, bu durumda istihdam fazlalığından ve üretim düşüklüğünden söz edilemeyeceğini, yeni işçi alınıp alınmadığı hususunun mahkeme önünde kanıtlanması gerektiğini, davalı kurumun ihtiyaçtan fazla işçi çalıştırıp çalıştırmadığının kadrolu işçiler göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiğini, taşeron işçilerin sayılmaması gerektiğini iddia etmiş, iş akdinin haklı ve geçerli bir nedene dayanmadığından davacının işe iadesini 4 aya kadar boşta geçen sürenin ücretini, işe iade kararının uygulanmaması halinde 8 aylık ücretinden az olmamak üzere tazminata hükmedilmesini, boşta geçen süreye ait ücret tutarının kıdem tazminatına esas süreye eklenmesini ve kıdem tazminatından mahsubunu talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde 27 yıldır (P)'de çalışan işçinin iş akdinin global rekabetin gereği etkin ve verimli bir istihdam politikası izlenmesi zorunlu olduğundan (P) ve (A) Sendikası tarafından imzalanan protokol gereği kıdem ve ihbar tazminatı yıllık ücretli izin alacağı ödenerek feshedildiğini, bu gereklilikten hareketle son yıllarda bir çok tedbir aldığını, bu kapsamda (P) ile (A) Sendikası arasında 09.07.2004 tarihinde protokol imzalandığını ve emekliliğini hak etmiş belli yaşa gelmiş ve ihtiyaç duyulmayan işçilerin tazminatları ödenmek koşuluyla iş akitlerinin feshi konusunda anlaşmaya varıldığını, yine (P) ve (A) Sendikası

arasında 18.06.2010 tarihinde daha önceki protokoldeki hususların yeniden ele alındığı yeni bir protokol imzalandığını, bu protokolün yürürlük tarihinin 01.08.2010 olarak belirlendiğini 50 yaş uygulamasının 01.08.2010 tarihine kadar sürmesi iradesini ortaya koyduklarını, bu protokollere göre 50 yaşını dolduran hizmetine ihtiyaç duyulmayan ve emekliliğe hak kazanan davacının tazminatları ve diğer hakları verilerek (Net: 85.993,08.-TL) verilerek Temmuz 2010'da iş akdine son verildiğini, davacının yaşı ve 25-30 yıllık çalışma yorgunluğu göz önüne alındığında eğitim verilerek başka bir birimde değerlendirilmesinin söz konusu olmadığını, davacının yerine eleman alınmasının ve başka ünitelerden eleman kaydırılması söz konusu olmadığını, işe alınan 240 kişinin meslek yüksek okulu mezunu yedekleme ve yetiştirme elemanı olan kişiler olduğunu, tek petrokimya kompleksi olduğundan dışarıdan yetişmiş eleman bulmasının mümkün olmadığını, 96 personelin emekliliği hak etmesi sebebiyle kendi istekleriyle ayrıldığını, bu tür işten yarılmalardan olumsuz etkilenmemek için deneyimli işçilerin bilgi ve deneyimlerinin genç elemanlara aktarılmasını sağlamak için yedekleme ve yetiştirme elemanı almak zorunda olduğunu, yeni alınan elemanların yaklaşık 5 yıllık eğitime ve deneyime ihtiyacı olduğunu, yeni alınan bu işçilerin iş akdinin feshiyle hiçbir ilgisi olmadığını, talep edilen işe başlatmama tazminatının yüksek olduğunu savunmuş davanın reddini talep ve dava etmiştir.

Ayrıca davalı işveren ile işçi sendikası arasında imzalanan 09.07.2004 tarihli ilk protokole kadar, iş sözleşmelerinin feshi bakımından 01.01.2003-31.12.2004 tarihli TİS'nin 24. Maddesindeki "Suçsuz Çıkarmalar" başlığı altında düzenlenmiş olan 2/c hükmünde yaşlılık aylığına hak kazanmış olan işçilerin sözleşmelerinin ne şekilde feshedilebileceği düzenlenmiştir. 09.07.2004 tarihinde işveren sendikası ile işçi sendikası arasında yaşlılık aylığına hak kazanan işçilerin sözleşmelerinin feshi esasları değiştirilmiştir.

Protokoldeki düzenleme ise şu şekildedir: "*(P) adlı şirkette istihdamın etkinleştirilmesi için üretim ve verimliliği arttıracak şekilde etkin ve rasyonel bir istihdam politikası izlenerek katma değer yaratılması, zamanla artan personel sayısının; işgücünün şirket içinde ihtiyaç olan yerlerde verimli ve etkin dağılımı da dikkate alınarak azaltılması gerekli görülmüş olup, buna göre:*

- Şirket genelinde 50 yaş ve üstü olanların emekliliği hak etmiş olmaları şartıyla, her türlü hakları ödenmek suretiyle iş akitlerinin, hizmetlerine yukarıda belirtildiği üzere ihtiyaç olmaması sebebiyle 14.07.2004 tarihi mesai bitimi itibarıyla sona erdirilmesi,

- Yine bunun yanında teknik (formen, formen yardımcısı, teknisyen) unvana sahip işçiler hariç tüm ünitelerde çalışan ve emekliliği hak etmiş olması şartıyla 48 yaş ve üstü olanlar her türlü hakları ödenmek sureti ile iş akitlerinin, hizmet-

lerine yukarıda belirtildiği üzere ihtiyaç olmaması nedeni ile 14.07.2004 tarihi mesai bitimi ile sona erdirilmesi

- Bundan böyle 14 Ocak ve 14 Temmuz itibarıyla alt aylık periyotlarda yukarıda belirtilen şartları oluşan işçilerin iş akitlerinin feshedilmesi..." hususlarında mutabakata varıldığı belirtilmiştir.

18.06.2010 tarihinde (P) ile (A) Sendikası arasında ikinci bir protokol imzalanmış ve TİS'nin "Suçsuz Çıkarmalar" başlıklı 24. maddesi 2/C fıkrasına ek olarak bazı şartların ilave edildiği düzenlenmiştir. Yine bu protokolde yer alan hüküm uyarınca, "Bu protokol 18.06.2010 tarihinde imzalanmış olup, 01.08.2010 tarihinden itibaren geçerli olacaktır. Bu protokolün geçerli olduğu tarih itibariyle 09.07.2004 tarihinde imzalanmış olan 48 yaş ve 50 yaş uygulamasına ilişkin protokol uygulamadan kaldırılacaktır".

01.01.2009-31.12.2010 tarihli toplu sözleşmenin 24 maddesinde, işçinin emeklilik sebebiyle sözleşmeyi feshetmesinde, işverenin takip edeceği yol düzenlenmiştir. TİS 24/2C hükmü uyarınca, "*Yaşlılık ayrılması: 55 yaşını dolduran erkek, 50 yaşını dolduran kadın personelin hizmet akdi, aşağıdaki belirtildiği şekilde ihbar öneli ücreti ile kıdem tazminatı ödenerek feshedi*lir".

SORU

Dava konusu uyuşmazlığı Toplu İş Sözleşmesi hükümlerini dikkate almak suretiyle, uyuşmazlığın çözümünün nasıl olması gerektiğini tespit ediniz ve gerekçeleriyle açıklayınız.

CEVAP

Uyuşmazlık davalı işveren ile sendika arasında imzalanan protokol veya protokollere uygun bir feshin bulunup bulunmadığına ilişkindir. Davacı işçi sendika üyesi olup, davalı işveren sendikası (K) ile işçi sendikası (A) sendikası arasında imzalanan toplu iş sözleşme hükümlerinden yararlanacaktır. Davalı işveren ile işçi sendikası arasında imzalanan 09.07.2004 tarihli ilk protokole kadar, iş sözleşmelerinin feshi bakımından 01.01.2003-31.12.2004 tarihli TİS'nin 24. Maddesindeki "Suçsuz Çıkarmalar" başlığı altında düzenlenmiş olan 2/c hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu hükümde Yaşlılık aylığına hak kazanmış olan işçilerin sözleşmelerinin ne şekilde feshedilebileceği düzenlenmiştir.

09.07.2004 tarihinde işveren sendikası ile işçi sendikası arasında yaşlılık aylığına hak kazanan işçilerin sözleşmelerinin feshi esasları değiştirilmiş bulunduğundan, 09.07.2004 tarihinden sonra yaşlılık aylığına hak kazanmış bir işçinin sözleşmesinin feshinde bu protokolde yer alan esasların uygulanması gerekecektir.

Uygulamada dava konusu olayda da görüldüğü gibi, personel yönetmeliklerinde veya toplu iş sözleşmelerinde iş sözleşmesinin feshine ilişkin olarak yaş sınırı

öngören düzenlemeler yer alabilmektedir. Bu durumda söz konusu kayıtların İş Kanunu m.18/I de yer alan ve geçerli nedenle feshin işçinin yetersizliği veya davranışlarına ya da işletmenin veya işyerinin gereklerine dayanması gerektiğini öngören hüküm karşısında geçerli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

İş hukuku öğretisindeki bir görüşe göre bu tür kayıtlar geçerli olarak personel yönetmeliklerinde yer alabilir. Buna karşılık öğretideki diğer yazarlar bu tür sözleşmesel kayıtların kural olarak geçersiz sayılması gerektiği görüşünü benimsemiştir.

Belli bir yaş sınırına gelmiş ve emekliliği hak etmiş olma halinde iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedilebileceğini öngören personel yönetmelikleri hükümlerinin geçerli olup olmadığı konusunda Yargıtay kararlarının tam bir istikrar kazandığından söz etmek mümkün değildir. Ancak iş güvencesi hükümlerinin getirilmesinden sonra, İş K. M.18/I de yer alan geçerli fesih nedenleri emredici nitelikte olup işçi aleyhine değiştirilemezler. Yargıtay kararları ile emeklilik yaşına gelmenin tek başına geçerli fesih sebebi oluşturmadığı kabul edildiğinden, işçinin emeklilik hakkı kazanması veya belli bir yaşa gelmesi onun yetersiz olduğu şeklinde genel bir sonuca varmayı mümkün kılmadığından bu tür kayıtların İş K.18 maddesine uygun oldukları söylenemez. Nitekim işveren sendikası ile işçi sendikası arasında imzalanan protokolde aslında emeklilik yaşı gelmiş işçilerin sözleşmelerinin feshinin işletmenin veya işyeri gerekleri ise sınırlandığını görmekteyiz. *"(P) adlı şirkette istihdamın etkinleştirilmesi için üretim ve verimliliği arttıracak şekilde etkin ve rasyonel bir istihdam politikası izlenerek katma değer yaratılması, zamanla artan personel sayısının; işgücünün şirket içinde ihtiyaç olan yerlerde verimli ve etkin dağılımı da dikkate alınarak"* azaltılmasının gerekli görülmüş olması feshin işyeri gereklerine dayalı olarak geçerli sebebe uygun şekilde yapılması zorunluluğuna işaret etmektedir. Bunun gibi belli yaşa gelmiş işçilerin, *"hizmetlerine yukarıda belirtildiği şekilde hizmetine ihtiyaç olmaması"* nedeni ile sözleşmenin davalı işveren tarafından feshine gidilmiş olması, işvereni ihtiyaç fazlalığının ortaya çıktığı şeklindeki ispat yükümlülüğü altına sokmaktadır.

Davalı işveren, davacı işçinin iş sözleşmesinin ilk protokol hükümlerine uygun olarak feshedildiği iddiasındadır. Çünkü fesih tarihi 19.07.2010 tarihidir, ikinci protokolün yürürlüğe girme tarihi ise 01.08.2010 tarihidir. Bu kez uyuşmazlık birinci protokolün, ikinci protokolün imzalanmasına kadar yürürlükte kalıp kalmadığına ilişkindir. Toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra, taraflar toplu sözleşme hükümlerinden bazılarını değiştirebilmek amacıyla, protokol imzalayabilirler. Yine Yargıtay uygulaması ile protokolde yer alan hükümlerin geleceğe etkili olarak hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir. Ancak bu hükümlerin en fazla toplu sözleşmenin süresi ile sınırlı olmak üzere hüküm ifade edeceğinin kabul edilmesi gere-

kir. Zira yeni toplu iş sözleşmesinin imzalanması döneminde, toplu pazarlık süreci içerisinde yeni koşullara uygun olarak taraflar sözleşme özerkliği çerçevesinde toplu sözleşmede yer almasını istedikleri tüm sözleşme hükümleri için görüş bildirirler ve nihayetinde toplu sözleşme metni ortaya çıkar.

09.07.2004 tarihli protokolde yer alan hükümlerin ancak toplu sözleşmenin sona erme tarihi olan 31.12.2004 tarihine kadar etkisinin olması mümkündür. Bundan sonra protokolde yer alan hükmün etki yaratabilmesi için, toplu sözleşme hükmü haline gelmesi gerekirdi. Ancak işveren sendikası ile işçi sendikasının imzaladığı bundan sonraki toplu sözleşme metinlerinde, 2004 tarihli protokole benzer bir hükmün yer almadığı görülmüştür. Ancak 01.01.2009-31.12.2010 tarihli sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde yeniden bir protokol yapılarak, belirli yaşa ulaşmış işçilerin sözleşmelerinin feshine ilişkin hükümler konulmuştur. Eğer bu protokolde veya davada iddia edildiği gibi, 2004 tarihli protokolün geçerli olduğu kabul edilseydi, zaten 2010 tarihli protokolü yapmaya gerek kalmazdı.

01.01.2003-31.12.2004 tarihli toplu sözleşmenin sona ermesi ile birlikte 2004 tarihli protokol de geçerliliğini yitireceğinden, sözleşmenin fesih tarihinde 2010 tarihinde imzalanan protokol de henüz yürürlükte olmadığından, davacının feshinde toplu sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır. 01.01.2009-31.12.2010 tarihli toplu sözleşmenin 24 maddesinde, işçinin emeklilik sebebiyle sözleşmeyi feshetmesinde, işverenin takip edeceği yol düzenlenmiştir. TİS 24/2C hükmü uyarınca, "*Yaşlılık ayrılması: 55 yaşını dolduran erkek, 50 yaşını dolduran kadın personelin hizmet akdi, aşağıdaki belirtildiği şekilde ihbar öneli ücreti ile kıdem tazminatı ödenerek feshedi*lir". Ancak yukarıda açıklandığı gibi bu konuda geçerli sebebe ilişkin yasa hükümleri devreye girecek ve davalı işverenin davacı işçinin hizmetine niçin ihtiyaç duyulmadığını kanıtlaması gerekecektir. Zira davalı şirket fesihten sonra çok sayıda yeni işçiyi işe almış, bunlar arasında pek çok teknisyen de bulunmaktadır.

Bu sebeple işveren tarafından gerçekleştirilen feshin geçerli sebebe dayandığı hususun ispat edildiği kabul edilemeyeceğinden, davacı işçinin işe iadesine karar verilmesinin yerinde olacağı söylenebilecektir.

4. Toplu Sözleşme Tarafları Arasında İmzalanan Protokol Hükümleri Uyarınca İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi

OLAY

Davacı vekili müvekkilinin 1989 yılından beri davalı işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile Genel Hizmet Müdürlüğünde 2008 yılına kadar kurum arşiv müdürlüğünde büro memuru olarak, sonrasında Mekanik İnşaat Bakım destek Müdürlüğünün İzolasyon ve Reflektör Müdürlüğünde usta olarak çalıştı-

rılmakta iken, sözleşmesinin işveren tarafından 29.07.2011 tarihinde hizmetine ihtiyaç olmaması sebebiyle feshedildiğini, bunun geçerli bir fesih sebebi olmadığını, feshin geçerli nedene dayandığını işverenin kanıtlamakla yükümlü olduğunu, fesih açıklamasının kanunun 19 maddesine uygun olmadığını, feshin son çare olması ilkesine uygun olarak gerçekleştirildiğinin kanıtlanması gerektiğini, davalı işverenin fesih gerekçesi ile çelişki oluşturacak şekilde pek çok yeni işçiyi işe aldığını, yeni alınan işçilerin işten çıkarılan işçilerin yarısından da daha düşük ücretle çalıştırıldıklarını, davalı işverenin fesih gerekçesinin samimi ve gerçek olmadığını, amacın ucuz işgücü olduğunu belirterek, feshin geçersizliği ile davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, davalı işyerinin 2001 yılından bu yana sadece meslek lisesi ve meslek yüksek okulu mezunlarını işe aldığını, halen çalışmakta olan kalifikasyonu düşük vasıfsız elemanların mağdur edilmemeleri amacıyla, emekliliğe kadar çalıştırıldıklarını, emekliliğe hak kazanmalarını takiben, tüm tazminatları ödenmek şartıyla sözleşmelerinin feshedildiğini, bu durumdaki mavi yakalı personelin tamamının iş sözleşmelerinin feshedildiğini, alınan tedbirler ve yapılan uygulamalar kapsamında P A.Ş ile toplu iş sözleşmesinin tarafı olan Sendika yetkililerinin, etkin ve verimli istihdam politikası izleme zorunluluğunun bir gereği olarak işyerinde çalışan işçilerden hizmetine ihtiyaç duyulmayanların iş akitlerinin feshine ilişkin usul ve esasları düzenleyen protokol çerçevesinde, okur yazar-ilkokul/ortaokul/düz lise mezunu olan kalifikasyonu düşük, vasıfsız işçilerin ayrı bir maddede değerlendirilerek, bunların iş sözleşmelerinin emekliliğine hak kazanmalarını müteakiben feshedilebileceği hususunun açık ve kesin olarak kabul edildiğini, protokolün 2. maddesi uyarınca "*halen çalışmakta olun okur-yazar-ilkokul-ortaokul-lise mezunu olup, teknik olmayan unvanlarda çalışan (tüm destek ve işlem elemanı unvanlı, fotoğraf, idari işler, iş takip, satın alma, sicil ve tahakkuk, kontrol elemanı gibi) personelin iş akitleri emekliliğe hak kazandığı tarihi takip eden Ocak ve Temmuz aylarının son iş günü her türlü hakları ödenmek suretiyle Pektim tarafından tek taraflı olarak feshedilecektir*" hükmüne uygun olarak davacının iş sözleşmesinin her türlü hakları ödenmek sureti ile 29.07.2011 tarihinde hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeni ile feshedildiğini, feshin son çare olması ilkesine uygun olarak gerçekleştirildiğini, davacının yerine yeni elaman alınmasının söz konusu olmadığını, davacının iş akdinin feshinden önce işe alınanların tamamının, meslek yüksek okulu ve meslek liselerinin kimya, rafineri, petrokimya, elektrik/elektronik, makine, motor, tefsiye bölümlerinden mezun kişiler olduğunu, bu sebeple açılan davanın reddine karar verilmesi talep edilmiştir.

İşveren ile işçi sendikası arasında imzalanmış olan ve yürürlük süresi 01.01.2009-31.12.2010 olan toplu iş sözleşmesinin 24 maddesinde, işçinin

emeklilik sebebiyle sözleşmeyi feshetmesinde, işverenin takip edeceği yol düzenlenmiştir. TİS 24/2C hükmü uyarınca, "*Yaşlılık ayrılması: 55 yaşını dolduran erkek, 50 yaşını dolduran kadın personelin hizmet akdi, aşağıdaki belirtildiği şekilde ihbar öneli ücreti ile kıdem tazminatı ödenerek feshedi*lir.

Kadın personele 50, erkek personele ise 55 yaşını dolduracağı tarihten bir yıl önce SSK dan emekliliğe hak kazanmamış ise buna belgeyi ibrazı yazılı olarak istenir. Emekliliğe hak kazanmadığını SSK dan alacağı belge ile 1 yıl içinde tevsik eden personelin hizmet akdi emekliliğe hak kazanacağı tarihe kadar uzatılır veya hizmet akdi bu tarihi takip eden yılın Ocak ayı itibarı ile işveren tarafından feshedilir. Aynı şekilde 50 ve 55 yaşını dolduran personelin de hizmet akdi 50-55 yaşını doldurduğu tarihi takip eden Ocak ayı itibarı ile işveren tarafından feshedilir. Her iki halde de kıdem ve ihbar tazminatı ödenir."

18.06.2010 günü sendika ile işveren arasında imzalanan protokol uyarınca TİS'nin 24/2 c fıkrasına ek olarak "*halen çalışmakta olan okur-yazar-ilkokul-ortaokul-lise mezunu olup, teknik olmayan unvanlarda çalışan (tüm destek ve işlem elemanı unvanlı, fotoğraf, idari işler, iş takip, satın alma, sicil ve tahakkuk, kontrol elemanı gibi) personelin iş akitleri emekliliğe hak kazandığı tarihi takip eden Ocak ve Temmuz aylarının son iş günü her türlü hakları ödenmek suretiyle Petkim tarafından tek taraflı olarak feshedilecektir*" hükmünün kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Davacının 25 yıl 49 yaş ve 5300 gün ile yaşlılık aylığına hak kazandığı belirlenmiştir.

Davalı ile işçi sendikası arasında geçerlilik tarihi 01.01.2011-31.12.2012 olan toplu sözleşmesi imzalanmıştır

İşçi işe iade davası açmıştır.

SORULAR

1. Davalı işverenin fesih gerekçesi olarak "davacının sözleşmesine ihtiyaç duyulmamasını" göstermiş olmasına rağmen, yargılama esnasında toplu sözleşme ve protokol hükümlerine dayanması mümkün müdür? Yargıtay'ın konu ile ilgili görüşlerini dikkate alarak değerlendiriniz.
2. Davacının yürürlük tarihi davalı ile işçi sendikası arasında geçerlilik tarihi 01.01.2011-31.12.2012 olan toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün müdür?

CEVAPLAR

1. İş Kanunun 19. maddesinin 1. fıkrasına göre, "***işveren....fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek zorundadır***". İşveren işçiye bildirdiği fesih nedeni ile bağlıdır, bunu sonradan değiştiremez. Bundan başka İş K.19/1 de fesih

nedenin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi yükümlülüğü getirildiğinden, işveren genel ve muğlak ifadeler ile yetinmemelidir. İşletme ve işin gereğine dayanan işten çıkarmalarda genel ifadelerle yetinilmemeli, feshin hangi ekonomik veya teknolojik gerekçe ile yapıldığı açıklanmalıdır. İşçiden kaynaklanan nedenler söz konusu olduğunda, sadece işçinin yetersizliği veya davranışları nedeni ile sözleşmenin feshedildiğinin bildirilmesi yeterli olmamalıdır. İşçinin hangi bakımdan yetersiz olduğu veya hangi davranışının feshe yol açtığı belirlenmelidir.

Fesih bildirimin yazılı olarak yapılmaması gibi, fesih nedenin açık ve kesin olarak bildirilmemesi de feshin geçerliliğini etkileyen unsur olarak kabul edilmelidir. Kanunun 20 ve 21 maddelerinin birinci fıkralarında süreli fesih bildiriminde **"fesih nedenin gösterilmemesi" "fesih nedenin geçerli olmaması"** ile eşdeğer tutularak, sırf nedenin belirtilmemesi feshi geçersiz hale getirmektedir.

Davalı işveren 21.07.2011 tarihli fesih yazısı ile davacının iş sözleşmesini **"hizmetine ihtiyaç duymaması sebebiyle"** feshettiğini yazılı olarak bildirmiştir. Mahkemeye sunulan 03.11.2011 tarihli yazıda ise davacının iş sözleşmesinin hizmetine ihtiyaç duyulmaması, şirket ile işçi sendikası arasında imzalanan 18.06.2010 tarihli protokolün 2 maddesine dayanarak feshedildiği bildirilmiştir. Kanımızca davacının hizmetine ihtiyaç duyulmaması ile protokole dayalı olarak sözleşmenin feshi birbirinden ayrı iki fesih sebebidir. İşveren bildirdiği fesih sebebi ile bağlıdır, sonradan bunu değiştiremez. Dolayısı ile davalı işverenin bildirdiği "davacının hizmetine ihtiyaç" kalmaması olgusunun davalı tarafından kanıtlanması gerektiği düşünülmektedir.

Buna karşılık Mahkemece, davalı tarafından gerçekleştirilen feshin, işveren ile işçi sendikası arasında imzalanan protokolün 2. maddesi uyarınca, davacının yaşlılık aylığına hak kazanmasından sonraki Temmuz ayının son gününde yapıldığı dikkate alınarak, protokole uygun bir feshin söz konusu olduğunun kabul edilmesi halinde, bu feshin geçerli olup olmayacağının ayrıca incelenmesi zorunludur.

Gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında salt yaşlılık aylığına hak kazanma veya belli bir yaşa gelme geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmemektedir. İşyerinde işçi çıkarmayı zorunlu kılan işletme gerekleri var ise, bu nedene dayanarak iş akitleri feshedilirken öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin seçilmesi mümkündür.

İş hukuku öğretisindeki bir görüşe göre bu tür kayıtlar geçerli olarak personel yönetmeliklerinde yer alabilir (Soyer, P., Feshe Karşı Korumanın Genel çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş güvencesi Ku-

rumu ve İşe İade davaları, İstanbul 2005, s.50; Ekonomi, M., Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep sayılabilmesi, Karar İncelemesi, YKİ 2, 2006, s.136-138). Buna karşılık öğretideki diğer yazarlar bu tür sözleşmesel kayıtların kural olarak geçersiz sayılması gerektiği görüşünü benimsemiştir (Ulucan, D., 4773 sayılı kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, B.2, İstanbul 2003, s.59; Alp, M., Otuz Hizmet Yılını Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir?, Karar İncelemesi, YKİ 2, 2006, s.157-158; Ertürk, Ş., İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s.184; Alpagut, G., İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı, İstanbul 2008, s.28-29; Süzek, S., İş Hukuku, 4.B, İstanbul 2008, s.511)

Belli bir yaş sınırına gelmiş ve emekliliği hak etmiş olma halinde iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedilebileceğini öngören personel yönetmelikleri hükümlerinin geçerli olup olmadığı konusunda Yargıtay kararlarının tam bir istikrar kazandığından söz etmek mümkün değildir. Ancak iş güvencesi hükümlerinin getirilmesinden sonra, İş K. M.18/I de yer alan geçerli fesih nedenleri emredici nitelikte olup işçi aleyhine değiştirilemezler. Yargıtay kararları ile emeklilik yaşına gelmenin tek başına geçerli fesih sebebi oluşturmadığı kabul edildiğinden, işçinin emeklilik hakkı kazanması veya belli bir yaşa gelmesi onun yetersiz olduğu şeklinde genel bir sonuca varmayı mümkün kılmadığından bu tür kayıtların İş K.18 maddesine uygun oldukları söylenemez.

İşveren ile işçi sendikası arasında imzalanmış olan ve yürürlük süresi 01.01.2009-31.12.2010 olan toplu iş sözleşmesinin 24 maddesinde, işçinin emeklilik sebebiyle sözleşmeyi feshetmesinde, işverenin takip edeceği yol düzenlenmiştir. TİS 24/2C hükmü uyarınca, "*Yaşlılık ayrılması: 55 yaşını dolduran erkek, 50 yaşını dolduran kadın personelin hizmet akdi, aşağıdaki belirtildiği şekilde ihbar öneli ücreti ile kıdem tazminatı ödenerek feshedi*lir.

Kadın personele 50, erkek personele ise 55 yaşını dolduracağı tarihten bir yıl önce SSK dan emekliliğe hak kazanmamış ise buna belgeyi ibrazı yazılı olarak istenir. Emekliliğe hak kazanmadığını SSK dan alacağı belge ile 1 yıl içinde tevsik eden personelin hizmet akdi emekliliğe hak kazanacağı tarihe kadar uzatılır veya hizmet akdi bu tarihi takip eden yılın Ocak ayı itibarı ile işveren tarafından feshedilir. Aynı şekilde 50 ve 55 yaşını dolduran personelin de hizmet akdi 50-55 yaşını doldurduğu tarihi takip eden Ocak ayı itibarı ile işveren tarafından feshedilir. Her iki halde de kıdem ve ihbar tazminatı ödenir."

18.06.2010 günü sendika ile işveren arasında imzalanan protokol uyarınca TİS'nin 24/2 c fıkrasına ek olarak "*halen çalışmakta olan okur-yazar-ilkokul-ortaokul-lise mezunu olup, teknik olmayan unvanlarda çalışan (tüm destek ve işlem elemanı unvanlı, fotoğraf, idari işler, iş takip, satın alma, sicil ve tahakkuk, kontrol elemanı gibi) personelin iş akitleri emekliliğe hak kazandığı tarihi takip eden Ocak ve Temmuz aylarının son iş günü her türlü hakları ödenmek suretiyle Petkim tarafından tek taraflı olarak feshedilecektir*" hükmünün kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu hükümle toplu iş sözleşmesi hükmünden farklı olarak, işçinin Toplu iş sözleşmesinde belirtilen yaşı dolduramamış olsa bile (50-55), yaşlılık aylığına hak kazanmak şartı ile işverene sözleşmeyi feshetme olanağı tanındığı anlaşıldığı gibi, teknik ve teknik olmayan personel arasında da bir ayırıma gidildiği anlaşılmaktadır. Davacının 25 yıl 49 yaş ve 5300 gün ile yaşlılık aylığına hak kazandığı belirlenmiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtay'ın konu ile ilgili değişik kararları bulunmaktadır. Ancak son kararlarında Yargıtay tüm personel için objektif ve genel bir uygulamanın varlığına bakarak, böyle bir uygulamanın olması durumunda yapılan fesihleri geçerli kabul etmektedir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 6/son maddesi uyarınca (STİSK m. 36/II), *"her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder."* İş sözleşmesinin sona erdirilmesi ile ilgili anılan sözleşmenin 24. maddesi ve eki niteliğindeki protokol, hizmet akdi hükmü olarak fesih tarihinde devam etmektedir. Davalı işverenin bu hükme dayanarak iş sözleşmesini sonlandırması, geçerli neden teşkil eder. Ancak davalı işverenin, bu hükmü, istisnasız olarak 55 yaşını dolduran işçilere uygulayıp uygulamadığı önem kazanmaktadır. Mahkemece davalı işverenin bu hükmü istisnasız tüm işçilere uyguladığının kabul edilmesi halinde, objektif ve genel bir uygulamanın varlığından söz edilebilecek ve işe iade davasının reddine karar vermek gerekecektir

2. Toplu sözleşmenin imzalandığı tarih 01.08.2011 tarihi olup, sözleşmenin yürürlük tarihi geriye götürülmüştür (01.01.2011 den itibaren bu sözleşme uygulama alanı bulmuştur). Davacının sözleşmesinin feshedildiği tarih 29.07.2011'dir. **Yani davacının sözleşmesi toplu sözleşmenin imzalanmasından önceki bir tarihte feshedilmiştir.** Toplu sözleşmeden yararlanmaya ilişkin 9. madde (STİSK m. 39/I-II): "Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanırlar.

Toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi

sendikasınca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanırlar" hükmünü içermektedir.

Bu düzenlemenin sonucu olarak toplu iş sözleşmesinin imzası tarihinden önce üye olmakla beraber imza tarihi itibariyle işten ayrılanlar sözleşmeden yararlanamazlar. Bununla birlikte toplu iş sözleşmelerine bu işçilerin yürürlük tarihinden işten ayrılış tarihine kadar sözleşmeden yararlanabilmelerine imkan veren hükümler konulması mümkündür. Taraflar bu konuda genel bir hüküm kabul edebilecekleri gibi, belli nedenlerle işten ayrılan sendika üyesi işçiler için yararlandırmayı öngörebilirler[3].

İmza tarihinden önce sendikaya üye olan işçilerin geriye dönük yürürlük başlangıcından itibaren sözleşmeden yararlanabilmeleri için imza tarihinden önce sendikaya üye olmaları yeterli değildir. Bu işçilerin yürürlük tarihinde de üye olmaları gereklidir. Yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında üye olanlar üye oldukları tarihten itibaren sözleşmeden yararlanırlar. İmza tarihi yürürlük tarihinden sonra ise, sözleşme geçmişe etkili olarak yürürlüğe girebilir. Taraflar bazı maddelerin imza tarihinden itibaren yürürlüğe girmesini de kararlaştırabilir. İmza tarihinden sonra üye olan işçiler ise üyeliklerinin işverene bildirildiği tarihten itibaren sözleşmeden yararlanabilir. Burada bildirim önkoşuldur. İşçi sendikası bu bildirimi yapmadığı sürece, üyesi işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir.

Toplu sözleşmenin yürürlüğü ve yararlanmaya ilişkin bu genel bilgiler çerçevesinde, davacının toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önce üye olmakla birlikte imza tarihinde işyerinden ayrılmış olması sebebiyle, bu toplu iş sözleşmesinden yararlanması ancak sözleşmede buna ilişkin ayrık bir hükmün bulunması halinde mümkün olabilecektir.

B. Yetki İtirazı

OLAY

(H) sendikası, (Ö) Belediyesi işletmesinde toplu iş sözleşmesi yapmak için 3.11.2008 tarihinde yetki tespiti başvurusu yapmıştır. Bakanlık, bu tarih itibarı ile sendikanın gereken çoğunluğu sağladığını tespit etmiş, 31.12.2008 tarihli yetki belgesi vermiştir (İlk Yetki Belgesi). Bu yetki belgesine dayanarak yürütü-

[3] Yargıtay'ın ve doktrinde hakim görüş bu olmakla birlikte, Yargıtay'ın ve doktrindeki hakim görüşün aksine, bu durumdaki işçilerin toplu iş sözleşmesinden kişisel olarak yararlanabilecekleri görüşünden yanayız. Bu konuda keleme aldığımız bilimsel makale ile ilgili olarak bkz. ERTÜRK, Ş., Toplu İş Sözleşmesinin İmza Tarihi İle Yürürlük Tarihleri Arasında İşyerinde Çalışmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları, İzmir Barosu Dergisi 2000, S.1.

len toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde uzlaşma sağlanamadığından, (H) Sendikası 30.6.2009 tarihinde grev kararı almıştır. Bu grev kararı hakkında 9.7.2009 tarihinde grev oylaması yapılmış ve işyerinde çalışan 132 işçiden 112'si hayır oyu kullanmıştır. (H) Sendikası bu oylama sonucuna itiraz davası açmıştır. Ancak daha sonra davadan feragat etmiştir. (H) Sendikasının davadan feragat etmesi üzerine mahkemece itirazın reddine hükmedilmiş, hüküm 24.11.2009 tarihinde kesinleşmiştir. (H) Sendikası, grev oylamasına dair mahkeme kararı kesinleşmeden önce, 19.11.2009 tarihinde Bakanlığa başvurmuş, 31.12.2008 tarihli İlk Yetki Belgesine istinaden yürütülen toplu iş sözleşmesi prosedürünün işlemden kaldırılmasını talep etmiştir. Bakanlık bunun üzerine, 17.5.2010 tarihli yazısında da açıklandığı üzere, (Ö) Belediyesi işyerleri ile ilgili toplu iş sözleşmesi prosedürünü sonlandırmıştır.

İlk Yetki Belgesinin işlemden kaldırılması talebinden bir gün sonra, fakat grev oylamasına itirazla ilgili karar henüz kesinleşmeden (24.11.2009 tarihinde kesinleşmiştir) önce, 20.11.2009 tarihinde (H) Sendikası (Ö) Belediyesi işyerleri için yeni bir yetki başvurusunda bulunmuştur. Bakanlık, 26.11.2009 tarihinde (H) Sendikasının gereken çoğunluğu sağladığına ve yetkili olduğuna dair yeni bir yetki belgesi düzenlemiştir (İkinci Yetki Belgesi).

Davanın konusu, bu İkinci Yetki Belgesi'nin geçerliliğine ilişkindir. Davacı taraf özetle, İlk Yetki Belgesi'nin grev oylamasına dair mahkeme kararının kesinleştiği 24.11.2009 tarihine kadar geçerli olduğunu, bu tarihten önce (20.11.2009) yeni bir yetki başvurusu yapılamayacağını ve bu başvuruya istinaden yeni bir yetki belgesi düzenlenemeyeceğini iddia etmektedir. Davalı taraf ve Çalışma Bakanlığı ise 2822 sayılı Yasa'nın 36. maddesini gerekçe göstererek savunma getirmekte, İlk Yetki Belgesi'nin süresi içinde karşı tarafla anlaşmaya varılmaması ve YHK'na da başvurulmaması sebebi ile hükümsüz hale geldiğini iddia etmektedirler. Bu savunmaya göre İkinci Yetki Belgesi bu nedenle geçerlidir.

SORU

Bakanlık tarafından verilen ikinci yetki belgesi geçerli midir? Davacı Sendikanın itirazı yerinde midir? Açıklayınız.

CEVAP

1. Davacı Sendikasının açmış olduğu yetki itirazı davasının konusu, İkinci Yetki Belgesi'nin geçerliliğine ilişkindir. Davacı sendika, İlk Yetki Belgesi'nin grev oylamasına dair mahkeme kararının kesinleştiği 24.11.2009 tarihine kadar geçerli olduğunu, bu tarihten önce (20.11.2009) yeni bir yetki başvurusu yapılamayacağını ve bu başvuruya istinaden yeni bir yetki belgesi düzenlenemeyeceğini iddia etmiştir. (H) Sendikası ve Çalışma Bakanlığı ise 2822 sayılı Ya-

sa'nın 36. maddesini gerekçe göstererek, İlk Yetki Belgesi'nin süresi içinde karşı tarafla anlaşmaya varılmaması ve YHK'ya da başvurulmaması sebebi ile hükümsüz hale geldiğini iddia etmektedirler. Bu savunmaya göre İkinci Yetki Belgesi bu nedenle geçerlidir. Ancak karara varmak için TSGLK m. 36'nın değerlendirilmesi gereklidir.

TSGLK m. 36/III uyarınca grev oylaması sonucu işçiler grevin uygulanmamasına karar verirlerse ve uyuşmazlıkta taraf olan işçi sendikası oylama sonucunun kesinleşmesinden itibaren on beş gün içinde karşı tarafla anlaşmaya varamazsa veya YHK'ya başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz (STİSK m. 61/III uyarınca bu düzenleme, STİSK m. 60 da belirtilen anlaşmaya varılamaz ise grevin başlatılması gerektiği **60 gün** bitmeden yine anlaşılmaz veya grev oylaması kararının kesinleşmesinden itibaren **6 iş günü** içinde YHK'na başvurulmazsa yetki belgesinin hükmünün kalmayacağı şeklinde değiştirilmiştir). Ancak m. 36/II'de grev oylamasına itiraz hakkı da tanınmaktadır (STİSK m. 61/II). Grev oylamasına itiraz, oylamanın usulüne uygun yürümemesi, oylamaya fesat karıştırılması gibi durumlar için taraflara tanınmış bir haktır. Mahkeme bu itiraz üzerine grev oylamasının iptaline hükmederse, grevin uygulanmamasına dair bir karardan da söz edilemeyeceğinden, grev uygulanabilecektir. Bu durumda grev oylamasına itiraz halinde yetki belgesi mahkeme süreci boyunca geçerli kalmaya devam edecektir. Aksinin kabulü grev oylamasına itiraz hakkını anlamsız ve işlevsiz hale getirir.

Eğer grev oylaması sonucuna itiraz edilmesine rağmen m. 36/III'teki sürenin işlediği ve yetki belgesinin 15 günlük sürenin (STİSK ya göre 60 gün ya da 6 iş günü) dolması ile hükümsüz hale geldiği kabul edilseydi, oylamaya itiraz etme hakkı fiilen ortadan kaldırılmış olurdu. Bu nedenle somut olayda olduğu gibi oylamada grevin uygulanmaması kararı çıktığı ve işçi sendikasının bu karara itiraz ettiği durumlarda, yargılama sürecinde yetki belgesinin geçerliliğini koruduğu kabul edilmelidir.

Yasanın lafzı da bu sonucu kabul etmeyi gerektirmektedir. Md. 36/III'te "*oylama sonucunun kesinleşmesinden*" itibaren 15 günlük süre işletilmektedir. Grev oylaması sonucuna itiraz edilmiş ise mahkeme itirazı kesin hükme bağlamadığı sürece oylama sonucunun kesinleştiği de kabul edilemez. Bu nedenle grev oylamasına itiraz halinde dava devam ettikçe 15 günlük süre de işlemeye başlamaz. Yasa'nın sistematik olarak 2. fıkrada itiraza yer vermesi ve ancak sonraki 3. fıkrada yetki belgesinin hükümsüz hale gelmesi için gereken süreye işaret etmesi de aynı sonucu desteklemektedir. Grev oylamasına itiraz edildiği takdirde, itiraz davası görüldüğü sürece grevin uygulanmamasına dair karar kesinleşmiş sayılamaz. Mahkeme grev oylamasına itirazı karara bağlayıncaya

kadar, grev oylaması kesinleşmediğinden, m. 36/III'teki 15 günlük süre de işlemeye başlamayacaktır. Bu nedenle grev oylamasına itiraz davası sürerken sendikanın yetki belgesi de geçerliliğini korur.

Bu durumda (H) Sendikası'nın 31.12.2008 tarihinde aldığı İlk Yetki Belgesi, grev oylamasının iptali davasına dair mahkeme kararının kesinleştiği 24.11.2009 tarihinde halen geçerliliğini korumaktadır. Oylama sonucu ancak 24.11.2009 tarihinde mahkeme kararı ile kesinleştiğinden, yetki belgesinin hükümsüz hale gelebilmesi için gereken 15 günlük süre de bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Davalı (H) Sendikası'nın 19.11.2009 tarihinde Çalışma Bakanlığı'na yaptığı başvuru ile yetki belgesinin hükümsüz hale gelmesi söz konusu değildir. Dava konusu ikinci yetki belgesi için başvurulduğu tarih olan 20.11.2009'da ve bu belgenin verildiği 26.11.2009'da İlk Yetki Belgesi aslında hala hüküm ifade etmektedir.

Geçerli bir yetki belgesi varken, yeni bir yetki başvurusu yapılamaz ve yetki belgesi verilemez. Bu nedenle 26.11.2009 tarihli ikinci yetki belgesi hükümsüzdür. Davacı Sendikanın itirazları yerindedir.

OLAY

Davacı vekili dava dilekçesinde, Pancar/İzmir adresinde faaliyet gösteren Y Sünger ve Yatak San. Tic. Ltd Şti. işçilerinin sendikalı olarak faaliyete geçtiğini, bunu öğrenen işverenin önce Hak-İş'e bağlı Öziplik-İş Sendikası yetkililerini işyerine çağırıp üye kaydı yapmasına olanak tanıdığını, işçilerin bu sendikaya itibar etmemesi üzerine Türk-İş'e bağlı Teksif Sendikası'nın üye kaydı yapması için canla başla çalıştığını, işçilerin bu zorlama ve baskıya karşı çıkıp işverenin sendikalarından ayrılıp Disk'e bağlı Tekstil Sendikası'na geçmeye başlayınca muvazaalı ve Kanun'a karşı işler yapmaya başladığını, Y işyeri için muvazaalı hareketler sonucu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca Teksif Sendikası'na olumlu yetki tespiti yazısı gönderildiğini, bu tespite karşı Tekstil Sendikası'nca dava açıldığını, bu davanın İzmir 5. İş Mahkemesi'nde derdest olduğunu, işverenin yaptığı suç teşkil eden eylemlerin de Torbalı Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2014/...numaralı hazırlık dosyasında incelenmekte olduğunu, bahsedilen dava ve savcılık soruşturması devam ederken Y işyerini İ Mobilya olarak değiştirip, değişik bir adresle ÇSGB'na yetki için başvurduğunu ve Bakanlıktan Olumlu Yetki Tespiti Kararı gönderildiğini, İ Mobilya'nın aslında Y işyeri olduğunu, ortakları, yöneticileri ve adreslerinin aynı olduğunu, çalışan ve üye olarak ÇSGB'nca yetki hesaplamasında dikkate alınan işçilerin aynı işçiler olduğunu, bu değişimden hiçbir işçinin de haberi olmadığını, işçilere hiçbir belge imzalatılmadığını beyan etmiş, aynı işyerine ait yetkiye itiraz davası derdest iken, muvazaa ile işyeri ismini değiştirip yeniden yetki almaya çalışan işve-

ren/Teksif sendikasının bu düzeninin bozulması için öncelikle davanın İzmir 5. İş Mahkemesi'nin 2014... E sayılı dosyası ile birleştirilmesine karar verilmesini, birleştirme kararı verilmemesi durumunda davalılardan TEKSİF sendikasına ÇSGB Çalışma Genel Müdürlüğü tarafından gönderilen 05.06.2014 tarihli ve 75014829/103.02/9772 nolu yetki tespitine derdestlik ve diğer itirazların kabulü ile TEKSİF sendikasının yetkisizliğine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılardan İ Mobilya Malzemeleri Ticaret ve Sanayi AŞ. vekili cevap dilekçesinde, İ Mobilya Malzemeleri Ticaret ve Sanayi AŞ'nin mobilya sektöründe faaliyet gösteren ve Y ticari markası ile tanınan sektörünün en önemli firmalarından biri olduğunu, davacının Y işyerinin İ Mobilya yapılıp değişik bir adresle ÇSGB'na yetki için başvurulduğu yönündeki iddialarının gerçek dışı olduğunu, ÇSGB Çalışma Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2014 tarihli 75014829/103.02..... sayılı "Yetki Tespiti" konulu yazısından da anlaşılacağı üzere başvuru tarihi olan 02.06.2014 tarihinde müvekkil davalı işyerindeki toplam işçi sayısının 537, Teksif Sendikası'na üye işçi sayısının 294 olduğunun anlaşıldığını, işverenin bu tespite itiraz etmediğini zira tüm sendikalarla anlaşmaya hazır olup herhangi bir sendika tercihi olmadığını, 3 ayrı sendikanın işyerinde yetki almak için çekişme halinde olduğunu ve bu durumdan en çok işverenin zarar gördüğünü, şirketin bir şirketler grubunun parçası olduğunu, grubun hem üretim hem satış ve pazarlama olmak üzere iki ayrı organizasyonla faaliyet gösterdiğini, üretim faaliyetlerinin İ Mobilya Malzemeleri Ticaret ve Sanayi AŞ tarafından, satış ve pazarlama ile ihracat faaliyetlerinin Y Sünger Yatak ve Mobilya Sanayi Ticaret AŞ tarafından yerine getirildiğini, yeni değil iki ayrı eski firmanın söz konusu olduğunu, Y Sünger Yatak ve Mobilya Sanayi Ticaret Ltd Şti adlı tamamen ayrı bir şirketin mevcut olduğunu, bu şirketin amaç ve konusunun tamamen farklı olduğunu, müteahhitlik firması olarak faaliyet gösterdiğini, ancak bu firmada hiç işçi çalışmadığını, İzmir Ticaret Sicil Müdürlüğü'nde 97185 sicil numarası ile kayıtlı Y Sünger Yatak San. ve Ticaret AŞ ve Torbalı Ticaret Sicil Müdürlüğü'nde 3437 sicil numarası ile kayıtlı eski unvanı Y Sünger Yatak ve Mobilya san. ve Tic. Ltd. şti (yeni unvanı ile İnci Müteahhitlik Kiralama Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi) olan 2 ayrı firmanın mevcut olduğunu, bu firma Y adını taşıdığı için Y markasını satın alan yabancı ortağın bu firmanın adının değiştirilmesini talep etmesi sebebiyle 05.06.2014 tarihinde alınan Müdürler kurulu kararı ile bu şirketin unvanının İ Müteahhitlik Kiralama Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olarak değiştirildiğini, bu firmanın tamamen bambaşka bir firma olup ortaklarının farklı kişilerden oluştuğunu, dava dilekçesindeki muvazaa iddialarının tamamen hatalı olduğunu, ne şirketin eski ortakları ne de yeni ortaklarının Y AŞ veya İ AŞ işyerinde çalışan işçilerin sendikalaşması konusunda menfi bir etkide bulunmadıklarını, şirkette evvela dava dışı

Hak-İş'e bağlı Öz İplik İş Sendikası'nın, daha sonra Türk-İş'e bağlı diğer davalı TEKSİF Sendikası'nın gelip örgütlendiğini, son olarak da DİSK'e bağlı davacı Tekstil İşleri Sendikası'nın gelip işyerinde örgütlenme faaliyetlerine başladığını, şirketin sendika tercihi yapacak olsaydı ilk gelen Öz İplik İş veya Teksif ile toplu iş sözleşmesi imzalayabileceğini, ancak hiçbirine karışmayıp kim yetki alır ise onunla toplu iş sözleşmesi yapacağını bildirdiğini, hatta şirketin her 3 sendikanın temsilcilerini de tek tek işyerine davet edip görüşmeler yaptığını, işyerinde yapılacak olan örgütlenme çalışmalarının işyerindeki işleyişe zarar vermeden ve işçiler arasında gerginliğe sebebiyet vermeden ve üretimi aksatmaksızın yürütülmesine özen gösterilmesi hususunun kendilerine ifade edildiğini, bu üç sendikanın onayı ile bir sandık kurularak hangi sendika isteniyorsa işçiler arasında oylama yapılmasının teklif edildiğini, ancak DİSK'e bağlı davacı sendika üyelerinin diğer sendika üyesi olan işçilere sataşmaya başlayıp tehditlerle gerginlik artınca bu oylamanın başlamadan bittiğini, işverenin daha fazla gerginlik çıkmaması için iptal etmek zorunda kaldığını, sendikalar arasında çekişmelerden işverenin zarar gördüğünü, üretimde ciddi sıkıntılar yaşandığını ve işyerinde verimin düştüğünü, hatta yabancı yatırımcının alımdan vazgeçmeye kalktığını, bunun üzerine işçilerin çalışma saatleri içinde sendikal faaliyette bulunmalarının yasaklandığını, ancak çalışma saatleri dışındaki sendikal faaliyetlere karışılmadığını, şirket çalışanlarının şirkete talip olan yabancı yatırımcıdan önce Y **A.Ş. işçisi iken Bakanlık tarafından kendisine yetki verilen Teksif Sendikası'nın, hisse devri sebebiyle işçilerin nakledildiği İ Mobilya AŞ'de de aynı şekilde yetki aldığını,** şirket tarafından sendika ayrımı yapılmadığından yetki işlemine karşı itiraz edilmediğini, işverenin 3 sendika arasında yaşanan çekişmeden rahatsız olması sebebiyle bir an önce işyerinde toplu iş sözleşmesi akdedilmesi gerektiğini, bu sebeple açılan davanın reddinin gerektiğini beyan etmiştir.

