TÜRK-İŞ
Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu

İŞ HUKUKU ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU TÜRK MİLLİ KOMİTESİ

YARGITAY'IN İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ 2003

ANKARA, 2005

TÜRK-İŞ
Bilgi Merkezi

İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku
Türk Milli Komitesi

YARGITAYIN İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ 2003

TÜRK-İŞ
Bilgi Merkezi
Tarih: 25.10.2005
Demirbaş No: 4478
Tasnif No: 344.01 Yar. 2005

ANKARA, 2005

334.01
YAR
2005
4478

Bilgisayara kaydedilmiştir.

ISBN 975-00463-0-7

ÖNSÖZ

İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesinin kuruluşunun 30. yılını tamamladığı 2005 yılına kadar sürekli olarak düzenlediği Yargıtay kararlarını değerlendirme seminerlerinin, bu seminerlerde sunulan tebliğlerin ve gerçekleştirilen genel görüşmelerin Türk İş Hukukunun gelişmesinde ve kaynakları arasında önemli bir yeri olduğu bir gerçektir. Almanya'da geleneksel olarak her yıla ilişkin yüksek mahkeme içtihadındaki gelişmeleri inceleyen yayınlar yapılır. Hatta sadece yargının görüşlerine değil, belirli bir hukuk dalında yayınlanan eserlerin bir değerlendirilmesine ilişkin çalışmalara da önem verilir. Örneğin bu yıl 36. yılını sürdüren İş Hukuku Dergisi (Zeitschrif für Arbeitsreht ZFA) her yıl bir önceki yılın İş Hukukuna ilişkin yüksek yargı kararlarındaki ve bilimsel görüşlerdeki gelişmeleri ayrı ayrı inceleyip değerlendiren çalışmaları yayınlamayı geleneksel araştırma alanı haline getirmiştir (bkz. örneğin B. Sandmann, Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schriftums im Jahre 2003: D. Boerner, Die Entwicklung ders höchstrichterlichen Rechtsprechung im Arbeitsrecht im Jahre 2003, ZFA Heft 4/2004, s. 537, s. 647).

Ülkemizde belirtilen şekilde araştırmalara ve yayınlara pek rastlanmadığı halde; Milli Komitenin İş Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararlarını değerlendirme seminerlerinde, geniş kapsamlı olarak bir yıllık İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin yüksek mahkemenin kararları incelemeye tabi tutulurken, aynı konularda bilimsel görüşlere de yer verilmekte, bilimsel görüşlerde sadece o yıla ilişkin olanlar değil, daha önce yayınlanan eserler de dikkate alınmaktadır. Bu açıdan ilki 1975 yılı kararlarını değerlendirmek üzere yapılan ve 30 yıllık süreye ulaşan seminer kitaplarının incelenmesi Türk İş Hukukunun gerek yargı kararları ve gerek bilimsel görüşler yoluyla gelişmesini, en ciddi şekilde süzgeçten geçirilerek eleştirilmiş ve bir bütün olarak görülebilecektir. Nitekim İş Hukukunda yayınlanan tüm eserlerde en çok yollama yapılan seminer kitaplarının kaynak olarak ayrıcalıklı bir yeri olduğunu söylemekle bir hata yapılmış olmayacaktır.

Bu nedenle seminerlerimize her yıl katılarak bu gelişmelerde büyük katkıları olan Yargıtay Daire Başkanları ve üyelerine, tebliğ sunan Milli Komite üyelerine, genel görüşmelere sorun ve görüşleriyle katkıda bulunan Milli Komite üyeleri ve konuklarımıza bir kez daha teşekkür etmek, benim için zevkli görevdir.

Bu kitabın yayınlanması, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (TÜRK-İŞ) ve Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonun (TİSK) Milli Komitenin faaliyetlerini birlikte destekleme kararlarının bir uygulaması olarak TÜRK-İŞ tarafından sağlanmıştır. Bu vesileyle TÜRK-İŞ Genel Başkanı Sayın Salih Kılıç'a ve Yönetim Kurulu'na teşekkürlerimi sunarım. Kitabın baskıya hazırlanmasında büyük yardımını gördüğümüz Ar.Gör. Mahmut Kabakcı'ya ve baskı işini kısa sürede ve büyük titizlikle gerçekleştiren Gurup Matbaacılık A.Ş. mensuplarına teşekkürü bir borç bilirim.

Prof. Dr. Münir EKONOMİ
Milli Komite Başkanı

İÇİNDEKİLER

Milli Komite Başkanı **Prof.Dr. Münir EKONOMİ**'nin Semineri
Açış Konuşması 7

Doç.Dr. Ömer EKMEKÇİ
Tebliğ: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından
Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 9

Genel Görüşme 59

Prof.Dr. Fevzi ŞAHLANAN
Tebliğ: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı
Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 87

Genel Görüşme 125

Prof.Dr. Devrim ULUCAN
Tebliğ: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının
Değerlendirilmesi 157

Genel Görüşme 187

Prof.Dr. Ali Nazım SÖZER
Tebliğ: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primleri Açısından
Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 209

Yrd.Doç.Dr. Mehmet Ali ŞUĞLE
Tebliğ: Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 2003 Yılı
Kararlarının Değerlendirilmesi 263

Genel Görüşme 295

Bu kitabın yayınlanması, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (TÜRK-İŞ) ve Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonun (TİSK) Milli Komitenin faaliyetlerini birlikte destekleme kararlarının bir uygulaması olarak TÜRK-İŞ tarafından sağlanmıştır. Bu vesileyle TÜRK-İŞ Genel Başkanı Sayın Salih Kılıç'a ve Yönetim Kurulu'na teşekkürlerimi sunarım. Kitabın baskıya hazırlanmasında büyük yardımını gördüğümüz Ar.Gör. Mahmut Kabakcı'ya ve baskı işini kısa sürede ve büyük titizlikle gerçekleştiren Gurup Matbaacılık A.Ş. mensuplarına teşekkürü bir borç bilirim.

Prof. Dr. Münir EKONOMİ
Milli Komite Başkanı

İÇİNDEKİLER

Milli Komite Başkanı **Prof.Dr. Münir EKONOMİ**'nin Semineri
Açış Konuşması 7

Doç.Dr. Ömer EKMEKÇİ
Tebliğ: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından
Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 9

Genel Görüşme 59

Prof.Dr. Fevzi ŞAHLANAN
Tebliğ: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı
Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 87

Genel Görüşme 125

Prof.Dr. Devrim ULUCAN
Tebliğ: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının
Değerlendirilmesi 157

Genel Görüşme 187

Prof.Dr. Ali Nazım SÖZER
Tebliğ: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primleri Açısından
Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 209

Yrd.Doç.Dr. Mehmet Ali ŞUĞLE
Tebliğ: Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 2003 Yılı
Kararlarının Değerlendirilmesi 263

Genel Görüşme 295

MİLLİ KOMİTE BAŞKANI PROF.DR. MÜNİR EKONOMİ'NİN SEMİNERİ AÇIŞ KONUŞMASI

Milli Komitemizin geleneksel faaliyeti olan "Yargıtay Kararlarını Değerlendirme Semineri"nin bir yenisinde buluşmaktan büyük bir mutluluk duymaktayım, hoş geldiniz.

Bilindiği üzere 2002 yılı kararlarını değerlendirme semineri 2003 yılında Ankara'da yapılmıştı. Seminerimize Ankara'dan katılanların ve özellikle Yargıtay üyelerinin daha fazla katılımının sağlanması amacıyla seminerlerin birer yıl ara ile Ankara'da yapılması önerisi Milli Komite Yönetim Kurulunca da uygun bulunmuştur. Bundan sonra seminerlerimiz İstanbul ve Ankara'da dönüşümlü olarak organize edilecektir ve 2004 yılı kararlarının değerlendirilmesi semineri Ankara'da gerçekleştirilecektir.

Değerli konuklar, 2005 yılı Milli Komitemiz için özel bir anlam taşımaktadır. 1975 yılında kurulan Milli Komite 2005 yılında 30. yılını tamamlayacaktır. Yönetim Kurulumuz 30. yılı özel bir programla kutlamak için hazırlık aşamasındadır, sizlere program hakkında daha sonra bilgi verilecektir.

Bu seminerde değerlendirilecek kararlar arasında ülkemizde ilk kez uygulanmaya başlayan iş güvencesi, başka bir deyişle işçinin feshe karşı korunmasına ilişkin kararların da bulunması, ilginç tartışmaları da beraberinde getirecektir. Kanun hükümlerinin yaşama geçirilmesinde, özellikle geçerli sebeplerin olaylara bağlı olarak somutlaştırılmasında ve iş güvencesine ilişkin temel ilkelerin amaca ve özünü uygun şekilde kullanılmasında etkili olacak bu kararları ve değerlendirmelerini heyecanla beklediğimizi belirtmek isterim.

Sayıları fazla olmasa da 4857 sayılı İş Kanunun getirdiği yeni düzenlemelere ilişkin kararların incelenmesinin de uygulamacılara yol gösterici ve bilimsel görüşlerin zenginleşmesinde etkili olacağında bir kuşku yoktur.

Bu yılki seminerimize 9. Hukuk Dairesinden katılacakları bildirilen iki çok değerli yargıç Mustafa Kılıçoğlu ve Tuncer Özmen, Salı günü öğleden sonra beni arayarak önemli mazeretleri sebebiyle seminerde bizlerle birlikte olamayacaklarını bildirdiler; hem kendilerini etkileyen ve hem de aramızda olmalarını engelleyen mazeretleri için üzüntümüz sonsuzdur. Bu üzüntüyü hafifletmek üzere Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkan Vekili Sayın Osman Güven Çankaya dün akşam bir kez daha telefonla aradılar, seminer boyunca manen bizlerle olacağını teyid ettiler ve siz katılımcılara selam ve sevgilerini iletmemizi bildirdiler. Sayın Çankaya'ya huzurlarınızda bir kez daha teşekkür ediyorum.

10. Hukuk Dairesinden Sayın Sami Koçak ve Sayın Süleyman Caner tekrar aramızdalar, bundan büyük bir mutluluk duymaktayız. Bu arada bizleri seminerlerimizin çoğunda yalnız bırakmayan ve yine beraber olmayı kabul eden 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Sayın Resul Aslanköylü'ye hoş geldiniz der, saygılarımı ve şükranlarımı sunarım.

21. Hukuk Dairesinden Sayın Asuman Celkan seminerimize şeref verdiler, kendilerine teşekkür ediyorum. Aynı daireden bir üye daha, Sayın Serpil Özge görevlendirilmişti, ancak mazeretleri dolayısıyla katılamadılar; yine de gösterdikleri katılma isteği için teşekkürlerimi sunmak, benim için bir borçtur.

Her zaman olduğu gibi seminerimiz için tebliğ hazırlayan ve sunumunu yaparak tartışmalara katılan, genel görüşmeleri daha ilginç ortama çeken Milli Komite üyelerine huzurunuzda bir kez daha teşekkür etmek benim için zevkli bir görevdir.

Değerli konuklar, ilk oturum başkanlığını üstlenen Sayın Sami Koçak'ı ve ilk tebliği sunmak üzere de Sayın Doç.Dr. Ömer Ekmekçi'yi kürsüye davet ediyor, kendilerine ve katıldığınız ve katkılarınız için sizlere teşekkürlerimi sunuyorum.

Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi

Oturum Başkanı: **Sami KOÇAK**
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi

Tebliğ Sahibi: **Doç. Dr. Ömer EKMEKÇİ**
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

I. İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASI

1) Yönetim kurulu'na seçilen genel müdürle şirket arasındaki ilişki

Anımsanacağı gibi, yönetim kurulunda yer alan genel müdürle şirket arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, Yargıtayın 2002 tarihli bir kararına (Y 9 HD, 11.3.2002 – 5004/3531) konu olmuş ve geçen yıl yapılan toplantıda ayrıntılı olarak incelenmişti (Bak. M. EKONOMİ, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004, 27 – 28).

Aynı konu 2003 tarihli bir Hukuk Genel Kurul Kararına konu olmuştur. Karara konu olayda banka genel müdürü ve yönetim kurulu üyesi olan davalı hakkında, bankacılık usul ve esaslarına aykırı olarak bankayı zarara uğrattığı iddiası ile Türk Ticaret Kanunu'nun 336 ve devamı maddeleri uyarınca sorumluluk davası açılmıştır.

Dokuzuncu Hukuk Dairesinden farklı olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 5.2.2003 – 9 – 82/65 sayılı kararında (İBD cilt 78, sayı 2004/4, 1612 – 1618), ilke olarak banka yönetim kurulu üyeleri ile banka tüzelkişiliği arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesine dayandığı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararlarının şirket genel müdürü iken yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişinin hizmet akdi ilişkisinin sona erdiği yolunda olduğu, genel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun TTK 320 ve 336. maddelerine göre belirlendiği, taraflar arasındaki uyuşmazlığın temelini TTK hükümleri ve Bankalar Kanunu hükümleri oluşturduğu için, bu uyuşmazlıkların TTK m.21 gereğince mutlak ticari davalardan olduğu, taraflar arasındaki uyuşmazlık iş sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık niteliğinde olmayıp TTK ve Bankalar Kanunundan doğan yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluk davası olduğundan, bu tür davaların iş mahkemesinde görülemeyeceği sonucuna varmıştır.

Karara O. Güven Çankaya ve C. İlhan Günay tarafından düzenlenmiş bulunan karşı oy yazısı da eklidir.

Aynı olay bu kez dava arkadaşlığı bakımından Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir. Genel Kurul 5.5.2003 – 9 – 261/254 sayılı kararında (Legal Hukuk Dergisi 2004/21, 2633 – 2638) yine, iş sözleşmesi ile çalışan genel müdürün yönetim kuruluna seçilmesiyle iş sözleşmesinin son bulacağı yolundaki görüşünü tekrarlamıştır.

Karar geçen yıl tartışıldığı ve banka genel müdürü Bankalar Kanunu hükümleri gereği yönetim kurulunun doğal üyesi olduğu için, kendisiyle hem iş söz-

leşmesinin unsurları bulunan bir ilişki hem de vekalet sözleşmesine dayalı bir ilişki kurulmuş olduğu benimsenmiş bulunduğu için (bak. EKONOMİ, 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, 80), aynı kararın yeniden gündeme getirilmesine gerek görülmemiştir.

2) Şirket Ortağının İşçi Statüsünde Sayılması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.10.2002 – 4134/19024 sayılı kararında; limited şirket ortağının, ortak olduğu şirkette hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalışmasına bir engel bulunmadığı, davacı ile Şirket arasında 625 sayılı Kanuna göre düzenlenmiş sözleşmenin stajyer sözleşmesi olmayıp hizmet sözleşmesi koşullarını taşıdığı gerekçesiyle limited şirket ortağının işçi olduğu sonucuna varılmıştır.

Karar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.4.2003 – 9 – 308/303 sayılı kararına konu olmuştur **(İşveren D., Kasım 2003, 15 – 16).**

9. Hukuk Dairesinden farklı olarak Genel Kurul;

- bir kimsenin çalışmasının işçilik niteliğinde kabul edilebilmesi için, zaman, bağımlılık ve ücret ölçütlerine göre değerlendirme yapılması gerektiği,
- buna karşılık 1479 sayılı Kanunun 24. maddesinde gösterilen kişilerin işçi statüsünde kabul edilemeyeceği, bir limited şirket ortağının kural olarak kendi adına bağımsız çalışan bir kişi olduğunu ve işçi statüsünde çalışamayacağını,
- işverenlik ve işçilik statüsünün aynı kişide birleşemeyeceği,
- kural böyle olmakla birlikte iş hayatında ayrık durumların ortaya çıkabileceği,
- bir kimsenin biçimsel olarak şirket ortağı gözükmesine karşın bağımlı çalışma koşulları ve aldığı ücret, bağımsız çalışma ve kazanç sağlama durumundan daha baskınsa bu takdirde salt şirket ortağı olmasına dayanarak bir sonuca gidilemeyeceği,
- hukuki statüsü belirlenmek istenilen kişinin şirket içerisindeki pozisyonu, gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret birlikte değerlendirilerek ekonomik yaşamının ne şekilde sürdürüldüğü ortaya konularak sorunun çözümlenmesi gerektiği,

- sembolik sayılabilecek bir oranda limited şirket ortağı gözükmesine karşın kişinin yasaların öngördüğü anlamda ve yukarıda belirtilen unsurlar çerçevesinde işçi olarak çalıştığının belirlenmesi durumunda yasal karinenin aksi kanıtlanmış kabul edilerek kişinin işçi sayılması gerektiği,
- davacının ortağı bulunduğu şirkette % 25 gibi önemli bir paya sahip bulunduğu,
- şirket kayıtlarında yapılacak incelemede davacının çalışma biçimi ve bunun karşılığında aldığı ücret ile şirket ortağı olarak sağladığı kazancın karşılaştırılarak limited şirket ortaklığı ekonomik yaşamda baskın çıktığı takdirde davacının tamamen ticari kazanç sağlayan ve bağımsız çalışan bir kişi olduğunun kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Kanımca Genel Kurulun görüşü isabetlidir. Bir kimsenin ortak sıfatıyla bulunduğu Şirkette çalışması iş sözleşmesinin kapsamına girmez. Gerçekten; bir kimsenin ortak sfatıyla bulunduğu bir işyerinde aynı zamanda işçi kabul edilmesi kanımca da mümkün değildir.

Ayrıca Genel Kurulun, iş hayatında ayrık durumların ortaya çıkabileceğine ilişkin tespiti de yerindedir. Nitekim; bir kimsenin esasen bağımlı çalışma koşullarının gerçekleştiği bir işyerinde şeklen veya sembolik sayılabilecek bir oranda ortak olarak gözükmesi de mümkündür. Böyle bir durumda şekli veya sembolik orandaki ortaklık ilişkisine üstünlük tanınamayacağı açıktır.

3) İş Kanunu Kapsamı Dışında Kalan İşler

a- Antrenörler

İş Kanunu'nun m.4/g bendinde sporcular hakkında da İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 8.12.2003 – 19887/20178 sayılı kararında sporcu ve antrenör kavramları irdelenerek, **(İşveren D., Şubat 2004, 18)**, bir spor kulübünde voleybol antrenörü olarak çalışan kişinin İş Kanunu kapsamında olduğu sonucuna varmıştır.

Karara göre, "... İş yasasının 5.maddesi ile sporcular iş yasası kapsamı dışında bırakılmışlardır. Davacının durumunun değerlendirilebilmesi için "spor sporcu ve antrenör " tanımlamalarının açıklığa kavuşturulması gerekir. Spor ferdi veya kollektif oyunlar şeklinde yapılan ve genellikle yarışmaya yol açan beden hareketleridir. Sporcu ise, spor yapan ve sporla uğraşan kimse olarak

sözlüklerde tanımlanmaktadır. Yine sözlük itibarıyla antrenör; sporcuları veya spor takımlarını tedrici çalışmalarla karşılaşmalara hazırlayan kimselerdir. Sporcuların çeşitli fiziki hareketleri yaparak düzenli fakat, ölçülü bir şekilde çalışarak kendilerini hazırlamalarına antreman denilmekte olup, antrenörler bu faaliyetleri organize ve idare eden kişilerdir. Bütün bu anlatımlar, sporcu ile antrenörün birbirinden farklı uğraşlar yaptıklarını ortaya koymaktadır. Yasada "sporcu" olarak belirtilen kişilerin yarışma ve müsabakalara katılan şahıslar olarak kabul edilmesi gerekir. Antrenörün asli görevi spor yapmak değil, sporcuları yarışma ve karşılaşmalara hazırlamaktır. Yani bir anlamda antrenör, öğreten ve eğitim veren kişidir. Yasanın açık anlatımından da profesyonel sporcuların istisna kapsamına alındıkları anlaşılmaktadır. Davacı antrenör olarak hizmet akdi ile çalıştığına göre, işverenle aralarında çıkan uyuşmazlıkta görevli mahkeme iş mahkemesi olduğundan mahkemenin vermiş olduğu görevsizlik kararının bozulması gerekmiştir..."

Karara ekli karşı oy yazısında ise, voleybol antrenörünün yaptığı işin niteliği itibariyle sporcu kavramı ve kapsamı içinde düşünülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kararda antrenör ile klübü arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine de değinilerek, bunun bir hizmet ilişkisi olduğu açık surette vurgulanmıştır.

Bilindiği gibi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi antrenör olarak çalışanların İş Kanunu'nun kapsamına girip girmediği konusunda birbirinden farklı yönde kararlar vermiştir.

Nitekim Dairenin, antrenörü İş Kanunu kapsamında gören kararları olduğu gibi (21.1.1991 – 1992/305; 1991 SOYER 1991 Milli Komite, 10 - 11), çoğunluk kararları bunun tam aksinedir (15.9.1992 – 2858/10152; 11.6.1997 – 6542/11529; 9.11.1998 – 11825/15702; Kararlar için Bak. AKYİĞİT, Şerh, 223 vd.).

Yargıtay, yukarıda yer verilen kararında, antrenörü İş Kanunu kapsamında görmeyen 9.11.1998 tarihli kararına ekli karşı oy yazısındaki ifadelerle, bu kez çoğunlukla verdiği kararların aksi sonuca varmıştır. Ancak Yüksek Mahkeme 2003 yılında antrenörü İş Kanunu kapsamında gören bu kararından hemen sonra 2004 yılı içerisinde bu kez yine görüş değiştirerek, bu kez oybirliğiyle, antrenörün İş Kanunu kapsamında olmadığına karar vermiştir (bak. Y 9 HD., 30.3.2004 - 2003.- 14073 – 2004/6561, Tekstil İşveren D., 34, T. CENTEL'in incelemesiyle birlikte). Bu son kararda, Yargıtay esasa ilişkin hiçbir gerekçe zikretmemiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; antrenörlerin İş Kanunu kapsamında olup olmadığı konusundaki kararları, Yargıtayın sıklıkla görüş değiştirdiği konulardan birini oluşturmaktadır.

Kanımca, 2003 yılında verilen karardaki çoğunluk görüşü daha isabetlidir. Öncelikle; İşK.m.4 bir istisna hükmüdür ve dar yorumlanması gerekir (SOYER, Milli Komite 1991, 10). Bir istisna hükmünün kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün olmamak gerekir. Öte yandan; m.4/g bendinde sporla ilgili kişilerden değil, açıkça sporculardan söz edilmektedir. Sporcu ise, yarışmalara fiilen katılan kişidir. Bu kişileri hazırlayan kişilerin sporcu olmadığı açıktır. Sporcu kavramı karşı oy yazısında olduğu gibi geniş düşünüldüğü takdirde, sporcuların yarışmalara hazırlanmasını temin eden, kondisyoner, malzemeci gibi kişileri de İş Kanunu kapsamı dışında görmek gerekir ki, böyle bir sonucun isabetli olmayacağı açıktır.

Nitekim öğretideki görüşler de antrenörün İş Kanunu kapsamında olduğu yolundadır (Bak. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri,67; SOYER, Milli Komite 1991, 10).

b- Esnaf ve sanatkar faaliyeti

Yargıtayın İş Kanunu'nun kapsamına ilişkin bir başka kararı minibüs işyerinin İş Kanunu kapsamına girip girmediğine ilişkindir. Yargıtay bu konudaki istikrarlı içtihadlarını bu yıl da tekrarlamıştır.

Dairenin 15.9.2003 – 11624/14465 sayılı kararında, davalıya ait ticari minibüs işyerinde çalışan davacı, hizmet akdinin haksız feshedildiğini belirterek ihbar ve kıdem tazminatı ile bir kısım işçilik ücretlerinin tahsilini talep etmiştir.

Yerel Mahkeme, davalının geçimini sınırlı olarak iki şoför çalıştırdığı dolmuşçulukla kazandığı işyerinin 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2.maddesi kapsamında kaldığı 1475 sayılı yasanın 5/5 maddesi uyarınca iş kanunu hükümleri uygulanacağı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Bilindiği gibi, 1475 sayılı İş Kanununun 4. maddesinde (4857 sayılı Kanun m.4) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerleri Kanunun kapsamı dışında tutulmuştur. İstisna kapsamına girebilmek için; işçinin 507 sayılı Kanunun esnaf tanımına uygun faaliyetin yürütüldüğü bir işyerinde çalışması, bu işyerinde en çok üç kişinin çalışması ve esnafın geçimini sınırlı olarak bu işyerinde yürütülen faaliyetten temin etmesi gerekir (Bak. SÜZEK, 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 5 - 6).

Bu istisnanın hiçbir şekilde haklı bulunması olanağı olmadığı öğretide haklı olarak belirtilmektedir (Bak. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 67).

Diğer unsurlar mevcut olsa dahi, geçimini sınırlı olarak bu faaliyetten temin etmeyen kişilere ait işyerleri Kanunun kapsamı içerisinde yer alacağından, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında, davalının adına tapuda kayıtlı birden fazla gayrimenkulunun olduğu ve bunların bir kısmında çocuklarının oturduğu, bir kısmında ise kira geliri olduğunun anlaşıldığı, gayrimenkuldan gelen kira gelirini fiilen çocuklarının almış olmasının sonuca etkili olmadığı, bir başka anlatımla davalının dolmuş işyerindeki kazancı yanında gayrimenkul kazancına da sahip olduğu, somut olayda davalının münhasıran ya da sınırlı olarak geçimini sadece dolmuşçulukla sağlamadığı ve bu nedenle işyerinin 1475 sayılı iş kanunun kapsamında sayılması gerektiği sonucuna varmıştır.

Yargıtay yine 6.2.2003 – 13534/1628 sayılı kararında **(İşveren D., Nisan 2003, 17-18)**, geçimini münhasıran sahibi olduğu otomobille sağlayan kişinin İş Kanunu kapsamının dışında olduğu sonucuna varmıştır.

4) Vekalet Sözleşmesi - İş Sözleşmesi Ayrımı

Yargıtay 9 Hukuk Dairesi 15.9.2003 – 15847/14406 sayılı kararında **(Legal, 2004/1, 221 – 222)**, aradaki ilişkinin bir vekalet sözleşmesi mi yoksa iş sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesinde, ücret ve bağımlılık unsurları ile yetinilmeyip, yapılacak işin bir zamanla mı yoksa sayıyla mı sınırlandırıldığının da dikkate alınması gerektiği, şayet sayı ile bir sınırlama varsa ilişkinin vekalet ilişkisine dayandığı, aksi takdirde bir iş sözleşmesinin söz konusu olduğu sonucuna varmak gerektiği, dava konusu olayda avukat olarak çalışan davacının sürekli olarak çalıştığı ve ücretlerinin her ay için ödendiği ve sayı ile iş yapmadığının anlaşıldığı, davacının kendisine ait bir bürosunun bulunmasının sonuca etkili olmadığı gerekçeleriyle, olayda avukatın iş sözleşmesiyle çalıştığı sonucuna varmıştır.

Yargıtay aynı ifadeleri içeren bir kararı 1996 yılında da vermiştir (Y 9 HD., 20.6.1996 – 3092/14111, Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, ULUCAN'ın incelemesiyle birlikte, 11-13).

Yargıtayın kararına göre, bir iş sözleşmesinin varlığını tespit bakımından; iş, ücret ve bağımlılık unsurları yeterli olmayıp, ayrıca işin bir sayıyla mı yoksa zamanla mı sınırlı olduğunun da incelenmesi gerekmektedir.

Kanımca bu ifade isabetli değildir. Gerçekten; eğer avukatın çalışma şekli itibariyle iş, ücret ve bağımlılık unsurları tespit edilebildiği takdirde, ayrıca işin

sayı veya zamanla sınırlı olarak yapılmış olup olmamasının hiçbir önemi yoktur. Bir iş ilişkisinin varlığını tespit bakımından, işin sayıyla veya zamanla sınırlı olarak yapılmış olup olmaması bağımsız bir unsur niteliğinde olmayıp, bunlar ancak bağımlılık unsurunun bulunup bulunmadığını belirlemek bakımından bir ek ölcüt niteliğinde olabilir. Somut olayda bağımlılık unsuru tespit edilebildiği takdirde, artık işin sayıyla mı yoksa zamana bağlı olarak mı verildiğinin önemi yoktur (Bak. ULUCAN, Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 12 – 13). Zira kurulan ilişkide bağımlılık unsuru belirgin bir nitelik gösterdiği takdirde, zaten artık vekalet sözleşmesinden söz etmek mümkün değildir.

Öte yandan; Yargıtayın görüşü, sayı ile iş yapıldığı takdirde, ancak vekalet sözleşmesinin varlığından söz edilebileceği gibi bir tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. Halbuki işin sayıyla yapılması bir iş sözleşmesinde de söz konusu olabilir.

Yargıtay, dava konusu olayda avukat olarak çalışan davacının sürekli olarak çalıştığı ve ücretlerinin her ay için ödendiği ve sayı ile iş yapmadığının anlaşıldığı, davacının kendisine ait bir bürosunun bulunmasının sonuca etkili olmadığı gerekçeleriyle ortada bir iş sözleşmesinin bulunduğunu kabul etmiştir. Halbuki, avukatların sadece dava başına ücret almayıp, dava sayısına bakılmaksızın aylık sabit bir miktarla çalışmaları ve zaman zaman müvekkile ait işyerine gitmeleri son dönemlerde yaygınlaşan bir uygulamadır. Bu gibi unsurlar, iş ilişkisinin belirlenmesi bakımından asli unsur haline getirildiği takdirde, avukatlık bürolarının önemli bir kısmının iş ilişkisiyle çalıştığı sonucuna varılabilecek, bu durum da herhalde onlarca Şirketle iş ilişkisi bulunan avukatları ortaya çıkaracak ve özellikle çok sayıda avukatın birlikte çalıştığı bürolarda, bunların hangisinin hangi müvekkille iş ilişkisi içerisinde çalıştığının belirlenmesi gibi pek çok sorunu beraberinde getirecektir.

5) İş İlişkisinin Türleri

a) Belirli Süreli İş Sözleşmesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin **22.9.2003 – 2474/15155 sayılı kararında**, iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı incelenmiştir.

Karara konu olayda **(Legal 2004/1, 215 – 216)**, davacı işçinin sözleşmesinde, "sözleşmenin geçerliliği Bartın-Amasra yolunun yapım işlerinin tamamlanmasına devam eder." hükmüne yer verilmiştir. İşçinin sözleşmesinin işverence yol yapım işinin bitiminden önce feshedilmesi üzerine, bu kez işçi sözleşmenin belirli süreli olduğu iddiasında bulunmuştur.

Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmeyi belirli süreli olarak kabul etmemiş ve buna gerekçe olarak,

- sözleşmenin geçerlilik tarihi olarak belirtilen yol yapım işinin ne zaman sona ereceği konusunda somut bir tarih bulunmadığı ve
- davacı işçinin ilk açtığı davada kıdem ve ihbar tazminatı talep edilip ihbar tazminatının hüküm altına alınmasının, akdin belirsiz süreli olduğunun davacı tarafından da kabul edilmiş olmasını göstermiştir.

Yargıtayın bu kararı, bir iş sözleşmesinin belirli süreli sayılması konusunda, daha önce vermiş bulunduğu kararlarıyla da uyumludur (Bak. AKI, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1998 Yılı kararlarının Değerlendirilmesi, 18 – 20; SÜZEK, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 67 – 69).

Yargıtayın 2003 tarihli bir başka kararında **(Y 9 HD., 27.2.2003/1523/2559, Tekstil İşveren D., Haziran 2003, 40 – 41)**, belirli süreli iş sözleşmesinin kaç kez yenilenmekle belirsiz süreli nitelik kazanacağı incelenmiş ve Dairenin yerleşik içtihadlarına göre, belirli süreli bir iş sözleşmesinin bir kez yenilenmekle bu niteliğini kaybetmeyeceği ve belirsiz süreli nitelik kazanmayacağı sonucuna varılmıştır.

Gerçekten, Yargıtayın bir defaya mahsus olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerini dahi, somut olayın özelliklerine göre, belirsiz süreli sayan kararları bulunmakla birlikte, çoğunluk kararları, belirli süreli iş sözleşmelerinin ancak ikinci yenilemeyle belirsiz süreli nitelik kazanacağı yolunda olmuştur.

Ne var ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesindeki düzenleme bu yoldaki kararları artık ortadan kaldıracaktır. Gerçekten, yeni İş Kanunu'nun 11. maddesinde, belirli süreli iş sözleşmesi, "... 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 bir sözleşmesi ...." olarak tanımlanmıştır.

Hükmün isabet derecesinin tartışılması bir yana, yeni Kanuna göre artık önemli olan belirli süreli olarak yapılan iş sözleşmesinin kaç defa yenilendiği değil, belirli süreli olarak yapılmasını veya yenilenmesini gerektirir objektif bir nedenin bulunup bulunmadığıdır. Nitekim Kanunun açık hükmü gereği, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını objektif olarak gerektiren bir neden olmadıkça, bir defaya mahsus olarak yapılsa dahi, baştan itibaren belirsiz süreli

bir iş sözleşmesinin varlığından söz edilecektir. Sözleşmenin belirli süreli olarak yapılmasını gerektirir objektif bir neden bulunması halinde ise, kaç defa yenilenirse yenilensin, belirli süreli iş sözleşmesi bu niteliğini kaybetmeyecektir.

Yargıtay **11.4.2003 – 20581/6120 sayılı kararında (Çimento İşveren D., Temmuz 2003, 52 – 53)**, yerleşik kararların belirli süreli iş sözleşmesinin birden çok kez yenilenmesi halinde belirsiz süreli nitelik kazanacağı yolunda olmakla birlikte, davacının gerek genel müdür oluşu ve gerekse işin mahiyeti karşısında, sözleşmesi kaç kez yenilenmiş olursa olsun, belirsiz süreli nitelik kazanmayacağı sonucuna varmıştır.

Kararda sözü edilen işin mahiyetinin ne olduğu karar metninden anlaşılamamaktadır. Bununla birlikte; öğretide, yasa gereği sürelendirmeler kapsamına, 625 sayılı Kanuna tabi öğretmenlerin yanısıra, TTK m.344 hükmü gereğince anonim şirket genel müdürleri ile yapılan iş sözleşmeleri sokulmaktadır (bak. G. ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, 112 vd)

b) Kısmi süreli iş ilişkisi

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun **12.3.2003 – 21 – 143/159 sayılı kararında**, davacının gördüğü iş itibariyle tam gün çalışmasının gerekmediği tespit edilerek, işçi ile işveren arasında bir kısmi süreli iş ilişkisinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu yönü itibariyle kararın bir özelliği yoktur. 1475 sayılı Kanun dönemine ilişkin kararda, dava konusu olaya ilişkin olsun veya olmasın, kısmi süreli istihdam şekilleri konusunda genel bilgi verilmiştir.

Değinilen konuların pek çoğu zaten 4857 sayılı Kanunla hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda kararda,

kısmi süreli çalışmanın yasalarımızda düzenlenmediği, ancak engel bir hüküm de bulunmadığı,

kısmi süreli çalışmalar klasik kısmi çalışma ve esnek kısmi çalışma olarak ayrılmış ve bunların türleri hakkında öğretiye atıflar yapılarak bilgi verilmiş,

öte yandan; kısmi süreli iş sözleşmesine uygulanacak kurallarla tam süreli iş sözleşmesine uygulanacak kuralların, esas itibariyle aynı olduğu (ki 4857 sayılı Kanunun 13. maddesinde açık olarak düzenlenmiştir),

kısmi süreli iş sözleşmelerinde bir işçinin kıdem tazminatına esas hizmet süresinin hesaplanmasında, işçinin fiilen çalıştığı sürelerin birleştirilmesiyle

bulunacak sürenin değil, sözleşmenin başlangıç ve sona erme tarihleri arasındaki sürenin göz önünde bulundurulması gerektiği, aynı esasların ihbar tazminatına esas hizmet süresinin hesaplanması bakımından da geçerli olduğu,

asgari ücretin işçilere normal çalışma karşılığı ödenmesi gereken en az ücret olduğu, kısmi süreli çalışanlara bu oranda daha az ücret verilebileceği **(aynı yönde Y 9 HD., 16.10.2003 – 4877/17229, Legal 2004/1, 193),**

yıllık izin için bir yıllık bekleme süresinin hesaplanmasında işçinin hizmet sözleşmesine göre çalışması gereken günlerde hizmetini sürdürmesinin yeterli olduğu (ki Yıllık İzin Yönetmeliğinde açık olarak düzenlenmiştir),

tam süreli çalışmalardaki fazla çalışmaya ilişkin normatif düzenlemelerin kısmi çalışmalara da uygulanacağı belirtilmiştir.

Ancak 4857 sayılı Kanun bu son konuda fazla çalışma – fazla sürelerle çalışma ayrımı yaparak kısmi süreli iş sözleşmesinde fazla çalışmayı değişik hükümlere bağlamıştır. İş Kanunu'nun m.41/III. fıkrasında, 45 saatin altında iş süresine tabi kişilerin, bu arada kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların fazla çalışma esasları düzenlenmişken, "İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği" nin m.8/d bendindeki kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla sürelerle çalışma yaptırılamayacağı yolundaki hukuki gaf niteliğindeki yasağın bir an önce ortadan kaldırılması zorunludur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin **31.3.2003 – 1377/5437 sayılı kararında da (Çimento İşveren D., Temmuz 2003, 52),** haftanın belirli günlerinde çalışan ve ücreti buna göre belirlenen işçinin iş sözleşmesinin feshinde çalışma süresine göre ödenen son aya ait ücret toplamının otuza bölünerek günlük ücretinin bulunması gerektiği sonucuna varılmıştır.

c) Ödünç İş İlişkisi

Bilindiği gibi, geçici (ödünç) iş ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunuyla **yasal temellere** kavuşmuştur. Bununla birlikte, ödünç iş ilişkisi kurumu Borçlar Kanunu'nun 320. maddesi ve yabancı hukuk uygulamaları çerçevesinde şekillendirilmekte ve geçerli kabul edilmekteydi. Buna uygun olarak ödünç iş ilişkisi Yargıtayın da zamana zaman verdiği kararlara konu olmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu ise uygulamada adeta **sorumsuz işçi çalıştırma** şeklinde fiilen sürdürülen bu kurumu yasal hükümlerle sınırlandırmış ve aykırılığı cezai yaptırıma bağ-

lamıştır (BAK. Ö. EKMEKÇİ, 4857 sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal 2004/2, 367 vd.).

Yargıtay bu kuruma 2003 tarihli bir kararında da yer vermiştir **(Y 9 HD., 22.9.2003 – 2572/15250, YKD Ocak 2004, 64 – 65).**

Karara konu olayda, davacı işçi davalı işverene ait Beylikdüzündeki işyerinde çalıştığı sırada başka bir işverene ait olup davalı işverenin de mallarının satıldığı Mimarobadaki işyerine iki ay süre için ödünç işçi olarak verilmiş ve fakat iki aylık sürenin sonunda geri dönmemiştir. Yargıtay isabetli olarak davacı işçinin ödünç iş ilişkisi süreninin bitiminde geri dönmemesini iş sözleşmesini kendisinin feshettiği anlamına geldiği sonucuna varmıştır.

Karar kuşkusuz yerindedir. Gerçekten; sürekli işverenle olan iş sözleşmesi devam ederken, geçici iş ilişkisi herhangi bir nedenle, örneğin süresinin bitimiyle sona erdiğinde, geçici işçi sürekli işverenin işyerine dönüp çalışmak ve sürekli işveren de ona iş vermekle yükümlüdür (EKMEKÇİ, 4857 sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, 381). Karara konu olayda, davacı işçinin geçici iş ilişki süresinin bitiminde iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenin işyerine geri dönmemesi de iş sözleşmesini kendisinin feshettiği anlamına gelir.

Öte yandan; karara konu olayda, davacı işçi davalı işverene ait Beylikdüzündeki işyerinde çalışmakta iken, kendi mallarının da satıldığı bir başka işverene ait işyerinde görevlendirilmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki; ödünç iş ilişkisinden söz edebilmek için, işçinin geçici bir süre için bir başka işverenin nam ve hesabına çalışması gereklidir (Bak. P. SOYER, İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar, Yasa HD. Mart 1980, 339; EKMEKÇİ, 4857 sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, 367).

Karardan, davacı işçinin kendi işverenin de mallarının satıldığı Mimarobadaki işyerinde çalışmasının, iki işverenin aralarında yaptığı bir sözleşme gereği kendi işvereninin nam ve hesabına mı yoksa ikinci işverenin nam ve hesabına mı olduğu anlaşılamamaktadır. Kararda, işçinin geçici olarak çalıştığı ikinci işyerinde kendi işvereninin mallarının da satıldığı ifadesi, davacı işçinin bu işyerinde, örneğin mallarla ilgili bir kurulumun yapılması, malların depolanma şeklinin gösterilmesi gibi bir nedenle de çalışmış olabileceği konusunda tereddütler uyandırmaktadır. Eğer durum böyle ise, başka bir anlatımla, ikinci işyerinde kendi işvereni nam ve hesabına çalışıyorsa, ortada bir ödünç iş ilişkisinden söz etmek mümkün olmaz.