Davalılardan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı vekili cevap dilekçesinde, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca Bakanlığa gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile işverenler tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerinin birlikte değerlendirilmesiyle sonuçlandığını, Teksif Sendikası bakımından İ Mobilya Malzemeleri Tic. San. AŞ. işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak için 02/06/2014 tarihinde yetki tespiti başvurusunda bulunulması üzerine Bakanlıkça yapılan inceleme sonucunda işyerinde 537 işçinin çalıştığı, 294 işçinin adı geçen sendikaya üye olduğunun tespit edildiğini, davanın reddinin gerektiğini beyan etmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2014 tarihli 75014829/103.02/....sayılı Yetki Tespiti yazısında İ Mobilya

Malzemeleri Tic. ve San. AŞ'de toplu iş sözleşmesi yapmak için TEKSİF Sendikası'nın toplu iş sözleşmesi yapmak için yetki tespiti isteminde bulunması üzerine Bakanlıkça yapılan incelemede işyerinde çalışan işçi sayısının 537, üye işçi sayısının 294 olduğunu, adı geçen sendikanın Yasanın aradığı gerekli çoğunluğu sağladığının tespit edildiği görülmüştür.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından İ Mobilya Malzemeleri Tic. Ve San. AŞ unvanlı işyerinde tutulan tutanakta, 20-21-25-26.02.2014 tarihlerinde işyerine gelindiği, işveren vekili ile görüşüldüğü, işyerinde denetim tarihi itibarı ile 25 erkek ve 13 kadın olmak üzere toplam 38 işçi olduğu, işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi bulunmadığı, İ Mobilya Malzemeleri Tic. ve San. AŞ'ne ait işyerinin Y Sünger Yatak ve Mobilya San. ve Tic. Ltd Şti'nin aynı adreste faaliyet gösterdiği, şirketin üretim faaliyetinin bulunmadığı, çalışan personelin satın alma, muhasebe, personel, sevkiyat, satış/pazarlama gibi idari birimlerde çalıştığının ifade edildiği, işveren vekilinin ifadesine göre İ Mobilya Malzemeleri Tic. ve San.AŞ'ye ait işyerinde çalışanlara arasında bir sendikal örgütlenme bulunmadığı, sendikalar tarafından yapılmış bir toplu iş sözleşmesi başvurusunun olmadığı, Y Sünger Yatak ve Mobilya San ve Tic Ltd Şti'nin çalışanları arasında söz konusu olan E-Devlet şifresi almak, sendikalara üye olmak konusunda bir çalışmanın olmadığı, sendikalara üye olma konusunda baskı yapıldığı iddialarını işveren vekilinin kabul etmediği hususlarının tespit edildiği görülmüştür.

DİSK tarafından ÇSGB'na yazılan 29.01.2014 tarih ve 37/GB..... sayılı yazıda, Konfederasyona üye Tekstil İşçileri Sendikası'nın işçilerin başvurusu üzerine İzmir-Torbalı'da faaliyet gösteren Y-İ Mobilya Malzemeleri A.Ş.'de başlattığı örgütlenmeler üzerine DİSK/Tekstil Sendikası, işyerinde örgütlenme çalışması yapan diğer sendikalar Hak-İş'e bağlı Öziplik Sendikası ve Türk-İş'e bağlı Teksif Sendikası ile işveren temsilcisinin katıldığı bir toplantıda, işçilerin özgür iradelerinin ortaya çıkması için yemekhanede bir referandum yapılması üzerine anlaşma sağlandığı, ancak işverenin 18 Ocak 2014 tarihinde yapılması kararlaştırılan referandumdan tek taraflı olarak vazgeçtiği, işverenin işçileri Türk-İş'e bağlı Teksif Sendikası'na yönlendirmeye başladığının tespit edildiği, işçilerin DİSK Tekstil İşçileri Sendikası'na üye olmasının engellenmeye çalışıldığı, işveren ve vekillerinin Torbalı PTT Şubesinden işçiler adına e-devlet şifresi aldığı ve bu yolla Teksif Sendikası'na üyelik başvurularının yapıldığının öğrenildiği, işçiler şifrelerini istediklerinde geçersiz şifreler verilerek Teksif Sendikası'ndan istifa edip Tekstil Sendikası'na üye olmalarının engellendiği hususlarının bildirildiği, Y şirketinde da yapılan sendikal hak ihlallerinin incelenmesi talep edildiği görülmüştür.

İzmir Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün 09/05/2014 tarihli Sicil Tastiknamesi'nde Y SÜNGER VE YATAK SANAYİ TİCARET ANONİM ŞİRKETİ unvanlı, 97185 sicil numaralı işyerinin tescil tarihinin 06/02/2001 olduğu, adresinin Yeşillik Cad. No..... Karabağlar/İzmir olduğu, uğraştığı işlerin ana sözleşmesinde yazılı olan işler olduğu, işletme sahibinin hüviyetinin Tüzel Kişi A.Ş. olduğu, temsilcilerinin S.C, S. C, S.G olduğu hususlarının tescil edildiği görülmüştür.

Y Sünger ve Yatak Sanayi Ticaret Anonim Şirketi'ne ait 30/05/2014 tarihli Yönetim Kurulu Kararı'nda şirketin TTK'nın 338. maddesine göre 30.05.2014 tarihinden itibaren tek pay sahipli anonim şirket faaliyetine devam edeceği, tek pay sahibinin merkez adresi Yeşillik Cad. Karabağlar/İzmir olan 56416-K4225 Ticaret Sicil Numaralı Mobilya Malzemeleri Ticaret ve Sanayi A.Ş. olduğu, bu hususun tescil ve ilan edilmesi şeklinde karar verildiği görülmüştür.

İzmir Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün İzmir 11. İş Mahkemesi'ne yazdığı 08/08/2014 tarih ve B-19/23411 sayılı yazıda Ticaret sicil numarası 56416, unvanı İ Mobilya Malzemeleri Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi, adresi Yeşillik Cad. No:.... Karabağlar/İzmir olan şirketin temsilcilerinin S.C ve A.A olduğu, Yatsan Sünger ve Yatak Sanayi Ticaret Anonim Şirketi, adresi Yeşillik Cad. No:.....Karabağlar/İzmir olan şirketin temsilcilerinin münferiden A.A ve müştereken S.C olduğu, bilgilerinin verildiği görülmüştür.

İzmir 5. İş Mahkemesi'nin 2014/93 Esas 2014/701 Karar sayılı Tekstil İşleri Sendikası'nın davacı, Teksif Sendikası Başkanlığı, Y Sünger ve Yatak San. Tic. AŞ., ÇSGB davalı olduğu yetki tespitinin iptali istemli davanın reddine karar verildiği görülmüştür.

Davacı sendikanın Bakanlığın, davalı sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yönündeki olumlu tespitine karşı, süresi içinde yetkili ve görevli mahkemeye başvurduğu belirlenerek, davacı sendikanın hak düşürücü süreye uyduğu ve görevli makama da dilekçeyi kaydettirdiği görülmüştür.

SORU

Davalı sendikanın 02.06.2014 tarihinde yaptığı yetki tespitine ilişkin başvurusu üzerine, Bakanlığın davalı Teksif İşçi Sendikasının 6356 s. Kanunun 42. maddesi uyarınca 05.06.2014 tarihinde yetki tespit belgesi düzenlemesi üzerine Mahkemenin kararı ne olmalıdır? Neden?

CEVAP

İzmir 5. İş Mahkemesinin kararına konu olan yetki başvurusu Y Sünger Sanayi ve Yatak Sanayi Tic. A.Ş unvanlı işyeri için yapılmışken, bu davaya konu uyuşmazlıkta yetki İ Mobilya Malz.Tic. ve San.A.Ş bakımından söz konusudur.

ÇSGB İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 27.02.2014 tarih ve 2377 İNC-01 ....sayılı Programlı Teftiş Raporu'nun Değerlendirme Kısmında, işyerinde bir sendikal faaliyetin söz konusu olmadığı, bunun dışında işverenden kaynaklanan bir baskının olduğu yönünde herhangi bir tespit yapılamadığı, İ Mobilya Malzemeleri Tic. ve San. AŞ'ye ait işyerinin Y Sünger Yatak ve Mobilya San. Tic. Ltd. Şti'nin aynı adreste faaliyet gösterdiği, şirketin üretim faaliyetlerinin bulunmadığı, çalışan personelin satın alma, muhasebe, personel, sevkiyat, satış/pazarlama gibi idari birimlerde çalıştığı, İ Mobilya Malzemeleri Tic. ve San. AŞ unvanlı işyerinde; işçilerin DİSK'e bağlı Tekstil İşçileri Sendikası'na üye olmalarının işveren tarafından engellenmeye çalışıldığı, bir başka sendikaya üye olması şeklinde yönlendirmelerin yapıldığı, buna yönelik olarak işveren ve işveren vekillerinin Torbalı PTT Müdürlüğü'nden işçiler adına E-Devlet şifresi aldığı ve baskıyla işçilerin Teksif Sendikası'na üye yaptırıldıkları, işçilerin sendika seçme özgürlüğünün kısıtlandığı yönündeki iddiaların sübut bulmadığı kanaatine varıldığı görülmüştür.

Y Sünger ve Yatak Sanayi Ticaret Anonim Şirketi'ne ait 30/05/2014 tarihli Yönetim Kurulu Kararı'nda şirketin TTK'nın 338. maddesine göre 30.05.2014 tarihinden itibaren tek pay sahipli anonim şirket faaliyetine devam edeceği, tek pay sahibinin merkez adresi Yeşillik Cad. .....Karabağlar/İzmir olan 56416-K Ticaret Sicil Numaralı İ Mobilya Malzemeleri Ticaret ve Sanayi A.Ş. olduğu, bu hususun tescil ve ilan edilmesi şeklinde karar verildiği görülmüştür.

Torbalı Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün 2014/1963 sayılı yazısında 3437 sicil numaralı işyerinin eski unvanının Y Sünger Yatak ve Mobilya Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olduğu, yeni unvanının İ. Müteahhitlik Kiralama Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olarak değiştirildiği, adresinin Bekir Saydam Cad. No.....Pancar Beldesi Torbalı/İzmir olduğu, şirketin amaç ve konusunun değiştirildiği hususlarının 23/06/2014 tarihinde tescil edildiğinin ilan edildiği görülmüştür.

2 Temmuz 2014 tarih ve 8603 sayılı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde eski unvanı Y Sünger, Yatak ve Mobilya Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olan şirketin unvanının İ Müteahhitlik Kiralama Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olarak değiştirildiği, şirketin amaç ve konusunun değiştirildiği hususlarının 23.06.2014 tarihinde tescil edildiğinin ilan edildiği görülmüştür.

Bu bilgilerden de anlaşılacağı üzere, İzmir Ticaret Sicil Müdürlüğü tarafından 9.... Ticaret Sicil Numaralı Y Sünger ve Yatak Sanayi Ticaret Anonim Şirketi'ne ait şirketin tek ortaklı anonim şirkete dönüştüğü, tek ortağın unvanının İ Mobilya Malzemeleri Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi olduğu hususlarının 09/06/2014 tarihinde sicile tescil edildiği ilan edilmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2014 tarihli 75014829/103.02/9772 sayılı Yetki Tespiti yazısında İ Mobilya Malzemeleri Tic. ve San. AŞ'de toplu iş sözleşmesi yapmak için TEKSİF Sendikası'nın toplu iş sözleşmesi yapmak için yetki tespiti isteminde bulunması üzerine Bakanlıkça yapılan incelemede işyerinde çalışan işçi sayısının 537, üye işçi sayısının 294 olduğunu, adı geçen sendikanın Yasanın aradığı gerekli çoğunluğu sağladığının tespit edildiği görülmüştür.

6336 sayılı Yasanın 42 maddesinde "(1) Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini ister. İşveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebilir.

(2) Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde, başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirir.

(3) İşçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığının ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığının tespiti hâlinde, bu bilgiler sadece başvuruyu yapan tarafa bildirilir.

(4) Sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz" düzenlemesi yer almaktadır.

43 maddede ise "1) Kendilerine 42'nci madde uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir.

(2) İtiraz dilekçesi görevli makama kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir. Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz.

(3) İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir. İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin olarak karara bağlanır.

(4) 42'nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir. Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünü üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır.

(5) İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur

Hükmü bulunmaktadır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2014 tarihli 75014829/.... sayılı Yetki Tespiti yazısında İ Mobilya Malzemeleri Tic. ve San. AŞ'de toplu iş sözleşmesi yapmak için TEKSİF Sendikası'nın toplu iş sözleşmesi yapmak için yetki tespiti isteminde bulunması üzerine Bakanlıkça yapılan incelemede işyerinde çalışan işçi sayısının 537, üye işçi sayısının 294 olduğu bildirilmiştir.

Davacı sendika bu üyeliklerin sahte veya geçersiz olduğunu ileri sürmemiş, Y'de çalıştırılan işçilerin İ Mobilya şirketinde çalıştırılmalarının muvazaalı işleme dayandığını ileri sürmüş bulunmaktadır.

Y Sünger ve Yatak Sanayi Ticaret Anonim Şirketi'ne ait 30/05/2014 tarihli Yönetim Kurulu Kararı'nda şirketin TTK'nın 338. maddesine göre 30.05.2014 tarihinden itibaren tek pay sahipli anonim şirket olarak faaliyetine devam edeceği yönündeki kararın tarafımızca tartışılması ve denetime tabi tutulması mümkün bulunmamaktadır. Bu işlemin yerinde olup olmadığı gibi, geçerli olup olmadığı hususuna ilişkin muvazaa iddialarının İş Mahkemesinde incelenmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Bu sebeple davacı Sendikanın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2014 ..... sayılı Yetki Tespiti yazısında İ Mobilya Malzemeleri Tic. ve San. AŞ'de toplu iş sözleşmesi yapmak için TEKSİF Sendikası'nın toplu iş sözleşmesi yapmak için yetki tespiti isteminde bulunması üzerine Bakanlıkça yapılan incelemede işyerinde çalışan işçi sayısının 537, üye işçi sayısının 294 olduğu, yönündeki tespitine itirazının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

C. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

OLAY

Davacı vekili, T A.Ş tüzel kişiliğinin M A.Ş ile birleşmesi neticesinde sona erdiğini, davacının 01.03.2000 de çalışmaya başladığını ve 02.06.2011 tarihinde emeklilik sebebiyle iş akdini feshedinceye kadar çalıştığını, birleşme ile davacının

01.07.2006 tarihinden itibaren M A.Ş işçisi olduğunu, birleşme tarihinde M A.Ş'de 01.05.2005-30.04.2007 tarihli sözleşmenin yürürlükte olduğunu, T mağazalarında ise uygulanan toplu iş sözleşmesi bulunmadığını, davacının 16.10.2006 tarihinde üyelik kaydı yaptırdığını, ilgili sendika tarafından 01.12.2006 tarihinde üyeliğin işverene bildirildiğini, yasa gereği üyeliğin işverene bildirildiği tarihten itibaren üyenin yararlanmasının mümkün olduğunu, ancak bu süreçte müvekkilinin TİS'den yararlandırılmadığını, davalı M A.Ş ile TK iş sendikası arasında 28.09.2006 tarihinde protokol imzalandığını ve bu protokol ile 28.09.2006-30.04.2009 yürürlük tarihleri arasında T işçilerinin TİS ile sağlanan bir kısım haklardan yararlanmalarının engellendiğini, müvekkilinin yararlandırılmamasının 2822 s. Kanunun 9/2 hükmüne (STİSK m. 39/II) aykırı olduğunu, ayrıca eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek, ödenmeyen alacakların tahsili amacıyla bu davayı açma zorunluluğunun ortay çıktığını ifade etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, davalının hangi yasal nedene ve TİS hangi maddelerine göre istemde bulunduğunu belirtmediğini, TİS'nin 6 maddesinde M A.Ş çalışanları ile T A.Ş çalışanlarına farklı hükümlerin uygulanacağının kararlaştırıldığını, davacının 24.06.2011 tarihli ibranameyi herhangi bir ihtirazi kayıt koymadığını imzaladığını, bu sebeple davanın reddine karar verilmesi talep edilmiştir.

İ Ticaret Sicil Memurluğu yazısından, T A.Ş'nin kapatılması ve M A.Ş ile birleşmesinin, 27.10.2006 tarihinde tamamlandığı anlaşılmaktadır.

28.09.2006 tarihinde imzalanan protokol uyarınca, TK İş Sendikası ile M A.Ş arasında imzalanan protokol ile T, MC, T Depo ve T Et işyerlerinde çalışan sendika üyesi işçilerin, 01.01.2007 tarihinden itibaren TİS'nin 52,53,55 maddelerinde belirtilen evlenme yardımı, doğum-ölüm yardımı ve yol parasından yararlanacakları, bunların dışındaki parasal haklardan yararlanamayacakları belirtilmiştir. Ayrıca bu işyerlerinde uygulanacak performans primi ile ücret sistemi hakkında da hükümler getirilmiş bulunmaktadır.

Bu protokolün 28.09.2006-30.04.2009 tarihleri arasında geçerli olacağı belirtilmiştir.

SORU

Davacı iddiaları yerinde midir? Değerlendiriniz.

CEVAP

İ Ticaret Sicil Memurluğu yazısından, T A.Ş'nin kapatılması ve M A.Ş ile birleşmesinin, 27.10.2006 tarihinde tamamlandığı ve 30.10.2006 tarihinde ilan edildiği anlaşılmaktadır. Bu tarihte T A.Ş'ne ait işyerlerinde TİS yürürlükte olmayıp, M A.Ş'de yürürlükte olan 01.05.2005-30.04.2007 tarihli sözleşme yer

almaktadır. Dolayısı ile birleşme sonrası, devralan işyerinde çalışan işçilerin birleşmeden önce imzalanmış olan TİS'den yararlanıp yararlanamayacakları sorunu ortaya çıkmaktadır.

Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak Dairenin kökleşmiş uygulamasına göre toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik geçmişe etkili olamaz. (Yargıtay 9. HD. 21.2.2006 gün 2005/38473 E, 2006/4428). Toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla "protokol" adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunun 9. Maddesinde (STİSK m. 39), toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği kurala bağlanmıştır. Aynı hükme göre, imza tarihinde üye olanlar toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten, imza tarihinden sona üye olanlar ise üyeliklerin taraf sendikası tarafından bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar. Yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödenmesi koşuluyla yararlanma da, yasada ifadesini bulmuştur. Dayanışma aidatı ödeme suretiyle yararlanma talep tarihinden itibaren geçerlidir.

Davacı birleşmeden sonra yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden ancak, sendika üyeliğinin işverene bildirildiği 01.12.2006 tarihinden itibaren yararlanabilecektir. Ancak bu bildirimden evvel TK İş Sendikası ile M A.Ş arasında imzalanan protokol ile T, MC, T Depo ve T Et işyerlerinde çalışan sendika üyesi işçilerin, 01.01.2007 tarihinden itibaren TİS'nin 52,53,55 maddelerinde belirtilen evlenme yardımı, doğum-ölüm yardımı ve yol parasından yararlanacakları, bunların dışındaki parasal haklardan yararlanamayacakları belirtilmiştir. Ayrıca bu işyerlerinde uygulanacak performans primi ile ücret sistemi hakkında da hükümler getirilmiş bulunmaktadır.

İmzalanan bu protokol nedeni ile, protokolde belirtilen evlenme yardımı, doğum-ölüm yardımı ve yol parası dışında davacının, bunların dışındaki parasal haklardan yararlanması mümkün olmayacaktır kanaatindeyiz. Zira aksinin kabulü toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırılık oluşturacaktır. Bu protokolün 28.09.2006-30.04.2009 tarihleri arasında geçerli olacağı belirtilmiştir. TSGLK 7 (STİSK m. 35/II) maddesi uyarınca, toplu iş sözleşmeleri, bir yıldan az ve üç yıldan uzun süreli olamaz. Toplu iş sözleşmesinin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez. M A.Ş ile TK İş sendikası arasında yürürlükte olan 01.05.2005-30.04.2007 tarihli sözleşme yürürlükte iken, 28.06.2006 tarihinde imzalanan protokolün en fazla toplu iş sözleşmesinin süresi olan 30.04.2007 tarihine kadar ge-

çerli olacağının kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Aksi taktirde TSGLK 7. maddesinin birinci fıkrasında (STİSK m. 35/II) somut olarak getirilen toplu iş sözleşmesi süresinin kısaltılamaması ve uzatılamamasına ilişkin yasağa aykırı davranılmış olacaktır. Bu nedenle protokolün geçerliliğinin imzalandığı gibi 30.04.2009 tarihine kadar devam etmesinin mümkün olmayacağı, bu protokolün geçerliliğinin 30.04.2007 tarihinde sona ereceği düşünülmektedir.

D. Toplu İş Sözleşmesine Aykırı Bir Uygulamanın Bulunup Bulunmadığının Tespiti

OLAY

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalı şirket ile davacı sendika arasında 01.01.2011 – 31.12.2012 tarihleri arasında geçerli olmak üzere bir toplu iş sözleşmesinin imzalanmış olduğunu, imzalanan bu toplu iş sözleşmesinin 84. maddesi ile işverenin toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ve o bölümde çalışan işçileri meslekleri ve pozisyonları dışında başka bir işte ve işyerinde görevlendiremeyeceğinin hüküm altına alındığını, davalı işverenin 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi olarak çalışması gereken gemi adamlarını, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi kara işçisi gibi çalıştırdığını ve bu durumun toplu iş sözleşmesine aykırı bir husus oluşturmamasını sağlamak amacıyla işyerindeki güçsüz işçilerden muvafakatname aldığını tespit ettiklerini, işçilerin vermiş olduğu bu muvafakatnamelerin geçersiz olduğunu fakat yine de muvafakatnamelere tüm hakları saklı tutmak amacıyla şerh düşüldüğünü, taraflar arasındaki toplu iş sözleşmesinin 84. maddesine göre yapılan uygulamanın geçersiz olduğunu, toplu iş sözleşmesine göre işçinin çalıştığı bölüm değişse bile çalıştırılan işçilerin ücretlerinin değişmemesi gerektiğini, toplu iş sözleşmesine göre Deniz İş Kanunu'na tabi işçilere aylık 533 TL yemek ücreti ödenmesi gerekir iken davalı işverenin karada çalıştırdığı bu personele kara işçilerine ödemekte olduğu 234 TL ödediğini, işverenin bu şekilde hem toplu iş sözleşmesine hem de iş kanunlarına aykırı çalıştırdığı işçilerin özlük haklarını ve sosyal haklarını da eksik ödeyerek daha da mağdur olmalarını sağladığını, Deniz İş Kanunu'na göre çalıştırılması gereken gemi adamlarının işverence İş Kanunu'na tabi olarak çalıştırılması sebebiyle ehliyetine göre bonservis alımında da bu işçiler açısından hak kaybına neden olunduğunu, Gemi Adamları Yönetmeliği'ne göre gemide çalışan gemi adamlarının çalıştıkları yıl itibarı ile bonservis alarak bir üst ehliyete gireceğinin öngörülmüş olduğunu, işçilerin gemide çalışmamaları sebebi ile ehliyetlerinin alt seviyeden verilmesine neden olunduğunu, davadaki istemin işbu muarazanın önlenmesine yönelik olduğunu, davanın usul hukuku açısından bir tespit davası değil, bir eda davası oluğunu, davada hem muarazanın varlığının tespitini hem de önlenmesini istediklerini, davalı işverenin uygulamasının

hem toplu iş sözleşmesinin içeriğine hem de 84. maddesine aykırı olduğunu beyan edip, davalı tarafından toplu iş sözleşmesine aykırı olarak deniz personelinin usulsüz bir biçimde kara personeli olarak çalıştırılması ve bu personele karada çalıştırılması sebebi ile eksik ücret ödenmesi şeklinde uygulanan işlemin toplu iş sözleşmesinin aykırı olduğunun tespiti ve davalı işveren tarafından ortaya çıkarılan muarazanın men'i hususunda karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, müvekkil şirketin işçi haklarına saygılı ve işçi emeğine önem vererek faaliyetini yürüttüğünü, yıllar içerisinde gerek ülke gerekse dünya çapında meydana gelen ekonomik ve sektörel krizler sebebi ile şirketlerde küçülmelerin meydana geldiğini, buna bağlı olarak işçi çıkarımlarının ve hatta işyeri kapanmalarının meydana geldiğini, müvekkil şirketin ekonomik zorluklar ile mücadelede işçi odaklı düşünüp işçi çıkarma yoluna gitmediğini, müvekkil şirketin faaliyet gösterdiği sektöre talebin düşmesi, hizmet araçlarında arızaların meydana gelmesi ve gemilerin sefer yapamayacak duruma gelmesi nedeni ile mevcut gemi sayısında ve buna bağlı olarak çalışma kapasitesinde düşüşün meydana geldiğini, gemi ve seferlerde azalmalar oluştuğundan personel fazlalığının söz konusu olduğunu, şirket politikası gereği istihdam fazlası işçilerin işten çıkartılmadığını, istihdam fazlası bu çalışanlar için, meslekleri kapsamında mevcut hakları korunarak şirket yönetiminin yetkisi dâhilinde görevlendirmelerin yapıldığını, bu görevlendirmelerin dayanağının akdedilen toplu iş sözleşmesinin 56. maddesi olduğunu, davacı tarafın iddia ettiği gibi istihdam fazlası personelin meslekleri dışında ve başka işyerinde görevlendirilmediğini, işçilere ödenen ücretlerde de değişiklik yapılmadığını, bu durumun bilirkişi marifetiyle de tespit edilebileceğini, Deniz İş Kanunu'na tabi personelin toplu iş sözleşmesi, Deniz İş Kanunu ve Gemi Adamları İaşe Bedeli Tespit Komisyonu kararları ve görüşleri çerçevesinde haklarına dokunulmadan görevlendirildiğini, davacı tarafın iddia ettiği gibi ücret ve haklarından kesinti yapılmadığını, toplu iş sözleşmesinde herhangi bir uyuşmazlık durumunda çözüm için hangi yolların izleneceğinin hüküm altına alındığını, davacı Türkiye Denizciler Sendikası'nın iş sözleşmesinin bu hükümlerine aykırı davrandığını, sözleşmenin 25. ve 26. maddeleri ile uyuşmazlık durumunda nasıl bir yol izleneceğinin belirlenmiş olduğunu, şirket yönetimine görevlendirmelerle ilgili sendikadan ya da personellerden herhangi bir itiraz yapılmadığını, davanın açılmasında hukuki yarar bulunmadığını, sendikanın bu davayı açarak toplu iş sözleşmesinin 25. ve 26. maddelerine aykırı davrandığını beyan edip, davanın ve davacının taleplerinin reddine ve davayı açarak sendikanın ortaya çıkarmış olduğu muarazanın men'i hususunda karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı şirketin, 05.10.2012 tarihinde gemi adamı mevcudu fazlalığını gerekçe göstererek, öncesinde **Gemi Makinisti olarak görev yapan MA,**

MAA, ŞB, TÖ'nün Güverte ve Makine Enspektörlükleri bünyesinde görevlendirdiği, ***geçmiş dönemlere ait maaş bordrolarından görevlendirme öncesine denk gelen dönemlerdeki bordrolarda yemek ücreti olarak 08/2012 döneminde 859,50 TL, 09/2012 döneminde de 826,45 TL ödendiği ve görevlendirme sonrasına denk gelen dönemlerdeki bordrolarda yemek ücreti olarak 10/2012 döneminde 198,35 TL, 11/2012 döneminde 198,00 TL, 12/2012 döneminde 189,00 TL, 01/2013 döneminde de 198,00 TL ödendiği görülmüştür.***

Toplu İş sözleşmesinin 55 maddesinde, ***"Güverte ve makine enspektör kadrolarına ancak yakın yol zabitliği, yoksa kıyı kaptanı ve deniz motor makinisti yeterlilik belgesine haiz liyakatli 1. Sınıf kaptan veya baş makinistlerden bu kadrolarda fiilen en az 5 yıl görev yapmış olanlar arasından atama yapılır. 5 yıllık çalışma şartı hareket enspektörleri için de aranır. Bu şekilde enspektör yapılacakların sayısı, güverte ve makine enspektörlük kadrolarının toplamının %30'undan az olamaz.***

Güverte ve makine enspertörlüklerine atama hususunda 54. Maddede esasları belirtilen Terfi Komisyonu hükümleri aynen geçerlidir. Güverte ve makine enspertörlüklerine atanan personel 4857 sayılı yasaya tabi istihdam edilir" hükmü bulunmaktadır.

Toplu İş sözleşmesinin 84 maddesinde de **"İşveren bu toplu iş sözleşmesi kapsamında ve bu bölümdeki işçileri meslekleri ve pozisyonları dışında başka bir iş ve işyerinde görevlendirilemez"** hükmü yer almaktadır.

TİS'nin 56 maddesi **"İÇ TRANSFER VE MUVAZZAF ASKERLİK HİZMETİ"** başlığını taşımaktadır. Buna göre **iç transferde,** ***"İşbu sözleşmesin inikadından sonra sözleşmenin kapsamı dahilinde açılacak görev kadrolarına ihtiyaç vukuunda yeni personel alınmadan önce camiada süresi belirsiz ve belirli hizmet akitleri ile çalışmakta olanlardan ehliyet, kıdem ve tahsil, liyakat, tezkiye ve kabiliyetleri uygun olanlar işveren ve işveren vekilinin muvafakati ile tercihen alınırlar. Bu uygulamada herhangi bir ücret derecesinde 3 sene bulunmak şartı aranmaz"*** denmektedir.

Toplu iş Sözleşmenin 25 maddesinin başlığı **"İŞ UYUŞMAZLIKLARINI ÇÖZÜMLEME KURULU VE GÖREVLERİ"** olup içeriği de şu şekildedir: *"Toplu iş sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklanan anlaşmazlıkları çözümlemekle yetkili olarak, tarafların belirlediği 3'er üyeden oluşan İş uyuşmazlıklarını Çözümleme Kurulu oluşturulur. Kurula hukuk müşavirleri de katılabilirler. Kurul başkanı işveren ve ya tayin ettiği yetkilidir. Kurul taraflardan birinin konuyu gerekçeli olarak kurul başkanına belirttiği yazılı çağrı istemiyle yetkili-*

dir. Toplantı yerini, gününü ve saatini kurul başkanı belirleyerek karşı tarafa 3 iş günü içinde yazılı olarak tebliğ eder.

Çağrının tebliğinden itibaren 6 gün içinde toplanılmaması ve ilk toplantıdan başlayarak konunun en geç 10 gün içinde karara bağlanmaması halinde durum bir tutanakla saptanır. Oyların eşitliği halinde kurul başkanının oyu iki oy sayılır. Taraflar yasal yollara başvurma haklarına sahiptirler. Uyuşmazlığın çözümlenmesi halinde karar protokole bağlanır. Protokol toplu iş sözleşmesi hükmündedir ve en geç 15 iş günü içinde uygulanmaya başlanır.

İş yeri ve gemilerde çalışma hayatına doğrudan veya dolayısıyla tesir edecek işverenin sevk ve idare hakları saklı kalmak üzere;

a. Gerek mevzuat gerekse toplu iş sözleşmesinin uygulanmasından doğan anlaşmazlık ve aksaklıkları tetkik edip karara bağlamak,

b. İşçilikle ilgili verimlilik hususlarında işveren veya sendikaca teklif edilen değişiklik taleplerini incelemek,

c. İşin yürütümü bakımından işçilerin kusur, yanlış, ihmal veya kasti hareketlerini önlemek üzere karşılıklı gerekli tedbirleri, almak için karar vermek,

d. İşyerinde işçi-işveren ilişkilerinin ve işbirliğinin gerçekleştirilmesi hususlarında incelemeler yaparak her iki tarafa tavsiyelerde bulunmak,

e. İş yerinde sosyal anlayış havasını geliştirmek, bu kurulun asli görevlerindendir.

TİS'nin 26 maddesi de "UYUŞMAZLIKLARI ÇÖZME YÜKSEK KOMİTESİ" başlığını taşımakta olup şu şekildedir: *"Uyuşmazlıkları Çözme Yüksek Komitesi 3 işveren temsilcisiyle sendika genel merkezinin 3 işçi temsilcisinden oluşur. İhtiyaç halinde tarafların gündemli talepleriyle toplantıya davetlerinden itibaren 7 gün içinde toplanır. Bu komitenin başkanı işveren temsilcisi, raportörü de sendika temsilcisidir.*

Bu komite

a. İş uyuşmazlıklarını çözümleme kurulu tarafından sendikaya veya işverene aksettirilen ve bir sonuca varılamayan, toplu iş sözleşmesinin uygulanmasından doğan anlaşmazlıkları çözmek,

b. İş uyuşmazlıklarını çözümleme kurulu tarafından gönderilen raporlar ile bu komite tarafından ittifakla karara bağlanamayan veya itiraz olunan her türlü anlaşmazlıkları, çalışma hayatıyla ilgili kanun ve nizamnamelerin tatbikatından doğan aksaklıkları tetkik ederek, bunların çözümü için gereken kararları vermek,

c. İş bu toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu süre içinde içerdiği maddelerin gerek lafzen gerekse yorumundan doğan işyeri işletme komitesinde sonuçlandırılamayan hususları halleder.

Bu tavsiye ve kararlar, Uyuşmazlıkları çözme yüksek komitesince ittifakla karara bağlandığı takdirde aynen uygulanmasını taraflar kabul ve taahhüt ederler. İhtilafın kesin olarak halline kadar geçecek zaman zarfında, ihtilafın ortaya çıkmasından önceki durumun uygulanmasına aynen devam olunur.

Mevzuattan doğan uyuşmazlıklar, bu komitece halledilmediği takdirde tarafların kanuni hakları saklıdır".

SORULAR

1. Davalı işyerinde, toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı bir uygulama bulunmakta mıdır?
2. Davalı işverenin Toplu iş sözleşmesinde uyuşmazlıkların çözülmesi bakımından öngörülen yola gidilmeden, dava açılmış olması, davanın reddini gerektirir mi?

CEVAPLAR

1. Uyuşmazlık, toplu iş sözleşmesi kapsamında gemi adamı statüsünde çalışan bazı işlerin toplu iş sözleşmesine aykırı olarak 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalıştırıldıklarının tespitine ilişkindir.

Davacı, sendikanın toplu iş sözleşmesine aykırı olarak çalıştırmanın varlığını ortaya koymak bakımından ileri sürdüğü örneklerden MA ve MAA enspektör olarak görevlendirilmişlerdir. Enspektörlere ilişkin Toplu İş sözleşmesinin 55 maddesi uyarınca, "***Güverte ve makine enspektör kadrolarına ancak yakın yol zabitliği, yoksa kıyı kaptanı ve deniz motor makinisti yeterlilik belgesine haiz liyakatli 1. Sınıf kaptan veya baş makinistlerden bu kadrolarda fiilen en az 5 yıl görev yapmış olanlar arasından atama yapılır. 5 yıllık çalışma şartı hareket enspektörleri için de aranır. Bu şekilde enspektör yapılacakların sayısı, güverte ve makine enspektörlük kadrolarının toplamının %30'undan az olamaz.***

Güverte ve makine enspertörlüklerine atama hususunda 54. Maddede esasları belirtilen Terfi Komisyonu hükümleri aynen geçerlidir. Güverte ve makine enspertörlüklerine atanan personel 4857 sayılı yasaya tabi istihdam edilir". Bu hükümden de anlaşılacağı üzere sözü edilen kimseler gemi adamı sıfatını yitirip, 854 sayılı Deniz İş Kanunun kapsamından çıkarılmış ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına alınmışlardır.

Toplu İş Sözleşmesinin 59 maddesi uyarınca da terfilerinin gerçeklemesi bakımından Gemi Adamları Yönetmeliği uyarınca gemi adamı olarak geçirecekleri sürenin önemli olduğu anlaşılmaktadır.

Davalının yaptığı görev değişikliği talebini işçiler ihtirazi kayıtla imzalamış bulunmaktadırlar. Ancak yapılan değişiklik neticesinde işçilerin Deniz İş Kanunu kapsamından çıkarılıp, İş kanunu kapsamına alınmaları bazı hükümlerin uygulanması bakımından lehlerine olabileceği gibi aleyhlerine de olabilir. Nitekim deliller bölümünde açıkça tespit edildiği üzere görev değişikliğinden sonra işçilerin yemek ücretlerinde aleyhlerinde bir değişiklik meydana gelmiştir.

Toplu İş sözleşmesinin 84 maddesinde de **"İşveren bu toplu iş sözleşmesi kapsamında ve bu bölümdeki işçileri meslekleri ve pozisyonları dışında başka bir iş ve işyerinde görevlendirilemez"** hükmü yer almaktadır.

Davalının yapılan görev değişikliğine esas olmak üzere sunduğu TİS'nin 56 maddesi **"İÇ TRANSFER VE MUVAZZAF ASKERLİK HİZMETİ"** başlığını taşımaktadır. Buna göre **iç transfere ilişkin bu düzenleme şu şekildedir: *"İşbu sözleşmesin inikadından sonra sözleşmenin kapsamı dahilinde açılacak görev kadrolarına ihtiyaç vukuunda yeni personel alınmadan önce camiada süresi belirsiz ve belirli hizmet akitleri ile çalışmakta olanlardan ehliyet, kıdem ve tahsil, liyakat, tezkiye ve kabiliyetleri uygun olanlar işveren ve işveren vekilinin muvafakati ile tercihen alınırlar. Bu uygulamada herhangi bir ücret derecesinde 3 sene bulunmak şartı aranmaz".*** Bu madde ancak yeni açılacak olan bir kadroya mevcut çalışanlardan transfer yapılmasını mümkün kılmaktadır. Oysa davalı işverenin gerçekleştirdiği uygulama mevcut eski kadrolara işyerinde çalışanların nakledilmesi şeklindedir.

Bu hüküm karşısında da "gemi adamı" sıfatını taşıyan kimselerin bu meslekleri ve pozisyonları dışında başka bir Kanun kapsamına girecek şekilde görevlendirilmelerinin toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

2. Bilindiği üzere, tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hükümlerden bir kısmı, toplu iş sözleşmelerinde tarafların üzerine düşen görevleri iyi niyetle yerine getirmelerine ilişkindir. Bunların başında **"dirlik borcu – çalışma barışının korunması"** gelir.

Tarafların karşılıklı hak ve borçlarını ilgilendiren hükümlerden diğer bir kısmı da toplu **iş sözleşmelerinin uygulanması, denetlenmesi ve çıkacak uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin**dir. Toplu iş sözleşmeleriyle oluşturulan "uzlaştırma" "uyuşmazlıkları çözüm" veya "disiplin kurulları" ile "özel hakeme" başvurma yollarını düzenleyen hükümler bu ikinci kısım kapsamındaki hükümlerdendir.

Normatif hükümlerden farklı olarak toplu iş sözleşmelerinde yer alan taraflar arasındaki borç doğurucu hükümler, toplu sözleşmede zorunlu" olarak bulunması gereken hükümler niteliğinde değildir yani toplu iş sözleşmesinin "varlığı" için şart değildir.

İşçi sendikası iş uyuşmazlıklarını **çözümleme kuruluna** başvurmadan, yani toplu iş sözleşmesinde uyuşmazlıkları çözmeye ilişkin hukuki yolu uygulamadan doğrudan doğruya Mahkemeye başvurmuştur. Yani TİS'nin borç doğurucu hükümlerine aykırı davranmıştır. Borç doğrucu hükümler sadece işçi sendikası ile işveren arasında hüküm ve sonuç doğurdukları için, işçiler bakımından herhangi bir etkisi söz konusu olmaz.

Davacı işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerine aykırı davrandığı için bundan doğan bir zararının meydana geldiğini iddia ediyorsa bunu genel hükümlere göre tazmin ettirebilir. Ancak kanımızca TİS'de öngörülen yolun izlenmeden Mahkemeye başvurulmuş olması, Mahkemenin karar vermesine engel oluşturmaz.

E. Toplu İş Sözleşmesi (TİS) Hükmü Uyarınca İntibak

OLAY

Davacı vekili müvekkilinin 30.12.1985 tarihinde iş sözleşmesi ile çalışmaya başladığını ve bu çalışmasının 12.01.2007 tarihine kadar sürdüğünü, işe başladığında lise mezunu olduğunu, daha sonra Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi İş İdaresi Bölümünü bitirerek dört yıllık üniversite mezunu olduğunu, üniversiteyi bitirinceye kadar işyerinde ücret bakımından lise mezunlarının tabi olduğu tarifeye tabi olduğunu, üniversite diplomasını 1992 yılında ibraz etmekle üniversite mezunu çalışanların ücret tarifesine tabi olarak ücretinin arttırıldığını, 1997 yılında ise işyerinde yapılan kadro ve unvan grupları dağılım tablosunun oluşturulması üzerine lise mezunlarını içeren grupta değerlendirildiğini, bu gruplandırma yapılırken tahsil durumunun hiç dikkate alınmadığını, işveren ile işçi sendikası arasında imzalanan TİS uyarınca dört yıllık yüksek okul mezunlarının 1. grupta değerlendirileceği kabul edilmiş olmasına rağmen, davacının bu grupta değerlendirilmediğini, müvekkilin haksız olarak 9,5 yıl bu şekilde çalışmak zorunda bırakıldığını, işverene konu ile ilgili olarak yapılan yazılı başvuruların reddedildiğini, bu sebeple müvekkilinin çalıştırılması gereken ücret tarifesinde çalıştırılmayarak, ücret, fazla çalışma ve ikramiye farklarının çalıştırılması gereken gruba göre hesaplanarak ödenmesi için dava açma zorunluluğunun ortaya çıktığını iddia etmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, davacının Endüstri Meslek Lisesi Tesviye Bölümü mezunu olarak ve operatör unvanı ile işe başladığını, operatör olarak çalışmasından dolayı, işveren ile işçi sendikası arasında imzalanan 01.01.1997-31.12.1998 yürürlük tarihli TİS ekinde yer alan Kapsam İçi Personel Kadro Unvan Grupları Dağılım Tablosunun 5. grubunda değerlendirildiğini ve ücretinin buna uygun olarak ödendiğini, davacının daha sonra dört yıllık Anadolu

Üniversitesi İş İdaresi bölümünü bitirmesine rağmen, dört yıllık Yüksek Teknik Öğretmen Okulu mezunu olarak değerlendirilmesine olanak bulunmadığından, sözleşmede yer alan 1. gruptan değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, ayrıca dava konusu talepler zamanaşımına uğradığından da davanın reddi gerektiğini ileri sürmüş bulunmaktadır.

Mahkemece yapılan yargılamada aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir:

- P Holding A.Ş. Genel Müdürlüğü işyerleri için kamu işletmeleri işverenleri sendikası "K" ile "P" arasında imzalanan 01.01.1997-21.12.1998 yürürlük tarihli TİS'nin Ek 3 de yer alan *"kapsam içi personel kadro unvan grupları dağılım tablosu"* nun sözleşmenin eki olarak düzenlenmiştir.
- Toplu iş Sözleşmesinin Ek 3'te yer alan tablosunun 1. grubunda Formenler yer almaktadır Ancak dört yıllık Yüksek Teknik Okulu mezunlarının 1. gruptan değerlendirileceği notu da yer almaktadır. Bu gruplandırma ve sözü edilen not daha sonra işveren sendikası ile işçi sendikası arasında imzalanan her toplu sözleşmede aynen yer almıştır.
- 5. grupta operatör ve teknisyenler yer almakta olup, bu grup içerisinde, tüm fabrika ve yardım işleri, üretim bakım, merkez atölye kalite kontrol, teknik kontrol, teknik emniyet, yangın emniyeti, atık saha ve çöp yakma, iş makineleri, yatırımlar müdürlüğü kontrol teknisyenlerine uygulanacağı düzenlenmiştir.
- Davalı işverenlikçe düzenlenen 06.11.1992 tarihli yazı uyarınca 15.12.1992 tarihinden geçerli olmak üzere Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi İş İdaresi bölümünü bitirmesi nedeni ile Üretim II Müdürlüğünde Operatör kadro unvanı ile ücret intibakının yapılmasının uygun görüldüğü anlaşılmaktadır.

SORU

Davacının TİS ilgili hükmü uyarınca, intibak işleminin yapılması konusundaki talebi yerinde midir?

CEVAP

P Holding A.Ş. Genel Müdürlüğü işyerleri için kamu işletmeleri işverenleri sendikası "K" ile "P" arasında imzalanan 01.01.1997-21.12.1998 yürürlük tarihli TİS'nin Ek 3 de yer alan *"kapsam içi personel kadro unvan grupları dağılım tablosu"* nun sözleşmenin eki olarak bağlayacağı sayılacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Toplu iş Sözleşmesinin Ek 3'te yer alan tablosunun 1. grubunda Formenler yer almaktadır. Ancak dört yıllık Yüksek Teknik Okulu mezunlarının 1. gruptan değerlendirileceği notu da yer almaktadır. Bu gruplandırma ve sözü edilen not

daha sonra işveren sendikası ile işçi sendikası arasında imzalanan her toplu sözleşmede aynen yer almıştır.

5. grupta operatör ve teknisyenler yer almakta olup, bu grup içerisinde, tüm fabrika ve yardım işleri, üretim bakım, merkez atölye kalite kontrol, teknik kontrol, teknik emniyet, yangın emniyeti, atık saha ve çöp yakma, iş makineleri, yatırımlar müdürlüğü kontrol teknisyenlerine uygulanacağı düzenlenmiştir. Davacı Üretim II müdürlüğünde Operatör kadro unvanı ile çalıştığına göre ve 1. grupta değerlendirilebilmek için gerekli olan dört yıllık Yüksek Teknik Öğretmen Okulu mezunu olmadığına göre 5. grupta değerlendirilmesinde bir hukuka aykırılık bulunmadığı düşünülmektedir.

E. İşyerine Sendika Kararı Üzerine Sivil Kıyafet ile Gelme Davranışı

OLAY

İşveren ile işçi sendikası arasında yürütülen toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin uzaması üzerine, işçi sendikası işçilerin işe sivil kıyafet ile gitmeleri kararını vermiştir. Bu karara tamamı 2002 yılında sendika üyesi olan 6 garson işçi de uymuştur. Daha sonra taraflar arasında TİS imzalanmış, ancak bu altı işçi TİS'de yer alan hüküm uyarınca geçici olarak temizlik işinde görevlendirilmişlerdir. Görevlendirme yazılarında görevlendirmenin geçici veya sürekliliği konusunda herhangi bir ibare yer almadan sadece işçilerini yeni görevlendirildikleri yer ve karşılığında işçilerin bu görevlendirmeyi kabul ettiklerine ilişkin imzaları yer almaktadır. Ancak toplu iş sözleşmesindeki hükümde geçici görevlendirmenin üç ay süre ile sınırlı olduğu yer almaktadır. Üç aylık sürenin dolduğu anda altı işçi eski garsonluk işini yaptıkları işyerine gitmişler, ancak burada kendilerine iş verilmemiş, işveren ise temizlik işinde çalışmamaları üzerine devamsızlık nedeni ile işçilerin iş sözleşmelerini 30.05.2009 tarihinde feshetmiştir. İşçilerin bir kısmı işe iade davası açmış, bir kısmı ayrı bir dava ile işverenin sözleşme devam ederken farklı işlem yasağına aykırı hareket ettiği gerekçesi ile Sendikalar kanununun 31 maddesinin III ve V fıkraları uyarınca tazminat talebinde bulunmuşlardır.

TİS'de işçilerin üç ay süre ile geçici olarak başka bir işte görevlendirilebileceklerine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Hükümde ayrıca üç ayın sonunda işçinin eski işinde çalıştırılması gerektiği yer almaktadır. Buna karşılık taraflar arasındaki bireysel iş sözleşmesinde "iş gören, işyerinin bütün bölümlerinde işveren veya vekillerince verilecek görevlerde, çalışma talimat ve direktifleri ifa eder" hükmü yer almaktadır. TİS 14. maddesinde ayrıca, "*İşçiler sendikaya üye olmaları, Sendikanın veya bağlı bulunduğu Konfederasyonun etkinliklerine katılmaları dolaysısı ile işten çıkarılamaz ve farklı işleme tabi tutulmazlar. Keza*

işveren, sendikaya üye olan işçilerle sendikasız işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleksel ilerlemesinde, ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal haklarında disiplin hükümlerinin ve diğer konulara ilişkin hükümlerin uygulanmasında ya da çalıştırmaya son verilmesi konusunda herhangi bir ayırım yapamaz (sözleşme ile işçiye sağlanan her türlü haklar bu ayırım yasağının dışındadır).

İşverenin bu hükme aykırı hareket etmesi halinde, ilgili işçiye 23 aylık brüt ücreti tutarında net tazminat ödenir" düzenlemesi yer almaktadır.

TİS m.25/a hükmü uyarınca da, "*işçilerin kendi işlerinde (branşlarında) ve asıl işyerlerinde çalıştırılmaları esastır. Ancak işin niteliğinde benzerlik olmak kaydıyla, işçiler geçici olarak başka bir işte veya işyerinde çalıştırılabilir*".

SORULAR

1. Altı işçinin sendikanın işyerine sivil kıyafetle gelme kararına uymaları fiilinin yaptırımı nedir? 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun kabulünden sonra bu sorunun yanıtında değişiklik olmuş mudur? Anlatınız.
2. Sizce görevlendirme geçici midir yoksa sürekli midir? Neden? TİS'de sadece geçici görevlendirme yapılabileceğine ilişkin hüküm bulunması karşısında, işveren genel yönetim hakkına dayanarak işçiyi sürekli görevlendirebilecek midir?
3. İşverenin devamsızlık sebebi ile sözleşmeyi feshetmesi yerinde midir?
4. Davacı işçinin feshin sendikal nedene dayalı olarak yapıldığını ileri sürmesi ve TİS'nin ilgili hükmü uyarınca işe başlatmama tazminatı olarak 23 aylık ücreti tutarında tazminat talep etmesi yerinde midir? 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun kabulünden sonra bu sorunun yanıtında değişiklik olmuş mudur? Anlatınız.
5. İşçiler işe iade davasından ayrı olarak ayrıca, ayrı bir dava ile sözleşmenin devamı sırasında işverenin farklı işlem yasağına aykırı hareket ettiğini ileri sürerek sendikal tazminat talebinde bulunmuşlardır. Sizce bu talepleri yerinde midir?

CEVAPLAR

1. TSGLK'nın 25. Maddesi (STİSK m. 58) uyarınca "*İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denilir.*

Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını korumak veya düzeltmek amacıyla bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denilir. Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve kanun dışı grev denilir. Siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı

grevdir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyideleri uygulanır[4]".

Olayda işçilerin çalışmayı bırakmaları değil, sivil kıyafetle çalışmayı istemeleri söz konusudur. Ancak bu şekildeki çalışmaya işveren tarafından izin verilmediği anlaşılmaktadır. Bu hareket neticesinde, işin bırakılması unsuru gerçekleşmediği için yapılan hareketin grev veya kanun dışı grev olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Ancak 25. maddede "*Siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı grevdir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyideleri uygulanır.*" hükmünde, **diğer direnişler** ifadesi yer aldığından, grev niteliği taşımayan, işi yavaşlatma ve verimi düşürme dışında da diğer direnişler kanun dışı grev yaptırımına tabi tutulmuştur. İşveren işçilerin sivil kıyafetle işe gelmelerine yönelik bu hareketlerini grev olmamakla birlikte, Yasa'da kanun dışı grevin yaptırımlarına tabi tutulan davranışlar olarak değerlendirilmeleri nedeniyle, bu davranışları sergileyen işçileri iş sözleşmelerini TSGLK'nın 45. Maddesi (STİSK m. 70) uyarınca tazminatsız ve bildirimsiz feshedebilirdi. Ancak işveren bu hakkını kullanmamıştır.

STİSK'nın kabulüyle birlikte yukarıda dipnotta belirtmiş olduğumuz üzere "*Siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı grevdir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyideleri uygulanır*" ifadesi Kanundan çıkarılmıştır. Bu sebeple yuarıda yaptığımız açıklama yeni Kanun kapsamında geçerli olmayacak ve işveren işçilerin sivil kıyafetle işe gelmelerine yönelik bu hareketlerini grev olmamakla birlikte, Yasa'da kanun dışı grevin yaptırımlarına tabi tutulan davranışlar olarak değerlendirilmeyecektir. STİSK ile birlikte somut olaydaki bu durum kanun dışı grevin yaptırımına tabi tutulamayacak; ancak işçinin emir ve talimatlarına uymama ve iş sözleşmesi hükümlerine aykırılık olarak nitelendirilebilecektir. Ve somut olayın koşullarına göre iş sözleşmesi en fazla haklı ya da geçerli nedenle feshedilebilecektir.

2. Görevlendirme yazısının herhangi bir yerinde görevlendirmenin geçici olduğuna ilişkin bir ibareye yer verilmemiş, süre sınırlandırmasından bahsedilmemiş olması nedeni ile görevlendirmenin sürekli olduğu kabul edilmektedir.

Taraflar arasında imzalanan belirli süreli sözleşmenin 1. maddesi uyarınca "*işgören, işyerinin bütün bölümlerinde, işveren veya vekillerince verilecek görevlerde, çalışma talimat ve direktifleri gereğince ifa eder.*"

---

[4] Yeni Kanunda bu kısım çıkarılmışsa da mevcut düzenlemeler uyarınca siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi hala kanun dışı grevdir.

İşverenin vereceği talimatlarla, yasa toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere, işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına, yönetim hakkı denir. İşverenin yönetim hakkının karşıtını işçinin işverenin talimatına uyma (itaat) borcu oluşturur.

Yönetim hakkı çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında en alt sırada yer aldığından, bu hak tüm üstte yer alan iş hukuku kaynakları tarafından sınırlandırılmıştır. Anayasa, yasa, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi genel iş koşulları (iç yönetmelik, işyeri uygulaması) ile düzenlenmiş konularda yönetim hakkının uygulanma olanağı yoktur. Başka bir deyişle işveren bu hukuk kaynaklarına aykırı biçimde yönetim hakkını kullanamayacağı gibi, ancak bu kaynaklarda düzenleme getirilmediği halde talimat verme yetkisinden yararlanabilir. TİS'in 25. maddesinde ise yönetim hakkının sınırlandırması yapılmıştır. TİS'in m.25/a hükmü uyarınca, *"işçilerin kendi işlerinde (branşlarında) ve asıl işyerlerinde çalıştırılmaları esastır. Ancak işin niteliğinde benzerlik olmak kaydıyla, işçiler geçici olarak başka bir işte veya işyerinde çalıştırılabilir"*.

Açıklanan nedenlerle işverenin yönetim hakkına dayanarak, sürekli görevlendirme yolu ile iş değişikliğinde bulunamaz. İş sözleşmesi taraflarının ayrıca anlaşmalarına gerek kalmadan, toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmeleri, sözleşmenin normatif kısmından doğrudan doğruya etkilenir. Bu durum kanunun yarattığı toplu iş sözleşmesine özgü bir niteliktir. TSGLK'nın m. 6/1 (STİSK m. 36) uyarınca *"Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır"*. İş sözleşmesinde, genel olarak işçinin işgörme borcunu yerine getirirken işverenin talimatlarına uymak zorunda olduğu belirtilmesine rağmen, somut olarak iş ve işyeri değişikliğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bunun için TİS'in 25. maddesi hükmünün uygulanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu hüküm uyarınca işveren ancak geçici iş değişikliği yapabilecek, sürekli ve kalıcı değişiklik geçerli olmayacaktır.

3. TİS hükmüne uygun olarak işverenin üç aylık sürenin dolması ile işçileri eski işlerine iade yükümlülüğü altındadır. İşveren işçileri işyerine sokmayarak çalıştırmamıştır. Bu nedenle, işveren tarafından kendisine iş verilmeyen ve işyerine sokulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından geçerli sebebe dayalı olarak feshedilmediği kabul edilerek, işe iade talepleri kabul edilmelidir. Buna karşılık işveren tarafından daha sonra devamsızlık tutanakları tutularak, işçinin iş sözleşmesinin bu sebeple feshetmiş olmasının, işverenin işçiyi çalıştırmamak ve işyerine sokmayarak gerçekleştirdiği fesih bakımından herhangi bir etkisi olmamalıdır.

4. TİS'nin 14 maddesi uyarınca "*İşçiler sendikaya üye olmaları, Sendikanın veya bağlı bulunduğu Konfederasyonun etkinliklerine katılmaları dolayısı ile işten çıkarılamaz ve farklı işleme tabi tutulmazlar. Keza işveren, sendikaya üye olan işçilerle sendikasız işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleksel ilerlemesinde, ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal haklarında disiplin hükümlerinin ve diğer konulara ilişkin hükümlerin uygulanmasında ya da çalıştırmaya son verilmesi konusunda herhangi bir ayırım yapamaz (sözleşme ile işçiye sağlanan her türlü haklar bu ayırım yasağının dışındadır).*

İşverenin bu hükme aykırı hareket etmesi halinde, ilgili işçiye 23 aylık brüt ücreti tutarında net tazminat ödenir".

Bu konuda uyuşmazlık davacının işe iade davası sonucuna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı olarak bu 23 aylık ücreti tutarında tazminatı isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Sendikalar Kanunun 31. maddesinin 6. fıkrasına göre (STİSK m. 25 de ele alın bu hüküm Sendikal Tazminata ilişkin olayda değinmiş olduğumuz üzere Sendkalar Kanunundan farklı bir şekilde düzenlenmiştir) "*sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise İş kanunun 18, 19, 20 ve 21 madde hükümleri uygulanır. Ancak İş Kanunun 21. maddesi birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz*".

İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 18 vd. maddeleri hükümleri kural olarak nispi emredici nitelikte olup, bunun tek istisnasını 21. maddenin son fıkrasında yer alan kural oluşturur. Adı geçen fıkra uyarınca "*Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrası sözleşmeler ile hiçbir surette değiştirilemez, aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.*" Görüldüğü gibi İş Kanunu'nun 21. maddesinin ilk üç fıkrası mutlak emredici niteliktedir. İşçi lehine de olsa bu hükümlerin değiştirilmesi yasaklanmıştır. Bu durumda toplu iş sözleşmesi ile veya iş sözleşmesi ile 4-8 aylık ücret tutarındaki iş güvencesi tazminatına ya da işçinin ancak en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücrete ilişkin düzenlemeler işçi lehine de olsa değiştirilemeyecektir. Sendikal tazminatın bir yıllık ücretten az olmayacağına ilişkin kuralın da bu şekilde yorumlanması gerekmektedir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler nedeniyle yapılmış geçersiz bir fesih varsa, işe başlatmama tazminatı işçinin bir yıllık ücretinden az olamaz. Ama 21. maddeye yapılan atıf nedeniyle ve 21. maddenin ilk üç fıkrasının mutlak emredici olması nedeniyle bir yılık ücret tutarındaki tazminatın toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile artırılması da mümkün olmamalıdır.

Kaldı ki TİS'in 14. maddesi sadece sendika üyeliğini güvence altına almış olup, sendikal faaliyet dolayısıyla farklı işlem yasağı ve fesih düzenlenmiş de-

ğildir. Davacının iş sözleşmesinin sendika üyeliği nedeniyle feshedildiğini kabul etmek mümkün değildir. Çünkü davacı 2002 yılında sendika üyesi olmuş ve bu üyelikten dolayı tüm haklardan yararlandırılmıştır. Yapılan feshin sendika üyeliği ile bağlantısı bulunmadığından davacının İş Kanunu'nun 14. maddesinde talep edilen 23 aylık ücreti tutarında tazminatı talep edemez.

STİSK bakımından olayı değerlendirdiğimizde ise şartları sağlamadığından yine TİS m. 14 uyarınca 23 aylık ücret tutarında tazminat alamayacak olsa da yukarıda eski mevzuat bakımından yapılan açıklamalardan önemli bir farklılık olacaktır. Mevcur düzenlemelerle birlikte kanaatimizce sendikal tazminatın asgari limiti arttırılabilecektir. Zira STİSK m. 25 de sendiala tazminat ile İşK m. 21 arasındaki doğrudan olan bağlantı koparılmış ve sendikal tazminat bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple İşK m. 21 için geçerli işçi lehine de olsa değiştirilememe durumu sendikal tazminat için söz konusu olmayacaktır.

5. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde yer alan ilk iki fıkra işe almadaki (STİSK m. 25/I), sonraki fıkra (STİSK m. 25/II-III) ise çalıştırmaya son vermedeki ayırım ile ilgilidir.

31. maddenin V fıkrasına 3449 sayılı Kanun ile getirilen hükmüne göre, "*işçiler sendikalara üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika ve konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tutulamazlar.*"

Buna göre 31. maddenin III. fıkrasında, sendika üyeliği nedeni ile iş sözleşmesinin hükümlerinin uygulanmasında ve sözleşmeye son vermede farklı davranılamayacağı düzenlenmiştir. Buna karşılık 31. maddenin V. fıkrasında sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle iş sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması veya sözleşmeye son verilmesi bakımından farklı muameleye tabi tutulamayacakları belirlenmiş bulunmaktadır. Ancak bu fıkrada uygulanabilecek olan sendikal faaliyetler iş saatleri dışındaki faaliyetler veya iş saatleri içinde sadece işveren tarafından izin verilmiş olan faaliyetlerdir. Somut olay bakımından, iş saatleri içinde izin verilmemiş olan bir sendikal faaliyet bulunmaktadır.

Sendikalar Kanunu'na göre, işverenin, 31. maddenin III ve V. fıkralarına aykırı hareket etmesi halinde aynı maddenin altıncı fıkrası uyarınca tazminat ödemesi öngörülmüştür. 4773 sayılı Kanun ile değiştirilen VI. fıkra uyarınca, işverence iş sözleşmesinin feshi dışında belirtilen hükümlere (md. 31/III ve V) aykırı hareket etmesi halinde ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücretinden az olamaz. Yani fesih dışında, iş sözleşmesinin devamı sırasında işçiye sendikaya üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı farklı işlemde bulunulması halinde, işçi bir yıllık ücret tutarında tazminat istenebilecektir.

Bu fıkranın devamına göre, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshinde ise İş Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddeleri uygulanır. Bu düzenlemeye göre, iş güvencesi hükümleri kapsamında olan ve sendikacılık faaliyetlerinden dolayı sözleşmesi feshedilen işçi, sendikacılık tazminatı talebinde bulunamaz, sadece feshin geçersizliği ile işe iade isteyebilir. Mahkemece işe iadeye karar verilmesi ve ancak işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek iş güvencesi tazminatı, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır (Somut olay bakımından yanıtta farklılık yaratmasa da Sendikal Tazminata ilişkin olayda da belirttiğimiz üzere bu fıkrada önemli değişiklik olmuş; işçiler sendikal nedenle fesih durumlarında ister işe iade davası açıp onunla birlikte sendikal tazminat talep edebilecek isterse bağımsız olarak sendikal tazminat davası açabileceklerdir).

Açıklanan nedenlerle somut olay bakımından, iş sözleşmesi devam ederken işverenin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı ayırım yasağına aykırı hareket edip etmediği değerlendirilmelidir. Sendika üyeliği bakımından işverenin farklı işlem yasağına aykırı hareket ettiğini söylemek mümkün değildir. Zira davacılar iş sözleşmelerinin feshinden veya geçici iş değişikliğinden çok uzun süre önce sendika üyesi olmuşlar, TİS haklarından yararlandırılmışlardır.

Sendikanın aldığı karar ile işyerine sivil kıyafet ile gelme faaliyetine katılmalarından dolayı da farklı işleme tabi tutulduklarını söylemek mümkün değildir. Zira işverenin geçici görevlendirme uyguladığı işçilerin tamamı sendikal faaliyete katılmışlardır. Kaldı ki bu sendikal faaliyet iş saatleri içinde işverenin rızası olmaksızın yapılmıştır. Geçici görevlendirmeye ilişkin düzenleme TİS'de yer almaktadır ve işçiler bu görevlendirmeye muvafakat etmiş bulunmaktadırlar. Bu görevlendirmenin geçici olmayıp, sürekli değerlendirilmesi gerektiği yukarıda açıklanmıştır. Bu görevlendirme esnasında işçi ücretlerinde herhangi bir azalma olmadığı, yaptıkları işe uygun olarak TİS'den kaynaklanan tüm hakların işçilere ödendiği anlaşıldığından, işverenin iş sözleşmesi devam ederken sendikal faaliyetlerden dolayı da farklı işlem yasağına aykırı hareket ettiğini söylemek mümkün olmadığından, davacıların TİS'in 14. maddesinden kaynaklanan 23 aylık ücret tutarındaki tazminatı talep etmeleri kadar, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin VI. fıkrasında düzenlenmiş olan tazminatı talep etmelerinin mümkün olmayacaktır. Aksi halde "hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddiasında bulunamaz" şeklindeki genel hukuk kuralı ihlal edilmiş olur.

Üçüncü Bölüm
SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

I. 506 S. SSK KANUNU ANLAMINDA ASIL-ALT İŞVEREN KAVRAMI, İŞ KAZASI VE UNSURLARI

OLAY

(B) sac ticareti ve profil imalatı yapmakta olan bir firmadır. (B) ile boya işi yapan (C) firması arasında (B) firmasına ait fabrikanın iç ve dış cephe boya badana işlerinin yapılması konusunda sözleşme mevcuttur. (A) bu sözleşme gereği (B)'ye ait fabrikanın boyanması konusunda (C) tarafından görevlendirilmiştir. 02.12.2004 tarihinde (A) (B)'ye ait fabrikada trafonun bulunduğu alanda boya işlerini yaparken, elektriğin kesilmesini talep etmiş olmasına rağmen, fabrika müdürünün o an işyerinde elektrik teknisyenin bulunmayışından dolayı bu talebi yerine getirmeyerek "yavaş ve dikkatli yaparsa bir şey olmayacağını" beyan ederek, işe devama zorlamıştır. İşe devam etmek zorunda kalan (A) yüksek gerilime maruz kalmış ve beton zemin üzerine düşerek beyin kanaması geçirmiştir. Bu olay sonucu üst üste bir çok kez ameliyat geçirmek zorunda kalmış, yüzünde ve kafasında sabit izler meydana gelmiştir. Bu sebeplerle (A) iş kazası sebebiyle (B)'ye karşı İş Mahkemesi'nde dava açmıştır. (B) tarafından (A) adına yapılmış herhangi bir hizmet bildirimi bulunmamaktadır.

SORULAR

1. (B) ile (C) arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi var mıdır? Açıklayınız.
2. Olayda kaç tarihli Sosyal Sigortalar Kanunu uygulanmalıdır? Bu kanun kapsamında (A) sigortalı sayılır mı? Neden?
3. (A)'nın davayı (B)'ye yöneltmesi yerinde midir?

CEVAPLAR

1. (B) ile dava dışı (C) arasında, (B)'ye ait işyerinin boyanması konusunda bir sözleşme bulunduğu, olaydan anlaşılmaktadır. Acaba bu sözleşme gereği (B)'nin asıl işveren sıfatıyla davalının uğradığı iş kazasından dolayı sorumluluğu ortaya çıkar mı? Bir diğer deyiş ile (B) ile dava dışı (C) arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş mudur?

4857 s. Kanun'un 2. maddesinin 6. fıkrası gereği ve SSK'nın 87 m. gereği asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi

gerekir. İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasına göre "*Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde*" alt işveren tarafından iş alınması gerekir. Ancak yasaya göre bu işin asıl işverenin işyerinde ürettiği mal ya da hizmet üretimi ile ilgili olması gerekir. Bu nedenle örneğin bir otomotiv veya tekstil üretiminin gerçekleştiği bir işyerinde, Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi işyerinde yapılan işle ilgili olmayan bir ek inşaat yapımı veya bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Yargıtay da bu yönde kararlar vermiş bulunmaktadır (Yarg. 21. HD 4.7.1995 E.2660, K.3884, YKD Ekim 1995, s.1612-1614)

SSK'nın 87. maddesinde "*Bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir*" hükmü yer almaktadır. Ancak SSK anlamında da asıl işveren-alt işveren uygulamasının gerçekleşmesi için bazı unsurların varlığı aranmaktadır. SSK anlamında asıl işveren sayılmayan kişilerden iş alanlar, alt işveren sayılamayacaktır. Yargıtay da verdiği kararlarda, SSK'nın 87. madde anlamında aracıdan söz edebilmek için, aracının aldığı işin, asıl işverenin gördüğü işin bir bölümünün veya eklentilerindeki bir işin olması gerektiğini kabul etmektedir. İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte ise, işi alan kimse aracı değil, işverendir (Yarg.21 HD 14.10.1996 tarih E.3281 K.5643 sayılı kararı)

(B)'ye ait işyerinde sac ticareti ve profil imalatı yapılmaktadır. Dava dışı (C) ile (B) arasındaki sözleşme gereği (A)'nın çalıştığı iş ise işyerinin boyanması işidir. İşyerindeki üretim işinden tamamen bağımsız, nitelik yönünden ilgisiz bir iştir. Bu nedenle (C)'nin alt işveren sıfatını kazanması mümkün olmadığı için (B)'nin asıl işveren sıfatını kazanması da mümkün değildir.

2. Hukuki uyuşmazlığın konusu olayın iş kazası olup olmadığına ilişkindir ve olay 02.12.2004 tarihinde gerçekleşmiştir. Bu nedenle 506 sayılı SSK hükümleri uygulanmalıdır. SSK'nın 11. maddesine göre "*İş kazası, aşağıdaki hal ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence ya da ruhça arızaya uğratan olaydır*". Daha sonra devamında 5 bend halinde hangi hal ve durumlarda meydana gelen bir olayın iş kazası sayılacağı belirtilmiştir. Bunlar;

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısiyle,

c) Sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında,

Ancak bundan evvel olayın iş kazası olarak değerlendirilebilmesi için belirlenmesi gereken hususlar (A)'nın bu kanun anlamında sigortalı olup olmadığı ve (B)'nin işveren sıfatını taşıyıp taşımadığıdır. Kimlerin sigortalı sayılacakları SSK 2. maddesinde "Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu Kanuna göre sigortalı sayılırlar." denilmek suretiyle belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen koşulları yerine getirenler, işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı sayılırlar. Bunların işveren tarafından kuruma bildirilmemiş olması bu niteliklerini ortadan kaldırmaz.

(A), davalı tarafından işe alınmış değildir. SSK Hizmet cetvelinde buna ilişkin bildirime rastlanmamıştır. (A)'nın (B) tarafından işe alınmadığını dava dışı (C)'nin işçisi olarak boya badana işlerini görmek üzere işyerinde çalışırken kazaya uğradığı bilinmektedir.

3. Yukarıda açıklanan sebeplerle (B) ile (C) arasında asıl işverenlik alt işverenlik ilişkisi bulunmadığından (A)'nın (B)'ye karşı İş Mahkemesinde dava açması yerinde değildir. Ancak bu durum genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açılmasına engel değildir.

II. SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ

OLAY

Davacı vekili dilekçesinde müvekkili (F)'nin 18.08.2008 tarihinde (K) hakimi olarak görevli iken isteği ile TC Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nün numaralı üyesi olarak (E) Barosu'nda avukatlık amacıyla emekli olduğunu, emeklilik sonrası 02.09.2008 günü (E) Barosu'na avukatlık ruhsatı almak amacıyla başvuruda bulunduğunu, 01.04.2009 tarihi itibariyle avukatlık hizmetine başladığını, halen avukatlık yaptığını, 01.04.2010 tarihinde emekli maaşını aldığında geçmişe dönük sosyal güvenlik destek primi olarak 3.321,61.-TL kesinti yapıldığını, 01.07.2010 ve 01.10.2010 tarihinde aynı kesintilerin devam ettiğini, toplam 5.614,02.-TL kesinti yapıldığını, bu kesintilerle ilgili SGK'ya yazılan dilekçeye cevap alınamadığını, 06.07.2010 günlü yazıda el yazısı ile not gönderildiğini bu yazının cevap niteliğinden uzak olduğunu, davacının 5434 sayılı Kanun'a göre emekli olduğunu, 5510 sayılı Yasa'nın geçici 14 maddesi gereğince davacıya 5434 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiğini, yeni yasanın yürürlüğe girdiği tarih olan 01.10.2008 gü-

nüne kadar 5434 sayılı Yasa kapsamında emekli olan vergiye tabi çalışanlardan sosyal güvenlik destek primi kesilmediği halde yeni yasanın yürürlüğe girmesinden sonra gelir vergisine tabi olmasının aleyhe kullanılmasının hakkaniyete ve kazanılmış haklara aykırı olduğunu iddia etmiş ve haksız olarak kesilen sosyal güvenlik destek priminin bundan sonra kaldırılmasını fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla kesilen 5.614,02.-TL tutarındaki kesintiyi yasal faizi ile birlikte talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili dilekçesinde dava konusu uyuşmazlığın 5510 sayılı yasanın 30. geçici 14. Maddeleri ve 2009 yılı Mart ayında yayınlanan 2009/37 sayılı Genelge'nin 5.7.2 fıkrasının 3. Bendine ilişkin olduğunu, 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasaya göre çıkartılan, 2009 yılı Mart ayında yayınlanan 2009/37 sayılı Genelge'nin 5.7.2 fıkrasının 3. bendi gereğince 01.10.2008 tarihinden 5434 sayılı Yasa'ya göre emekli aylığı bağlanıp bu tarihten önce avukatlık ve noterlik mesleğini yapanlardan sosyal güvenlik destek primi kesilmeyeceğini belirtildiğini, bu kurum uygulamasının 01.10.2008 milat olarak yapılmakta olduğunu, bu tarihten sonra avukatlık yapmaya başlayan ve 5434 sayılı Yasa'ya göre emekli olanlardan sosyal güvenlik destek primi kesilmesi yapılacağını bu nedenlerle davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

SORU

Davacıdan sosyal güvenlik destek primi kesilip kesilemeyeceğini gerekçeleriyle birlikte açıklayınız.

CEVAP

5510 sayılı Kanunun Geçici 14. maddesine göre, "*bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malullüğü, malullük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir*" (f.1)

Kanunun geçici 14 maddesinden yararlanabilecek olanları üç gruba toplamak mümkündür:

1. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi ve sigortalı olanlar. Yani 5434 sayılı Kanuna tabi iştirakçi, 506 s. SSK, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu uyarınca sigortalı olanlar

2. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce vazife malullüğü, malullük, yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar. Bu aylıklar da 5434 s. Kanun,506 s. Kanun veya 1479 sayılı Kanun uyarınca bağlanmış olabilir

3. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler Sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine tabidirler.

Her şeyden önce, "sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından" ifadesinin "sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma" yı içerdiğini kabul etmek gerekir. Bu sebeple 5510 s. Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mülga Kanunlar uyarınca "sigortalı sıfatına" sahip olanların, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce vazife malüllüğü, malüllük, yaşlılık veya emekli aylığı bağlananların ve Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenlerin, 5510 S. kanun ile yürürlükten kaldırılan Kanunların sosyal güvenlik primi ödeyerek çalışmaya ilişkin Kanun hükümlerine tabi olacaklarını söylemek mümkündür. Bu sebeple bu hükümlerin hatırlanmasına ihtiyaç vardır.

1. 5510 Sayılı Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Önce Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışma:

Emekli Sandığı Kanunu diğer sosyal güvenlik kurumlarında olduğu gibi bazı koşullarda emekli aylığı alıp çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmesini öngörmektedir. Konu ile ilgili olarak yasanın 99. ve ek 11. maddelerine bakıldığında Emekli Sandığından aylık almakta olanların diğer sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak çalışmaya başlamalarının emeklilik aylıklarının kesilmesi sonucunu doğurduğu görülür. Yasanın 99. maddesine göre, "*Emekli ... aylığı, ... alanlardan; hiçbir şarta bağlı olmaksızın emeklilik hakkı tanınan vazifelere tayin edilenlerin, aylıklarının tamamı ... kesilir*". Yasanın ek 11. maddesine göre ise, "*T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi daire, kurum ve ortaklıklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa tabi işyerlerinde emekliliğe tabi olmayan ücretli, geçici kadrolu veya yevmiyeli hizmetlere tayin edilen emeklilerin, buralarda çalıştıkları sürece emekli aylıkları kesilir*".

Emekli Sandığı Kanununun anılan hükümlerinden ek 11. maddenin ilk fıkrasının uygulama olanağının kalmadığı görülmektedir. Şöyle ki, anılan madde, Emekli Sandığı Kanununa göre aylık bağlananların, kamu kesiminde ve SSK kapsamında olan işyerlerinde, emekliliğe tabi olmayan işlere tayin edilmeleri halinde aylıklarının kesileceğini düzenlemiştir. Oysa, mevcut sistemde SSK'na tabi olanların emeklilik hakkından yararlanamamaları söz konusu edilemeyeceğinden, ek 11. maddeye göre aylıkların kesilmesi de mümkün değildir.

Yasanın 99. maddesinde ise, emekli aylığı alanların sadece Emekli Sandığı Kanuna tabi kurum ve ortaklıklarda çalışmaları durumunda aylıklarının kesileceği öngörülmekte ve bunlara sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma

olanağı da tanınmamaktadır. Söz konusu madde SSK'nun 3/II, C maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, Emekli Sandığından aylık alanların sadece SSK'na veya Bağ-Kur K'na göre çalışmaya devam etmeleri durumunda sosyal güvenlik destek primi ödemeleri gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Sosyal güvenlik destek priminin amacının sigortalıların emekli aylıkları kesilmeden çalışmalarına olanak sağlanması olduğu düşünüldüğünde, Emekli Sandığı Kanunun 99. maddesinin farklı bir şekilde yorumlanması olanaklı görünmemektedir. Görüldüğü gibi, Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan yaşlılık aylığı alanların SGDP ödeyerek aylıkları kesilmeden hem kendi kurumlarına hem de diğer kurumlara tabi olarak çalışmaya devam etmelerine olanak tanınmasına karşın Emekli Sandığından emekli olanlara aylık alırken SGDP ödeyerek yine Emekli Sandığı Kanuna tabi bir işte çalışma olanağı tanınmamıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere, Emekli Sandığı'ndan aylık alırken SSK'na tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmez. Emekli Sandığı Kanunun 11. maddesinin bu şekilde algılanması gerekirse de, maddenin 2. fıkrasının getirdiği istisna hükmü ayrıca değerlendirilmelidir. Yasanın ek 11. maddesinin 2. fıkrasında 3.4.1998 tarih ve 4359 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle "*yaş haddini aşmamış olmaları kaydıyla her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ders ücreti karşılığı ders görevi verilenler ile mahiyeti itibariyle hizmetin görülmesi mücbir bir sebebe dayandığı ve özel bir ihtisası gerektirdiği ilgili Bakanlığın teklifi ve Maliye Bakanlığının mütalaası alınmak suretiyle Bakanlar Kurulu kararı ile belirtilen yerlere tayin edilecekler hakkında 1'inci fıkra hükmü uygulanmaz*" hükmüne yer verilerek bu şekilde çalışmalarını sürdürenlerin aylıklarının kesilmeyeceği belirtilmiştir. Buna göre, Emekli Sandığından emekli aylığı almakta iken, devlet üniversitesine tayin edilenler ile aynı şekilde vakıf şeklinde kurulan özel üniversitelerde işçi statüsünde istihdam edilen ve kendilerine ders ücreti karşılığı ders görevi verilenlerin emeklilik aylıkları kesilmeyecektir.

2. 5510 sayılı Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışma

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre vazife malulü olan veya bu tarihten önce 5434 sayılı Kanuna göre iştirakçi olmakla birlikte bu tarihten sonra vazife malulü olanlarla, 5510 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra sigortalı olarak çalışmaya başlayıp ta sonradan vazife malulü olanların 5510 Sayılı Kanunun 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlamaları halinde aylıkları kesilmeyecek, tercihlerine göre sosyal güvenlik destek primine veya ileride vazife malulü aylığı ile birlikte

yaşlılık aylığının da bağlanmasını istemeleri halinde sosyal güvenlik destek priminden vazgeçip uzun vadeli sigorta kollarına tabi çalışabileceklerdir. Bu kimseler gerek sosyal güvenlik destek primine, gerekse uzun vadeli sigorta kollarına tabi çalışmaları durumda, her iki halde de haklarında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanacak dolayısıyla ayrıca kısa vadeli sigorta kolları primi alınacaktır. Aylıkları kesilmediği için, bu durumda bunlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi de kesilmeyecektir. Bu kimseler 5510 Sayılı Kanunun 4'üncü maddesi birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışmaları halinde ise aylıkları çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilmekte, tercihlerine bakılmaksızın haklarında 5510 Sayılı Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ve ayrıca genel sağlık sigortası kolları uygulanarak kısa ve uzun vadeli sigorta kolları primi ve genel sağlık sigortası primi alınacaktır.

Konu hakkında esas düzenleme, 5510 Sayılı Kanunun 5'inci maddesinin (c) bendinde yapılmış olup, söz konusu maddede; Harp malûlleri ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış malûllerden, 5510 Sayılı Kanunun 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmeyeceği, 3713 sayılı Kanuna göre aylık bağlanmış malûller ile aynı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malûllüğü aylığı alan er ve erbaşların, 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olmaları halinde de aylıklarının kesilmeyeceği, aylıkları kesilmeksizin 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında çalışanlar hakkında uzun vadeli sigorta kolları, 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında çalışanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümlerinin uygulanacağı, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kuruma bildirdikleri tarihi takip eden ay başından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kollarının da uygulanacağı, vazife malulü olanların vazife malulü aylıklarını alarak gerek kısa vadeli *(iş kazası ve meslek hastalığı)* gerekse uzun vadeli *(ölüm, maluliyet ve yaşlılık)* sigorta kollarına tabi çalışmaları durumunda haklarında ayrıca genel sağlık sigortası priminin alınmayacağı belirtilmiştir.

Diğer taraftan, 5434 sayılı Kanuna göre adi malüllük aylığı alanlardan, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihi ve sonrasında Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmez. Bunlar da sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışabilirler.

Harp malulü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış olanların 5510 Sayılı Kanunun 4/(c) maddesi kapsamında çalışması durumunda da:

1) Harp malûlleri ile 03/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre aylıkları hesaplanarak ödenenlerin 5510 Sayılı Kanunun 4'üncü maddesi birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında (memur) sigortalı olarak çalışmaları halinde, harp malullüğü zammı hariç aylıkları çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilip, tercihlerine bakılmaksızın haklarında 5510 Sayılı Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ve ayrıca genel sağlık sigortası kolları uygulanarak kısa ve uzun vadeli sigorta kolları primi ve genel sağlık sigortası primi alınacaktır.

2) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa göre aylık bağlanmış malûller ile aynı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malûllüğü aylığı alan er ve erbaşların, 5510 Sayılı Kanunun 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olmaları halinde, aylıkları kesilmeden bu kapsamda çalışmalarını devam ettirebileceklerinden, bunların tercihlerine göre haklarında 5510 Sayılı Kanunun kısa veya uzun vadeli sigorta kolları uygulanacak, bu kimseler ileride vazife malulü aylığı ile birlikte yaşlılık aylığının da bağlanmasını istediklerinde isteklerinin yazılı olarak kuruma intikalini takip eden aybaşından itibaren uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak ta çalışabileceklerdir, uzun vadeli sigorta kollarına tabi çalışma durumunda bunlardan tamamı işverene ait olan ayrıca kısa vadeli sigorta kolları primi de alınacak, bu durumda aylıkları kesilmediğinden genel sağlık sigortası primi bunlardan alınmayacaktır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış olanlar ve Harp malûlleri ile bunların dışındaki vazife malullerinin, 5510 Sayılı Kanunun uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak çalışmaları neticesinde, Yasanın öngördüğü şartların gerçekleşmesi halinde ayrıca yaşlılık aylığı da bağlanacak vazife malullüğü aylığı ile birlikte bu aylıkların tamamını alabileceklerdir. Adi maluliyet aylığına hak kazanmaları durumunda ise, vazife malullüğü aylığı ile adi maluliyet aylığı karşılaştırılması neticesinde sadece yüksek olanını alabileceklerdir.

3. 2009/37 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesinde Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışma

Sosyal Güvenlik Kurumunun 2009/37 sayılı genelgesinin 5.7.2 maddesinde, "*5434 sayılı Kanuna göre emekli aylığı almakta iken 2008 yılı Ekim ayı*

başından önce serbest avukatlık ile noterlik mesleğini yapanlardan sosyal güvenlik destek primi kesilmeyecektir" düzenlemesi getirilmiş bulunmaktadır. Genelgede yer alan bu düzenlemenin 5510 s. Kanunda yer almadığını özellikle vurgulamamız gerekir. 1999 tarih ve 4447 s. kanunla, avukat ve noterlerden sosyal güvenlik destek primi kesilebilmesi için 506. S. Kanunun 63 maddesine bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, 506. s. kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken serbest avukat veya noter olarak çalışmalarını sürdürenlerin, almakta oldukları aylıklarından %15 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilmesi öngörülmüştür. 5510 s. kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte avukatlar 4/I b kapsamında sigortalı olarak kabul edildiklerinden, bunların sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaları olanağı korunmuştur. Ancak Genelgede ifade edildiği üzere özellikle, 5434 sayılı Kanuna göre emekli aylığı almakta olanların serbest avukatlık veya noterlik mesleğini yapmaya başlamaları durumunda, kanunun yürürlük tarihinden önce emekli olanlar (01.10.2008 den önce) ile kanunun yürürlük tarihinden sonra emekli olanlar (01.10.2008 dan sonra) arasında farklılık yaratılıp yaratılmadığı büyük öneme sahiptir. Genelgede bu konuda "5434 sayılı kanuna göre emekli aylığı almakta iken" ifadesi kullanılarak emeklilik işleminin 5510 s. kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce tamamlanmış olanları kapsadığı ifade edilmektedir. Bu ifade Kanunun geçici 14. Maddesindeki "bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ....vazife malüllüğü, malüllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar" sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine tabi kılınmışlardır düzenlemesi ile uyumludur. Buna karşılık genelgedeki hüküm uyarınca, sosyal güvenlik destek priminin kesilmemesine konu olacak çalışmanın da 01.10.2008 tarihinden önce gerçekleşmiş olması gerekir. Halbuki konuyu düzenleyen 5510 s. kanunun geçici 14. maddesi "*bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malüllüğü, malüllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir*" (f.1)" düzenlemesine sahiptir ve çalışmanın Kanunun yürürlükten tarihinden önce gerçekleşmesine ilişkin bir şartı ihtiva etmemektedir. Bu nedenle 5434 s. Kanun uyarınca emekli aylığı almaya başlayan bir kimsenin, sosyal güvenlik destek primine tabi olacak çalışması 01.10.2008 tarihinden sonra gerçekleşmiş bile olsa, sosyal güvenlik destek primi kesilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Geçici 14. maddedeki düzenlemenin sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışma bakımından, yürürlükten kaldırılan Kanun hükümlerinin uygulanmasını öngördüğünü, buna karşılık sosyal güvenlik destek primi oranları bakımından 5510 s. Kanun hükümlerinin uygulama alanı bulacağını yukarıda ayrıntılı olarak açıklamıştık. Bu sebeple

5434 sayılı Kanun uyarınca kendisine aylık bağlanan bir kimsenin sosyal güvenlik destek primine tabi olarak serbest avukat olarak çalışmaya başlaması durumunda, eski Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. 5434 sayılı kanunda avukatlardan sosyal güvenlik destek primi kesilmesine ilişkin bir düzenleme yer almadığı için, yeniden çalışmaya başlayan ve serbest avukatlık yapan bir kimseden prim kesilmemesi gerektiği görüşündeyiz. Aksine düşünce eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi, Genelgedeki düzenlemenin de 5510 s. Kanunun geçici 14. maddesine aykırı olduğu düşüncesindeyiz. Zira geçici 14. madde, sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu kanunla yürürlükten kaldırılan kanun hükümlerinin uygulanmasını, sadece 5510 s. kanunun yürürlüğe girmesinden önce emekli aylığı alanlar bakımından değil, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar hakkında da geçerli olacağını kabul etmiştir. Bu sebeple konu ile ilgili genelgedeki düzenlemenin 5510 s. kanunun Geçici 14. Maddesine aykırı olduğunun kabul edilmesi halinde, yasa hükmünün uygulanarak, davacıdan sosyal güvenlik destek primi kesilemeyeceği ve bu sebeple kesilen 5.614.02 TL nin iadesine karar verilmesi gerekmektedir.

III. ÖDENMEYEN SİGORTA PRİMLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Davacı vekili dava dilekçesinde, Çiğli İlçesi B İlkokulu Müdürü olarak görev yapmakta olan davacı hakkında Karşıyaka ilçesi Ş.F İlköğretim Okulu müdürü olarak görev yapmakta iken yürütülen soruşturma sonucunda, İzmir İl Milli Eğitim Müdürlüğü İlköğretim Müfettişleri Başkanlığı'nın 10/09/2008 tarih, 410/22 sayılı İnceleme ve Soruşturma Raporu'nun düzenlendiğini, raporda okulda N.B, Ş.Ş, F.K ve F.Ş'nin sigortasız çalıştırıldığı iddiasının sübuta erdiğini, sigortasız çalıştırılan işçilerle ilgili olarak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre 10/09/2008 gün ve 410/.. sayılı yazı ile İzmir Sosyal Sigortalar Bölge Müdürlüğü'ne suç duyurusunda bulunulmasının uygun olacağı yönünde kanaate ulaşıldığını, İzmir İl Milli Eğitim Müdürlüğü İlköğretim Müfettişleri Başkanlığı'nın 10/09/2008 tarih ve 410/... sayılı yazısıyla Sosyal Sigortalar Bölge Müdürlüğü'ne okul müdürü A.S hakkında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre işlem yapılması hususunun bildirildiğini, ardından İzmir Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün 28/11/2013 tarih ve 663.07/..... sayılı İnceleme Raporu'nda davacı hakkında "Sigortasız İşçi Çalıştırılması Sebebiyle Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından 19/08/2009 tarih ve 10750413 sayılı işlemle verilen para cezasının Bayraklı İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından SGK Başkanlığı hesabına 7.238,78- TL ödendiği, ödemenin kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizlikten kaynaklanması durumunda rücu edilebilecek sorumluların belirlenmesi" hususundaki iddianın, toplanan belgeler ve yapılan ince-

lemeler sonucunda sübuta erdiğini, hakkında SGK Başkanlığı tarafından belirlenen, yargı kararları ile kesinleşen, 7.238,78-TL'lik miktarı İdarece ödenmiş olan toplam 21.164,28-TL para cezasının ödettirilmesi hususunda 1. derece sorumlu olarak A.S hakkında rücu davası açılmasının uygun olacağı konusunda görüş ve kanaat bildirildiğini, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı yetkililerinin yaptığı araştırma ve incelemeler sonucunda adı geçen öğrenci velilerinin sigortasız çalıştırıldığı tespit edilerek kurumun para cezası ile cezalandırıldığını, okul müdürü ve A.S ve İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünce SGK Başkanlığı'na, İdare Mahkemesi'ne ve Bölge İdare Mahkemeleri'ne yapılan itirazların kaybedildiğini, SGK Başkanlığı'nın 28/02/2012 tarihli E-Borç Sorgulama Belgesi'nde toplam borcun 21.164,28 TL olduğunu, Bayraklı İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nce verilen para cezasının 14/12/2012 tarihinde 7.238,78- TL'lik bölümünün ödendiğinin anlaşıldığını, yapılan ödeme sonucu kusurlu davranarak İdarenin zarara uğramasına sebebiyet veren kişi hakkında rücüen tazminat davası açma gereği doğduğunu, davalıların işbu davayı öğrenmeleri halinde, hüküm altına alınacak alacağın tahsilinin zorlaşacağını hatta imkansız hale geleceğini, davalının üzerine kayıtlı taşınır ve taşınmaz mallar ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacakları üzerine HMK 390 uyarınca karşı taraf dinlenmeksizin karar kesinleşinceye kadar teminatsız ihtiyari tedbir konulmasına karar verilmesini talep ettiğini, fazlaya dair hakların saklı kalması kaydıyla şimdilik 7.238,78-TL'nin ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak Bakanlığa ödenmesine karar verilmesini talep ettiğini ifade etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davalının Çiğli İlçesi B İlkokulu'nda 657 sayılı Kanun'a tabi müdür olarak görev yaptığını, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 33. maddesinin 3. fıkrasında "Kamu görevlilerinin görevle ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğurmayan disiplin cezaları ile ilerleme, yükselme, sicil, intibak ve diğer özlük ve parasal hakları ve mahalli idarelerin organları ile bu organların üyelerinin geçici bir tedbir olarak görevden uzaklaştırılmalarıyla ilgili davalarda yetkili mahkeme ilgilinin görevli bulunduğu yer idare mahkemesidir" hükmü gereği işbu uyuşmazlığın çözüm yerinin İzmir İdare Mahkemeleri olduğunu, maaş ödemelerinin kamu görevinin devamı için gerekli olan ve tamamen idari karakterli işlemler olduğu değerlendirildiğinde Mahkemece görevsizlik kararı verilerek dosyanın yetkili ve görevli İzmir İdare Mahkemesi'ne gönderilmesinin gerektiğini, davacının davayı fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak açmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu, alacak net bir şekilde belli olmasına ve idari yazışma içinde davalıdan 21.164,28-TL talep edilmesine rağmen karşı tarafın davayı belirsiz alacak davası olarak açtığını, davaya konu alacağın belirli olduğunu ve belirsiz alacak davası olarak açılmasında karşı tarafın hukuki yararının mevcut olmadığını, dava-

nın hukuki yarar yokluğundan reddinin gerektiğini, davaya konu alacaklar bakımından 6098 s. Kanun'un 82. maddesi gereği sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan istem hakkı 2 yıllık zamanaşımına tabi olduğundan davaya konu alacakların bu bağlamda zamanaşımına uğradığını, İdarenin geri alma işleminin kazanılmış hakların korunması ilkesine göre iyi niyetle kazanılmış haklara zarar vermemesi gerektiğini, davalıya borç çıkartılmasının hukuka aykırılık teşkil ettiğini, İdarenin yasaya aykırı olarak yaptığı tespit edilen ödemeleri 60 gün içinde geri isteyebileceğini, yapılan ödemenin bu süre içerisinde istenmemesi ve tahsili amacıyla herhangi bir girişimde bulunulmamasının yapılan ödemeyi sıhhate kavuşturacağını, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 22.12.1973 tarih, 1968/8 E, 1973/14 K sayılı kararına göre İdarenin sadece istemde bulunduğu tarihten geriye doğru 60 gün içinde fazla yapılan ödeme varsa bu ödemeyi geri alma hakkının bulunduğunu, bunun haricinde önceki dönemde yapılan fazla ödemelerin istenmesinin hukuken mümkün olmadığını beyan etmiş, davanın reddini talep etmiştir.

SORU

Okul Müdürünün ödenmeyen sigorta primlerinden sorumlu olup olmadığını belirleyiniz.

CEVAP

Uyuşmazlık, uyuşmazlığın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan 506 sayılı Kanunun 79 maddesine uygun olarak hareket edilmemesinden kaynaklanan zararın ödenmesi neticesinde, zararın meydana gelmesinden sorumlu olanlara rücu edilmesine ilişkindir.