6) İş Mahkemelerinin Görevi

a) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi son dönemlerde görülen bir uygulamaya ilişkin olarak 2002 yılından itibaren ve 2003 yılında da devam ederek son derece isabetli kararlar vermiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 26.11.2002 – 24798/22859 sayılı kararına (İşveren D., Nisan 2003, 17 – 18) konu olayda, işverene eski hükümlü çalıştırmadığı gerekçesiyle idari para cezası tahakkuk ettirilmiş ve 1475 sayılı İş Kanunu döneminde idari para cezalarına itiraz mercii olan sulh ceza mahkemesinde yapılan yargılama sonunda karar işveren aleyhine kesinleşmiştir.

İşveren bu kez iş mahkemesinde dava açarak, istihdam zorunluluğunun henüz doğmadığı ve buna bağlı olarak eski hükümlü çalıştırmama nedeniyle idari para cezası tahakkukuna yer olmadığının tespiti için dava açmış ve iş mahkemesi de bu davayı görmüştür.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise son derece isabetli bir şekilde;

idari para cezasına itirazı kapsayan talebin İş Kanunu uygulamasından doğmakla birlikte işçi ile işveren arasında hizmet akdinden doğan bir uyuşmazlık niteliğinde olmadığı,

ortada bir ceza uyuşmazlığı olduğu, ve idari para cezasına itirazın sulh ceza mahkemesine yapılması gerektiği,

bir kısım tespite ilişkin talepler eklenmek suretiyle idari para cezası uygulamasının önlenemesine yönelik karar verilemeyeceği,

mahkemece yapılacak işin görevsizlik kararı vermek olduğunu belirtmiştir.

Gerçekten; her mahkemenin görev alanı kanunlarla bellidir ve idari para cezalarına itiraz 1475 sayılı Kanun döneminde sulh ceza mahkemelerinin, 4857 sayılı Kanun döneminde ise idare mahkemelerini görev alanı içerisindedir. Sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren bir konunun iş mahkemesinde tartışmaya açılması, bu bağlamda, verilen para cezasının isabetli olup olmadığı sonucunu doğuracak bir davanın iş mahkemesinde görülmesi mümkün değildir.

İşverenin böyle bir tespit davası açmaktaki amacı olsa olsa tarafları, konusu ve dava nedenleri aynı olan iki kesinleşmiş hüküm temin ederek iaei muhakeme yoluna gidebilmek düşüncesi olabilir.

Kaldı ki mahkemeler, hukuki mütalaa alınan yerler değil, hak uyuşmazlıklarını çözmekle görevli ve yetkili yerlerdir. Bir kanun hükmünün ne şekilde yorumlanması gerektiğinin tespiti şeklinde bir dava açılması mümkün değildir.

b) İş Mahkemelerinin görevine ilişkin bir başka karara konu olayda, davacı Bağ – Kur Genel Müdürlüğü, ilkokul mezunu olduğu halde sahte Tıp Fakültesi çıkış belgesiyle diğer davalı Sağlık Bakanlığı'nın sağlık ocaklarında hekim olarak çalışan diğer davalının düzenlediği reçeteler nedeniyle uğradığı zararın tazmini için İş Mahkemesinde dava açmış ise de, Yargıtay isabetli olarak, uyuşmazlığın işçi – işveren ilişkisine dayanmadığı ve Bağ – Kur Kanunundan da doğmadığı gerekçesiyle, bu uyuşmazlıkta genel mahkemelerin görevli olduğu sonucuna varmıştır (Y 9 HD., 23.10.2003 – 5899/17618, Legal 2004/4, 1443 – 1444).

c) Keza Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2.12.2003 – 7791/8808 sayılı kararında (YKD, Temmuz 2004, 1059 – 1061)isabetli olarak, tasarruf teşvik kesintilerinin işverence kesilip yatırılmaması nedeniyle işçinin açtığı davanın hizmet ilişkisinden doğduğu gerekçesiyle iş mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varmıştır.

7) İş Mahkemelerinin Yetkisi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 3.11.2003 – 6047/18571 sayılı kararına (Legal 2004/4, 1435 - 1436) konu olayda, iş sözleşmesiyle çalışan ve Avukat olan davacı, Genel Müdürlüğü Ankara'da bulunan davalı işverenin Ceyhan Bölge müdürlüğü sahası içerisindeki davalar için görevlendirilmiştir. Muhtemelen iş sözleşmesinde de, bu sözleşmeden doğan ihtilafların Ankara İş Mahkemesinde görüleceği düzenlenmiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde; iş mahkemelerinde açılacak her davanın, açıldığı tarihte dava olunanın ikametgahı mahkemesinde görülebileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili olan mahkemede de bakılabileceği ve buna aykırı sözleşme yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Davacının işçilik haklarının tahsili için açtığı davada Ceyhan İş Mahkemesi Ankara İş Mahkemesini yetkili görmüş ise de, Yargıtay davacının işini yaptığı yerin Ceyhan olduğunu, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinin davacıya iki tercih olanağı tanıdığı ve bu nedenle Ceyhan Mahkemesinin yetkili olduğu sonucuna varmıştır.

8) Asıl işveren - Alt İşveren İlişkisi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin **9.10.2003 – 3219/16714 sayılı kararında,** Ege Üniversitesi'nin ek bina inşaatında çalışan işçinin, işçilik haklarının tahsili için Rektörlüğe husumet tevcih edemeyeceği, davalılar arasındaki sözleşmede "anahtar teslimi" deyiminin yazılmamış olmasının sonuca etkili olmadığı, Üniversite'nin bu inşaatta kendi işçilerini de çalıştırdığının kanıtlanamadığı, **Üniversitenin** 1475 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesi kapsamında **ihale makamı** durumunda olduğu sonucuna varmıştır.

Kanımca Yargıtayın kararı son derece isabetlidir. Gerçekten bir hukuki ilişkiyi belirleyen olgu, sözleşmede kullanılan ifadeler değil, ortadaki fiili durumdur. Ortada asıl işveren – alt işveren ilişkisinin varlığını gösterir bir hukuki ilişki olmadıktan sonra – ki karara konu olayda yoktur - salt belirli terimlerin kullanılmaması nedeniyle böyle bir ilişkinin varlığı sonucuna varılamaz.

Ancak aynı durum tam tersi için de geçerlidir. Başka bir anlatımla, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin mevcut olduğu bir ilişkide salt belirli ifadelerin kullanılmış olması da asıl işveren sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Gerçekten; bazan, sırf asıl işveren sorumluluğundan kaçmaya kılıf yaratmak üzere, sözleşmelere işin anahtar teslimi olduğu yolunda hükümler konulduğu görülmektedir. Bu gibi hallerde yargının, sözleşmelerde kullanılan sözcüklere göre değil, fiili duruma göre inceleme yapması gerektiğinde tereddüt yoktur.

Dava konusu olayda Üniversiteye ait ek bina inşaatının yapımı söz konusudur. Bir işyerinde ne asıl iş ve ne de yardımcı iş sürecinde yer almayan bu tür işlerin bir asıl işveren – alt işveren ilişkisi doğurmayacağı 4857 sayılı Kanun'da daha açık surette düzenlenerek, bu konudaki tereddütler ortadan kaldırılmıştır. Bu bakımdan Yargıtayın taraflar arasındaki ilişki konusundaki nitelendirmesi isabetlidir.

Öte yandan anahtar teslimi kavramı, özellikle son yıllarda sıklıkla kullanılmaya başlanılan bir kavramdır. Hukuki bir kavram olmadığı için farklı içeriklerde değerlendirilebilmektedir. Öyle ki; işyerinde görülen asıl veya yardımcı işin anahtar teslimi yaptırılmasından ve böylelikle bu gibi işlerde asıl işveren – alt işveren ilişkisi doğmayacağından söz edilmektedir. Kanımca bu gibi nitelendirmeler tamamen hatalıdır.

II. İŞ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER

1) Ücret

a) İbranameler

Yargıtayın yıllardır istikrar bulmayan kararlarından bir kısmı da genellikle ibraname olarak adlandırılan belgelerin hukuki geçerliliğine ilişkindir.

Öncelikle bu konuda yapılan temel bir hataya değinmek gerekir. Uygulamada sıklıkla görülen bu tür belgelerin hukuki niteliği birbirinin aynı değildir. Gerçekten bu tür belgeler bazan bir sulh sözleşmesi veya menfi borç ikrarı, bazan da gerçek bir ibra olarak ortaya çıkar (ayrıntılı bilgi için bak. **EKMEKÇİ,** İşçinin İşverenden Olan Alacağından Vazgeçmesi Sonucunu Doğuran Hukuki İşlemler, Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, 1996/1, 4 vd.; ÇİL, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Kamu İş D., 2004, sayı 3, Resul Aslanköylü'ye Armağan, 132 vd.).

Bir ibradan söz edebilmek için de işçinin mevcut bir hakkından vazgeçmiş bulunması gerekir.

Bu belgelerin geçerliliği konusunda öğreti ve Yargıtayın görüş birliği içerisinde olduğu tek nokta, gerek işe girerken beyaza imza şeklinde, gerekse iş sözleşmesi devam ederken, diğer deyişle iş sözleşmesinin sona ermesinden önce düzenlenmiş bulunan bu türden belgelerin geçersiz olduğudur. Bu kararların isabetli olduğunda tereddüt yoktur.

Nitekim Yargıtay 2003 yılında da, iş sözleşmesi devam ederken alınan ibranamelerin geçersiz olduğunu bir kez daha vurgulamıştır **(Y 9 HD., 8.12.2003 – 8998/20326, Legal 2004/2, 659 – 660).**

Hatta Daire **9.9.2003 – 14034/13734 sayılı kararında (Legal 2001/1, 227)** iş sözleşmesi sona erdikten sonra ve fakat henüz işlemeye başlamamış faiz hakkından vazgeçmeye ilişkin beyanın da geçersiz olduğu sonucuna varmıştır.

Yargıtayın ibraname adı verilen belgeler konusunda istikrarlı olarak sürdürdüğü bir başka kararı, ibraname muhtevası ile işveren beyanının çelişkili olduğu olaylara ilişkindir. Nitekim Yargıtay 2003 yılında verdiği bir kararında da, **(Y 9 HD., 30.1.2003 – 12610/942, YKD Temmuz 2004, 1055 – 1057),** işçinin haklarının ödendiğine dair ibranamede fazla çalışma ve resmi tatil ücretlerini aldığının yazılı olduğu, işverenin fazla çalışma ve resmi tatil çalışması yapılmadığı yolundaki beyanının ibraname muhtevası ile çelişkili olduğu, mevcut

olmadığı ileri sürülen bir hakkın ibraname ile ödendiğinin savunulamayacağı sonucuna varmıştır **(aynı yolda Y 9 HD., 24.10.2003 – 4939/17956, Legal 2003/4, 1442 – 1443).**

Ancak bunun dışında, salt işçinin el yazısıyla düzenlenmiş olmasına veya matbu nitelikte olmasına göre, bu belgelerin geçerli veya geçersiz olduğu sonucuna varan kararları isabetli bulmak mümkün değildir (Karş. ÇİL, 155).

Yine bu kriterler gibi, özellikle son yıllarda, işçilik haklarının tek tek sayılmış bulunduğu gerekçesiyle, bu belgeleri geçerli gören kararlar ortaya çıkmıştır. Kanımca, hakların tek tek sayılmış olup olmamasına göre, işçinin bir hakkının mevcut olup olmadığının belirlenmesi isabetli değildir. Gerçekten bir hak vardır veya yoktur. Bunların tek tek sayılmış olup olmamasına göre farklı sonuçlara varmak, şekli bir düzenlemeyle maddi sonuç yaratılması anlamına gelir.

Yargıtay 2003 yılında da bu ayrımı esas alan kararlarını sürdürmüştür. Nitekim **Y 9 HD.'nin 25.9.2003 – 2690/15379 sayılı kararında (Legal 2004/1, 210 – 211),** işçiye imzalatılan belgede her ne kadar miktar yazılı değil ise de, açıkça ayrı ayrı zikredilmek suretiyle fazla çalışma, izin ücreti, hafta ve genel tatil alacaklarının tahsil edildiğinin belirtildiği, Dairenin kararlılık kazanmış uygulamasına göre bu gibi ibranamelerin geçerli kabul edildiği, eğer miktar yazılı ise bu belgelerin makbuz niteliğinde kabul edildiğini ifade etmiştir (ayrıca Y 9 HD., 16.10.2003 – 4872/17224, Legal 2004/4, 1449 – 1450).

Yargıtayın 2003 yılında verdiği bir başka karar, bu gibi belgelerin geçerliliği konusunda çok daha açık bir tavrı ortaya koymakta ve işçinin mevcut bir hakkından vazgeçtiğine ilişkin beyanına geçerli hukuki sonuç bağlanmaktadır.

Gerçekten Yargıtayın **18.2.2003 – 24164/1808 sayılı kararına (Legal 2004/3, 1074 – 1075)** konu olayda, davacının imzasını taşıyan ibraname başlıklı belgede, miktar belirtilmek suretiyle ihbar ve kıdem tazminatlarının ödendiği belirtilmiş, ayrıca bu belgenin imzasından sonra her ne ad altında olursa olsun ilave bir hak doğsa dahi bunları talep etmeyeceği, bu haklardan vazgeçtiği açıklanmıştır. Yargıtay, davacının iradesinin fesada uğradığının ispatlanamadığı, ödenen tazminatlar haricindeki ihbar ve kıdem tazminatı haklarından vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. İşçinin ilave bir hakkının bulunduğu sabit iken, iradesinin fesada uğraması dışında bundan vazgeçebileceğine ilişkin bu karar, Kanunun emredici hükümlerini bertaraf eden son derece sakıncalı bir yorumu içermektedir.

Keza Dokuzuncu Hukuk Dairesi **11.12.2003 – 9583/20666 sayılı kararında (Legal 2004/2, 646 – 648),** davacı ibraname ile faiz hakkından açıkça feragat

ettiğinden, faiz alacağına yönelik talebin reddi gerektiği belirtilmiştir. Aslında bu son kararda Yargıtayın vardığı sonuç doğrudur. Gerçekten, karara konu olayda, davacı işçinin faiz hakkını saklı tuttuğuna ilişkin ihtarnamesi, borcun tamamı ödendikten sonra işverene ulaşmış ve Yargıtay son derece haklı olarak, borcun tamamı ödedikten sonra faiz talep edilemeyeceğini belirtilmiş ise de, ayrı bir gerekçe olarak davacının faiz hakkından açıkça feragat ettiğinden söz etmiştir. Yargıtayın, somut olayda hiç gereği yokken, faiz hakkından feragat ettiğinden de söz etmiş olması esas itibariyle işçilik haklarından vazgeçmeyi içeren bir beyana geçerli sonuç bağlama konusundaki kararlılığını vurgulamaktadır.

Bu karara ekli karşı oy yazısında ise, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun "...İşverenin güçlü, işçinin zayıf durumda bulunması, davacının kısmi ödemeyi alma ihtiyacının olması, dolayısıyla ortada davacı yönünden müzayaka benzeri bir durumun bulunması karşısında..." ifadelerini içeren 17.12.2003 – 9 – 760/760 sayılı yayınlanmamış bir kararına atıf yapıldıktan sonra, davaya konu ibranamelerin işçinin gerçek idaresini yansıtmadığı, faizi de kapsayan kısmi ifa olduğu, İş Hukukunda özellikle düzenlenen kıdem tazminatı faizi için söz konusu ihtirazi kaydın ibranameleri makbuza dönüştürdüğü (Convertion) ifade edilmiştir.

Ancak Yargıtay 2003 yılında verdiği başka kararlarında, son derece isabetli olarak, söz konusu belgelerin sadece ödenen miktarı gösteren makbuz niteliğinde olduğu, işçinin ödenmemiş haklarını ortadan kaldırmayacağı sonucuna varmıştır.

Nitekim; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi **16.10.2003 – 4872/17224 sayılı (Çalışma ve Toplum, 2004/2, 159 – 160) ve 5.12.2003 – 5343/18724 sayılı (Tühis, Şubat 2004, 63 – 64)** kararlarında, ibranamenin sadece bordroda yazılı miktarlar yönünden geçerli ve makbuz niteliğinde olduğunun kabulü gerektiği, davacı işçinin daha fazla hakkı bulunduğunun belirlenmesi halinde, eksik miktara hükmedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır **(ayrıca Y 9 HD., 4.2.2003 – 13863/1378, Legal 2004/3, 1080 – 1081; Y 9 HD., 30.1.2003 – 12610/942, YKD, Temmuz 2004, 1055 – 1057; Y 9 HD., 5.11.2003 – 5343/18724, Legal 2004/4, 1432 - 1433).**

Ne var ki; 29.4.2003 – 24725/7268 sayılı kararında (Legal 2004/2, 688 – 690) yine, iradenin fesada uğramadığı kanıtlanamadığı takdirde ibranamelerin geçerli olduğundan söz edilmiştir.

Yargıtayın yukarıda belirtilen kararlarına ilişkin bir değerlendirme yapmak gerekirse;

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kişisel görüşüm, işçinin bir hakkının mevcut olduğu açık iken, bundan vazgeçme sonucunu doğuran hukuki işlemlerin İş Kanunu'nun emredici nitelikteki hükümlerine aykırı olduğu yolundadır (Bak. EKMEKÇİ, İşçinin İşverenden Olan Alacağından Vazgeçmesi Sonucunu Doğuran Hukuki İşlemler, 16 vd). Vazgeçme iradesinin emredici hukuk kurallarına karşı hüküm ifade etmesi düşünülemez. Sonra; işçiye yapılması gereken ödemeler ve bu ödemelerin ne şekilde kayıt altına alınacağı, gerek İş mevzuatı ve gerekse vergi mevzuatında açık şekilde belirlenmiş iken, örneğin yıllık izin defteri tutma yükümünü yerine getirmeyen bir işverenin, iş sözleşmesi sona erdiğinde yıllık izinlerin kullanıldığı şeklinde bir belge imzalatarak kurtulabilmesine olanak tanınması kanımca uygun bir yol değildir.

Bu görüş bir yana, Yargıtay kararlarını kendi içerisinde değerlendirildiğinde;

Öncelikle, uzun yıllardır istikrarla sürdürdüğü ve 2003 kararlarında da yer alan, beyaza imza şeklinde veya henüz hak doğmadan imzalanan bu gibi belgelerin geçerli olmadığı yolundaki kararlar istikrar kazanmıştır ve son derece isabetlidir. Keza, ibraname muhtevası ile işveren beyanının çelişik olması durumunda, ibraname muhtevasına itibar etmeyen kararları da artık istikrar kazanmıştır.

Ancak; ibranamede hakların tek tek sayılıp sayılmamasına veya el yazısıyla yazılıp yazılmamasına göre ibranamelerin geçerliliğini değerlendiren kararlar hukuki gerekçe içermekten uzak kararlardır. Kaldı ki; miktar belirtmeksizin hakların tek tek sayıldığı belgeler geçerli kabul edilirken, miktar içeren belgelerin sadece makbuz niteliğinde kabul edilmesi açık bir çelişki oluşturmaktadır.

Yargıtayın 2003 yılı kararları içerisinde iş mevzuatındaki hakların emredici niteliğine ve yukarıda belirttiğim kişisel görüşüme en uygun kararları, söz konusu belgelerin sadece ödenen miktarı gösteren makbuz niteliğinde olduğu, işçinin ödenmemiş haklarını ortadan kaldırmayacağı, işçinin daha fazla hakkı bulunduğunun belirlenmesi halinde, eksik miktara hükmedilmesi gerektiği yolundaki kararlarıdır. Bu kararlar, işçinin işverenden olan alacağından hak doğduktan sonra dahi vazgeçemeyeceğini açık surette ortaya koymaktadır. Esasen bu kararların yerleşik hale gelmesi, (beyaza imza, hak doğmadan vazgeçilmesi, ibraname içeriğinin çelişkili olması gibi) diğer tüm kararları gereksiz hale getirecektir.

Ancak Yargıtay, bu gibi belgelerin, işçinin ödenmemiş hakkını ortadan kaldırmayacağını bu kadar açık zikretmişken, yine 2003 yılı içerisinde bu kez, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin hakkından vazgeçebileceğini çok açık

olarak dile getirerek, iş mevzuatının emdedici niteliğine aykırı bir sonuca varmıştır.

b) İkramiye uygulamasının iş koşulu haline gelmesi

Bilindiği gibi, İş Hukukunda taraflar arasındaki çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, kendine özgü bir kurum olarak, işyeri uygulamaları da sayılmaktadır (Bak. SÜZEK, İş Hukuku, 60). Nitekim açık bir hüküm bulunmadığı halde, işverenin işçilere düzenli olarak belirli haklar sağlaması yolunda uygulamalara sıklıkla rastlanmaktadır. Kaldı ki 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşulları kavramından açık olarak söz edilmiştir.

İş Hukuku öğretisinde de, işveren işçilere belirli yararları belli bir süre sağlamışsa, artık bunların işçilerin örtülü kabulleriyle sözleşme hükmü haline geleceği ve işverenin bundan tek taraflı olarak dönemeyeceği kabul edilmektedir (bak. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 101; CENTEL, İkramiyelerin Kaldırılmasına İtiraz Edilmemesi, Tekstil İşveren D., Temmuz 2003, 35).

Bir uygulamanın iş koşulu haline gelmesi için kaç kez tekrarlanması gerektiği konusunda, yabancı literatürden hareketle, arka arkaya üç kez tekrarlanan ödemelerin artık iş koşulu haline geleceği kabul edilmektedir (ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 101; SÜZEK, İş Hukuku, 62).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 5.2.2003 – 2003/ 9 – 11 – 2003/53 sayılı kararı (Legal 2004/2, 622 - 624) bir hakkın kaç kez sağlanması halinde iş koşuluna dönüşeceğine ilişkindir.

Karara konu olayda, 2000 yılına kadar işçilere her yıl ikramiye verilmiş ancak 2000 yılının başında ekonomik kriz nedeniyle ikramiye ödemesi yapılmamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, işyerinde üç yıldan fazla ikramiye ödenmesi halinde bu hususun artık işyeri şartı haline geleceği sonucuna varmıştır. Kuşkusuz bir menfaatin kaç kez sağlanması halinde iş koşulu haline dönüşeceği tartışmaya açıktır. Bununla birlikte Hukuk Genel Kurulunun, bunun üç kez tekrarlanması gerektiği yolundaki kararı, gerek öğretideki görüşleri dikkate alması ve gerekse uygulama birliği sağlaması açısından önemli bir gelişme niteliğinde görülmek gerekir.

Kuşkusuz bu sonuca varırken tespiti gereken bir konu da, bu uygulamanın işverence bir koşulun gerçekleşmesine bağlı tutulup tutulmadığıdır (ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 102; ayrıca SÜZEK, İş Hukuku, 63). Eğer bu incelemede, sağlanan yararın veya miktarının, örneğin Şirketin ekonomik durumuna veya

işçilerin liyakatine bağlı olarak belirlendiği, açık veya örtülü olarak tespit edilebiliyorsa, bu takdirde gerek verilmesi ve gerekse miktarı yönünden kesinleşmiş bir iş koşulundan söz etmek mümkün olmaz. İşveren, örneğin ikramiyenin ekonomik duruma bağlı olarak verildiği ve ortaya çıkan ekonomik portrenin ikramiye ödenmesine elverişli olmadığını ispatlayabildiği takdirde, ikramiye ödemekten kaçınabilir.

Dava konusu olayda işverenin ekonomik kriz nedeniyle ikramiye ödemesi yapamadığından söz edilmiş, ancak bu yöne ilişkin bir inceleme yapılmamıştır. Bu bakımdan karara konu olayda, ikramiyenin Şirketin ekonomik durumuna bağlı olarak verilip verilmediği bakımından bir inceleme yapılmış olsaydı kanımca daha isabetli olurdu.

Kararda son derece önemli bir konuya daha değinilmiştir. Gerçekten yerel mahkeme tarafından alınan **bilirkişi raporunda,** salt ileride kendilerine de çıkar sağlama amacı güden tanık beyanlarına itibar edilemeyeceği, **tanık beyanlarının işvereni bağlayıcı** nitelikte olmadığından bahisle, davacının ikramiyeye hak kazanamadığı sonucuna varılmış ve bu husus yerel mahkemece de kabul edilmiştir.

Yerel Mahkeme 9. Hukuk Dairesi'nin bozma kararına karşı direnme kararı verirken, bilirkişi raporuna karşı davacının itiraz etmemesi nedeniyle davalı yararına usuli müktesep hak oluştuğu gerekçesine dayanmıştır. Genel Kurul ise bundan sonraki olaylara da yol gösterir şekilde; HUMK'nun 275 ve devamı maddelerine göre, çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulacağı, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan hallerde bilirkişi dinlenemeyeceği, **bilirkişinin delilleri takdir yetkisi bulunmayıp bu yetkinin sadece hakime ait olduğu,** bilirkişinin görev sınırlarını aşarak düzenlediği raporun kanuna aykırı olduğu ve bir sonuç doğurmayacağı, kanuna aykırı bilirkişi raporuna itiraz etmemenin davalı lehine usuli müktesep hak oluşturmayacağı sonucuna varmıştır.

Kararın bu bölümünün, gerek hakime görevini hatırlatması ve gerekse bilirkişiye yetki sınırlarını göstermesi bakımından son derece önemli olduğu açıktır.

Bilindiği gibi, bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine (digeri aleyhine) doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hak usuli müktesep hak olarak tanımlanmaktadır (B. KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, c.V, İstanbul 2001, 4737). Taraflardan birinin bilirkişi raporuna itiraz etmemesi ile diğer taraf lehine usuli

müktesep hak doğar (KURU, 4738). Karara konu olayda yerel mahkeme tanık beyanlarının birbirlerine çıkar sağlama amacı güttüğünü belirterek ikramiye alacağı doğmadığı yolundaki bilirkişi raporuna karşı davacının itiraz etmemesi nedeniyle davalı yararına usuli müktesep hak oluştuğu gerekçesine dayanmış ise de, Genel Kurul son derece isabetli olarak, yargı sistemimizin kanayan bir yarasına parmak basarcasına hakime ve bilirkişiye görevlerini hatırlatmıştır.

c) İkramiye uygulamasının kaldırılmasının iş koşulu haline gelmesi – İş koşullarının esaslı surette değiştirilmesi

Yargıtay **9. Hukuk Dairesi 7.10.2003 – 3161/16343 sayılı kararında** (İ.B.D. Cilt 78, Sayı 1, Yıl 2004, s.330-331; aynı yönde Y 9 HD., 30.12.2003, - 16980/23665, Legal 2004/2, s.627-629) esasen yeni İş Kanunu hükümleri karşısında son derece önem taşıyan ve oldukça geniş bir konuya değinmiştir.

Karara konu olayda işveren, işyerinde uygulanan personel yönetmeliğinde değişiklik yaparak, kıdem ve ihbar tazminatı miktarı ile yıllık izin sürelerini yasal sınırlara çekmiştir. Yönetmelik yürürlüğe konulduktan çok sonra işveren işçiye bir muvafakat belgesi imzalatmak istemiş, işçinin imzalamaması üzerine de iş sözleşmesi işverence feshedilmiştir.

Yargıtay, işçilik haklarında yapılan indirimi kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin feshinin kötüniyetli olmadığı, işverenin işletme gerekleri bakımından işçilik maliyetlerini azaltmak için bu yola gittiği, işçinin yeni personel yönetmeliği hükümlerinin iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturduğunu ileri sürerek 6 işgünü içinde iş aktini fesih yoluna gitmediği, böyle olunca yeni personel yönetmeliği uygulanarak ihbar ve kıdem tazminatlarının işverence ödenmesinin yerinde olduğu sonucuna varmıştır.

Karara ekli ayrıntılı karşı oy yazısında;

- yeni yönetmeliğin usulüne uygun olarak yönetim kurulu kararı ile yürürlüğe konulmadığı,
- ayrıca bu Yönetmeliğin usulünce işçiye tebliğ edilerek hizmet akdinin eki niteliğinde olan Yönetmelik değişikliklerini kabul ettiğine dair işçinin beyanı alınmadığı,
- iş koşullarındaki esaslı değişikliklerin, akit teorisi gereği, tarafların anlaşmasıyla yapılabileceği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22.maddesinin de bu görüş doğrultusunda düzenlendiği,

- bu sonucun akit teorisinin ve iktisaden zayıf olan işçiyi koruma ilkesinin bir gereği olduğu,
- esaslı değişiklik yapıldığında işçinin 1475 sayılı Yasanın 16/2 maddesi gereği fesih hakkını kullanmamış olmasını bozma gerekçesi olarak kabul etmenin genel iş hukuku ilkeleri ile bağdaşmayacağı,
- zira işçinin kendi aleyhine olacak fesih hakkını kullanmamasının işçi aleyhine gerekçe yapılamayacağı,
- işçi değişiklik önerisini kabul etmediğinde işverenin değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu açıklayarak, bildirim süresine uyarak iş sözleşmesini feshedebileceği,
- dava konusu olayda işverenin fesihte geçerli bir nedene dayandığını kanıtlayamadığı belirtilmiştir.

Yargıtayın yine bu konudaki 20.2.2003 – 14254/2020 sayılı kararına (Çimento İşveren D., Mayıs 2003, 40 – 41; aynı yolda Y 9 HD., 28.1.2003 – 12229/845, Çalışma ve Toplum 2001/1, 174) konu olayda, işyerinde ödenen ikramiye son iki yıldır ödenmemiştir. Yargıtay da, davacının ikramiye uygulamasının kaldırılmasına bir itirazının olmamasının artık bu uygulamayı iş şartı haline getirdiği sonucuna varmıştır (Kararın incelemesi için bak. CENTEL, İkramiyelerin Kaldırılmasına İtiraz Edilmemesi, Tekstil İşveren D., Temmuz 2003, 34 vd).

Bilindiği gibi, işyerinde uygulanacak tüm çalışma koşullarına bireysel sözleşmelerde yer verilmesi mümkün olmadığından, genel çalışma koşulları uygulamada "iç yönetmelik", "personel yönetmeliği", "dahili talimatname", "işyeri yönetmeliği" gibi adlar verilen düzenlemelerde yer almaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinde, bu gibi düzenlemelerin iş sözleşmelerinin bir parçası niteliğinde olduğu isabetli olarak açık surette vurgulanmıştır.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik konusu, 1475 sayılı Kanunun m.16/II-e bendi ile 4857 sayılı Kanunun 22. maddesinin uygulaması ile ilgilidir.

Çalışma koşullarında tek taraflı esaslı değişiklik, 1475 sayılı İş Kanununda işçiye haklı nedenle fesih hakkı veren bir hal olarak düzenlenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu m.24/II-f bendinde de benzer yolda bir hükme yer verilmiştir.

Yargıtay 1475 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarında, çoğunlukla, iş şartlarında tek taraflı olarak yapılan değişikliğin işçiye haklı nedenle fesih hakkı verdiği, işçi 6 iş günlük süre içerisinde haklı nedenle fesih hakkını kullanmadığı takdirde, yapılan değişikliği kabul etmiş sayılacağı sonucuna varmıştır (Bak. **M. ENGİN,** Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı, İÜHFM, c. LXI, s. 1 – 2, 318 vd). Bu bakımdan Yargıtayın 2003 yılında verdiği söz konusu kararlar da eski kararlarının bir devamı niteliğindedir.

1475 sayılı kanundaki hüküm ve Yargıtay uygulaması nedeniyle, bazı işverenlerin, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak suretiyle işçiyi feshe zorladıkları ve böylelikle, ya ihbar tazminatı ödemekten kurtuldukları ya da yeni koşulları kolaylıkla kabul ettirdikleri yaygın bir uygulama olarak görülmekteydi. Bu nedenle, karşı oy yazısındaki ifadeler, Yargıtay uygulamasının isabetli bir eleştirisi niteliğindedir.

Bu sakıncalar nedeniyle çalışma koşullarında esaslı değişiklik 1475 sayılı Kanunda sadece işçiye haklı nedenle fesih hakkı veren bir hal olarak düzenlenmişken, 4857 sayılı İş Kanunu çalışma koşullarında yapılacak esaslı değişikliği özel olarak düzenlemiş ve Kanunun 22. maddesinde çalışma koşullarının ne şekilde değiştirileceğini gösterilmiştir.

Kuşkusuz bir davada, olay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğinden ve karara konu olaylarda işverenin personel yönetmeliğini değiştirdiği tarihte 1475 sayılı Kanun yürürlükte olduğundan, Yargıtayın anılan Kanun hükümleri çerçevesinde kararlarda yer alan sonuçlara ulaşması daha kolaydı.

Bu tür davaların 4857 sayılı Kanunun 22. maddesi karşısında akibeti ne olacaktır?

Öncelikle; işveren, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapmak istediği takdirde, bu değişikliği işçiye öncelikle yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür. Karara konu olayda olduğu gibi, yapılan değişikliğin işçilere sadece duyurulması yeterli olmayacaktır. Ayrıca somut olayda, personel yönetmeliğinde yapılan değişiklik işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmemiştir. Yeni Kanuna göre işçinin yapılan değişikliğe suskun kalması kabul ettiği anlamına gelmeyecek (aynı görüş **M. GÜLER,** Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi, Legal 2004/2, 556) ve eksik ödenen bir hakkı söz konusu olduğu takdirde, zamanaşımı süresi içerisinde bunu talep edebilecektir.

Buna karşılık tarafların anlaşmak suretiyle çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmalarına 1475 sayılı Kanun döneminde bir engel bulunmadığı gibi, 4857 sayılı Kanun döneminde de bir engel bulunmamaktadır. Nitekim Kanunun m.22/II. fıkrasında, tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilecekleri, ancak çalışma koşullarında değişikliğin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yargıtayın bu yönde bir kararına konu olayda (Y 9 HD., 9.12.2003 – 15883/20401, Legal 2004/2, 655 – 656), genel müdür yardımcısı olarak çalışan davacı ile artık danışman olarak görev yapacağına ilişkin yeni bir sözleşme imzalanarak, eski ücretinin belli bir süre daha devam edeceği, bir tarihten sonra da danışmanlık ücretinin geçerli olacağı kararlaştırılmıştır. Davacı yeni koşullarla 6 ay çalıştıktan sonra fark ücret talebinde bulunmuş ise de, Yargıtay isabetli olarak, tarafların anlaşmasına dayanan böyle bir değişikliğin hukuken geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtayın bu yoldaki kararlarının yeni Kanun döneminde de geçerli olacağı açıktır. Zira 4857 sayılı Kanunun 22. maddesine göre, tarafların anlaşmak suretiyle iş koşullarını her zaman değiştirebilecekleri öngörülmüştür. Bu konudaki tek yasak, anlaşmayla yapılacak değişikliğin geriye yürütülmesidir.

d) Prim Koşullarının Ortadan Kalkması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 3.3.2003 – 16222/2821 sayılı kararına (Tekstil İşveren D., Haziran 2003, 38 CENTEL'in incelemesiyle birlikte) konu olaydaki toplu iş sözleşmesinin 53. maddesinde, işyerindeki primin amacının istihsalin artırılması,kalitenin ıslahı, hammadde, yarı mamül tali hasılat ve malzeme tasarrufunu temin etmek, işçilerin işe devamını, işyeri disiplinini ve nizamlarına uymayı ve işlerin iş talimatlarına uygun olarak yapılması olduğu ve 59/B maddesinde de primin sadece çalışılan günler için verileceği düzenlenmiştir.

Yargıtay, primin üretim yapılan işyerinde verimliliği artırmak için yapılan bir uygulama olduğu, işyerinde uzun yıllardır üretim yapılmadığından işçilerin prime hak kazanamayacağı sonucuna varmıştır.

Prim genellikle işin niceliği ve niteliğini artırmak amacıyla yapılan bir ödemedir (Bak. CENTEL, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986, 127). Nitekim prim, iş disiplinini ve işyerine devamlılığı sağlamak üzere verilebileceği gibi, üretimin veya satışın artırılması için yahut benzeri nedenlerle verilebilir.

Kuşkusuz **prim ölçütlerinin,** işyerinin yapısı veya faaliyet konusunda meydana gelen değişiklik nedeniyle zaman içerisinde kendiliğinden ortadan kalkması mümkündür. Bu bağlamda eğer karara konu olaydaki toplu iş sözleşmesinde münhasıran üretimin artırılması amacıyla verilen bir prim uygulaması olsaydı, Yargıtayın, işyerinde üretim yapılmayan dönemler için prim ödemesinin de sözkonusu olmayacağı yolundaki kararını isabetli bulmak mümkün olabilirdi. Nitekim Yargıtayın 25.9.2001 tarihli ve 2001 Yılı Değerlendirme Seminerinde tartışılan bir kararında (bak. SÜZEK, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 23 – 24), münhasıran üretime yönelik olarak kararlaştırılan prim uygulamasının, üretime son verildiği tarihten sonrası için uygulanamayacağına sonucuna varılmıştı.

Ancak 2003 yılı kararına konu toplu iş sözleşmesinde primin salt üretimin artırılması amacı için değil, malzeme tasarrufunu, işyerine devamı ve işyeri disiplini ile talimatlara uymayı temin etmek için de verileceği öngörülmüştür. İşyerinde üretim yapılması ortadan kalkmış olsa dahi, prim ödenmesine ilişkin diğer ölçütler geçerliliğini sürdürmektedir. Nitekim prim, kavram itibariyle, salt üretime bağlı olarak yapılan bir uygulama da olmayıp, tarafların üretim dışında da işin kalitesini artırmak üzere prim ödenecek hallere serbestçe kararlaştırmaları mümkündür. Keza toplu iş sözleşmesinin 59/B maddesinde de işçinin üretim yapmadığı günler için değil, çalışmadığı günler için prim verilmeyeceğinden söz edilmektedir.

Bu bakımdan toplu iş sözleşmesinde prim ödenmesini gerektiren haller bu denli açık olarak sayılmış iken, Yargıtayın, somut olayda salt üretime bağlı olarak ödenen bir prim varmış veya prim kavram itibariyle salt üretime bağlı olarak yapılan bir ödeme imiş gibi değerlendirme yapması isabetli değildir.

e) Ücret Artışlarında Eşitlik İlkesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 6.10.2003 – 3501/16308 sayılı kararında (Legal, 2004/3, 1093 – 1094), çalışanlara geriye doğru uygulanan ücret artışlarından, emekli olması planlanan işçilerin yararlandırılamaması ve işyerinde performansa dayalı ücret sistemi uygulandığının da kanıtlanamamış olması karşısında, bunu eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı bulan Kartal 2. İş Mahkemesi'nin 19.12.2002 – 2110/694, 2002/708 sayılı kararı onanmıştır. Ancak aynı nitelikte bir uyuşmazlıkta davacının verdiği ibraname nedeniyle geriye doğru uygulanan zamdan kaynaklanan herhangi bir fark alacağı bulunmadığı yolundaki Kartal 1. İş Mahkemesi'nin 29.5.2003 – 2001/780, 2003/188 sayılı kararı Yargıtay 9.. Hukuk Dairesi'nin 29.5.2003 – 11173/23699 sayılı ka-

rarıyla onanmıştır (Legal 2004/4, 1478 – 1480). Karara ekli ve O.G.Çankaya ve U.Öztürk tarafından düzenlenmiş bulunan karşı oy yazısında isabetli olarak, "...İşyerinde ücret artışı yapılırken bazı işçilerin bu uygulamanın dışında bırakılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Ancak, işçilerin kıdemine, yaptığı işe ve verimliliğine göre farlı uygulamalar yapılabilirse de, işverenin savunduğu gibi ileride emekli olacağı düşüncesiyle seyyanen yapılan zamdan işçinin mahrum bırakılması yasal değildir..." sonucuna varılmıştır.

Yine 9. Hukuk Dairesi'nin 18.2.2003 – 13208/1836 sayılı kararında (Legal 2004/3, 1075 – 1076), aynı kıdem ve aynı statüdeki işçiler arasında eşit işe eşit ücret prensibinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu kararlar, işverenin eşit davranma yükümü konusundaki Yargıtay kararlarının istikrarlı olmadığını göstermektedir.

Eşit davranma ilkesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde çok daha açık surette ifade olunmuş ve aykırı davranış için hukuki ve cezai yaptırım öngörülmüştür.

2003 tarihli bir başka karara konu olayda ise, işyerinde uygulanan yönetmelikte yapılacak zammın tüm çalışanları kapsayacağı açık olarak düzenlenmiştir (Y 9 HD., 2.10.2003 – 3232/15994, Çalışma ve Toplum 2001/1, 167 – 168). Böyle bir durumda zaten işçinin yönetmeliğe dayalı bir talep hakkı söz konusu olacağından, eşit davranma yükümünü temel almaya gerek bulunmamaktadır.

f) İşçilik haklarında uygulanacak faizin başlangıcı

Yargıtay işçilik alacaklarına uygulanacak faizin başlangıcı konusunda yıllardır istikrarlı olarak sürdürdüğü kararlarını 2003 yılında da tekrarlamıştır.