İzmir Valiliği Milli Eğitim Müdürlüğü İlköğretim Müfettişleri Başkanlığı 4. Grup İlköğretim Müfettişliği tarafından düzenlenen 410/... sayılı 10.09.2008 tarihli A.S konulu İnceleme-Soruşturma Raporu'nda okulda sigortasız çalıştırılan hizmetlilerin konumu iddiası ile ilgili olarak alınan ifadeler ve toplanan belgelerden de anlaşılacağı üzere Ş.B İlköğretim Okulu'nda sigortasız çalışanlardan M.K'nin Bağkur'lu, B.G'nin sigortasının olduğu, N.B, Ş.Ş, F.K ve F.Ş'in sigortasız çalıştırıldıklarının anlaşıldığı, okulda sigortasız çalıştırılan hizmetlilerin konumu iddiasının sübuta erdiği, sigortasız çalıştırılan N.B, Ş.Ş, F.K ve F.Ş'in ile ilgili olarak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasına göre 10.09.2008 gün ve 410/... sayılı yazı ile İzmir Sosyal Sigortalar Bölge Müdürlüğü'ne suç duyurusunda bulunulmasının uygun olacağı sonuç ve kanaatine ulaşıldığı görülmüştür.

506 sayılı Kanunun 79 maddesi uyarınca (Değişik madde: 20/06/1987 - 3395/5 md.)," *İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalının sigorta primleri hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayıları ile sigorta*

primlerini gösteren ve örneği yönetmelikte belirlenen prim belgelerini ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar Kuruma vermekle ve bu belgelerin muhteviyatını doğrulayacak muteber işyeri kayıtlarını Kurumca istenilmesi halinde ibraz etmekle veya sigortalı çalıştırmadığı takdirde, bu hususu yazılı olarak önceden Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

(Ek fıkra: 25/08/1999 - 4447/11 md.) Ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların otuz günden az çalıştıklarını açıklayan bilgi ve belgelerin işverence prim bildirgelerine eklenmesi şarttır.

(*) (Ek fıkra: 25/08/1999 - 4447/11 md.) Sigortalıların otuz günden az çalıştığını gösteren bilgi ve belgelerin Kuruma verilmemesi veya verilen bilgi ve belgelerin Kurumca geçerli sayılmaması halinde, otuz günden az bildirilen sürelere ait primler Kurumca re'sen tahakkuk ettirilerek 80'inci madde hükümlerine göre tahsil olunur. Uygulamanın usul ve esasları altı ay içinde yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirlenir.(*)

İşveren, sigortalıların adını, soyadını, sigorta sicil numarasını ve çalıştığı süreyi gösteren ve örneği yönetmelikle belirlenen bir belgeyi işyerinde, birden ziyade işyeri olması halinde her işyerinde ayrı ayrı olmak üzere, işçiler tarafından da görülebilecek bir yere asmaya mecburdur.

Bu yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenler hakkında 140'ıncı madde hükümleri uygulanır. 140'ıncı maddenin uygulanması prim belgelerinin Kuruma verilmesine mani teşkil etmez. Fiilen veya kayden çalıştığı tespit edilen sigortalılara ait olup bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca resen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir. İşveren, tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ilgili Kurum ünitesine itiraz edebilir. İtiraz tahsilatı, durdurur. İtirazın reddi halinde, işveren kararın tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde yetkili mahkemeye başvurabilir. Yetkili mahkemeye başvurulması prim borcunun tahsil ve takibini durdurmaz."

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Başkanlığı SSK.B. tarafından İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'ne gönderilen 14/12/2012 tarihli Ödeme Emri Belgesi'nde ödenmesi gereken tutarın 7.238,78 TL olduğu, İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü Harcama Yetkilisinin belgede imzasının bulunduğu görülmüştür.

İzmir Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından düzenlenen 663.07/... sayılı 28/11/2013 tarihli İnceleme Raporu'nun sonuç kısmında, Bayraklı İlçesi Ş.B İlköğretim Okulu müdürü A.SI hakkında sigortasız işçi çalıştırılması sebe-

biyle Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından 19.08.2009 ve 10750413 sayılı işlemle verilen para cezası için Bayraklı İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından SGK Başkanlığı hesabına 7.238,78 TL ödeme yapıldığı, ödemenin kasıt kusur ihmal veya tedbirsizlikten kaynaklanması durumunda rücu edebilecek sorumluların belirlenmesi hususundaki iddia toplanan belgeler ve yapılan incelemeler sonucunda sübuta erdiğinden hakkında SGK Başkanlığı tarafından belirlenen, yargı kararları ile kesinleşen 7.238,78 TL'lik miktarı idarece ödenmiş olan toplam 21.164,28 TL para cezasının ödettirilmesi hususunda 1.derece sorumlu olarak A. S hakkında rücu davası açılmasının uygun olacağı yönünde görüş ve kanaat bildirildiği görülmüştür.

Madde 80 - (Değişik madde: 01/12/1993 - 3917/1 md.)*"İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemeye mecburdur.*

77'nci maddenin (a) fıkrası gereğince hak edilen ve fakat ödenmemiş olan ücretler üzerinden hesaplanacak primler hakkında da yukarıdaki hüküm uygulanır.

Kuruma fiilen ödenmeyen prim tutarları Gelir ve Kurumlar Vergisi uygulamasında gider yazılamaz. Kurumun, süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 21/07/1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Kurum, söz konusu Kanunun uygulanmasında Maliye Bakanlığı, diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır.

Yetkilerin kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle tespit edilir. Kurum alacaklarının tahsilinde 21/07/1953 tarih ve 6183 sayılı Kanunun uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, alacaklı Sigorta Müdürlüğünün bulunduğu yer İş Mahkemesi yetkilidir.

Yetkili iş mahkemesine başvurulması alacakların takip ve tahsilini durdurmaz. Dava ve icra takibi açılmış olsa bile, prim ve diğer alacakların ödenmemiş kısmı için gecikme zammı tahsil olunur. (Değişik fıkra: 29/09/1999 - KHK - 578/1 md.) (*) Yangın, su baskını ve deprem gibi tabii afete uğrayan ve bunu belgeleyen işverenler ile isteğe bağlı sigorta ve topluluk sigortasına devam edenlerin hadisenin vukua geldiği tarihten itibaren üç ay içinde talepte bulunmaları halinde mevcut prim borçları ile afetin meydana geldiği tarihten itibaren tahakkuk edecek üç aylık prim borçları hadisenin vuku bulduğu tarihten itibaren bir yıla kadar ertelenebilir.

Prim borcunun ertelendiği süre zamanaşımından sayılmaz ve ertelenen kısmına gecikme zammı uygulanmaz.

Sigorta primlerini haklı sebepleri olmaksızın, birinci fıkrada belirtilen süre içerisinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşların tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, sayman ile tüzelkişiliği haiz diğer işverenlerin üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri kuruma karşı, işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur".

506 sayılı Kanunun 80 maddesindeki bu hüküm nedeniyle Ş.B İlköğretim Okulu müdürü A.S'nın sorumlu olacağı kanaatindeyiz.

IV. HİZMET TESPİTİ

OLAY 1

(A) Karşıyaka-Örnekköy dolmuş hattında çalışan minibüste Haziran 1993 tarihinden Şubat 2000 tarihine kadar minibüs şoförlüğü yapmış, bu tarihlerde B'ye bağlı olarak çalışmış, Şubat 2000 tarihinde ise (B) dolmuş hattını, (C)'ye devretmiş, (A) bu devir ile aynı çalışma koşulları altında bu kez (C) yanında çalışmaya başlamıştır. Ancak (A)'nın iddialarına göre 1993 yılından bu yana SSK primleri tüm ısrarlarına rağmen yatırılmamış, 2008 yılı Ocak ayı da dâhil olmak üzere işten ayrıldığı 07.11.2008 tarihine kadar ücretleri ödenmemiş, ödenmeyen ücret alacakları nedeni ile İş K.m.24/II e hükmü uyarınca sözleşmeyi kendisi haklı sebeple feshetmiştir. (A) kendisinin aylık 2.400,00 TL ücret aldığını, ödenmeyen ücretler nedeni ile ücret ve kıdem tazminatı talebinde bulunma zorunluluğu doğduğunu belirtmiş ve bunun için 1993 yılından itibaren işveren tarafından yatırılmayan SSK primlerinin ödettirilmesi talebinde bulunarak (C)'ye dava açmıştır.

(C)'nin vekili verdiği cevapta, müvekkilinin 35 ... plakalı ticari minibüsü 2000 yılında aldığını, bundan önceki çalışma ilişkileri bakımından müvekkilinin taraf olamayacağını, kaldı ki 1993-2000 yılları arasında da davacının iş sözleşmesi ile değil, yüzdelik karşılığı istisna sözleşmesi ile çalıştığını, 2000 yılında aracın (A)'ya kiralandığını, sözleşmeye her yıl %25 kira artışı hükmünün konduğunu ve bu şekilde sekiz yıl boyunca (A)'nın aracı 01.03.2008 tarihine kadar işlettiğini, (A)'nın 1996-29.06.2007 tarihleri arasında Bağ-Kur'lu olduğunu, 01.03.2008 tarihinde taraflar arasındaki kira sözleşmesinin feshedildiğini, bu tarihten sonra (A)'nın sigortalı araç şoförü olarak çalışması konusunda taraflar anlaşmışlar ise de, (A)'nın sürekli ve vardiya halinde çalışmasının mümkün olmadığını beyan etmesi karşısında, süreklilik arz etmeden 19.08.2008 tarihine kadar (A)'nın, hâsılattan %20 oranında pay almak suretiyle, istisna sözleşmesi

kapsamında çalıştığını, ayrıca sonradan (A)'nın 15.3.2008 tarihli yazı ile sigortalı olmak istemediğini belirten bir beyanda bulunduğunu ve (A)'nın hiç ücret almadan bir yıl süre ile çalışmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığını, bu yöndeki iddiaların samimi olmadığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

SORULAR

1. 01.04.2000-01.03.2008 tarihleri arasında davacı ile davalı arasında bulunan sözleşmenin niteliğini göz önünde bulundurarak kıdem tazminatı ve ücret alacağı taleplerini değerlendiriniz.
2. (A)'nın sigortalı olmak istemediğine dair beyanının hukuki geçerliliği nedir? Nedenleri ile birlikte açıklayınız.
3. Bu olayda hâkim siz olsaydınız (A)'nın "1993 yılından itibaren işveren tarafından yatırılmayan SSK primlerinin ödettirilmesi" talebi hakkında nasıl bir karar verirdiniz? Çeşitli olasılıkları göz önünde bulundurarak cevaplandırınız.

CEVAPLAR

1. Öncelikle 01.04.2000-01.03.2008 tarihleri arasında davacı ile davalı arasında bir kira sözleşmesinin bulunduğu açıktır. Bu dönem bakımından davacının iş sözleşmesi ile çalıştığını ileri sürmesi olanağı bulunmamaktadır. Dolayısı ile bu çalışma dönemi bakımından kıdem tazminatı ve ücret alacağına ilişkin taleplerin de incelenmesi söz konusu olamaz. Zira İş kanundan kaynaklanmayan bir uyuşmazlık nedeniyle İş Mahkemesinin kendisini görevli sayması mümkün değildir.

2. Taraflar 01.03.2008 tarihinden itibaren davacının sigortalı olarak çalıştırılması konusunda anlaşmışlarsa da, sonradan davacının 15.3.2008 tarihli yazı ile sigortalı olmak istemediğini belirten bir beyanda bulunmuştur. Bu beyanın hukuki geçerlilik taşıması düşünülemez. Eğer taraflar arasında iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilirse, sigortalı olma hak ve yükümlüğünden vazgeçmek mümkün olmayacaktır. Sigortalılığın kanun gereği kendiliğinden doğması söz konusu olacağı için davacının bu yöndeki iradesine hukuki sonuç bağlamak mümkün değildir.

3. Sosyal Güvenlik Kurumuna işveren tarafından ödenmesi gereken primlerin tahsilini talep etme hakkı Kurum'a aittir. Dolayısı ile primlerin ödettirilmesine ilişkin bir davayı açabilecek olan Sosyal Güvenlik Kurumudur, davacının böyle bir davada hukuki yararından bahsetmek mümkün değildir. Ancak mahkemece davacının bu talebinin hizmet tespitine yönelik olduğunun kabul edilmesi durumunda, öncelikle Sosyal Güvenlik Kurumunun davaya dahil edilmesinin sağlanması, davacının çalıştığını iddia ettiği dönemin bir kısmı bakımından dava dışı ilk işveren (B)'nin de davaya dahil edilmesi, ancak bundan sonra

işin esasına girilerek inceleme yapılabileceği düşünülmektedir. Bu sebeple, Mahkemece davacının talebinin hizmet tespitine yönelik olduğunun kabul edilmesi durumunda, Kurumun hasım gösterilmesi sağlandıktan sonra, Kurumun davacının taleplerine karşı ileri süreceği iddialar ve bu doğrultuda toplanan delillerden sonra, yeniden değerlendirme yapılması mümkün olacaktır.

OLAY 2

Davacı vekili müvekkilinin davalıya ait işyerine 2003 yılı Ocak ayı başında girdiğini, 2004 yılı Ekim ayı başlarında işten ayrıldığını, bu süredeki çalışmasının kesintisiz olduğunu, müvekkilinin daha sonra 2007 yılı Mayıs ayı başlarında aynı işyerine tekrar girdiğini, 2010 yılı Temmuz ayı sonuna kadar bu işyerinde kesintisiz olarak çalıştığını, davalı işverenin müvekkilinin çalıştığı günlerin bir kısmını sigortalı olarak göstermediğini, 2003 yılındaki çalışmalarının hiç gösterilmediğini, 2004 yılının noksan gösterildiğini, 2007 yılında çalışmaya başladığı süre ile işten ayrıldığı 2010 yılı Temmuz ayı arasındaki sürede çalışmasının kesintisiz ve aralıksız olduğu halde sigortalılık günlerinin noksan gösterildiğini, 2007 yılı Mayıs ayı başında işe girdiği halde sigorta girişinin 25/07/2007 tarihi olarak başlangıç gösterildiğini ve devam eden bazı aylarda da günlerin noksan gösterildiğini, 2008 yılında da çalışma günlerinin 15, 26, 27, 29 gün olarak gösterildiğini, 2009 yılında her ay 15 gün sigortalı gösterildiğini, 2010 yılında da Mart ayı itibari ile 3 gün noksan gösterildiğini, davacının sigortalı gösterilmeyen günlerde de işyerinde çalıştığını, davalı işveren müvekkilinin sigortalılık sürelerini noksan gösterdiğinden davacının işten ayrılmak zorunda kaldığını, bu nedenlerle belirtilen sürelerde müvekkilinin işçi olarak devamlı çalıştığının tespitine karar verilmesini talep ettiklerini belirtmiştir.

Davalı SGK vekili verdiği cevap dilekçesinde kurum kayıtlarında davalı AP ait işyerinde kuruma bildirilen çalışmalarının işe ilk giriş 2004 yılı için toplan 207 gün, 2006 yılı için toplam 144 gün, 2008 yılı için 287 gün, 2009 yılı için 180 gün, 2010 yılı için toplam 207 gün olduğunu, dönem bordrolarında ve aylık prim belgelerinde davacının ismine rastlanmadığını, davacının 2003 yılı Ocak ayı başından 2004 yılı Ekim ayı başlarına kadar davalının işyerinde çalıştığı varsayılsa bile hak düşürücü süre nedeniyle reddedilmesi gerektiğini, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Davalı vekili verdiği cevap dilekçesinde davacının çalıştığını iddia ettiği sürelere ilişkin süreleri hizmet süresi olarak tescili için açtığı davanın zamanaşımına uğradığını, davacının ancak dava tarihinden itibaren geriye dönük olarak 5 yıllık süre için dava açabileceğini, davacının müvekkiline ait işyerinden kendi isteğiyle ve kendisine iş kuracağı gerekçesiyle işten ayrıldığını, bu durumu be-

raber çalıştığı arkadaşlarına da söylediğini, davacının işten ayrılarak OG yanında çalışmaya başladığını, davacının müvekkili nezdinde çalıştığı sürelere ilişkin bordroları ihtirazi kayıt koymaksızın imzaladığını, davacının müvekkili nezdindeki çalışmasının sürekli olmadığını, kısmen çalıştığını, zaman zaman işten ayrılığı tekrar çalıştığını, bu nedenle çalışması kesintisiz olmadığı için hizmet süresinin tespitine ilişkin talebinin zamanaşımına uğradığını, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yargılama Esnasında Ortaya çıkan deliller ve tespitler şunlardır:

1. SSK Sigortalı Hizmet Döküm Cetveli'ne göre davacının 11..... nolu işyerinde 08/01/2004-01/08/2004, 05/10/2004-07/10/2004, 25/07/2007-30/07/2010 tarihleri arasında çalıştığı anlaşılmaktadır.

2. SGK İşe Giriş Bildirgesi'ne göre davacının 12.... nolu işyerine (OG) 06/07/2006 tarihinde, 11... nolu işyerine (S Tekstil) 14/08/2010 tarihinde, 11.... nolu işyerine (davalı)) 25/07/2007 ve 08/01/2004 tarihinde girdiği anlaşılmıştır.

3. İşyeri tanığı DE davalıya ait işyerinde 2001/2008 yıllarında arasında çalıştığını, 2001 yılı Haziran ayında işe girdiğini, 2008 yılı Ocak ayında işten çıktığını, çalışırken hiç ara vermediğini, davacının da kendisiyle birlikte aynı işyerinde çalıştığını, kendisinin sigortalarının tamamının yattığını, sigortalarında herhangi bir eksiklik olmadığını, diğer çalışanların tamamının da sigortalarının düzenli yatırıldığını, davacının kendisinden 1 yıl sonra işe girdiğini, bir süre çalıştığını sonra işten çıktığını, daha sonra tekrar işe girdiğini, davacının ilk işe girdiğinde 4 sene çalışmış olması gerektiğini, davacının sürekli çalışmadığını, işi olduğu zaman çalıştığını, iş olmazsa çalışmadığını, yılda 8-9 ay çalıştığını, kendisinin sürekli çalıştığını, davacının ilk dönemde işe girdikten sonra kendi işyerini açacağını söyleyerek işten çıktığını beyan etmiştir.

Davalı tanığı OG kendisinin davalı işyerine 2002 yılı Ocak ayında girdiğini, 2004 yılı yaz aylarında işten çıktığını, kendisi işyerinde çalışırken davacının işe girdiğini, işe giriş tarihini bilmediğini, 2005 yılında kendisinin atölye açtığını, davacının kendisinin işyerine çalışmaya geldiğini, işyerinde çalıştığı, davacının 2006-2007 yıllarında kendisinin işyerinde çalıştığını, işleri kötü gittiği için işyerini kapattığını, davacının çıktığını, daha sonra kendisini mahkemeye verdiğini, kendisinin sigortalarının tam yattığını, çalışanlardan sigorta primlerinin yatması ile ilgili sorun duymadığını beyan etmiştir.

İşyeri tanığı MÇ kendisinin davalının yanında 2009 yılı Haziran ayında işe girdiğini, 2010 yılı Temmuz ayı sonunda işten çıktığını, işyerinin kapandığını, işe girmeden önce davacıyı tanımadığını, davacının kendisinden önce işe girdiğini, asgari ücret ile çalıştıklarını, kendisinin sigorta primlerinin tam yattığını,

çalışanlardan sigorta primlerinin eksik yattığına ilişkin şikayet duymadığın, işyerinde bazen çalıştıklarını, bazen iş olmadığı zaman ara verdiklerini, ara verdikleri dönemlerde sigortanın yatıp yatmadığını bilmediğini, davacının da kendisiyle aynı işi yaptığını beyan etmiştir.

Davacı tanığı AT davacı ile birlikte davalıya ait işyerinde çalıştıklarını, 2006 yılı Haziran ayında işe girdiğini, 1 yıl çalışıp işi bıraktığını, sonra tekrar 2009 yılında işe girdiğini, 2010 yılı Ocak ayında işi bıraktığını, davacının 2003 yılında davalının yanında çalıştığını, ancak kendisinin o zaman orada olmadığı için bilmediğini, daha sonra davacının 2007 yılı Mayıs ayında işe girdiğini beyan etmiştir.

Davacı tanığı NA davacının kendisinin evinde kiracı olduğunu, davacının davalı Aziz'e ait işerinde 2003 yılı yılbaşından sonra çalışmaya başladığını, 2004 yılı Ekim veya Kasım ayında işten çıktığını, daha sonra tekrar 2007 yılı Mayıs-Haziran ayı gibi işe başladığını, 2010 yılı Temmuz ayında veya Ağustos ayında işten çıktığını, belirttiği bu dönemlerde davacının başka yerde çalışmadığını, çalışmalarının kesintisiz olduğunu beyan etmiştir.

Davacı tanığı ŞE davacı ile komşu olduklarını, davacının 2003 yılı Ocak ayında işe girdiğini, 1 yıl çalıştığını, 2004 yılı Ekim veya Kasım ayında işten çıktığını, 2 -3 yıl ara verdiğini, 2007 yılında tekrar işe girdiğini, 2010 yılında işten çıktığını, belirttiği tarihlerdeki çalışmalarının sürekli olduğunu, bu dönemlerde davacının başka yerde çalışmadığını beyan etmiştir.

Davacı tanığı EB davacı ile komşu olduklarını, 2003-2004 yıllarında davacının davalı A'nın yanında çalıştığını, daha sonra tekrar 2007 yılında tekrar işe girdiğini, 2010 yılında tekrar işten çıktığını, belirttiği tarihlerdeki çalışmalarının sürekli olduğunu beyan etmiştir.

Davalı tanığı BP davalının eşi olduğunu, aynı zamanda kendisinin de işyerinde çalıştığını, davacının 2004 yılında çalıştığını, daha sonra 2006 veya 2007 yılında tekrar işe girdiğini, 2010 yılı Temmuz ayında işten çıktığını, belirttiği tarihlerdeki çalışmasının kesintisiz olduğunu, işyerinde eşinin çalışanlarının sigortalarını tam yatırdığını, bazen iş alamadıkları zaman yani işyeri ara verdiği zaman sigortasının yatmamış olabileceğini beyan etmiştir.

Davalı tanığı NK davacı ile samimi arkadaş olduklarını, 2003 yılı Ocak ayında işe başladığını, davacının kendisinden bir süre sonra işe başladığını, bir süre çalıştıklarını, işten çıktığını, daha sonra tekrar işe girdiğini, davacının iş kuracağım diyerek işten çıktığını, ara verdiği dönemde OG'ün yanında çalıştığını, kendisinin sigorta primlerinin tam yatırıldığını, diğer çalışanların da sigortaların düzenli yatırıldığını beyan etmiştir

Davacı sigortalının ilk kez sigorta tescili 11.... sicil numaralı işyerinden yapılmış olup, davalı işyerinden yapılan bildirimleri aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

işyeri no	işe giriş	dönem		bildirilen	çıkış tarihi
11....	8.01.2004	2004/1		113 gün	
		2004/5,6,7		90 gün	
		2004/8		1 gün	01.08.2004
	5.10.2004	2004/10		3 gün	07.10.2010
	25.7.2007	2007/7		7 gün	
		2007/8		26 gün	
		2007/9		26 gün	
		2007/10		30 gün	
		2007/11		30 gün	
		2007/12		25 gün	
		2008/1,2,3		90 gün	
		2008/4		29 gün	
		2008/5		29 gün	
		2008/6		26 gün	
		2008/7		26 gün	
		2008/8		27 gün	
		2008/9,10,11,12	6	60 gün	
		2009/ 12 ay toplam		180 gün	
		2010/1,2		60 gün	
		2010/3		27 gün	
		2010/4,5,6,7		120 gün	30.07.2010

SORU

Davacının eksik hizmeti olup olmadığını belirleyiniz. Eksik bildirimin bulunduğunun kabul edilmesi halinde, deliller ve tespitler kapsamında kaç gününün eksik bildirildiğini hesaplayınız.

CEVAP

Davacının işyerindeki çalışması aralıklıdır. Davacı davalı işyerinde 25.07.2007 tarihinde çalışmaya başlamadan önce 06.07.2006 tarihinde dava dışı OG'ye e ait 12....sicil numaralı işyerinde çalışmıştır. Bu nedenle bu aralıklı çalışmanın beş yıllık hak düşürücü süre bakımından değerlendirmesi gerekmektedir. Nitekim davalı SGK ve davalı işveren beş yıllık sürenin geçtiği iddiasında bulunmuşlardır.

Yargıtay, sigortalıların işyerinden ayrıldıktan sonra, dava açma süresi içinde tekrar aynı işyerinde veya aynı işverene ait başka bir işyerinde çalışmaya başlamaları halinde, hak düşürücü sürenin ikinci çalışma esas alınarak hesaplanacağını kabul etmekteydi. Ancak yüksek mahkeme son yıllarda verdiği kararlarında bu görüşünü değiştirerek, sigortalının tekrar aynı işyerine girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmayacağı ve hak düşürücü sürenin kesilmesi ve durmasının olanaklı bulunmadığı sonucuna varmaktadır (Yarg 21 HD, 26.01.2005, 108/1240; TÜBA, 19.12.2005, 27; Yarg.21 HD, 12.05.2008, E.2008/7382, K.2008/7633, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, S.2008/5, s.2743-2744).

Açıklanan nedenlerle davacının 2007 yılından önceki 01.01.2003-05.10.204 tarihleri arasına ilişkin hizmet tespitinin beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle talep edilemeyeceği düşünülmektedir.

Buna karşılık davacının 2007 yılında başlayan çalışmasına yönelik tespit bakımından, davalı işyerinde çalışan bordro tanıkları denetime elverişli beyanda bulunmadıklarından, bu konuda ev komşusu olan kimselerin tanıklığı dikkate alınamayacağından kayıtlarda görüldüğü üzere davacının ikinci dönem çalışmasının 25.07.2007 tarihinde başladığı ve 30.07.2010 tarihine kadar devam ettiğinin kabul edilmesi gerekecektir. Davacının bu dönem çalışması bakımdan davalı işveren tarafından yapılan bildirimler yukarıdaki tabloda gösterilmiş bulunmaktadır.

Davalı tanığı ve aynı zamanda davalının eşi olan BP, 2007-2010 tarihleri arasındaki davacı çalışmasının kesintisiz olduğunu, bazen iş alamadıkları zaman, işyeri ara verdiğinde sigortasının yatmamış olabileceğini; işyeri tanığı DU da anlatımında sürekli çalışılmadığını, iş olduğu zaman çalışıldığını, yılda 8-9 ay çalışıldığını belirtmişlerdir.

Buna karşılık davalı tanığı OG 2006-2007 yılları arasında işyerinde çalıştığını ve kendisinin çalıştığı dönemde işyerinde sürekli çalışıldığını beyan etmiştir. İşyeri tanığı MÇ da çalışırken bazen ara verdiklerini belirtmiştir.

Bütün bu anlatımların birlikte değerlendirilmesi neticesinde işyerine zaman zaman iş yokluğu sebebiyle çalışmaya ara verildiğinin kabul edilmesi halinde, yapılması gereken 30 günlük bildirimlerden en fazla beş gün eksik bildirimin bulunduğu belirlenmiştir. Dolayısı ile tanık anlatımları doğrultusunda davacıya ait bildirimlerin gerçeği yansıttığının kabul edilmesi halinde, eksik bildirim bulunmaması nedeniyle davacı taleplerinin reddinde karar vermek gerekecektir.

Buna karşılık davacının çalışmasının 30 gün üzerinden kesintisiz olarak devam etmesinin gerektiğinin kabul edilmesi halinde durum aşağıdaki tabloda gösterildiği şekli ile kabul edilmelidir:

dönem	çalışılan	bildirilen	bildirilmeyen
2007/7,8,9,10,11,12	156	144	12
2008/tam yıl	360	287	73
2009/tam yıl	360	180	180
2010/1,2,3,4,5,6,7	210	207	3

Toplam 268 gün

V. HİZMET TESPİT DAVASI İLE ALACAK DAVASININ BİRLİKTE AÇILIP AÇILAMAYACAĞI

OLAY

Davacı vekili, müvekkillerinin 15/07/2002 tarihinde davalının çiftliğinde işe başladıklarını, davacıların davalı işveren tarafından iş akdinin sözlü olarak feshedildiği 24/07/2010 tarihine kadar hiç ara vermeden 8 yılı aşkın bir süre davalı yanında çalıştıklarını, davacıların lojman olarak oturdukları evi de 29/07/2010 tarihinde boşaltıp işyeri ile ilişkilerini kestiklerini, davacı M'nin sigortasının yapılmadığı anlaşıldığında, davalının ben bu konuya bir çözüm bulacağım vb. sözlerle geçiştirdiğini ve oyaladığını, M ödenmeyen ücretlerinin ödenmesini isteyince "sizler bu işi bilmiyorsunuz, sizden daha iyi yapacakları buldum, evi boşaltın" diyerek davacıları işten çıkardığını, komşulardan birinin "bunların 8 yıllık emekleri var haksızlık olmuyor mu" şeklinde davalıya sorduğunda davalının" onların kişiliklerine hiç sözüm yok onlar çalışkan dürüst ve iyi insanlar" diyerek çelişkili beyanlarda bulunduğunu, varlıklı bir çiftlik sahibinin karşısında amelelik tarım işçiliği yapan bir kişinin hakkını aramasının pek kolay olmadığını, işçiler dava açarlarsa bir daha o bölgede hiç kimsenin iş vermeyeceğini, çiftliğinden içeri almayacağını, davacıların karı koca her ikisinin de ayrı ayrı sigortalı yapılacaklarına inanıp önceki çalıştıkları işlerini bırakarak davalının teklif ettiği işi kabul ettiklerini, davacıların ilk 6 ay deneme dönemi olmak üzere işe başladıklarını, 6 ay sonra 2003 yılı başında davalının "ben vergi mükellefi değilim. Bu nedenle T seni çiftçi Bağ kur'lu gösterelim, M seni de sigortalı gösterelim" dediğini, bunun üzerine Şubat 2003 tarihinden itibaren davacı T'nin Tarım Bağ Kur'lu olarak Haziran 2010 tarihine kadar prim ödediğini, ancak kendi nam ve hesabına hiç çiftçilik yapmadığını, hiçbir ürün satmadığını, yalnızca davalıya bağlı olarak çalıştığını, T'nin Bağ kur primlerinin de davalı işveren tarafından ödenecek olmasına rağmen primlerin bir bölümünü de davacının ödediğini, asgari ücretin üstüne Bağ kur primi ilave edilerek T'nin maaşının ödenmeye çalışıldığını, davacı M' nin ücretlerinin yıldan yıla zeytin hasadından sonra toptan ve elden ödendiğini, ancak 2008, 2009 ve 2010 yılları üc-

retlerinin hiç ödenmediğini, M'nin ücretlerinin ödenmesini istediğinde davalının borçlarına karşılık inek veya zeytinyağı vereceğini söyleyerek davacıyı oyaladığını, her gün üç saat fazla mesai yaptıklarını, 8 yıl boyunca hiç yıllık izin kullanmadıklarını, hafta tatili ve diğer resmi tatillerde de yapılan işin gereği izin kullanılmadığını, hep çalıştıklarını, her bir davacı için 1000 TL tutarında kıdem tazminatı, 500 TL tutarında ihbar tazminatı, 900 TL ücret alacağı, 1000 TL yıllık izin ücreti alacağı, 200 TL fazla mesai ücreti alacağı, 200 TL hafta tatili ve diğer resmi tatil ücreti, 200 TL milli ve dini bayramlardaki çalışma ücreti olmak üzere toplam 8000 TL' nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ettiklerini belirtmiştir.

Davalı verdiği cevap dilekçesinde, davacının talep ettiği alacak kalemlerinin 4857 s.İş K.'nda düzenlenen alacaklar olduğunu, davacının yaptığı işin tarım işi olduğundan aynı kanunun 4. maddesinde düzenlendiği üzere İş Kanunu kapsamı dışında olduğunu, bu sebeple görevsizlik kararı verilmesi gerektiğini, davacılardan M ile aralarında iş yapılmasına dair sözlü veya yazılı bir anlaşma bulunmadığını, bu sebeple davacının sigorta primin ödenmesi veya sigortalı gösterilmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığını, davacılar ailece çiftlikteki konutta kaldıklarından ve burada yaşadıklarından davacı M.'nin eşi diğer davacı T'ye a yardım ettiğini, bunun kendi rızası ile yapmış olduğu bir eylem olduğunu, bunun davacı M ile aralarında bir anlaşma olduğunu göstermediğini, davacı T eşine bir takım işleri yaptırdı ise bunun aralarındaki karı-koca ilişkisinden kaynaklanan bir durum olduğunu, davacılara hiç borcu bulunmadığını, davacılardan T'ye ait sigorta primlerinin primleri kendisinin yatırmak istemesi nedeni ile kendi ücretine ilave edildiğini, primlerin yatırıldığına dair dekontların tarafından kontrol edilmek üzere alındığını, davacı T'nin çiftliğin tüm semerelerinden kendisini ve ailesini faydalandırdığını, bu konuda kendisinden şimdiye dek hiçbir talepte bulunulmadığını, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Davalı SGK verdiği cevap dilekçesinde, davacı M'nin tescili istediği dönem itibariyle hak düşürücü süre geçtiğini, davacıların davalı işverenin yanında tarıma dayalı bir iş yaptıklarını, dolayısıyla tarım Bağ kur kapsamında olduklarını, yapılan tarım işinin zeytin ağaçlarındaki zeytinlerin çalınmaması için yapılan bekçilik işinin gereklerinden olduğunu, bahsi geçen 66 günlük sürenin sadece zeytin hasadını kapsadığını, ancak bundan önceki tarlanın sürülmesi, zararlı otların ayıklanması ilaçlama budama sulama gibi tarım işlerin hasadın öncesini oluşturduğunu, tüm bir dönemi kapsadığını,, davacı vekilinin dilekçesinde bahsettiği 12 saatlik çalışmanın ancak bu işlerin yapılması ile olabileceğini, yoksa davacıların ağaçta hazır halde olan zeytinleri toplamak için bu kadar zaman çalışamayacaklarını, bu kadar zamanda bitiremeyeceklerini, davacıların davalı

işverenin yanında tarım işi ve bu işin gereklerini yaptıkları ve bu sebeple Tarım Bağkur kapsamında olduklarını, davacı T'nin Tarım Bağ Kur kapsamında kendisi istek ve imzası ile bulunduğunu, primleri kendisinin ödediğini, eğer varsa davacının sigortalı olduğu dönemlerdeki hizmetleri ile birleştirilerek şartları oluşan durumda hizmetlerin birleştirilmesi kapsamında değerlendirilebileceğini, ancak bir hizmet kapsamının iptali ile bunun diğer hizmet kapsamında sayılmasının mümkün olmadığını, bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

SORU

1. Hizmet tespiti davası ile alacak davasının birlikte açılması mümkün müdür?
2. HGK konu ile ilgili nasıl karar vermiştir?

CEVAP

1. Yargıtay HGK 2005 tarihli kararına göre (YHGK 14.04.2004, 21-226223, 17.01.2005) sigortalı hizmet tespit davası ile işçilik alacaklarına ilişkin davanın birlikte açılması mümkündür. Ancak 21 Hukuk Dairesi son dönemlerde verdiği kararlarında tam aksini benimsemiştir (Yarg 21 HD 13.02.2012 tarih ve E.2011/10205, K.2011/1579 ve 10.04.2012 tarih ve E.2012/6579, K.2012/5614 sayılı kararı). *"Sigortalılığa ilişkin "hizmet tespiti" davaları, Sosyal Güvenlik hakkına ilişkin olarak ortaya çıkan davalardır. Yasal dayanağını 506 sayılı Kanun'un 6. ve 79/10. (5510 sayılı Kanun açısından ise 86/9.) maddelerinden almaktadır. Sözü edilen 6. madde de, çalıştırılanların, işe alınmaları ile kendiliğinden sigortalı olacakları, sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği belirtilmiştir. Anılan kanunun 79/10. maddesinde ise, sigortalıların, çalışmalarının tespiti ile ilgili dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan, hizmet tespitine ilişkin davalar sosyal güvenlik hakkı ve kamu düzeni ile ilgili olup, kişi iradesi belirleyici etkiye sahip değildir. İçerisinde bulunduğu yasal statünün belirlediği durum doğrudan dikkate alınır. Bu nedenle hakim, kendiliğinden araştırma yapma yetkisine sahiptir. Bu yetki kapsamında, gerektiğinde tanık ve diğer deliller yoluyla doğrudan gerçeği bulma yükümü bulunmaktadır.*

İşçilik haklarına ilişkin davalar ise, 4857 sayılı Kanun'dan kaynaklanmaktadır. Bu tür davalar, kişi iradesine önemli rol verilip, taraf anlaşmalarına geçerlilik tanınan, alacak ve tazminat türünde olan davalardır. Taraflar bu tür haklarından her zaman vazgeçebilir. Bu nedenle hakim, kendiliğinden araştırma yapmaz. Tarafların bildirdiği deliller dışında delil toplanması da olanaklı değildir. Kaldı ki, SGK'nun bu davalarda davalı sıfatı bulunmamaktadır.

Bu durumda, her iki dava türünün, taraflarının statüsü, hakimin delil araştırma bakımından kendiliğinden hareket etmesi, taraf iradelerine atfedilen rol, dava konusu edilen haktan vazgeçilip vazgeçilememesi gibi yönlerden yasal konumları birbirinden tamamen farklıdır. Her iki dava türünün birlikte görülmesi durumunda; davanın birinde bir kısım delillerin kendiliğinden dikkate alınması, diğerinde alınmaması gerekecektir ki, aynı dava dosyasında birbiri ile çelişkili kararlar yer alabilecektir. Kaldı ki, işçilik haklarına ilişkin olarak dairemiz kararları ile işçilik alacaklarına ilişkin davalar yönünden asıl görevli Yargıtay ilgili dairelerinin kararları arasında farklı uygulamalar ortaya çıkabilecektir.

Öte yandan, temyiz aşamasında inceleme mercileri farklı olan bu davaların birbirinden bağımsız sonuçlandırılmalarında hukuki istikrar ve kararlara olan güven bakımından da yarar bulunmaktadır. İşçilik haklarına ilişkin olarak kesinleşen hüküm, hizmet tespiti davasında sadece kuvvetli delil olarak değerlendirilmekte, davada taraf sıfatı bulunmayan SGK yönünden bağlayıcı olmamaktadır.

Mahkemenin bu maddi ve hukuksal olguları gözetmeksizin, birbirinden tamamen farklı iki davayı ayrı ayrı başvurma ve nispî harca tabi olduğunu da göz ardı ederek bir arada görmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir".

Yapılacak iş; her iki davayı ayırmak ve eksik yargı harçlarını tamamlattıktan sonra yargılamayı birbirinden bağımsız olarak sonuçlandırmaktan ibarettir.

2. *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 06.02.2013 tarihinde vermiş olduğu 2012/21-746 E ve 2013/815 K s. kararında;* Hakimin, aralarında bağlantı bulunduğu iddiası ile birlikte açılmış davalarda, yargılamanın daha iyi bir şekilde yürümesini sağlamak için, davanın her safhasında, istek üzerine veya kendiliğinden ayrılmasına karar verebileceğini belirttikten sonra

- Davaya konu istemlerin yasal dayanaklarının ve buna bağlı olarak yapılacak inceleme ve araştırma yöntemlerinin farklılığı ve
- temel ilişkinin kanıtlanmasında izlenecek usul gibi bir takım farklı olgular nedeniyle,

yargılamanın daha iyi ve süratli bir şekilde yürütülebilmesi için hizmet tespiti ve işçilik alacaklarına ilişkin davaların ayrılmasının daha iyi olacağını tespit etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun son kararına göre, Davacının hizmet tespiti isteminden, işçilik haklarına dayalı alacak ve tazminat istemleri tefrik edilmeli, daha sonra işin esasına girilerek bir sonuca varılmalıdır.

VI. İŞ KAZASI SONUCU MADDİ MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ

OLAY

İş mahkemesinde açılan bir davada, davacı vekili müvekkillerinin oğulları olan (M)'nin davalı işyerine ait limanda kablocu/sapancı olarak iskelede çalışmakta iken mesai saatleri içinde postabaşı tarafından yemek yemek üzere tek başına yemekhaneye gönderildiğini, ancak (M)'nin boğularak can verdiğini, 23 yaşında olduğunu ve ailesine maddi destek sağlamak suretiyle ailesi ile birlikte yaşamını sürdürdüğünü, iş kazası vefatı neticesinde vefat eden müvekkillerin ölümünde davalı işverenin kusurlu olduğunu, vefat edenin olağanın üstünde fazla mesai yaparak çalıştığını, vefat edenin ara dinlenmesinde toplu ve emniyetli çıkış şeridi sağlanmadan yemek yemeye gönderildiğini, iskelede denize düşmeyi engelleyici önlemelerin alınmadığını, ağır vasıtalara dahi ayrılmış emniyetli şeridin bulunmadığını, işçilerin yemekhaneye herhangi bir araç ile taşınmadığını, (M)'ye verilen giysilerin denize düşme halinde deniz üstünde kalmayı sağlayıcı özellikte olmadığını, iskelede can yeleği veya yeterli aydınlatma bulunmadığını, işçinin amiri veya güvenlik ile irtibata geçebileceği telsiz cihazının bulunmadığını, cankurtaran özelliği taşıyan bir kuruluşun yer almadığını, işverenin bu eksiklikler nedeniyle kusurlu sayılması gerektiğini, anne ve babasına maddi destek sağlayan oğullarının ölmesi nedeni ile maddi ve manevi tazminat talep ettiklerini belirtmiştir.

Davalı vekili verdiği cevapta, kaza sonrası Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde müvekkil şirketin kazada herhangi bir kusursunun olmadığının tespit edildiğini ve kamu adına kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiğini, liman yolunun genişliğinin 30 metre olduğunu, limanın yapısı gereği limana gemiler yanaştığı için ifade edildiği gibi düşmeyi önleyici parmaklık koymanın mümkün olmadığını, işçinin denize düştüğü yerin tam aydınlatmanın altı olduğunu, bu nedenle aydınlatmanın yetersiz olduğu şeklindeki iddianın kabul edilemeyeceğini, müvekkil şirketin kuruluşundan bu yana, hiçbir işçinin bu şekilde denize düşmek suretiyle hayatını kaybetmediğini, müteveffanın tam kusurlu olduğunu iddia ederek, davanın reddi talep edilmiştir.

SORULAR

1. Davacı olan anne- babanın maddi tazminat talepleri bakımından Mahkeme ne karar vermelidir?
2. Manevi tazminat bakımından Mahkemenin kararı ne olmalıdır?
3. Yeni Borçlar Kanunu bakımından manevi tazminat ile ilgili cevabınız ne olurdu?

CEVAPLAR

1. İşverenin gözetme borcuna aykırı davranışından dolayı iş kazasına uğrayan işçinin ölümü halinde desteğinden yoksun kalanlar tazminat talebinde bulunabilirler. BK. M.45/2 ye göre *"ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın mahrum kaldıkları taktirde, onların bu zararını da tazmin gerekir"*. Bunun gibi BK.332 maddesinin 2. fıkrasında *"iş sahibinin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyebilecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davalarındaki hükümlere tabi olur"*.

Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, destekten yoksun kalanların iş kazası sonucu ölüm meydana gelmeseydi destekten ne kadar yardım görecek idiyse o miktardaki zararın karşılanmasıdır.

Bu tazminatın nasıl hesaplanacağı konusunda mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Yargıtay tazminatın hesaplanmasında bir takım kriterlerin dikkate alınması gerektiğini belirlemiş bulunmaktadır.

Uygulamada destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında işçinin geniş anlamda ücretinden hareket edilir. Bu ücret, ölüm olayı gerçekleşmeseydi PMSF yaşam tablosuna göre desteğin muhtemel yaşam süresinin sonuna kadar arttırılır ve desteğin yaşasaydı elde edebileceği kazancı hesaplanır. Bundan sonra, desteğin kazancından ne kadarını destekten yoksun kalanlara ayrılabileceği ve bu miktarın nasıl paylaşılacağını belirlemek gerekir. Desteğin gelirinin bir kısmı kendi geçimi için ayrılır, geri kalan kısmından desteklenenlerin her birine sağ olsaydı ne kadar pay ayrılacağının saptanmasında, yardım ettiği kimselerin sayısı, bunların bakım ihtiyacı, yaş ve cinsiyetleri, başka gelire sahip bulunup bulunmadıkları, ve diğer birtakım veriler göz önünde tutulur.

Sorumluluk hukukunda tazminatın gerçek zararı aşması, tazminat alacaklısının olay nedeniyle zenginleşmenin önlenmesi ve zarar görenin sadece önceki ekonomik durumuna getirilmesi gerekeceğinden, bu miktardan bazı indirimlerin yapılması gerekir.

Yargıtay uygulamasına göre bu indirimler belli sıraya göre yapılır. Buna göre desteklenen eğer desteğin mirasçısı ise elde ettiği miras geliri, özel sigortadan elde edilen tazminatlar, destek için artık yapılması gerekmeyen giderler saptanan zarardan düşülür. Koşulları varsa iş kazasında ölen işçinin müterafik kusuru oranında BK. 44 ve hakkaniyete göre BK. 43 maddesine göre hakim tarafından indirimler yapılır. Nihayet destekten yoksun kalanlara Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bu olay nedeniyle gelir bağlanmışsa, bu

gelirin peşin sermaye değeri desteklenenlerin zararından düşülür. Böylece destekten yoksun kalanların her birinin işverenden elde edeceği tazminat alacağına ulaşılmış olur.

Bu sebeple hesaplama yapılması bakımından bu verilerin tamamına ihtiyaç vardır. Açıklanan nedenlerle öncelikle müteveffanın anne ve babasına Sosyal Güvenlik Kurumundan bağlanan bir gelirin olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Eğer bağlanan gelir yoksa, yine Yargıtay uygulamasına göre, gelir bağlanması konusunda hak sahibi olanlara Kuruma başvurmaları ve gerekirse Mahkemede dava açmaları için süre tanınmasına ve bu dosyanın maddi tazminat davasında bekletici mesele yapılması gerektiğine karar verilmektedir. Bu dosyada ölen işçinin kusur oranı da belirlenmiş olacağından, maddi manevi tazminat bakımından ayrıca kusur değerlendirmesine gitmek gerekli olmayacaktır. Yine Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere, tanınan süreden sonra açılan dava neticesinde, hak sahibi kimselere bağlanmış bir gelir bulunmuyorsa, hak sahibi kimselerin zarara uğramış olduklarının kabul edilemeyeceği gerekçesi ile davanın reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle Mahkemece öncelikle, hak sahibi olanlara bağlanan bir gelirin bağlanıp bağlanmadığını araştırılması, bağlanmış ise bunun peşin sermaye değerinin belirlenmesi; bağlanmamışsa hak sahibi kimselere Kuruma ve gerekirse dava açma konusunda süre tanınmasına, bu konuya ilişkin dava açılmış ise bunun bekletici mesele yapılmasına, bu yargılama neticesinde hak sahiplerine gelir bağlanmasına olanak bulunmadığının belirlenmesi halinde, doğmuş bir zararlarının bulunmadığı gerekçesi ile maddi tazminatın reddi şeklinde karar vermesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

2. İşçi, iş kazası sonucu yaşamını yitirmişse, yakınları BK.47 maddesi uyarınca manevi tazminat talep edebilirler. Bu madde uyarınca "*hakim hususi halleri nazara alarak manevi zarar namıyle adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir*" denmektedir. O halde kazaya uğrayan işçi ve yakınları lehine manevi tazminata hükmedilebilmesi için özel hallerin bulunması gerekir. Bu özel haller arasında her şeyden önce işverenin kusurlu bulunması yer alır. Bunun yanında duyulan manevi acının ve ıstırabın ağırlığı, uğranılmış bedensel acının şiddeti ve devam süresi, acı veren ameliyatlar ve uzun tedaviler gibi durumlar manevi zararın önemli olduğunu gösteren ölçütler arasında yer alır.

Hakim MK.4 maddesi çerçevesinde ve BK.47 m. uyarınca özel halleri değerlendirerek takdir hakkını kullanmak suretiyle manevi tazminat miktarını belirleyecektir. Hakim BK.43 ve 44 maddeleri, diğer deyişle, işverenin hafif veya ağır kusurlu ya da kusursuz oluşunu ve işçinin müterafik kusurunu göz önünde tutar.

Ancak manevi tazminata karar verebilmek bakımından da yukarıda açıklandığı gibi, maddi tazminat bakımından önemli olan verilerin bilinmesi ihtiyaç bulunduğundan, ancak kusur oranları belli olduktan sonra, hakimin bu konudaki takdir yetkisini kullanmasının yerinde olacaktır.

3. İşverenin gözetme borcuna aykırı davranışından dolayı iş kazasına uğrayan işçinin ölümü halinde desteğinden yoksun kalanlar tazminat talebinde bulunabilirler. BK. 51 maddeye göre, "**Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler**".İş kazası nedeniyle maddi tazminat hesaplamasında iş kazasının oluşmasında tarafların kusur durumunun saptanması gerekir. Yargıtay kusur oranlarının uzman bilirkişiler tarafından hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde tespitini istemektedir.

İşçi, iş kazası sonucu bedensel veya ruhsal bir zarara uğrarsa maddi tazminat yanında koşulları varsa manevi tazminat da talep edebilir.

İş kazası işçinin bedensel zararına yol açmış ve ölümle sonuçlanmamışsa manevi tazminat isteme hakkı kural olarak zarara uğrayan işçiye aittir (Bk.m.56/1). Yeni BK'da 818 s.BK'da yer almayan bir düzenleme getirilmiş ve " **ağır bedensel zarar....halinde zarar görenin yakınlarının da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği hükme bağlanmıştır** (BK m.56/2)".

BK 56/1 maddesi uyarınca **"hakim...olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir".**

1966 tarihli Yargıtay İBK manevi tazminata hükmedebilmenin koşulları ile bu tazminatın takdirinde göz önüne alınacak esaslar ortaya konulmuştur. Bu karara göre "***özel hal ve şartlar, her olaya göre değişir...Bu özelliklerin başında manevi zararın önemli olması gelir....Demek ki cismani zarara uğrayan kimse de veya ölenin yakınlarında önemli bir manevi zarar husule gelmeli; yani gerçekten bir manevi tazminat ihtiyacı bulunmalıdır.....Bundan başka olayın oluş şekli de nazara alınır.Feci bir olay ile normal şartlar altında meydana gelmiş olan olay bir tutulamaz. Nihayet ilgililerin yani failin, olayda başka sorumlular var ise, onun mesela istihdam edenin, ölenin, davacıların içtimai mevkilerinin, tahsil ve iktisadi durumlarının göz önünde tutulması lazımdır. Kısaca, kanun vazu her olayda meydana çıkan ihtiyacı karşılayan kesin bir kural koymaktaki zorluğu düşünerek, 47 (şimdi 56) madde metnini kasden elastiki bir şekilde formüle etmiş ve manevi tazminatın hükmedilmesini gerekli kılan hal ve şartları, hakimin takdirine bırakmıştır".***

BK 56 maddede yer alan özel haller, sadece söz konusu durumun bir manevi tazminat gerektirip gerektirmeyeceği konusunda değil, aynı zamanda ödenecek manevi tazminatın takdirinde de önem taşır.

VII. YAŞLILIK AYLIĞININ HESAPLANMASI

OLAY

Davacı (İ) 15.08.2000 tarihinde emekli olduğunu, çalışma süresince tavandan prim ödediğini, maaşının yanlış hesaplanması yüzünden düşük emekli maaşı ödendiğini, 31.12.1999 tarihine kadar geçerli olan sistem ile emekli aylığının hesabından geriye doğru son on yılın veya son beş yılın kazançları dikkate alınırken, 01.01.2000 den sonraki uygulama ile sadece on veya beş yılın ortalaması uygulamasından vazgeçilerek, tüm yılların kazançlarının ortalamaları dikkate alınmaya başlandığını, yasa gereği bu uygulamanın 01.01.2000 den sonra işe girenler için olması gerekirken, 31.12.1999 tarihinden önce sigortalı olanlara bağlanacak aylıkların hesabında karma sistem uygulanması gerektiğini, ancak bu hususa uyulmadığını, kendisi açısından da aynı yanlış uygulamanın söz konusu olduğunu, Adana 2. İş Mahkemesinde bu yönde açılan bir davanın sigortalı lehine sonuçlandığını, bu sebeple davalı kurumun yanlış aylık bağlama işlemenin iptaline karar verilmesi talep etmiştir.

Davalı Kurum verdiği cevapta, 2000 yılından önce tahsis talebinde bulunan ya da ölen sigortalıların aylıklarını, katsayı esasına dayalı gösterge sistemine göre; sigortalılığı 2000 yılından önce başlayıp 2000 yılı başından sonra tahsis talebinde bulunan ya da ölen sigortalıların aylıklarının 506. S. Kanunun geçici 82 maddesine göre 2000 yılı öncesi yürürlükte bulunan mevzuat ile 2000 yılı sonrası yürürlüğe giren mevzuat hükümlerinin birleşiminden oluşan karma sisteme göre hesaplandığını; hesaplanan yeni kısmi aylık ile talep yılı Ocak ayına güncellenen eski kısmi aylığını birleştirileceğini, iki kısmi aylığın toplamından oluşan bu aylığın 506 s. Kanunun geçici 82.maddesi gereğince talep yılına TÜFE artış oranları taşınan eski tam aylığın miktarı ile mukayese edilerek yüksek aylığın esas alınacağını, davacının 31.05.2001 tarihinde tahsis talebinde bulunması sebebi ile gösterge/karma sisteme göre aylık bağlandığını, bu sebeple maaşının hesaplanmasında herhangi bir yanlışlık söz konusu olmadığından açılan davanın reddi talep edilmiştir.

SORULAR

1. 01.01.2000 tarihine kadar prim ödeme sürelerine ait yaşlılık aylıklarının hesaplanması ne şekilde gerçekleştirilmektedir?
2. 01.01.2000 tarihinden sonraki prim ödeme sürelerine ait yaşlılık aylığının hesaplanması ne şekilde gerçekleşmektedir?

3. 4447 sayılı Yasa ile yaşlılık aylığının hesaplanmasına ilişkin değişikliğin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine yönelik başvuru nasıl sonuçlanmıştır?

4. Yargıtay'ın aynı konuda açılan davalarla ilgili görüşü nedir?

CEVAPLAR

1. Sigortalıların 01.01.2000 tarihine kadar prim ödeme sürelerine ait yaşlılık aylıklarının hesaplanması:

Bu gruba girenlerin yaşlılık aylıkları, aylık talep tarihindeki toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden hesaplanacaktır. Bu hesaplamada geçici m.82' nin yürürlük tarihi olan 01.01.2000 tarihi esas alınarak, 506 s. kanunun 4447 s. kanunla yapılan değişiklikten önceki hükümleri dikkate alınacaktır. Bu esasa göre bulunacak yaşlılık aylığının, sigortalının 01.01.2000 tarihine kadarki prim ödeme gün sayısı ile orantılı bölümü, 01.01.2000 tarihinden itibaren aylık başlangıç tarihine kadar geçen takvim yılları için, her yılın Aralık ayına göre DİE tarafından açıklanacak en son temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatları endeksindeki artış olanı ve gayrı safi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızı kadar ayrı ayrı arttırılarak hesaplanır. Bu yöntemle hesaplanan yaşlılık aylığı, aylık bağlanması için yazılı başvurunun yapıldığı yılın Ocak ayı ile aylığın bağlandığı takvim ayının başlangıç tarihi arasında geçen her ay için DİE tarafından açıklanan en son temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatları endeksindeki oranları kadar arttırılır.

2. Sigortalıların 01.01.2000 tarihinden sonraki prim ödeme sürelerine ait yaşlılık aylığının hesaplanması:

Sigortalının bu dönemdeki aylığı, aylık talep tarihine kadar olan toplam prim ödeme gün sayısı esas alınarak, 506. S. Kanunun 4447 s. Kanunla değişik 61. maddesine göre hesaplanan aylığının, sigortalının 01.01.2000 tarihinden sonraki prim ödeme gün sayısına orantılı bölümü kadardır.

Yeni Hesap Yönteminin Anayasaya Aykırılığı İddiası

4447 s. Kanunla yaşlılık aylığını hesap yöntemi değiştirilerek, gösterge tabloları ile 5 veya 10 yıllık ortalama kazanç yerine, tüm sigortalılık süresinin ortalaması ve bu ortalamanın güncelleştirilmesi sistemi getirilmiştir. Ayrıca yaşlılık aylığı oranları da değiştirilmiştir. Eski sigortalılara bağlanacak aylıklar konusunda da karma bir sistem getirilerek eski dönemin (01.01.2000 kadar) eski hükümlere göre, yeni dönemin de (01.01.2000 den sonra) yeni hükümlere göre hesaplanıp, toplanması esası getirilmiştir.

Bu değişikliği getiren hükümlerin iptali için Anayasa mahkemesine yapılan başvuruda a) ortalama yıllık kazanç esasının b) aylık oranlardaki değişik-

liklerin[1] ve c) eski sigortalılar için öngörülen aylık hesap yönteminin (506 s. kanunun 61 ve geçici 82 maddeleri) hukuk devleti ilkesine ters düştüğü ileri sürülmüştür[2].

Anayasa Mahkemesi bu iddiaları yerinde bulmayarak, bu maddelere ilişkin iptal talebini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesinin kararına göre,

a) Ortalama yıllık kazanç hesabında beş ve on yıl yerine, tüm sigortalılık süresinin dikkate alınması, ücretlerin ilk yıllarda düşük, son beş ve on yılda yüksek tutulmasını önleyerek, primlerin gerçek ücretler üzerinden yatırılmasını ve ücretlerin doğru beyan edilmesini sağlayacaktır.

b) Aylık oranları konusunda üst sınır yükseltilmiş olduğundan herhangi bir kayıp söz konusu değildir. Ayrıca aylıkların TÜFE ve TEFE'ye bağlanması, aylıkların enflasyon karşısında korunması ve artı değer kazanmasını sağlayacaktır.

c) Eski sigortalılar için öngörülen karma hesap yöntemi ise, her dönemin kendi kurallarına göre hesaplanması, ayrıca ortaya çıkacak aylığın da önceki kurallara göre hesaplanacak aylık tutarından az olamamasını öngördüğünden, herhangi bir hak kaybı söz konusu olmayacaktır.

4. Yüksek mahkeme de verdiği son kararlarında, bu yönde açılan davaları reddetmektedir. Yargıtay 10 HD 02.12.2010 tarih ve E.2011/1437, K.2011/3885 sayılı kararında, yaşlılık aylığı hesabındaki yanlışlığın giderilmesi ve yasal düzenlemeye uygun aylık miktarının tespiti istemine ilişkin talebi reddetmiştir. "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle, 506 sayılı Yasanın Geçici 82. maddesinde yer alan, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı bulunanlara bağlanacak aylıklar, aşağıdaki (a) ve (b) bentlerine göre hesaplanacak aylıkların toplamından oluşur. a) Sigortalının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar prim ödeme sürelerine ait aylığı aşağıdaki şekilde belirlenir:

"Sigortalının aylık talep tarihine kadarki toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden, bu Kanunun yürürlük tarihi itibariyle ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki hükümlere göre hesaplanacak aylığının sigortalının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadarki prim ödeme gün sayısı ile orantılı bölümü, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren aylık başlangıç tarihine kadar geçen takvim yılları için, her yılın Aralık ayına göre

---

1 Aylık oranlardaki değişiklikler de çalışanlar aleyhine olmuştur: Eskiden sırayla %54, 60, 70, olan oranlar (3600, 5000, 7400, ve 9000 prim gününe göre) 4447 ile 35, 41, 55 ve 60 olmuştur.

2 Davacı Fazilet Partisine göre 5 ve 10 yıllık ortalama yerine, tüm sigortalılık süresinin dikkate alınması, enflasyon ortamında, enflasyonun faturasını çalışanlara yüklemek demektir.

Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatları indeksindeki artış oranı ve gayrisafi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızı kadar ayrı ayrı artırılarak hesaplanır.... hükmü karşısında, aylık başlangıcının 2000 yılı içerisinde kaldığı hallerde, yasal düzenlemenin öngördüğü biçimde takvim yılı geçmediği için, 2000 yılı öncesine ilişkin kısmi aylığın güncellenmesinde, "gayrisafi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızı kadar" artırım uygulanması olanağının bulunmamasına; ayrıca, yine anılan yasal düzenleme uyarınca, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki hükümlere göre" yapılacak kısmi aylık hesabında, 4447 sayılı Yasanın yürürlüğü sonrasında belirlenen memur maaş katsayısının esas alınmasına yasal olanak bulunmamasına göre, yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA" karar vermiştir.

VIII. SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN RÜCU HAKKI

A. Rücu Hakkının Hukuki Niteliği

OLAY

(A) Üzüm Sulama Birliği Başkanlığı işyeri sigortalılarından (B) 14.08.2004 tarihinde kendisinin sevk ve idaresindeki 45 ... 021 plakalı motosikletle, (C)'nin sevk ve idaresindeki 45 ... 2510 plakalı otomobilin çarpışması neticesinde hayatını kaybetmiştir. Söz konusu kaza 506 sayılı Kanun'un 11/A ve B maddesi gereğince iş kazası sayılmaktadır. İşveren (A) Üzüm Sulama Birliği Başkanlığı'nın 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu gereğince A1 sınıfı sürücü belgesi olması gerekirken (B)'ye bu belgesi olmadan kullanmasına izin vermiştir. Sosyal Sigortalar Kurumu zararlandırıcı olay sebebiyle müteveffa sigortalıların hak sahiplerine 229.671TL ödemede bulunmuştur. Bunun sonucu olarak SSK (A) Üzüm Sulama Birliği Başkanlığından ve (C)'den kusur oranları doğrultusunda, ödediği 229.671TL 'nin müştereken ve müteselsilen tahsiline ilişkin dava açmıştır. Yapılan tespitler sonucu (B)'nin %40, (C)'nin %20 ve (A)'nın %40 oranında kusurlu olduğu belirlenmiştir.

SORU

Sosyal Sigortalar Kurumu'nun rücu hakkının hukuki temeli nedir?

CEVAP

1. SSK'nın açmış olduğu dava, iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkin olup, yasal dayanağı oluşturan, 506 sayılı Kanun'un 26. maddesindeki

"Halefiyet" ilkesi uyarınca, kurumun rücu alacağı, hak sahiplerinin tazminat sorumlularından, isteyebileceği maddi zarar (tavan) miktarı ile sınırlı iken, Anayasa Mahkemesi 23.11.2006 gün ve 2003/10 Esas ve 2006/106 sayılı kararı ile anılan yasa maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...*" bölümünün Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptaline karar vermiştir.

Anayasa'nın 152 ve 153. maddelerinde öngörülen düzenlemelere göre; "Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları'nın" Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte, elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu olması karşısında, "iptal kararının" Resmi Gazete'de yayınlandığı 21.03.2007 tarihinden sonra; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca, yürürlükteki yasaları uygulamakla yükümlü bulunan mahkemelerin ve giderek Yargıtay'ın, iptal kararı ile yok hükmünde olan ve böylece yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabul edilmiştir.(İÇBBGK'nın 1960/21 Esas ve 9 sayılı kararı; HGK'nın 21.01.2004/10–44 Esas ve 19 Sayılı; ayrıca 07.04.2004 gün, 214 E ve 19 sayılı ve 2004/448 Esas ve 461 sayılı kararları) Gerçekten de, usuli kazanılmış hak gereğince uygulanması gereken bir kanun hükmü, sonradan (karar kesinleşmeden önce) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse; artık usuli kazanılmış hakka göre değil; aksine, usuli kazanılmış hakkın istisnası olarak; iptal kararından sonra oluşan yeni hukuki duruma göre karar verilmesi gereği vardır. (Kuru, s.4784) Şu hale göre; 26. madde de sayılan koşullarda kurumu sigortalının ardıl'ı (halefi) olarak kabul eden anılan Yasa maddesinin 1. fıkrasındaki "itiraz konusu" kuralın iptalinden sonra bu madde uyarınca açılan davalarda artık "Halefiyet ilkesi'ne" dayanılamayacağı, kurumun rücu hakkının hukuki temelinin Yargıtay tarafından (Halefiyet değil) bundan böyle; Yasadan doğan, sigortalı ya da hak sahibi kimselerin alacaklarından bağımsız, kendine özgü "Basit Rücu" hakkına dönüştüğü kabul edilmiştir. Doktrinde rücu hakkının hukuki niteliğinin değişmediği, yani halefiyet niteliğinin devam ettiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu aşamadan sonra; zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle, sigortalı veya hak sahiplerine kurum tarafından bağlanan gelirin (başladığı tarihteki) ilk peşin sermaye değerinin, tazmin sorumlularının (işverenin) kusuruna isabet eden miktarıyla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir. Nitekim bu yönler, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesine yansıdığı şekilde *"...kanuna uymayan eylemi nedeniyle, hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirlerin sermaye değerini kuruma ödeyen, böylece olayla bağlantısı (ilişkisi) kesilen işverenin; kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla getirilen katsayılarla, sigortalıya önceden bağlanan gelirlerde sonradan yapılacak artışlardan ve bu artış-*

ların peşin sermaye değerinden sorumlu tutularak; sürekli dava tehdidi altında bulundurulması, Sosyal Güvenlik Kuruluşları'na ait olması gereken risklerin, işverene yükletilmesi; hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi "Sosyal Hukuk Devleti" prensiplerine de aykırılık oluşturur..."denilerek; gelirlerdeki artışların tazmin sorumlularından (işverenlerden) istenemeyeceği; kesin bir anlatımla ortaya konmuştur. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleriyle (konuyu açıklayıcı özelliği itibariyle, her kesimi bu arada mahkemeleri) de bağlayıcı olduğu hususu gözetildiğinde; iptal kararı ile birlikte ortaya çıkan, bu yeni hukuki durum itibariyle; konuya uygulama açısından açıklık getirmek gerekirse; öncelikle, kurumun rücu hakkının hukuksal temeli "Halefiyet" değil kanundan doğan (basit) rücu hakkına dayandığının kabul edilmesiyle birlikte; artık ilk peşin "değerli gelirlerin" (bağlandığı tarih itibariyle) her bir hak sahibi yönünden tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gereği vardır. Bu durumda açıklıkla söyleyebiliriz ki, ilk peşin sermaye değerli gelirlerdeki artışların istenemeyeceğinde kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Zaten yürürlüğe giren 5510 s. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesi bu hususu açıkça düzenlemiş bulunmaktadır.

B. Kurumun Rücu Hakkında Üçüncü Kişinin Sorumluluğu

OLAY

Davacı vekili Kurumun sigortalısı olan (S)'nin davalı tarafından ateş edilerek vurulduğunu, bunun sonucu yaralandığını, tedavi masrafı olan 655,35.-TL tedavi masraflarının Kurum'ca karşılandığını, bu olayla ilgili kamu davasına (K) Ağır Ceza Mahkemesinin baktığını ve davalının bu suçtan mahkumiyetine karar verildiğini, Bağ-Kur Kanunu uyarınca sigortalılar yüzünden katlanılan zarardan dolayı 3. kişilere rücu edildiğini iddia etmiş ve bu nedenlerle müvekkil kurumun 655,35.-YTL'lik tazminat alacağını 13.04.2007 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı davaya cevap vermemiştir.

SORU

Kurum yapılan tedavi giderlerini davalıdan talep edebilir mi? Neden?

CEVAP

"Üçüncü Kişinin Sorumluluğu" başlığını taşıyan 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 63 maddesi uyarınca: "(3165 sayılı Kanunun 16'ncı maddesiyle değişen şekli.) Üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yar-

dımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında, Kurum sigortalı veya hak sahiplerine gerekli bütün yardımları yapar.

(3396 sayılı Kanunun 11'inci maddesiyle değişen şekli.) Ancak, kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere, araç sahiplerine ve diğer sorumlulara rücu eder. Bu kimselerin hak sahiplerine yaptıkları ödemeler dolayısıyla Kurumun zarara uğraması halinde, hak sahiplerine rücu hakkı saklıdır.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, Kurumun üçüncü kişilere rücu edebilmesi için şu unsurların varlığı aranmaktadır:

- Üçüncü kişinin suç sayılır bir hareketi
- Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir durumun doğması ve bu yardımların Kurumca yapılmış olması

1479 s. Kanunun 63. maddede (506 sayılı Yasanın 26/2. maddesinde olduğu gibi) tehlike sorumluluğu, ya da kusursuz sorumluluk değil kusur sorumluluğu düzenlenmiştir. Maddenin başlığı üçüncü kişinin sorumluluğudur. İstihdam eden ve araç malikinin sorumluluğu suç teşkil eden fiili nedeniyle yardımların yapılmasına neden olan üçüncü kişiye tebandır. Üçüncü kişinin suç teşkil eden bir hareketi bulunmadan Bağ-Kurun (şimdi Sosyal Güvenlik Kurumunun), 63. Maddeden kaynaklanan üçüncü kişilere yöneltebileceği rücu hakkı bulunmamaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.05.1997 gün ve 1997/10-193-451 sayılı kararında da açıkça belirtildiği gibi devlet adına sosyal güvenlik yasalarını uygulamakla yükümlü Bağ-Kur birinci kişi, sigortalı ve hak sahipleri ikinci kişi, bunların dışında kalan ve suç sayılır hareketi ile kanunda sayılan yardımların yapılmasına sebebiyet veren kişiler üçüncü kişi konumundadır.

1479 sayılı Kanun'un 63. maddesi hükmü kapsamında rücu edilecek kişilerin sorumlulukları; öncelikle 3. kişinin suç sayılan hareketi ile yasada belirtilen sosyal sigorta yardımlarının yapılmasını gerektiren bir halin doğması ve sigortalı ya da hak sahiplerine bu yardımların yapılması koşuluna bağlanmıştır. Üçüncü kişi durumunda olan davalının (S)'yi yaralaması sebebiyle, yaralanan sigortalının tedavi edilmesi zorunluluğu doğmuştur. Bu sebeple 63 maddede aranan koşulların gerçekleştiği anlaşılmaktadır., 1479 s. Kanunun 63 maddesinde aranan 3. kişinin suç sayılan hareketi ile yasada belirtilen sosyal sigorta yardımlarının yapılmasını gerektiren bir halin doğması ve sigortalı ya da hak sahiplerine bu yardımların yapılması koşulu gerçekleştiği için, Kurumun yapılan 655,35 TL tedavi giderini isteyebilecektir.

IX. SOSYAL GÜVENLİK KURUMU TARAFINDAN BAĞLANACAK AYLIKLARDA ALT SINIR UYGULAMASI

OLAY

(A) vefat eden eşinden 24.10.2003 tarihinden itibaren ölüm aylığı almaktayken 01.03.2006 tarihinden itibaren kendi çalışması nedeniyle yaşlılık aylığı almaya hak kazanmıştır. Yani (A) aynı anda birden fazla aylık almaya hak kazanmıştır.(A)'nın eşi (B)'den bağlanan aylık* oranı %75 olup alt sınır uygulanmamıştır. Bunun üzerine (A) Sosyal Sigortalar Kurumu'na, 506 sayılı Kanun'un 96.** maddesine 29.07.2003 tarih ve 4958 sayılı Kanun'un 43. maddesi ile eklenen fıkra hükmüne göre alt sınır uygulaması yapılması talebini içeren dilekçe vermiştir. Kurum tarafından bu talep reddedilmiştir. Bunun üzerine (A) İş Mahkemesi'nden Kurumun istemin reddine yönelik işleminin iptali için dava açmıştır.

SORU

Siz hakim olsaydınız (A)'nın talebi karşısında ne karar verirdiniz?

CEVAP

(A) ilk kez, vefat eden eşinden 24.10.2003 tarihinden itibaren ölüm aylığı almaya hak kazanmış olup, 01.03.2006 tarihinden itibaren kendi çalışması nedeniyle de yaşlılık aylığı almaya hak kazanmıştır. (A)'nın eşi olan (B)'den bağlanan aylık oranı %75 olup alt sınır uygulaması yapılamamıştır. (A) kendisine bağlanan yaşlılık aylığına alt sınır uygulaması yapılması gerektiği iddiasındadır. (A) aynı anda birden fazla aylığa hak kazanmaktadır. Madde metninde yapılan

---

* Eşinin vefatı nedeniyle aldığı ölüm aylığı, kendi emekliliği nedeniyle hak kazandığı yaşlılık aylığından fazladır.

** MADDE 96 – "*(Değişik: 2422 - 6.3.1981) (Değişik 1. Fıkra: 4447 - 25.8.1999) Bu Kanuna göre bağlanacak aylıklar, 78'inci maddeye göre tespit edilen prime esas günlük kazanç alt sınırının aylık tutarının %35'inden az olamaz. (*)*

Sosyal Sigortalar Kurumuna devrolunan sandıklardan 991 sayılı Kanunun geçici 2'nci maddesine göre bağlanmış emekli, adi malûllük veya vazife malûllüğü aylıkları ile mezkûr Kanunun geçici 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre Kurumca bağlanacak aylıklarla dul ve yetim aylıkları (aylık alan tek kişi de olsa) toplamı, yukarıdaki fıkraya göre bulunacak alt sınırdan aşağı olamaz.

Hak sahibi kimselerin gelir ve aylıkları; hak sahibi bir kişi ise bu maddenin 1'inci fıkrasına göre hesaplanan alt sınır aylığının %80'inden, hak sahibi iki kişi ise %90'ından az olamaz. İşgöremezlik derecesi %25 ve daha yukarı olanlara bu Kanunun 20'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca bağlanacak sürekli kısmi işgöremezlik gelirinin aylık tutarı, bu Kanunun 78'inci maddesi uyarınca tespit olunacak günlük kazanç alt sınırının 30 katının %70'inden az olamaz.

(Ek fıkra: 3395 - 20.6.1987) Bu madde hükmü sosyal güvenlik sözleşmeleri gereğince bağlanan kısmi aylıklar için nazara alınmaz.

(Ek fıkra: 4958 - 29.7.2003 / m.43 - Yürürlük m.58 a) Sigortalı veya hak sahibine bu Kanun hükümlerine göre bağlanan gelir veya aylıklardan, ilk hak edilen gelir veya aylık dışında sonradan bağlanacak gelir ve aylıklar için yukarıdaki fıkralardaki hükümler uygulanmaz. Aynı anda birden fazla gelir veya aylık hak edilirse, yüksek olanı ilk hak edilen gelir veya aylık olarak esas alınır".

değişiklik uyarınca, BU DURUMDA YÜKSEK OLAN AYLIK İLK HAK EDİLEN AYLIK OLARAK ESAS ALINACAKTIR. Yüksek olan aylık eşinden bağlanan ölüm aylığıdır. 96 maddenin son fıkrasının ilk cümlesi gereği ***"Sigortalı veya hak sahibine bu Kanun hükümlerine göre bağlanan gelir veya aylıklardan, ilk hak edilen gelir veya aylık dışında sonradan bağlanacak gelir ve aylıklar için yukarıdaki fıkralardaki hükümler uygulanmaz."***. Yani ilk hak edilen gelir veya aylığa alt sınır uygulanacak, sonraki bağlanan gelir ve aylıklara ise alt sınır uygulaması yapılamayacaktır. Yasa'nın bu hükmü lafsına bağlı kalınarak yorumlanırsa, (A)'ya ilk bağlanan aylık, eşinden gelen ölüm aylığı olduğu için bu aylığa alt sınır uygulaması yasal olarak yapılabilecek iken, alt sınır uygulaması yapılmasını gerektiren bir durum olmadığı için bu aylığa alt sınır uygulaması yapılmamış ve (A)'ya alt sınırın üzerinde bir aylık bağlanmıştır. Buna karşılık (A)'ya kendi çalışması nedeniyle bağlanan yaşlılık aylığı ikinci aylık olup, yasa hükmü gereği bu aylığa alt sınır uygulaması yapılamayacaktır. Olması gereken hukuk açısından hükmün düzenleme şeklinin yerinde olup olmadığı tartışması öğreti tarafından yapılabilecekse de, lafzi yorum hükmün başka türlü yorumlanmasına engel oluşturacak niteliktedir. Sonuç olarak mülga 506 s. Kanun'un 96. maddesi hükmü uyarınca (A)'ya kendi çalışmasından dolayı bağlanan aylığına alt sınır uygulanmamalıdır.

X. ÜCRET GARANTİ FONU

OLAY

(H) A.Ş'de çalışmakta olan işçi (İ) iş sözleşmesinin işveren tarafından 05.12.2006 tarihinde feshedilmesi üzerine işe iade davası açmış, dava 21.04.2008 de kabul edilmiş, Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiştir. (İ) işveren tarafından işe başlatılmamıştır. Avukat (D) 05.12.2006 tarihi itibarıyla müvekkilinin ödenmeyen iki aylık beş günlük ücret alacağı bulunduğu gerekçesi ile işveren aleyhine 19.11.2007 tarihinde icra takibi başlatmıştır. 03.04.2009 tarihinde İİK 143 ve 251 m. uyarınca borç ödemeden aciz vesikası alınmış ve bu vesika ile 16.04.2009 tarihinde Türkiye İş Kurumuna başvurarak ücret garanti fonundan yararlanmak üzere talepte bulunmuştur. 13.05.2009 tarihinde Kurum "işçinin, işverenin borç ödemeden aciz vesikası karar tarihinden (10.04.2009) önceki bir yıl içinde ilgili işyerinde çalışmadığı" gerekçesi ile talebi reddetmiştir. Bunun üzerine Avukat (D) talebin reddine ilişkin işlemin iptali gerekçesi ile İş Mahkemesinde dava açmıştır.

SORULAR

1. Ücret garanti fonundan yararlanmaya ilişkin mevzuatın yasal gelişimi içeriği ile birlikte açıklayınız.

2. Türkiye İş Kurumunun "işçinin, işverenin borç ödemeden aciz vesikası karar tarihinden (10.04.2009) önceki bir yıl içinde ilgili işyerinde çalışmadığı" gerekçesi ile talebi reddetmesi yerinde midir?

3. İş Mahkemesi talebin reddine ilişkin işlemin iptali uyuşmazlığında görevli midir?

4. İş hakiminin yasaya aykırı olan yönetmelik hükmünü uygulama zorunluluğu var mıdır? Tartışınız.

5. Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri, Avrupa Birliği Direktifleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde konu ile ilgili düzenlemeler dikkate alındığında, ücret garanti fonuna ilişkin yasal düzenlemelerin bu düzenlemelere uygun olup olmadığını ve iş hakiminin bu durumda nasıl karar vermesi gerektiğini tartışınız.

CEVAPLAR

1. Ücret Garanti Fonuna ilişkin yasal düzenleme şu şekilde gelişim göstermiştir. İlk kez 4857 sayılı kanunun 33. maddesinde düzenlenmiş olup, "*işverenin konkordato ilan etmesi, işveren tarafından aciz vesikası alınması veya iflası nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan son üç aylık ücretlerini karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu*" oluşturulması esası kabul edilmiştir. Bu fonun çalışma esaslarının belirlenmesi bakımından bir yönetmelik çıkarılacağı belirtilmiş ve buna uygun olarak 18.10.2004 tarihli ve 25617 sayılı RG yayınlanan yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

Ancak 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanunun 37 maddesi ile İş kanunun 33 maddesi yürürlükten kaldırılmış ve böylece Ücret Garanti Fonuna ilişkin uygulama İş Kanundan çıkarılarak aynı yasanın 17 maddesi ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortasını da düzenleyen kanuna Ek 1. madde eklenmesine karar verilmiştir.

"**İşverenin ödeme aczine düşmesi**" başlıklı Ek 1. madde uyarınca: "*Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulur.* ***Bu madde kapsamında yapılacak ödemelerde işçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması koşulu esas alınarak temel ücret üzerinden ödeme yapılır.*** *Bu ödemeler 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 78'inci maddesi uyarınca belirlenen kazanç üst sınırını aşamaz.*

Ücret Garanti Fonu, işverenlerce işsizlik sigortası primi olarak yapılan ödemelerin yıllık toplamının yüzde biridir. Ücret Garanti Fonunun oluşumu ve uygulanması ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir."

Ücret Garanti Fonunun oluşturulması ve uygulanmasına ilişkin esasları belirleyen Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği 28.06.2009 tarihli 27272 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca: "*(1) Kurum tarafından ücret alacağının ödenebilmesi için iş sözleşmesinin devam edip edilmediğine bakılmaksızın,*

a) İşveren hakkında aciz vesikası alınması durumunda, icra dairesinden alınan aciz vesikası veya 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 105'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca alınacak hacze kabil mal bulunmadığına ilişkin haciz tutanağı ve işveren tarafından düzenlenen işçi alacak belgesi,

b) İşverenin iflası durumunda, mahkemece verilen iflas kararı veya İcra ve İflas Kanununun 166'ncı maddesi uyarınca iflas kararının ilan edildiğini gösteren belge ve iflas dairesi veya iflas idaresi tarafından onaylanan işçi alacak belgesi,

c) İşverenin iflasının ertelenmesi durumunda, mahkemece verilen iflasın ertelenmesi kararı veya İcra ve İflas Kanununun 166'ncı maddesi uyarınca iflasın ertelenmesinin ilan edildiğini gösteren belge ve kayyım tarafından onaylanan işçi alacak belgesi,

ç) İşveren hakkında konkordato ilan edilmesi durumunda, mahkemece verilen konkordato mühlet kararı veya İcra ve İflas Kanununun 288'inci maddesi uyarınca konkordato mühlet kararının ilan edildiğini gösteren belge ve konkordato komiseri veya konkordato tasfiye memuru tarafından onaylanan işçi alacak belgesi

ile birlikte işçinin Kurum birimine başvurması gerekir.

Ödemeye ilişkin usul ve esaslar ise 9 maddede yer almakta olup, bu madde uyarınca: "*(1) Ek-1'de yer alan İşçi Alacak Belgesi işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü tarihten önceki ücret alacaklarına ilişkin olmalıdır.*

(2) İşçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması gerekir.

(3) Günlük ücret alacağı 5510 sayılı Kanunun 82'nci maddesi uyarınca belirlenen günlük kazanç üst sınırını aşamaz.

(4) Ücret alacağı, işçinin Kuruma başvuru tarihini izleyen ayın sonuna kadar ödenir.

(5) Bu kapsamda yapılacak ödemeler, Fon kaynaklarıyla sınırlıdır. Ödemeler, Kuruma başvuru sırasına göre yapılır.

Düzenlemeleri getirilmiştir.

2. Türkiye İş Kurumu'nun son zamanlarda ücret garanti fonunda yararlanma konusundaki talepleri "işçinin, **işverenin borç ödemeden aciz vesikası karar tarihinden önceki bir yıl içinde ilgili işyerinde**" çalışmamış olması nedeniyle reddettiği gözlemlenmektedir.

Bu sebeple Kurum'un sözü edilen gerekçesinin yerinde olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca Ücret Garanti Fonuna başvurulması durumunda geçerli kabul edilecek belgeler sınırlı şekilde sayılmıştır. Bunlara arasında işveren hakkında alınacak aciz vesikası, iflas kararı, iflasın ertelendiğini gösteren veya konkordato kararı yer almaktadır. Yönetmeliğin 9. maddesinin 2 bendinde ***"İşçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması gerektiği"*** belirtilmektedir. Bu hüküm 4447 sayılı Kanuna eklenen ek 1. maddeye uygudur. Çünkü burada da, ***"Bu madde kapsamında yapılacak ödemelerde işçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması koşulu esas alınarak temel ücret üzerinden ödeme yapılır"*** hükmü yer almaktadır. Her iki düzenlemede de ***"işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden*** "söz edilmektedir. Yasada ödeme güçlüğüne düşme tarihinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen Yönetmeliğin 4. maddesinin d bendinde ***"Ödeme Güçlüğüne Düşme Tarihi: İflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato kararının verildiği tarihi veya aciz vesikası alınması durumunda belge tarihini; Temel Ücret: İşçinin 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 80'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi gereğince sigorta primine esas tutulan kazancı üzerinden hesaplanan net ücreti,"*** ifade ettiği belirtilmiştir. Dikkat edilecek olursa iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato durumlarından birinin varlığı halinde karar tarihi esas alınırken, aciz vesikasının alınması durumunda, belge tarihi esas alınmaktadır. Yönetmeliğin bu düzenlemesinin yasanın amacına ve ruhuna uygun olmadığı düşünülmektedir. Ayrıca Yasada yer almayan ve düzenlenmeyen bir konunun yönetmelikle düzenlenmesi mümkün değildir. Yönetmelik ancak yasada yer alan konuların nasıl uygulanması gerektiğini gösterebilir.

Yönetmeliğin 4. maddesinin d bendinde yer alan hüküm, 4447 sayılı yasada işverenin aczini düzenleyen maddede yer almayan biçimde, aciz vesikası alınması durumunda, işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü tarih olarak, **aciz vesikasının alındığı tarihin** esas alınması gerektiğini düzenlemiş bulunmaktadır. Bunun gibi iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato durumunda da yasada yer almayan şekilde, yönetmelikte bu kararların verildiği tarih esas alınmıştır. Bunun

sonucu olarak, 4447 sayılı Kanuna eklenen ek 1. madde ve yönetmeliğin 9. maddesinin uygulanması durumunda, aciz vesikasının alındığı, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato kararlarının verildiği tarihten önceki bir yıl içinde işyerinde çalışmayan işçinin Ücret Garanti Fonu uygulamasından yararlanması mümkün olmayacaktır. Elbette ki kanun koyucunun gerçek amacı bu olamaz. Zira kanun koycunun amacının da bu olduğu kabul edilirse, Türk yargı sistemi içerisinde aciz vesikası, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato kararlarının alınmasının genellikle bir yıldan daha uzun süre tutacağı göz önüne alınırsa, bu yolla alacağına kavuşmak isteyen her işçi, bu durumların varlığını belgeleyen belgeleri, aldığı tarihten önceki bir yıl içinde işyerinde çalışmış olma şartını yerine getirmeyeceği için ücret garanti fonundan yararlanması mümkün olmayacaktır. Oysa burada kanun koyucunun amacı, gerçekte işyerinin işçisi olmayan bir takım kimselerin, işyeri işçisiymiş gibi, işe alınmaları sureti ile gerçekte hiç çalışmamış olsalar bile ücret garanti fonundan yararlanmalarını engellemektir. Sorun, Yönetmeliğin ödeme güçlüğüne düşmeden aciz vesikasının alındığı, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato tarihlerinin esas alınmasından kaynaklanmaktadır. Oysa ek geçici 1. madde bunu sadece **"işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki bir yılık süreden beri aynı işyerinde fiilen çalışıyor olması"** şeklinde değerlendirmiş ve düzenlemiştir. **Bu sebeple ücret alacağının doğduğu tarihten itibaren, ki kanımızca bu da işverenin ücreti ödeme konusunda temerrüde düştüğü tarihtir, beş yıl içerisinde Fona müracaat etmesi mümkün olmalıdır.**

3. İşsizlik Sigortasını düzenleyen 4447 sayılı Kanunda görevli ve yetkili mahkeme ile ilgili özel bir düzenleme yer almamaktadır. Kanunun 54 maddesinin 2. fıkrasındaki *"işsizlik sigortası uygulamasına ilişkin işlemlere karşı sigortalıların ve işverenlerin yapacakları itirazlardan Sosyal Sigortalar Kurumuna verilen görevlerle ilgili olanlar adı geçen Kuruluşa, diğerleri ise Kuruma yapılır. İtirazların, işlemin tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde yapılması ve 30 gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Yapılan itirazlar daha önce yapılmış bulunan işlemlerin uygulamasını geciktirmez. İtiraz yoluna başvurulmuş olması ilgililerin yargı yoluna başvurma haklarını ortadan kaldırmaz"*, hükmü başvurulabilecek Mahkeme hakkında bir bilgi vermemektedir.

506 s. Sosyal Sigortalar Kanunda olduğu gibi, 5510 s.Kanunun 101. maddesinde *"bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Bu kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür hükmü getirilmiştir"*.

Yargıtay 10 Hukuk Dairesinin işsizlik sigortasından yararlanma konusunda yapılan başvurulara ilişkin uyuşmazlıkları incelediği bilinmektedir (Bak.

Yarg.10 HD. 20.06.2006 tarih ve E.2006/7506, K.2006/9287 sayılı kararı; 06.02.2007 tarih ve E.2006/19645, K.2007/1675 sayılı kararı, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.14).

5521 s. İş Mahkemeleri Kanunun 1. maddesinde, bir davanın iş mahkemesinde görülebilmesi için tarafların İş Kanuna tabi işçi ve işveren olması ve aralarındaki uyuşmazlığın iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan bir hak iddiasından doğması gerektiği belirtilmiştir. Bu sebeple, Kurumun sigortalının ücret garanti fonundan yararlanma talebini reddetmesine yönelik kararına karşı nereye başvurulması gerektiği sorulabilecektir. İş Mahkemeleri Kanunun 1. maddesinde yer alan koşullar sağlanmamış olsa da, Kurumun bu işlemine karşı İdare Mahkemesinde değil, yine iş Mahkemesine başvurulması gerektiği düşünülmektedir. Çünkü 4447 sayılı Kanun 2. maddesinin 2. fıkrasında *"bu Kanunun 5510 s. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının a bendi ikinci fıkrası kapsamında olanlardan bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalıları ve 506. s Sosyal Sigortalılar Kanunun geçici 20. maddesinde açıklanan sandıklara tabi sigortalıları"* kapsadığı belirtilmiştir. Özetle 4447 s. Kanun sigortalı kavramından hareket etmektedir. Sigortalıları ilgilendiren uyuşmazlıkların iş mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği 5510 s. Kanun 101. maddesinde kabul edildiğine göre, bu sıfatı taşıyan kimseler hakkında ihtisas mahkemesi niteliğinde olan İş Mahkemelerinin bakmasının daha uygun ve yerinde olacağı kanaatindeyiz.

4. Bu durumda Yasada düzenlenmeyen, ama Yönetmelikte yer alan ve Yasaya aykırı olan bir düzenlemenin bulunması nedeniyle, İş Kurumu tarafından verilen kararın uygulanıp uygulanmaması gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır. Yönetmelikte düzenlenen ve Yasaya aykırı olan bir düzenlemenin Danıştay'da iptalinin istenmesi gerekir. İdari uyuşmazlıklar bakımından Danıştay iptali istenmeyen bir yönetmelik veya yönetmelik hükmünün Mahkemeler tarafından uygulanmayabileceği konusunda kararlar vermektedir.

Anayasa'nın 124. maddesiyle Başbakanlık, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerine kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. İdareler bu yetki çerçevesinde yönetmelik çıkarabilecekleri gibi, kamu hizmetinin daha etkin ve verimli yürütülmesi amacıyla yönetmeliklerde değişiklikler de yapabilirler. **Yönetmeliklerin** Anayasa, Yasa, Tüzük ve hukukun genel ilkelerine **aykırı hükümler içermemesi** ve öngörülen şekil şartına uyularak çıkarılması dışında; söz konusu düzenleme yetkisinin kullanılmasına kamu hukuku yönünden herhangi bir engel bulunmadığı açıktır. İdare Mahkemeleri, yasaya aykırı yönetmelik hükmünü uygulanmayarak, yargıcın doğrudan doğruya yasa hükmünü uygulayabileceği şeklinde kararlar vermektedirler. Aynı

esasın adli yargıda görülen davalar bakımından kabul edilmesinin mümkün olup olmayacağı tartışılabilecektir. Gerçekten yönetmeliklerin iptaline ilişkin davalar Danıştay'da görülmekte ise de, yönetmeliklerin, adli yargının görev alanına giren uyuşmazlıkları ilgilendirmesi de mümkündür. Dava konusu olayda İdarenin bir işlemi nedeniyle açılan bir dava söz konusudur. 4447 sayılı yasadan kaynaklanan bu uyuşmazlığın İş mahkemesinde görülmesi gerekir. Ancak İş Mahkemeleri ve adli yargıdaki diğer Mahkemelerde görevli yargıçların İdare Mahkemesi gibi, yasaya aykırı da olsa yönetmelik hükmünü göz ardı edip, yasayı uygulaması konusunda tereddüt ettikleri görülmektedir. Bu tereddütün yerinde olmadığını göstermek konusunda başka gerekçeler de ileri sürülmesi mümkündür.

Ücret Garanti Fonundan yararlanmaya ilişkin düzenlemelerin temel esası işçi ücretinin korunmasına yöneliktir. Uluslararası Çalışma Örgütünün ücretin korunmasına ilişkin kabul ettiği sözleşme ve tavsiye kararları bulunmaktadır. Ücretin korunmasına ilişkin 95 sayılı Sözleşme 24.10.1952 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye bu sözleşmeyi 29.03.1991 tarihinde onaylamıştır. Sözleşmenin 11. maddesinde, bir müessesenin iflası veya mahkeme kararıyla tasfiyesi halinde bu müessesede çalışan işçilerin, gerek iflasa veya mahkeme kararıyla tasfiyeye dayanan, milli mevzuatla tayin edilen bir müddet zarfında geçen bazı hizmetleri dolayısıyla kendilerine borçlanılan ve gerekse milli mevzuatla tayin edilen miktarı geçmeyen ücretler için, imtiyazlı alacaklı mevkiini iştigal edecekleri, hüküm altına alınarak, işçi alacaklarının korunmasının önemi ifade edilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, işçinin milli mevzuat uyarınca başvuru hakkının belli bir süreyle sınırlanabileceği belirtildiğinden, yasada ve Yönetmelikte yer alan bir yıllık sınırlamanın bu anlamda geçerli olduğu ileri sürülebilecektir.

5. İşverenin Ödeme Güçlüğüne Düşmesi Halinde Alacakların Korunmasına İlişkin 173 Sayılı Sözleşme 1992 yılında kabul edilmiştir, ancak Sözleşme Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Sözleşme ile işçi alacaklarının imtiyazlı alacak olması esası kabul edilmiş ve *"imtiyaz, iş sözleşmesinin sona ermesine kadar veya işverenin acze düştüğü yıl içerisinde işçinin çalışarak elde ettiği"* haklar bakımından söz konusudur. Burada ***"acze düştüğü yıl içerisinde çalışarak elde ettiği haklar"*** ifadesinden, bizdeki düzenlemenin aksine çalışarak elde edilen ama işveren tarafından belirli tarihte ödenmesi gerekip de ödenmeyen alacakları ifade ettiği daha açık anlaşılmaktadır.

20.10.1980 tarihinde Avrupa Birliği Komisyonun kabul ettiği ve Ekim 1983 yılından beri uygulanan 80/897 sayılı yönerge, işverenin acze düşmesi haklinde üye ülkelerin işçilerinin korunması amacı ile üye ülke mevzuatının uyumlu kılınması amacıyla oluşturulmuştur. Yönergede üye ülkelerin oluştur-

makla yükümlü kılındığı garanti fonunun yapısı, finansmanı ve işleyişi konusunda üye ülkeler serbest bırakılmışlardır. Üye devletler, işçilerin garanti fonundan yararlanma zamanının başlangıcı olarak şu üç alternatiften birini seçebilirler:

- İşverenin ödeme güçlüğüne düştüğü an,
- İş ilişkisinin işverenin ödeme güçlüğü nedeni ile sona erdiği an
- İşverenin ödeme güçlüğüne düşmesi nedeni ile iş sözleşmesinin feshedildiği an.

Garanti fonun ödeyeceği miktar konusunda da üye devletler şu seçeneklere sahiptirler:

- İşverenin ödeme güçlüğüne düşmesi veya ödeme güçlüğüne düşmesi nedeni ile iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda, ödeme güçlüğüne düşülmesinden itibaren altı aylık dönem dahilinde olmak üzere ödenmeyen son üç aya ilişkin ücretler
- İşverenin acze düşmesi nedeniyle, iş sözleşmesi fesholunan veya iş ilişkisi sona erdirilen işçilerin son üç aylık ücret alacakları,
- Ödeme aczine düşülmesinden önceki dönemde iş ilişkisinden doğan ve ödenmeyen son 18 aya ilişkin ücret talepleri.

Görüldüğü gibi Avrupa Birliği yönergelerinde de hiçbir şekilde işçilerin başvuru haklarının aciz vesikasının, iflas, iflas erteleme veya konkordato kararının alındığı tarihle sınırlandırılması söz konusu değildir.

Tüm açıklanan bu düzenlemeler adli yargılamada Mahkemelerce dava konusu uyuşmazlık bakımından yaptırım olarak uygulanabilecek nitelikte değildirler. Yani hakim UÇÖ 95 sayılı sözleşmesi dışında açıklanan diğer sözleşme ve direktiflerle bağlı değildir. Bu sebeple hakimin yasaya aykırı yönetmelik hükmünü uygulamak zorunda olmaması ile ilgili başka argümanların da ileri sürülmesi gereklidir.

Çağımızda, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında ve iç hukuk normlarının yorumunda uluslararası sözleşmelerle oluşan hukuk, doğrudan ya da dolaylı olarak etkili olmaktadır. Devletler hukukunda, sözleşmelere taraf devletler, ayrıca, ulusal üstü organlar ve uluslararası sivil toplum kuruluşları, Ahde Vefa ilkesine dayanarak devletleri, yaptıkları sözleşmelerle bağlı olmaya zorlamaktadırlar. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)'nde olduğu gibi, kimi uluslararası sözleşmelere uymama devleti bir yaptırımla karşı karşıya getirmektedir. Böylece günümüzde, iç hukuk kuralları kademesi yanında, kimi uluslararası

hukuk kurallarının, özellikle insan haklarının, iç hukukun üzerinde yer alması olgusu yaşanmaktadır. Viyana'da 1969 yılında imzalanan "Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi" ile (m.53), uluslararası hukukta, kurallar kademesinde önde geldiği kabul edilen "buyruk kurallar" arasında insan haklarını koruyucu kurallar ilk sırada sayılmıştır.