Nitekim **9. Hukuk Dairesi, 23.6.2003 – 930/11746 sayılı kararında (YKD Mayıs 2004, 707 - 709),** bir borcun muaccel olmasıyla temmerüdün farklı kavramlar olduğu, ücretin en geç ayda bir ödeneceği yolundaki hükmün alacağın muaccel olma zamanını gösterdiği, temerrüt tarihi olarak esas alınamayacağı sonucuna varmıştır (ayrıca Y 9 HD., 19.9.2003 – 2140/14827, Legal 2004/4, 1468 – 1469).

Faiz başlangıcı konusundaki kararlardan bir bölümü de ıslah yoluyla artırılan miktarlara hangi tarihten itibaren faiz yürütüleceğine ilişkindir.

HUMK'nun 83. maddesine göre ıslah, taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işlemini tamamen veya kısmen düzeltmesidir. Islah bir tarafın mahkeme-

ye karşı tek taraflı ve açık bir irade beyanı ile yapılır ve ıslahın tamamlanması karşı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı değildir.

Bilindiği gibi, HUMK'nun m.87/son fıkrasında, ıslah ile neticei talebin artırılamayacağı hükme bağlanmıştı. Bu hüküm uygulamada pek çok sorunun yaşanmasına neden olmakta, dava açan kişilerin iddia konusu haklarını tam olarak belirlemeleri gerekmekteydi. Eğer gerçek haklarından daha az talepte bulunmuşlarsa, belirlenen gerçek haklarına göre davada taleplerini artıramamakta, ek dava açılması zorunluluğu bulunmaktaydı. Böyle bir durumla karşılaşmamak için fazla miktar üzerinden dava açtığında da, fazlaya ilişkin kısmın reddinin sonuçlarına katlanmaktaydı. Aynı davada miktarın artırılması hakkı tanınmadığından, davacının aynı konuda ikinci kez dava açmaları da, yeniden emek, masraf ve zaman harcaması sonucunu doğurmaktaydı.

Bu gibi sakıncalar nedeniyle Anayasa Mahkemesi HUMK m.87/son fıkrası hükmünü 20.7.1999 tarih ve 1999/ 1 – 3 sayılı kararıyla (RG. 4 Kasım 2000, No. 24220), Anayasa'nın 2, 13, 36, 141. maddelerine aykırı görerek iptal etmiştir.

Kuşkusuz, bu iptal kararından sonra da ek dava açılmasına bir engel yoktur, ancak artık gerek de yoktur. Zira davacının ıslah yoluyla, aynı davada neticei talebinin miktarını artırması mümkündür.

Islaha ilişkin hükmün iptali, dava dilekçesinin ıslahı ile talep edilen ek haklarda, faizin ıslah tarihinden itibaren mi yoksa dava tarihinden itibaren mi yürütüleceği sorununu ortaya çıkarmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 6.2.2003 – 13549/1554 sayılı kararında (YKD Mayıs 2003, 703 – 704; aynı yolda Y 9 HD., 24.2.2003 – 20036/4929, Legal 2004/3, 1071), Hukuk Genel Kurulu'nun 3.7.2002 – 564/572 sayılı kararının Daire tarafından da benimsendiği belirtilerek, kısmi dava açılan hallerde kıdem tazminatı dışındaki işçilik alacaklarında ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiği yolundaki 2002 yılındaki (bak. EKONOMİ, 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 53) görüşünü tekrarlamıştır.

Keza Hukuk Genel Kurulu da 5.3.2003 – 9 – 76/126 sayılı kararında (YKD Temmuz 2003, 1021 – 1026) ıslahla artırılan miktara dava tarihinden değil ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiği yolundaki görüşünü tekrarlamıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2001 yılındaki kararlarında ise tam aksi görüşte olmuş, ıslah yoluyla miktar artırıldığında artık dava dilekçesinde alacağın tama-

mının istenmiş sayılacağı gerekçesiyle, ıslah yoluyla hüküm altına alınan miktar için de dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiği sonucuna varmıştır (Y 9 HD., 24.9.2001 – 15500/14444; ayrıca Y 9 HD., 27.9.2001 – 10862/14935).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulunun kararları, faizin ıslah tarihinden itibaren yürütülmesi gerektiği yolunda olmakla birlikte, Genel Kurul önüne gelmemiş uyuşmazlıklarda Yargıtayın diğer bazı daireleri faizin ıslah tarihinden değil, dava tarihinden itibaren işletilmesi gerektiği yolunda kararlar vermektedir.

Nitekim Y 11. Hukuk Dairesi'nin 25.2.2003 – 10070/1592 sayılı kararında (yayınlanmamıştır); "...kısmi davada faiz istenmemiş olması, ıslah ile artırılan miktar için ıslah tarihinden itibaren faiz istenmesini gerektirmez. Diğer bir deyişle, ıslah ile faiz başlangıç tarihinin ıslah tarihinden öncesine taşınması mümkündür. O halde mahkemece ıslah yoluyla artırılan miktar için dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekir iken, ıslah tarihinden itibaren faize hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir..." sonucuna varılmıştır.

Kuşkusuz faizin ıslah tarihinden mi ilk kısmi dava tarihinden mi yürüyeceği tartışması, dava tarihinden itibaren faiz uygulanan işçilik alacakları içindir. Eğer, kıdem tazminatı gibi fesih tarihinden itibaren faiz işleyen bir alacak söz konusu ise veya dava tarihinden önce ihtarla temerrüt oluşmuş ise zaten faizin ıslah tarihinden itibaren işleyip işlemeyeceği tartışması ortaya çıkmayacaktır.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 8.12.2003 – 9284/20360 sayılı kararında **(Legal 2004/2, 657),** son derece isabetli bir şekilde, ıslahla artırılan kıdem tazminatı miktarı için ıslah tarihinden itibaren değil, iş sözleşmesinin feshi tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Mevcut duruma göre, ıslah ile artırılan miktara hangi tarihten itibaren faiz uygulanacağı konusunda Yargıtay Daireleri arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır. İçtihadların birleştirilmesine başvurulması gereken haller Yargıtay Kanunu'nun m.15/II ve 16/V. fıkralarında sayılmıştır (ayrıntılı bilgi için Bak. KURU, c.V, 4938 vd.). Islah ile artırılan miktara hangi tarihten itibaren faiz uygulanacağı konusunda Yargıtay Daireleri arasında ve 11. Hukuk Dairesi ile Genel Kurul arasındaki görüş farklılığı içtihadların birleştirilmesine başvurulması olanağı sağlayan hallerden biridir. Konu hakkında bir içtihadı birleştirme kararı ile içtihad birliğinin sağlanması herhalde isabetli olacaktır.

Islah konusunun bir başka boyutu ıslahla neticei talebin artırılabilmesi için, ilk dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmasının gerekip gerekmediğidir. Genel Kurul 8.10.2003 – 9 – 510/555 (YKD Temmuz 2004, 1021 – 1030) tarihli kararında, ıslahla neticei talebin artırılabilmesi için, fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulması gerektiği sonucuna varmıştır.

g) Basın İş Kanunundaki %5 faizin uygulanması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.9.2003 – 13047/15461 sayılı kararında (İBD c.78, 2004/1, 329 – 330) gazetecinin ücretinin süresinde ödenmemesi halinde % 5 faiz uygulaması ve hangi alacakların % 5 faize tabi olduğu incelenmiştir.

Karara konu olayda gazeteci, askerlik süresince kendisine ödenmesi gereken ücretin ödenmediğini ileri sürerek günlük % 5 fazlasıyla tahsilini talep etmiştir.

Bilindiği gibi, Basın İş Kanunu'nun 16. maddesinde, talim veya manevra dolayısıyla silah altına alınan gazetecinin bu süre içerisinde ücret hakkını muhafaza edeceği, ilk muvazzaf askerlik hizmeti için silah altına alınan gazeteciye normal askerlik süresince son aldığı ücretin yarısının ödenmeye devam olunacağı hükme bağlanmıştır.

Yargıtay isabetli olarak, Kanunda % 5 faiz hükmünün sadece fiilen çalışmaya bağlı ücretlere uygulanacağı yolunda bir açıklık bulunmadığı için, askerlik süresince ödenmesi gereken ücretin de % 5 faiz'e tabi olduğu sonucuna ulaşmıştır (Ayrıca bak. SÜZEK, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 28).

Kararın bir diğer yönü % 5 faiz hükmünün uygulamasıyla ilgilidir.

Bilindiği gibi, Basın İş Kanunu'nun m. 14/II. fıkrasında; gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenlerin, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Basın İş Kanunu m.14'ün ilk halinde bu oran % 2 iken, 1960 ihtilalinden sonra 212 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle %5'e çıkarılmıştır.

Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, 24.12.1973 tarihli İBK'na dayanarak, gazetecinin ücrete ilişkin davasını geç açmasının bir kusur olduğu gerekçesiyle BK m.44 uyarınca hakkaniyet yönünden indirim yapmaktadır. Daire bu yoldaki kararlarını 2003 yılında da tekrarlamıştır.

Hatta 2004 tarihli bir kararında, basın çalışanlarıyla ilgili Yasanın 14. maddesinde öngörülen günlük % 5 fazlasıyla ödeme kuralının, ücretlerin gününde ödenmemesi durumunda belli bir gecikme halinde yüksek miktarların oluşumuna yol açtığı, işçinin 13 ay boyunca bu yönde işverene karşı dava açmaması veya icra takibine geçmemesi durumunda yapılacak indirimin % 80'den fazla olması gerektiği sonucuna varılmıştır (Y9 HD., 13.4.2004 – 14806/8342, İBD c. 78 s. 2004/4, 1750). Yine 18.2.2003 – 724/1815 sayılı kararında (Legal, 2004/3, 1072 – 1074), gazetecinin 8 yıl boyunca fazla çalışma ile bayram ve tatil günü alacakları için talepte bulunmamış olması nedeniyle yerel mahkemece yapılan 1/3 oranındaki indirim Yargıtay tarafından yeterli bulunmamış ve daha fazla indirim yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Hakimin %5 ödemeden hakkaniyet indirimi yapması doğru mudur? Bunun için söz konusu ödemenin hukuki niteliğinin ortaya konulması gerekir. Kanımca, gazetecinin ücretinin gününde ödenmemesi hali için öngörülen %5 fazla ödeme, hukuki niteliği itibariyle bir temerrüt faizidir (Karş. ÇİL, Basın İş Kanunu, 183 – 184) ve bu faize BK m.44 veya 161/III uyarınca herhangi bir indirim uygulanması mümkün değildir. Öte yandan; temerrüt faizinin uygulanması için, borçlunun temerrüde düşmede bir kusurunun bulunması veya alacaklının gerçekte bir zarara uğramış olması da gerekmez.

Fahiş miktarlara baliğ olan %5 ödemeden indirim yapabilmek için, bunun farklı hukuki niteliğe büründürülmesi hatalıdır. Gerçekten Yargıtay, indirim yapabilmek için, gazetecinin ücret alacağı için dava açmakta gecikmesini bir kusur olarak nitelendirmektedir.

Söz konusu gerekçe ayrıca zamanaşımı kavramı ile bağdaşır nitelikte değildir. Bir hakkın en geç ne zaman talep edilebileceği zamanaşımı süreleriyle belirlenmiştir. Kişinin, zamanaşımı süresi içerisinde dilediği zaman alacağını talep etmesi, hukuken kendisine tanınmış bir haktır. Hukuken kendisine tanınmış bir sürenin başında talepte bulunmamasını bir kusur olarak değerlendirmek mümkün değildir. Tam tersine, ücret borcunu ödemede temerrüde düşen işveren, gerekli ödemeyi yaparak, ödeyeceği miktarın artmasına her zaman engel olabilir. Dolayısıyla miktarın artmasına neden olan süresinde talepte bulunmayan gazeteci değil, işverendir.

Elbette yargının %5 fazla ödemeden indirim yapan kararlarını değerlendirirken, hükmün yol açtığı sonuçların da göz ardı edilmemesi gerekir. Gerçekten, günlük %5 fazla ödemenin baliğ olduğu yıllık miktar %1825'dir. Yüksek enflasyonun hüküm sürdüğü dönemlerde dahi fahiş nitelikte olan bu faiz miktarının, günümüz enflasyon koşullarında çok daha fahiş nitelikte olduğu ve bu

konunun, hukuki temeli bulunmayan ve yeknesak nitelikte olmayan indirimler yerine, çok daha somut çözümlere gereksiniminin bulunduğu açıktır.

Bu bağlamda kanımca günlük %5 faiz hükmünün Anayasa'ya uygunluğunun tartışmaya açılması gerekir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.10.2000 – 10707/14006 ve 29.11.2000 – 12654/17702 sayılı kararına konulan karşı oy yazılarında da (kararlar için bak. ÇİL, 227 – 231) hükmün, belirli bir zümreye tanınmış imtiyaz niteliğinde olduğu, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmadığı, bir kısım insanı toplumun ve çalışanların geri kalan bölümünden soyutlayarak o zümrede yer alan insanların maddi ve manevi varlığının gelişilmesine çalışıldığı ve bu nedenle Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve sair maddelerine aykırı olduğu görüşü dile getirilmiştir ki kanımca da bunlar Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine ihtiyaç gösteren ciddi itirazlar niteliğindedir.

İnceleme konusu kararda ayrıca % 5 faizin, fazla çalışma ücretine hangi tarihten itibaren uygulanmaya başlanacağına da değinilmiştir. Yerel mahkeme Basın İş Kanunu'nun 14. maddesindeki, ücretlerin her ay peşin olarak ödeneceği yolundaki hükmü fazla çalışma ücretlerine de uygulayarak, yerel mahkeme henüz fazla çalışma yapılmadan ve ücrete hak kazanılmadan faiz işletmeye başlamış ise de, 9.Hukuk Dairesi isabetli olarak Basın İş Kanununda fazla çalışma ücretinin peşin ödeneceği yolundaki bir hüküm bulunmadığını ve % 5 faizin fazla çalışmanın ait olduğu ayın sonundan itibaren yürütülmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Yargıtayın Basın İş Kanunu'na ilişkin 2003 yılında verdiği bir diğer kararında da (Y 9 HD., 3.3.2003 – 1376/2719, YKD Temmuz 2003, 1063 – 1066), isabetli olarak % 5 faizin fazla çalışma ücreti alacağına da uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Karar konu olayda yerel mahkeme, gazetecinin iş sözleşmesinde "(gazeteci) işverenin yazılı talimatı ve muvafakatı olmadan fazla mesai yapamaz" hükmünün bulunmasına ve muhabirlerin günlük çalışma sürelerini kendilerinin belirlediğine dayanarak fazla çalışma ücreti isteğini reddetmiştir.

Ancak Yargıtay; muhabirliğin idari bir görev olmadığı, kamuyu ilgilendiren bilgileri araştırma, kaynağına inme, gözlemlerde ve röportajda bulunma, genellikle de olay yerine gitme, günü sonunda da bilgileri yazı işlerine sunma gibi işlevleri bulunduğu, günlük görevin ne zaman sona ereceği işin bitme durumuna bağlı bulunduğundan kendisinin dahi bilmesinin düşünülemeyeceği gerekçeleriyle tanık anlatımlarına dayanarak fazla çalışma talebini kabul etmiştir.

Belirtmek gerekir ki; işyerinde, örneğin amirin yazılı talimatı olmaksızın fazla çalışma yapılmadığı yolunda genel bir uygulama olmadığı takdirde, salt iş sözleşmelerinde yer alan, işverenin yazılı talimatı olmadan fazla çalışma ya-

pılamayacağı yolundaki hükümlerin, fazla çalışma yapılmadığını gösteren bir delil niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim Kararda da, gazeteciye fazla çalışma tahakkuk ettirilen aylarda işverenin yazılı izni bulunduğuna dair bir belgeye rastlanmadığından söz edilmiştir. Karar bu yönü itibariyle isabetlidir.

Ancak muhabirliğin idari bir görev olmaması ve gazetecinin yaptığı işin niteliği gereği çalışma süresinin ne zaman biteceğini kendisinin dahi bilmesinin mümkün bulunmaması, başlıbaşına fazla çalışma yapıldığını gösteren bir durum olarak kabul edilmemek gerekir. Aksi takdirde tüm gazetecilerin görevi gereği fazla çalışma yaptıkları gibi bir sonuca ulaşılmış olur. Gerçekten; kararda anılan gerekçeler, davacı gazetecinin çalışma süresini kendisinin belirleme iktidarına sahip bulunmadığını göstermez. Bu gibi davalarda ayrıca, gazetecinin herhangi bir işçi gibi sabit bir çalışma saatiyle işe başlamadığı ve haberin güncelliği için zaten çalışmanın belirli bir saate kadar tamamlanıp basın ve yayın kuruluşuna yetiştirilmesi gerektiğinin de göz önünde bulundurulması gerekir.

h) Geriye doğru ücret tespiti

Bilindiği gibi Yargıtay, davacı işçinin ücretinin belli olmadığı davalarda, meslek odalarına sorulmak suretiyle ücret tespiti yoluna gitmektedir (bu yoldaki kararların eleştirisi için bak. EKONOMİ, 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 36 - 37).

Yargıtay 2003 yılında da bu yolda kararlar vermiştir (Y 9 HD., 3.11.2003 – 6051/18574, Legal 2004/4, 1434; Y 9 HD., 23.9.2003 – 2518/15276, Legal 2004/4, 1465 – 1466).

Ancak dava konusu olayda davacı işçinin bir dönem ücretinin belli olması durumunda farklı bir yöntem benimsenmektedir. Nitekim; Yargıtayın 10.11.2003 – 6329/18968 sayılı kararına (Legal 2004/4, 1427) konu olayda, davacının bir döneme ilişkin ücreti bordrolarla belli olup, bu dönemden önceki ücretleri belli değildir. Yargıtay, davacı işçinin bilinmeyen döneme ilişkin ücretinin, bilinen son ücretinin aynı tarihte yürürlükte bulunan yasal asgari ücretle oranlanması ve aynı oranın geriye doğru yürürlükte bulunan asgari ücretlere uygulanması suretiyle tespiti gerektiği sonucuna varmıştır.

Kanımca karar isabetlidir ve ihtiyaçlara uygundur. Gerçekten; ücretin miktarını ve ödendiğini ispatla yükümlü bulunan işverendir. Belge düzenine uymayan işverenin bu yolla kendisine bir menfaat temin edemeyeceği de açıktır.

Bu bakımdan, Yargıtayın, işçinin ücretinin belgelenmediği dönemler için, asgari ücret üzerinden değil, bilinen son ücretini asgari ücretle oranlamak suretiyle bir sonuca gitmesi isabetlidir.

2) İşveren Tarafından Yapılan Ödemelerin Mahsubu

Yargıtayın 2003 yılı kararlarından ikisi borçlu işveren tarafından yapılan ödemelerin ana para borcuna mı yoksa faiz borcuna mı sayılacağına ilişkindir.

9. Hukuk Dairesi iki kararında (7.7.2003 – 1618/12802; 29.9.2003 – 15760/15592, YKD Şubat 2004, 214 – 216), Borçlar Kanunu'nun 84. maddesine dayanarak, işveren tarafından yapılan kısmi ödemelerin öncelikle faizi sayılması için, ödeme anında "taraf idarelerinin birleşmesi" gerektiği, takipten önce davalı işverence yapılan ödemelerin, ödeme anında öncelikle faize sayıldığı yolunda davacı tarafından irade beyanında bulunmadığından, önceden yapılmış bulunan ödemelerin faiz alacağına mahsubunun mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

Kararda varılan sonuç kuşkusuz doğrudur. Bununla birlikte, kararların bir cümlesinde yer alan ifade hatalıdır. Gerçekten, kararlarda, işverence yapılan kısmi ödemelerin faize sayılması için, taraf iradelerinin uyuşmasından söz edilmiştir. Ne var ki; bunun için taraf iradelerinin uyuşmasına gerek bulunmamaktadır. Burada önemli olan alacaklının iradesidir.

Nitekim; bir para alacağında faiz asıl alacağın fer'i olmakla birlikte, ayrı bir alacaktır ve bu nedenle faizin tediyesi kısmi tediye niteliğinde değildir. Fakat borçlu, faizleri ve masrafları ödemek isteyince alacaklı bunu reddedemez ise de, BK m.84/I hükmü faizler ödenmedikçe ana parayı ödemek isteyen borçlunun bu tediyesini alacaklının reddedebileceğini öngörmektedir. Anılan hükme göre, borçlu faiz veya masrafları tediyede gecikmiş değil ise kısmen icra eylediği tediyeyi re'sülmale mahsup edebilir.

Buna göre, borçlunun asıl borçtan önce feri nitelikte bir borç olan faizi ödemesi gerekir. Alacaklı, borçlunun yaptığı ödemeyi anaparaya mahsup etme yolundaki isteğini kabul etmek zorunda değildir . Başka bir anlatımla, eğer borçlu faiz ödemede gecikmişse, yaptığı ödemeyi asıl alacağa mahsup etmesi mümkün olmaz. Bu bakımdan, borçlu tarafından yapılan kısmi tediyenin öncelikle faiz alacağından indirilmesi gerekir.

Öte yandan, borçlu, yapılacak ödemenin faize sayılmasına ilişkin iradesini dava yoluyla da ortaya koyabilir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2.12.2003 – 6944/19854 sayılı kararında (Legal 2004/2, 667 – 668), davacı

işçi kıdem tazminatının son taksidi ödenmeden dava açmış, gecikmeli olarak ödenen miktarlar için faiz talebinde bulunmuş ve henüz yapılmamış ödemenin de faiz alacağına mahsubunu istemiştir. 9. Hukuk Dairesi isabetli olarak, davanın açıldığı tarihte gerçekleşmiş faiz alacağı bulunduğunu ve henüz son taksidin ödenmediğini, davacı işçinin bu isteğini belirterek dava açmasının ve daha sonra ödemeyi kabul etmesinin BK m.84 hükmünün uygulanmasını gerektirdiği sonucuna varmıştır.

Keza, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 27.2.2003 – 15863/2590 sayılı kararında (yayınlanmamıştır), isabetli olarak, yapılan kısmi ödemenin faize sayılması için, alacaklının bunu cevaba cevap dilekçesinde, belirtmesini yeterli saymıştır.

3) Zamanaşımına uğramış alacağın niteliği

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, statü değişikliği nedeniyle iş sözleşmesi sona eren işçinin kıdem tazminatı talebiyle açtığı davaya ilişkin kararında (Y HGK., 12.11.2003 – 9 – 685/690, YKD Mart 2004, 339 – 343) zamanaşımı kavramının hükümlerine değinilerek, zamanaşımının alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik borç" haline dönüştürdüğü ve alacağın dava edilebilme özelliğini ortadan kaldırdığı, bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girerek inceleme yapmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ancak zamanaşımı def'inin ıslah yoluyla ileri sürülmesi de hukuken mümkündür. Gerçekten; ıslah müessesesinden davacı tarafın olduğu gibi davalı taraf da yararlanabilir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 10.7.2003 – 1869/13096 sayılı kararında (Legal 2004/2, 684 – 685), usulü dairesinde cevap dilekçesi ıslah edilerek ileri sürülen zamanaşımı def'inin süresinde yapıldığını kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

III. İŞİN DÜZENLENMESİ

1) Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günü Ücreti

Bilindiği gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 44. maddesinde, Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde işçinin çalıştırılabilmesi için onayının gerektiği, aynı Kanunun 47. maddesinde, Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde çalıştıkları takdirde, çalışılan her gün için bir gündelik tutarında ücret ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Aynı düzenleme 1475 sayılı İş Kanunu'nda da yer almıştı.

Hangi günlerin Ulusal Bayram ve genel tatil günü sayılacağı 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Hakkında Kanunun 2. maddesinde sınırlı olarak sayılmış ve bu maddenin D bendinde; **Ulusal Bayram ve genel tatil günleri Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamının tatil yapılacağı öngörülmüştür.**

Bu Kanun hükmünün bir uygulaması 2004 yılı 23 Nisan'da olduğu gibi, yakın bir tarihte 29 Ekimde de ortaya çıkmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 9.10.2003 tarih ve 17269/16543 sayılı kararına **(Tekstil İşveren Aralık 2003)** konu olaydaki toplu iş sözleşmesinin 36. maddesinde, işçilere ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştıkları takdirde o güne ilişkin ücretlerinin bir misli fazlasıyla ödeneceği, ayrıca bunun % 50'si oranında da tazminat ödeneceği, ayrıca Cumartesi günü dinlendirilmesi gereken işçilere bu gün çalıştırılmaları halinde çalıştıkları sürenin ücretinin % 75 zamlı olarak ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Yargıtay, Kanunun 2/D maddesinin düzenleniş amacının, Kanunun yayımlandığı tarihte Cumartesi günü saat 13'e kadar çalışma yapılması olduğunu, ancak artık Cumartesi gününün genel tatil günü olmadığı ve bu günün de normal bir cumartesi günü olduğunu, Yasa'da genel tatil günlerinin kaç gün olduğunun belirtildiği ve ayrıca toplu iş sözleşmesinde Cumartesi günleri çalışma yapılması halinde ödenecek ücretin belirlendiğini böyle bir Cumartesi günü yaptırılan çalışmanın toplu iş sözleşmesinde öngörülen zamlı ücrete hak kazandırmayacağı sonucuna varmıştır.

2) Fazla Çalışma

a) İşçinin Fazla Çalışmaya İlişkin Rızasının Kapsamı

Gerek 1475 sayılı Kanunun 35. maddesinde gerekse 4857 sayılı Kanunun 41. maddesi uyarınca, fazla çalışma yaptırabilmek için işçinin rızasının alınması zorunludur.

Yargıtayın, esas itibariyle, devamsızlık nedeniyle feshe ilişkin bir kararında (Y 9 HD., 15.12.2003 – 10202/21982, Legal 2004/2, 643 – 644), 23.9.2001 Pazar gününün işçinin hafta tatili olduğu ve işçinin o gün çalışacağına ilişkin (1475 sayılı) İş Kanunu'nun 35. maddesinin (f) fıkrasının aradığı bir muvafakatnamenin bulunmadığından söz edilmiştir.

Kanımca bu ifade son derece hatalıdır. Gerçekten işçinin fazla çalışmaya ilişkin rızası, ancak yasaya uygun fazla çalışmalar için hüküm ifade eder. Hafta

tatili verilmesi gereken bir günde yaptırılan çalışma Kanuna aykırı olduğu için, işçinin hafta tatilinde çalışacağına ilişkin rızası zaten kendisini bağlamaz. Bu bakımdan kararda, hafta tatilinde çalışılacağının kabul edildiğine ilişkin bir rızanın bulunmadığından söz edilmesi hatalıdır.

b) Fazla Çalışmanın Belirlenmesi ve Fazla Çalışma Ücretinden Hakkaniyet İndirimi Yapılması

Yargıtay 9 Hukuk Dairesi son yıllarda düzenli bir şekilde, yerel mahkemelerce fazla çalışma ücretlerine hükmedilirken "hakkaniyet indirimi" adı altında bir indirim yapılması gerektiği görüşündedir.

Nitekim 2003 yılında verdiği bir kararda da Dokuzuncu Daire, bir işçinin her gün fazla çalışma yaptığının kabul edilmesinin hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği, mazeret, hastalık, izin ve benzeri ihtiyaçlar nedeniyle bir insanın zaman zaman fazla çalışma yapmama ihtimalinin bulunacağı, bu bakımdan fazla çalışma alacağından hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği sonucuna varmıştır (**Y 9 HD., 20.11.2003 – 8682/19629, Legal 2004/2, 672 – 673; aynı yolda Y 9 HD., 29.3.2004 – 17622/6527, Legal 2004/3, 1010; Y 9 HD., 6.12.2003 – 6546/18736, Legal 2004/4, 1425 – 1426; Y 9 HD., 20.10.2003 – 4061/17412, Legal 2004/4, 1447 – 1448; Y 9 HD., 9.10.2003 – 4692/6717, Legal 2004/4, 1456 – 1457; ayrıca bak. EKONOMİ, 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 47 - 48).**

Bunun nedeni herhalde, yerel mahkemelerin fazla çalışmanın belirlenmesinde yeterli incelemeyi yapmamaları, görgüye dayalı olmayan ve birbirini teyit etmeyen tanık beyanlarıyla hüküm kurma yoluna gitmeleridir.

Yargıtay 2003 yılındaki bazı kararlarında, fazla çalışma ücreti alacağının belirlenmesinde yapılan bir hataya değinmiştir. Gerçekten yerel mahkemelerce işçinin fazla çalışma alacağı belirlenirken, gerek işçinin yıllık izinde bulunması ve gerekse işyerinin Ramazan ayında kapalı bulunması gibi nedenlerle, işçinin çalışılmadığı süreler dikkate alınmamaktadır. Yargıtay isabetli olarak işçinin çalışmadığı açık olan bu gibi süreler için fazla çalışmasının olmayacağı ve fazla çalışma ücreti alacağı hesaplanırken bu gibi sürelerin düşülmesi gerektiği sonucuna varmıştır (Y 9 HD., 9.10.2003 – 14692/16717, Tühis Şubat 2004, 67 – 68).

Kuşkusuz Yargıtayın fazla çalışma iddialarına ihtiyatlı yaklaşımı bir ölçüde isabetlidir. Bununla birlikte, hakkaniyet indirimi uygulaması, yerel mahkemelerin, böyle bir indirim gekekip gerekmediğini incelemeksizin, her davada faz-

la çalışma ücretinden bir indirim yapma yoluna gitmelerine neden olmakta, fazla çalışma olgusunun geçerli delillerle ortaya konulması halinde dahi, her olayda zorunlu imiş gibi mutlaka bir indirim yapılması yoluna gidilmektedir ki, bu uygulamayı isabetli bulmak mümkün değildir.

Öte yandan, fazla çalışma süresinin belirlenmesinde kullanılan "hakkaniyet indirimi" terimi de isabetli değildir. Gerçekten; örneğin tazminat hukukunda önce zararın miktarı tespit edilir ve sonra karşı tarafın zayıf durumu veya başkaca nedenlerle hakkaniyet gereği bir indirim yapılması yoluna gidilir. Halbuki fazla çalışma ücret alacağından hakkaniyet indirimi yapılırken, aslında fazla çalışmanın miktarı belirlenip sonradan hakkaniyet gereği indirim yapılmamakta, tam tersine fazla çalışma miktarının belirlenmesinde bir indirim yapılması yoluna gidilmektedir. Bu bir hakkaniyet indirimi değil, her gün fazla çalışma yaptığının kabul edilmesinin hayatın olağan akışına uygun olmayacağı nedeniyle, tanık beyanlarıyla ortaya çıkan fazla çalışma miktarının gerçekçi olmaması nedeniyle yapılan bir indirimdir.

Nitekim Yargıtayın 2004 tarihli bir kararında, bilirkişi tarafından hesaplanan fazla çalışma ücretinden takdiri bir indirim yapılmasından sözedilmektedir ki (Y 9 HD., 1.3.2004 – 13835/3398, Legal, 2004/3, 1036 – 1037) kanımca bu ifade daha uygundur.

c) Üst düzey yönetici'nin fazla çalışma iddiası

Yargıtay üst düzey yönetici olarak tabir edilen kişilerin fazla çalışma iddiasına ilişkin olarak geçmiş yıllarda verdiği kararları, 2003 yılında da sürdürmüş ve aylık ücretin yanı sıra hedeflenen satış miktarına göre prim karşılığı çalışan distribütör ve bölge yöneticisinin, çalışma saatlerini ve gününü kendi ayarlayan üst düzey yönetici olduğu ve bu nedenle fazla çalışma ve genel tatil ücreti alacağına hak kazanamayacağı sonucuna varmıştır (Y 9 HD., 25.9.2003 – 2312/15347, Legal 2004/1, 211 – 212).

Ancak üst düzey yönetici olması; geriye doğru olan haklarını ortadan kaldırmayacağından, Yargıtay benzer bir olayda, davacı işçinin üst düzey yönetici olduğu tarihten geriye doğru olan döneme ilişkin fazla çalışma ücretlerinin hüküm altına alınması gerektiği sonucuna varmıştır (Y 9 HD., 30.10.2003 – 5612/18356, Legal 2004/4, 1437 - 1438).

d) Kanun Gereği Geçici Görevlendirmede Fazla çalışma ücretinden sorumluluk

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 3.3.2003 – 15925/2690 sayılı kararına konu

olayda (Çimento İşveren D.) davacı işçi Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne bağlı olarak çalışmakta iken, 28.9.1999 – 7.1.2000 tarihleri arasında Valilik Kriz Merkezi afet büro bölümünde deprem sonrası görevlendirilmiştir.

Davacının bu süre içerisinde yaptığı fazla çalışma ve tatil günü çalışmalarına ilişkin ücret talebiyle İçişleri Bakanlığı ve Köy Hizmetlerine karşı açtığı davada Yargıtay isabetli olarak, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısı İle Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun ek 5. maddesinde ve 581 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde kamu kuruluşlarında çalışanların "aylık ödenek her türlü hak ve yardımların kurumlarınca ödenmek kaydı ile geçici olarak görevlendirecekleri" nin belirtildiği, bu bakımdan Valilik Kriz Merkesinde yaptığı fazla çalışma ve tatil günü çalışmalarına ilişkin ücretlerden de bağlı bulunduğu kurumun sorumlu olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Gerçekten; 7269 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde, afet hizmetlerinin yoğunlaştığı ve şümullendiği hallerde, ilgili Bakanlıklar ve kurumların İmar ve İskan Bakanlığının isteği üzerine yeteri kadar teknik ve idari personeli, hizmet için lüzumlu araç, gereç ve malzemeyi ve bunların kullanılması ve tamiri ile ilgili ekipmanı geçici olarak bu teşkilat emrine vermekle yükümlü bulundukları, geçici personelin maaş, ücret, yevmiye ve benzer haklarının esas dairelererince ödeneceği hükme bağlanmış ve bu şekilde görevlendirilenlerin geçici olarak görev yaptığı kurum bakımından bir müteselsil sorumluluk öngörülmemiştir. Bu bakımdan, mevcut mevzuat karşısında, Yargıtayın, İçişleri Bakanlığı bakımından davayı reddederek, fazla çalışma ücreti bakımından sadece davacının esas kurumu olana Köy Hizmetlerinin sorumlu olduğu sonucuna varması isabetlidir.

e) Basın İş Kanununda Fazla Çalışma Ücretinin Asıl Ücrete dahil Edilmesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 18.2.2003 – 724/1815 sayılı kararında (Legal, 2004/3, 1072 – 1074), gazeteci'nin iş sözleşmesindeki, fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil günü ücretlerinin asıl ücretin içerisinde olduğu yolundaki hüküm geçerli kabul ederek, İş Kanunu bakımından yerleşik uygulamasını Basın İş Kanunu bakımından da mümkün görmüştür.

3) Yıllık İzinler

a) Yıllık İznin Kullandırıldığının İspatı ve Yıllık İzin Ücreti Alacağından Hakkaniyet İndirimi Yapılması

Bir iddianın hayatın olağan akışına uygun görülmemesi ölçütü, Yargıtayın, fazla çalışma iddiaları için kullandığı bir ölçüttür.

Ne var ki, yerel mahkemelerin bu ölçütü, son derece hatalı bir şekilde yıllık izin ücreti alacağı bakımından da uygulamasına rastlanmaktadır.Halbuki ispatı belirli bir şekle bağlanan haklar bakımından herhalde böyle hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi bir gerekçeye dayanılması mümkün değildir.

Gerçekten örneğin bir kimsenin uzun yıllar yıllık ücretli izin kullanmaması veya uzunca bir süre ücret almadan çalışması hayatın olağan akışına uygun olmayabilir. Bununla birlikte, Kanunda bir hakkın sağlandığının veya bir ödemenin yapıldığının ispatı yazılı şekle bağlandığı takdirde, bunun ancak öngörülen şekle uygun olarak (veya yemin teklifiyle) ispatlanması mümkün olabilir. Bu bağlamda, işçiye yıllık ücretli izin kullandırmak işverenin yükümlülüğüdür ve yıllık iznin kullandırıldığı ancak yazılı delille ispatlanabilir. Bu ispat şekli gerçekleşmedikçe, işçinin uzun yıllar yıllık ücretli izin kullanmadan çalışmasının gerçekçi olmadığı gibi bir gerekçeyle, yıllık izin ücretinden herhangi bir indirim yapılması mümkün değildir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 15.10.2003 – 3877/17102 sayılı kararında (Legal 2004/1, 196), bundan önceki kararlarına da uygun olarak isabetle, yıllık izin kullandırıldığının ancak işçinin imzasını taşıyan yıllık ücretli izin defteri veya belgesiyle ispat edilebileceği sonucuna varmıştır.

Keza 9 Hukuk Dairesi 12.5.2003 – 2002/25754 2003/8181 sayılı kararında da isabetle, kullandırıldığı ve ücretinin ödendiği işveren tarafından yazılı delillerle kanıtlanmayan yıllık ücretli izin alacaklarının hüküm altına alınması gerekirken, mahkemece bilirkişi tarafından belirlenen yıllık izin ücretlerinden hakkaniyet indirimi yapılmasının usul ve yasaya aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

Ancak Yargıtay yıllık ücretli iznin kullandırıldığı konusunda 2004 yılında verdiği bir kararda (Y 9 HD., 5.4.2004 – 18884/7304, Legal, 2004/3, 1008) farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Yargıtay bu kararında, herhalde bu somut olaya özgü olarak, yıllık ücretli iznin kullandırıldığını ispat vasıtasını değiştirmiş ve adeta ispat konusunda, güvenilir işveren kavramını ortaya çıkarmıştır.

Gerçekten; karara konu olayda, yerel mahkeme 1990 yılından önce düzenlenen ücretli izin defterinde davacının imzasının bulunmadığı gerekçesiyle izin alacaklarının tahsiline karar verilmiştir. Ancak Yargıtay, işyeri uygulamasında 1990 yılından önce ücretli izin belgelerinde çalışanın imzasının alınmadığı, izne çıkış ve izinden dönüş tarihlerinin yazılması ile yetinildiğinin anlaşıldığı, 8 yıl süre ile bir kimsenin hiç ücretli izin kullanmamasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği gibi, önceki yıllara ait izinler mevcutken, daha sonraki yıllara ait izinlerin kullanılmasının da çalışma yaşamının gerçekleri ile bağ-

daştırılamayacağı, davalı bir kamu bankası olmakla işyeri kayıtlarına itibar edilmesi gerektiği gerekçeleriyle, işverence tek taraflı olaarak düzenlenen yıllık izin kayıtlarını geçerli kabul etmiştir (ayrıca bak. Y 9 HD., 24.2.2004 – 31/3086, Legal 2004/4, 1499 – 1500).

Kanımca Yargıtayın son kararını isabetli bulmak mümkün değildir. Gerçekten sorun davacının yıllık izni kullanıp kullanmadığı değil, bunun ispatlanmasıdır. Yıllık iznin kullandırıldığının ne şekilde ispatlanacağı da gerek mevzuat hükümleri ve gerekse yerleşik Yargıtay kararlarıyla bellidir. Bunun için mutlaka işçinin imzası bulunan kayıtlar gereklidir. Davalı işverenin bir kamu bankası olması durumu değiştiririr bir unsur değildir. İspat hukukunda güvenilir işveren – güvenilmez işveren şeklinde bir ayrım bulunmamaktadır. Özel sektörde de en az kamu şirketleri kadar işçilik haklarını süresinde kullandıran işverenler mevcuttur.

Yıllık iznin ispatı konusunda hayatın olağan akışına aykırılık ölçütü kullanılamayacağı gibi, tek taraflı olarak düzenlediği kayıtların geçerli olduğu işveren gibi bir ölçütün kullanılması da mümkün değildir.

Yargıtay yıllık izin kullandırıldığının yazılı delille ispatı konusundaki yerleşik kararlarından 2003 yılında verdiği bir başka kararda daha ayrılmıştır. Gerçekten; Yargıtay 27.10.2003 tarihli kararında, işverenin, işyerinin ramazan ayında kapalı olduğu ve davacının bu ay içerisinde çalışmayarak yıllık izin kullandığı yolundaki savunmasına itibar ederek, yazılı delil bulunmamasın rağmen, davacının yıllık iznini kullanmış sayılacağı sonucuna varmıştır (Y 9 HD., 27.10.2003 – 5791/18114, Tühis Şubat 2004, 68 – 69). Yukarıda belirtiğimiz gerekçelerle bu kararı da isabetli bulmak mümkün değildir.

b) Yıllık İznin vazgeçilmezliği

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 23.12.2003 – 10839/22571 sayılı kararına (Legal 2004/2, 637 – 638) konu olayda işçi iş sözleşmesi devam ederken işverene verdiği dilekçede, yıllık izin kullanmayacağı ve ileride kanuni hak talep etmeyeceğini belirtmiş, ancak daha sonra yıllık izin ücreti talebinde bulunmuştur.

Yargıtay isabetli olarak, yıllık izin hakkının ancak iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ücret alacağına dönüşeceği, doğmamış bir haktan feragatın mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

Karardan, işçi, sözleşme ilişkisi devam ederken yıllık izin hakkından vazgeçtiğinde, kendisine yıllık izin ücreti adı altında bir ödeme yapılıp yapılmadığı tam

TÜRK-İŞ
Bilgi Merkezi

olarak anlaşılamamaktadır. Kuşkusuz böyle bir ödeme yapılmış olması, işçinin yıllık izin talebinde bulunmasına veya iş sözleşmesi sona erdiğinde, kullanmadığı süreye ilişkin olarak son ücreti üzerinden talepte bulunmasına engel değildir. Ancak, işverenin, iş sözleşmesi devam ederken yıllık izin ücreti adı altında yapılan ödemenin mahsubunu talep etme hakkı da bulunmaktadır.

c) Yıllık izne hak kazanma tarihindeki hükümlerin geçerli olması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 30.12.2003 – 16980/23665 sayılı kararında (Legal 2004/2, 627 – 628), yıllık ücretli izne hak kazanma için gereken bekleme süresindeki ve yıllık izne hak kazanıldığı tarihteki çalışma koşullarının farklı olması halinde, hangi hükümlerin uygulanacağını incelemiştir.

Karara konu olayda, davacının bekleme süresindeki personel yönetmeliği ile yıllık izne hak kazandığı tarihteki personel yönetmeliği farklıdır. Yüksek Mahkeme isabetli olarak, böyle bir durumda yıllık izne hak kazanıldığı tarihteki personel yönetmeliğinde yer alan yıllık izin sürelerinin uygulanacağı sonucuna ulaşmıştır.

Karar isabetlidir. Gerçekten; yıllık izin hakkı bekleme süresinin tamamlandığı gün doğmaktadır. Hak doğduğu tarihte hangi hüküm yürürlükte ise, o hükme göre yıllık izin süresi miktarının tespit edilmesi gerekir.

d) Yıllık izin alacağının para alacağına dönüşmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesine göre, işçinin yıllık izin hakkı ancak iş sözleşmesi sona erdiğinde para alacağına dönüşür ve bu alacağa ilişkin zamanaşımı süresi de bu tarihten itibaren işlemeye başlar.

Yargıtay 9 HD'nin 19.9.2003 – 2114/14822 sayılı kararına konu olayda (Legal 2004/1, 220 – 221), davacı 1.3.1969 – 17.7.1983 tarihleri arasındaki hizmetini yaşlılık aylığı almak için sona erdirmiş ve ara vermeksizin 28.7.1983 tarihinde tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlamıştır. Davacının ikinci hizmet süresi 8.9.2000 tarihinde sona ermiş ve davacı 3.11.2000 tarihinde yıllık izin ücreti (ve kıdem tazminatı) için dava açmıştır. Yerel Mahkeme ilk hizmet süresini de dikkate alarak yıllık izin alacağına hükmetmiş ise de, Yargıtay, davacının ilk hizmet süresinin emeklilik nedeniyle sona erdiği ve ilk döneme ilişkin yıllık izin alacağının bu tarih itibariyle para alacağına dönüştüğü ve zamanaşımı süresinin bu tarihten itibaren işlemeye başladığı, bu bakımdan 3.11.2000 dava tarihinde beş yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği gerekçesiyle yıllık izin ücreti talebini kabul etmemiştir.

Kanımca Yargıtayın, yıllık izin ücretine ilişkin olarak vardığı sonuç, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun emeklilik aylığı bağlanması için öngördüğü sisteme uygundur. Gerçekten; işçinin emeklilik aylığına hak kazanması için, bir gün için dahi olsa iş sözleşmesinin emeklilik nedeniyle kendisi tarafından sona erdirilmiş olması gerekir. İş sözleşmesi emeklilik nedeniyle işçi tarafından sona erdirildiğinde de, hak kazanıp da kullanılmayan yıllık izin süresine ilişkin hakkı para alacağına dönüşmüş olup, işçinin emeklilikten sonra da ara vermeden aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi, ortada gerçek bir fesih olduğu olgusunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu bakımdan Yargıtayın vardığı sonuç, yıllık izin hakkını iş sözleşmesinin sona ermesiyle para alacağına dönüşeceği yolundaki hükme uygundur.

e) Yıllık İzin Ücretinin Çıplak Ücret Üzerinden Hesaplanması

Daha önce verilmiş bulunan yerleşik kararlara uygun olarak (Bak. EKONOMİ, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi), Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.12.2003 – 10497/23425 sayılı kararında (Legal 2004/2, 635 – 636), yıllık izin ücretinin çıplak ücret üzerinden hesaplanması gerektiği belirtilmiştir.

Ayrıca, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.9.2003 – 2771/15686 sayılı kararında (YKD Mart 2004, 388 – 390), Basın İş Kanunu'na tabi gazetecinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte ödenen yıllık izin ücretinin giydirilmiş ücret üzerinde değil, çıplak ücret üzerinden ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

4) İşçinin Ücretsiz İzin Talebinin İşverence Kabul Edilmemesi

Bilindiği gibi 1475 sayılı İş Kanununda, 6 aya kadar doğum izni dışında, işverenin işçinin ücretsiz izin talebini kabul zorunluluğu bulunmamaktaydı. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.12.2003 – 17433/22657 sayılı kararında (Çimento İşveren D., Mart 2004, 62), davacı işçi yıllık izin süresinde özel işlerini tamamlayamadığını belirterek bir ay t-ücretsiz izin talebinde bulunmuş ancak bu talebi işverence kabul edilmemiştir. Yargıtay isabetli olarak, işçinin ücretsiz izin talebini kabul edip etmemenin işverenin yönetim hakkına girdiği, bu talebi işverence kabul edilmeyen işçi bakımından devamsızlık olgusunun gerçekleştiği sonucuna varmıştır

IV. MADDİ TAZMİNATIN HESAPLANMASI

1) Maddi Tazminat Karşılığının Toplu İş Sözleşmesiyle Belirlenmesi

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 25.12.2003 – 8774/10917 sayılı kararına **(YKD, Temmuz 2004, 1104 – 1106)** konu toplu iş sözleşmesinde, işçinin iş kazası nedeniyle ölümü halinde, kusur oranına bakılmaksızın, işçinin hak sahiplerine işveren tarafından 100 metrekareyi aşmamak üzere ve işverenin uygun göreceği bir semtte daire verilmesi, ancak bu haktan yararlanmak için mirasçıların işveren hakkında dava açmaması şartı öngörülmüştür.

İş kazası sonucu ölen işçinin mirasçıları açtıkları davada hem maddi ve manevi zarar ve hem de toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre daire verilmesini istemişlerdir. Yerel Mahkeme, olayda işverenin kusuru bulunmadığı gerekçesiyle madde ve manevi tazminat talebini reddetmiş ve toplu iş sözleşmesi ile taahhüt edilen dairenin davacılara devrine karar vermiştir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi son derece isabetli olarak, bu gibi davalarda alınacak bilirkişi raporlarının taşıması gerekli nitelikleri belirttikten sonra, toplu iş sözleşmesinin anılan hükmü ile haksahiplerinin tazminat davası açma hakkının önlenmediğini, tam tersine onlar yararına seçimlik bir hak tanındığını, haksahipleri maddi tazminat davası açmış bulunduğu için daire hakkından yararlanamayacakları, mahkemenin daire verilmesine ilişkin talebi reddederek maddi tazminet talebi hakkında yeniden incelemeyle karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Karar son derece isabetlidir. Gerçekten işkazası geçiren işçinin haksahiplerine daire verilmesine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmü bu kişilerin maddi ve manevi tazminat davası açma hakkını engellememektedir. Yargıtay tarafından da isabetle tespit edildiği gibi, tam tersine haksahipleri lehine seçimlik bir hak getirmektedir. Nitekim, daire talebinde bulunabilmek için herhangi bir kusur şartı aranmamaktadır. Başka bir anlatımla, olayın meydana gelişinde müteveffa tam kusurlu olsa dahi, haksahipleri toplu iş sözleşmesi gereği daireyi talep edebileceklerdir. Eğer olayın meydana gelişinde işverenin kusuru ağır nitelikte olup da, haksahipleri bir daire bedelinden daha fazla maddi tazminat alabilecekleri inancında iseler, maddi tazminat davası açmalarına hiçbir engel yoktur. Ancak toplu iş sözleşmesindeki hüküm gereği, haksahiplerinin hem tazminat ve hem de daire talebinde bulunmaları mümkün değildir. Somut olayda, haksahipleri maddi ve manevi tazminat talebinde bulundukları için, daire taleplerinin reddi gerekmektedir. Bu bakımdan Yargıtayın tespitleri ve vardığı sonuç son derece yerindedir.

2) Maddi Tazminata Esas Ücret

Maddi zarar miktarı hesaplanırken, bazan, kişi eğer emekli ise, tazminata esas ücreti olarak asgari ücret alınmaktadır. Halbuki maddi tazminat miktarı hesaplanırken, kişinin asgari ücret aldığının varsayılması, ancak ücretinin açık surette belli olmaması halinde söz konusu olabilir. Kişinin ücreti belli olduktan sonra, salt emekli satüsünde bulunması, kazancının asgari ücret düzeyinde olduğunun kabulünü gerektirmez.

Nitekim; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi **18.11.2003 – 7895/9525 sayılı kararında (Çalışma ve Toplum, 2004/2, 216 – 218),** emekli statüsünde çalışmasının asgari ücret üzerinden hesaplama yapılmasını haklı kılmayacağı, davacının sicil dosyasından açıkça belli olan ücreti üzerinden hesaplama yapılması gerektiği sonucuna varmıştır (Maddi tazminata esas ücret tespiti konusunda bak. L. AKIN, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Tazminat Davaları, Milli Komite, 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 105 – 108).

3) Maddi Tazminatın Belirlenmesinde Bakıcı Ücreti

Bilindiği gibi, SSK.m.20/IV. fıkrasında, sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalıya bağlanan sürekli iş göremezlik gelirinin başkasının sürekli bakımına muhtaç olması halinde % 50 oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır.

Kurum tarafından sigortalıya bağlanacak aylığın tespitinde kullanılan bu ölçüt Yargıtay tarafından maddi tazminat miktarının belirlenmesinde de esas alınmış ve SSK tarafından bağlanan gelir sürekli bakım ihtiyacı nedeniyle % 50 oranında artırıldığında, maddi tazminat miktarının da % 50 artırılması yoluna gidilmiştir.

Yargıtay bu dönemde, % 50'lik tazminat artışı için sigortalının maddi tazminat hesabına esas gelirini % 50 artırmış, ancak sigortalının ücreti asgari ücretin üzerinde ise, % 50'lik artışın sadece asgari ücret miktarına uygulanması gerektiği yolunda kararlar vermiştir (Ayrıntı için bak. **AKIN,** İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, 221 – 222: aynı yazar, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Tazminat Davaları Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 120 - 121).

Bakım ihtiyacı halinde gelirin % 50 oranında artırılmasına ilişkin düzenlemenin işçinin gerçek zararının belirlendiği maddi tazminat davalarında da aynen uygulanması hatalı olmuştur. Kuşkusuz işçinin uğradığı kaza sonucu başkasının sürekli bakımına muhtaç olması halinde, bakım giderleri de maddi za-

rar hesabına dahildir. Bununla birlikte; SSK m.20/IV. fıkrasında öngörülen, gelirin % 50 artırılması ile bakım gideri hesabının bir ilgisi bulunmamaktadır. Gerçekten; Kurum, SSK mevzuatı gereği, sigortalının fiilen bir bakım gideri yapıp yapmadığı veya ne kadar yaptığıyla ilgilenmeksizin, sigortalı başkasının sürekli bakımına muhtaç olduğu takdirde, bağladığı geliri % 50 oranında artırmaktadır. Halbuki sigortalının maddi zarar hesabına dahil olan bakım gideri, bu % 50 artırımın altında olabileceği gibi üstünde de olabilir. Nitekim 10. Hukuk Dairesi 2002 yılında bu yolda kararlar vermiştir (Kararlar ve isabetli öğreti görüşü için bak. N. CANİKLİOĞLU; Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 357 – 358).

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 7.4.2003 – 2542/3174 sayılı kararı **(Çalışma ve Toplum, 2004/2, 193 – 194)** işkazası nedeniyle malül kalan sigortalı işçi için yapılan harcamalar nedeniyle doğan Kurum zararının rücuan ödetilmesini konu alan bir davada bakıcı ücretinin ne şekilde hesaba esas alınacağına ilişkindir.

Karara konu olayda, işçi 1.12.1987 tarihinde meydana gelen bir işkazası sonucu malül kalmış, meslekte kazanma gücü kaybı oranı 9.4.1988 tarihinde % 37 olarak belirlenmişse de, 1.12.1990 tarihinde % 100' e çıkmıştır.

İşçi 1.12.1990 tarihinden itibaren başkasının sürekli bakımına muhtaç kabul edilerek, Kurumca bağlanan gelir Sosyal Sigortalar Kanunu'nun m.20/IV. fıkrası gereğince % 50 oranında artırılmıştır. Rücua esas miktar tespit edilirken, sigortalı işçinin aktif dönemine ilişkin geliri 1.12.1990 tarihinden itibaren % 50 oranında artırılmıştır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, rücua esas bakıcı ücreti belirlenirken, bakıma muhtaç sigortalının şayet evli ise eşinin yardımından yararlanmasının Medeni Kanunun 151. maddesi gereğince (yeni Medeni Kanun m.185) maddesinde öngörülen müzaheret (yardım) yükümünün bulunması ve yine, başkasının bakımına muhtaç sigortalının herhalde gelirinden bakım için bir pay ayırması gerekeceğine ilişkin olgular göz önünde bulundurularak Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddelerinin uygulanmasını gerektirir bir sebebin varlığı halinde bakım için hesap edilen zarar miktarından bir miktar indirim yapılması gerektiği sonucuna varmıştır.

Kuşkusuz yerel mahkemece bakıcı giderine ilişkin zarar miktarı tespit edilirken, gelirin % 50 artırılması yoluna gidilmesi hatalıdır. Zira buradaki bakım zararının sigortalıya bağlanan gelirle bir ilgisi bulunmayıp, burada örneğin; bakım için verilmesi gereken bakıcı ücreti gibi somut olarak tespit edilebilen bir gider söz konusudur. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin bakıcı ücretinden ya-

pılması gereken indirim konusundaki gerekçeleri de kanımca isabetli değildir. Gerçekten; Medeni Kanun m.185'de yer alan yükümlülük eşlerin birbirlerine ve aile birliğine karşı olan yükümlülükleri olup, bunun bakıcı ücretiyle ilişkilendirilmesi hatalıdır. Kaldı ki, eşlerin birbirine karşı olan yükümlülüklerinden 3. kişileri menfaat temin edilmesi söz konusu olamaz. Öte yandan 10. Hukuk Dairesi tarafından kullanılan ikinci gerekçe de bir indirim yapılmasının değil, olsa olsa bakıcı ücretinin zarar hesabına dahil olmasının bir gerekçesi olabilir. Nitekim, bakıcı ücretinin zarar hesabına dahil olmasının gerekçesi zaten, başkasının bakımına muhtaç sigortalının gelirinden bunun için bir pay ayıracağının varsayılmasıdır.

4) Cismani Zarara Uğrayan İşçinin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi

İşkazası nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi uyarınca manevi tazminat talebinde bulunmak mümkündür. Anılan maddeye göre, "Hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara düçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namiyle adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir."

Manevi tazminat talebinde bulunma hakkı olan kişi esas itibariyle işkazasına uğrayan işçi veya onun ölümü halinde haksahipleridir. Kanunda, işkazasına uğrayan işçi sağ iken haksahibi yakınlarının manevi zarara uğradıklarını ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri düzenlenmemiştir.

Bununla birlikte Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 1.12.2003 – 9485/9701 sayılı kararında (Legal 2004/4, 714 – 716), "...Borçlar Kanununun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğdudan doğruya cismani zarara uğrayan kişiye aittir. Yansıma yoluyla aynın eylem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Ancak cismani zarar kavramına (BK 46 ve 47) ruhsal bütünlüğün ihlali sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil ruhsal ve sinirsel bütünlüğün de korunduğu öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Öyleyse bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eyleme uğrayan kişi % 80, % 100 iş göremez duruma gelmişse) onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusudur..." sonucu varmış ancak davacının oğlunun % 5.1 oranındaki iş göremezlik oranını, davacının ruh-

sal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır şekilde bozulması için yeterli görmemiştir.

Yargıtayın bu görüşü kuşkusuz isabetlidir ve öğreti görüşüne de uygundur (**AKIN,** İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Tazminat Davaları Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 130; ayrıca bak. **SÜZEK,** Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 42- 44). Bununla birlikte; işçinin yakınının ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün işçinin uğradığı iş göremezliğin oranına endekslenmesinin isabet derecesi tartışmaya açıktır.

Genel Görüşme

Oturum Başkanı- Yargıtay kararlarıyla sınırlı olmak üzere, Hocamıza sual sormak isteyen arkadaşlar isimlerini bildirsinler bu dönemde Hocama sorulacak sorular cevaplandırılsın, soru sormak isteyenler buyurun.

Asuman Celkan, Resul Aslanköylü, Süleyman Caner, Nihat Gülsen, Fevzi Demir, Murat Özveri, Mustafa Avcı, herhalde başka yok.

Asuman hanım buyurun.

Asuman Celkan (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi)- Sayın Başkan, çok değerli onursal Başkanımız Resul Aslanköylü beyefendi, çok değerli Yargıtay üyesi arkadaşlarım, Türk Milli Komitesinin Değerli Başkanı ve Mümtaz Hukukçu Prof.Dr. Münir Ekonomi beyefendi ve diğer komite üyesi beyefendiler, yine çok değerli Akademisyenler; Türkiye'nin dört bir tarafından teşrif eden Yargıç arkadaşlarımız, Avukat arkadaşlarımız, Hukukçular, değerli diğer katılımcı hanımefendi ve beyefendiler ve salonda mevcut bu toplantıyı düzenleyen TİSK ve TÜRK-İŞ Sendika Başkan ve Yöneticileri, hepinizi saygıyla selamlıyorum; iki günlük çalışmayı düzenleyen Milli Komite Başkan ve üyeleriyle, özverili sendika mensuplarına da ayrıca, bizi hem konuk ettikleri, hem de bu çalışma günlerini düzenledikleri için huzurunuzda teşekkür ediyorum.

Benim söz almaktaki maksadım, değerli sunumcu, çok nitelikli bir sunumda bulundular. Sunumda konu edilen Daire kararlarımızın gerekçelerini açıklamak ve sunumda alan kararlara ait eksikleri tamamlamak ve o anlamda izninizle katkıda bulunmak istiyorum.

21 nci Hukuk Dairesinin, iş bölümüne giren konular, sunumun son sayfasında yer almasına rağmen, 9., 10., 21 inci Hukuk Dairelerinin çalışma konuları ile Usul Hukuku aynı olduğundan ve konu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku bulunduğundan, Yargıtay Daireleri iş bölümü gereğince dava konularına göre, aramızda iş bölümü varsa da, dosyalarda yürütülen sistem, inceleme usulü ve mevzuat ortaktır. Bu nedenle, 9 uncu Hukuk Dairesindeki üye arkadaşlarımız seminere teşrif edemedikleri için, onlarda da geçen ve bizde de ortak bulunan bazı dava tiplerine ben burada değinmek istiyorum.

Limited Şirket ortağının SSK'lı mı yoksa Bağ-Kur'lu mu olması gerektiğine dair Dairemizdeki uygulamalarda dosyada toplanan bilgi ve belgeler ile, getirilen nizaya göre, biz de zaman zaman konu üzerinde daha ayrıntılı düşünmek durumunda kalıyoruz. Çünkü, 1479 Sayılı Yasanın 24 üncü maddesinde; Limited Şirket ortağıyla, Anonim Şirket kurucu ortaklarının, yasadan kaynaklanan zorunlu Bağ-Kur üyesi olmaları söz konusudur.

Bu durumda, Limited Şirket ortağı, nasıl SSK'lı olabiliyor? Ortağın, ortaklık işyerinde çalışması, (sunumda da öyle anlatıldığı için izah ediyorum) SSK'Lı olarak çalışmasına müsait olabilir mi? Başka bir işyerinde hizmet akdiyle çalışıyorsa, onu biz SSK'lı addedebiliriz deniliyor. Bu görüşe kısmen katılmıyorum, zaten her limited şirket ortaklığının yapısı gereği, ortakları, gerçek kurucu üyeleridir, aynı zamanda, her ortak, çalışan müdür sıfatında kişi olabilir, ayrıca ortak dışında, haricen şirketi temsilen bir müdür de atanabilir. Her ortağın, şirket faaliyetlerinden, efor sarf etmek suretiyle sorumlu durumdadır.

Bir türlü çalışma ile, bir işveren nezdinde geçen hizmet akdine bağlı çalışmayı, birbirine karıştırmamak gerekir. Ama, ortaklıkta çok cüzi ortaklık payı varsa, şirket kurulurken, yasal ortak sayısına ulaşmak amacıyla (%2, 3, 5 gibi) pay verildiği anlaşılabiliyorsa, burada aslolan amacın ticari ortaklık olmadığını değerlendirip, biz bu kişileri, Limited şirketteki çalışmalarından ötürü SSK'lı çalışan kabul ettiğimiz olmuştur, Dairemizin bu yönde verilmiş kararları mevcuttur.

Diğer yandan, sunumdaki ibraname konulu davaya geldiğimizde; işçilik haklarını koruma altına almak amacı ile işçilere, emekli olurken, işverenlerce bir takım belgeler imzalattırılıyor. Şimdi burada, dava dosyalarında rastladığımız bazı durumlardan esinlenerek sendika mensuplarına bir takım önerilerde bulunmak istiyorum. Ödemelere ilişkin olmak üzere, tazminat kalemleri tek tek tadat edilerek ve birkaç tanık huzurunda ve banka marifetiyle yapılıp, dekontun ibranameye eklenmesi halinde, gerçek işçilerin; gerekse işverenlerin sonradan "aldık, ödedik, almadık" gibi savunmalara geçip, gereksiz dava açılmasına sebebiyet verilen olgulara maruz kalınmayacaktır. Ayrıntılı hazırlanmış yazılı belgeler (İbranameler) taraflara, ispat kolaylığı sağlayacaktır.

İbranamede ödenen miktar belirtilebilir, meblağ makul olmalıdır. Ancak, bu seviyeden düşük miktarda yapılan bir ödeme varsa, biz bunu bir makbuz veya fatura kabul edip, olması gereken meblağdan mahsup edebiliyoruz. Ayrıca, çok önemli ibranamedeki ödemenin hangi tür tazminatlara ait olduğu hususuna gelince, sadece ihbar ve kıdem tazminatı olarak değerlendirilmemesi gerekir. Kaldı ki, "maddi ve manevi tazminat haklarımdan vazgeçiyorum" veya bu kelimeler yazılmadığı hallerde, ödenen paranın öncelikle işten ayrıldığı için, işçilik haklarına, ayrılmadıysa veya iş kazası geçirdiğinden ötürü ayrılmak durumunda bırakılmışsa, genelde maddi tazminat için ödendiğini düşünüyoruz.

İbranamede, "manevi tazminat" sözcüklerinin yer almadığı hallerde, istemin maddi tazminatın yanı sıra, manevi tazminatı da içerip içermediği hususunda

belirsizlik oluştuğundan, çoğu zaman açılan tazminat davalarında, manevi tazminat talepleri redle sonuçlanmaktadır. Diğer anlatımla, istem sadece maddi tazminata hasredilmektedir. İbranamede yer alan ödemelerin ispat kolaylığı açısından (işçilerin ve işverenlerin zor durumda kalmaması için) yapılan eylem ve ödemelerin, hangi kalemlere ait olduğunun açık ve seçik bir şekilde belirtilmesi gerekir.

Islah, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda yerleşen görüşe göre, artık yerini buldu; 21 nci Hukuk Dairesinin bu husustaki görüşleri de H.G.K. ile paralellik taşımaktadır. Islah istemi, dava dilekçesinde, istenmesi unutulmuş hususların yerine getirilmesi hakkından ziyade, harcı ödenerek açılan ek bir dava olarak kabul ediliyor. Bu ek davada istenen ek tazminat söz konusuysa, bu talep kabul görüyor, ancak, faiz istemi varsa başa (dava tarihine) götürülemiyor, ıslah tarihinden itibaren yürütülüyor. Dairemiz kararlarında karşı oy kullanmamakla birlikte, benim kişisel görüşüm; ıslahın tam mahiyeti gereği, madem ki ıslah, dava dilekçesinde unutularak istenemeyen hususların talep edilebilmesine cevaz veren bir müessesedir, gayet tabiidir ki, ıslah ile istenen tazminata ilişkin faiz, dava tarihine (başa) götürülebilmelidir.

Gazetecilerin günlük ücretlerine yasadan kaynaklanan % 5 faiz yürütülmesine ilişkin kabulle sonuçlanan davalarda, ücretten, hakkaniyet indiriminden neye dayalı uygulandığı hususuna gelindiğinde;

Ücretlerden "hakkaniyet indirimi" yapılmaması gerektiği Sayın sunumcu tarafından dile getirildi. Tabii, bu bir algılamadır, yalnız mahkeme kararlarının Anayasa gereğince gerekli olarak yazılması gerekmektedir. Bu hüküm gereğince, 9 uncu Hukuk Dairesince düzenlenen ilamda; yapılan indirimin, Borçlar Kanunun 43 ve 44 ncü maddesinde yer alan "Hakkaniyet İndirimi" ile ilişkilendirilmesi yerindedir, burada hareket noktası, "hakkaniyet indirimi" teriminden kaynaklanmaktadır. Amaçlanan, yıllar sonra açılan ücrete ilişkin faiz alacağı davalarında ortaya çıkan yüksek miktarı ödemeye mahkum etmemek, hatta bu meblağın ödenemezlik gibi bir imkansızlığa yöneltilmemesi ve ödenebilir seviyeye çekilmesi için yapılan bir uygulamadır. Bu uygulama, 21 nci Hukuk Dairesinde incelenen tazminat konulu davalarda da yapılmaktadır.

İzninizle, şimdi kendi dairemizin inceleme konusunu içeren ve sunumun son bölümünde yer alan metinlere gelmek istiyorum.

Sayın sunumcu, gerçekten çok enteresan kararlar örnek almış. Ben 12 yıldır bu işle uğraşıyorum, yani sosyal güvenlik hukukuyla ilgileniyorum. İlk defa verilen bir karardır, başka bir benzerinin dairemizden de geçtiğini pek sanmıyorum. İş Kazası geçiren işçisine karşı toplu iş sözleşmelerinde bir ev satın alacağını, ku-

suruna bakılmaksızın ev satın alacağını belgeleyen işveren ki, çok iyi niyetli bir işveren olduğu görülmekte, böyle örneklere gerçek hayatta pek rastlamıyoruz. Bu olay, müessesenin ciddiyetini ve hakkaniyetini ortaya koymakta.

Yapılan sözleşme ile, dava hakkını ketmeden bir ifade kullanılmaması gerekmekte idi. Aksi halde, söz konusu sözleşme, hukuken geçerli olamazdı. Bu nedenle, davacı işçi, belki hukukçulardan aldığı danışma sonucunda, anayasal dava hakkını kullanarak, maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Biz mahkeme olarak önümüze gelen her davaya bakıp, bitirmekle yükümlüyüz. Verilen hükümle, Toplu iş sözleşmeleri ile doğrudan ilgisini açıkça gözetmeyiz, yani format olarak bu yol izlenir, bu tazminat davası açıldığında, Mahkemece, maddi tazminat konularının ana temel öğesi olan kusur oranı, maluliyet, yaş bir de ücret olgusu resen araştırılır. İş Mahkemelerinde, 5521 sayılı yasa ile 1086 sayılı hukuk usulü muhakemeleri kanunu uygulamamıza rağmen, kamu düzenini ilgilendiren bu tip davalarda, tazminata hak kazanma biçimi, Daire içtihatları ile geliştirilmiştir, dosyalarda bu dört öğeyi ararız ve bunu değerlendiririz. Çünkü, bu davada kesinleşecek bu unsurlar, ileride açılacak olan manevi tazminat veya SSK'nın açacağı rücu davaları için zemin teşkil edecektir. Hatta, bu unsurlar mirasçıların veya karşı işverenin veya üçüncü şahısların açacakları karşıt davalarda tarafları bağlayacaktır. Konuda netlik ve teklik ilkesi açısından bu unsurların belirlenmesi gerekmektedir.

Sayın Ekmekçi, ele aldığı Yargıtay ilamının tamamını kendi metnine alamamıştır, orada Dairemizce kusur oranı ile kusuru esas alan hesap raporu, isabetli bulunmamıştır. Dava konusu olay, TIR aracının içersinde geceleyen, kendisine başka bir konut gösterilmediği için, uyuyan ve havasızlıktan vefat eden bir işçinin (aracın şoförü) olayıdır. Bu iş kazası olayında işverenin % 0 (sıfır) kusurlu gösterilmesi, Dairemizce uygun görülmemiştir. İş Yasası ile İş ve İşçi Sağlığı Tüzüğü gereğince, işverence uygun çalışma şartlarını hazırlamak, işçinin yetirli dinlenmesini temin etmek, hele şoförlük yaptığı için, dinç kalmasını (temizlik, konaklama, yeme-içme gibi) sağlayıcı imkanların tanınması gerekirdi.

Bu nedenle, mahkeme kararının, kusur oranının belirlenmesindeki isabetsizlikten dolayı bozulması çok yerindedir. Dava sonuçlandığında, hesap raporunda, tazminat miktarı ne kadar çıkarsa çıksın veya hiç kalmasın, ölen sigortalının mirasçılarının toplu iş sözleşmesinden doğan konuta sahip olma hakkını, daha sonra açacakları diğer dava türleri ile elde etmeleri söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, kusur yönünden bozulan davaya bağlı olarak yeniden kusur ve hesap raporu alınarak tazminat davasına devam olunması gerekmektedir.

Diğer yandan incelenen bir başka maddi-manevi tazminat dava dosyası içeriğinde; iş kazasında % 5 mamul kalan çocuğu için, davacı babası tarafından açılmış ve manevi tazminat istenmiş bir davanın söz konusu olduğu görülmektedir. Mahkemenin kararına ilişkin olarak Dairemizin bozma kararında diyoruz ki, "bu bir yansıma yolu ile açılan tazminat davası olmadığı gibi, davayı açan bizzat kazalı da değildir, ancak iş kazasında % 100, % 80 gibi yüksek oranlarda malul kalanların yakınları, cismani zararı da böyle anlamak gerektiğinden, bu oranda ancak malul kalanların yakınları tazminat isteyebilmelidir", sunuma konu edilen olayda, davacının talebi ise, % 5 malul kalan çocuğuna ilişkin bulunduğu için, bu içtihat gereğince kazalının babası olan davacı, kendi adına tazminat isteme hakkını haiz değildir.

Dairemizin, maluliyete ilişkin olmak üzere, esas aldığı bir hukuk maddesi açıkça yasalarda yer almamaktadır. Ancak, yüksek mahkemelerin varolma nedenleri, zaten bu tip uygulamalara imkan sağlamaktadır. İçtihatlarla yön göstermektedir. Bu olay esasen nedir? Bir Yargıç, günlük hayattan kendisini hiçbir zaman ayırt etmemelidir; toplumla sıkı sıkıya yaşamalıdır, iyi bir psikolog, iyi bir gözlemci olmalıdır. O dosyadaki olayları ruhunda, kendi benliğinde hissedemezse, kararlarını çok rutin, çok kuru verir. Dairemizin baktığı Sosyal Güvenlik Hukukuna ait dava konuları zaten resen araştırmayı gerektirdiği için, tazminat davalarını da bundan ayrık tutamayız, iş kazaları, gerçek hayatın içinde yer aldığından, kendimizi, gözlemci gibi kabul edip, hatta o aile bireylerinin yerine koymak suretiyle yaşanan kederi içimizde hissetmeliyiz.

Bakınız, bu çok çağdaş bir yorumdur, aynı evde yaşayan ve % 100 malul kalan çocuğun anne-babasına, maluliyet, eşlerden birine ait ise diğer eş ve varsa çocuklara veriliyor. Ama, bunu tabii çok genişletmemek için de aile efradıyla sınırlı tutuyoruz, hatta anne-baba başka evde yaşıyorsa, manevi tazminatı vermiyoruz, eşe veriyoruz, eşi yoksa çocukla birlikte yaşıyorsa, tazminatı, anne-babaya veriyoruz.

Bir dosyamızda da, çocuğa, büyükanne-büyükbaba bakmış, inanın onlara da manevi tazminat vermiştik. Çünkü, o elem kederi kim yaşıyorsa, doğrudan ıstırap kim çekiyorsa, onu bir nebze olsun rahatlatmak amacı ile tazminata hak kazandırılması, çok da abes bir şey değildir, çünkü bu derecede malul kalan bir kişiyle beraber yaşayan şahsın, kendi sağlık sorunları oluşacak ve kendi harcamaları da artacaktır. O nedenle, bu harcamaları karşılamak için sigortalı yakınlarına, bu maddi olanağı sağlamak gerekir. Bu paralar, tabii lüks harcamalar için değil, ama genelde cismani zararın karşılanması adı altında, esasen bu işler için kullanılmaktadır, o bakış açısıyla değerlendirilebilir.

O nedenle, bence dairemizin geliştirilmiş en güzel kararlarından birisidir. Bu içtihadı, şartları oluşamadığı için sıklıkla kullanamıyoruz, herkes de zaten talep etmiyor, belki bu hakkı bilmediği için. Tabii çok genişletmemek de gerektiğini düşünüp, disipline ediyoruz, bu yönden de, işverenler açısından pek olumsuzlukla karşılanmamalıdır.

Söz aldığım sunumun son incelemesine gelindiğinde; tazminat hesabına esas alınacak ücretin, gerçek ücret olması araştırılır. Ücret araştırması, kamu düzenindendir. Öncelikle bordrolarda yer alan ve karşısında imza atılı ücretlere geçerlilik tanınmakta ise de, imzaya itiraz halinde, aksinin ispatlanmış olması gerekir. Bu nedenle meslek kuruluşlarından ve ticaret odalarından görüş alınır, hatta tanık dinlenerek gerçek ücret belirlenir.

Olayda, sigortalı şahıs, yüksek mühendis olup, malul de kalsa, emekli de olsa, asgari ücretle bir işyerinde çalışmayacağından hareketle, Dairece, sigortalının gerçek ücretini bul demişiz, aksi hayatın olağan akışına aykırıdır, bozmayı o şekilde yöneltmişiz. Yeniden belirlenecek ücrete göre hesap raporu alınsın ve karara esas teşkil etsin denilmiştir. Bozma, bu nedenle isabetlidir, sunumda, davacının yüksek mühendis olduğu hususuna ilişkin bir bilgi yer almadığından, bunu da açıklamak durumunda kaldık. Efendim, dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Tekrar sayın Doç.Dr. Ekmekçiye kutluyorum.

Oturum Başkanı- Çok değerli üyemiz Sayın Asuman Celkan Hanımefendiye cevaplarından dolayı teşekkür ediyorum. Resul Aslanköylü buyurun.

Resul Aslanköylü (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı)- Sayın Başkanım, Milli Komitemizin değerli başkanı ve sayın katılımcılar. Her ne kadar sunulan tebliğin konusu iş hukuku ile ilgili ise de Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin görevi alanını da ilgilendirdiğinden görüşlerimi kısaca arzetmek istiyorum. Zira mahkemelerce verilen iş hukukuna ilişkin kararları temyizen inceleyen 9. Hukuk Dairesi'nin görevi ile, sosyal güvenlik hukukuna dair kararları inceleyen 10. Hukuk ve 21. Hukuk Dairelerinin görevleri arasında sıkı ve organik bir bağ mevcuttur.

İşçi, ücret bordrosunda veya ibranamedeki imzasını ikrar etmişse, ücretinin daha fazla olduğunu, eksik ödeme yapıldığını iddia edebilecek midir? Ayrıca böyle bir iddianın nasıl kanıtlanabileceği çözümlenmesi gereken çok önemli bir usul hukuku sorunudur.

Hepinizin bildiği gibi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde iş ve sosyal güvenlik yasalarından başka gerek maddi gerekse usul hukukuna ilişkin yasa hükümleri de uygulanmaktadır. Örneğin, iş

mahkemelerinde görülen davaların çözümünde bu güne değin gerektiğinde Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu gibi Kanunlar uygulana gelmektedir. O nedenle gerek iş mahkemelerinin, gerekse Yargıtay'ımızın diğer hukuk dalları gözardı etmemesi gerekir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 15. maddesi hükmüne göre, yargılamada, İş Mahkemeleri Kanununda hüküm bulunmayan hallerde, Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Bu durumda, ücret alacağının kanıtlanması hakkında İMK'nda ayrık bir hüküm bulunmadığından ücret alacağının HUMK'na göre kanıtlanması gerekecektir.

HUMK'nun 236. maddesine göre, dava evrakında veya hakim huzurunda iki taraftan birinin veya vekilinin sebbeden ikrarı geçerli olup ikrar eden aleyhine delil teşkil eder ve giderek maddi bir hatadan kaynaklandığı sabit olmadıkça ikrardan geri dönülemez.

Keza aynı Kanunun 295. maddesine göre ise, yöntemince düzenlenen senetler, aksi kanıtlanıncaya kadar kesin delil teşkil eder.

Ayrıca, yine aynı yasanın 295. maddesinin son fıkrasına göre, mahkeme huzurunda ikrar olunan senetler resmi senet hükmündedir.

Usul Kanunumuzun belirtilen bu açık hükümleri karşısında, işçinin ne miktar ücret aldığı, ücret bordrosunda veya diğer bir belgede açıkça gösterilmiş ve işçi anılan belgelerdeki imzasını ikrar etmişse, sahteliği veya aksi kanıtlanamadıkça düzenlenen belgeler kesin delil teşkil eder. Bize göre işçi, imzasını ikrar ettiği belgenin aksini ancak yazılı delillerle veya yemin hakkını kullanmak suretiyle kanıtlayabilir.

Tebliğe alınan kararda olduğu gibi, emsal işçilerin aldıkları ücretler, kıyasen uygulanamaz ve ilgili meslek kuruluşlarına sorulmak suretiyle kanıtlanamaz. Aksi takdirde HUMK hükümlerine aykırı karar verilmiş olur.

Özetlemek gerekirse, örneğin kalifiye bir işçinin, ücret bordrosunda veya diğer bir belgeden gösterilen ücretle çalışamayacağı, dolayısıyla emsal işçilerin almış oldukları ücret miktarı kadar ücret alması gerektiği görüşüne katılamıyoruz.

Ülkemizde yaşanan işsizlik buhranı dikkate alındığında ve hele üç üniversite mezunundan birisinin işsiz kaldığı ve üniversite mezunlarının odacılık, bulaşıkçılık ve tamirci çıraklığı gibi işlere talip olduğu düşünüldüğünde kalifiye nitelikteki bir işçinin ücret belgesinde gösterilen ücreti almaya razı olduğu ve belgeyi hür iradesiyle imzaladığı kabul edilmelidir. İşçi, imzasını içeren belge-

nin sahteliğini, hata, hile veya manevi cebirle imzalamak zorunda kaldığını iddia eder ve yönetimce kanıtlarsa elbette ücret miktarını gösteren belgeye itibar edilmeyebilir.

Diyelim ki, ücret uyuşmazlıkları kurumca açılan rücu davalarında da gündeme gelmektedir. Bilindiği gibi biz aksi görüşte isek de 10. Hukuk Dairesi, kurumun gerek SSK'nun 26. ve gerekse 39. maddesinde doğan rücü alacağının hukuksal temelinin halefiyet ilkesine dayandığı görüşündedir. Açılan rücu davasında sigortalı işçinin gerçek zararının (=tavan) hesap edilmesi için ne miktar ücret aldığının belirlenmesi gerektiği yasal zorunluluktur.

10. Hukuk Dairesi, kurulduğu günden bugüne değin kurum, işçinin imzaladığı ücret bordrosuna veya aynı nitelikteki diğer belgeye itiraz etmemişse, gerçek zarar hesabının anılan belgede gösterilen ücret miktarı üzerinden yapılması gerektiği görüşünü sürdürmektedir. Az önce değinildiği gibi, sahtelik, hata, hile veya manevi cebir iddiası varsa ve böyle bir iddia usul hukuku kuralları gereğince kanıtlanmışsa elbette ücret miktarını gösteren belgeye itibar edilmemektedir.