Yaşanan bir başka olgu, insan hakları söz konusu olduğunda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gibi kimi ulusal üstü organların kararları da, iç hukuk uygulamalarını etkilemesidir.

Böylece, günümüzde, ulusal düzeyde Anayasaya; uluslararası boyutta kimi sözleşmelere üstünlük tanınması ve bunlara uygunluğun yargı yoluyla sağlanması yoluyla temel hak ve özgürlüklerin ve azınlığın çoğunluk karşısında korunmasının, hukuk devleti uygulamasının ve hukukun üstünlüğü ilkesinin yaşama geçirilmesinin belirleyici özelliği olmuştur. Hukuk devletinde, Anayasaya uygunluk ilkesine, "ulusal üstü hukuka bağlılık" ilkesinin eklenmesi ve böylece normlar kademesine gidilmesi temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir adımdır.

Bu özellik, iç hukuk kurallarının yorumunda ve iç hukuktaki boşlukların doldurulmasında, ulusal normlar kadar uluslararası sözleşmeden doğan hukukun da etkili olması sonucunda kazanılmıştır. Bu etki, insan haklarının, tüm uygar devletlerce kabul edilen ve korunması gereken ortak değer niteliğini kazanması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve ek protokoller gibi bölgesel ve Birleşmiş Milletlerin 1948 tarihli İnsan Hakları Bildirgesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, UÇÖ sözleşmeleri gibi evrensel nitelikli Sözleşmeler ve Avrupa Birliği uygulamaları yoluyla giderek önem kazanmıştır.

1961 ve 1982 Anayasalarında, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nden bir çok alıntı yapılarak, bir çok uluslararası normun, kimi sınırlamalarla iç hukuk kuralı haline dönüşümü sağlanmıştır. Ayrıca, Türkiye'nin, 10.3.1954 günlü, 6366 sayılı yasayla onayladığı ve 19.3.1954 /8662 tarihli Resmi Gazete'de yayımlayarak kendi yönünden yürürlüğe soktuğu "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme" (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) (İHAS)'nin 1. Maddesine göre Türkiye, âkit taraflardan biri olarak, "işbu sözleşmenin birinci bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri" vatandaşlarına tanıma yükümü altına girmiştir. Türkiye, 22.1.1987 günlü, 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla da "kişisel başvuru hakkını"; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisini ise 1989 yılı Aralık ayında tanımıştır. Bu yetkiler üçer yılda bir uzatılmaktadır.

Bu çerçevede insan hakları birçok bakımdan tasnife tabi tutulmaktadır. İsteme hakları olarak nitelendirilen ve kişilere devletten olumlu bir davranış, hizmet ve yardım isteme hakkı vermekle devleti insanlara müdahale eden aktif bir konuma getirmektedir. Bu haklar, diğer Avrupa ülkeleri anayasalarında olduğu gibi, bizim 1961 ve 1982 Anayasalarında da *Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler* arasında düzenlenmiş sosyal içerikli haklar olmaktadır. Bu haklar arasında ailenin korunması, eğitim ve öğrenme hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlüğü, çalışma hakkı, dinlenme hakkı, sendika kurma hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı, grev hakkı, konut hakkı gibi haklar sayılmaktadır. Kişisel-Siyasal-Sosyal-Ekonomik-Kültürel Haklar ve Ödevler şeklinde yapılan beşli ayırımda **sosyal haklar ve ödevler**, Ailenin korunması; mülkiyet hakkı çalışma hakkı ve ödevi; dinlenme ve adil ücret hakkı; sendika kurma hakkı; toplu sözleşme ve grev hakkı; sosyal güvenlik hakkı; sağlık hakkı; kooperatifçilik ve tarımın korunması olarak kabul edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, üye ülkelerin iç hukuklarını doğrudan etkileyen 1950'li yıllarda kabul edilmiş bir uluslararası sözleşme olarak, bir yandan ek Protokollerle günün şartlarına uydurulmaya çalışılırken, diğer yandan da, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı kararlarıyla bu kuralların kapsamı genişletilmekte, birtakım ilkeler ve içtihatlar ortaya konularak, insan hak ve özgürlükleri daha da somut güvencelere bağlanmaktadır.

İdarenin işlem ve eylemleri iç hukukta ceza davasına konu oluşturan işlem ve eylemlerle idari davalara konu oluşturan idari işlem ve eylemler olarak adli yargının veya idari yargının görev alanına girmelerine göre ayırıma tabi tutulurken, AİHS açısından konu, sözleşmede korunan hakları ihlal edip etmeme açısından değerlendirilmekte, sözleşmeye aykırı sayılan işlem ve eylemler İnsan Hakları Mahkemesince çoğu zaman maddi ya da manevi yaptırıma konu olurken, bazen de ilgili devletin mevzuatını değiştirmesi yükümlülüğünü içermektedir.

Bir kısım idari uyuşmazlıkların nitelik ve anlamı dikkate alınıp, örnekseme yoluyla medeni hak ve yükümlülük uyuşmazlıkları kapsamına Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi tarafından içtihatlarla dahil edilerek, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil ya da dürüst yargılama kurallarına aykırılık yönünden denetime tabi tutulması sağlanmıştır.

Bu doğrultuda, Avusturya'da tarım arazisinin imara açılması istemine ilişkin bölge komisyonu kararının adil ya da dürüst yargılama kurallarına aykırılık içerip içermemesiyle ilgili 16.7.1971 tarihli **Ringeisen** davasında Alman İdare Mahkemesi önünde yapılan yargılamanın makul sürede yapılıp yapılmadığına ilişkin 28.6.1978 tarihli **König** davasında, Portekiz İdare Mahkemesi önünde

yapılan yargılamanın makul sürede yapılıp yapılmadığına ilişkin 8.7.1987 tarihli **Baroana** davasında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, AİHS'in 6. maddesinin sadece özel hukukun klasik anlamdaki uyuşmazlıklarını kapsamayacağını, bir başka deyişle gerek özel hukuk kişileri arasında, gerekse bir özel hukuk kişisiyle devlet arasındaki uyuşmazlıklarda (bu uyuşmazlıklarda devlet, ister bir özel hukuk kişisi gibi davranmış olsun, isterse kamu gücünü kullanmış olsun) bu kapsama dahil olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca bu tür uyuşmazlıklar konusunda ister, genel görevli mahkeme veya isterse bir idari organ ya da mahkeme görevli olsun bu önemli değildir. Önemli olan söz konusu hakkın niteliği ve anlamıdır. Bu yüzden idari işlem ve eylemlerden bazıları yukarıda belirttiğimiz gibi, 6. madde anlamında medeni hak ve yükümlülükler niteliğinde sayılıp, 6. madde kapsamında Strazburg makamlarının önüne götürülebileceği kabul edilmiştir. Bu türden sayılan idari işlemler arasında:

a. *Mal varlığına ve kişisel haklara zarar veren işlemler*: Bunlar arasında kamulaştırma kararının aldığı uzun süreye karşı etkili bir yargı yolunun öngörülmemesi **Sporrong ve Lönnroth** davasında 6. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir

b. *Bir meslek, sanat veya başka bir iktisadi faaliyetin yürütülmesi ile ilgili idari kararlar,*

c. *Reşit olmayan çocukları ana-babadan ayırarak korunması amacı ile idari önlemler alınması,*

d. *Çalışma hayatı, sosyal sigorta, iş sözleşmesinin bozulması, işten çıkartma ile ilgili işlemler,*

d. *İdarenin kusurundan doğan zararlar*

e. *Taşınmaz devrine ilişkin işlemin yetkili idari makamca onanması hakkına ilişkin uyuşmazlık*

yer almaktadır.

Kamu hizmetlerini yerine getirmek için örgütlenip faaliyet gösteren İdare bu amaç doğrultusundaki örgütlenmeyi ve faaliyetleri idari işlem ve eylemlerle gerçekleştirir. Bu işlemler ise, bir defa uygulanmakla tükenmeyen, soyut ve nesnel özelliklere sahip genel (veya düzenleyici) işlemler veya belli bir kişi veya duruma uygulanan birel işlem niteliğine sahip olabilirler.

İdarenin tüzük, yönetmelik vb. işlemleri genel (veya düzenleyici) işlemler kapsamında yer alırken, memuriyete giriş gibi genel bir hukuki durumun içine girme (veya çıkma ya da onun içinde bulunma) durum veya koşul işlemlerle bir

kişiye vergi salınması gibi kişisel ve özel yeni bir durum doğuran öznel işlemler ise birel işlemler kapsamında yer alır. Sözleşmeden ayrılan işlemler hariç, idari sözleşmeler de bu sonuncu kapsamda değerlendirilebilir.

Hukuk sistemimizde Anayasa'nın 125. maddesiyle "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmüne yer verilerek, öncelikle hukuk devleti gereklerine İdare'nin uyması sağlanmak istenmiştir.

İdare'nin AİHS'de korunan haklara ilişkin işlem ve eylemleri ise, prensip olarak, iç hukuk yollarının bulunması ve işletilmeye müsait olması hallerinde bu yolların tüketilmesinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunulabilir. Bu çerçevede kamu görevlilerinin AİHS'de korunan temel haklara ilişkin işlem ve eylemlerinden yargı yolu kapalı olanlara veya iç hukukta hiçbir sonuç vermeyeceği kabul edilenlere doğrudan, kapalı olmayanlara iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunulabilir.

Anayasanın 90. maddesine yapılan eklemeyi de dikkate alarak yukarıdaki açıklamalardan çıkan sonuçları şu başlıklar altında toplayabiliriz:

1. Ulusal yasa hükmü ile, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların aynı konuda farklı hükümler içermeleri nedeniyle çıkması olası bir çatışmada, insan haklarına ilişkin kural, yasaya üstün sayılarak yargı yerleri ve yönetsel makamlar tarafından kendiliğinden, "esas" alınarak uygulanmalıdır.

Uygulama için, antlaşmaları ulusal hukuka katan özel yasa ya da yönetsel düzenlemenin varlığı aranmamalıdır. Anayasanın 90. maddesine eklenen tümce, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların, bir iç hukuk düzenlemesi ile ulusal hukuka aktarılması koşulu aranmaksızın kendiliğinden ve doğrudan yargı yerleri ve yönetsel makamlarca uygulanması yükümü getirmiştir.

Anayasanın, antlaşma ile uyumlu olması, yasayla çatışması durumunda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin Antlaşma hükmü esas alınmalıdır. Ayrıca anayasaya aykırı yasaya karşı Anayasa yargısı yolu işletilebilir.

2. Antlaşma ile yasanın çatıştığı alanda Anayasada açık hüküm olmaması halinde çözüm antlaşmaya göre yapılacak, Anayasadaki boşluk, insan haklarına ilişkin sözleşme hükmüyle doldurulacaktır.

3. Yasa, Anayasayla uyumlu ancak sözleşme ile çatışmakta ise; başka bir deyişle Anayasa kuralı ile uluslararası hukuk arasında bir çatışma olması durumunda, Anayasanın, antlaşmaya uygun yorumlanması yoluna gidilmelidir. Çatışma açık ve uyuşmazlık yorumla giderilemiyor ise, getirilen Ek kural bu husu-

su çözümleyemez. Bu durumda, Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği Anayasa uygulanmalıdır. Antlaşmanın ihmali durumunda, son söz ulusal üstü ya da uluslararası yargı yerlerine bırakılmış olacak, devlet tazminat ödemeye mahkum edilecektir. Anayasanın ihmali durumunda da "Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri" zedelenmiş olacaktır.

XI. SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN YETİM AYLIĞININ KESİLMESİNE İLİŞKİN İŞLEMİNİN İPTALİ

OLAY

Davacı, eşi ile Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararı ile boşandıklarını, boşanma sonucu kendisinin kızlarından (A) ile birlikte oturmaya başladığını, eşinin ayrı bir adreste ikametgahı bulunduğunu, kendisi de eşinden boşanan diğer kızı (E)'nin babası ile birlikte oturmaya başladığını, kendisi gibi her iki kızının da şeker hastası olduğunu, boşandığı eşi ile birkaç sokak mesafede oturduklarını, bazen insülin iğnelerini yaptırmak üzere kızı (E)'nin oturduğu eve de gittiğini, ancak hiçbir şekilde boşandığı eşi ile fiilen birlikte yaşamadığını, ihbar üzerine SGK tarafından boşanmanın muvazaalı olduğu gerekçesi ile soruşturma başlatıldığını, bu doğrultuda ifade verdiğini, şeker hastası olduğuna ilişkin belgeleri de Kuruma ibraz ettiğini, ancak Kurum tarafından 5510 s. Kanunun 56/son maddesine göre hem emekli maaşının hem de sağlık yardımlarının Ekim 2010 tarihi itibarı ile kesildiğini, SGK kontrol memurunun yargıç olmadığını, 5510 s. kanunun 56 maddesindeki işlemleri ancak bağımsız mahkemelerin yapabileceğini, bu nedenle Kurum işleminin iptali ile sağlık hizmetlerinden yararlanmayı talep zorunluluğunun ortaya çıktığını ifade etmiştir.

Davalı Kurum verdiği cevapta, davacının eşi ile anlaşmalı olarak boşandığını, boşanmaya ilişkin olarak, nafaka ve tazminat talebinde bulunmadığını, kararın temyiz edilmeden kesinleştiğini, bundan sonra davacıya babasından yetim aylığı bağlandığını, yürütülen soruşturma neticesinde Ö.L ve E.K'nın davacı ile eşinin birlikte ikamet ettikleri yönünde beyanda bulunduklarını, E.T ve T Ç'.nin ise yazılı beyan vermekten kaçındıkları, bu sebeple davacının boşandığı eşi ile birlikte yaşadığını, davacının ifade ettiği gibi "eski kocanın evinde bulunmanın boşanan kızının yanına insülün iğnesi yaptırmak için" bulunmaktan ibaret olmadığını, bu sebeple aylığın kesilmesi işleminde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmaması karşısında davanın reddine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

Muhtarlıktan ve Seçim Kurulu Başkanlığından gelen ikametgah bilgilerinde davacının 07.08.2006 tarihinde 1870 sokak No.14 D.3 teki damadının yanına kaydını yaptırdığı, boşandığı eşinin ise 21.05.2007 tarihinde Denizli mahallesi 99 sok. No.49 adresine nakil aldığı, 25.02.2009-12.07.2010 tarihinde Nüfus

Dairesinden almış olduğu adres değişim belgeleri ile geri geldiği ve halen 1716 sok. No.39, D.3 te kaydının bulunduğu bildirilmiştir.

Tarihsiz ve imzasız ihbar ile kontrol memurları tarafından başlatılan soruşturmada ifadesi alınan 1716 sok No.39 de oturan komşulardan Ö.L ve E. K davacı ve eşinin birlikte yaşadıkları yönünde ifade vermiş, 1870 sok. No.14. adresinde oturan E.T sorulan adreste davacının oturmadığını sözlü olarak beyan ettiğini ancak yazılı ifade vermekten kaçındığı hususu tutanak altına alınmıştır. Aynı şekilde T.Ç'nin de sorulan adreste davacının oturmadığını, ancak, yazılı olarak ifade vermekten kaçındığı tutanak altına alınmıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumu kontrol memuru M.Y tarafından düzenlenen rapor uyarınca 5510 sayılı kanunun 56 ve 96 maddeleri uyarınca 01.10.2008 tarihinden itibaren yapılan ödemelerin tahsil edilmesi yönünde görüş bildirilmiştir.

Mahkemede dinlenen ve aynı zamanda Kurum kontrol memuruna ifade veren Ö.L, davacının ismini bilmediği bir kızı ile oturduğunu, kendisinin oturduğu apartmanda ise davacının diğer kızlarının oturduğunu, davacıya apartmanda 3-4 kez rastladığını, davacıyı sabah gelip akşam giden kişi olarak tanıdığını beyan etmiştir. Diğer davalı tanığı M. K.'da davacının eşinin kızı (E) ile oturduğunu, davacıyı ara sıra dışarıda gördüğünü, sigortadan memurlar geldiğinde davacının burada oturup oturmadığını sorduklarında, davacıyı dışarıda gördüğünü herhalde oturuyordur şeklinde cevap verdiğini belirtmiştir.

SORU

Kurum'un davacının aylığını kesmesi işlemi yerinde midir? Gerekçeleri ile açıklayınız.

CEVAP

5510 sayılı kanunun 56 maddesinin son fıkrasında yer alan "***eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96'ncı madde hükümlerine göre geri alınır***" düzenlemesi uyarınca davacının yetim aylığı kesilmiş bulunmaktadır.

5510 sayılı kanunun "yürürlük" başlıklı 108 maddesi, ayrık hükümler dışında, Yasanın yürürlük tarihini "2008 yılı Ekim ayı başı" olarak belirlemiş bulunmaktadır. Ayrık durumlar arasında sayılan düzenlemeler arasında kanunun 56 maddesi bulunmamaktadır.

5510 s. Kanunun Geçici 1 maddesinin ikinci fıkrası ise şu şekildedir: "***17.7.1964 tarihli ve 506 sayılı, 2.9.1971 tarih ve 1479 sayılı, 17.10.1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanunla mülga 17.10.1983 tarihli ve 2926 sayılı kanunlara***

göre bağlanan veya hak kazanılan aylık gelir ve diğer ödenekler ile 8.2.1006 tarihli ve 5434 sayılı Kanunun 1. maddesine göre ödenmekte olan ek ödemenin verilmesine devam edilir. Bu gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeni ile arttırılması, azaltılması, kesilmesi ve yeniden bağlanmasında, bu kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümleri uygulanır". Bu hüküm uyarınca davacıya bu kanunun yürürlük tarihinden önce bağlanan aylık Emekli Sandığı hükümleri uyarınca bağlanmıştır. 5434 s. bu kanunun 77 maddesinde aylık bağlanamayacak haller düzenlenmiştir. Bunlar arasında "boşandığı eşi ile fiilen birlikte yaşadığı tespit edilenler" yer almamaktadır Bu olanak sadece 01.10.2008 den sonra bu Yasa uyarınca bağlanan aylıklar bakımından söz konusu kabul edilmelidir. Nitekim Kurum da, yetim aylığının bağlandığı tarihten itibaren değil yasanın yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden itibaren geri ödeme yapılması talebinde bulunmuştur. Kanunların geriye yürümemesi ilkesi uyarınca, bu yasanın yürürlüğünden önce bağlanmış olan aylıklar bakımından 56/son maddesinin uygulama alanı bulunmadığı düşünülmektedir.

Bir an için 56 maddenin son fıkrasının uyuşmazlık konusu olay bakımından uygulama alanı bulabileceği düşünülse veya 01.10.2008 tarihinden sonra bağlanan bir aylığın kesilmesi dava konusu olsaydı bile, sözü edilen madde pek çok bakımdan eleştirilebilecek niteliktedir. Madde ile ilgili olarak Zonguldak İş Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine gidilmiştir. Kanımızca da düzenleme pek çok sorunu beraberinde getirmiştir. Getirilen eleştirilerden en önemlisi boşanma kararının kontrol memurları tarafından yok sayılmasıdır. Boşanma kararını veren mahkeme olduğuna göre, bu kararın ortadan kaldırılması mümkün değildir. Taraflar birbiri ile yeniden evlenmedikleri sürece boşanma kararı hüküm ve sonuçlarını doğurur. Eşler fiilen birlikte yaşıyor olsa bile, boşanma kararının hükmü ortadan kalkmaz. Boşanma kararının geçersizliğini talep etmek de söz konusu değildir. Boşanma kararı taraflar arasında evlenme sözleşmesinin ortadan kalktığını belgeleyen bir karardır. Taraflar iş ilişkisinde olduğu gibi tek taraflı olarak fesih yoluna giderek evlilik sözleşmesini sonlandıramazlar. Bu ancak mahkeme kararı ile mümkündür. Bu sözleşmeyi bozduktan sonra Kurum, sözleşmenin niçin bozulduğunu araştıramayacağı gibi, kimin kiminle yaşadığına da karışamaz. Nitekim boşandığı eşi ile değil de başka bir kişi ile evlilik dışı yaşamakta olanların aylıklarının kesileceğine ilişkin bir düzenleme Yasada yer almamaktadır. Esasen boşanma kararından sonra eski eş de herhangi biri konumuna geleceği için, eski eşle birlikte fiilen yaşamanın da üçüncü (yabancı) kişi ile birlikte yaşamaktan farkı kalmadığı kanaatindeyiz.

Fiilen birlikte yaşama kavramından neyin anlaşılması gerektiği de açık değildir. Değişik gerekçeler ile boşanmış eşler bile birlikte yaşamak zorunda kalabilirler. Boşanmış olan eşlerin, boşanma sonrası medeni sınırlar içerisinde ilişki-

lerini sürdürmelerine yasa koyucu bir madde ile nasıl engel olabilir? Birbirlerinin evine gidip gelme, müşterek çocuklarını görme de fiilen birlikte yaşama içerisinde mi değerlendirilmelidir?

Bu konuda yapılan soruşturmalarda, komşuların beyanları ile yetinilmesi ve bunların dayanak yapılarak karar verilmesinin de doğru olmadığı düşünülmektedir. Büyük şehirlerde sadece ortak çatıyı paylaşan, bunun dışında ortak ilişkileri bulunmayan ve çoğu zaman birbirini tanımayan, ismini bilmediği ve hatta selamlaşmadığı kişilerin beyanlarının esas alınmasının sakıncaları olacağı aşikardır.

Uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi, toplumda bireyleri ihbara özendiren düzenlemeler yapılması sakıncalıdır. İhbar üzerine soruşturma yapılmasının koşulları vardır. İmza ve adres taşımayan dilekçelerin işleme konulmaması gerekir. Yoksa toplum barışı ciddi şekilde zarar görür.

Bu düzenlemenin eleştirilmesi, bu konuda bireylerin hakkın kötüye kullanılması yönünde davranışlarının bulunmadığı anlamına gelmez. Aksine bu konuda sıkça kötüye kullanımlar olduğu bilinen bir gerçektir. Ama hakkın kötüye kullanıldığını tespit etme yetkisi bağımsız mahkemelerde olmalıdır. Hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla yasa koyucu da düzenleme yapma yoluna gidebilir. Ancak 56. maddenin son fıkrası ile yasa koyucunun bu yetkisini gerektiği gibi kullandığından yukarıda getirilen eleştiriler çerçevesinde söz edilemeyecektir kanısındayız.

Uyuşmazlık konusu olay bakımından Kurum kontrol memurları tarafından yürütülen soruşturmada ifadeleri esas alınan komşulardan Mahkemede dinlenen ve aynı zamanda Kurum kontrol memuruna ifade veren Ö.L, davacının ismini bilmediği bir kızı ile oturduğunu, kendisinin oturduğu apartmanda ise davacının diğer kızlarının oturduğunu, davacıya apartmanda 3-4 kez rastladığını, davacıyı sabah gelip akşam giden kişi olarak tanıdığını beyan etmiştir. Diğer davalı tanığı M.K'da davacının eşinin kızı (E) ile oturduğunu, davacıyı ara sıra dışarıda gördüğünü, sigortadan memurlar geldiğinde davacının burada oturup oturmadığını sorduklarında, davacıyı dışarıda gördüğünü herhalde oturuyordur şeklinde cevap verdiğini belirtmiştir.

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, komşular kimin kiminle nerede ve ne şekilde yaşadığını tam olarak bilmemektedirler. Muhtarlık kayıtları ile İlçe Seçim Kurulu başkanlığı tarafından gönderilen kayıtlarda davacı ile boşandığı eşinin ikametgah adresi farklı görünmektedir. Muhtarlıktan gelen kayıttan davacının ikametgah kaydını 07.08.2006 tarihinde 1870 sokak No.14 D.3 teki damadının yanına aldırdığı anlaşılmaktadır. Bu tarihte ise 5510 sayılı kanun henüz yürürlüğe girmemiştir. Yani davacının hakkın kötüye kullanılması yönünde bir davranış içerisine girdiği söylenemeyecektir kanaatindeyiz.

Dördüncü Bölüm
ÇÖZÜLMEMİŞ OLAYLAR

I. BİREYSEL İŞ HUKUKU

OLAY 1

Denize yeni indirilen ve ilk seferini yapacak olan 150 yolcu kapasiteli ve Türk bayrağını taşıyan "Q" gemisi İstanbul'dan yola çıkıp Avrupa'nın muhtelif limanlarına uğradıktan sonra seferini yirmi gün sonra yine İstanbul'da bitirecektir. Gemide kaptan dışında, onbeş kişilik gemi personeli (ki birinci zabit, vardiya zabiti, baş makinist, üç gemi yardımcı zabiti ve dokuz tayfadan oluşmaktadır.), beş aşçı, on kamarot, on kamara hizmetçisi, altı kişilik gemi orkestrası ve bir gemi doktoru ile bir hemşire çalışmaktadır.

Gemide çalışan bu kişilerden kaptan on beş kişilik gemi personeli, gemi doktoru ve hemşire ile belirsiz süreli bir hizmet akdi imzalanmış ve akitte bir aylık deneme süresi öngörülmüştür. Beş aşçı, on kamarot, on kamara hizmetçisi, altı kişilik gemi orkestrası ile ise geminin bir tek seferi için ve yine yirmi gün deneme süreli hizmet akdi akdedilmiştir.

Kaptan, sefer süresince haftanın üç günü günde on saat çalıştığını bunun Deniz İş Kanununa aykırı olduğu, yine hafta tatili yapmadığı ve işverenin bu sürelere ilişkin ücreti kendisine ödemediği gerekçesiyle, üç zabit ise haftada elli beş saat çalıştıkları ve bu sürelere ilişkin fazla çalışma ücretlerinin ödenmediği gerekçesiyle görevli iş mahkemesinde dava açmışlardır.

Dava devam ederken gemi geriye kalan gemi personeli ve yeni kaptanı ile ikinci seferine çıkmıştır.

SORULAR

1. Bu gemide çalışanlara 854 sayılı Deniz İş Kanunu hükümleri uygulanır mı?
2. Gemide çalışan ve yukarıda sayılan kimseler Deniz İş Kanunu anlamında gemiadamı mıdırlar? Tek tek açıklayınız.
3. Gemide çalışanlarla yapılan hizmet akitlerinde yer verilmiş olan deneme süreleri geçerli midir? Açıklayınız.
4. Kaptanın ileri sürdüğü gerekçelerin yerinde olup olmadığını gerekçeleri ile irdeleyiniz.
5. Siz hâkim olsaydınız, üç yardımcı zabitin açtığı dava sonucunda nasıl bir karar verirdiniz?

6. Beş aşçı, on kamarot, on kamara hizmetçisi, altı kişilik gemi orkestrası ile yapılan tek seferlik hizmet akitlerinin yeni sefere çıkılması halinde hüküm ve sonuçlarını sürdürmesi mümkün müdür? Nasıl?

OLAY 2

Otuzdan az işçinin çalıştığı (A)'ya ait işyerinde dört aydır çalışan (B), 1.6.2006 tarihinde işveren aleyhine tanıklık yaptığı için ertesi gün iş akdi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunduğu (İş Kanunu m.25/II-e) gerekçesiyle bildirimsiz olarak feshedilmiştir. İş mahkemesine başvuran (B), feshin geçersizliğinin tespit edilerek işe iadesini talep etmiştir. Davaya cevap veren (A), (B)'nin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

SORULAR

1. İşveren tarafından açıklanan bildirimsiz fesih kanuna uygun mudur? Tahlil ediniz.
2. Olayda verilen bilgilere göre (B) iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilir mi? Hakim olsaydınız hangi gerekçeyle nasıl bir karar vereceğinizi açıklayınız.
3. Bu fesih nedeniyle (B), (A)'dan feshe bağlı olarak hangi işçilik haklarını talep edebilir?

OLAY 3

(X) Rektörlüğü Tıp Fakültesi Hastanesinin temizlik işini üstlenen (G) Temizlik ve Sterilizasyon Eğitim Derneği İktisadi İşletmesi ile "B" İş Sendikası arasındaki toplu sözleşme görüşmelerinin başlamasından kısa bir süre sonra, görüşmelerin ağır ilerlemesini protesto etmek amacıyla bazı işçiler yaka kartı takmama, yakaya siyah kurdele takma, sakal bırakma gibi eylemler yapmaya başlamışlardır. Bu eylemlerden sonuç alınamayınca bu kez tüm işçiler 6.6.2007 tarihinde saat 07:30'da işbaşı yapmayarak oturma eylemi başlatmışlar ve işbaşı yapmaları yolundaki uyarılara rağmen iki gün süreyle çalışmamışlardır. Bunun üzerine eyleme katıldığı tespit edilen tüm işçilerin iş akitleri işverence bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedilmiştir. İş akdi feshedilen işçilerden (A), iş mahkemesine başvurarak, eylemin iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması niteliğinde olduğunu ve işverence yapılan feshin haksız olduğunu ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur.

SORULAR

1. İş mevzuatı karşısında işçilerin eylemini hukuki yönden tahlil ediniz.
2. (A)'nın, söz konusu eylemin iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması niteliğinde olduğu yolundaki iddiası yerinde midir? İş Yasasına göre, işçi hangi hal veya hallerde iş görmekten kaçınabilir?
3. İşverence açıklanan feshin niteliğini ve hukuka uygunluğunu tartışınız.

4. (A), ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı talep edebilir mi? Söz konusu tazminatlara hak kazanma koşullarını belirterek cevaplandırınız.

5. (A)'nın söz konusu tazminatlara hak kazandığı varsayılırsa, bu tazminat taleplerinden dolayı işverenle birlikte (X) Rektörlüğü'nün de sorumlu tutulması mümkün müdür? Neden?

OLAY 4

(T) A.Ş.'ye İzmir (Y) Sigara Fabrikasında üretilen tütün mamullerinin İç Anadolu Bölgesindeki bayilere dağıtılması işi 1.1.2007 tarihinden itibaren KGS Kargo A.Ş. tarafından yerine getirilmektedir. Söz konusu şirket tarafından 3.6.2007 tarihinde işe alınan (A) ve (B) ile akdedilen iş sözleşmesinde, "Yüklü olan araçlardan hiçbir zaman iki şoför birden ayrılmayacak ve kesinlikle bir şoför araç içinde bulunacaktır. Gece beklemelerinde araç şoförleri sırayla, araç etrafında dolaşarak nöbet tutacaklardır." kuralına yer verilmiştir. 23.2.2008 tarihinde İzmir'den Ankara'ya gitmek üzere aynı kamyonda birlikte yola çıkan (A) ve (B), gece 03:00 sularında Afyon'da mola vermişlerdir. Yemek yedikten sonra uyuyakalan (A) ve (B) uyandıklarında 20 koli sigaranın çalındığını fark etmişler ve durumu derhal jandarmaya ve işverene bildirmişlerdir. İşverence yapılan soruşturma sonrasında zararın 120.500-YTL olduğu 26.2.2008 tarihinde tespit edilmiş ve 27.2.2008 tarihinde (A) ve (B)'nin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği açıklanmıştır. Bunun üzerine (T) A.Ş.'ye dava açan (A) ve (B) iş akitlerinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı talep etmişlerdir. (T) A.Ş., (A) ve (B)'nin KGS Kargo A.Ş.'nin işçisi olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

SORULAR

1. (A) ve (B)'nin talep ettikleri tazminat alacaklarından (T) A.Ş. sorumlu tutulabilir mi? Neden?

2. (A) ve (B)'nin iş akdinin haklı nedenle feshi kanuna uygun mudur? Neden?

3. İş akdinin haksız olarak feshedildiği varsayılırsa; (A) ve (B) sözü edilen tazminatlara hak kazanabilir mi? Hak kazanma şartlarını da belirterek cevaplandırınız.

OLAY 5

2 Mart 2005 tarihinde Bursa'daki bir tekstil fabrikasında üretim işçisi olarak işe alınan (A) ile yapılan sözleşmede, taraflar, işverence talep edilmesi halinde işçinin fazla çalışma yapacağını kararlaştırmışlardır. Ek siparişlerin karşılanması amacıyla üretim müdürü tarafından 16 Mayıs 2005 Pazartesi günü kanuni sınırlar dâhilinde fazla çalışmaya kalması istenmesine rağmen, (A), bu çalışmaya katılmamıştır. İşverenlikçe 17 Mayıs 2005 günü (A)'ya gönderilen ihtar yazısında, taraflar arasındaki iş sözleşmesi hükmü hatırlatılarak 18 Mayıs 2005 Çarşamba ve 19 Mayıs 2005 Perşembe günleri yapılacak olan fazla çalış-

malara katılması istenmiştir. (A), bu fazla çalışmalara da katılmayarak normal mesai saatinin bitiminde işyerini terk etmiştir. Bunun üzerine işveren iş sözleşmesini İş Kanunu m.25/II-h *(işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi)* hükmü uyarınca feshettiğini açıklamıştır.

SORULAR

1. İşveren tarafından yapılan haklı fesih kanuna uygun mudur?
2. (A) ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanabilir mi? Söz konusu tazminatlara hak kazanma koşullarını belirterek açıklayınız.

OLAY 6

1.1.2000 tarihinde Aydın'a bağlı İncirliova ilçesi kırsalında 1500 dönüm genişliğinde arazi satın alarak "OSM" adını verdiği bir işletme kuran İtalyan vatandaşı "A", arazisinde pamuk, mısır ve buğday yetiştirmeye başlamıştır. Kuruluşundan itibaren elli beş işçinin çalıştığı söz konusu işletmede "A" ile 1.2.2001 tarihinde işe alınan "B" arasında akdedilen sözleşmede "B"nin traktör şoförü olarak tarlaların sürülmesi işinde çalıştırılacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, "B", amelelerin götürülüp getirilmesi, üretilen ürünlerin (X) fabrikasına teslimi, traktörün bakım onarımı, sulama işine sucuların götürülmesi, tarımsal faaliyetlerin takip edilmesi, amelelerin başının beklenmesi gibi işlerde de çalıştırılmıştır. 1.7.2004 günü (X) fabrikasına ürün teslim ettikten sonra çiftliğe dönerken çarşıda çocukluk aşkı "F"ye rastlayan "B", "F"nin eşi tarafından terk edildiğini öğrenir ve "A"dan "F"ye yardımcı olmasını ister. "A"nın teklifini kabul eden "F", kalacak yer ve iaşesinin sağlanması karşılığında 1.8.2004 tarihinden itibaren çiftlikte part-time (kısmi süreli) olarak çalışmaya başlar. Bir süre sonra eşinden boşanan "F", "B" ile 1.9.2007 tarihinde evlenir ve iş akdini evlilik nedeniyle feshettiğini bildirerek "A"dan kıdem tazminatının ödenmesini talep eder. "A"nın avukatı "C", "F"ye gönderdiği cevabi ihtarnamesinde, Türk vatandaşı olmadığı için "A"nın İş Kanunu hükümlerinin kapsamında olmadığını, ayrıca kısmi süreli çalıştığı ve ücret ödenmediğinden taraflar arasındaki ilişkiye İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağını bildirir. "F"ye kızan "A", "B"nin de iş akdini fesheder. "B"nin işçilik haklarını dava etmesi üzerine, "A"nın avukatı, mahkemeye verdiği cevap dilekçesinde, "B"nin tarım işçisi olduğunu, bu nedenle ancak 10.6.2003 tarihinden itibaren İş Kanunu hükümlerinden yararlanabileceğini savunur.

SORULAR

1. "A"nın İtalyan vatandaşı olması İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasını engeller mi? Neden?

2. "F" ile "A" arasındaki hukuki ilişkiyi nitelendiriniz. Bu ilişkiye hangi Kanun hükümleri uygulanmalıdır? "F"nin avukatı siz olsaydınız, "A"nın avukatının savunmasına nasıl bir cevap verirdiniz?

3. "B"nin çalışmasına hangi kanun hükümleri uygulanmalıdır? Neden? "A"nın savunmasını da değerlendirerek cevaplandırınız.

OLAY 7

Buca'nın Koz ağaç semtinde X kuaför salonunu açan "A", Kız Olgunlaşma Enstitüsünden sınıf arkadaşları "I" ve "G"yi de yanında çalıştırmaya başlar. Bir süre sonra Buca'da ünü yayılan "A", bu kez Kuruçeşme'de X2 adlı yeni bir salon daha açar ve orada da "B"yi çalıştırmaya başlar. 2007 yılının Ağustos ayında tatile çıkmak isteyen "I", "A"dan yıllık izin talebinde bulunur ancak bu talebi çalışmasının İş Kanununa tabi olmadığı gerekçesiyle "A" tarafından reddedilir.

SORULAR

"I" ve "G"nin yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilir mi? "A"nın savunması isabetli midir? Neden?

OLAY 8

(D) Üniversitesi (L) Ltd. Şti.'ne ihale yolu ile "2010 yılı hasta ziyaretçileri yönlendirme ve danışma hizmetini" vermiştir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 30 a maddesi uyarınca "***çalışan personellerin işten çıkarılması nedeniyle ödenecek herhangi bir tazminattan (kıdem tazminatı, fazla mesai vb) idare* sorumlu tutulmayacaktır**" hükmü yer almaktadır. 30 b maddesinde ise, "*Kıdem tazminatının ödenmesinde 1475 ve 4857 sayılı iş kanunun yürürlükteki ilgili hükümlerine göre hareket edilir. Yüklenici iş bitiminden önce ve İş Kanunu hükümlerine göre tazminat ödenmesi gereken personel sayısı kadar kıdem tazminatını ödeyecektir ve tazminatın (kıdem vb.) ödendiğinde dair ilgili belgeleri (ibraname, ödeme makbuzu, bordro vb) son hak edişten önce İdareye ibraz edecektir*". 2011 yılında ihaleyi (M) Ltd. Şti kazanmıştır. İhaleyi kazanamayan L Ltd.Şti ise M şirketinde çalışmaya başlayan işçileri için kıdem tazminatı ödemekten kaçınmıştır.

SORULAR

1. (D) Üniversitesi ile (L) Ltd..Şti arasındaki hukuki ilişki nitelendiriniz. Bu ilişki geçerli olarak kurulmuş mudur?

2. (L) şirketinde çalışan işçi (B), şirket tarafından sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle (L) ve (D) şirketi aleyhine, kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin ve fazla çalışa ücretine ilişkin bir dava açmıştır. (D) Üniversitesi açılan bu davada (L) ile imzaladığı sözleşmenin 30 a maddesine dayanarak, sözü edilen alacakların kendisinden istenemeyeceği gerekçesi ile davanın kendisi bakımından reddini talep etmiş bulunmaktadır. (B)' nin bu yöndeki iddiası yerinde midir?

3. (D) ile (L) arasında sözleşme devam ederken son hak edişin L şirketine ödenebilmesi amacıyla, (D) (L) şirketinde çalışan tüm işçilerin kıdem tazminatına ilişkin miktarlarının kendisine ödenmesi talebinde bulunmuştur. Ancak (L) şirketi işçilerin sözleşmelerinin fesih yoluyla sona erdirilmesi söz konusu olmadığı için kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olmadığı gerekçesi ile ödemede bulunmamıştır.

a) (D)' nin sözü edilen alacakların ödenmesi amacıyla açılacak olan davanın nerede açılması gerekir?

b) Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 30 b hükmünü dikkate almak suretiyle, açılan bu davada hakimin vereceği karar sizce ne olmalıdır?

4. (L) Ltd. Şirketinin yeni ihaleyi kazanamaması üzerine (M) Ltd. Şt'de çalışmaya devam edecek işçilerin listesi Üniversite Hastanesi kapısına asılmış ve bu işçiler (M) Ltd.Şti' de çalışmaya devam etmişlerdir.

a) Diğer işçilerin sözleşmeleri ne olmuştur?

b) (M) Ltd.. Şti'de çalışmaya başlayan işçiler bu kez ihaleyi alan (K) Ltd.Şt'de çalışmaya başlamışlar, ancak K. Ltd.Şti çalışmaya başlayan işçilerden (C)' nin iş sözleşmesi (K) Ltd. Şti'nde 6 ay çalıştıktan sonra feshedilmiştir. İşçi (C) (K) Ltd.Şti'ne karşı kıdem tazminatının ödenmesi amacıyla dava açmış, (K) Ltd.Şti vekili bu davada işçinin kendi işyerinde bir yıl çalışmasının dolmadığı gerekçesi ile kıdem tazminatından sorumlu olmadığını savunmuştur. (C))'nin işçilik alacaklarından kim veya kimler sorumludur?

OLAY 9

Resmi daire ve idareler, iktisadi devlet teşekkülleri, müesseseler ve bağlı ortaklıklar, uluslararası ikili anlaşmalara giren kuruluş ve teşekküllerin hurdaya ayırdıkları her türlü maden, malzeme, araç ve gereçleri toplamak, değerlendirmek ve kullanmak işini yapan Kamu Kurumu (M), "Hurda Malzeme, Kesim Söküm, Tasnif ve Ayıklama İhalesi" kapsamında, hurda söküm işini (L) şirketine vermiş bulunmaktadır. L şirketinde çalışan işçi, sözleşmesinin feshedilmesi üzerine ihbar ve kıdem tazminatının tahsili amacıyla (M) ve (L)'ye karşı iş mahkemesinde dava açmış bulunmaktadır.

SORU

Taraflar arasında asıl-alt işveren ilişkisi kurulmuş mudur? Değerlendiriniz.

OLAY 10

Köylülerin topladığı ıhlamur, adaçayı, kekik, vb. bitkileri Kemalpaşa'da bulunan (S) Limited Şirketi satın alarak poşet çay haline getirip, piyasaya "GÜZELÇAY" ismi ile sunmaktadır. (S) işyerinde 88 işçi çalışmakta olup, işçilerden (P) ücretinin ödenmemesi sebebiyle sözleşmesini feshederek, ödenmeyen ücret ve kıdem tazminatının tahsili talebiyle İzmir İş Mahkemesi'nde dava açmış bulunmaktadır.

SORU

Davanın İzmir İş Mahkemesi'nde açılması yerinde midir? Görevli ve yetkili mahkeme neresidir?

OLAY 11

Mukavva ve kağıt alanında çalışan (R) Limited Şirketi işlerinin kötü gitmesi üzerine çalıştırdığı 120 işçisinin iş sözleşmesini 12.06.2009 tarihinde feshetmiş, ancak hiçbir işçisine hak ettiği kıdem ve ihbar tazminatlarını ödememiştir. Bundan kısa bir süre sonra şirketin iflası için (20.10.2009) Asliye Ticaret Mahkemesi'ne başvurulmuş ve iflas kararı verilmiştir. 24.06.2009 tarihinde kurulan (N) Limited Şirketi, (R) şirketine ait bir kısım makine ve teçhizat ile fabrika binasını kiralayarak aynı faaliyet alanında üretime başlamıştır. İşten ayrılan işçilerin yeni kurulan (N) şirketinde çalışmaları için teklifte bulunulmuş ve toplam 60 işçi (N) şirketinde çalışmaya başlamıştır. Bu işçilerden (İ), (R) Ltd. Şti.'nde çalıştığı döneme ilişkin kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmediği gerekçesi ile (R) ve (N) Ltd. Şti. aleyhine dava açmıştır.

SORU

(İ)'nin (R) ve (N) Limited Şirketlerine karşı dava açması hangi hukuki esasa dayanmaktadır? (İ) tarafından ileri sürülen bu hukuki esas yerinde midir?

OLAY 12

(D), 11.01.2011 tarihinde yaşlılık aylığı almak amacıyla sözleşmesini feshetmiş bulunmaktadır. Davacının sendika üyesi olduğu konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu sebeple sözleşmenin feshedildiği tarihte yürürlükte olan ve yürürlük süresi 01.03.2010-29.02.2012 olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Bu sözleşmenin 44/b maddesi uyarınca "***işveren yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye izin dönemine ait ücretini %55 zamlı ödeyecektir. İlgili işçinin izne başlamasından önce %55 zamlı ücretinin %60'ı avans olarak işçiye verilir.***"

Aynı TİS'nin 29. maddesinde de "***Hizmet akdinin sona ermesinde işçinin hak kazanmasına rağmen kullanmadığı yıllık ücretli izne ilişkin ücreti, akdin sona erme günündeki koşullara göre hesaplanır. Ancak işçi hak etmediği yıllık ücretli izni kullanmış ise borçlandırma işlemi yapılır....***"

(D)'nin avukatı iş mahkemesinde açtığı davada, (D)'den önce emekli olmak suretiyle iş sözleşmesini fesheden üç işçiye izinlerine ait ücretlerin %55 zamlı olarak ödenmiş olması sebebiyle, işyeri uygulamasına dayanarak (D)'ye de zamlı ücret ödenmesi talebinde bulunmuştur.

SORU

(D)'nin avukatının işyeri uygulaması oluştuğu şeklindeki iddiası yerinde midir? Neden?

OLAY 13

Kooperatif yönetim kurulu, 10.10.2006 tarihinde Ramazan Bayramı nedeniyle birer maaş ikramiye verilmesine, 14.12.2006 tarihinde Kurban Bayramı nedeniyle birer maaş tutarı kadar ikramiye dağıtılmasına, 09.07.2007 tarihinde **(K) isimli işçiye** bir maaş ikramiye verilmesine, 03.10.2007 tarihinde **personele** birer maaş ikramiye ödenmesine, 14.12.2007 tarihinde **(K)'ya** 500,00.-TL ikramiye ödenmesine, 16.09.2008 tarihinde Ramazan Bayramı dolayısıyla **personele** birer maaş ikramiye ödenmesine karar vermiştir.

SORU

Olayda iş akdi hükmü haline gelen işyeri uygulaması var mıdır? Neden?

OLAY 14

OLAY: K Tekstil A.Ş ne ait işyerinde 27 işçi (bunların 20'si belirsiz süreli sözleşme ile, 4'ü belirli süreli sözleşme ile 3'ü de geçici işçi olarak çalışmaktadır), 3 çırak, 3 stajyer, bir genel müdür, 2 tane de bölge müdürü çalışmaktadır. İşyerinde 20.03.2004 tarihinde ütücü olarak çalışmaya başlayan A, R Tekstil Sendikasının işyerinde örgütlenme faaliyetinde bulunmak istemesi üzerine, sendika yetkililerine bu konuda yardımcı olabileceğini söylemiş, sendikanın da muvafakati ile iş arkadaşlarını örgütleme konusunda faaliyete başlamıştır. Bu arada işveren işyerinde iş sözleşmesinin yapıldığı sırada aldığı iş ve işyeri değişikliğine ilişkin yazılı muvafakate dayanarak ütücü olan A'nın 18.5.2008 tarihinden itibaren paketleme bölümünde çalışması gerektiğini yazılı olarak bildirmiştir. A paketleme işinde çalışmayı ücretinde 5 YTL'lik azalma olacağı gerekçesi ile kabul etmediğini yazılı olarak işverene bildirmiştir. Bunun üzerine işveren A'nın sözleşmesini 25.5.2008 tarihinde feshetmiş bulunmaktadır.

SORULAR

1. A'nın işe iade davası açması mümkün müdür? Değerlendiriniz.
2. A açtığı davada sözleşmenin geçerli nedene dayalı olarak feshedilmediğini, aslında gerçek fesih sebebinin sendikal faaliyette bulunması olduğunu iddia ettiği zaman, ispat yükü nasıl dağıtılır?
3. İşe iade davasının açılmasının mümkün olduğunun kabul edilmesi durumunda, fesih geçerli nedene dayalı olarak yapılmış sayılır mı? Tartışınız
4. İşe iade davasında hakimin tesis edeceği hükümde nelere yer vermesi gerekir?

OLAY 15

Eşi Ali Kaptan'dan boşanan Cemile, Hikmet Karcı'nın malikanesinde Hikmet'in eşinin hasta olması nedeniyle ev işlerinde çalışmaya başlamıştır. Üç yıl bu şekilde çalışan Cemile daha sonra Hikmet'in sahip olduğu 35 işçinin ça-

lıştığı tekstil atölyesinde 1.1.2009 tarihinden itibaren overlokçu olarak çalışmasını sürdürmüştür. Bir süre sonra Cemile'ye evlenme teklif eden Hikmet, Cemile'den red cevabı alması üzerine personel müdürüne talimat vererek Cemile'nin çalıştığı birimdeki tüm işçilere her gün dört saat süreyle fazla çalışma yaptırmaya başlamıştır. Dört ay boyunca fazla çalışma yaptırılan Cemile ve ondört işçiye bu çalışmaları karşılığının ödenmemesi üzerine Cemile ve ondört arkadaşı fazla çalışma ücretleri ödenmediği için 1.5.2011 tarihinden itibaren fazla çalışma yapmayacaklarını işverene bildirmişlerdir. Bunun üzerine Cemile ve ondört işçinin iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h bendi *(işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi)* uyarınca feshedilmiştir. Fesih bildirimi kendisine tebliğ edilen Cemile, iş mahkemesine başvurarak "işverence yapılan feshin İş Kanununun 29. maddesinde düzenlenen toplu işçi çıkarma kuralına aykırı olduğu" ve "feshin geçerli ve haklı bir nedene dayanmadığı" iddiaları ile feshin geçersiz kılınmasını talep etmiştir.