Ne var ki, hiçbir miktarı içermeyen ve genel nitelikteki ibranameler, işçinin imzasını taşısa bile itibar edilemeyeceğine ilişkin 9. Hukuk Dairesi'nin görüşü bizce de doğrudur.

Her ne kadar maddi gerçek usuli gerçekten önce gelirse de Türk pozitif hukuku ilkelerine göre, kişi maddi hukuk kurallarına göre haklı olsa bile usul hukuku açısından da haklı olmalıdır. Örneğin kişi, alacağını kanıtlamış olsa bile alacak zamanaşımına uğramış ise hakkını elde edemeyebilmektedir.

Şimdi, baştan beri açıklamış bulunduğumuz usul hukuku kuralları karşısında, işçinin ücret alacağını nasıl kanıtlayabileceğini Sayın Ekmekçi'ye sormak istiyorum.

Sunulan tebliğde ticari şirket ortaklarının hizmet akdine göre çalışmaları halinde Bağ-Kur'lu mu yoksa SSK'lı mı sayılacakları tartışılmaktadır. Bilindiği gibi ticari şirket ortakları Bağ-Kur sigortalısı sayılmaktadır (Bağ-Kur Kanunun I-b-g).

Uygulamada daha fazla yardım sağlamaları nedeniyle Bağ-Kur sigortalılarının SSK'ya, SSK'lıların TC. Emekli Sandığına kaçmaya çalıştıkları, bu yüzden iş mahkemelerine yığınla davalar açıldığı bilinmektedir.

Örneğin, 2829 sayılı Kanunun 8. maddesine göre, sigortalının son yedi yıldaki fiili hizmeti hangi kurumda geçmişse yaşlılık aylığı o kurumdan bağlanaca-

ğı için, Bağ-Kur sigortalıları emekliliklerine 1261 gün gerekli iken, Bağ-Kur sigortalılığından ayrılıp ya SSK ya da TC. Emekli Sandığına geçmektedirler.

Kuşkusuz en son kurumda geçen çalışmalar gerçek ise, duygusal düşüncelerle sigortalının hakları ihlal edilmemelidir. Ancak, bir kurumdan diğer bir kuruma geçmek, muvazaaya dayanıyorsa bu gibi işlemler hukuken himaye edilmemelidir.

Bilindiği gibi Bağ-Kur sigortalısı sayılabilmek için diğer yasal koşulların yanında kendi adına ve hesabına çalışmak, hizmet akdine göre herhangi bir işverenin buyruğu altında çalışmamak gerekir. Herhangi bir ticari şirket ortağının bağlı bulunduğu şirketteki çalışmalarının vekalet akdine mi yoksa yasal koşullar oluşmuş ise hizmet akdine göre de çalışıp çalışamayacakları hem öğretide hem de uygulamada öteden beri tartışılagelmiştir.

Yargıtay kararlarında tam bir uyum sağlanamamışsa da son yıllardaki Yargıtay kararlarında, şayet ticari şirket ortağı, hizmet akdine göre çalışmış ise Bağ-Kur sigortalısı değil SSK sigortalısı sayılacağı görüşü ağırlık kazanmaktadır.

Ancak, özellikle borçlar ve ticaret hukukçularının ağırlıklı görüşü, şirket ortaklarının bağlı bulundukları şirketteki çalışmalarının vekalet akdine dayandığı yönündedir. Ne ki hizmet akdi koşulları gerçekleşmiş ise şirket ortağının SSK sigortalısı sayılabileceği görüşünü savunanlar da vardır. İmregün, Koray ve Tandoğan gibi.

Tandoğan, hizmet akdi ile vekalet akdi arasındaki farkı bizce çok veciz bir biçimde şöyle belirtmektedir; vekalet akdinde de emir ve talimat verme unsuru nisbidir. Ne ki, hizmet akdinde öngörülen talimat verme ve buyura, yoğunlaşmış bir talimat ve buyurmadır. Emir ve buyurma yoğunlaşmış ise aradaki ilişki hizmet akdine dayanır.

Ticari şirket ortaklarının bağlı bulundukları şirkette geçen çalışmalarının vekalet akdine dayandığı görüşünü savunan Sayın Ekmekçi'nin düşüncelerine kural olarak katılmaktayım.

Gerçekten, örneğin büyük bir holdingin yönetim kurulu başkanı olan ve Holdingi yöneten kimsenin yönetim kurulu veya bir başka kuruldan emir ve talimat almak suretiyle hizmet akdine göre çalışmış olması eşyanın tabiatına aykıdır veya iki kişilik bir şirketi yöneten kimselerden birinin öbürünün emir ve talimatı altında çalıştığının kabul edilmesi de yaşam deneyimlerine ve hayatın olağan akışına uygun değildir.

Biz, pek istisnai hallerde, şirket ortaklarının hizmet akdine göre çalışabileceği, iddianın iki tanık ifadesiyle değil kural olarak yazılı delillerle kanıtlanabileceği görüşündeyiz.

Ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde, Anonim Şirketlerin kurucu ortaklarıyla yönetim kurulu üyelerinin Bağ-Kur sigortalısı sayılabileceği, diğer hissedar ve ortaklarının Bağ-Kur Kanununun uygulanması açısından şirket ortağı sayılamayacağı gözardı edilmemelidir.

İnandırıcı delillere dayanmaksızın ticari şirket ortaklarını SSK sigortalısı saymak, hakkını kötüye kullanılmasına neden olabilir.

Hemen ifade etmeliyiz ki, yarın öğleden sonraki, sosyal güvenlik hukuku ile ilgili toplantıda aynı konu tekrar tartışılacaktır. O nedenle izninizle daha fazla ayrıntıya girmeyeceğim. Esasen tebliğe alınan Yargıtay Kararlarının her biri, ayrı birer tebliğ sunmayı gerektirecek kapsamdadır.

Örneğin 10. Hukuk Dairesinin, Limited Şirket ortaklarının, kendi işini kendi yapan kişi durumunda bulunmaları nedeniyle SSK sigortalısı sayılamayacakları, Bağ-Kur sigortalısı sayılmaları gerektiğine ilişkin bizim saptamalarımıza göre dört kararı bulunmakla beraber aksine de kararları mevcuttur.

Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi 10. Hukuk Dairesi son yıllarda, Limited Şirket ortaklarının yasal koşullar oluşmuşsa SSK Sigortalısı sayılabilecekleri görüşüne ağırlık vermektedir.

10. Hukuk Dairesinin, sunulan tebliğe alınan bakıcı ücretinden hakkaniyet indirimi yapılabilip yapılamayacağına ilişin kararına gelince, bilindiği gibi iş kazası geçiren veya meslek hastalığına tutulan sigortalı, başkasının bakımına muhtaç durumuna düşmüşse kendisine bağlanacak sürekli iş göremezlik geliri % 50 artırılmaktadır.

10. Hukuk Dairesinin sözü edilen kararında, sigortalıya karısı bakmakta ise gerçek zarar hesabı (tavan) yapılırken, hesabedilen zarar miktarından bir miktar hakkaniyet indiriminin yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Sayın Ekmekçi hakkaniyet indirimi yapılamayacağı görüşündedir. Oysa haksız fiillerde tazminata hükmedilebilmesi için diğer koşulların yanında zarar unsurunun da kanıtlanması gerekir. Sigortalının karısı, kocasına bakmakla sonuçta daha az bakım ücreti ödemek zorunda kalacaktır. O nedenle bu olgunun indirim nedeni sayılması Borçlar Kanununun 43. ve 44. maddesine aykırı değil hatta anılan maddelere uygundur. O nedenle Sayın Ekmekçi'nin görüşüne katılamıyoruz.

Sözü edilen kararda, bakıcı ücretine hükmolunamaz gibi bir görüşe yer verilmemiştir. Ancak herhalde bekar veya evli olan sigortalının bakıcıya ödeyecekleri ücret, aynı miktarda olmayacaktır.

Sonuç olarak 10. Hukuk Dairesi kararındaki görüş bizce de doğrudur. Esasen 10. Hukuk Dairesi yaklaşık 1996 yılına kadar gerçek zarar hesabı yapılırken bakıcı ücretinin hesaba dahil edilemeyeceği görüşünde iken bu görüşten daha sonra dönmüştür.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Sayın Onursal Başkanımız Resul Aslanköylü'ye katkılarından dolayı teşekkür ediyorum.

Süleyman Caner (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi)- Sayın Başkan, değerli katılımcılar; Sayın Ekmekçi'yi uzun ve yorucu bir çalışmasının ürünü olduğu anlaşılan kapsamlı tebliğ nedeniyle kutlar, hepinizi saygıyla selamlarım; tebliğin son bölümünde yer alan dairemizin kararıyla ilgili olarak düşüncelerimi arz etmek üzere söz almış bulunuyorum.

Bayın Ekmekçi, %100 meslekte kazanma güç kaybına uğrayan başkasının bakım ve yardımına muhtaç durumda bulunan sigortalının, şayet evliyse, eşinin yardımından yararlanmasının, Medeni Kanunun 151, yeni Medeni Kanunun 185 inci maddesinde öngörülen müzaheret hükmünün bulunması ve yine başkasının bakım ve yardımına muhtaç sigortalının herhalde kendi gelirinden bir miktarını bakımı için ayırması gereği göz önünde bulundurularak, Borçlar Kanununun 43 ve 44 üncü maddelerinin uygulanmasını gerektirir bir sebebin varlığı halinde, bakım için hesaplanın zarar miktarından bir miktar indirim yapılması gerektiğine dair, dairemiz görüşünün 506 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinin içeriğine aykırı olduğu gerekçesiyle, isabetli olmadığını belirtmişlerdir.

İnceleme konusu kararda, davanın yasal dayanağını teşkil eden 506 sayılı Kanunun 26 ncı maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, kurumun rücu alacağı, hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi tazminat miktarıyla sınırlıdır. Uygulamada hak sahipleri tarafından açılan davalarda da, sigortalının evli olması halinde eşinin yardımından yararlanacağı ve her halde bakım için gelirinden bir miktar pay ayıracağı gerekçesiyle Borçlar Kanununun 43 ve 44 üncü maddesi çerçevesinde maddi tazminat miktarından indirim yapılmakta ve maddi tazminat davlarına bakan yüksek 21. Hukuk Dairesince bu görüş benimsenmekte ve bu doğrultudaki kararlar onanmaktadır.

Hepimizin bildiği gibi, basit bir tanımlamayla evlilik karşı cinsten iki kişinin müşterek bir hayat kurmak üzere addettikleri rızai bir akittir. Burada müşterek hayat olgusunun altını özellikle çiziyorum. Evlilik birliğinde eşler iyi ve kötü günlerinde birbirlerine sevgi, saygı ve hoşgörü göstermek durumundadırlar. Türk aile yapısının oluşumu da bu şekildedir. Medeni Kanunumuzda genel bir boşanma sebebi olarak bilinen şiddetli geçimsizlikteki ölçüt, müşterek hayatın çekilmezliği ve buna bağlı olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması olgusuna dayanır. Yani, eşler birbirlerine müzaheret göstermek, yardımcı olmak zorundadırlar.

O halde, sigortalının maddi zararının hesabında şayet evliyse eşinin, olay tarihinde yürürlükte bulunan 743 sayılı Medeni Kanun karı-koca birbirlerine sadakat ve müzaheretle mükelleftir hükmünü öngören 151 ve 1.1. 2000 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Medeni Kanun eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadır hükmünü öngören 185 inci maddesinden kaynaklanan müzaheret hükmünün maddi zarar hesabında dikkate alınması gerektiğine dair dairemiz görüşünün doğru olduğunu düşünüyorum.

Konu bir başka vesileyle 2. Hukuk Dairesinin bir işi olarak, Yargıtay Genel Kurulunu önüne gelmiştir, 2003 yılında verilen bu kararda, özellikle yürürlükte bulunan 743 sayılı Medeni Kanunun 151/3 maddesinde karı-koca birbirlerine sadakat ve müzaheretle yükümlüdürler hükmü belirtilmek suretiyle, bu husus vurgulanmıştır. Bu nedenle, dairemiz kararının isabetli olduğunu belirtiyorum.

Sayın Ekmekçi "indirim sebebi değil, bilakis artırım sebebi yapılması gerektiğini söylediği düşüncesinde "sigortalı bakım için gelirinden bir miktar pay ayırmak zorundadır, oysa ki bu onun mal varlığında bir eksilmeye sebebiyet veriyor, bu tazminatın indirilmesinin sebebi olarak kabul edilemez"diyor. bu noktadan bakarsak, doğrudur. Ancak, insanlar sağlıklarını korumak, refah düzeylerine uygun bir yaşam tarzı belirlemek için, yerine göre estetik ameliyatlar yaptırıp, bunlar için bile masraf yapmaktadırlar. Sigortalının kendi bakımının sağlanması için, kendi gelirinden her insan gibi bir miktar pay ayırması son derece doğaldır, hayatın olan akışına uygundur.

Bu nedenle, her iki halin oluşumu halinde maddi tazminat tutarından bir miktar indirim yapılması gerektiği doğrudur.Dairemizin süregelen uygulaması da bu şekilde gelişmiştir. Hepinize teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

Oturum Başkanı- Sayın üyemiz Süleyman Caner'in cevaplarından dolayı kendilerine teşekkür ediyorum.

Nihat Yüksel buyurun.

Dr. Nihat Yüksel (Çalışma İlişkileri Uzmanı)- Sayın Ekmekçi hocamıza gerçekten sabırla ve ayrıntılı olarak konuları ele alıp, yaptığı değerlendirmelere büyük geneliyle katılıyorum.

Ben sadece iki konu üzerinde bir uygulama uzmanı olarak farklı bakışımı dile getirmek istiyorum. Benden önce de sayın konuşmacı bayan bir başka yönüyle değindiler. İbraname. Burada bulunan çok değerli işyerleri ilgilileri, yetkilileri ister kamu, ister özel kesim işyeri olsun ibraname uygulaması vardır.

İş Kanunumuzda; gerek 1475 gerekse 4857'de bu konuda bir hüküm yok. Ancak ibraya bir ölçüde işçinin bir taahhüdü şeklinde bakmak mümkün. Yargıtay daha önceki kararlarında "İbraname değindiği konular itibariyle geçerlidir" dedi. Bir yönüyle uygulamadaki boşlukları önemli ölçüde doldurmuş oldu. En son kararında da Sayın Hocamın da dile getirdiği gibi, "ibranamede eğer yapılan ödemeler miktar olarak belirtiliyorsa, bu bir makbuz niteliğindedir" denildi. Doğru, her ikisine de özellikle son gelen kararlara, ibranamede hangi konularda ödemeler yapılmışsa. İbraname çalışana da veriliyor, icabında avukatlarla sendikasına da danışıyor, varsa birtakım yanlışlar ödemelerde gelip dönüyor ve bu ibranamenin varsa bir ihtiyacı kaydı, altına bunu yazıyor.

Sayın Ömer Ekmekçi hocamın ifadelerinden, ibranamenin bir ölçüde benim anlayışım, yani gereksiz tutarlı geçerli bir belge olmadığı gibi bir şey anlıyorum. Aslında, usulüne uygun Yargıtay kararları çerçevesinde taraflar arasında düzenlenmişse, bu büyük ölçüde yargının işini de kolaylaştıracaktır. Bir yerde de işyerleri hak düşürücü süreye kadar böyle askıda kalan bir işlemle beklentide kalacak. O bakımdan ben usulüne uygun, özellikle Yargıtay'ımızın son zamanlarda getirdiği açıklıklar çerçevesinde ibranamenin yargıya faydalı, yararlı bir uygulama olduğunu ve usulüne uygun, hukuka uygun yapılmışsa, bunun yapılmasında, düzenlenmesinde de yarar gördüğümü bu vesileyle belirtmek istiyorum.

İkinci konu; bilindiği gibi yasamızın 22 nci maddesi iş şartlarında esaslı değişiklikle ilgili. Yasanın gerekçesinde de bunun yeni bir düzenleme olduğu açık seçik belirtildi. Çok yerinde, daha önce 1475 sayılı Yasanın 16 ncı maddesinde farklı uygulamalarla işçinin gerçekten haklarında eksik ödemeler olabiliyordu. Burada amaç, eğer işveren bu kişiyle iş sözleşmesini koparmak istiyorsa, ihbar tazminatını da versin şeklinde bir boşluğu doldurdu.

Burada yazılı biçimiyle bunun uygulamada ortaya çıkabilecek ciddi sorunları ve askıda kalan birçok yönler var. Kişiye diyor ki, kriz ya da işyerlerindeki ba-

zı yerlerdeki bir örnek, işlerin azalması sebebiyle başka bir yere, başka bir işe naklini yapıyor. Yazıyor ve "bunu kabul edip etmediğini 6 işgünü içinde bildirin" diyor. İşçi burada suskun kaldığı takdirde, yani bu işverenin böyle gereksinim duyduğu bir işlem askıda mı kalacak?

Burada ben olaya farklı bakıyorum. İşçi de, işveren ona bu değişikliği, esaslı değişikliği bildiriyorsa, işçi de bu cevabı vermesi gerekiyor. Aksi halde, benim ölçütüme göre o verilen yere gitmediği takdirde, yasada belirtildiği gibi işveren iş sözleşmesini, ihbar ve kıdem tazminatını geçerli sebebe dayandırarak, işgücü fazlalığı gibi feshetme hakkı olmalı. Yani, işçinin suskun kalmasının bu işlemin geçersizliği şeklinde anlamayı ben biraz farklı yorumluyorum, çok teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Nihat Yüksel beye soru ve cevaplarından dolayı teşekkür ediyoruz.

Fevzi Demir bey buyurun.

Prof.Dr. Fevzi Demir (Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF)- Öncelikle Sayın Başkan ve genç arkadaşıma tebliğleri nedeniyle çok çok teşekkür ediyoruz. Ayrıntılı bilgiler aldık, hepinizi saygıyla selamlıyorum: İki konuda arkadaşımın fikrini alacaktım. Birincisi ikramiyeyle ilgili. Öyle bir işyeri ki, her yıl bir ikramiye uygulaması yapıyor, ama sabit bir rakam değil. Mesela, bir yıl bir maaş ikramiye veriyor, bir yıl 15 günlük ücret tutarında, bazen de bir alışveriş kuponu veriyor. Yönetim kurulu kararıyla. Acaba böyle bir uygulama işyeri uygulaması haline gelebilir mi? Gelirse, sonunda da kendisine ikramiye ödenmediğini iddia eden işçiye ne miktar bir şey verebiliriz? Kriz dönemlerinde de bunun ödenmediğini görüyoruz. Son iki yıldır da ödenmiyorsa, acaba artık hiç ödenmeyebilir mi? Arkadaşımın bu konudaki düşüncesini almak istiyorum.

İkincisi; kendisinin katılmadığı, benim katıldığımı söyleyeceğim bir Yargıtay kararı. Bu ulusal bayram ve genel tatil günleriyle, hafta tatili arasına düşen o Cumartesi gününün ücretli bir tatil sayılıp sayılamayacağı. Ulusal bayram ve genel tatil günleri biliyorsunuz, kanunda belirtiliyor. Ama ücreti olacak mı, olmayacak mı yazılmıyor. Yani bayramla gelen tatil günleri hakkında ilgili kanunda bu konuda ücretlendirileceği yolunda bir hüküm yok. Nerede var; İş Kanununda var. İş Kanunundaysa, arkadaşımızın belirttiği o araya düşen istisnai günde bir ödeme yapılacağına dair bir hüküm yok.

Anayasada "ücret emeğin karşılığıdır" diyor. Yani, hangi hallerde çalışılmadığı halde ücret ödeneceği yasada açıkça belirtilmeyen hallerde bir ücret ödemesinin yapılmaması gerekir diye düşünüyorum. O nedenle, bu açıdan Yar-

gıtay'ın kararına katılıyorum. Arkadaşımızın dediği gibi, o gün tatil olarak kullandırılsa bile, bunun ücretinin ödenmesi gerekir. Pozitif hukuka biraz bağlı hukukçu olarak bunu söylemek istiyorum, çok teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Fevzi Demir beyefendiye de soru ve cevaplarında dolayı teşekkür ediyorum.

Murat Özveri buyurun.

Av. Murat Özveri- Sayın Başkan teşekkür ediyorum.

Biz Sayın Ekmekçi'yle fakülteden sınıf arkadaşıyız, kaderin bir cilvesi o öğretim üyesi olarak iş hukuku alanında, biz de sendika vekili olarak mezuniyetten sonra da yıllardır birlikte aynı kulvarda koşturuyoruz. Yine ilginçtir, fakülte 1985 yılı albümünden bugüne kadar genellikle Sayın Ekmekçi'yle farklı görüşleri savuna geldik.

Bu tebliğle birlikte kendisine teşekkür ediyorum, hiçbir itirazım yok. Ancak, itirazım olmayacak, izin verirlerse tutanaklara geçmesi açısından bazı notların altını işaret etme gereği duydum. Geçen yılki, Milli Komite toplantısında da tartışmamıştım Ekonomi hocamın tebliği sonrasında ücret ve ücretin ispat araçlarına ilişkin Sayın Aslanköylü de söyledikten sonra, bence bir önem kazandı diye düşünüyorum.

Önce altını çizmek istediğim ya da sizin yine de dikkatinizi çekmek istediğim temel konulardan biri şu: Genellikle bu tür uyuşmazlıklar ülkemizde devletin resmi rakamlarıyla kayıtdışı istihdamın yüzde 56 olduğu, "çift bordro" diye bir kavramın tartışıldığı, konuşulduğu yargı kararlarına yansıdığı, işçilerin işçilik haklarına ilişkin açmış oldukları davaların ortalama 1-1,5 yıllık bir dava sürecinden sonra karara çıktığı, tahsili konusundaysa, başına neler geleceğinin pek bilinmediği ortamlarda işçilerin önüne bu tür belgeler geliyor. Dolayısıyla, bence hakkı ortadan kaldıran, ibraya sosyal olguları da dikkate alarak kuşkuyla bakmakta yarar var diye düşünüyorum.

İkincisi; pozitif hukuk açısından Sayın Ekmekçi de belirledi. Hem, Vergi Usul Kanununda hem İş Yasamızda işverenlere yapmış oldukları ödemeleri nasıl belgelenmeleri gerektiğini gösteren emredici hükümler var. İşverenler bu emredici hükümlere uymayıp; daha sonra yasanın emredici hükmüne uymamaktan adeta hukuki menfaat elde edercesine, fazla çalışmaların ya da ücretin tanık ve ispatı ya da başka yöntemlere girmesi de ya da yıllardır bu belgeleri vermeyip, bir tek ibranameyle bu hakları ortadan kaldırılmasının mümkün olmaması gerekir diye düşünüyorum; pozitif hukuk açısından da.

Bu belgelerin verilmesi durumlarındaysa, biraz önce Fevzi Demir hocam da Anayasayı referans alarak belirttiler. Ücret hizmet akdinin malumunuz, kurucu unsurlarından biri. İkincisi, sadece hizmet akdinin kurucu unsuru olması açısından değil, angarya yasağına bağlı olarak, kamu düzeniyle de ilgili bir konu. İşçinin gelirinin korunması, kumu düzeni boyutuyla da ilgili. Dolayısıyla, gerçek anlamda ücretin belirlenmesi, resen mahkemelerce dikkate alınması gereken bir konu. Eğer şekli anlamda formatlanmış bordro veya herhangi bir şeyi gelmiş, ama hayatın olağan akışına gerçekten uyuluyorsa, imza olsa dahi bunun aksi ispat edilebilmelidir diye düşünüyorum. Eşdeğer belgeler tartışması ayrı bir konu, ama aksi ispat edilebilir, edilebilmelidir diye düşünüyorum.

Son cümlem, genel tatillere ilişkin Fevzi Demir hocama katılmıyorum. Çünkü, İş Kanununda "genel tatil ücreti çalışılmasa da, ödenir" diye hüküm var. Ulusal bayram, genel tatiller hakkındaki yasada, Cumartesinin tatil günü olacağını amir bir hüküm ve yasa da hâlâ yürürlüktedir diye düşünüyorum.

Sabrınızdan dolayı teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Murat Özveri arkadaşımıza da cevaplarından dolayı teşekkür ediyoruz.

Sayın hocamız Münir Ekonomi, Hocam buyurun.

Prof.Dr. Münir Ekonomi- Sayın Başkan, tebliğ sahibine doyurucu ve hakikaten her konuyu ayrıntılı inceleyen tebliğ için teşekkür ediyorum.

İki konuda söz alacağım, ikisi de Yargıtay kararlarında çok açık olmayan noktalar adeta genel bir kuralmış gibi gözüküyor. Kendileri eleştirdiler, ama oraya açıklık getirmemde şart oluyor. Birincisi, limitet şirketi ortağıyla ilgili kararda Yargıtay genel olarak şirket ortaklarıyla kurulan bir ilişki "hizmet akdi olamaz" gibi bir ifade kullanıyor.

İkincisi; Yargıtay "işçi ve işveren sıfatları birleşemez" diyor. İkisini de mutlak olarak kabul etmek mümkün değil, hemen örnekler, yani bir anonim şirket ortaklığında, kurucu ortak yüzde 1-2-3 gibi bir hissesi olan kimse, orada genel müdür olarak da istihdam ediliyor, personel müdürü de istihdam ediliyor. Tabii ki, bir hizmet akdi olduğunda hiçbir kuşku yok. Hele halka açık şirketleri düşünün, ondan sonra konuyu o kadar abartmış hale geliriz ki, şu halde Yargıtayın incelediği olaya bağlıysa, istisnai durumu dikkate alırız, ama buradan bir genelleme yamak söz konusu olmaması gerekir. kaldı ki, Limitet şirketlerde dahi eğer şirket ortağı yönetim hakkını kullanıyorsa, tabii ki bir hizmet hak-

kı yok. Ama, bazen 4 kişi bir limitet şirket kuruyorlar, içlerinden 3'ü hiçbir şekilde işle ilgilenmiyor, birini de müdür, yönetici müdür atıyorlar. Yargıtay kararlarında da bir hizmet akdi olduğu bugüne kadar teyit edilmiş ve kabul edilmiştir. Şu halde, bir genellemeden özellikle kaçınmak lazım geldiğini düşünüyorum.

Sayın Başkanımın sorusunda bir nüansa değinmem lazım. Şirket ortağıyla, şirket arasındaki ilişki ne vekalet akdi, ne hizmet akdi, zannederim burada sizin söylemek istediğiniz yönetim kurulu üyesi olması lazım. Onun dışındaki tamamen, ticari hukukuna bağlı bir ortaklık ilişkisi olduğunu düşünmemiz gerekiyor.

Gerçek kişiler bakımından hep örnek olarak veriyorum. Hatta sınavlarda bile, bir mimar mimarlık bürosu açıyor. Tek kişi olarak, 5 kişi de yanında mimar yardımcı çalıştırıyor. İşveren sıfatı var mı; tabii ki var. Ama, kendisinin proje hazırlayıp, eser sözleşmesiyle verdiği bir inşaat şirketi haftada iki gün gelip, kendisini işyerinde danışmanlık yapmak önerisini getiriyor ve kabul ediyor. Tabii ki, kısmi süreli bir hizmet hakkı, hiç tereddüdüm yok.

Ancak, burada probleme şöyle bakmak lazım: İşçi, işveren sıfatının şu gerçek kişide birleşmesi halinde, özelikle bütün işçi haklarından yararlanır mı; kolektif iş ilişkileri bakımından hayır. Çünkü, kendisi saflık ilkesinin gereği olarak, işçi sendikasına üye olamaz ve buna bağlı haklardan yararlanamaz, ama bireysel iş hukukunda o hakları elde etmesine de bir engel olunmamaktadır.

Önemli bir nokta, ulusal bayram ve genel tatil günleriyle ilgili. Yargıtayın burada incelediği olaya dikkatinizi çekmek istiyorum. Haftada 5 günü 45 saat çalışıyor ve Cumartesi günleri serbest zaman olarak bırakılmış. Yargıtayın incelediği olaydaki özellik burada. Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde ücret ödenmesinin amacı ne, işçinin çalışacağı bir günde, iş görme yükümlülüğünü getireceği bir günde, kanunen bir ulusal bayram veya genel tatil olması dolayısıyla, bunu ifa etmemesi ve dolayısıyla onun karşısında alacağı ücretten yoksun kalmasıdır.

Elimizdeki olayda durum öyle değil. Beş gün 45 saat çalışmış, ücretini tam olarak almış, serbest zaman olarak Cumartesi var. Eğer siz bunu tatil ücreti ödenen derseniz, o haftaya mahsuben kendisine 52,5 saatlik ücret ödemeniz gerekir ki, bağdaştırmak asla mümkün değil.

Yargıtayın kararındaki belki noksanlık şurada: Olayın özelliği de olduğunu söylemesi gerekirken, sanki bunu genelleme yapıyor. Aynı iş yerinde haftanın 6 işgünü vardiya usulüne göre çalışan bir işçi, tabii ki Cumartesi günü ça-

lıştığında, o günkü tatil günüdür ve tatil günü çalışması, o gün çalışmıyorsa tatil günü ücretine hak kazanacaktır. Hiç engel yok, 6 işgünü çalışıyor. Aksi halde, Yargıtayın görüşünü bir tarafa bırakırsak, hemen aklıma şu soru geliyor, ama cevabınızın da aynı olduğunu düşünüyorum.

Kısmi süreli çalışan bir işçi var, işyerine Salı ve Cuma günleri geliyor, Cuma günü geldi, çalıştı, Cumartesi günü işyerine zaten gelmiyor, serbest zaman olarak ayrıca tatil ücreti mi ödeyeceksiniz? Asla mümkün değil, o bakımdan düzenleme amacına tamamen aykırı. Bu bakımdın, Yargıtay kararını incelediği olaya özel olarak düşünmek, ama bunu genelleme şeklinde sanki kendisi kanunu zımnen değiştirmiş gibi bir sonuca gitmemek gerektiği sonuca varabiliyorum, Sayın Ekmekçi.

Sayın Başkan çok teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Sayın hocamız Münir Ekonomi beyin cevaplarına teşekkür ediyoruz.

Ben de, şirketler konusundaki görüşlerine katılıyorum. Şöyle ki, limited şirket ortağı, kurucu ortak, yönetim kurulu üyesi. Yöntemince imalat müdürü olarak atanmış. Bu olguların ötesinde, hizmet akdinin bütün koşulları kendisinde gerçekleşmiş, ücret alıyor. Bu durumda bizim 10 uncu Hukuk Dairesi bu kişiye sigortalı saymıştır, geçmişte kararlarımız böyledir. Sayın Başkanımızın da kitabında vardır.

Bence bu durum, Anayasanın 48 inci maddesine de uygundur, çünkü çalışma serbestliğinde kısıtlamamak gerekir diye düşünüyorum, teşekkür ediyorum.

Sayın Mustafa Avcı bey buyurun.

Mustafa Avcı- Sayın Başkan, değeli katılımcılar; öncelikle hepinizi selamlıyorum, tebliğ sahibine teşekkür ediyorum.

Ben tebliğ sahibinin değindiği iki konuda biraz daha açıklık getirilmesi için söz aldım. Bunlardan birincisi, işyeri uygulaması ve iş koşulu. Tebliğ sahibi şöyle ifade etti: "2003 Hukuk Genel Kurulu Kararında Alman hukukuna da uygun olarak öğreti paralelinde üç defa işveren uygulaması olduğu takdirde bunun işyeri uygulaması oluşturacağını ve bunu isabetli bulduğunu" söyledi.

Bir defa buna sağlıklı bir değerlendirme olarak görmüyorum. İşveren bundan sonra bayramlarda şöyle bir uygulama yapacağım dedi veya ikramiye vereceğim dedi. Bu halde bir iş koşulu için üçüncü uygulamayı beklemek gereksiz görüyorum.

İkincisi de, bunun tersinden bir işyeri uygulaması var veya iş koşulu var. Acaba, ne kadar zaman veya kaç defa uygulanmazsa bu iş koşulunun veya iş yeri uygulamasının ortadan kalktığını düşüneceğiz. Kanunlarımızda zamanaşımı var. Zamanaşımı süresi içinde işçi talep edebileceğine göre, böyle bir uygulamayı, dolayısıyla işverenin uygulamamasına veya hukuka aykırı tutumuna işveren lehine bir sonuç bağlamanın çok isabetli olmadığını düşünüyorum.

Özellikle, zaman aşımıyla nasıl bağdaştıracağız veya işçinin sendikasının bu konuda bir uyuşmazlık çıkarması, işverenden talepte bulunması bu durumu, bugünkü sonucu değiştirir mi? Soruyu genişletirsek, yeni 22 nci madde karşısında acaba bundan sonra şöyle bir sonuca varabilir miyiz? İşveren herhangi bir çalışma şartını uygulamayarak, iş koşulunun ortadan kalkması imkânı kalkmıştır diyebilir miyiz? Eğer açıkça, 22 nci madde çerçevesinde uygulama yapıp, ben şöyle bir çalışma koşulunu kaldırıyorum, şöyle bir hakkı kaldırıyorum demediği sürece.

İkinci bir husus da, bu Cumartesi çalışmalarıyla ilgili, burada ben de şahsen Münir hocamın ve Ömer beyin sonucunu benimsemekle birlikte, burada kanunda "Cuma günü sona eriyorsa, Cumartesinin tamamı tatil olur" diyor. Acaba, bu "tamamı" ibaresi Yargıtay herhalde biraz da bu "tamamı" ibaresinden dolayı, daha önceden Cumartesi yarım gün çalışılıyordu, dolayısıyla buradan böyle bir sonuca gidiyor. Buna karşı argümanımız nedir?

Bir diğer nokta, iş koşulundan, işyeri uygulamasından bahsetmek için, illa bunun bir paraya tekabül etmesi gerekmez. Benim bildiğim kadarıyla işverenler büyük oranda 2003 kararlarına kadar, Cumartesi, Cuma günü öyle bir tatile geliyorsa, böyle bir uyuşmazlık çıkmıyordu ve çalışılmıyordu. Acaba, burada daha önceki yıllarda, daha önceki böyle bir durum söz konusu olduğunda çalışılmaması, işyerinde bu yönüyle bir iş koşulu, işyeri uygulaması oluşturmaz mı? Yalnız, burada Fevzi Demir hocamız bir şey ifade etti velev ki, "Cumartesini bu anlamda genel tatil kabul edelim, bunun ücreti nereden çıkıyor, böyle bir şey pozitif hukukumuzda yok" gibi ifade etti. Halbuki bunun yoruma müsait olmadığını düşünüyorum. Çünkü, 44 üncü madde açıkça genel tatillerde ücret bakımından 47 inci maddeye yollamaya yapmış, 47 nci maddede de çok açık olarak yazıyor. "Eğer bu günlerde çalışılmazsa, o günün ücreti ödenir, çalışılırsa bir yevmiye daha ödenir veya zamlı ödenir" diye bir düzenleme var, böyle bir yoruma müsait değil, teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Sayın Mustafa Avcı beyefendinin de cevap ve sorularına teşekkür ediyoruz.

Av. Mehmet Uçum beyefendi buyursunlar.

Av. Mehmet Uçum- Sayın Başkan teşekkürler.

Ben üç konuda kısaca bir görüş belirtmek istiyorum. Soru biçiminde de ifade edeceğim. İş Kanununun 22 inci maddesi tabii uygulaması da yeni olduğu için, bu tartışmaya çok muhtaç bir konu. Nihat beyin dile getirdiği suskun kalma hadisesini aslında ikiye ayırmak lazım diye düşünüyorum.

Birincisi; işçiyi bir yere nakletmek istersiniz, yazılı olarak bildirirsiniz, işçi 6 işgünü içerisinde yazılı olarak bunu kabul etmez, suskun kalır, ama çalışmakta olduğu işyerinde de çalışmaya devam eder. Yasa zaten bu durumu reddi olarak düzenlemiş, bunda bir problem yok. Eğer çalıştığı işyerinde kalıyorsa, bu bir rettir, ret beyanının yasaya göre açıkça yazılı olması gerekmiyor. Ama, burada farklı bir durum var. Burada işveren geçerli nedene ilişkin diğer koşullar varsa, elbette bir geçerli neden hali göstererek, fesih hakkını da kullanabilir, buna engel bir durum yok. Ama, burada farklı bir durum var. Yasa irade açıklamasına ilişkin kabulün yazılı olmasını istiyor ama siz işçiye bildiriyorsunuz "İstanbul'dan Kırklareli'ne git" diyorsunuz. İşçi yazılı irade beyanında bulunmuyor, bunu sunmuyor. Fakat, sizin talimatınıza uyuyor, Kırklareli'ne gidiyor, orada da üç ay kalıyor. Sonra dönüp diyebilir mi acaba, benim bu konuda yazılı kabulüm yok, benim Kırklareli'nde çalışmam, işveren bakımından bir hak sağlamaz, ben çalışma şartlarının uygulanmaması sebebiyle örneğin sözleşmeyi feshediyorum ediyorum ya da İstanbul'a geri dönüyorum

Suskun kalmada bir bu nokta var, bir de ücret. Ücreti 1 milyar, işveren "750 milyona düşüreceğim" dedi, yine işçi suskun kaldı, fakat 750 milyonluk ücretler de ödenmeye devam etti. Varsayalım bir senede ödendi, burada hangi sonuca ulaşacağız, suskun kalmaya burada hangi sonucu bağlayacağız. Bu konuda bence yasanın düzenlemesi çok açık, hocamın görüşlerini de çok merak ediyorum.

Islahla ilgili çok sade bir ifadeyle şunu eklemek istiyorum: Islah 82 inci madde çok açık, tarafların usule ilişkin işlemlerini bir defaya mahsus olmak üzere düzeltme hakkı veren bir usul hukuku kurumudur. Siz bir usul hukuku kurumuyla, hatta tarafların yaptığı hatayı düzeltme amacıyla getirilmiş bir usul hukuku kurumuyla, karşı tarafın maddi hukuktan kaynaklanan haklarına zarar verecek uygulama yapamazsınız. Yani, zaman aşımına uğramış bir talebi ıslahla dava tarihine getirerek, zaman aşımı defini engelleyecek şekilde ileri süremezsiniz. Hak düşürücü süreyi bu manada dolanamazsınız, faiz başlangıç tarihini bu manada dolanamazsınız ve yeni talep ekleyemezsiniz.

Bu nedenle, ıslah olayında gerek hukuk genel kurulunun verdiği kararlar, gerekse 9. Dairenin verdiği kararlar çok isabetli; fakat 11. Dairenin kararı sebe-

biyle de elbette bir içtihat birliğine ihtiyaç var ya da yok. Ama, ıslah olayı böyle değerlendirilmek zorunda, aksi takdirdi bir taraf hem bir eksik yapacak, hem bir yanlış yapacak, hem de o yanlışı düzeltirken dava tarihine geri götürerek birtakım taleplerle karşı tarafın maddi hukukundan kaynaklanan haklarını ihlal edecek, bunu kabul etmek mümkün değil, bilmiyorum Hocam bu konuda ne düşünür?

Son olarak ibra; Borçlar Kanununda ibra sözleşmesi yok, yani bir maddi hukuk kurumu olarak biz ibrayı düzenlememişiz. Oysa esasa itibariyle ibra nedir; bir sözleşme. Esas itibariyle nedir? Alacaklının borçluyu borçtan kurtarması ve daha da önemlisi belli bir karşılığı olmaksızın borçtan kurtarması. Bir anlamda vazgeçme, bizim maddi hukukumuzda bu düzenlenmediği için, ispat hukuku bakımından da soruna yaklaşmak gerekiyor.

Esas itibariyle ispat hukuku bakımından yaklaşmak gerekiyor. Bu konuda Resul beyin söylediği çok önemli, elbette yaklaşmak gerekiyor, yani Yargıtay ibra belgesini bir ispat aracı olarak, senedin bir türü olarak değerlendiriyor ve somut olayın özelliğine göre de, bu bazı ibralara hukuki geçerlilik bağlıyor, bazılarına bağlamıyor. Ama, orada dikkat ettiği bir nokta var, gerçekten somut olayın özelliğine bakıyor.

Genel olarak bir haktan vazgeçme şeklinde bir ibra konusunda bir yaklaşım ileri sürülebilir mi, bu çok tartışılabilir, ama şu önemli: Elbette usul hukuku bakımından senedin bir türü olan ibra belgesine geçerlilik tanıyacağız, fakat 287 nci medde Usul Kanunu çok açık bir biçimde "kanunun muayyen bir delil ispatını emreylediği hususlar başka suretle ispat olunamaz" diyor.

Bu ilkeden sonra devam ediyor ve biz iş hukukuna bakıyoruz, İş Kanununa dönük bakıyoruz, Sosyal Sigortaya vesaire vergi hukukuna bakıyoruz. Belli konularda kanun sadece bunlar bir maddi hukuk düzenlemesi değil, aynı zamanda şekli hukuka ilişkin de düzenlemeleri içeriyor, mesela "yıllık izin kayıt belgesi tutacaksın" diyor. Sen artık, İş Kanununda 56 ncı maddede açıkça yıllık izin kayıt belgesi tutmakla yükümlü kılınmış ki, daha sonra irade fesadı dahi olmasın, kişinin topluca bütün yıllık izinlerimi kullandım diyerek verdiği irade beyanına geçerlilik tanıyamaz, bu usule de aykırı bir durum değil.

Aynı şey, İş Kanununun 37 nci maddesi, işin niteliği ve süresi bakımından 28 inci maddesi, işin özlük dosyasının tutulması bakımından 75 inci maddesi, gelir vergisi hukuku bakımından diğer belge, bilgi düzeni bakımından da geçerli.

Demek ki, burada soruna şöyle yaklaşmak gerekiyor: Benim kanaatim bu, bu kabul görür ya da görmez. Eğer, iş hukuku, maddi hukuk ya da vergi hukuku işverene bir edimi yerine getirirken, bir hükmü yerine getirirken, belli bir belge düzenine uyma yolu göstermişse, onu emretmişse, artık işi ilişkisinin sonunda alınmış ibrayı o manada irade fesadı olmasa dahi bir değer verilemez diye düşünüyorum. Çok teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Av. Mehmet Uçum beyefendiye de cevaplarından, sorularından dolayı teşekkür ediyoruz.

Hocam sualleri cevaplamak için buyurun.

Doç. Dr. Ömer Ekmekçi- Çok teşekkür ederim.

Konuları gruplandırarak cevaplamak istiyorum. Öncelikle Asuman hanıma çok teşekkür ediyorum, görüşlerini belirttiler, zaten görüşlerimiz pek çok noktada aynı.

Bakıcı ücretinden indirim yapılması konusunda söz alındı. Biz maddi tazminat hesaplarında da diyelim ki işgören yüzde 37 iş göremezliğe uğramıştır. Ama, gerçekten yüzde 37 oranında gelir kaybı var mı, yok mu ona bakmıyoruz. Önemli olan, yani onun daha fazla efor sarf edeceğini nazara alıyoruz. Dolayısıyla, bu anlamda eşinin bakmış olmamasının ya da gerçekten cebinden bir bakıcı ücreti çıkıp çıkmamasının önemi yok. Kaldı ki, söylediğiniz olayda, Sayın Aslanköylü söyledi, kocasının altını 20 sene pudralamış, yani buna indirim yapmak değil, 2-3 misli daha bu kadın için bakıcı ücreti tahakkuk ettirilmek gerekir. Medeni Kanundaki eşlerin yardım yükümü, bu altını pudralamayı kapsamına almıyor. Siz bakıcı ücretinden indirim yaptığınız zaman, eşlerin birbirine karşı olan yükümünden bir başkasının menfaat temin etmesi söz konusu olmakta. Konu tartışılabilir.

Islah konusunda, "êk davayı ancak bu davaya getiremiyorum" dediniz. Doğru, katılım var, en azından istikrar bulması önemli. Genel kurul da bunu çözüme bağladı, fakat 9 uncu Dairenin başka yönde kararları da var. Ben değinme fırsatı bulamadım, "ıslah usul hukukuna ilişkin sonucu, maddi hukuka ilişkin herhangi bir menfaat temin edilemez; zaman aşımı defininde bulunmamışsa, süresinde sonradan ıslah yoluyla zaman aşımını ileri sürebilir ve bu zapt süresinde yapılmış sayılır" diyor. Ne oldu; tabii 9. Daire "faiz konusunda, sadece usul hukukuna ilişkin menfaat sağlar" dedi. Ama zaman aşımı konusunda tam tersine maddi hukuka ilişkin bir menfaat sağladı. En azından, Genel Kurula gidip, bunun da aynı yönde, yani ıslahın yapıldığı tarihte zaman aşımı definin ileri sürüldüğü sonucuna varması gerekir diye düşünüyorum.

İbra belgelerinin konusunda Sayın Uçum da değindi. Kanunda bir hakkın ispatlanması belirli bir şekle bağlanmışsa, bunun göz ardı edilmesi mümkün değil. Diğer kural, bu senetlerin kesin delil olması kuralı, bundan sonra gelen. Kaldı ki, genel kurulun bizzat kendi kararlarında, yine değinmeye fırsat bulamadım, "iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin müzayaka altında bulunabileceği göz önünde bulunduruyor" diyor. Bu ülke gerçeğini göz önünde bulunduran bir karardır. 9 uncu Dairenin bir kimsenin yıllardır askeri ücretle çalışması mümkün değildir, git meslek odalarından araştırma yapıp, durup dururken çıkmış kararlar değil; bunlar hep çift bordro uygulamalarına karşı, kötü niyetli işverenlere karşı onları engellemeye yönelik olarak çıkmış olan kararlardır.

İbra belgeleri konusunda, ibranamenin makbuzu olduğu zaman, o zaman bir tereddüt yok, zaten ortada ibra yoktur. Benim söylediğim 2003 tarihli bir karar var. Kişinin ücreti, ücret bordrosunda 100 lira, 60 liradan kıdem ihbar tazminatı hesap ediliyor ve işçi "geri kalandan vazgeçiyorum" diyor, bunu açıkça beyan ediyor. Bu vazgeçme bir yönde geçerlidir. Vahim bir gelişme olarak söylediğim bu karar, yoksa makbuz niteliğinde olması zaten tereddüt yok.

Yine, Süleyman beyin sorusuyla ilgili bakıcı ücreti konusunda görüşlerimi beyan ettim. İş şartlarında esaslı değişiklik konusunda birkaç soru oldu. Bu arada, Sayın Başkan izin verirseniz, Sayın Uçum'a da teessüflerimi sunacağım. Bu tebliği hazırlarken, esas itibariyle kanunun 22 nci maddesine baktığım zaman, burada işçinin rızasının yazılı olarak, yani sükut ikrardan gelmiyor, işçinin rızası yazılı olarak ortaya çıkmış olması lazım. Yani, ikramiyeyi 4'ten 3'e indirdiniz, ama işçinin buna ilişkin bir rızası yok, suskun kalması artık yeni kanun karşısında onun kabul ettiği anlamına gelmesi. Fakat, kendisine "Uçum, şu soruyu da aşamadım" dedim. "Adamı buradan Kırklareli'ne demedim, Samsun'a nakletti, adam da gitti 2 sene Samsun'da çalıştı, bundan sonra ben bunu yazılı olarak kabul etmemiştim deyip, geri dönme hakkı mı olsun. Bunu Polat Hocaya soralım" dedim.

Hocam, kusura bakmayın, söylemek zorunda kaldım, hocaya e-mail attım, Hocam, eminim ki, e-mail ulaşmış olsa bunun bir cevabını verirdi. Çünkü, diğer milli komitelerdeki görüşü münasebetiyle, yani Yargıtayın altı iş günü içinde fesih hakkını kullanmamıştır, kabul etmiştir dediği dönemlerde dahi kendisi aksi görüşte olduğu için ona soruyu tevcih etmeyi uygun gördük. Soru benim için de açıktı, ama sağ olsun arkadaşım bana bu soruyu bana sordu.

Sayın demir hocamın tebliğde vardı, değinme fırsatı bulamadım. Bizim hep konuştuğumuz, işveren 4 ikramiye veriyor ve bunun ödenmesini herhangi bir şarta bağlamıyor. Adeta çıplak ücreti ikramiye adı altında bölüyor. Genel ku-

rulda isabetli olarak yine söyledim, Sayın Avcı'nın sorusuna karşılık söylüyorum: İki kere mi üst üste tekrar edilirse, üç kere mi üst üste tekrar edilirse, bu tartışılır, ama hocalarımız Alman hukukundan da ruhen bunu söylüyorlar ve önemli olan da, "bir uygulama birliğinin sağlanmasıdır. O mahkemenin iki, bu mahkemenin üç dememesidir ve genel kurulun bunu üçle sınırlandırılmış olması isabetlidir ve uygulama birliği sağlar" dedim. Tebliğde devam ettim, fakat, bu ikramiye eğer belirli bir sebebe bağlı olarak veriliyorsa ve verilen sebep açık veya örtülü olarak anlaşılıyorsa, yani işveren yönetim kurulunda aldığı karara göre diyeyim. Kârlılık sebebiyle veya kârın şu kadar miktarın üzerine çıkması sebebiyle ben bu ikramiyeyi veriyorum şeklinde bir uygulama varsa, bu takdirde 20 defa üst üste verilmiş olsa dahi, yeter ki bu sebeple verildiği belli olsun; 20 defa üst üste verilse dahi, işveren kâr etmediği dönemlerde bunlardan kolaylıkla dönebilir.

Bizim burada üç defa üst üste verip de dönemeyeceğinden söz ettiğimiz şeyler, ikramiye ödenmemesini gerektiren bir durum ortaya çıkmamış, kârlılık azalmamış. İşveren, "ben bundan dönüyorum" diyor. İncelediğiniz zaman, bilançoda, kârlılıkta yatırımlarda herhangi bir değişiklik yok. Bu takdirde tabii ki burada üç defa üst üste verilmişse...

Sayın Avcı'nın sorusunu yanlış mı anladım? "Ne gerek var üç kere tekrar etmesine" diyor. Adam vereceğini söylemiş, vereceğini söylemişse, zaten bu tartışmaya gerek yok. Bizim söylediğimiz vereceğini falan söylemiyor, duyuru yapmıyor, veriyor. O takdirde bundan dönebilir mi, dönemez mi, yoksa vereceğini söylemişse, duyuru asmışsa, ikramiye verilecektir falan, bunlar zaten onun taahhüdüdür. Geri dönmesi zaten mümkün değildir. Yani, orada bir oluşmuş iş koşulu oluşmuş mu, oluşmamış mı tartışmasına zaten gerek olmayacak.

Ulusal bayram, genel tatil ücreti konusunda, Hocam da aradaki konu, "5 işgünü mü çalışıyor, 6 işgünü çalışıyor" diye. Buranın aslında 6 işgünü çalışılan bir yer olması lazım. 5 işgünü çalışılıyorsa Hocam, adam çalışmadığı bir sürenin ücretini zaten almayacak, çalışmadığı halde ücreti zaten asıl ücretinin içerisinde. Böyle bir uyuşmazlığın ortaya çıkması için diye düşünüyorum. 6 işgünü çalışılan bir yer ve çalışma gününün ulusal bayram ve genel tatile denk gelmiş olması lazım. Yoksa, zaten çalışmıyorsa, buradaki ücreti istemesi. O bir kat fazlasıyla ödenir denen ücreti istemesi mümkün değil, zaten o asıl ücretinin içerisinde diye düşünüyorum, bana sanki 6 işgünü çalışılan bir yer gibi geliyor.

Bir de son genel kurul kararında limitet şirket ortağının işçi sayılıp sayılmayacağını da değinmek fırsatı olmuyor, zaten ayrıntılı olarak söylüyor. Yani, şirket kayıtlarında inceleme yapıyor, karara konu olan 25 oranında azımsanmayacak bir ölçüde ortak. Şirket kayıtlarında inceleme yapıyor, davacının çalışma biçimi, bunun karşılığında aldığı ücretle, şirket ortağı olarak sağladığı kazancı karşılaştır diyor. bu takdirde, ekonomik hayatta hangisi baskınsa, bu takdirde karar verdi. Hemen unutmadan, Hocamın işçi-işveren sıfatı aynı kişide birleşemez doğru, "aynı yerde aynı kişide birleşemez" diyor. Yoksa, aynı anda bir başka ilişkiye diğer ilişki sebebiyle tabii ki birleşebilir.

Oturum Başkanı- Sayın Hocam, Ömer Ekmekçi beye cevaplarından dolayı teşekkür ediyoruz, ara veriyoruz.

Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı

Oturum Başkanı **Asuman Celkan**
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi

Tebliğ Sahibi **Prof. Dr. Fevzi Şahlanan**
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

2003 yılı, ülkemizde otuz yılı aşkın bir süredir uygulanan 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükten kaldırıldığı ve 4857 sayılı yeni İş Kanununun yürürlüğe konulduğu bir yıl olmuştur. 4857 sayılı Yeni İş Kanunu, 1475 sayılı kanunun bazı hükümlerini muhafaza etmekle birlikte, önemli ölçüde değişiklikleri ve yenilikleri de içermektedir. Özellikle de tebliğ konumuzla ilgili olarak İş Sözleşmesinin sona ermesinde feshin geçerli bir sebebe bağlanmış olması ve geçerli sebebe dayandırılamayan fesihlerde işçiye, feshin geçersizliği ve işe iade talebiyle yargı yoluna başvurma olanağının tanınmış olması, bu yeni düzenlemelere ilişkin yeni Yargıtay kararlarını ortaya çıkarmıştır. Söz konusu düzenlemelerin açık olmayan, sorun yaratan birçok yönü Yargıtay kararları ile aşılmaya ve açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır.

Öte yandan 4857 sayılı kanun 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe girmekle beraber, 4773 sayılı kanunla 1475 sayılı kanunun 13'üncü maddesine eklenen düzenlemelerle getirilen iş güvencesi hükümlerinin 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş ve uygulanmıştır. Söz konusu hükümler hemen hemen bütünüyle 4857 sayılı yeni İş Kanununda da yer aldığından iş güvencesine ilişkin söz konusu kanun hükümlerine dayanarak verilmiş kararlar; 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümleri açısından da hukuki değerini koruyan kararlardır.

Yukarıda özetlenen durum nedeniyle bu yıl ilk kez, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin Yargıtay kararları değerlendirilirken, iş güvencesine ilişkin kararlar tebliğde ağırlıklı olarak değerlendirmeye alınmıştır.

Öte yandan İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Türk Milli Komitesinin 30 yıla yaklaşan Yargıtay Kararlarının Değerlendirmesi seminerlerinde sürekli ve kapsamlı biçimde ele alınmış olan iş sözleşmesinin sona ermesi ve kıdem tazminatına ilişkin diğer konulara ilişkin kararlardan 2003 yılında verilmiş olup da yeni iş kanunu nedeniyle uygulama kabiliyeti kalmamış olan kararlara tebliğde yer verilmemiş, buna karşılık yeni kanun açısından da geçerliliğini koruyan orijinal kararlar, tebliğde değerlendirmeye alınmıştır. Bu arada 1475 sayılı İş Kanununun kıdem tazminatına ilişkin 14. üncü maddesi halen yürürlükte olduğundan yüksek mahkemenin 2003 yılında verdiği kıdem tazminatına ilişkin tüm kararlarının hukuki değerini koruduğu da unutulmamalıdır.

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNE İLİŞKİN KARARLAR

1. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılabilmesi ve Yenilenmesi

Bilindiği gibi 4857 sayılı yeni İş Kanunu, 11 inci maddesinde Belirli Süreli İş

Sözleşmesi, hem yapılabilme koşulları, hem de birden fazla üst üste (zincirleme) yapılması halinde belirsiz süreliye dönüşmesini içerecek şekilde yeni bir düzenleme konusu olmuştur. Yasal düzenleme; aşağıda belirtilen Yargıtay kararından da anlaşılacağı üzere belirsize dönüşmede yenilenme sayısı açısından Yargıtayın 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki içtihatlarından farklılık arzetmekle birlikte diğer yönleriyle aşağı yukarı Doktrindeki ve Yargıtay kararlarındaki görüşlerin yasa hükmü haline gelmiş şeklidir. Bu nedenle Y9HD'nin 11/4/2003 tarihli kararı, 4857 sayılı İş Kanununun 11 inci maddesine de ışık tutacak niteliktedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesine göre; "... Davacının davalı işyerinde genel müdür sıfatı ile 01.10.1994-01.10.1997 üç yıl süreli hizmet akdi ile çalışmaya başladığı sözleşmenin 7. maddesi uyarınca aynı süre ve şartlarla yenilendiği ancak aradan 20 gün geçtikten sonra işverenin tek taraflı davranışları sonucu feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının konumu itibariyle birbirini izleyen belirli süreli sözleşmelerle çalışması mümkündür. Gerek genel müdür oluşu gerek işin mahiyeti karşısında mahkemenin kabul ettiği şekilde belirli süreli hizmet akdi ile çalışmadığı kabul edilmez. Öte yandan belirli süreli bir sözleşmenin belirsiz süreli hale dönüşebilmesi için Dairemizin yerleşik içtihatlarında da olduğu gibi birden çok kez yenilenmiş olması gerekir. Ancak bu genel müdür sözleşmesi kaç kez yenilenmiş olursa olsun belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmez. Somut olayda da sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilemeyeceğinden ihbar tazminatına hükmedilemez. Yasalarda ifade edildiği gibi sözleşmenin aynı süre ile yenilendiği ancak bu süre bitiminden önce akdin davalı tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin 8/b maddesinde cezai şarttan söz edilmiş olup, davalının "her ne sebeple olsun" sözleşmeyi feshetmesi halinde cezai şart ödeyeceği belirtilmiştir. Böyle olunca anılan maddeye göre Borçlar Kanununun 161/son maddeleri de dikkate alınarak cezai şarta karar vermek gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Y9HD 11/4/2003-2002/20581-2003/6120 Tekstil İşveren Ağustos 2003, 34, **T. Centel**'in İncelemesi).

Yüksek Mahkeme'nin bu kararında davacı genel müdürün, gerek konumu ve gerekse yaptığı işin niteliği itibariyle, belirli süreli iş sözleşmesine dayanılarak çalıştırılabileceği belirtilmektedir. Hernekadar, kararın verildiği tarihte 4857 sayılı İş Kanunu yürürlükte değilse de; günümüzde İş Kanunu'nun 11 inci maddesi, "belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak", belirli süreli iş sözleşmesinin yapılacağını öngörmektedir. Olayda davacının, "konumu" ve "işin mahiyeti" itibariyle, belirli süreli iş sözleşmelerine dayanılarak çalıştırıla-

bileceği belirtilmektedir. Buradaki konum, davacının "genel müdür" olması, yani üst düzey yöneticisi bulunmasıdır. Yaptığı "işin mahiyeti"yle de, davacının üst düzeyde yönetim görevini üstlenmiş olması kasdedilmektedir. Bunlar, yeni İş Kanunu'nun 11 inci maddesi bakımından da "objektif koşullar" olarak kabul edilebilir (**Centel** Tekstil, İşv. D. Ağustos 2003, 35).

Yüksek Mahkeme, belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşebilmesi için birden çok kez yenilenmesinin gerektiğine dayanmakta ve bunun da, yerleşmiş görüşü olduğunu belirtmektedir. Oysa 4857 sayılı İş Kanununda esaslı bir sebep olmadıkça belirli süreli sözleşmenin ikincisinin yapılmasıyla zincirleme akitlerinin meydana geldiği görüşü benimsendiği için Yargıtay kararının bu yönü yeni dönemde yasa hükmüyle uyumlu değildir.

Öte yandan Yüksek Mahkeme, davacı genel müdürün belirli süreli iş sözleşmesinin, kaç kez yenilenirse yenilensin, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşemeyeceğini kabul etmektedir. Bu belirleme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun m.11 anlamındaki "esaslı neden" kavramının kapsam ve içeriğini açıklığa kavuşturmaya yardımcı olabilecektir.

Taraflar arasındaki sözleşmede, karar metninden anlaşıldığı kadarıyla, "her ne sebeple olsun" sözleşmeyi süresinin bitiminden önce feshedecek (davalı) işverenin cezai şart ödeyeceğine ilişkin bir hüküm (m. 8/b) bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, söz konusu hükme işaretle, Borçlar Kanunu m.161/son hükmü de dikkate alınmak suretiyle, cezai şart miktarının hüküm altına alınması gerektiğini belirtmektedir. Buradaki "her ne sebeple olsun" sözcüklerinin, "haklı bir neden olmaksızın" biçiminde anlaşılması doğru olur. Çünkü, aksi takdirde, işverenin haklı nedenle fesih hakkı ortadan kaldırılmış olur. Özetlemek gerekirse; inceleme konusu Yargıtay, 1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde verilmiş olmasına rağmen, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11 inci maddesinin kapsam ve içeriğine ışık tutacak nitelikte bir karar olarak değerlendirilebilir.

2. Fesih Bildirimi

a. İhbar öneli içerisinde gerçekleşecek haklar

İş sözleşmesi 4857 sayılı yeni İş Kanununun 17. maddesi uyarınca feshedildiği durumlarda sözleşme, işçinin kıdemine göre belirlenen ihbar önelinin bitiminde sona erecektir. Dolayısıyla sözleşmede taraflar için öngörülen bütün hak ve yükümlülükler ihbar öneli içerisinde de devam eder. Bu nedenle işçiye verilen önel sırasında yürürlüğe giren ücret artışı, toplu iş sözleşmesi ile

getirilen haklar ve kıdem tazminatı tavanı işçinin alacaklarının hesabında dikkate alınır. Yasada ihbar öneline uyulmaması durumunda ihbar tazminatı ödenmesi öngörülmüştür. İhbar önellerine uyulmamış olması halinde de sözleşme ihbar önellerinin sonunda sona erer.

Yargıtay, ihbar tazminatının işçiye peşin olarak ödenmediği durumlarda, ihbar öneli içinde gerçekleşen, toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ücret artışından işçinin yararlanmasına karar verirken bu kararlarda, önel içerisinde gerçekleşen kıdem tazminatı tavan artışından işçinin yararlanması olanağı bulunmadığına karar vermekte ve bu hususun Dairenin kararlılık kazanmış içtihatları olduğunu belirtmekte idi (Y9HD 25/9/2001-7755/14458 İBD Sayı 10-11-12-2001, 1185). Yargıtayın bu görüşü öğretide haklı olarak eleştirilmiş; işçinin önel içerisinde gerçekleşecek toplu iş sözleşmesi ücret artışlarından yararlanabileceğinin kabulünden sonra kıdem tazminatı tavanından yararlanamayacağını söylemek İş k. md.13'e (şimdi 4857 md 17'ye) aykırı olduğu gibi, tutarlı da olmadığı belirtilmişti. (**Alpagut** 2001 Yılı Kararları Değerlendirmesi, 95/97). Yüksek Mahkeme 2001 yılında verdiği bir kararında; "... İhbar tazminatı heşin olarak ödenmediğine göre ihbar öneli işinde kıdem tazminatı tavanının artması durumunda işçinin bundan yararlandırılması gerekir. Buna göre davacının kıdem tazminatı farkı isteiği konusunda hesaplama yapılarak bir karar verilmelidir..." diyerek önceki görüşünü isabetli bir şekilde değiştirmiştir. (Y9HD 1/4/2003-2002/21541-2003/5474, İşv. D. Ağustos 2003, 16-17)

b. İhbar öneli ve ihbar tazminatının sözleşmeyle farklı belirlenebilmesi

İş k. md.17'de öngörülen ve doktrinde ihbar tazminatı olarak adlandırılan tazminat; maddede "Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır." denilerek miktar açısından ihbar önellerine bağlı olarak belirtilmiştir. İhbar önellerinin işçi lehine toplu iş sözleşmeleri ile artırılabileceği ve bu artırmanın ihbar süresine uymayan işverenin ödeyeceği ihbar tazminatının da artırılmış olması anlamına geleceğinden kuşku yoktur. Ancak ihbar önelleri ile ihbar tazminatı arasındaki ilişki mutlak mıdır, başka bir anlatımla toplu iş sözleşmeleriyle usulüne uygun olarak işçiye önel tanınarak yapılacak fesihlerde, ihbar önelleri artırılırken; tazminat ödemek suretiyle yapılacak, fesihlerde yasal sürelerin geçerli olacağı şeklinde bir hüküm konulabilir mi? Böyle bir hükmün geçerliliği var mıdır?

Yargıtay 9. Hukuik Dairesinin 1/4/2003 tarihli kararına konu olan olayda; İşyerinde 1/6/1999-31/5/2001 tarihleri arasında uygulanan toplu iş sözleşmesinin 28. maddesinde üç yıldan fazla hizmeti olanlar için ihbar öneli 10 hafta olarak belirlenmiştir. Buna karşılık sözleşmenin ihbar tazminatı ödenerek fes-

hedilmesi halinde yasal önellere uyulacağı kurala bağlanmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu olayla ilgili verdiği kararında "... ihbar tazminatı ihbar önellerine ait ücret olup, toplu iş sözleşmesiyle ihbar önellerinin arttırılması durumunda, ihbar tazminatının da bu arttırılmış sürelere göre hesabı gerekir. Mahkemece davacının 10 hafta olarak hesaplanan ihbar tazminatının kabulüne karar verilmelidir..." (Y9HD, 1/4/2003 2002/21541-2003/5474, İşv. D. Ağustos 2003, 16-17).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bu konuda, farklı yönde kararları da var iken (Bu kararları inceleyen bir yazı için bak **Şahlanan** Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Farklı Kararları Üzerine Düşünceler, Tekstil İşv. D. Temmuz 2001, 37) 2001 yılında verdiği bir kararında da aynı konuda yukarıda belirtilen yönde karar vermiş ve bu karar öğretide bazı yazarlarca da isabetli bulunmuştur (**Alpagut,** 2001 Kararları Değerlendirmesi, **Çelik** İş Hukuku Dersleri 16. Baskı İstanbul 2003, 176).

Öncelikle belirtmek gerekir ki toplu iş sözleşmesi ile tarafların öngördüğü bir kuralın, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ya da benzeri temel kavramlara aykırı olmadıkça geçerli olmayacağını söylemek, toplu iş sözleşmesi özerkliğine ters düşer. Yargıtay kararında ve bu yolda öğretide ileri sürülen görüşlerde; getirilen hüküm lafzına ve tarafların açık iradesine aykırı bir biçimde yorumlanarak bir sonuca varılmaktadır. Söz konusu düzenlemede taraflar ihbar süresini artırarak yasadaki ihbar sürelerinden daha uzun bir ihbar süresi öngörmektedirler. Düzenleme sadece bu şekliyle yapıldığında elbette ki ödenecek ihbar tazminatı söz konusu artırılmış süreye göre hesap edilecektir. Ancak taraflar, ihbar süresini artırırken açıkça, ihbar tazminatı ödenerek sözleşme feshedilecek ise yasadaki ihbar sürelerinin uygulanacağını belirtmişlerdir. Bu nedenle Yargıtay kararında belirtilen görüş isabetli değildir.

3. İş Güvencesi

Bilindiği gibi önce 4773 sayılı kanunla 1475 sayılı İş Kanununun 13 üncü maddesine eklenen ve 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe konulan iş güvencesine ilişkin hükümler fazlaca bir değişikliğe uğramadan daha sonra 4857 sayılı kanunun 18-21 inci maddelerinde yer almış ve kanunun yürürlüğe girdiği 10 Haziran 2003 tarihinde de uygulamaya konularak, 15 Mart 2003'de başlayan uygulama kesintisiz bir şekilde sürdürülmüştür.

İş güvencesine ilişkin yasal düzenlemeler kısaca özetlenecek olursa; iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla kanunun 17. maddesine göre feshedecek olan

işveren ihbar süresine uysa da uymasa da geçerli bir sebebe dayanmak ve yazılı fesih bildiriminde, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır (md. 18-19). İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasıyla feshin bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içerisinde iş mahkemesinde veya özel mahkemede dava açabilir. Feshin geçerli sebebe dayandığını isbat yükü işverene aittir (md.20). Mahkeme; feshin geçersizliğine karar verdiği takdirde, işveren işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işe başlatmaz ise işçiye en az dört ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiği takdirde, işçinin ise başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Ayrıca kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. İşe başlatılan işçiye daha önce peşin olarak ödenen ihbar ve kıdem tazminatı var ise, bu miktar dört aylık ücretten mahsup edilir. İşçi kesinleşen mahkeme kararının tebliği tarihinden itibaren on gün içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi takdirde fesih geçerli sayılır ve geçerli feshin hukuki sonuçlarını doğurur (md.21). kısaca özetlenen bu sistemden yararlanacak işçiler otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçilerdir (md.18). Ayrıca 18 inci maddenin son fıkrasında tanımı yapılan nitelikteki işveren vekilleri de iş güvencesinin kapsamı dışındadırlar.

2003 yılında ilk kez uygulanan iş güvencesine ilişkin yasal sistem aynı yıl değişik yönleriyle Yargıtay kararlarına da konu olmuştur.

a. İş güvencesinden yararlanabileceklerin kapsamı

aa. İşyerinde çalışan işçi sayısının en az otuz olması

Yukarıda da belirtildiği 4857 sayılı Kanunun 18 inci maddesine göre, iş güvencesine ilişkin yasa hükümlerinden yararlanabilmek için otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışıyor olmak gerekmektedir. Öte yandan aynı maddede "İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı bu işyerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir" hükmü yer almaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 11/12/2003 tarihli kararı bu hükmün uygulanmasına ilişkindir, karara konu olan olayda yerel mahkeme; "4857 Sayılı Kanunun uygulanmasında SSK'dan işyeri numarası almış her birimin bir işyeri olduğu işletmenin bütününü değil işyerinin esas alınması gerektiği bu nedenle

İl Milli Eğitim Müdürlüğüne bağlı tüm ilköğretim okullarında çalışanların sayısına değer verilemeyeceği..." gerekçesi ile davacının işe iade talebini reddetmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi "... Somut olayda işverenin İl Milli Eğitim Müdürlüğü olduğu, işverenin ... sendikası ile imzaladığı 1/1/2001-31/12/2002 yürürlük süreli işletme düzeyindeki toplu iş sözleşmesinden fesih tarihinde işverenin aynı işkolunda beş adet işyerinin daha bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda 30 işçinin bu altı işyerinde çalışan toplam işçi sayısı nazara alınarak belirlenmesi gerekir..." şeklindeki gerekçeyle yerel mahkeme kararını bu açıdan isabetli bir şekilde bozmuştur (Y9HD 11/12/2003-19269/20526 **T. Centel**'in incelemesiyle birlikte Tekstil İşv. Mart 2004 34).

bb. İşçinin kıdem süresinin en az altı ay olması

İş güvencesinden yararlanabilmek için işçinin en az 6 aylık kıdeminin tespitinde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi sigorta kayıtlarından yararlanmaktadır. Yargıtay'a göre; işe iade davası açan "... davacı işçinin davalılara ait işyerinde iki dönem halinde çalışması söz konusu olup, Sosyal Sigortalar Kurumu hizmet dökümü belgesine göre çalıştığı süre 291 gündür. 4857 sayılı İş kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasına göre "İşçinin altı aylık kıdemi aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir" böyle olunca mahkemenin altı aylık kıdem süresinin gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi hatalıdır..." (Y9HD, 16/9/2003-15650/14623 Tekstil İşv. 42). Karar isabetli olmakla birlikte işçinin 6 aylık çalışma süresinin tek ispat aracı sigorta kayıtları olmamalı, sigortasız çalıştırılanlar diğer her türlü delil ile söz konusu süreyi isbat edebilmelidirler.

cc. İşçinin belirsiz süreli bir sözleşmeyle çalışıyor olması

Bilindiği gibi kanunun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanması belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshi halinde söz konusu olacaktır. Belirli süreli iş sözleşmelerinin feshi kanunun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin kapsamı dışındadır.

Konuya ilişkin olmak üzere Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20/11/2003 tarihli kararına göre; "... Davacının 15.09.1992 tarihinde başlayan belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin, tüm hakları ödenmek suretiyle 15.05.2002 tarihinde sona erdiği davacının da kabulündedir. Bir ay sonra, davalı bünyesinde oluşturulmuş bulunan bir birimde üst düzey yönetici olarak çalıştırılmak üzere 14.6.2002 tarihli bir yıllık süreli yeni bir hizmet sözleşmesinin imzalandığı, bu sözleşmenin süresi dolmadan özlük hakları yeniden belirlenmek üzere 2.1.2003 tarihli yeni bir yıllık hizmet sözleşmesinin düzenlendiği ve yine bu

belirli süreli hizmet akdinin süresi dolmadan, özelliği olan yeni göreve atama koşulları taşımadığı gerekçesi ile 25.7.2003 tarihinde feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine, davacının açık kabulüne göre, 14.6.2002 tarihinde başlayan belirli süreli hizmet sözleşmesinin bir ay önce sona eren belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin devamı niteliğinde olduğunun kabulü mümkün bulunmamaktadır. Belirli süreli hizmet akdi ile çalıştığı anlaşılan davacının işe iade hükümlerinden yararlanması mümkün değildir..." (Y9HD 20/11/22003 - 19338/1953; İşv. D. Aralık 2003, 22-23).

Yüksek Mahkemenin bu kararı 15/9/1992 tarihinde başlayan ve 15/5/2002'de davacının tüm hakları ödenerek sona erdirilen belirsiz süreli sözleşmenin dikkate alınmaması açısından yerinde olmakla birlikte 14/6/2002'de yapılan bir yıllık ve daha sonra da 21/1/2003 'de yapılan yeni bir yıllık sözleşmenin belirli süresi iş sözleşmesinin art arda zincirleme yapıldığı ve dolayısıyla belirsiz hale dönüşüp dönüşmediği açısından tartışmaya açıktır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 23/10/2003 tarihli benzer konuda verdiği bir başka kararında sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşmesi gerektiği daha belirgin olmakla birlikte yüksek mahkeme bu hususa hiç değinmeksizin zincirleme yapılan iş sözleşmesini belirli süreli saymış ve davacının iş güvencesinden yararlanamayacağı sonucuna varmıştır. Yargıtay'a göre; "... Taraflar arasında 18/2/2002 tarihli bir yıllık belirli süreli hizmet akdi genel müdür yardımcılığı görevi için yapılmıştır. 18/2/2003 tarihinde akit bir yıl için yenilenmiştir. Bu yenileme süresi içerisinde 6/6/2003 tarihinde iş ilişkisi sona erdirilmiştir. Akdin sona erdirildiği tarihte taraflar arasında belirli süreli hizmet akdi mevcuttur.4 773 sayılı yasanın 13/A maddesi (4857 sayılı İş Kanununun 18/I maddesi) gereğince işçinin belirsiz süreli akitle çalışması halinde feshin geçersizliği istenebilir. Somut olayda belirli süreli hizmet akdi mevcut olduğundan feshin geçersizliğine işe iade ve tazminat isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır..." (Y9HD çimento İşv. Ocak 2004, 45-46). Kararda, belirli süreli sözleşmenin art arda yapılmasına ilişkin esaslı bir neden ortaya konulmadıkça varılan sonuç isabetsizdir. Ancak Yargıtayın bu kararı verdiği tarihte 4857 sayılı kanun ve dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 11 inci maddesi yürürlükte olmadığından yüksek mahkemeyi olayda farklı bir sonuca götüren husus; o tarihte Yargıtay'ın belirli süreli sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşebilmesi için birden çok yenilenmesi gerektiğine ilişkin görüşü olabilir.

b. İş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep kavramı

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen iş güvencesi sisteminin temeli; işçinin be-

lirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin; işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olmasıdır. Yasanın 18 inci maddesinde belirtilen geçerli sebebin somut içeriği; başka bir anlatımla neyin geçerli sebep sayılıp, neyin sayılamayacağı konusunda; kanunun gerekçesinde bazı örnekler verilmiş ise de, gerekçenin mutlak bir bağlayıcılığı olmadığı ve her somut olayın kendine özgü durumunun değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekliliği karşısında geçerli sebep kavramının belirlenmesinde Yargıtay kararları büyük önem taşımaktadır. Öte yandan, işvereni derhal fesih yetkisi veren "haklı neden" kavramı ile "geçerli neden" arasındaki ince çizginin belirlenmesi de bu konuda karşımıza çıkan güç ve önemli bir başka sorundur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2003 yılında verdiği bazı kararlarında, bu konularda görüşünü açıklama fırsatı bulmuştur.

aa. İşletme gerekleri ile toplu işçi çıkarma - Feshin son çare olması ilkesi

Y9HD, 29/12/2003 tarihli kararı, bir kamu kuruluşunda işletme gerekleri ile yapılan toplu işçi çıkarılması üzerine verilmiş bir karardır, Y9HD'nin bu kararına göre; "... Davacı, iş sözleşmesinin 4857 Sayılı İş Kanununun 18. maddesinde sayılan geçerli nedenler olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı, feshin işletmenin ve işyerinin ekonomik ve teknolojik durumuna işletmenin gereklerine uygun olarak Bakanlar Kurulu'nun 2002/4809 Sayılı Kararnameye ek olarak çıkarılan kararın 4. maddesinin a ve f fıkralarına uygun olarak ihtiyaç fazlası personel olması ve emeklilik hakkını kazananlardan çıkartılmak suretiyle, gerçekleştirildiğini ve toplu işçi çıkarma nedeniyle 4857 Sayılı İş Kanununun 29. maddesindeki şekil koşullarına uyulduğunu, bazı birimlerin kapandığını, üretimin bazı birimlerde durduğunu, çalıştırılmama nedeniyle birçok işçinin atıl halde bekletildiğini, giderlerin gelirlerden fazla olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilmiş ve savunma gerekçeleri yanında işyerinin kapanmaması için bu uygulamanın yapıldığı, bunun istihdamı arttırmaya yönelik olduğu, ekonomik koşullar dikkate alındığında ödenen ihbar ve kıdem tazminatının fazlası ile tatminkâr olduğu gerekçeleri ile istek reddedilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davalı kuruluşun 1998 yılından bu yana giderek artan oranda zarar ettiği, yıllara göre işçilerin azaltıldığı, bu azalmanın teknolojinin yenilenmemesi, üretimin azaltılması, üretilen gübrenin ithalatına yönelmesi ile gerçekleştiği anlaşılmaktadır. İşveren fesih sebebi olarak anı-

lan Bakanlar Kurulunun 4. maddesinin a ve f maddelerini göstermiş, açıkça bir gerekçeden söz etmemiştir. Söz konusu kararda program hedefleri doğrultusunda personel azaltılması yoluna gidileceği ve öncelikle emekliye hak kazananların çıkartılması gerektiği belirtilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, işverence yapılan feshin sebebi, kesin ve açık olarak yazılı şekilde açıklanmalıdır. Bir an için feshin bu şekilde yapıldığı ve işverence 4857 Sayılı İş Kanunun 29. maddesindeki toplu işçi çıkarma şekil şartlarına uyduğu kabul edilse dahi, anılan 29. maddenin son fıkrası uyarınca "işveren toplu iş çıkarılmasına ilişkin hükümleri 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamaz."

Dosya içeriğine göre, davalı kuruluş, Bakanlar Kurulu Kararından sonra 2003 yılı için 673 kişi çalıştırmak için kadro belirlemiştir. Bu kadroya rağmen çalışan sayısı 586 kişidir. O halde, davalı işyerinde istihdam fazlası yoktur. Keza, davalı işyerinde fesih tarihine göre emekliliğe hak kazanan işçi sayısı 423 kişidir. Oysa işveren kendi isteği ile emekli olan 3 kişi dışında 177 kişiyi emekli etmiştir. Emekli edilenler de, kapatılan ya da üretimi durdurulan bölümde değil, her bölümden seçilmiştir. Bu seçimin hangi kriterlere göre yapıldığı anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan fesih tarihinde kapatılmasına ya da üretiminin durdurulmasına karar verilen bir bölüm de yoktur. Ayrıca davalı işverenin fesihten sonra örneğin kadrosu olmadığı halde Genel Müdürlük birimine 2, Satın Alma Müdürlüğü birimine 8 kişi aldığı, yine kadrosu olan birimlere işçi alımlarının olduğu anlaşılmaktadır.

Somut olarak açıklanan bu maddi olgulara göre, feshin işletmenin ve işyerinin gereklerine dayandığından söz edilemez. Fesih en son çare olarak düşünülmelidir. İstihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı sözkonusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği arttırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmelidir. Davalı kuruluş bu tür uygulamalara başvurmamış aksine işçi istihdamından kaynaklanmayan gider arttırıcı uygulamalara neden olmuştur. Dairemizce, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı sonucuna varılmış"tır denilmektedir (Y9HD, 29/12/2003-23204/22988 İşv. D. Şubat 2004, 17).

Yüksek Mahkemenin bu kararında dikkati çeken hususlar, işyerinin 2003 yılı için öngörülen kadrosundan daha az sayıda kişi çalıştırılıyor olmasına rağmen işçi çıkarılması, işyerinde emekliliği gelenlerin 423 kişi olmasına rağmen 177 kişinin iş akdinin feshedilmiş olması ve bu kişilerin seçiminin hangi kriterlere göre yapıldığının belirtilmemiş olması, üretimi ve verimi artırıcı, masrafla-

rı azaltıcı tedbirlere başvurulmamış olması, teknolojik gelişmelerin takip edilmemiş olması, fazla mesailerin kaldırılmamış olması ve feshin son çare olarak düşünülmemiş olması gibi hususlardır. Bilindiği gibi feshin son çare olması ilkesi yasada açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak 18 inci maddenin gerekçesinde, "... bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır." (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22 Yasama Yılı 1, C: 7, 5 Sayısı 73, 13).