SORULAR

1. Cemile'nin çalışmalarını iş mevzuatının kapsamı bakımından değerlendiriniz.
2. Cemile ve ondört işçiye yaptırılan fazla çalışmanın türünü, bu tür fazla çalışmanın yaptırılabilmesi için uyulması gereken koşulları ve bu fazla çalışma nedeniyle Cemile'nin işverenden hangi haklarını talep edebileceğini belirtiniz.
3. Cemile ve ondört işçinin fazla çalışma yapmaktan kaçınmalarını 4857 sayılı İş Kanunu bakımından değerlendiriniz.
4. İşverence yapılan fesih kanuna uygun mudur? Cemile'nin dava dilekçesinde ileri sürdüğü iddialar yerinde midir? Ayrı ayrı değerlendiriniz.
5. İş mahkemesince feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, Cemile'nin hangi işçilik haklarına hak kazanabileceğini işe iade için işverene başvurup başvurmaması ve işverence işe başlatılıp başlatılmaması ihtimallerine göre açıklayınız.

OLAY 16

(A) Anonim Şirketi gıda sektöründe faaliyet gösteren bir şirket olup, şirketin 10 belirli süreli iş sözleşmesi, 13 kısmi süreli iş sözleşmesi ve 8 tane belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçisi bulunmaktadır. (A) Anonim Şirketi'nde 10.10.2006 tarihinde çalışmaya başlayan işçi (İ) kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi şartıyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesini istemiştir. İşveren işçi (İ)'nin bu talebini kabul etmiştir. Bunun üzerine, işçi (İ)'nin kıdemine uygun kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi suretiyle taraflar arasındaki iş ilişkisinin karşılıklı olarak anlaşma ile 20.10.2011 tarihinde sona erdiği imza altına alınmıştır. İşçi (İ) 6.780.-TL kıdem tazminatı ve 1.870.-TL ihbar tazminatı aldığını belirterek ibraname imzalamıştır. Ayrıca işçi (İ) aralarında yaptıkları anlaşmada

işe iade davası açma hakkından feragat ettiğini belirtmiştir. 15.11.2011 tarihinde işçi (İ) iş mahkemesine başvurarak, işveren tarafından işten çıkarıldığı gerekçesi ile işe iade davası açmıştır.

SORULAR

1. Taraflar arasındaki iş sözleşmesi ne şekilde sona ermiştir?
2. İş mahkemesinin işe iade talebine ne şekilde karar vermesi gerekir?
3. İşe iade davasında davacı, işveren tarafından aldatıldığını ileri sürmüş ve bunu kanıtlamış olsa, mahkemenin ne şekilde karar vermesi gerekir?
4. Davacı işçinin işe iade davası açma hakkından feragat etmiş olması, açılan işe iade davasını nasıl etkiler?
5. İşçi (İ)'nin kıdemine uygun olarak tabi olduğu ihbar süresi nedir? Tarafların bu konuda yasada belirtilen süreden farklı ihbar süresi kararlaştırmaları mümkün müdür? Böyle bir sürenin kararlaştırılmış olması durumunda, sözleşme taraflarca hangi ihbar süresine uymak sureti ile feshedilebilir?

OLAY 17

TBMM tarafından kabul edilen 5893 sayılı Kanun ile Posta Kanunu'nun 10. maddesine "PTT İdaresi postaların ayrım ve dağıtım işlerini ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürebilir" hükmünün eklenmesini müteakip PTT Genel Müdürlüğü tarafından kargo dağıtımı ve teslimi işleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre açılan ihaleyi kazanan AG Ltd. Şirketine 1.5.2009 tarihinde verilmiştir. Ak-Gün Ltd. Şti. tarafından işe alınan D, 1.5.2009 tarihinden itibaren adı geçen şirketin işçisi olarak 45 işçiyle birlikte kargo dağıtımı ve toplanması işinde çalışmaya başlamıştır. PTT Genel Müdürlüğü tarafından AG Ltd. Şti.'ne yapılan bildirim ile Derinsu'nun 1.8.2011 tarihinde aldığı 123 kargodan 120'sini dağıtıp 3 tanesini dağıtmaksızın iade etmesi dolayısıyla Derinsu'nun yerine başka bir personel gönderilmesi talep edilmiştir. Söz konusu yazıyı alan AG Ltd. Şti. D'nin iş sözleşmesini savunmasını almaksızın ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesindeki bildirim (ihbar) önellerine uymaksızın feshetmiştir.

SORU

D'nin sözleşmesinin feshedilmesi yerinde midir? Tartışınız.

OLAY 18

"Ü" Hastanesi'nde 25.07.2006 tarihinden itibaren diyaliz hemşiresi olarak çalışan (H)'ye 21.03.2008 tarihi itibarıyla diyaliz ünitesinin kapatılarak, bundan böyle genel poliklinik hemşiresi olarak çalışması gerektiği bildirilmiştir. (H) sözü edilen değişikliği kabul etmediğini, noterden çekmiş olduğu ihtarname ile

bildirmiş ve bunun üzerine sözleşmesini feshetmiştir. (H) ile "Ü" Hastanesi yetkilileri arasında imzalanan iş sözleşmesinde "Unvan ve Çalışma Şekli" başlığı altında "Diyaliz hemşiresi olarak, mesleğin gerektirdiği tüm bilgi, beceri ve sahibi olduğu sertifika/diploma vs. belgelerini işine tahsis ederek tam gün esasına göre çalıştırılır" düzenlemesi yer almaktadır.

SORULAR

1. İşverence yapılan çalışma koşullarında değişikliğe karşı, işçinin korunmasına neden ihtiyaç duyulmuştur?
2. Olayda işveren tarafından yapılan değişiklik esaslı mıdır?
3. (H) değişiklik önerisini kabul etmediğini işverene yazılı olarak bildirmiş olması ve işverenin diyaliz bölümünü kapattığını belirterek (H)'yi çalıştırma olanağının bulunmadığını bildirmesi karşısında, (H) kıdem tazminatına hak kazanabilir mi?

OLAY 19

A 31.05.2003 tarihinde (B) İlaçları A.Ş.'de çalışmaya başlamıştır. Söz konusu firma (Y) İlaçları A.Ş. tarafından satın alınmış ve hiçbir kadro sıkıntısı yokken 25.11.2009 tarihinde (A)'nın iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yapılan fesih bildiriminde (B) İlaçları A.Ş. "şirketin global bazda bağlı olduğu şirketler grubunun başka bir şirket tarafından satın alınması ve bu sürecin şirketin yeniden yapılanmaya girmesini zorunlu kılması nedeni ve bunun yanında sağlık sektöründe son zamanlarda yaşanan olumsuz gelişmeler şirkette görev yapan bazı çalışanlarla yolların ayrılması zorunluluğunu ortaya çıkardığını" belirterek aldığı işletmesel kararı açıklamıştır. Birleşme aşamasında (Y) İlaçları A.Ş., (B) İlaçları A.Ş. çalışanlarıyla tek tek görüşme yapmıştır. (A) ile yapılan ilk görüşme sonucunda (A)'nın takım çalışmasına uygun olmadığı, çalıştığı pazara hakim olmadığı ve inisiyatif alma yeteneğine sahip olmadığı kanaatine varılmış ve (A) ikinci görüşmeye çağırılmamıştır.

SORU

Şirket birleşmesi geçerli sebeb oluşturur mu? Tartışınız.

OLAY 20

(A) A.Ş 4773 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında açık ihale usulü ile ikinci ihbarname dağıtımı, borçtan dolayı enerji açma kapama hizmeti alımı için ihale yapmış, ihaleyi (B) Ltd. Şti kazanmıştır. (B) Ltd. Şti bu amaçla 10.10.20012 tarihinde (İ) işçisi ile iki yıllık belirli süreli sözleşme imzalamıştır. (B)'ye ait işyerinde 32 işçi çalışmaktadır. (İ) daha önce (A) A.Ş'ne hizmet ve-

ren değişik alt işverenler yanında çalışmıştır. Bu alt işverenlerin yanında ilk kez işe başladığı tarih 01.07.2002'dir. (İ) "Gezi Olaylarına" destek vermek amacıyla, "Gezi Olaylarının" başladığı tarihten itibaren her gün mesai saatleri içinde destek tweetleri atmaya başlamış, her akşam iş çıkışı bu amaçla düzenlenen mitinglere katılmıştır. Son olarak (İ) üye olduğu sendikanın düzenlediği genel greve, işyerinde mesaisi bittikten sonra destek amacıyla katılmıştır. Bunun üzerine işveren (B) (İ)'nin "Gezi Olaylarına" katılmasından sonra performansındaki düşüşü gerekçe göstererek sözleşmesini 10.06.2013 tarihinde feshetmiş bulunmaktadır.

SORULAR

1. (B) ile işçi (İ) arasında imzalanan sözleşmenin niteliğini belirleyiniz.Sözleşmenin türü açısından (İ) nin işe iade davası açma hakkının bulunup bulunmadığını değerlendiriniz.
2. (İ)'nin işe iade davası açıp açamayacağını altı aylık kıdem bakımından değerlendiriniz.
3. (İ)'nin sözleşmesinin performans düşüklüğü nedeniyle feshetmiş olan işveren (B)'nin işe iade davasında neleri kanıtlaması durumunda, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilebilir?
4. Yargılama sırasında (B)'nin davacının her gün işyerinden sosyal paylaşım sayfalarına girmesinin işyeri işleyişini olumsuz etkilediğini ileri sürmesi ve bunu kanıtlaması durumunda, Mahkeme bu iddiayı dikkate alabilir mi? Neden?
5. (İ)'nin sözleşmenin feshinin mesai dışındaki greve destek amacıyla katılmasının neden olduğunu ileri sürmesi durumunda, (İ)'nin sendikal tazminat talebinde bulunup bulunamayacağını eski ve yeni yasal düzenlemeler karşısında tartışınız.
6. Dava işe iade davası olmayıp, işçilik alacaklarına ilişkin olarak açılmış olsaydı, (İ) kıdem ve ihbar tazminatı talep edebilir miydi? Bu tazminatlar bakımından kim sorumlu olurdu?

OLAY 21

Bir Belediyede kamyon şoförü olarak çalışan S'nin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği hususu 31.03.2009 tarihinde gönderilen yazı ile bildirilmiştir. Fesih yazısında S'nin iş sözleşmesinin İş Kanunun 25/II hükmü uyarınca feshedildiği bildirilmiş ancak somut neden gösterilmemiştir. Bunun üzerine S işe iade davası açmış ve davalı Belediye verdiği cevapta feshin İş Kanunu m.25/II g hükmüne dayandığını bildirmiştir.

SORULAR

1. S sözleşmesi haklı sebeple feshedilmiş olmasına rağmen işe iade davası açabilir mi?
2. S işveren tarafından sözleşmesinin İş Kanunun m.25/II hükmüne göre feshedilmiş olması karşısında, kanunun aradığı şekle uygun bir fesih olmadığı gerekçesi ile Mahkemeden işe iade kararı verilmesini talep edebilir mi?
3. Fesihte somut neden gösterilmemiş olması feshi geçersiz kılar mı?

OLAY 22

A Ltd.Şt ile bu şirkette muhasebe müdürü olarak çalışan M arasında "tarafların Anlaşması" başlıklı belge imzalanarak, iş sözleşmesinin sona erdirildiği ve bu sona erme nedeni ile A Ltd.Şt'nin M'ye sözleşmesel tazminat adı altında 28.825,00 TL ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Ancak M İş Mahkemesine baş vurarak, sözleşmenin baskı altında imzalatıldığını, bu sebeple geçerli olamayacağı iddiası ile ihbar ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. Tanıklar belgenin baskı ile imzalatıldığı yönünde beyanda bulunmamışlardır.

SORULAR

1. Taraflar arasında imzalanan sözleşmede kıdem ve ihbar tazminatının ödenmeyeceğinin kararlaştırılmış olması, M tarafından iradesini sakatlayan bir sebep olarak ileri sürülmüş bulunmaktadır. Sizce M nin bu iddiası yerinde midir?
2. Taraflar arasında imzalanmış sözleşmeyi nitelendirerek, geçerli sayılması için ne gibi koşulların arandığını açıklayınız.
3. Sözleşmede ödenmesi kararlaştırılan sözleşmesel tazminat dışında başkaca bir tazminat talep edilemeyeceğinin kararlaştırılmış olması durumunda, bu kabulün nasıl nitelendirilmesi gerektiğini belirleyiniz.

OLAY 23

A, bağların yanında üzümlerin toplanarak sirke haline getirildiği ve 50 işçinin çalıştığı bir işletmede; şişeleri etiketleme işinde 2010 yılından beri kesintisiz olarak çalışmaktadır. B, C ve D' de A ile aynı departmanda çalışmaktadır. B, 6 aylık deneme süresine tabi tutulmak suretiyle işe yeni başlamıştır. C, 2012 yılından beri 1 yıl süreyle iş sözleşmesinin yenilenmesi suretiyle 4 yıldır çalışmaktadır. D ise, işçi A gibi 2010 yılında çalışmaya başlamış; ancak 2014 Eylül ayında işletmesel nedenlerle işten çıkarılmış ve 2015 Ocak ayında tekrar işe başlatılmıştır. Halen çalışmaya devam etmektedir.

İşveren (İ), İşçi A, B, C ve D'nin yer aldığı işçi grubuna, gelen yoğun sipariş sebebiyle zaman zaman 2 aylık periyodlarla denkleştirme uygulamaktadır. İşveren bu periyodun başındaki iki haftada günde 15 6x15=90 saat olmak üzere işçileri çalıştırmakta ve kalan 6 haftada 30 ar saat çalıştırarak bu süreyi denkleştirmektedir. İşveren (İ) işyerinde imzalanan toplu işsözleşmesi sonrasında ise bu 2 aylık dönemleri TİS hükmü uyarınca 5 aya çıkarmıştır.

İşveren (İ) A, B, C ve D ile birlikte 6 işçinin sözleşmelerini, etiketleme ve diğer ambalajlama işlerini alt işverene vereceği gerekçesiyle 1 aylık sure içinde aralıklı olarak peşin ödeme suretiyle sona erdirmiştir.

SORULAR

1. A, B, C ve D nin iş sözleşmelerinin türleri nelerdir? Yapılmış olan bu sözleşmeler geçerli midir? Geçerli değilse asıl nitelikleri nelerdir?Açıklayınız.
2. A, B, C ve D'nin tabi olduğu Kanun hangisidir? Gerekçeli olarak yazınız.
3. İşveren (İ) nin yapmış olduğu denkleştirme sonucunda fazla çalışma ücreti ödeme durumu söz konusu olabilir mi? TİS ardından 5 aylık denkleştirme yapılması mümkün müdür? Denkleştirme esasları bakımından somut olayı değerlendiriniz.
4. İşverenin yapmış olduğu fesihlerin niteliklerini uyulması gereken prosedürü de belirterek açıklayınız. Aralıklı olarak fesih yapılmış olmasının nitelendirmeyi değiştirip değiştirmeyeceğini de belirtiniz.
5. A, B, C ve D işçileri fesih karşısında kıdem tazminatına hak kazanabilecek midir? Kazanacaklarsa hangi sure üzerinden nasıl hesaplama yapılacaktır? Her birinin sözleşme türünü de dikkate alarak değerlendiriniz.

OLAY 24

İzmir'de 2000 çalışanı ile 3 milyon aboneye elektrik dağıtım hizmeti veren Gediz AŞ abonelerin elektriklerini açma kapama işlemlerini yapması amacıyla 100 çalışanı olan Ak Elektrik AŞ ile alt işverenlik sözleşmesi imzalar. Ak Elektrik AŞ elektrik teknisyeni olan A ile 2 yıllık belirli süreli iş sözleşmesi imzalar. Ak Elektrik AŞ işçilerine sürekli olarak fazla çalışma yaptırmakta ama bunun karşılığında herhangi bir ücret ödememektedir. Bu duruma dayanamayan A fazla çalışma yaptığını ve bunun işveren tarafından ödenmediğini, yıllık izin hakkının kullandırılmadığını ve ayrıca 1 aylık maaşının da ödenmediğini ileri sürerek iş sözleşmesini fesh eder. 02.04.2012 tarihinden itibaren Ak Elektrik AŞ'de çalışan B'nin sözleşmesi işveren tarafından diğer işçilere nazaran performansının düşük olduğu gerekçesi ile savunması alınmaksızın ve İş Kanunun 17. maddesindeki bildirim önellerine uymaksızın fesh edilmiştir.

SORULAR

1. Ak Elektrik AŞ ile işçi A arasında yapılan belirli iş sözleşmesi geçerli midir? Evetse neden/Hayırsa neden? A iş sözleşmesi İş Kanundaki hangi fesih türüne dayanarak sona erdirmiştir? Avukat olarak A'ya açmış olduğu davada hangi hakları talep etmesini önerirsiniz?
2. B'nin işe iade davası açması için gerekli koşullar gerçekleşmiş midir? B bu davayı kime karşı açmalıdır? Eğer B davada yanlış davalıyla karşı açarsa mahkeme ne yapmalı Yargıtay uygulamasını da göz önünde bulundurarak değerlendiriniz.
3. B'nin işe iade davası açmasının mümkün olduğunu kabul edersek, işe iade davasında mahkeme nasıl karar vermelidir? İş Kanunu'nun "geçerli neden" kavramını düzenleyen 18. maddesi ve fesih usulünü düzenleyen 19. maddesi çerçevesinde değerlendiriniz.
4. Mahkeme tarafından feshin geçersizliğine ve B'nin işe iadesine karar verilmesine rağmen işe başlatılmazsa, B hangi işçilik haklarını kim veya kimlerden talep edebilir?

OLAY 25

Manisa'da birinde 25, diğerinde 15 çalışanı olan iki işyeri ile faaliyet gösteren Ramazan Tekstil A.Ş'de, Soma ilçesinde bulunan fabrikasında 8 yıldır çalışan (A)'nın iş sözleşmesi, diğer işçilere oranla daha az parça diktiği gerekçesiyle 10.06.2016 tarihinde sözlü olarak feshedilmiştir. Aynı fabrikada çalışan 6 yıldır çalışan (C), 3 yıldır yıllık iznini kullanmadığını işverene bildirmiş, bu sürelere ilişkin yıllık izin ücretinin tarafına ödenmesini talep etmiştir.

Ramazan Tekstil A.Ş'nin Kula ilçesinde faaliyet gösteren fabrikasında çalışan (B), hastalık nedeniyle bir haftadır raporlu olup, rapor süresinin bitiminden itibaren 3 gün sonra işe gelmiş ancak işyerine alınmamıştır. Bunun üzerine (B), notere giderek 3 aylık ücretinin ve fazla çalışmasının ödenmediği gerekçesiyle haklı nedenle fesih ihbarı göndermiştir. Aynı fabrikada çalışan (D)'nin açmış olduğu işe iade davası kabul edilmiş, bunun üzerine dava süresince başka bir işyerinde çalışan (D), süresi içinde işverene başvurmuştur.

SORULAR

1. A'nın sözleşmesi ne şekilde feshedilmiştir? Feshin yerindeliğini tartışınız. (A), bu fesih sonucunda işverenden neler talep edebilir?
2. (C)'nin yıllık izin süresini hesaplayarak talebinin yerinde olup olmadığını gerekçeli olarak açıklayınız.
3. (B)'nin iş sözleşmesi ne şekilde ve kim tarafından sona erdirilmiştir?
4. (D)'nin işe iade kararının verilmesinden itibaren kaç gün içinde işverene başvurması gerekmektedir? (D)'nın dava süresince başka bir işyerinde çalışmasının işe iade kararına etkisini tartışınız. İşverenin (D)'yi işe başlatmaması durumunda, (D)'nin sahip olacağı haklar nelerdir?

OLAY 26

İşveren A, işçisi B'yi kendisi ile aynı sektörde işyeri olan C'nin yanında çalışması için bir süreliğine gönderir. İşçi B'nin 6 ay çalışmasının ardından İşveren C, B'den memnun kaldığı ve ihtiyacının da devam etmesi sebebiyle işveren A ile konuşur ve İşçi B bir süre daha çalışmaya devam eder. Bu süreç sonunda İşveren C, İşçi B'nin işyerindeki çalışkanlığı ve başarısından çok etkilenir. İşveren C, işçi B'den artık işveren A ile değil kendisiyle çalışmasını ister. İşçi B bu teklifi kabul eder. İşveren A, İşçi B'nin geri dönmesi için zam teklif eder; ama işçi B kabul etmez ve işveren C'nin yanında çalışmaya devam eder. İşveren A ile işçi B aralarında iş sözleşmesi imzalarken, cezai şart içeren rekabet yasağı sözleşmesi de yapmışlardır.

SORULAR

1. İşçi B, işveren A ve işveren B arasında kurulan hukuki ilişki nedir? Bu hukuki ilişkinin özellikleri ve geçerlilik şartları nelerdir? Bu ilişkide İşveren C, İşveren A'nın işçi B'ye karşı olan borçlarından ne kapsamda sorumludur? İşveren C doğacak hangi borçlardan sorumlu tutulmaktan aksini kararlaştırarak kurtulabilir?

2. İşçi B'nin İşveren C'nin işyerinde çalışmasını rekabet yasağı sözleşmesi çerçevesinden değerlendiriniz? Bu çalışma hangi durumlarda rekabet yasağı sözleşmesine aykırı sayılacaktır? Eğer işçi B rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranmışsa, cezai şart ödeyerek aykırı fiiline devam edebilmesi hangi şartlarda mümkün olacaktır?

II. SENDİKALAR VE TOPLU İŞ HUKUKU

OLAY 1

(X) A.Ş.'ye ait Torbalı'da kurulu gıda fabrikasında dört yıl önce belirli süreli iş akdi ile işe alınan (A) ile yapılan iş sözleşmesinde personelin işverence görevlendirilecek her türlü işte çalıştırılabileceği kararlaştırılmış olmasına karşın (A) sürekli biçimde makine operatörü olarak çalıştırılmaktadır. Üç ay önce sevkiyat bölümünde şoför olarak işe başlayan (B) ile tanışan (A), (B)'nin fabrikadaki ücretlerin düşüklüğünden şikâyet etmesi üzerine birlikte (Ş) Sendikası İzmir Şubesine başvurarak işyerinde sendikal örgütlenme başlatılmasını talep etmişlerdir. Sendikanın örgütlenme çalışmaları çerçevesinde işyerinde sevkiyat bölümünde çalışan (B) ve 14 şoför sendikaya üye olmuştur. Yaklaşık iki ay süren örgütlenme çalışmaları neticesinde 140 kişinin çalıştığı fabrikada 80 işçi adı geçen sendika tarafından üye kaydedilmiştir. Fabrika genel müdürü (İ), bir öğlen yemeğinde anayasal sendika özgürlüğüne saygılı olduklarını ancak işyerinin mali durumunun bir toplu iş sözleşmesinin getireceği mali külfeti kaldıramayacağını, bu nedenle sendikanın yetki almaması için gerekli tedbirlerin alınacağını beyan etmiştir. Bunun üzerine sendika tarafından genel müdür (İ) hakkında Torbalı Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulmuştur. Bu konuşmadan iki hafta sonra şirket yönetim kurulu sevkiyat departmanının kapatılarak bu işin taşımacılık alanında uzman (U) Taşımacılık Ltd. Şirketine yaptırılmasına karar vermiş ve (B) ile birlikte 14 şoförün iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu kararın uygulanmasından üç gün sonra da (A)'ya yapılan bildirim ile bundan sonra yükleme bölümünde çalışacağı tebliğ edilmiştir. (A)'nın verilen görevi kabul etmemesi üzerine iş sözleşmesi işveren tarafından İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının h bendi *(işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi)* uyarınca haklı nedenle feshedilmiştir. İşten çıkarılan (A)'nın açmış olduğu işe iade davasında mütalaasına başvurulan bilirkişi, (A)'nın iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında olduğu gerekçesiyle işe iade talebinin reddi gerektiği yönünde görüş açıklamıştır. (B) tarafından açılan işe iade davası ise mahkemece *"geçerli bir şekilde kurulan alt işverenlik ilişkisi nedeniyle (B)'nin işgücü fazlası haline geldiği, bu nedenle iş sözleşmesinin işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle feshedildiği"* gerekçesiyle reddedilmiştir.

SORULAR

1. Torbalı Cumhuriyet Savcısı olsaydınız fabrika genel müdürü (İ) hakkında kamu davası açar mıydınız? Neden? Tartışınız.
2. Anayasa hükümleri dikkate alındığında şirket yönetim kurulunun almış olduğu işletmesel kararın geçerliliği hakkında ne söylenebilir?
3. (A)'nın iş sözleşmesinde yer alan hükmü de dikkate alınarak işverenlikçe yapılan görevlendirmenin bağlayıcı olup olmadığını Alman Federal İş Mahkemesi ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihadını belirterek tartışınız.
4. (A) tarafından açılan işe iade davasında bilirkişinin görüşüne katılıyor musunuz? Bu davada ispat külfeti kime aittir? Mahkeme hâkimi siz olsaydınız nasıl bir karar verirdiniz?
5. (B)'nin açmış olduğu işe iade davasında verilen karar ve gerekçesi isabetli midir? Sizce (B) hangi davayı açmalıydı? Neden? Bu davada ispat külfeti kime aittir?

OLAY 2

(Y) Ltd. Şirketi nezdinde her yıl yenilenen mevsimlik iş akdiyle Nisan ayından Ekim ayına kadar süren iş mevsimi boyunca sürekli biçimde çalışan tarım işçisi (A), 1.9.2005 tarihinde (T) Sendikasına üye olmuştur. 2006 yılı Nisan ayında başlayan yeni mevsimde diğer işçilerden iki ay sonra işe başlatılan (A) haftada iki gün çalıştırılmaya başlanmış, diğer işçiler ise haftada altı gün çalıştırılmaya devam edilmiştir. Bunun üzerine (A) işveren aleyhine iş mahkemesinde dava açmıştır. Dava devam ederken 2006 yılı mevsimi sona erince iş sözleşmesi askıya alınan (A) 1.4.2007 tarihinde başlayan yeni mevsimde işe davet edilmemiştir. Yaklaşık iki buçuk yıl işe davet edilmeyi bekleyen (A), 1.6.2009 tarihinde işverene noter aracılığıyla göndermiş olduğu ihtarnamede iki buçuk yıldır iş sözleşmesinin askıda olduğunu, işbu ihtarnamenin tebliğinden itibaren 7 gün içinde işe başlatılmasını, aksi halde iş akdinin işveren tarafından feshedildiğini kabul edeceğini bildirmiştir. İhtarnamede işverene tanınan yedi günün sonunda işe başlatılmaması üzerine işveren aleyhine işe iade davası açan (A), iş akdinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia ederek feshin geçersizliğine ve işe iadesine, işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminatın 8 aylık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

SORULAR

1. (A)'nın diğer işçilerden iki ay geç işe başlatılması ve haftada iki gün çalıştırılması yasaya uygun mudur?
2. (A)'nın açmış olduğu ilk davada mahkeme nasıl bir karar vermelidir? Mahkeme, (A)'nın iş güvencesi hükümlerine tabi olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verebilir mi? Neden? (A)'nın açtığı ikinci davada mahkeme nasıl bir karar vermelidir? Size göre, iş akdi hangi tarafça ne zaman feshedilmiştir? Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihadını da dikkate alarak açıklayınız.

3. Mahkemenin davanın kabulüne karar vereceği varsayılırsa işe başlatmama tazminatının miktarı ne olmalıdır? Neden?

4. Mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve işverence (A)'nın işe başlatıldıktan bir ay sonra yeniden iş akdinin feshedildiği varsayıldığında; (A) işe iade davası yerine sendikal tazminat istemli alacak davası açabilir mi? Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu ve Yargıtay içtihatlarını dikkate alarak tartışınız.

5. (A)'nın tekrar işe iade davası açtığı varsayıldığında, mahkeme ihtiyati tedbir kararı ile yargılamanın devamı boyunca davacının boşta geçen süreye ilişkin ücretinin işverence ödenmesine karar verebilir mi? Neden?

OLAY 3

İki yıl süreli iş sözleşmesiyle üç ay önce (Z) Elektronik A.Ş.'de çalışmaya başlayan (Ş) Sendikası üyesi mühendis (A), sendikanın yetki alması üzerine adı geçen işyerine işyeri sendika temsilcisi olarak atanmıştır. İşyeri sendika temsilcisi sıfatıyla mesai saatinin bitiminden sonra sendikal faaliyetler organize eden (A)'nın faaliyetlerinden rahatsız olan işverenlikçe ekonomik kriz gerekçe gösterilerek ücreti 1.500-TL'den 750-TL'ye düşürülmek istenmiş, (A)'nın bu teklifi kabul etmemesi üzerine iş sözleşmesi işverence feshedilmiştir.

SORULAR

1. (A)'nın ücreti işveren tarafından tek taraflı olarak düşürülebilir mi? Neden?

2. (A)'nın feshin geçersizliğine karar verilerek işe iadesini talep etmesi mümkün müdür? (A)'nın belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı ve kıdeminin üç ay olduğu dikkate alındığında mahkeme hakimi olarak nasıl bir karar verirdiniz? Neden?

3. (A)'nın temsilcilik sıfatının sona ermesinden sonra hangi hükümlere tabi olacaktır? 4857 sayılı İş Kanununu dikkate alarak tartışınız.

OLAY 4

(X) Marketleri A.Ş. Mavişehir Mağazasında 1.2.2000 tarihinden bu yana reyon şefi unvanıyla 1.200-TL net ücret karşılığında çalışan (A), üyesi bulunduğu (T) Sendikası İzmir Şubesi'nin 10.10.2006 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında Şube Başkanlığı görevine getirilmiştir. Bunun üzerine işverenliğe durumu açıklayan bir dilekçe veren (A) 11.10.2006 tarihinde işyerinden ayrılarak sendika şubesindeki profesyonel yöneticilik görevine başlamıştır. Sendikanın 1.9.2009 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında üye sayısı 300'ün altına düşen ve geliri giderlerini karşılayamayan sendika şubelerinde profesyonel yöneticiliğin sona erdirilmesine ve halen görev yapan Şube Başkanı ve yönetim kurulu üyelerine asgari ücretin brüt tutarında huzur hakkı ödenmesine karar verilmiştir. Genel kurulda alınan karar, sendika yönetim kurulu tarafından 15.9.2009 tarihinde İzmir Şube

Başkanlığına bildirilmiştir. Bunun üzerine (X) Marketleri A.Ş.'ye 1.10.2009 tarihinde noterden keşide ettiği ihtarname ile başvuran (A), Sendikalar Kanunu m.29 uyarınca ihtarnamenin tebliğinden itibaren 7 gün içinde işe başlatılmasını aksi halde iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılacağını bildirmiştir. (X) Marketleri A.Ş. tarafından ihtarnameye cevap verilmemesi ve işe başlatılmaması üzerine iş mahkemesine başvuran (A), iş sözleşmesinin işverence geçerli bir neden olmaksızın feshedildiğini, bu nedenle feshin geçersiz sayılarak işe iadesini; bu talebinin kabul edilmemesi halinde iş akdinin haksız ve usulsüz olarak feshedilmiş olması nedeniyle ihbar ve kıdem tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

SORULAR

1. (X) Marketleri A.Ş.'nin (A)'yı işe alma yükümlülüğü mevcut mudur? Sendika Şubesi kapatılmış olsaydı cevabınız değişir miydi? 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 29. maddesi çerçevesinde değerlendiriniz.
2. İhtarnamede işverene tanınan yedi günlük süre sonunda işe alınmamasının hukuki sonucu nedir? (A)'nın işe iade talebi hakkında mahkeme nasıl bir karar vermelidir? İşe iade talebinin kabul edilmediğini varsayıldığında; (A) ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanabilir mi? Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin içtihatlarını da dikkate alarak tartışınız.
3. (A), (X) Marketleri A.Ş.'deki çalışma koşullarından memnun olmadığı için işten ayrıldıktan sonra sendika yönetim kuruluna üye seçilmiş ve bu görevi yeni seçime göreve girmemek suretiyle sona ermiş olsaydı, güvence hükmünden yararlanabilir miydi?

OLAY 5

Metal işkolunda faaliyette bulunan X Çelik A.Ş. işyerinde, fabrika yemekhanesinde aşçı olarak istihdam edilen (A) gıda işkolunda faaliyette bulunan (T) Sendikasına üyelik için başvurmuştur. Sendika (A)'nın talebi hakkında olumlu yahut da olumsuz bir cevap vermemiştir.

SORU

(A)'nın üyelik talebini 2821 sayılı Sendikalar Kanununa göre tahlil ediniz.

OLAY 6

X A.Ş.'ye ait Çiğli Mağazasında çalışan ve işyerinde yetkili (Ş) Sendikası tarafından işyeri sendika temsilcisi olarak atanmış olan (A) ile akdedilmiş olan iş sözleşmesinin, 2. maddesinde "İşveren Türkiye çapında faaliyet gösteren zincir mağazalar işletmesidir. İşçi, bir coğrafi bölge sınırlaması olmaksızın işverenin herhangi bir mağazasında çalıştırılabilir" hükmüne yer verilmiştir. İşverenlikçe 1.7.2010 tarihinde (A)'ya tebliğ edilen görevlendirme ile 15.7.2010 tarihinden itibaren Kars'ın Digor ilçesindeki mağazasında çalışacağı bildirilmiş;

(A)'nın 16-17-18 Temmuz 2010 tarihlerinde söz konusu mağazada işbaşı yapmaması üzerine iş akdi devamsızlık nedeniyle feshedilmiştir.

SORULAR

1. İşveren tarafından yapılan görevlendirme geçerli midir? İşverence yapılan feshin kanuna uygun olup olmadığını ve (A)'nın hangi hukuki yol veya yollara başvurabileceğini belirtiniz.
2. Yasal bir grev sonucunda akdedilen toplu iş sözleşmesinden;
   a. Sendika üyesi olup greve katılmayan işçilerin;
   b. Sendika üyesi olup da 2822 sayılı Kanununun 39. maddesi uyarınca "teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını; işyeri güvenliğinin, makine ve demirbaş eşyasının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını; hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlamak" amacıyla çalıştırılan işçilerin, yararlanıp yararlanamayacaklarını açıklayınız.

OLAY 7

Üniversite Rektörlüğü ile (G) Sendikası arasında 15.11.2006-14.11.2008 tarihleri arasında yürürlükte kalmak üzere akdedilen toplu iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresinin 40 saat olduğu, işverenlikçe haftalık 45 saatten fazla çalışma yaptırılması halinde sadece 45 saati aşan çalışmalar için %100 zamlı fazla çalışma ücreti ödeneceği, 40 saat ile 45 saat arasında kalan çalışmalar için ücret ödenmeyeceği kararlaştırılmıştır.

SORU

Anılan toplu iş sözleşmesi hükmünün geçerliliğini 4857 sayılı İş Kanunu ve 2822 sayılı TSGLK hükümleri ile toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde tahlil ediniz.

OLAY 8

Ç Çimento Fabrikası A.Ş., fabrikada işçilere dağıtılacak öğlen yemeklerini hazırlaması için İ Lokma Catering Ltd. Şti. ile anlaşmıştır. İ Lokma Ltd. Şti. tarafından fabrikaya gönderilen M, her gün saat 08.00-12.00 saatleri arasında çimento fabrikasında kalarak yemeklerin hazırlanması için çalışmaktadır. Fabrikadaki işini tamamladıktan sonra, işyerlerine yemek servisi sağlama işini yapan L Mutfak Yemek Fabrikası'na giderek saat 17.00'ye kadar yardımcı aşçı olarak çalışmaktadır.

2011 Mayıs-Ekim ayları arasında Antalya'daki bir otel zincirinde güvenlik görevlisi olarak çalışan N, Ekim 2011'den sonra da Mayıs 2012'ye kadar olmak üzere Ç Çimento Fabrikası'nın güvenlik elemanı olarak çalışmaya başlamıştır. Antalya'da çalıştığı esnada oteldeki çalışanların çoğunluğunun üye olduğu B Turizm İşçileri Sendikası isimli sendikaya üye olan N, çimento fabrikasında işe başladığında da T-Çimento İş Sendikası'na üye olmuştur.

T-Çimento İş Sendikası'nın yetki tespiti için başvuruda bulunacağı bilgisini alan Ç Çimento Fabrikası, işyerinde sendikalaşmanın elebaşısı olarak gördüğü beş işçiden ikisinin sözleşmesini performans düşüklüğünü gerekçe göstererek feshetmiş, diğer üçünü de uzun saatler fazla çalışma yapmaya zorlamıştır. Çimsa Çimento Fabrikası'nda bölüm şefi olarak çalışan F, T-Çimento İş Sendikası'nın yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi üzerine, sendikada profesyonel yönetici olarak çalışmaya başlamıştır. 11.12.2012'de yapılacak seçimleri kazanma şansını pek yüksek görmeyen F, seçimlere katılmama kararı alır.

SORULAR

1. M, L Mutfak Yemek Fabrikası'nda örgütlü bulunan B Gıda İş Sendikası'na üyedir. Ç Çimento Fabrikası'nda örgütlü bulunan T-Çimento İş Sendikası'nın işyerindeki faaliyetlerini beğendiğinden bu sendikaya da üye olma talebinde bulunmuştur. T-Çimento İş Sendikası'nın üyelik başvurusu hakkında ne yönde karar alması gerekir?
2. N, 01.05.2012 tarihinde Antalya'daki otelde tekrar çalışmaya başladığında, B Turizm İşçileri Sendikası ile otel arasında 05.05.2012'de imzalanan toplu iş sözleşmesinden doğan ücret zammının kendisine de uygulanmasını istemiştir. Otel yönetimi ise, N'nin B Turizm İşçileri Sendikası'ndaki üyeliğinin sona erdiğinden bahisle zam uygulaması talebini reddetmiştir. Otel yönetiminin gerekçesi hukuka uygun mudur? Tartışınız.
3. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca, beş işçinin Ç Çimento Fabrikası'ndan neler talep edebileceğini farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendiriniz. Taraflara düşen ispat yüklerini belirtiniz.
4. Seçime katılmama kararı alan F'nin Ç Çimento Fabrikası'ndan ne yönde talepleri olabilir? F yöneticilik süresi içinde iş sözleşmesini feshetseydi, işvereninden neler talep edebilirdi?

OLAY 9

R, İstanbul'un Etiler semtindeki bir apartmanda kapıcı olarak çalışmakta ve kendisine tahsis edilen konutta eşi Z, kızı F ve oğlu M ile birlikte ikamet etmektedir. R'nin yaşlı olması nedeniyle apartman sakinlerine ekmek-gazete servisi bazen M tarafından yapılmakta; aynı şekilde, çöplerin toplanması bazen F tarafından gerçekleştirilmektedir. Ücretine zam yapılması talebiyle apartman yöneticisi H'a başvuran R, bu talebinin reddi üzerine 28 nolu genel işler işkolunda örgütlü G-İş Sendikası'na 1.3.2010 tarihinde üyelik başvurusunda bulunmuştur. Bunun üzerine, G İş Sendikası 3.5.2010 tarihinde Bakanlığa toplu iş sözleşmesi akdetmek için yetki başvurusu yapmıştır. Bakanlık tarafından yapılan incelemede sendikanın yetkili olduğu tespit edilerek olumlu tespit yazısı taraflara tebliğ edilmiştir.

SORULAR

1. R'nin iş akdinin sendika üyelik başvurusunda bulunması sebebiyle feshedilmesi halinde, 4857 sayılı İş Kanunu ve 2821 sayılı İş Kanunu hükümleri çerçevesinde Rıza'nın hangi hukuki yola başvurabileceğini davanın türü, ispat yükü, tazminat tutarını da belirterek açıklayınız.

2. İşyerinde yetki tespitine esas işçi sayısının belirlenmesinde M ve F dikkate alınıp alınamayacağını tahlil ediniz.
3. Yetkinin kesinleştiği ve menfaat uyuşmazlığının arabulucunun gayretlerine rağmen çözümlenemediğine ilişkin tutanağın 12.1.2011 tarihinde taraflara tebliğ edildiği varsayıldığında, işçi sendikasının yasal bir grev uygulayabilmek için hangi prosedürleri yerine getirmesi gerektiğini açıklayınız
4. R'nin yasal grev kararına rağmen işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde sendika tarafından hangi hukuki yol veya yollara başvurulabilir? Sendikalar Kanunu'na göre bu konuda hangi organ veya organlarca hangi kararlar alınabilir?

OLAY 10

İşveren (İ)'ye ait işyerinde 01.07.2005-30.06.2006 tarihleri arasında yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinde kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanacağı kararlaştırılmış; bu tarihten sonra yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanmamıştır. İşçi (A), toplu iş sözleşmesi sona ermeden 30.05.2006 tarihinde toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasından istifa etmiş ve istifası kesinleşmiştir. İşçi (A), iş sözleşmesini 01.07.2007'de haklı nedenle feshetmiştir.

SORU

Olayda verilen bilgilere göre, işçi (A)'nın kıdem tazminatı kaç gün üzerinden hesaplanmalıdır? Gerekçeli olarak açıklayınız.

OLAY 11

850 işçinin çalıştığı otomotiv yedek parçası üretilen TT Metal San.Tic.A.Ş. işyerinde toplu iş sözleşmesi akdetmek için T Metal Sendikası işyerinde çalışan yaklaşık 375 işçiyi üye kaydetmiştir. Bu gelişme üzerine işveren aynı işkolunda kurulu Ç İş Sendikası yetkilileri ile bir görüşme yaparak işyerinde örgütlenmelerini tavsiye etmiş ve aralarında yapılan protokol uyarınca işveren Ç İş Sendikası'na üye olacak her işçiye 6 ay boyunca her ay 350.-TL./net ek ödeme yapmayı taahhüt etmiştir. T Metal Sendikası üyesi (A), söz konusu ödemenin kendisine de yapılmasını talep etmiş; ancak işverence bu talep reddedilmiştir.

SORU

Olaydaki bilgilere göre işverenin uygulamasının hukuka uygunluğunu değerlendirerek bu uygulama sebebiyle (A)'nın işverenden hangi talep ve/veya taleplerde bulunabileceğini 2821 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde gerekçeli olarak açıklayınız.

OLAY 12

İşveren (B)'ye ait işyerinde yetkili T Tekstil İşçileri Sendikası tarafından yasal grev kararı alınmış; grev uygulaması 22.03.2011 tarihinde başla-

mıştır. T Tekstil İşçileri Sendikası üyesi işçi (M), işyerinde uygulanan greve 01.04.2011 tarihinde katılmaya karar vermiş ve bu tarihe kadar da işyerinde çalışmıştır. İşçi (M)'nin iş sözleşmesi işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-g bendi uyarınca devamsızlığı nedeniyle 08.04.2011 tarihinde feshedilmiştir.

SORU

İşçi (M)'nin iş sözleşmesinin feshini değerlendiriniz.

III. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

OLAY 1

(A), dayısı (B)'nin ricası üzerine (B)'nin işsiz olan oğlu (C)'yi 1.4.1990 tarihinde kasap dükkanında işe alır. (A) ile (C), (C)'nin sigortasının Kuruma bildirilmeyerek asgari ücretin brüt tutarının (C)'ye net ücret olarak ödenmesi hususunda anlaşırlar. Bu şekilde 1.8.1998'e kadar çalışan (C), bu tarihte işten ayrılarak kendisine bir iş kurar. Bu teşebbüsünde başarılı olamayarak 1.2.2001 tarihinde tekrar (A)'nın yanında çalışmaya başlayan (C), 2.8.2006 tarihinde, et çekme makinesinde kıyma hazırlarken elini makineye kaptırarak yaralanır ve bu olaydan sonra iş akdi (A) tarafından feshedilir.

SORULAR

1. Sosyal sigorta ilişkisinin niteliğini ve ilgili mevzuat hükümlerini de belirterek, (A) ve (C) arasındaki anlaşmanın bağlayıcılığını tartışınız.
2. (C)'nin yaralanmasını 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu bakımından değerlendiriniz. (D), kız kardeşine tecavüz etmiş olması nedeniyle (C)'yi işyerinde öldürseydi ne olurdu? Açıklayınız.
3. Kuruma bildirilmeyen çalışmaları nedeniyle (C), kim veya kimlere hangi sürede ne davası açabilir? (C)'nin bu davayı kazanması mümkün müdür? Olaydaki verileri dikkate alarak gerekçeli biçimde tartışınız.

OLAY 2

X Gıda Turizm Ltd. Şirketinin Buca mağazasında 5.4.2004 tarihinde çalışmaya başlayan (A), yanlış istifleme neticesinde üzerine devrilen un çuvallarının altında kalarak 5.12.2005 tarihinde ağır yaralanmıştır. Hastaneye kaldırılan (A)'nın tedavisi devam ederken iş akdi işveren tarafından 1.1.2006 tarihinde feshedilmiştir. Avukatı vasıtasıyla aynı gün iş mahkemesinde işe iade davası açan (A), *"işverence açıklanan fesih bildirimi geçerli nedene dayanmadığından feshin geçersiz olduğunun tespitini ve işe iadesine karar verilme-*

sini" talep etmiştir. Mahkemece (A)'nın talebi doğrultusunda feshin geçersizliğine karar verilmiş ve kararın kesinleşmesi üzerine (A) 1.11.2006 tarihinde tekrar işe başlatılmıştır. On ay süren yargılama boyunca hiçbir yerde çalışmamış olan (A), Türkiye İş Kurumuna başvurarak işverence boşta geçen süre karşılığı olarak dört aylık ücret tutarının ödendiğini, işsiz kaldığı altı aylık süre için de Kurum tarafından işsizlik ödeneği ödenmesi gerektiğini ileri sürerek talepte bulunmuştur.

SORULAR

1. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre, işsizlik ödeneğine hak kazanma şartları nelerdir? Sadece belirtiniz.
2. Olayda verilen bilgilere göre, (A)'nın işsizlik ödeneğine hak kazanıp kazanamayacağını gerekçeli olarak açıklayınız.

OLAY 3

Aydın'daki bir tekstil fabrikasının inşaatında çalıştırılmak üzere götürülen işçileri taşıyan işveren (B)'ye ait üstü açık kamyonet, karşı şeritten gelen bir otobüsle çarpışmıştır. Kazada yaralanan işçi (C)'nin %60 oranında çalışma gücünü yitirdiği ortaya çıkmıştır. 1200 günü Emekli Sandığına tabi olarak toplam 1900 gün yaşlılık, malullük ve ölüm sigortası primi ödemiş olan (C) malullük sigortasından kendisine aylık bağlanmasını talep etmiş ise de bu talebi Kurum tarafından reddedilmiştir.

SORULAR

1. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre, malullük aylığı bağlama koşulları nelerdir? Sadece belirtiniz.
2. Olayda verilen bilgilere göre, (C)'nin malullük aylığına hak kazanması mümkün müdür?

OLAY 4

1.1.1975 tarihinden itibaren 31.12.1990'a kadar kendi ad ve hesabına işlettiği dükkanında elektrikli ev eşyaları tamiriyle uğraşan (D), 1.1.1991 tarihinden itibaren Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı Buca X Meslek Lisesi'nde teknik öğretmen olarak çalışmaya başlamış; 1.1.2001 tarihinde memuriyetten ayrılarak aynı tarihte ABC Holding A.Ş.'de ustabaşı olarak çalışmaya başlamış ve 1.1.2005 tarihinde işten ayrılmıştır.

SORU

(D)'nın emekli olmak istemesi halinde hangi mevzuata göre yaşlılık aylığı bağlanmalıdır? Gerekçeli olarak açıklayınız.

OLAY 5

İzmirli işadamı (A), Çeşme'deki arsasına ev yaptırmak için inşaat ustası (B) ile 50.000,00-YTL karşılığında anlaşmıştır. (A)'nın avukatının tavsiyesi üzerine "Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi" adı altında düzenlenen sözleşmeye göre, (A), inşaatta kullanılacak yapı malzemeleri ve inşaat için kurulacak iskeleyi bizzat temin edecektir. (B) ise inşaat işinde çalıştırılacak işçileri bulmayı üstlenmiştir. (B) tarafından getirilen sıva ustası (C), iskelede çalışırken dengesini kaybetmiş ve iskeleden düşerek ölmüştür. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından (C)'nin hak sahiplerine gerekli yardımlar sağlandıktan sonra, hak sahiplerine yapılan yardımlardan dolayı uğranılan Kurum zararının tahsili amacıyla (A) ve (B) aleyhine rücû davası açılmıştır. (A) ve (B), ayrı ayrı verdikleri cevap dilekçelerinde birbirlerini suçlayarak (C)'nin işvereni olmadıklarını ileri sürmüşlerdir.