Yüksek Mahkeme 2003 yılında verdiği bir başka kararın da, benzer gerekçelerden hareket ederek feshin geçerli bir nedene dayanmadığı sonucuna varmıştır. Y9HD'nin bu kararına göre de; "... Davalı işveren talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanmıştır. Belirtmek gerekir ki, sözkonusu yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süresi kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı kısaca fesih en son çare olarak düşünülmelidir..." (Y9HD 8/7/2003-12442/13123 Tekstil İşv. D. Ekim 2003-32-33 **T. Centel**'in incelemesiyle birlikte).

Bun karşılık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yine 2003 yılında verdiği başka bir kararında ise bir kamu kuruluşundaki toplu işçi çıkarmada, iş akdi feshedilenlerin hepsinin emeklilik hakkını kazanan işçiler olması yerlerine yeni işçi alınmamış olması, yeniden yapılanmaya gidilmesi gibi nedenlerle fesih için geçerli sebep bulunduğu sonucuna varmıştır. Y9HD'nin bu kararına göre; "... Davacı işçiye yapılan 30.5.2003 tarihli fesih bildiriminde akdin Genel Müdürlük Makamının 22.5.2003 tarihli ve müdürlük makamının 29.5.2003 tarihli olur'ları gereğince feshedildiğinin belirtildiği görülmekle olup, söz konusu Genel Müdürlük olur'unda kuruluş bütçesinin yatırım bütçesi içerisindeki payının giderek azalmış olması, inşa edilip işletmeye açılan sulamaların %88 ömrünü tamamlamış olmaları, mevcut işçi sayısının ihtiyaçtan fazlasının iş verimini azaltıp maliyetleri artırması gibi nedenlerle yeniden yapılandırmaya gidildiği bu bağlamda ilk etapta 53 yaşını doldurmuş emeklilik hakkını kazanmış olanlardan başlanmak üzere işçilerin iş akitlerinin feshedilmesinin uygun görüldüğü ifade edilmiştir. Davalı işveren 1475 Sayılı İş Kanunu'nun değişik 24. maddesi uyarınca ilgili yerlere usulüne uygun bildirimde bulunduktan sonra işçiye de anılan Genel Müdürlük olurundan söz ederek fesih bildiriminde bulunulmuştur. Öte yandan davalı kamu kuruluşu bütçe yetersizliği, işçi fazlalığı, maliyetlerin yüksek oluşu gibi ekonomik nedenlerle 53 yaşını doldurmuş ve emeklilik hakkını kazanmış işçilerin hizmet akitlerini feshetme yoluna giderek tüm ülke çapında genel bir uygulama yapmıştır. İşten çıkartılan işçilerin

yerine yeni işçi alındığı da iddia ve ispat edilmiş olmadığından ve kamu kurumlarında ihtiyaçtan fazla işçi çalıştırıldığı bilinen bir gerçek olduğundan fesih için geçerli bir sebep bulunduğu kabul edilmelidir..." (Y9HD, 23/1/2003-1809/17878-Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku D. 2004/1 188 vd.).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin işletme gerekleri ile yapılan toplu işçi çıkarmalarda verdiği yukarıdaki kararlar somut olaylara özgü isabetli kararlar olabilir. Ancak Yüksek Mahkemenin feshin son çare olması ilkesine dayanırken fesihten önce yapılması gereken tedbirlere uyulmamış , bu tedbirlerin alınmamış olması nedeniyle işçi çıkarmanın, feshin son çare olması ilkesi ile bağdaşmadığı sonucuna varması, sözkonusu kriterler açısından tartışmaya açıktır. Bir kere bu sonuca varırken işletmenin verimlilik ve kârlılık amacına ulaşmak için Yargıtay kararında; feshe alternatif olarak ileri sürülen ölçütler, sözkonusu amaç için aynı ölçüde elverişli olmayabilir, örneğin fazla çalışmaların kaldırılmamış olmasının yapılan feshi; feshin son çare olması ilkesine aykırı hale getirdiği her zaman söylenemez; Başka bir anlatımla işletmenin kârlılık ve verimlilik amacına, fesih yerine; fazla çalışmaların kaldırılmasıyla ulaşılabileceğini söylemek mümkün olmayabilir. Burada önemli olan feshe alternatif olarak belirtilen önlemlerin; uygulanabilir nitelikte olması; işverenin fesih ile ulaşmak istediği amacın sözkonusu önlemler ile gerçekleştirilebilir olmasıdır. Hal böyle değilse feshin son çare olması ilkesine aykırılıktan söz edilemez (Ayrıntılı bilgi için Bak. M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003-90 vd.).

bb. Fesih nedeni olarak emeklilik ve yeni işçi alınması, norm kadro uygulaması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yaşlılık aylığına hak kazanmış olmanın tek başına bir geçerli neden sayılamayacağını belirtmekte ve Dairenin bu konudaki kararları yerleşik bir görünüm arzetmektedir (Y9HD 27/1/2003-18257/1785, TÜHİS; Kasım 2003, 44/45; :Y9HD 11/12/2003-20222/20604). Ancak Yüksek Mahkeme kamu kesiminde özelleştirme kapsamındaki bir işletmede emeklilik nedeniyle iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığını belirtmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme bu kararını kamuda personel fazlalığı ve emekli olanların yerine yeni işçi alınmaması gibi gerekçelerle desteklemektedir. Yargıtay'a göre; "... Davalı şirketin 1990 yılında özelleştirme kapsamında alındığı, buna ilişkin hazırlıklar yapıldığı ve son olarak 7.6.2003 tarihinde şirketin özelleştirilmesi için ihale ilanı verildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Öte yandan 6.11.2000 tarih ve 2000/1658 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Yapılacak Norm Kadro Çalış-

malarında Uyulacak Usul ve Esaslar" ile Kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılması kamu kurum ve kuruluşlarının amaçlarına etkin ve verimli bir şekilde ulaşılmasını sağlayacak teşkilat yapısına kavuşturulması ve kamu hizmetlerinin gerektirdiği nitelik ve sayıda personel istihdamının sağlanabilmesi amaçlanmıştır. Yine 16.10.2001 tarih ve 2001/3151 sayılı, 9.10.2002 tarih ve 2002/4809 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararları ile de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında istihdam edilen toplam personel sayısının azaltılması,Kararname ile atananlar ve özel kanunlarla belirtilenler dışında emeklilerin istihdam edilmemesi, emekliliğe hak kazananların emekli olmasını kolaylaştıracak gerekli tedbirlerin alınması ve hiçbir şekilde yeni personel istihdam edilmemesi uygun görülmüştür.

Davalı işveren anılan talimatlar doğrultusunda norm kadro çalışması için ihale yapmış ve ihaleyi kazanan bir firma aracılığı ile bu çalışma gerçekleştirilmiş, 2003 yılı için norm kadroya göre 19 personel fazlası tesbit edilmiş bulunmaktadır. Bu çalışma sonucunda davalı işverence davacının da aralarında bulunduğu emekliliğe hak kazanmış 19 personelin hizmet akitleri ihbar ve kıdem tazminatları ödenmek suretiyle feshedilmiştir. Hizmet akitleri feshedilen personel yerine yeni işçi alındığı iddia ve ispat edilmiş değildir.

Özelleştirmede hedef ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalmayı sağlamaktır. Özelleştirme kapsamında bulunan davalı şirketin Bakanlar Kurulu Kararları doğrultusunda yaptığı norm kadro çalışması ve bu çalışma sonucunda tesbit edilen personel fazlalığı nedeniyle emekliliğe hak kazanan davacının hizmet akdini feshetmesinde geçerli sebep bulunduğu kabul edilmelidir..." (Y9HD, 4/12/2003-19328/20055).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 18/12/2003 tarihli kararına göre ise; Bakanlar Kurulunun norm kadro uygulaması çerçevesinde "... davacının çalıştığı ünite için feshin tarihi itibariyle çalışan personel sayısı öncelikle tesbit edilmeli, tesbit edilen personel sayısı ile o ünite için saptanan norm kadro durumu karşılaştırılarak davacının ihtiyaç fazlası olup olmadığı belirlenmelidir. Yapılacak bu araştırmalardan sonra şayet davacı ihtiyaç fazlası ise fesih için geçerli sebep bulunduğu kabul edilmeli, aksi halde işe iade talebinin kabulüne karar verilmelidir..." (Y9HD 18/12/2003-20076 Esas (karar sayısı belirtilmemiştir) İşv. D. Ocak 2004; 20).

cc. Personel giderlerinin bütçenin yüzde otuzunu aşması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 29/12/2003 tarihli bir kararında da bir belediyede personel giderlerinin bütçenin %30'unu aşmış olması nedeniyle işçilerin üc-

retsiz izne çıkarılması yoluyla iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir. Yargıtay'a göre; "... Dosya içeriğine göre davalı işverenin, ekonomik sıkıntılar nedeniyle daha önce birkaç kez davacının da içinde bulunduğu geçici işçileri ücretsiz izne çıkardığı fesihten önce 2003 yılında iki kez bu uygulamanın yapıldığı, davacının bu işleme karşı herhangi bir yasal yola başvurmadığı ve zımnen kabul ettiği, 11.07.2003 tarihinde de davalı işverenin encümen kararı ile aynı ekonomik sıkıntı ve personel giderlerinin bütçenin %30'unu aşması üzerine davacı dahil 43 vizeli işçinin 25.07.2003 tarihi mesai bitiminde süresiz ücretsiz izne çıkarılmasına karar verdiği davacının ücretsiz izni başlayacağı 25.07.2003 günü mesai bitimine yakın diğer işçilerle birlikte notere gidip, sendikaya üye olduğu ve aynı gün sendikaca üyeliğe kabul edildiği anlaşılmaktadır. Davalı Belediye gibi küçük bir kuruluşta çalışan bir işçinin 11.07.2003 tarihinde alınan ücretsiz izne çıkarma kararından haberdar olmaması, hayatın olağan akışına aykırıdır. Davacı ve diğer işçilerin, bu karara karşı tedbir olarak feshin gerçekleşeceği gün sendika üyeliği yolunu seçtikleri anlaşılmaktadır. Somut bu olgulara göre, işverence 11.07.2003 tarihinde alınan ve fesih mahiyetinde kabul edilen ücretsiz izne çıkarma işlemi, ekonomik sıkıntı ve personel giderlerinin bütçenin %30'unu aşma nedenlerine dayandığından, geçerli bir nedendir. İşçilerin bu karara karşı feshin gerçekleşeceği gün sendikaya üye olmaları, bu nedeni ortadan kaldırmayacağı gibi, daha önceki uygulamalara ses çıkarmamaları karşısında, hakkın kötüye kullanımıdır. Açıklanan bu gerekçeler nedeniyle istemin reddine karar verilmesi gerekir. Dairemizce 4857 Sayılı İş Kanununun 20/3. maddesi uyarınca, yukarıdaki nedenlerle işverenin işlemi geçerli nedene dayandığından usul ve yasaya aykırı olan yerel mahkeme kararının bozulması, ortadan kaldırılması ve istemin reddine karar verilmesi gerekmiştir..." (Y9HD, 29/12/2003 229125/22947, İşv. D. Ocak 2004, 18-19).

Yüksek Mahkemenin bu kararında dikkati çeken husus ücretsiz izne çıkarma şeklinde yapılan uygulamanın Kanunun 19 uncu maddesindeki "işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır" şeklindeki hüküm nedeniyle; yapılan fesih işleminin esasına girmeden, feshin geçersizliği sonucuna varmamış olmasıdır. Öte yandan olayın Kanunun toplu işçi çıkarmaya ilişkin 29 uncu maddesi çerçevesinde değerlendirilmemiş olması da ayrıca dikkat çekicidir.

Yüksek Mahkemenin geçerli sebebe ilişkin bütün bu kararlarında dikkati çeken bir husus iş sözleşmesi feshedilen işçinin yerine yeni personel alınıp alınmayışı; feshin geçerli nedenle yapılıp yapılmadığı konusunda gözönünde bulundurduğu bir unsur olarak görünmektedir. Karara konu olan olaylarda bu

unsur belirleyici olabilir. Ancak kanımca bu hususun her zaman feshin geçersizliğine yol açtığı söylenemez. Öte yandan bir işletmede, objektif nitelikli iç düzenlemelerle, emekliliğe hak kazanan kişilerin işletmede çalıştırılmayacağı gibi önceden konulmuş, kişiye özel olmayan genel nitelikli düzenlemelerin varlığı halinde bu düzenlemeye dayanılarak yapılan genel ve objektif bir şekilde uygulanan fesih işlemlerinin geçerli bir nedene dayandığının kabulü gerekir.

c. Fesih bildiriminin yazılı olması ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak bildirilmesi

4857 sayılı İş Kanunun 19/I maddesine göre işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmek zorundadır. Bu açık düzenlemenin sonucu geçerli bir fesih bildiriminin yapılması, hem bildirimin yazılı olarak yapılmasına hem de fesih nedeninin açık ve kesin olarak bildirilmesine bağlıdır. Nitekim Kanunun 20/I fıkrasında da işçinin sadece bildirilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiasıyla değil; "...fesih bildiriminde sebep gösterilmediği..." iddiasıyla da dava açabileceği açıkça belirtilmiştir.

Y9HD, kararlarında isabetli bir şekilde yasanın bu hükmüne aykırı bir biçimde fesih sebebinin fesih bildiriminde açık ve kesin bir şekilde gösterilmemesinin feshin geçersizliğini doğuracağı sonucuna varmaktadır (Y9HD 27/1/2003-18040/18119-TUHİS Kasım 2003, 37, Y9HD, 30/10/2003-18614/18296, Y9HD 11/9/2003 14676/14287, Y9HD 15/10/2003-6116/17101).

d. Feshin geçersizliği ve işe iade davası

aa. Fesih bildirimine karşı dava açma süresi ve sürenin hukuki niteliği

Yargıtay; fesih bildirimine karşı işçinin bir aylık dava açma süresinin başlangıcının fesih tarihi değil, feshin bildirildiği tarih olduğuna ve bu sürenin hak düşürücü süre olup mahkemece resen gözönünde tutulması gerektiğine isabetli bir şekilde karar vermiştir (Y9HD 11/12/2003-20424/20629-İşv. D.Şubat2004, 15).

bb. İşe iade davalarında diğer işçilik haklarının da talep edilmesi

4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinde işe iade davalarının seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılacağı ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde de Yargıtay'ın bir ay içinde kesin olarak karar vereceği

hükme bağlanmıştır. Getirilen bu hükümle İş Mahkemelerinde geçerli olan sözlü yargılama usulü (İş Mah. K. md.7) yerine seri yargılama usulünün kabul edilmesi ile işe iade davalarının kısa sürede bitirilmesi amaçlanmıştır. Ancak, seri yargılama usulüne ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin yazılı yargılama usulüne göre sadece cevap replik ve düplik sürelerini kısaltmakta, özellikle işçi açısından basitliği sağlamak üzere öngörülmüş olan sözlü yargılama usulünden ayrılınarak farklı bir yargılama usulü öngörülmüş olmasının, pratik bir yararı bulunmamaktadır. Nitekim kanunun uygulamaya konulduğu tarihten bu yana sözkonusu davaların hiç de kanunda öngörülen sürelerde sona ermediği herkesçe bilinmektedir. Seri yargılama iş mahkemelerinde görülen sözlü yargılama usulü'nü hızlandırıcı bir alternatif değil, Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülen yazılı yargılama usulünü; bir ölçüde hızlandırmak amacıyla öngörülmüş olup, günümüzde adeta terk edilmiş bir usuldür (**Ekmekçi,** Yargıtayın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/1 170-171, 169).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, İş Kanunu md.20'de işe iade davaları için öngördüğü seri yargılama usulüne ilişkin kuralı diğer işçilik haklarına ilişkin taleplerin işe iade davası ile birlikte görülmesine engel görülmektedir. Yargıtay'a göre; "...işçinin ise iade ile ilgili isteklerinin yanında işçilikten doğan diğer tazminat ve alacaklarını da istemesi halinde bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının yasakoyucunun öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre görüşülüp sonuçlandırılmasına engel oluşturur. İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle işe iade ile birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır. Esasen işçinin açmış olduğu işe iade davasında ihbar ve kıdem tazminatlarının da talep edilmiş olması bir çelişkiyi oluşturur. Bir taraftan feshin geçersizliği ile işe iade talep edilirken, diğer yandan feshin sonucuna bağlı olan tazminatların istenmesi doğru olmaz..." (Y9HD, 11/9/2003 14994/14267). Yüksek Mahkemenin bu kararının, 4857 sayılı yasanın açık hükmü karşısında yasaya uygun gibi görünse de, bir yılı aşkın uygulamada gerçekçi olmadığı görülmüştür. Hatta iş mahkemeleri işe iade davalarının sonuçlandırılmasına ilişkinolarak yasada öngörülen sürelere uymak bir yana, seri usulün HUM Kanununda öngördüğü sürelerle bağlı olmaksızın işe iade davalarını da, diğer davalarla aynı usule tabi olarak yürüttükleri görülmektedir. Esasen Kanunun işe iade davalarının Seri Muhakeme Usulü ile iki ay içinde sonuçlandırılmasına ilişkin hükmünün çabukluğu sağlamak amacıyla konulduğu, İş Mahkemeleri Kanununun öngördüğü sözlü usulün yürürlükten

kaldırılmadığı da dikkate alınarak; Yargıtay'ın bu içtihadını değiştirerek, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin iş güvencesi davası ile terditli olarak ileri sürebilmesi; diğer işçilik haklarının da objektif dava birleşmesi yoluyla aynı davada talep edilebilmesi yolu açılmalıdır (Bak ve karş. **Özekes** İş Kanununun 20 ve 21 inci Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, 484 vd. **Güzel;** İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi; İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayını, 98 vd.).

cc. Feshin geçersizliğine ilişkin talebin, işgüvencesi tazminatını ve dört aylık ücreti de içermesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesine göre; "... İşçinin işe iade isteği, işe başlatmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ve en çok dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret taleplerini de içerir. Bir başka anlatımla, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri olmasa dahi bu hususlar işe iadenin sonucu olup, mahkemece bu konularda da karar verilmelidir..." (Y9HD, 11/9/2003-14994/14267; Aynı doğrultuda Y9HD 20/5/2003-14994/14267-İBD Aralık 2003, 906, Y9HD 15/12/2003-20176/21941-Y9HD 10/11/2003-18298/9008).

Yüksek mahkemenin bu görüşü, öğretide bazı yazarlarca eleştirilmiş, işgüencesi tazminatı açısından kararın isabetli olduğu; işçinin çalıştırılmadığı dört aylık sürenin ücreti konusunda ise kararın isabetli olmadığı; dört aylık ücret açısından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hakimin taleple bağlılığı ilkesinden ayrılmayı gerektiren bir nedenin bulunmadığı ileri sürülmüştür (**Ekmekçi** 178, **Tuncay,** İş Güvencesi, Çimento İşv. Mart 2004, 60).

Kanımca Yüksek Mahkemenin kararı isabetli olup, feshin geçersizliğine karar veren mahkemenin ayrıca bir talep bulunmasa da nasıl işgüvencesi tazminatına hükmedebiliyorsa; işsiz kalınan süreye ilişkin olan dört aylık ücrete de bir taleple bağlı olmaksızın hükmetmesi gerekir. Öncelikle belirtelim ki feshin geçersizliği, işgüvencesi tazminatı ve işsiz kalınan süreye ilişkin dört aylık ücret, iş güvencesi konusunda bir bütün olarak getirilen yasal sistemin parçalarıdır, Yargıtay kararını eleştiren görüş çok açık olmamakla birlikte, her halde işçinin dört aylık ücret ve diğer haklarını alabilmesi için feshin geçersizliğine ilişkin karardan sonra işçinin işverence işe başlatılmasından bağımsız şekilde, işe başlatılsa da başlatılmasa da bu ücrete hak kazandığı noktasından hareket etmektedir. Ancak öngörülen yasal sistemde mahkemenin verdiği feshin geçersizliği kararının hüküm doğabilmesi için işçi; kesinleşen feshin

geçersizliğine ilişkin mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurmak 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 (İş K. md.21/IV). Sözkonusu sorumluluk diğer şartları varsa sadece kıdem ve ihbar tazminatından sorumluluktur. Bu nedenle Yargıtay kararında varılan sonuç isabetlidir (Aynı görüş **Güzel,** 110).

dd. İş Güvencesi tazminatının miktarı

Bilindiği gibi işçinin işverence işe başlatılmaması karşılığında mahkemece belirlenecek tazminatın miktarı 4857 sayılı İş Kanununda dört ayla sekiz ay arasında ücret tutarı olarak belirlenmiştir. Sözkonusu tazminat miktarının belirtilen süreler arasında neye göre belirleneceği, başka bir anlatımla tazminat miktarının ağırlaştırıcı unsurlarının neler olduğu konusunda 4773 sayılı Kanunun gerekçesinde "İş sözleşmesinin sona erdirilme sebepleri ile "işçinin kıdemi"nin gözönünde bulundurulacağı belirtilmişken 4857 sayılı İş Kanununun gerekçesinde işçinin kıdeminden hiç söz edilmeksizin "iş sözleşmesinin sona erdirilme nedenleri" ve "işverenin işe başlatmama nedenleri"nden söz edilmiştir. Bu gerekçedeki işverenin "işe başlatmama nedenleri"nin tazminatın miktarını belirleme açısından belirleyici bir unsur olarak anlaşılması mümkün değildir. Zira mahkemenin bu yolda karar verdiği an işverenin işe başlatmama nedenleri henüz belli olmadığı gibi işe iade davasının yargılamasında da bu konu hiç iddia ve savunma çerçevesinde ileri sürülemeyecektir (**Ekmekçi,** 176, dipnot 12).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 6/11/2003 tarihli kararında hiçbir gerekçe göstermeden tazminatın alt sınırından ayrılmanın hatalı olduğunu isabetli bir şekilde belirtmiştir (Y9HD 6/11/2003-187333/18729 Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2004/1 187-187, Y9HD 13/11/2003-17457/19298). Gerçekten de tazminat miktarının belirtilmesinde esas olan alt sınırdır. Mahkemenin alt sınırın üzerinde bir tazminat miktarı belirleyebilmesi için, bunun nedenini de açıklaması gerekir (**Ekmekçi** 173).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında; iş güvencesi tazminatının miktarını belirlerken, işçinin "çalışma süresi"ni dikkate alarak hüküm kurmak gerektiğini belirtmektedir (Y9HD 18/12/2003-20315/22148 - Y9HD 1/12/2003-19181/19777; Y9HD 18/12/2003-21834-22234 - Y9HD 13/11/2003-17457/19298). Yüksek Mahkeme son zikredilen iki kararında işçinin çalışma süresi yanında "fesih nedeni"ni de ayrıca belirtmektedir. İş güvencesi tazminatının miktarını belirlemede, hangi ölçütlerin dikkate alınması gerektiği konusunda kanımca kesin bir şey söylemekten ziyade yukarıda belirtilen ölçütler çerçevesinde her

somut olayın özelliğine göre konuyu mahkemelerin takdirine bırakmak daha doğru olacaktır. İlk bakışta işçinin "çalışma süresi" kriterinin, daha somut bir ölçüt olduğu düşünülebilirse de, hangi çalışma süresi için hangi miktar tazminata hükmedilmesi gerektiği gibi bir sorunun çözülmesi gerekir. Örneğin bir olayda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi davacının kıdeminin 4 yıl 6 ay 12 gün olduğunu, bu kıdemin alt sınırdan ayrılmayı gerektiren bir neden olmadığına karar vermiştir (Y9HD 6/11/2003 18733/18729-Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2004/-1 186-187) Öte yandan salt işçinin çalışma süresini ölçü alan bir uygulama aynı fesih nedeniyle toplu işçi çıkarmaya muhatap olan işçiler için çalışma sürelerine bağlı olarak farklı iş güvencesi tazminatına hükmedilmesine yol açabilir ki böyle bir uygulamanın isabetli olmadığı açıktır. Buna karşılık fesih nedeninin tazminatın miktarını belirlemede kesin ve tek bir ölçüt olarak alınması da, soyut bir uygulama olarak karşımıza çıkacak ve fesih nedenlerinin derecelendirilmesi gibi mümkün ve doğru olmayan bir uygulamayla yargıcı karşı karşıya bırakacaktır (Bak ve karş. **Ekmekçi** 175). Yukarıda da belirttiğimiz gibi Yargıtay kararında belirtilen ölçütler çerçevesinde konuyu yargıcın takdirine bırakmak ve her somut olayın özelliğine göre yargıca hareket serbestisi tanımak en isabetli çözüm gibi gözükmektedir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 10/11/2003 tarihli kararında; yerel mahkemenin üst sınır olarak 8 aylık ücret tutarında iş güvencesi tazminatını; fesih nedeninin emekliliğe hak kazanma ve tazminatların ödenmiş olması nedeniyle hatalı bulmuş ve 4 aylık ücret olarak belirlemiştir (Y9HD, 10/11/2003-18935/18929. Türk Harb-İş şubat 2004, 51, Y9HD 10/11/2003-18926-18920 İşveren Aralık 2003, 21).

ee. İş güvencesi tazminatının ve ücretin rakam olarak belirlenmemesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi başlangıçta; iş güvencesi tazminatının sadece belirlenmekle yetinilmesine, bunun tahsili yönünden hüküm kurulmaması gerektiğine karar vermekte idi. Buna karşılık çalıştırılmadığı halde ödenecek olan dört aylık ücretin ise tahsiline karar vermekte idi. Başka bir anlatımla Yargıtayın işe iade kararının iş güvencesi tazminatına ilişkin kısmı tesbit; çalışılmadığı halde ödenecek ücrete ilişkin kısım ise eda hükmü niteliği taşıyordu. Bu kararlarda belirgin ve önemli olan bir özellik gerek iş güvencesi tazminatının ve gerekse işçinin çalıştırılmadığı sürece ödenecek 4 aylık ücretin likit olarak miktarı da belirtiliyordu. Bu kararların bir kısmı yüksek mahkemenin doğrudan verdiği kararlar bir kısmı da bu yolda verilmiş yerel mahkeme kararını onayan kararlar idi (Y9HD 8/7/2003-12442/31323 İBD Eylül 2003 750-753, Y9HD 16/9/2003-15784/14563, 11/9/2003-14676/14287, Y9HD 19/9/2003-15285/14153).

Yargıtayın bu yönde verilmiş kararları hem 4857 Sayılı yasanın 21/II hükmüne uygun hem de hükmün infazını icra hukuku açısından kolaylaştıran nitelikte isabetli kararlar idi. Zira bu yolda verilen kararlar feshin geçersizliği kararına rağmen işçiyi işe başlatmayan işverene karşı, kararın dört aylık ücrete ilişkin kısmı ilâmlı; iş güvencesi tazminatına ilişkin kısmı da ilâmsız icra yoluyla takibe konulabilecekti, kararda iş güvencesi tazminatı ilâmda miktar olarak gösterildiğinden, işverence itiraz edildiğinde, işçi icra tetkik merciinde itirazın kaldırılması yoluna başvurarak mahkemenin tesbit niteliğindeki kararı İİK md. 68 anlamında belge olduğundan ve alacak da likit olduğundan, itirazın kaldırılmasını isteyerek sonuca ulaşabilecekti (**M. Kabakcı,** İşe İade Kararında İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde ödenecek Tazminatın Belirlenmesinin Anlamı, İB 2004/2, 657). Üstelik bu durumda işverenin takibe itiraz etmesi, kendisinin icra inkâr tazminatına mahkum olmasını da gerektireceğinden, ilâmla tesbit edilmiş alacağa itiraz etmekten de kaçınacaktır.

Yargıtay daha sonra verdiği kararlarda bu içtihadından dönmüş, işe iade kararında, iş güvencesi tazminatının ve işçinin çalıştırılmadığı halde ödenecek ücretin, kaç aylık ücret tutarında olacağının belirlenmesinin yeterli olduğu; ayrıca rakam olarak miktarın belirtilmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir. Yüksek mahkemenin 2003 yılında bu yolda verdiği pek çok kararı bulunmakta olup; içtihadın bu yolda kararlılık kazandığı görülmektedir (Y9HD 13/11/2003-19019/19234, Y9HD, 1/12/2003; 19181/19777, Y9HD 18/12/-2003-218234/22234; Y9HD 15/12/2003, 20176/21941; Y9HD 18/12/2003, 20315/22148).

Yüksek mahkemenin bu yeni kararları, işçiyi işe başlatmayan işverene karşı icra hukuku bakımından, hükmü infaz kabiliyeti olmayan bir hüküm niteliğine sokmakta ve yeniden ikinci bir dava ile yargılamayı gerekli kılmaktadır. Feshin geçersizliğine ve iş güvencesi tazminatına ilişkin kararda hiçbir rakam belirtilmediğinden, bu tazminatın tahsili için yukarıda belirtildiği gibi ilamsız icra yoluyla sonuç almak mümkün değildir. Zira verilen kararda alacağın rakam olarak miktarına ilişkin bir açıklık bulunmadığı için esasen tesbit niteliğinde olan bu karar, ilamlı takip konusu yapılamayacak, ilamsız takipte de işverenin itirazı halinde, bu itirazı İİK md.68 dayanarak tetkik merciinde itirazın kaldırılması yoluyla kaldırtmak mümkün olmayacaktır. Aynı husus kararın çalıştırılmayan süreye ilişkin dört aylık ücrete ilişkin bölümü için de sözkonusudur. Her ne kadar yüksek mahkeme kararlarında bazen dört aylık ücrete ilişkin bölümde; işgüvencesi tazminatındaki "tesbitine" "belirlenmesine" gibi, tesbit niteliğindeki ifadeler yerine "ödenmesine" "tahsiline" gibi ifadeler kullansa da alacak rakam olarak belirtilmediğinden; kararın bu bölümü de bir eda hükmü

niteliği kazanmamakta ve bu nedenle ilamlı icra yoluyla hükmün infazı yapılamamakta, ilamsız icra yoluyla da yukarıda belirtilen nedenle sonuç alınması mümkün olmamaktadır. Belirtilen bu nedenlerle Yargıtay'ın değişen içtihadı sonucu verilen kararlar, adeta infaz kabiliyeti olmayan bir karar haline gelmekte, ilamlı takibe konu yapılamayacağı gibi; ilamsız takipte de iş mahkemesinde itirazın iptali yoluyla yeni bir davanın açılması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Hatta bu durumda alacağın miktarı likit olmadığından ve miktar iş mahkemesinde yapılacak yargılama sonucunda ortaya çıkacağından mahkemenin bu durumda icra inkâr tazminatına hükmetmesi de mümkün değildir.

Yargıtayı başlangıçtaki içtihatından dönerek, görüş değiştirmesinin, kararlarda açıkça belirtilmemekle beraber iki nedene dayandığı düşünülebilir. Bunlardan birincisi yargılama sürecinde taraflar arasında ücrete ilişkin çıkacak çekişmenin işe iade davasını uzatabileceği endişesi olabilir, oysa ülkemizde işe iade davalarının, kanunda öngörülen sürelerde bitirilemediği herkesçe bilinmektedir. İçtihadın bu yol da devam etmesi halinde işçi; işe iade davasının geç bitmesinden çok daha fazla mağdur olacaktır. Yüksek mahkemeyi içtihat değişikliğine götüren ikinci neden ise, işe iade kararının verildiği tarihten sonra işçinin ücretine zam yapılması olasılığıdır. Yüksek mahkemenin içtihat değişikliği bu açıdan bakıldığında da yukarıda belirttiğimiz nedenlerle isabetli değildir; bir kere bu sürede işçinin ücretine zam yapılmama olasılığının bulunması bir yana; işçinin bu hakkını saklı tutarak, ücret artışlarından kaynaklanan fazla haklarını talep edebilmesi her zaman mümkündür. Sırf bu ihtimal adına, infaz kabiliyeti olmayan ve işçiyi ikinci bir dava açmak zorunda bırakan bu konudaki yeni içtihattan, başlangıçtaki içtihada dönmek daha isabetli olacaktır (Bak ve karş. **Kabakcı,** 675-678; Ayrıca bak. **Ekmekçi** 179, 180).

Kuşkusuz bütün bu sorunların kaynağı Usül Hukukunun "Şarta bağlı hüküm verilemez" ilkesi ile bağdaşmayan; İş Kanununun 21 inci maddesindeki düzenlemedir. Zira mahkeme kararları, davanın sonunda uyuşmazlığı tereddüde yer vermeyecek şekilde sonuçlandırmalıdır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **M. Özekes,** 479 vd.).

ff. İş güvencesi tazminatına ve ücrete uygulanacak faiz

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; feshin geçersizliği kararına rağmen işçiyi işe başlatmayan işverenin ödeyeceği işgüvencesi tazminatının ve işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücretin faizinin dava tarihinden başlayacağına ilişkin yerel mahkeme kararlarını bozmuştur. Yargıtay'a göre, işgüvencesi tazminatı "işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin süresi içinde işverene baş-

vurması ve *bir aylık süre içinde işverence işe başlatılmaması halinde* muaccel olur. Böyle olunca da bu tazminat için dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de doğru değildir..."

Yüksek mahkemenin bu kararına göre işgüvencesi tazminatının faizinin başlangıcı, dava tarihi olamayacağı gibi hüküm tarihi de olamaz, gerçekten de alacağın muacceliyet tarihi işverenin işçiyi işe başlatmaması olduğuna göre faizin başlangıç tarihi de bu tarih olmak gerekir.

Yüksek Mahkeme aynı kararında işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücrete ilişkin alacağının faizinin başlangıcının ise; alacak işçinin süresi içinde *işverene başvurduğu anda* muaccel alacağından faiz başlangıcını da bu tarih olarak belirtmiştir (Y9HD 8/7/2003-12442/13123-Y9HD 10/9/2003-14846/14142). Kuşkusuz dört aylık ücret alacağının faiz başlangıcı için işçiyi işe başlatması için işverene tanınan bir aylık süreyi beklemeye gerek yoktur.Zira sözkonusu işçinin işverene başvurması ile kesinleşir. İşverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamasının bir önemi yoktur. Hal böyle iken Yüksek Mahkeme bir başka kararında "... en çok ört aylık ücret alacağı işçinin işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olacağından faiz başlangıcı da bu tarih olmalıdır... diyerek yukarıda belirttiğimiz isabetli kararındaki, dört aylık ücretin muacceliyet tarihi işin işverenin işçiyi işe başlatmamasının bir önemi olmadığı, sadece başvurunun yeterli olduğu gerçeğini gözden kaçırmıştır" (Y9HD 6/11/2003-18733/18729).

Yüksek mahkemenin faiz başlangıcına ilişkin bu kararları, iş güvencesi tazminatının ve dört aylık ücretin rakam olarak likit belirlendiği dönemde verilmiş kararlardır. Yargıtay'ın sözkonusu alacakları rakam olarak belirtmeye gerek olmadığı sadece kaç aylık ücret olacağının tesbitinin yeterli olduğuna ilişkin yeni kararlar karşısında faiz başlangıcına ilişkin olarak aynı esasın geçerli olduğunun kabulü gerekir. Başka bir anlatımla söz konusu alacakların tahsili miktar belirleme açısından yeni bir yargılamayı gerektirse bile faiz başlangıcı açısından yukarıdaki esasın muhafaza edilmesi gerekir.

gg. İşe iade davası sürerken, işçinin işe başlatılması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararına konu olan olayda; davacı işçi, iş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiğini belirterek feshin geçerli bir nedene dayanmadığının tespiti ile işe iadesine, işe iadeye karar verildiği takdirde işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde bir yıllık ücreti tutarında tazminat ile boşta geçen süre için dört aya kadar ücret alacağının faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Yargılama sırasında 08.05.2003

tarihinde davacı işçi işverence eski işine iade edilmiştir. Davacı vekili 04.06.2003 tarihli dilekçesi ile davacı işçinin işe iade edilmiş olması sebebiyle davanın konusuz kaldığından söz ederek vekalet ücretine karar verilmesini istemiş, 06.06.2003 tarihli oturumda da davanın konusuz kaldığını, ancak daha sonra çalışılmayan süreler için ücrete karar verilmesini talep etmiştir. Yerel mahkemece konusuz kalan davanın reddine karar verilmekle birlikte, fesih tarihi ile yeniden işe alındığı tarihler arasında davacının çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretin tahsiline karar verilmiştir.

Yargıtay'a göre "...işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. Geçersiz sebep bulunduğuna karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı yoktur. Somut olayda, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmediğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davacının ücret isteği hakkında da karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmalıdır..." (Y9HD 8/7/2003-12444/13125 Tekstil İşv. Eylül 2003, 36 vd. **T. Centel**'in incelemesi, Aynı kararı inceleyen bir başka yazı **C. Tuncay** Çimento İşv. Mart 2004 58 vd.).

Yargıtay kararında ileri sürülen gerekçe kural olarak doğrudur. Gerçekten de hem davanın konusuz kaldığından söz etmek ve hem de ücret isteği hakkında karar vermek doğru değildir. Feshin geçersizliğine ilişkin bir karar olmadan işçiye işsiz kalınan süre için bir ücrete hükmedilmesi mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında Yargıtay kararı çıkış noktası ile vardığı sonuç açısından tutarlıdır. Ne var ki Yüksek Mahkemenin çıkış noktası isabetsizdir. Çünkü İş K. md.21 uyarınca açılan davanın konusu, salt işçinin işe başlatılması değil, feshin geçerli olup olmadığı ve buna bağlı olarak işçinin çalıştırılmadığı süredeki ücret talebidir. Bu nedenle işverenin işçiyi işe başlatmasıyla talep konusu tamamiyle ortadan kalkmamaktadır. İşçi işe başlatılmasına rağmen davaya devam edilerek, feshin geçersizliği ve ücret talebi konusunda bir karar verilmesi zorunludur (**Ekmekçi,** 173-174; Farklı gerekçe Centel, 37, 38). Yeter ki işçi tümüyle davasından feragat etmemiş olsun, işverenin işçiyi işe başlatması, davanın işverence kabulü anlamına gelmeyeceği gibi; işçinin davranışı da davadan feragat anlamına gelmeyecektir. Aksine düşünce ile Yüksek Mahkemenin görüşünün kabul edilmesi belki de geçerli bir nedene dayanmadan sözleşmeyi fesheden işverenin işçiyi işsiz bırakmasına rağmen onu tekrar işe alarak işsiz kaldığı süredeki ücretinden mahrum kalmasına yol açacaktır. Bu durum ise geçersiz feshe bir takım yaptırımlar sağlayan yasal sistemin bütünlüğü ile bağdaşmaz, zira işsiz kalınan süreye ilişkin ücret, feshin geçersizliğine rağmen işverenin işçiyi işe başlatmamasının değil, bizatihi,

feshin geçersizliğinin bir sonucudur, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamasının sözkonusu ücrete hak kazanma açısından bir önemi yoktur.

e. Haklı neden gerekçesiyle yapılan feshe karşı açılan işe iade davası

Bilindiği gibi 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümleri, kural olarak feshin işveren tarafından Kanunun 17 inci maddesinde "süreli fesih" başlığı ile düzenlenen biçimde feshedilmesi halinde uygulanır. Kuşkusuz bu tür bir feshe karşı iş güvencesi davası açılabilmesi için işverenin ihbar sürelerine uymuş olup olmamasının bir önemi yoktur. Burada önemli olan fesih geçerli nedenle yapılıp yapılmadığıdır. Buna karşılık işveren tarafından yapılan fesih, Kanunun 25 inci maddesinde düzenlenen haklı nedenlerle yapılmışsa, feshin geçersizliği ve işe iade kararı verilemez. Ancak işveren bir haklı nedene dayanarak kanun 25 inci maddesine göre fesih bildiriminde bulunmakla birlikte, fesih bildiriminde belirtilen nedenin bir haklı neden sayılabilecek nitelikte olmaması ve hatta geçerli bir neden dahi sayılamayacak nitelikte olması, ya da sözü edilen nedenin maddi vakıa olarak hiç gerçekleşmemiş olması sözkonusu olabilir. Bu nedenle kanun koyucu isabetli olarak 25 inci maddenin son fıkrasında; yapılan feshin 25 inci maddede öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile kanunun 18, 20 ve 21 inci maddesi hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurulabileceğini belirtmiştir.