SORU

Olayda verilen bilgilere göre, (A), (B) ve (C)'nin 5510 sayılı Kanun karşısındaki konumlarını belirtiniz. Size göre, (C)'nin işvereni kimdir?

OLAY 6

Eskişehir (X) Kooperatifinde şoför olarak çalışan (A), işveren tarafından muhasebe müdürü (B) ile birlikte Bandırma'ya görevli olarak gönderilmiştir. Aynı gün saat 18:00'e kadar birlikte çalışan (A) ve (B), kooperatifin Bandırma'daki irtibat bürosuna uğramışlardır. Buradaki işlerini tamamladıktan sonra büroda bulunan kooperatif üyeleri ile birlikte akşam yemeği yemek için limana 15 dakika uzaklıkta bulunan restorana deniz motoru ile giderlerken, bindikleri motor limana 500 metre kala dalgalar sebebiyle saat 20:30 sularında alabora olmuş ve (A) hayatını kaybetmiştir.

SORU

İş kazasının unsurlarını belirterek olaydaki kazanın 5510 sayılı Kanun anlamında bir iş kazası sayılıp sayılamayacağını tartışınız.

OLAY 7

15.9.2000 Cuma günü saat 19:50 sıralarında çalıştığı makinenin delik delme aparatının altında kalan ellerinin sıkışması sonucu sigortalı (B)'nin sağ elinin orta ve yüzük parmak ucunda kopma meydana gelmiştir. Kopan parmakların zaman geçirilmeden dikilmesi için bu alanda uzman bir özel hastane olan "(Z) El ve Mikro Cerrahi Ortopedi Travmatoloji Hastanesi"ne acilen götürülen (B)'nin tedavisi süratle yapılarak parmakları başarı ile dikilmiştir. Kurum sigortalısı (B) için yapmış olduğu masrafların ödenmesini talep eden işveren (A)'ya Kurum tarafından verilen cevapta, 15.9.2000 Cuma günü meydana gelen kazanın Kuruma 19.9.2000 Salı

günü bildirilmiş olduğu ve SSK m.27 hükmü uyarınca yasal süre geçirildikten sonra yapılan bildirim nedeniyle yapmış olduğu masrafların ödenemeyeceği bildirilmiştir. Bunun üzerine (A), Kurum aleyhine alacak davası açmıştır. Dava dosyasında mevcut Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait (Y) Eğitim Hastanesinden verilen 1.10.2000 tarihli Sağlık Kurulu Raporunda vak'anın Kurum sağlık tesislerine intikal ettirilmeyecek derecede acil ve hayatı tehdit edici mahiyette olduğu, yapılan tedavinin uygun olduğu, aynı tedavinin Kurum sağlık tesisinde yapılamayacağı bildirilmiştir.

SORU

Davaya bakan hâkim siz olsaydınız nasıl bir karar verirdiniz? Aşağıda metni verilen yasa hükmü ve Kurum hastanesi tarafından verilen raporu birlikte dikkate alarak gerekçeli biçimde kararınızı açıklayınız.

OLAY 8

Fethiye/Ölüdeniz yakınlarındaki Kelebekler Vadisine tatile giden (A), bir süre sonra parasının bitmesi üzerine işletme sahibinin yaptığı teklifi kabul ederek üç öğün yemek ve kalacak yer karşılığında vadiye gelen konukların karşılanması, çöplerin toplanması ve temizlik işlerinde günde dört saat süreyle vadi gönüllüsü olarak görev yapmaya başlamıştır. Bu şekilde beş ay boyunca vadide kalan (A) mevsim bitiminde vadiyi terk etmek isterken işletmeci (B), beş aylık konaklama parasını ödemeden vadiden ayrılamayacağını bildirmiştir. Bunun üzerine istenilen miktarı ödemek zorunda kalan (A), vadiyi terk ettikten sonra beş aylık çalışmalarından doğan haklarına ilişkin olarak dava açmaya karar vermiştir.

SORULAR

1. (A) ile (B) arasındaki ilişkiyi hukuki açıdan tahlil ediniz.
2. (A) bu durumda hangi davayı kim veya kimlere karşı nerede ve hangi sürede açmalıdır? Davanın yasal dayanağını bildirerek açıklayınız.
3. Bu davada hâkim nasıl bir karar vermelidir?

OLAY 9

ABC Ltd. Şirketi, (X) Pamuk Satış kooperatifleri Birliğine ait pamuk kombinasındaki tahmil-tahliye işlerini üstlenerek 1.1.2007 tarihinden itibaren (A)'yı bu işte çalıştırmaya başlamıştır. Kombinanın Cumartesi ve Pazar günleri kapalı olması nedeniyle ABC Ltd. Şirketi tarafından hafta içi beş gün 09:00-19:00 saatleri arasında bir saat ara dinlenmesi verilerek çalıştırılan (A)'ya asgari ücret üzerinden haftada beş yevmiye ödenmiş ve çalışması her ay 20 gün üzerinden Kuruma bildirilmiştir. İhalenin sona ermesi üzerine işverence iş akdi 31.12.2009 tarihinde sona erdirilen (A), işveren tarafından düzenlenen İşten Ayrılma Bildirgesini aldığında bu durumu fark etmiştir. Ödenmeyen ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının tahsili amacıyla işveren aleyhine açtığı alacak davasında mahkemece (A)'nın

1.1.2007-31.12.2009 tarihleri arasında 1080 gün çalıştığı kabul edilerek hak ettiği kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı alacakları hüküm altına alınır.

SORULAR

1. İşveren tarafından (A)'nın çalışmalarının Kuruma ayda yirmi gün bildirilmesi yasaya uygun mudur? 4857 ve 5510 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde tartışınız.
2. (A) tarafından açılacak tespit davasında mahkemece nasıl bir karar verilmelidir? Alacak davasında verilen karar tespit davasında nasıl bir etki doğurur? Alacak davası devam ederken bu dava açılmış olsaydı, alacak davasına bakan mahkeme nasıl bir karar verecekti?
3. (A)'nın çalışmaları aynı ad ve soyadını taşıyan başka bir kişi adına Kurum kayıtlarına intikal ettirilmiş olsaydı durum ne olurdu? Bu durumda açılacak davanın özellikleri ve ispat esaslarını belirterek cevaplandırınız.

OLAY 10

Sigortalı "A"nın HDC kaydı ve ücret bordroları incelendiğinde aşağıdaki hususların kayıtlı olduğu görülmüştür.

İşyeri No	Dönem	İşe Giriş Tarihi	Gün	İşten Çıkış Tarihi	Bordro Günü	İmza
11021186	2005/1	01/01	30			
11021186	2005/2		30			
11021186	2005/3		30			
11021186	2005/4		15			
11021186	2005/5		15			
11021186	2005/6		15			
11021186	2005/7		0			
11021186	2005/8		0	30/08		
11034543	2005/9	15.09	16			
11034543	2005/10		30			
11034543	2005/11		30			
11034543	2005/12		30	31/12		
11021186	2006/1	01/01	30			
11021186	2006/2		30			
11021186	2006/3		15		15	Var
11021186	2006/4		15		15	Yok
11021186	2006/5		15			Bordro sunulmamış

SORULAR

1. "A", 2005 yılında eksik bildirilen/hiç bildirilmeyen çalışmaları için tespit davası açabilir mi? Hak düşürücü süre yönünden değerlendiriniz.
2. "A"nın ikinci dönem çalışmasında eksik bildirilen günler için açtığı tespit davasında dinlenen davacı tanıklarının "davacının kesintisiz olarak çalıştığı" yolunda beyanda bulundukları varsayıldığında mahkeme nasıl bir karar vermelidir? Neden?

OLAY 11

D.E.Ü Hukuk Fakültesi mezunu olan A, İzmir Barosuna bağlı olarak avukatlık stajını tamamladıktan sonra yine 02.01.2007 İzmir barosuna kayıtlı olarak, İzmir Alsancak'ta kiraladığı bir büroda 02.01.2007 tarihinde serbest avukat olarak çalışmaya başlamıştır. 03.01.2007 tarihinde Kordon Vergi Dairesine vergi kaydını yaptırmıştır. Bu arada avukat A, hemen 4 Ocak B, C, D Anonim Şirketleri ile müşavirlik sözleşmeleri imzalayarak her ay onlara gelir vergisi makbuzu keserek hizmet vermeye başlamıştır. Birden bire iş patlaması yaşayan A, yanında çalıştırmak üzere sınıf arkadaşı K'yı 07.01.2007 tarihinde işe başlatmayı, icra işlerinde yardımcı olmak üzere de işçi emeklisi olan babası S'den, muhasebe işlerinde de eşi E'den yararlanmayı düşünmektedir. Ancak takip ettiği icra borçlularından birisi bir gün büroya, silahla gelerek, "Avukat A kim?" diye sorar. Eşinin tüm uyarılarına rağmen ortaya çıkan A, borçlu Y tarafından silahla yaralanır. Aynı gün kendi arabası ile hacze giderken baba S trafik kazasına uğrayarak, yaralanır. Kurum yaralanan A'nın kendisinin bizzat işveren olması nedeni ile ve baba S'nin olayının iş kazası olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

SORULAR

1. A 5510 S. K'nun 4 maddesinin hangi bendi kapsamında sigortalıdır? Neden?
2. A Bu sıfatı hangi tarihte kazanmıştır? Neden?
3. K 5510 S. K'nun 4 maddesinin hangi bendi kapsamında sigortalıdır? Neden?
4. (A)'nın babası (S) 5510 S. K'nun 4 maddesinin hangi bendi kapsamında sigortalıdır? Neden?
5. A'nın eşi E sigortalı mıdır? Neden?
6. A'nın uğradığı kaza iş kazası sayılır mı? Neden?
7. (S)'nin uğradığı kaza iş kazası mıdır?Neden?
8. Kurumun kararları yerinde midir? Yerinde olmadığını düşünüyorsanız, Kurumun bu kararına karşı ne yapılabilir?

OLAY 12

10.10.2008 tarihinde "R" Çay Bahçesinde garson olarak işe başlayan 16 yaşındaki A, aynı tarihte babasının kendisine açtığı berber dükkânında berberli-

ğe başlayan 16 yaşındaki B ve yine aynı tarihte 22 yaşında Sosyal Bilimler Enstitüsünde araştırma görevlisi olarak göreve başlayan C bulunmaktadır. D, Zonguldak'taki maden ocaklarından birisinde, E İzmir Emniyet Müdürlüğünde polis olarak, F Milli İstihbarat Teşkilatında, G İzmir İtfaiyesinde 20.10.2008 tarihinde göreve başlamışlardır. İş bulmaktan umudu kesen ev hanımı olan H de sigortalı olmak istemektedir.

SORULAR

1. A, B ve C'nin 5510 s. Kanun bakımından sigortalı sayılıp sayılamayacaklarını değerlendiriniz, sigortalı sayılanların 4. maddenin hangi bendi kapsamında sigortalı sayılacaklarını belirtiniz.
2. A, B ve C' nin ne zaman emekli olabileceklerini belirtiniz?
3. D, E ve F' nin ne zaman ve 5510 s. kanunun hangi hükümlerinden yararlanmak suretiyle emekli olabileceklerini açıklayınız.
4. Ev hanımı olan H'nin nasıl sigortalı olabileceğini açıklayınız.
5. H'nin sigortalı olarak hangi ve ne orandaki sigorta primini ödemesi gerekir?

OLAY 13

"A", İzmir'de kurulu olan "S" İnşaat San. ve Tic.Ltd.Şt'de 18.03.2009 tarihinde çaycı olarak çalışmaya başlamış, aynı tarihte **"B"** de şirketin yaptığı inşaatlardan birinde "duvarcı ustası" olarak göreve başlamıştır. Şirket, her iki çalışanın da 18.03.2009 tarihinde işe giriş bildirgesi vermek sureti ile bildirimlerini yapmıştır. Mayıs ayında Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişlerince yapılan denetim neticesinde, **A ve B'**ye ilişkin olarak verilen bildirgelerin zamanında verilmediği gerekçesi ile işveren şirkete Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 102. maddesi uyarınca idari para cezası tahakkuku yapılmış ve 20.05.2009 tarihinde tebliğ edilmiştir. Sigorta müfettişlerince yapılan inceleme neticesinde yeterli asgari işçilik bildiriminin yapılmadığı tespit edilerek, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 85. maddesi uyarınca re'sen prim tahakkuku yoluna gidilmiş ve 89. maddesi uyarınca işverene tebliğ edilmiştir.

Avukatlık stajını 20.06.2009 tarihinde tamamlayan **"F"**, 22.06.2009 tarihinde İzmir Barosuna kaydını yaptırmış, 25.06.2009 tarihinde düzenlediği tören ile bürosunun açılışını 30.06.2009 tarihinde yaparak, Kordon Vergi Dairesine de 01.07.2009 tarihinde müracaat etmiştir. Avukat F, **"K"** Limited Şirketinin hukuk müşavirliğini yapmak üzere 01.08.2009 tarihinde şirket yönetim kurulu üyeleri ile anlaşmış ve F'nin, bürosunda göreceği bu hizmet karşılığı şirketten her ay 1000 TL alması kararlaştırılmıştır. Avukat F nin eşi **"E"** de Hukuk Fakültesi mezunu olup, eşinin muhasebe işleri ile ilgilenmeye başlamış ve tutulması gereken defterleri tutmuştur.

C Sendikasının üyeleri için düzenlediği eğlence faaliyeti neticesinde **"H"** ajansına bağlı olarak çalışan ses sanatçısı **"D"** ile yapılan anlaşma neticesinde bir hafta süre ile konser vermesi kararlaştırılmıştır.

SORULAR

1. Çaycı A'nın ve duvarcı ustası B'nin 5510 s. Kanunun 4. maddesinin hangi bendi uyarınca sigortalı sayılmaları gerekir? Sigortalı sıfatını kazandıkları an ile Kuruma ne zaman bildirimlerinin yapılması gerektiğini açıklayınız.
2. Kurum müfettişlerince A ve B için verilmesi gereken bildirgelerin zamanında verilmemesi gerekçesi ile tahakkuk ettirilen prim ve idari para cezasına karşı nerede ve hangi usul çerçevesinde itirazda bulunulabileceğini açıklayınız.
3. Avukat F'nin, 4. maddenin hangi bendi kapsamında sigortalı sayılması gerektiğini tespit ederek, sigortalı sıfatını ne zaman kazanacağını ve Kuruma bildirimin kimin tarafından hangi sürede yapılması gerektiğini belirtiniz.
4. Avukat F'nin eşi E sigortalı sayılır mı? Kurumun eş E için yapılması istenen tescil kaydını "Hukuk Fakültesi mezunu olması nedeni ile defter tutması mümkün değildir" gerekçesi ile reddetmesi durumunda, tescil talebin reddedilmesinin yerinde olup olmadığını tartışınız.
5. Ses sanatçısı D.'nin işvereni kimdir? 4. maddenin hangi bendi kapsamında sigortalı sayılır?

OLAY 14

(A) ilk kez sigortalı olmadan önce 18 ay er olarak askerlik hizmetini yapmıştır. Sigortalı A ilk kez 10.10.1985 tarihinde sigortalı olmuş ve Bağ-Kur'a zorunlu sigortalılık kaydı yapılmıştır. Ancak kayıt yapıldıktan sonra serbest faaliyette bulunmadığı için adına prim ödemesi yapılmamıştır. İlk kez sigortalı kayıt tarihinden altı yıl sonra A serbest faaliyete yeniden başlamış ve (A)'nın serbest faaliyette bulunduğu dönemden, 550 gün Bağ-Kur prim ödeme gün sayısı, memur olarak çalıştığı DSİ'de görev yaptığı döneme ilişkin 180 gün prim ödeme gün sayısı ve "E" Matbaacılık Ltd. Şti'de sigortalı işçi olarak çalıştığı döneme ilişkin 100 gün prim ödeme gün sayısı bulunmaktadır. (A) işveren tarafından sözleşmesinin belirli süresinin dolması nedeniyle işten çıkarılmış ve 10.10.2006 tarihinde bir trafik kazasında hayatını kaybetmiştir. Geriye Tekel'de memur olarak çalışan 20 yaşındaki kızı, 22 yaşında D.E.Ü İşletme Fakültesi öğrencisi ve part-time bir işte çalışan oğlu ve annesi kalmıştır. Sigortalı (A)'nın annesi hiçbir yerde çalışmamakta ve gelir elde etmemektedir.

SORULAR

1. (A)'nın askerlik borçlanmasında bulunması, neyi nasıl etkiler?
2. (A)'nın uğradığı kaza iş kazası sayılır mı?
3. (A)'nın hak sahipleri kimlerdir? Her biri açısından ölüm aylığına hak kazanıp kazanamayacaklarını belirtiniz.

4. (A)'nın hak sahiplerinin ölüm aylığına hak kazanamayacaklarının kabul edilmesi durumunda, A'nın hak sahipleri askerlik borçlanmasında bulunup bulunamayacaklarını belirtiniz.

OLAY 15

İstanbul Bostancı'daki bir lokantada bulaşıkçılık yaptığı işine 28.04.2009 günü yaya olarak giderken teröristler ile çıkan çatışmayı seyretmek üzeren duraklayan A'ya, teröristler tarafından sıkılan kurşun isabet eder ve ölür. Aynı yerde gazetecilik yapan KTV muhabiri B yaralanır, polis memuru C de girdiği çatışmada ölür. KTV muhabiri olan B için çalışma gücünü %40 oranında, meslekte kazanma gücünü ise %65 oranında kaybettiği raporu verilmiştir. Ölen polis memurunun, yine polis memuru olan eşi E ve 2 ile 4 yaşında olan kızları D ve F bulunmaktadır. Polis memuru olan C 20 Eylül 2000 yılında Polis Akademisinde öğrenime başlamış, 02.06.2004 yılında buradan mezun olmuş ve 08.08.2004 tarihinde polisliğe başlamıştır. Bu olaylardan çok etkilenen polis memuru C'nin arkadaşı polis memuru G emekli olmak için Sosyal Güvenlik Kurumuna dilekçe ile başvurmuştur.

SORULAR

1. Meydana gelen bu olayın A, B ve C bakımından iş kazası sayılıp sayılmayacağını değerlendiriniz.
2. Sosyal Güvenlik Kurumu, B'nin çalışma gücündeki kayıp oranın 2/3 oranına ulaşmadığı, meslekte kazanma gücünü de yine 2/3 (%66) oranında kaybetmediği için malullük aylığı bağlanması talebini reddetmiş bulunmaktadır. SGK'nın bu kararı yerinde midir? Ayrıca malullük aylığına hak kazanılabilmek için aranan prim ve sigortalılık koşulları nelerdir?
3. Sosyal Güvenlik Kurumu, ölen polis memuru C'nin eşi E'nin ölüm aylığı bağlanmasına ilişkin 30.04.2009 tarihli talebini 1800 gün prim ödeme gün sayısının 09.08.2009 da dolacağı gerekçesi ile reddetmiş bulunmaktadır. SGK'nun bu kararı doğru mudur? Neden?
4. E eşinin 1998-1999 yılları arasında yapmış olduğu 15 aylık askerlik süresinin, 1800 günün tamamlanması için eksik olan 100 gününü borçlanmak istemektedir. SGK'na böyle bir talebin yapılmış olması halinde, Kurumun yanıtı ne olacaktır?
5. (G)'nin fiili hizmet zammından yararlanması mümkün müdür? Mümkünse koşullarını ve usulünü açıklayınız.

OLAY 16

(A) ve (B), M.O.R Denizcilik Limited Şirketi ortağı olup, şirket 01.10.2008 tarihinde kurulmuş ve tescil edilmiştir. (B) aynı zamanda şirketin müdürlüğünü yürütmek üzere 03.10.2008 tarihinde görevlendirilmiştir. Şirketin İzmir'deki ofisinde (C) 05.10.2008 tarihinde bilgi işlem uzmanı olarak çalışmaya başlamış olup (C)'nin bu tarihte şirket ofisinde çalışmaya başlayacağı kuruluş aşamasında bildirilmiştir. Denizcilik Fakültesi 3. sınıfında okuyan (E) ise 07.10.2011 tarihinde ofiste staj yapmaya başlamıştır. (A)'nın eşi bayan (D) Hukuk Fakültesi

mezunu olup, şirketin kurulduğu tarihten itibaren haftanın üç günü şirkette "danışman" sıfatı ile çalışmaktadır. (A)'nın kayınpederi (K) da Ekim 2006 yılında işçi olarak çalıştıktan sonra emekli olup, 10.10.2008 yılında M.O.R. Ltd. Şti.'nde çalışmaya başlamış ve kendisine şirketin gelen giden evrakların kaydını tutma işi verilmiştir.

M.O.R. Ltd. Şti. ile KAOS Ltd. Şti ve (C) anlaşarak, (C)'nin 5 ay süre ile KAOS Ltd. Şti.'nde çalışması için anlaşmışlardır. M.O.R. Ltd. Şti., aynı zamanda ülkemiz ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan (P) ülkesindeki ofisinde çalıştırmak üzere (L) ve (M)'yi 10.11.2008 tarihinde götürmüştür.

SORULAR

1. (A) ve (B)'nin sigortalılık durumlarını değerlendirip, sigortalı sıfatını ne zaman kazanacaklarını ve bildirimin kimin tarafından hangi sürede yapılması gerektiğini açıklayınız.
2. (C)'nin sigortalılık durumunu değerlendirip, sigortalı sıfatını ne zaman kazanacağını ve bildirimin kimin tarafından hangi sürede yapılması gerektiğini açıklayınız.
3. M.O.R. Ltd. Şti., KAOS Ltd. Şti. ve (C) arasında nasıl bir ilişki kurulmuştur? (C)'nin işvereni kimdir? Prim ödeme yükümlülüğünün kim tarafından yerine getirilmesi gerekir? Prim ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden sorumlu olan kimdir?
4. (E)'nin sigortalılık durumunu değerlendirip, sigortalı sıfatını ne zaman kazanacağını ve bildirimin kimin tarafından hangi sürede yapılması gerektiğini açıklayınız.
5. (D), haftanın 3 günü şirkette çalışmasına rağmen, şirket tarafından sigortalılığının bildirilmediğini fark ederek, şirket aleyhine dava açmıştır. Bu dava ne davasıdır? Davalı şirket, davacı (D)'nin eşine yardım ettiğini, haftanın sadece üç günü ofise geldiğini ve çalışmaya devam ettiğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Davalı şirketin ileri sürdüğü gerekçeler yerinde midir? (Her üç gerekçe açısından ayrı ayrı değerlendiriniz.)
6. (A)'nın kayınpederi (K)'nın çalışması ne türde bir çalışmadır? Sigortalılığını değerlendiriniz. (K) 10.10.2008 tarihinde değil de 10.09.2008 tarihinde çalışmaya başlamış olsaydı, yanıtınız değişir miydi?
7. (L) ve (M)'nin sigortalılık durumlarını değerlendirip, sigortalı sıfatını ne zaman kazanacaklarını ve bildirimin kimin tarafından hangi sürede yapılması gerektiğini açıklayınız.

OLAY 17

Y İzmir Çimento Fabrikası A.Ş.'nin muhaberat bölümünde çalışan A şirketten gelen evrak, koli gibi gönderileri ilgili departmanlara iletme işini yapmaktadır. A'nın kayınbiraderi D, piyasaya çok borcu olduğundan açacağı çay ocağının vergi işlemlerini A üzerinden yapmak istemektedir. D'nin ısrarına daha fazla dayanamayan A, çay ocağının açılış işlemlerine başlar. Çimento fabrikasının %5 hissesine sahip ortaklarından M, arkadaşının sahip olduğu 2. el oto alım-satımı işi yapan bir şirkette pazarlama müdürü olarak görev yapmaktadır.

Çimento fabrikasında çalışmak üzere, endüstri mühendisi F ile 03.09.2012 tarihinde sözleşme imzalanmış ve işe başlama tarihi 07.09.2012 olarak belirlenmiştir. Ancak, F'nin önceki işyerinden hemen ayrılamaması nedeniyle, çalışmaya başlama tarihi tarafların anlaşması üzerine 21.09.2012 tarihine ertelenmiştir.

A'nın üniversitede okuyan 19 yaşındaki kızı M, okul masraflarına yardımcı olması için haftanın 6 günü çalışılan bir kafede garsonluk yapmaktadır. M bu kafede haftanın 6 günü günde 5 saat çalışmaktadır. A'nın eşi E ise çimento fabrikasında muhasebe müdürlüğü yapan K'nın bebeğine haftanın 5 günü bakıcılık yapmaktadır. A, çalışmalarının sigortaya bildirilmesini talep etmiş, K ise Ayşe'nin ev hizmetlerinde çalışmasını gerekçe göstererek bu talebini reddetmiştir. A'nın kayınpederi D, çimento fabrikasında 20 yıldan bu yana bekçi olarak çalışmaktadır. Bu çalışmasından önce de 7 yıl bakkal işletmiştir.

SORULAR

1. A ve M'nin sigortalılık durumlarını ayrı ayrı ve gerekçeli olarak değerlendiriniz.
2. F'nin sigortalı sıfatını kazandığı tarih hangisidir?
3. M yaşlılık aylığına hak kazanırken faydalı olacağını düşündüğü için isteğe bağlı sigorta primi ödemek istemektedir. M'nin isteğe bağlı sigortalı olabilmesi mümkün müdür? Açıklayınız.
4. K'nın savunmasının yerinde olup olmadığını değerlendiriniz. K, E'nin elinden "5510 sayılı Kanun'dan doğan yükümlülükler bakımından kendisinin sorumlu tutulamayacağına" dair imzalı bir belge almış olsaydı, Kurum nezdinde bu belgeye dayanabilir miydi?
5. D yaşlılık aylığı bağlanması talebi karşısında, Kurum D'nin bakkal işletirken ödediği primleri dikkate almaksızın işlem yapmıştır. Kurumun bu uygulaması yerinde midir?

OLAY 18

Sigortalı (K), İstanbul'da bulunan bir tomruk deposunda tesellüm işçisi olarak görev yapmaktadır. (K), yüksek tonajlı kamyonların depoya kadar gelemediği durumlarda, tomrukların depodan kamyonların durduğu tali yol ayrımına kadar üçüncü şahıslara ait traktörle nakledilip yol ayrımında kamyonlara tesellüm makbuzu karşılığında teslim edilmesi görevini de ifa etmektedir. Olay günü öğle yemeğinden sonra depodan traktöre nakledilmekte olan tomrukların traktör sürücüsünün ıslanıp elbise değiştirmek için ayrılması sırasında, traktörün tesellüm işçisi (K) tarafından kamyona yanaştırıldığı sırada traktörün devrilmesi nedeniyle (K) traktörün altında kalarak hayatını kaybeder. Olayın meydana geldiği gün aynı işyerinde tesellüm işçisi olarak işe başlayan ve işi hızlı bir şekilde öğrenmesi için o güne ilişkin teslimatlarda (K) ile birlikte görev yapması istenen (D), şahit olduğu bu olay karşısında psikolojik travma geçirir.

Bu tomruk deposunun tahsilat işlerini üstlenen sigortalı (A) ise, işvereni tarafından Bursa'da bulunan müşteriden para tahsilatı gerçekleştirmek üzere işyeri tarafından kiralanan bir araçla şehir dışına gönderilir. İşvereni tarafından verilen görevi tamamlayıp dönmek üzereyken Bursa'daki eski bir arkadaşının görüşme teklifini geri çeviremeyen (A) bu arkadaşını da alarak bir meyhaneye gider. Gece eğlencesi sonucunda ve aşırı alkollü bir şekilde İstanbul'a doğru seyrederken, direksiyon hakimiyetini kaybedip yol kenarında bulunan bir ağaca hızlı bir şekilde çarpar.

Sigortalı (A)'nın aynı işyerinde çalışan muhasebeci eşi (B), hamileliği nedeniyle 8 haftalık doğum öncesi istirahatına ayrılır. Eşinin kaza haberini alması üzerine çok üzülen sigortalı (B), doğum öncesi istirahatını kullanmaya başladığının 20. günü erken doğum yapmak zorunda kalır.

SORULAR

1. Sigortalı (K)'nın hak sahiplerinin iş kazasına ilişkin talepleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından *"olay ile işverenin fiili arasında uygun neden-sonuç bağı bulunmadığı"* gerekçesiyle reddedilmiştir. Kurumun kararı yerinde midir? 5510 sayılı Kanunda düzenlenen "iş kazası" kavramını dikkate alarak tartışınız.
2. Sigortalı (K)'nın hak sahipleri 5510 sayılı Kanun çerçevesinde Kurumdan ne gibi taleplerde bulunabilirler? Sigortalı (K)'nın anılan olayda yaralandığını varsayarsak bu çerçevede Kurumdan ne/neler talep edilebilir?
3. Geçirdiği travma neticesinde meslek hastalığına tutulduğunu ileri süren sigortalı (D)'nin bu talebini meslek hastalığının unsurları bakımından tartışınız. Bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilmesine ilişkin usul hakkında kısaca bilgi veriniz.
4. Kurumun sigortalı (K)'nın hak sahiplerine bazı yardımlarda bulunması ihtimalinde, Kurum bu yardımların parasal karşılıklarını hangi dava kapsamında (K)'nın işvereninden talep edebilir?
5. Sigortalı (A)'nın geçirdiği trafik kazası, 5510 sayılı Kanun çerçevesinde bir "iş kazası" mıdır? Tartışınız. (A), trafik kazası neticesinde oluşan zararlarını hangi sigorta kapsamında Kurumdan talep edebilir?
6. Analık sigortasından yapılan yardımlar ve hak kazanma koşulları hakkında kısaca bilgi veriniz. Sigortalı (B)'nin erken doğum yapması, kendisine yapılacak ödeme/ödemeleri nasıl etkiler? 6111 sayılı Kanun ile getirilen değişikliği dikkate alarak açıklayınız.

OLAY 19

(K) anonim şirketinde 12.12.2008 tarihinde insan kaynakları müdürü olarak çalışan (A), 01.05.2011 tarihinde eşi ile birlikte kurduğu bir limitet şirkette %2 pay sahibi olarak ortak olmuştur. K anonim şirketi Libya'da çalışmak üzere (C) ve (D) adlı işçileri inşaat işlerinde çalıştırmak üzere götürmüş bulunmaktadır. C ve D 18.7.2009 tarihinde çalışmaya başlamışlardır. K Anonim

Şirketi 20.08.2010 tarihinde Türkiye'ye duyulan özlemi azaltmak için bir gezi ve piknik düzenlemiştir. Tüm işçiler K Şirketine ait servis otobüsü ile piknik alanına götürülmüş, gün boyu eğlenmiştir. Ancak piknik dönişi meydana gelen trafik kazasında C servis aracından fırlayarak ölmüştür. Bu olay gözleri önünde cereyan eden D olaydan çok etkilenmiştir. C'nin arkadaşı D ruhsal olarak ölümden çok etkilenmesi sebebiyle, bu olayın kendisi bakımından da iş kazası olarak değerlendirilmesi için Kuruma başvurmuştur. Kurumun red yazısı üzerine bu kez, ruhsal rahatsızlığının meslek hastalığı sayılması için müracaat etmiştir. C'nin ölüm olayının gerçekleştiği 10.10.2010 tarihinde, geride kendi kuaför dükkanında çalışan eşi E, çocuklarından evli olan ancak üniversitede okuyan 24 yaşındaki oğlu G ve halen lisede okuyan 21 yaşındaki kızı H bulunmaktadır.

1800 gün prim ödemesi olan işçi D, ruhsal rahatsızlığını gerekçe göstererek sağlık sebepleri ile iş sözleşmesini kendisi feshetmiş ve babasına ait kırtasiye dükkanında çalışmaya başlamıştır. Türkiye İş Kurumuna işsizlik sigortasından ödenek almak üzere başvuran D'nin talebi Kurum tarafından reddedilmiştir.

SORULAR

1. A'nın sigortalılığını değerlendiriniz.
2. C ve D adlı işçilerin sigortalılığını değerlendirerek Kuruma bildirimlerinin ne zaman yapılması gerektiğini belirtiniz.
3. C'nin ölmesinin iş kazası sayılıp sayılmayacağını tartışınız.
4. C'nin ölmesi üzerine kimlerin hak sahibi olup, kimlerin olamayacağını gerekçeleri ile belirtiniz.
5. C'nin arkadaşı D'nin ölüm olayından etkilenmesini iş kazası olarak kabul etmeyen Kurum'un kararı yerinde midir? Neden? D'nin olayın meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi yönündeki talebinin kabul edilmesi mümkün müdür? Neden?
6. Türkiye İş Kurumunun red kararı yerinde midir? Neden?

OLAY 20

A, B ve C bir araya gelmek sureti ile bir Limited Şirketi 10.10.2008 tarihinde kurmuşlardır. D dışarıdan Limited şirkete müdür olarak atanmış bulunmaktadır. Şirket ortaklarından A aynı zamanda şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilmiş bulunmaktadır. A ve D yönetim kurlu toplantısına katılmak üzere şirket merkezine A'nın sahip olduğu araba ile geldikleri sırada trafik kazası geçirirler. A yaralanır, D ise ölür. A hastanede yatarak tedavi edilir. D'nin Limited Şirket ortaklığından önceki çalışmaları dolayısıyla toplam 950 gün prim ödeme gün sayısı bulunup 4 yıl 10 aydan beri sigortalı bulunmaktadır.

SORULAR

1. A, B, C ve D'nin 5510 s. K'nun 4.maddesi bakımından sigortalılıklarını değerlendirerek, her birinin hangi tarihten itibaren sigortalı sayılacağını; Kuruma hangi tarihte kimin tarafından bildirimlerinin yapılması gerektiğini ve sigortalılıklarının ne zaman sona ermiş sayılacağını açıklayınız.
2. A ve D'nin uğradıkları kazanın iş kazası sayılıp sayılmayacağını değerlendiriniz.
3. Olayın iş kazası olarak değerlendirilmesi durumunda, A'nın hastanede yattığı süre içerisinde ne tür parasal haklardan yararlanabileceğini ve bunun miktarının ne olacağını açıklayınız.
4. D'nin memur olan ve halen çalışmasını sürdüren eşinin ölüm aylığından yararlanması mümkün müdür? Mümkün değerlendirilmemesi durumunda, eşin yararlanabilmek amacıyla hangi yola başvurabileceğini açıklayınız.

OLAY 21

K Limited Şirketi 10.10.2008 tarihinde kurulmuş ve tescil edilmiştir. Şirket ortaklarından A'nın şirketi temsil yetkisinin bulunması sebebiyle, Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurarak, sigortalı işe giriş bildirgesi ile 4a kapsamında sigortalı olarak bildirilmiş bulunmaktadır. Ancak Kurum, kendisine intikal eden kayıtların incelenmesi sırasında A'nın 4a kapsamında sigortalı kabul edilemeyeceğini Şirkete bildirmiş bulunmaktadır. K Limited Şirketi ilk defa işyeri bildirgesi vermek suretiyle, 20.10.2008 tarihinde B'nin dışarıdan atanan müdür olarak görev yapacağını bildirmiştir. 05.11.2008 tarihinde Şirket ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan Libya'da çalıştırmak üzere C ve D isimli işçileri işe almış bulunmaktadır. Ortaklardan A, C ve D isimli işçileri uçakla çalışacakları yere götürdüğü sırada, uçağın düşmesi sonucu hepsi hayatlarını kaybetmişleridir.

SORULAR

1. Kurum'un A'nın 5510 s.Kanunun 4 a maddesi kapsamında sigortalı kabul edilemeyeceğine ilişkin tespiti yerinde midir? Neden?
2. B, C ve D 5510 s. Kanunun 4. maddesinin hangi bendi bakımından sigortalı sayılırlar.
3. A, B, C, D hangi tarihten itibaren sigortalı sıfatını kazanırlar, sigortalılıkları ne zaman sona ermiş sayılır?
4. A, B, C, D nin sigortalılıkların Kuruma ne zaman bildirilmesi gerekir?
5. A, C ve D'nin uğradığı kaza iş kazası mıdır? Neden?

OLAY 22

(A) Anonim Şirketi'ne (B) isimli ortağı 20.10.2009 tarihinde yönetim kurulu üyesi olarak seçilmiştir.(C) aynı şirkete 15.11.2009 tarihinde ortak olmuştur. Şirket ile (H) arasında imzalanan 10.11.2009 tarihli sözleşme uyarınca (H) nin

işyerinde işyeri hekimi olarak çalışması kararlaştırılmış ve bu hizmet karşılığında H'ye ayda 2000 TL ücret ödenmesi vaad edilerek, 15.11.2009 tarihinde göreve başlamıştır. D.E.Ü Hukuk Fakültesinde öğrenci olan (K) kütüphanede 01.01.2009 tarihinde kısmi zamanlı olarak çalışmaya ve bu çalışması karşılığı ayda 150 TL almaya başlamıştır. D.E.Ü Denizcilik Fakültesi'nde 3 sınıfta öğrenim gören (E) de (A) A.Ş bir aylık zorunlu stajını yapmak üzere 22.06.2010 tarihinde çalışmaya başlamıştır. Üniversite sınavını kazanamayan 01.12.1993 doğumlu (M) 'ye 10.10.2010 tarihinde babası bir kırtasiye dükkanı açmıştır. Polis Akademisi sınavını 01.01.2009 tarihinde kazanan (P) 15.02.2009 tarihinde öğrenime başlamış, ancak disiplinsizlik nedeniyle 13.03.2010 tarihinde okuldan uzaklaştırılmıştır.

SORULAR

1. (B), (C), (H), (K), (E), (M)' ve (P) nin öncelikle 5510 s. kanun anlamında sigortalı sayılıp sayılmayacaklarını, sigortalı sayılanların 4. maddenin hangi bendi anlamında sigortalı sayılacaklarını, hangi sigorta kollarından yararlanabileceklerini belirtiniz.
2. Her biri açısından sigortalılığın başlangıcını tespit ediniz.
3. Sigortalıların her biri açısından sigorta bildirimi ne zaman ve kimin tarafından yapılmalıdır? (Bu soru bakımından, 5510 s. kanun uyarınca işveren tanımını yaparak, ilgili sigortalılar bakımından kimin işveren sayılması gerektiğini belirleyiniz)
4. P'nin eğitimini tamamlamadan okuldan uzaklaştırılması sigortalılık açısından nasıl bir sonuç doğurur?
5. Sosyal Güvenlik Kurumu (A) Anonim Şirketinin ödemesi gereken prim miktarını belirleyerek A'ya 15.10.2010 tarihinde tebliği etmiş ve ayrıca idari para cezası tahakkuk ettirmiştir. A tebliği edilen prim borcu ve idari para cezasına karşı nerede ve nasıl itiraz edebilir?

Kavramlar Dizini

A

Aciz Vesikası · 438, 439, 440, 441, 445
Alt İşveren · 92, 93, 94, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 204, 401, 402, 403, 470
Alt İşverenin Alt İşvereni · 128
Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi · 92
Asıl İşveren · 93, 94, 102, 104, 106, 107, 401, 402, 403
Asıl-Alt İşveren İlişkisinin Unsurları · 401
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi · 439, 447

B

Bağlı İşyeri · 332, 333
Bakiye Ücret · 30
Bedelsizlik Defi · 257, 258
Belediye Kanunu · 102, 104
Belirli Süreli İş Sözleşmesi · 21, 22, 26, 27, 28, 30, 106, 203, 204, 271, 472
Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi · 32, 176, 205
Boşta Geçen Süre Alacağı · 216

C

Cezai Şart · 227, 247, 252
Cezai Şartın Fahiş Olması · 252

Ç

Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkının Saklı Tutulması · 132
Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik · 29, 131, 132, 133
Çalışma Koşulu · 21
Çalışma Yerinin Değiştirilmesi · 133, 225

D

Deniz İş Kanunu · 87, 88, 89, 455
Deniz İş Kanunun Uygulama Alanı · 87
Disiplin Cezasının İptali · 324, 325

E

Esaslı Değişiklik · 29, 133, 135, 136, 137
Eşin Kapıcı Sayılıp Sayılmayacağı · 61

F

Farklı İşlem Yasağına Aykırı Hareket · 394, 395, 400
Faydalı Model · 26, 33
Feshin Son Çare Olması · 29, 177, 181, 185, 202
Fesihte Somut Fesih Nedeninin Gösterilmemiş Olması · 205
Fiili Hizmet Zammı · 485

G

Gayri Safi Yurtiçi Hasıla · 187
Geçerli Sebep · 29, 72, 74, 216, 225, 271
Geçerli Sebep Olarak Özelleştirme · 178
Geçici İşçi · 66, 67, 68, 69
Gemi Adamı · 87, 88
Görevli ve Yetkili Mahkeme · 36, 442

H

Hak Düşürücü Süre · 179, 200, 201, 216
Hakimin Boşluk Doldurması · 326
Haklı Sebep · 29, 30, 134, 137, 205, 224, 225, 247, 415
Hizmet Buluşu · 33, 34, 35
Hizmet Tespiti · 259, 416

İ

İbraname · 264, 270, 271
İhbar Tazminatı · 21, 22, 30, 63, 64, 135, 137, 254, 255, 257, 263, 457, 481
İkale · 263, 264, 272
İkalenin Unsurları · 262
İkalenin Varlığı Halinde İşe İade Davası Açılıp Açılamayacağı · 264
İş Güvencesi Tazminatı · 109, 203, 216, 398, 400

İş Güvenliği Önlemlerini Alma ve Uyma Yükümlülüğü · 228
İş Kanunun Kapsamına Giren İş ve İşyerleri · 80
İş Kazası · 229, 401, 402, 403, 426, 427, 428, 429, 433, 479, 482, 484, 485
İş Kazası ve Unsurları · 479
İş Sözleşmesi · 18, 19, 20, 21, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 72, 73, 94, 103, 104, 106, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 200, 201, 204, 205, 215, 216, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 245, 246, 247, 248, 250, 254, 255, 256, 259, 262, 263, 270, 271, 272, 273, 317, 318, 319, 322, 323, 324, 326, 327, 373, 392, 394, 395, 397, 398, 399, 400, 415, 416, 438, 440, 443, 444, 445, 447, 448, 457, 470, 471, 472, 473, 474
İş Sözleşmesi ve Unsurları · 17
İş Sözleşmesinin Evlilik Nedeniyle Feshedilmesi Rekabet Yasağı Sözleşmesini Ortadan Kaldırır mı? · 247
İşçi · 21, 27, 28, 30, 32, 33, 34, 35, 63, 64, 65, 72, 73, 74, 88, 92, 93, 94, 103, 104, 108, 109, 133, 134, 135, 137, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 184, 186, 187, 200, 201, 202, 203, 205, 217, 222, 224, 225, 226, 229, 230, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 255, 257, 271, 317, 318, 321, 323, 325, 326, 327, 375, 392, 393, 394, 398, 399, 400, 428, 438, 440, 442, 443, 444, 456, 470, 478, 482, 484
İşçi Sendikası İle İşveren Arasında Yapılan Protokol · 363
İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Sebep · 181
İşçinin İş Sözleşmesini İhlal Etmesi · 228
İşçinin İşgörme Borcunu İhlal Etmesi · 397
İşçinin Kendisine Hatırlatıldığı Halde Görevlerini Yapmaması · 245
İşçinin Savunmasının Alınması · 182
İşçiye İhtar Verilmesi · 182
İşe Başlatmama Tazminatı · 398
İşe Başlatmama Tazminatı Olarak İşçinin Bir Yıllık Ücreti Tutarında Tazminat · 223
İşe İade Davası · 72, 102, 104, 106, 108, 175, 179, 181, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 215, 246, 270, 271, 324, 394, 395, 398, 438, 470, 471, 472, 477
İşe İade Davasında Altı Aylık Kıdem · 203
İşe İade Davasının Açılabileceği Süre · 200
İşe İade Kararından Sonra İşe Başlamak Üzere Başvurulmuş Sayılmak · 215
İşe İade Kararından Sonra İşe Başlamak Üzere İşverene Başvurulması · 215
İşin Asıl İşverene Ait İşyerinde Görülmesi · 92
İşkolu Tespiti · 333
İşletme Rizikosunu Taşıyan Taraf · 201
İşletmenin Zarar Etmesinin Geçerli Sebep Sayılıp Sayılmayacağı · 175
İşletmesel Karar · 180, 181, 184, 185, 186, 187, 201, 202, 471
İşverenin Ödeme Aczine Düşmesi · 439
İşverenin Ödeme Güçlüğüne Düşmesi · 439, 440, 441, 442
İşverenin Önemli Bir Zarara Uğrama İhtimalinin Bulunması · 250
İşverenin Yönetim Hakkı · 132
İşyeri · 18, 27, 28, 72, 73, 74, 94, 108, 131, 132, 133, 134, 135, 177, 179, 184, 185, 202, 203, 204, 226, 229, 249, 317, 318, 321, 323, 330, 331, 332, 333, 397, 402, 433, 442, 472, 473, 474
İşyeri Hekimi · 283, 284, 285, 318
İşyeri Hekiminin İşçi Sayılıp Sayılmayacağı · 72
İşyerine Sendika Kararı Üzerine Sivil Kıyafet İle Gelme Davranışı · 394
İşyerinin Kapatılması · 201, 202

K

Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri · 67
Kapıcılık Sözleşmesi · 57, 58, 59, 60, 61, 62
Kıdem Tazminatı · 30, 63, 64, 132, 133, 134, 135, 137, 248, 254, 255, 256, 257, 259, 263, 272, 415, 416, 456, 457, 458, 473, 480
Kıdem Tazminatına Hak Kazanma · 273, 275

L

Limited Şirket Ortağının İşçi Sayılıp Sayılmayacağı · 65
Limited Şirket Ortağının Sigortalılığı · 65

M

Maddi Tazminat · 227, 426, 428, 429
Makul Yarar · 265, 266, 268, 269, 270
Malullük Aylığı · 485
Manevi Tazminat · 32, 229, 426, 428, 429
Menfi Tespit · 257, 258
Mobbing · 26, 31, 32
Mutlak Ayırım Yasağı · 186
Müşteri Çevresine veya İş Sırlarına Nüfuz Etme · 250, 251

O

Objektif Kriter · 177, 186

Ö

Ölüm Aylığı · 437, 438, 485

P

Performans · 152, 184, 186, 187
Performans Düşüklüğü · 184, 186
Performans Yetersizliği · 152
Protokol · 129, 363, 365, 366, 447

R

Rekabet Yasağı · 227, 248, 249, 250, 251, 252
Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İşçinin Ekonomik Geleceğinin Tehlikeye Uğratılmaması Amacıyla Sınırlandırılması · 250
Rücu Hakkı · 433, 434
Rücu Hakkının Hukuki Niteliği · 434

S

Sektörel Kriz · 184, 188
Sendika Üyeliği · 223, 226, 317, 319, 320, 327, 398, 399, 400
Sendika Üyeliğinden İstifa · 223, 327
Sendika Üyesinin Geçici Olarak Nitelendirilemeyecek Uzunlukta İşsiz Kalması · 320
Sendikal Tazminat · 326, 327, 395, 472
Serbest Buluş · 32, 33, 34, 35
Sigortalı · 20, 57, 63, 64, 65, 401, 402, 403, 415, 416, 434, 439, 443, 479, 482, 483, 484
Sosyal Güvenlik Destek Primi · 403, 404, 405, 406, 407
Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Bağlanacak Aylıklarda Alt Sınır · 437
Sosyal Seçim · 175, 177, 179
SSK Kanunu Anlamında Asıl-Alt İşveren · 401

Ş

Şirket Birleşmesi · 184

T

Toplu İş Sözleşmelerinin Normatif Hükümleri · 322
Toplu İş Sözleşmesi · 133, 182
Toplu İş Sözleşmesinde İşçi Ücretlerine Yapılacak Zamma İlişkin Hükmün Yorumu · 360
Toplu İş Sözleşmesinin Borç Doğurucu Hükümleri · 322

Ü

Ücret Garanti Fonu · 438, 439, 441, 442, 443
Ücrette Azalma · 133
Üçüncü Kişinin Sorumluluğu · 435, 436

V

Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Öğretim Üyelerinin Sözleşmelerinin Feshedilmesinde Geçerli Sebep · 188
Vakıf Üniversitesi · 189, 190
Vakıf Üniversitesinde Çalışan Öğretim Üyesi · 189
Vekalet Sözleşmesi · 19, 20

Y

Yaşlılık Aylığı · 65, 437
Yaşlılık Aylığının Hesaplanması · 430, 431
Yetim Aylığının Kesilmesi · 451
Yetki Belgesi · 223, 373, 374, 375, 376
Yetki İtirazı · 374