İş K. md.25/II'ye göre yapılmış bir fesihte işverenin 19 uncu maddede belirtilen usule uyma mecburiyeti yoktur. Esasen yasal düzenleme de bu şekildedir. 25 inci maddenin son fıkrasında Kanunun iş güvencesi hükümlerine yollama yapılırken 19 uncu madde zikredilmemiştir. Aynı şekilde 19 uncu maddenin son fıkrasında da işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır hükmü yer almaktadır. Bu nedenle işverenin kanunun 25/II inci maddesine dayanarak ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan bir haklı neden iddiasıyla yaptığı feshe karşı açılan, feshin geçersizliğinin tesbiti ve işe iade davasında 19 uncu maddedeki usule uyulmadan -örneğin fesih bildiriminin yazılı yapılmamış olması, işçinin savunmasının alınmamış olması gibi- yapılmış bir feshe karşı açılan işe iade davasında; işverence ileri sürülen fesih nedeninin geçerli bir neden olup olmadığı araştırılmadan, işgüvencesine ilişkin feshin usule ilişkin şartları yerine getirilmediği gerekçesiyle işe iade kararı verilemez.

Öte yandan Kanunun 25/II inci maddesindeki nedenlere dayanılarak yapılmış bir fesihte 26 ıncı maddedeki altı iş günlük hak düşürücü süre geçtiği gerekçesiyle de işe iade kararı verilemez, sözkonusu sürenin geçmiş olması yapılan fesihte işçiye ihbar-kıdem tazminatı hakkını doğurur idiyse de, salt bu du-

rum, aynı zamanda feshin geçersizliği ve işe iade sonucunu doğurmaz. Feshe neden olarak gösterilen eylem haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmasa da geçerli neden olarak kabul edilebilecek nitelikte ise iade talebi reddedilmelidir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işverenin İş Kanununun 25/II maddesine dayanarak yaptığı feshe karşı, işçinin feshin geçersizliği ve işe iade talebiyle açtığı bir davaya ilişkin olarak verdiği 24/3/2003 tarihli kararında, çok net ve doyurucu gerekçelerle Kanunun 25 inci maddesindeki haklı nedenle derhal fesih ile 17 inci maddede süreli fesih arasındaki ilişkiyi işgüvencesi açısından isabetli bir biçimde ortaya koymuştur. Yargıtay'a göre; "Davacının hizmet akdi 13.6.2003 tarihinde 4857 sayılı İş Kanununun 25/II.maddesi gereğince haklı nedenlere dayandığı gerekçesi ile işveren tarafından feshedilmiştir. Davacı haklı neden olmadığını iddia ederek fesih işleminin iptaline ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, aynı yasanın 26. maddesindeki altı işgünlük hak düşürücü sürenin geçtiği ve 19. maddedeki usule uyulmadığı gerekçesi ile devanın kabulüne karar verilmiştir. İş Kanunu'nun 26. maddesindeki hak düşürücü süre, hizmet akdinin yasanın 24/2 ve 25/2 maddelerinde düzenlenen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeni ile fesihlerde söz konusudur. Sınırlı sayılan bu fesihler dışında 26 maddenin uygulanma olanağı yoktur. İşveren tarafından davacının hizmet akdinin feshi 25/2 maddesine dayandırılmış, ancak 26 maddedeki altı işgünlük hak düşürücü süre geçtiği gerekçesi ile işverenin haklı sebeple feshi kabul edilmemiştir. Bu gibi durumlarda, ihbar ve kıdem tazminatı talepleri kabul edilebilir ise de, işçinin feshin geçersizliği ve işe iade isteği değerlendirilirken 4857 sayılı Yasanın 25/son maddesi gereği aynı yasının 19. maddesi koşulları aranmaz. 18, 20 ve 21. madde hükümleri gereği değerlendirme yapılması gerekir. Bu nedenle mahkemenin 19 maddedeki usule uyulmadığı gerekçesine dayanarak davayı kabul etmesi yasal bulunmamıştır. Mahkemece, 25/2 maddesi gereğince akdin sona erdirilmesi hallerinde isnat edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen 26 maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi veya haklı neden olarak feshe neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19 maddedeki usule uyulup uyulmadığının bakılmaksızın fesih geçersizliği ve işe iade isteğinin red edilmesi gerekir. Somut olayda bu durumun gerçekleştiği anlaşıldığından davacının akdinin feshi işleminin iptali ve işe iade isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Y9HD, 24/2/2003-22581/3229).

4. Haklı Nedenle Fesih

a. İşçinin ücretsiz izin talebini kabul etmeyen işverenin iş sözleşmesini devamsızlıktan feshetmesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24/12/2003 tarihli kararına konu olan olayda, Davacı, 27/8/2001-17/9/2001 tarihleri arasında yıllık iznini kullanmış ve bu arada Ankara-Ulus mağazasında görevlendirilmiştir. Çankaya Mağazasından Ulus Mağazasına nakledilen davacı, izin dönüşü yeni görev yerinde işe başlayamamış ve aynı gün 17/9/2001 tarihli bir yazı ile yıllık izinde bitiremediği özel işlerini toparlamak ve düğününü yapabilmek için ücretsiz izin talebinde bulunmuş ve ancak ücretsiz izin talebi işverence kabul edilmemiş ve iş akdi devamsızlıktan işverence feshedilmiştir. Bu olay üzerine Yargıtay'ın "... Ücretsiz izin talebini kabul edip etmeme işverenin yönetim hakkına girmektedir. İstek işverence kabul edilmemiş ve davacı görevine izin dönüşü başlamamış olup, devamsızlık nedeniyle iş akdinin feshi haklı olduğundan davacının ihbar, kötü niyet ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi..." gerektiğine ilişkin kararı isabetlidir (Y9HD, 24/12/2003-17433/22657, Çimento İşv. D. Mart 2004, 62).

b. Ödünç verilen işçinin işyerine dönmemesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 22/9/2003 tarihli kararına göre; davacının, davalı işverene ait Beylikdüzü'ndeki işyerinde çalıştığı sırada başka bir işverene ait olup davalının da mallarının satıldığı Mimaroba'daki işyerinde ödünç işçi olarak görevlendirildiği, iki aylık süre sonunda tekrar Beylikdüzü'ndeki işine ve işyerine dönmesi istendiğinde dönmemesi hizmet akdinin haklı bir neden olmadan kendisi tarafından feshi anlamına gelir (Y9HD 22/9/2003/2572/15250 YKD Ocak 2004, 65). Yüksek Mahkemenin kararında konunun ayrıntılarına ilişkin başkaca bir bilgi bulunmamaktadır. Bu nedenle kuşkusuz yüksek mahkemenin kararı isabetlidir.

II. KIDEM TAZMİNATINA İLİŞKİN KARARLAR

1. Kıdem Süresinin Belirlenmesi

a. Emeklilikten sonraki çalışmanın kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde son bulması

Emeklilik nedeniyle yaşlılık aylığı bağlanmasını isteyen işçi, iş sözleşmesini bu nedenle feshedecek ve kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İşçinin, hak kazandığı kıdem tazminatını almayarak işyerinde sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam etmesi halinde emeklilikten önceki süresi son

çalışması ile birleştirilecek ve kıdem tazminatı son ücreti üzerinden hesap edilecektir. Buna karşılık emeklilikle birlikte kendisine kıdem tazminatı ödenmiş ise sözkonusu süre emeklilikten sonraki çalışması ile birleştirilmeyecek, sadece son çalışması için kıdem tazminatı ödenecektir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 21/4/2004 tarihli bir kararında "... Dosyadaki bilgi ve belgelere göre 02.02.1994 tarihinde davalıya ait işyerinde hizmet akdi ile çalışmaya başlayan davacı bağlı bulunduğu kuruma dilekçe vererek davalı işyerinde 14.09.1998 tarihinde ayrıldığını belirtip emeklilik nedeni ile yaşlılık aylığının bağlanmasını talep etmiştir. Somut bu maddi olguya göre hizmet akdinin 14.09.1998 tarihinde davacı tarafından emeklilik nedeniyle sonlandırıldığının kabulü ve daha sonraki çalışmasının ise ayrı bir hizmet akdi olarak değerlendirilmesi gerekir... Diğer taraftan davacının emekli olduktan sonraki hizmetinin zam istemesi ve istediği zammın işverence kabul edilmemesi üzerine kendisi tarafından sonra erdirildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece emeklilikten sonraki hizmet akdi dönemi için ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmeli, emeklilikten önceki dönem için ise 14.09.1998 tarihindeki ücret ve süre üzerinden kıdem tazminatı hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde kıdem ve ihbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmesi hatalıdır..." (Y9HD 21/4/2003-2002-23053/2003-6641-İşveren Mayıs 2003, 25).

Yargıtay'ın bu kararında dikkati çeken husus davacının bu son dönemdeki çalışmasının kendi isteği ile ve haklı bir neden olmaksızın feshedilmiş olmasının, emeklilikle, hak kazandığı ve sonraki süre ile birleştirilebilecek nitelikteki emeklilik öncesi süresine ilişkin kıdem tazminatı alacağını etkilememesidir.

b. Aynı işverene ait işyerlerinde aralıklı çalışma

Bilindiği gibi 1475 Sayılı İş Kanununun halen yürürlükte olan 14/II maddesi uyarınca işçilerin kıdemi, hizmet akdinin devam etmiş veya aralıklarla yeniden yapılmış olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştığı süreler toplanarak hesaplanır. Yargıtay; Yerleşik kararlarıyla aynı işverene ait işyeri veya işyerlerindeki çalışılan sürelerin birleştirilebilmesini, önceki iş sözleşmelerinin kıdem tazminatına hak kazandıracak bir biçimde sona ermesi ve işçinin sözkonusu süreye ilişkin kıdem tazminatını almamış olması şartına bağlı tutmaktadır. Buna karşılık önceki iş sözleşmeleri kıdem tazminatına hak kazandırmayacak biçimde sona ermesi ya da işçinin daha önce sona eren hizmet süresi için kıdem tazminatını almış olması durumunda sözkonusu çalışma süresi sonraki çalışma süresi ile kural olarak birleştirilemez. Bu temel kuralın istisnası işverenin ilerde daha az kıdem tazminatı ödemek amacıyla ya da işçinin talebiyle de olsa, görünürde bir fesih

varmış gibi çıktı-girdi yapılarak işçiye adeta ileriki yıllarda ödenecek kıdem tazminatına mahsuben verilmiş bir avans niteliğinde tazminat ödenmesi halidir. Yargıtay, bu durumda, tüm süreler toplanarak yapılacak kıdem tazminatı miktarından ödenen tazminatın mahsubu esasını benimsemiştir (Y9HD 1/10/1998-12227/13829 **Günay,** İş Kanunu 2. baskı 1165; Y9HD, 26/12/1985, 10295/12710 TÜHİS Mart 1986, 34; Y9HD 5/6/2002-1348/950 İşv. D. Aralık 2002, 19; Y9HD, 15/4 1999-2768/7356 YKD Mart 2001-351-354).

Yüksek Mahkemenin 2003 yılında bu konu ile ilgili olarak verdiği kararları önceki yıllardaki kararları ile uyumludur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 30/12/2003 tarihli kararında "... Davalıya ait İstanbul Bakırköydeki işyeri Çorlu'ya taşınmış ve işyerinde çalışan işçiler bu yeni işyerine gönderilmek istenilmiştir. Davacı işçi bu değişikliği kabul etmemiş bunun üzerine davalı işverence ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiştir. Bu şekilde işyerindeki çalışması tüm hakları ödenerek sona ermiştir. Bir süre sonra aynı işverene ait Çorlu'da işyerine girişi yapılmış en son iş sözleşmesinin feshinde bu işyerinde geçen hizmetleri için kıdem tazminatı ödenmiştir. Somut olayda işçinin önceki çalışmaları tazminatları ödenerek sona erdiğinden, sonraki çalışmalarının yeni bir hizmet akdi olduğunun kabulü gerekir. Böyle olunca önceki dönem hizmetlerinin kıdem tazimnatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz..." (Y9HD, 230/12/2003 16899/23630, Çimento İşv. D. Mart 2004, 63).

Yüksek Mahkemenin aynı konuda vermiş olduğu bir başka kararında da aynı sonuca varılmıştır. Yargıtay'a göre; "... Davalı işveren ihbar tazminatını ödemiş ve davacıda kıdem tazminatı ile birlikte ihbar tazminatını da almış ise; Dairemizin yerleşmiş kararlarına göre taraflar arasındaki hizmet akdinin sona erdiği ve ödeme ile ilgili dönemin tasfiye edildiği kabul edilmektedir. Davacı işçi ihbar tazminatını da almış olmakla Belediye Başkanlığındaki çalışma döneminin daha sonraki işveren yanında geçen çalışma süresiyle birleştirilerek tüm süreler üzerinde kıdem ve ihbar tazminatına karar verilmesi mümkün değildir..." (Y9HD, 6/2/2003 24041/1614, İşv. D. Mart 2003, 17-18).

Yüksek Mahkemenin bu kararlarında; tazminatı ödenmiş sürelerden sonra işçinin aynı işyerinde çalışması halinde önceki sürenin dikkate alınmayarak ve olayda bir çıktı-girdi olmadığı sonucuna varılırken, önceki süre için kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatının da ödenmiş olması olgusunu değerlendirdiği dikkati çekmektedir. Yargıtay'ın bu eğilimi son yıllarda ortaya çıkmış olup, yüksek mahkemenin yukarıda aldığımız son kararında da "Dairenin yerleşmiş kararları" olarak ifade edilmiştir. Kanaatimce Yüksek Mahkemenin; olayda çıktı-girdi olup olmadığının tesbiti açısından önceki süre için ihbar tazmi-

natının da ödenmiş olup olmadığına göre bir değerlendirme yapması isabetli ve yerinde bir tesbittir. Ancak, ihbar tazminatının da ödenmiş olup olmaması bu konuda mutlak bir ölçü olmayıp her somut olayın özelliğine ve özellikle de önceki sürenin feshediliş nedenine de bakarak bir değerlendirme yapılmalıdır (Bak ve karş. Alpagut 2001 Kararları Değerlendirilmesi, 135-137). Örneğin yüksek mahkemenin 2001 yılında verdiği bir kararında belirttiği gibi "... emeklilik nedeniyle işverenden kıdem tazminatı alan ve aynı işyerinde çalışmaya devam eden işçi ileride tüm çalışma dönemi için kıdem tazminatı isteyemez..." (Y9HD 13/5/2001-6186/10095 İBD 2001 Sayı 10-11-12, 1182).

C. Farklı kamu kuruluşlarında çalışma halinde kıdemin hesabı-özelleştirme

Kamu kesiminde işveren durumundaki kamu kuruluşlarında da kural olarak aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde devamlı veya aralıklı çalışan işçiye ödenecek kıdem tazminatının hesabında aynen özel sektörde olduğu gibi tüm çalışma süreleri toplanarak kıdem tazminatı hesabı yapılacaktır. Buna uygun olarak farklı kamu kuruluşlarına ait işyerlerinde çalışan işçinin kıdeminin hesabında sözkonusu ayrı kuruluşlarda geçen çalışma süreleri ise birleştirilmeyecektir. Temel kural bu olmakla birlikte, iş sözleşmesini sadece yaşlılık maluluk aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla fesheden işçiye ödenecek kıdem tazminatının hesabında işçinin değişik kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin gözönünde bulundurulması mümkündür (md.14/IV). Bu kuralın uygulanmasında da işçinin, değişik kamu kuruluşlarında geçen sürelerinin kıdem tazminatı ödenmeyecek şekilde sona ermemiş olması gerekir. Ayrıca değişik kamu kuruluşlarında işçilikte geçen hizmetlerin T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak geçirilmiş olması da işçinin kıdemini etkilemez. Bu hükme dayanılarak işçinin T.C. Emekli Sandığına tabi olarak memurlukta geçirilen sürelerinin de kıdem tazminatında kıdemin hesabında dikkate alınabileceği söylenemez. Bu konudaki Yargıtay kararlarının artık yerleşik bir hal aldığı söyleebilir (Y9HD 27/5/1993-1992-14673 - 1993/9121 Çimento İşv. D. Temmuz 1993, 28, Y9HD, 28/6/1994-9587/10202, YKD Ocak 1995, 2, Y9HD 29/5/1997 6823/10306 Çimento İşv. D. Temmuz 1997 21-22). Öte yandan işçinin kamu kuruluşlarında T.C. Emekli sandığına tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek kıdem tazminatı miktarı yaşlılık veya malulluk aylığının başlangıç tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanununun yürürlükteki hükümlerine göre emekli ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamaz (md.14/VI).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 8/4/2003 tarihli kararına konu olan olayda Türk Telekom A.Ş. ile ilgili olarak çıkartılan 4673 sayılı yasanın geçici 3. madde-

sinde, kuruluşta daha önce memur ve sözleşmeli personel olarak çalışanların bu sürelerinin de işçilikte geçmiş gibi kıdem tazminatının hesabında dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Ancak yüksek mahkeme; anılan kanunun bu hükmünün 1475 sayılı İş Kanununun 14/VI ıncı maddesindeki T.C. Emekli Sandığına tabi olarak geçen sürelere ilişkin kıdem tazminatı miktarının, sözkonusu dönem için öngörülen emekli ikramiyesi tavanını geçemeyeceğine ilişkin hükmü bertaraf etmediğine isabetli bir şekilde karar vermiştir. Yüksek mahkemenin bu kararına göre; "... Davacı, davalıya ait işyerinde 1975 yılında memur olarak çalışmaya başlamış, 1987 yılında 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında sözleşmeli personel statüsüne geçirilmiştir. Daha sonra 15.11.2000 tarihinde 1475 Sayılı İş Kanununa tabi işçi olarak çalışmak üzere hizmet akti ilişkisi kurulmuştur. Davacı işçi sosyal güvenlik yönünden bağlı bulunduğu Emekli Sandığına emeklilik için başvurmuş, kurumca işlemler tamamlanarak kendisine emeklilik ikramiyesi ödenmiştir. Hizmet aktiyle çalıştığı süre yönünden ise, davalı işverence kıdem tazminatı ödemesi yapılmıştır. Açmış açmış olduğu bu dava ile davacı, 1975 yılından itibaren çalışılan tüm sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerektiğini belirterek bakiye kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur. Mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir. Davalı Türk (.....) A.Ş. ile ilgili Sayılı Yasanın geçici 3. maddesinde, 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak çalışıp da iş mevzuatına tabi statüye geçmiş ya da geçecek olanların iş akitlerinin, kıdem tazminatını gerektirecek şekilde sona ermesi halinde Türk (.....) ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödeneceği kurala bağlanmıştır. Buna göre davacının davalı kurumda geçen tüm hizmetleri kıdem tazminatında dikkate alınmalıdır. Ancak, 1475 sayılı İş Kanununun 14/6. maddesinde öngörülen kuralın da göz ardı edilmemesi gerekir. Anılan hükme göre, yapılacak hesaplamada T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre öngörülen emeklilik ikramiyesi aşılamaz. 4673 Sayılı Yasanın geçici 3. maddesi hükmü, İş Kanununda öngörülen bu sınırlamayı bertaraf etmez. Öte yandan emekli ikramiyesinin emekli Sandığı ya da işverence ödenmesi bakımından işçi açısından bir fark bulunmamaktadır. Bir başka anlatımla Emekli Sandığınca ödeme yapılması halinde ayrıca işverenden aynı dönem için kıdem tazminatı talep edilmesi mümkün değildir. Davacı işçiye işçilik öncesi dönem için Emekli Sandığı tarafından 4673 Sayılı Yasanın geçici 4. maddesi uyarınca %30 fazlasıyla emekli ikramiyesi ödenmiş, ayrıca hizmet aktiyle çalıştığı süre için işverence kıdem tazminatı ödemesi yapılmıştır. Buna göre işverenin uygulaması 1475 Sayılı İş Kanununun 14/6. maddesine uygundur. Mahkemece davacının işyerinde geçen tüm çalışmalarının sanki işçilikte geçmiş gibi hesaplama yapılarak, ödenen miktarların indirilmesi suretiyle bakiye kıdem

tazminatının kabulüne karar verilmesi hatalıdır. Davanın reddine karar verilmelidir..." (Y9HD 8/4/2003-2002/21830 - 2003/594 İşv. D. Mayıs 2003, 27-28).

Öte yandan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2003 yılında verdiği bir başka kararında davacının emekli olduğu tarihte kamu kuruluşunun özelleştirilmiş olması sonucu Kamu niteliğini yitirmesi nedeniyle kıdem tazminatı açısından hizmet birleştirilmesi yapılamayacağına karar vermiştir. Yargıtay'a göre; "... Davacı, davalıya ait işyerinde çalışmaya başlamadan önce Karayolları Genel Müdürlüğünde geçen hizmetlerinin de birleştirilerek 1475 sayılı Yasanın 14/IV maddesi gereğince davalı son işveren tarafından kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini iddia ederek fark kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. Mahkemece istek kabul edilmiştir. Davacının hizmet akdinin 31.01.2001 tarihinde emeklilik sebebiyle davacı tarafından sona erdirildiği anlaşılmıştır. Davalı hizmet akdinin sona erdiği tarihten önce 21.07.2000 tarihinde işverenin tamamen özelleştirildiğini savunmuş ve bu konuda bilirkişi raporuna karşı itiraz dilekçesi vermiştir. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan eksik incelemeyle hüküm kurulmuştur. Gerçekten akdin feshi tarihinden önce davalı şirketin hisselerinin %50'den fazlası özelleştirilmişse davalı işverenin kamu kuruluşu niteliği sona ermiş olacağından, 1475 sayılı Yasanın 14/IV maddesinin uygulama olanağı bulunmamaktadır. Mahkemece bu hususların araştırılması için kararın bozulması gerekmiştir." (Y9HD 21/4/2003-2002-23152/2003-6718- Çimento İşv. D. Temmuz 2003, 53). Yüksek mahkemenin bu kararı daha önce özelleştirilen bazı kamu kuruluşları ile ilgili olarak vermiş olduğu kararları ile uyumlu ve isabetlidir (Bu doğrultuda daha önce verilmiş kararlar Y9HD 7/5/1997-3677/8454 İşv. D. Aralık 1997, 18; Y9HD 18/2/1998-1997/21478-1998/-1883 TÜHİS Ağustos 1998, 42-44).

d. Fasılalarla gerçekleşen hizmet sürelerinde zamanaşımı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 19/9/2003 tarihli kararına göre "Davacı, davalı minübüs işyerinde 1/3/1969 27/7/1983 tarihleri arasındaki çalışmasını yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini feshetmek suretiyle sona erdirmiştir. 27.7.1983 tarihinde kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti muaccel hale gelen davacının aynı işyerinde çalışmasını sürdürmüş olsa da zamanaşımı süresi dolduğundan anılan dönemin kıdem tazminatını ve yıllık izin ücretlerini dava tarihi olan 3/11/2000 itibariyle talep etmesi mümkün değildir. Bu nedenle 28/7/1983-8/9/2000 tarihleri arasında davalılar işyerinde yeni bir iş sözleşmesiyle aralıksız çalışma gözönüne alınarak davacının kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti hesap edilerek hüküm altına alınması gerekirken yaşlılık aylığına

hak kazanmak suretiyle sona eren ilk dönem de dahil edilerek karar verilmesi hatalıdır..." (Y9HD 19/9/2003-2114/14822-Legal D. 2004/-1, 220/221).

Yüksek mahkemenin bu kararında belirtilen görüşün yıllık ücretli izin parası açısından isabetli olduğu söylenebilirse de kıdem tazminatı açısından bu görüşe katılmak mümkün değildir. Aralıklarla kurulmuş iş sözleşmelerinde aradaki süre ne olursa olsun işçinin kıdemi tüm sözleşme sürelerine göre hesap edilmek gerekir. Zira kanun fasılalı çalışmalar arasında hiçbir ayrım yapmamış, kıdem süresi hesap edilirken işçinin aynı işverenin yanında geçen bütün çalışmalarını esas alan bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme aralıklı çalışmaların mutlaka birarada gözönüne alınmasını gerektirmektedir. Başka bir anlatımla fasılalarla kurulmuş iş sözleşmeleri varsa; zamanaşımı her sözleşme süresi için gündeme gelmemekte; işçinin çalışmasını noktaladığı en son sözleşmenin feshi tarihinde işlemeye başlamaktadır. Yargıtay karara konu olan olayda davacının 1/3/1969-77/7/1983 tarihleri arasındaki ilk dönem çalışmasının emeklilik nedeniyle sona ermesi nedeniyle sözkonusu döneme ilişkin, kıdemin bedelini, muaccel hale gelmiş bir kıdem tazminatı alacağı gibi değerlendirerek "davacının aynı işyerinde çalışmasını sürdürmüş olsa da zamanaşımı süresi dolduğundan" diyerek anılan dönemi adeta tasfiye edilmiş bir dönem olarak görmektedir. Oysa halen de yürürlükte olan 1475 sayılı Kanunun 14 üncü maddesindeki yasal düzenlemede fasılalı geçen hizmet sürelerinde sona eren hizmet sözleşmesi, karara konu olan olayda olduğu gibi kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde gerçekleşmiş olsa da o dönem için o tarihteki ücret üzerinden, bir tazminat hesabı yapılıp;sonraki dönemler için de sona erme tarihine göre her dönemin kıdem tazminatları ayrı ayrı hesap edilmemekte farklı tarihlerde de gerçekleşse tüm dönem için kıdem tazminatı son ücret üzerinden yapılmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay kararında belirtilen, ilk dönemin kıdemine ilişkin tazminatın o dönem sonunda muaccel hale gelmiş bir alacak olduğundan yola çıkarak söz konusu dönemin zamanaşımına uğradığı söylenemez. Yargıtay sözkonusu kararı ile kıdem tazminatına uygulanan zamanaşımını; kıdemin zamanaşımına uğraması gibi değerlendirmektedir ki hukukumuzda böyle bir kavram yoktur.

Öte yandan Yüksek Mahkemenin bu kararı daha önce bu konuda verilmiş isabetli kararlarına da ters düşmektedir. Yüksek Mahkeme 20/5/1993 tarihli kararında fasılalı geçen iki çalışma süresi arasında 10 yıldan fazla bir süre olduğu halde bile kıdemin zamanaşıma uğradığından söz etmemiş, tam aksine fasılalı geçen sürelerin dahi toplanması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemenin bu karına göre; "Davacı davalıya ait işyerinde 9.2.1968-5.7.1973 ve 2.5.1985-25.2.1991 tarihleri arasında aralıklı olarak çalışması

için kıdem tazminatı ödenmiş, 9.2.1968-5.7.1973 tarihleri arası çalışması dikkate alınmamıştır. Bu dönem için kendisine kıdem tazminatı ödenmediği anlaşılmaktadır. İş Kanununun 14/2. maddesi uyarınca; işçinin kıdemi hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştığı süreler gözönüne alınarak hesaplanır. Buna göre koşulları gerçekleşmiş ise davacının aynı işverene ait daha önceki çalışma döneminin de dikkate alınması gerekirken zamanaşımı nedeniyle ilk dönem çalışmasıyla ilgili isteğin reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. Zira aralıklı çalışmaya devam ettiğinden hizmetlerin birleştirilmesi söz konusu olup, bu durumda zamanaşımının varlığından söz edilemez." (Y9HD 20/5/1983-1992/14521 - 1993/8612, YKD Ocak 1994, 59; Aynı anlamda Y9HD 5/10/1987-7828/8824 YKD Mart 1988, 357).

e. Taşeronda geçen çalışma süresinden asıl işverenin sorumluluğunun anlamı

Y9HD'nin 3/7/2003 tarihli kararında; 1475 sayılı İş Kanununun 1/son (4857 sayılı Kanun md.2/VI) maddesinde düzenlenen alt işverenin işçilerine karşı, asıl işverenin sorumlu olduğuna ilişkin kuraldan yola çıkarak alt işverende geçen süre ile asıl işverende geçen sürenin kıdem tazminatı açısından birleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay'ın sözkonusu kararına göre; "... Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının 26/9/1995 tarihinde işyerinde çalışmaya başladığı 18/7/2001 tarihinde çalışmasının işverence ihbar tazminatı ödenerek feshedildiği uyuşmazlık konusu değildir. 26/9/1995-31/8/1998 tarihleri arasında aynı işyerinde aynı işteki çalışması taşeron nezdinde geçmiş ve arada yedi günlük fasıladan sonra bu sefer davalı işveren tarafından 7/9/1998 (kararda yanlışlıkla 1999 yazılmıştır) tarihinde işe alınmıştır İşyeri devri sözkonusu olmasa da asıl işveren olan davalının 1475 sayılı İş Kanununun 1/son maddesi hükmü gereğince taşeron nezdindeki çalışmadan da sorumlu tutulması gerekir. bu nedenle taşeron nezdindeki sürenin de kıdem kıdem tazminatına esas süreye dahil edilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır..." (Y9HD 3/7/2003-14/2/12429, Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku D. 2004/1 233/234).

Yüksek Mahkemenin bu kararındaki görüşe katılmak mümkün değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki İş Kanunundaki, alt işverenin işçilerine karşı asıl işverenin müteselsil sorumluluğu; işçinin alt işverenden olan ve ödenmeyen kıdem tazminatı alacağından sorumluluğunu da kapsar ise de, bu kapsama; alt işverende geçen kıdemlerin; daha sonra işçinin asıl işverende çalışması ha-

linde her iki işverendeki kıdemin birleştirilmesine yol açmaz, sözkonusu hükmün olaya özgü anlamı, alt işveren işçinin kendisinde geçen 26/9/195-31/8/1998 tarihleri arasında geçen süreye ilişkin tazminatını ödememesi halinde işçinin 31/8/1998 tarihindeki ücretinden hesap edilecek kıdem tazminatından asıl işverenin de müteselsil olarak sorumlu olmasıdır. Olayda alt işverende geçen kıdem süresinin daha sonra asıl işverende geçen süre ile birleştirilebilmesi için, ya alt işveren asıl işveren ilişkisinin muazaalı olduğu kanıtlanmalıdır ki, olayda böyle bir iddia dahi yoktur, ya da işyerinin alt işveren tarafından asıl işverene devri sözkonusu olmalıdır. Oysa kararda "...İşyeri devi sözkonusu olmasa da..." denilerek, bu olasılık da ortadan kaldırılmaktadır. Hal böyle olunca İş Kanununun asıl işverenin taşeron işçilerine karşı müteselsil sorumluluğundan yola çıkarak, kıdem birleştirilmesi mümkün değildir. Doğru olan uygulama işçinin alt işverenle olan iş ilişkisinin sona erme tarihindeki ücretine göre kıdem tazminatının belirlenmesi, asıl işverendeki çalışmanın ise ayrı olarak değerlendirilmesidir.

2. Kıdem Tazminatına Esas Ücret

A. Kıdem tazminatı hesabında ikramiye

Bilindiği gibi kıdem tazminatına esas alınacak ücretin hesabında işçinin kök ücretinin dışında kendisine sağlanmış para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de gözönünde tutulur. Bu bağlamda kıdem tazminatına esas alınacak son ücret geniş anlamda ücret olup, asıl ücret yanında ücret eklerini de kapsar.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 1/4/2003 tarihli bir kararına göre "... Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre son bir yıl içinde ödenen ikramiyelerin 365'e bölünmesi suretiyle tazminata esas alınacak bir günlük ikramiye tutarının belirlenmesi gerekir..." (Y9HD, 1/4/2003 2002/21541, 2003/5474 İşveren Ağustos 2003 16/17). Yüksek Mahkemenin bu kararı yıl içinde değişiklik gösterebilecek şekilde son ikramiyenin zamlı olması halinde de ikramiyelerin yıllık ortalamasının alınması sonucunu doğurması açısından isabetlidir.

a. Kıdem tazminatının hesabında yurtdışında çalışılan sürede alınan ücret

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15/1/2003 tarihli kararına göre; "... Davacının Almanya'daki davalı banka şubesinde görevlendirilmeyi kabul ederek imzaladığı 1.7.1992 ve 28.3.1996 tarihli ek hizmet sözleşmesinde bu görevin geçici olduğu, sürenin bitiminden önce Türkiye'ye çağrılabileceği, 3. maddede ücretin Almanya'da DM olarak ödeneceği, Türkiye'deki TL ücretinin itibari ola-

rak devam ettiği, bu itibari ücretten toplu iş sözleşmesine göre ikramiye ve Türkiye'deki uygulama paralelinde temettünün ve ödeneklerin DM karşılığının ödeneceği yazılıdır. Bu durumda yurtdışında DM olarak ödenen ücret; dış ülke sınırlarında bulunulduğunda geçerli bir ücrettir. Dosyada mevcut Hukuk Genel Kurulunun 2000/21/1224 esas 2000/1302 sayılı davacı ile ilgili kararının davacının yurtdışındaki çalışmasının geçici olduğu belirtilmiş keza yine dosyada mevcut Hukuk Genel Kurulunun 2.3.1994 gün ve 10859/116 sayılı emsal kararında yurt dışındaki ücretlerin genel ücretler olmayıp, yapay olduğu ancak dış ülke sınırlarında bulunulduğu süre için geçerli olduğu ve bu ödemelerin yurt içinde kazanılmış hak sağlamayacağı açıkça belirtilmiştir. Davacının yurtdışında davalıya ait işyerinde uzun süre çalışmış olması mahkemenin kabulünün aksine çalışmanın geçicilik vasfını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle davacının talebi doğrultusunda ücretin yabancı para olarak hesaplamada esas alınması doğru değildir. Türkiye'deki ücreti esas alınarak yapılan bilirkişi raporundaki miktarlara göre kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarına karar verilmelidir..." (Y9HD 15/1/2003 4286/171119-Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku D. 2004/1, 195). Davacının sözleşmede belirtilen bir ücreti olduğuna ve ödendiğine göre, yurtdışındaki çalışmanın uzun süreli de olsa geçici bir çalışma olduğu ve Türkiye'ye dönüldüğünde bir kazanılmış hak teşkil etmeyeceğine göre kararda varılan sonuç isabetlidir.

Genel Görüşme

Oturum Başkanı- Şimdi, sözlü sorular bölümüne geçtik, lütfen isim ve unvanları bildirerek, soru sormaya başlayabiliriz.

Mehmet Uçum, Necdet Okcan, Abbas Bilgili, Fevzi Demir.

İsimlerini okuduğumuz beyefendiler ve hanımefendiler teşrif ettiklerinde ad ve soyadlarını, meslek unvanlarını bildirerek, soruyu sorup, konuşmak için söz alabilirler. Av. İnce Seralptekin buyurun.

Av. İnciser Alptekin- Değerli Hocama tebliğinden ötürü çok teşekkür ediyorum. Gerçekten güncel konular, iş güvencesine ilişkin açıklamalar oldukça kapsamlıydı, doyurucu bir tebliğdi.

Kendisine bazı sorular yöneltmek istiyorum, aynı zamanda da belki bir iki ufak da yorum yapmaya çalışacağım.

İşe iade davlarında 4 aylık boşta geçen süreye ilişkin olarak, Yargıtay'ın tebliğde sunulan kararında dava süresi içerisinde işe iade olunduğu zaman, davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmiş gözüküyor. Ancak, burada ben hocamızın görüşlerine katılıyorum ki, Yargıtay 2004 tarihli yeni bir kararında bu konuyu netleştirdi.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Özür dilerim arkadaşlar, ben izninizle bir genel açıklama yapayım. 2004'e ilişkin bazı kararlar var, elimde, yanımda da getirdim. Fakat, gelecek yılki tebliğin konusuna tecavüz ederiz, onun için yerleşmiş bir geleneğimiz 2004'e hiç girmeyelim.

Av. İnciser Alptekin- Peki, efendim.

Burada tabii 4 aylık sürenin gerçekten işçi dava süresince iade olsa da, feshin geçersizliğine karar verilmediği için 4 aylık sürenin bunun sonucuna göre karar verilecek bir işlem olduğundan, işçinin boşta geçen süreye hak kazanacağı görüşündeyim. Bu arada, zaten seri muhakeme usulüne de bu şekilde değinmek istiyorum. Biz bu yasa çıkmadan önce tasarılar değerlendirilirken de bunu söylemeye çalıştık. Sürenin kesinlikle yasada yer alan sürelerin geçerli olmadığını, hiçbir zaman gerçeği ifade etmediğini bildirmeye çalıştık ama buna rağmen, yasa böyle çıktı ve biz de bunu somut olarak yaşıyoruz.

Hatta uygulamada durum öyle bir hale geldi ki, iş akdi feshediliyor, işe iade davası açılıyor, bin bir güçlükle duruşma günü alınıyor, duruşma devam ederken işçi işten 4-5 ay sonraya bir duruşma alıyorsunuz, işe iade oluyor, tekrar konusu kalmadı diye düşünülüyor, ama tekrardan aynı işçinin iş akdini feshedildiğine şahit oluyoruz. Bununla birlikte ne yargılama süresi, ne de Yargıtay

süresinin, bırakın 4-2 ay yakınından bile geçmiyor. Bir sene süren bir işe iade davasında Ocak ayında bir işe iade kararım var, hâlâ Yargıtay'ın sonucunu bekliyorum

Oturum Başkanı- Sayın Alptekin, lütfen direk soru şeklinde soralım, çünkü hocamız çok detaylı açıkladılar, bu açıklamaları dahilinde sizin aklınıza takılan, merak ettiğiniz konular olsun. Sizin kişisel açıklamanızdan ziyade, daha 10 arkadaşımız var, direkt konuya girerseniz memnun olurum.

Av. İnciser Alptekin- Teşekkür ederim.

Tabii, bunlar çok hassas konular olduğu için, biz de yaşamın içerisindeki kişiler olarak bunları bazen yorumlama ihtiyacı duyuyoruz, uyarınıza teşekkür ederim.

Sorularıma geçeceğim. Hocamız, geçerli fesihle ilgili olarak, fesih en son çare olması kıstası üzerinde durdu. Yanlış anlamadıysam Yargıtay'ın kararlarındaki kıstaslardan feshin en son çare olması ilkesine katılmadıklarını beyan ettiler. Acaba, buradaki görüşünü biraz daha açabilir mi; çünkü feshin son çare olması prensibi gerek ILO normlarıyla, gerek yasanın bu konudaki gerekçesinde varolan bir husustur. Dolayısıyla, burada feshin en son çare olmasının daha detaylı olarak Hocamızın görüşünün ne olduğu doğrultusunda merak ediyordum.

Yine bir sorum: Emeklilikle ilgili olarak, burada da sanıyorum, Yargıtay iki kararında farklı görüşü ortaya çıktı. Emekliliğin direkt olarak bir geçerli fesih nedeni olmadığını, ama bir başka kararında da emekliliğini hak kazanmış kişilerin çıkarılabileceğini ve geçerli fesih olabileceğini ifade ediyor. Burada emeklilik nedeniyle, işçinin emekliye hak kazanmış olması geçerli bir fesih sebebi midir? Bu konuyu açmasını tekrar rica edeceğim. Görüşlerini bildirdi, ama Yargıtay'ın da bu farklı görüşleri içerisinde.

İşin taşerona verilmesi, bir geçerli sebep midir, direkt iş akdi feshinde işlerin belediye iş yerinde, iş kolunda işlerin taşerona verilmesi nedeniyle iş akdi feshedilen işçiler var, bu geçerli bir sebep midir?

Tazminatla ilgili olarak da, tazminatın sınırı 4 veya 8 aylık, ben rastlayabildiğim kadarıyla, mahkemeler ne yazık ki en az süreyle de, Yargıtay da buna paralel bir görüş içerisinde gözüküyor. Bu çok dikkat edilmiyor, 4 ayı veriyorlar, işi bir yerde baştan bağlanması adına 4 ayda bu iş sınırlanıyor. 8 aylık verene ben rastlamadım, bilmiyorum, belki ben rastlamamış olabilirim.

Bu nedenle, tazminat sınırının da, Hocamız bunu çok güzel değerlendirdi, ama uygulamada daha farklı olabilmesi söz konusu olabilir mi? Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Sayın Alptekin bizde teşekkür ederiz.

Sayın Abdurrahman Duran buyurun.

Abdurrahman Duran (Kartal 1. İş Mahkemesi Hakimi)- Ben, Sayın Hocamızın tebliğine yetişemedim. Duruşmadan çıkıp geldiğim için, duyduğum kadarıyla doyurucu bir tebliğmiş, şimdiden tebrik ediyorum.

Benim sormak istediğim iki soru var. Birincisi; Sendikalar Yasasının 31/6 ncı maddesi, sendikal tazminat. İşe iadeyle ilgili olduğu için Hocam, onu soracaktım. Yarına mı kalsın?

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Kararda yok, ama iş akdinin sendikal nedenle feshedilmesi söz konusu ve bir işe davası var, takdir sizin.

Abdurrahman Duran- Ben yasadaki 4 aylık ücret ve sosyal haklar ve tazminatla ilgili iki soru sormak istiyorum. Gerçi, İnci hanım da onu söyledi, yalnız ben İnci hanımın mahkemeler bu işi baştan 4 ayla bağlıyor görüşüne katılmıyorum. Çünkü, biz yasa çıktığı zaman, bunları en üst düzeyden de belki ben 8 aylık tazminata da karar verdim, 6 aylık tazminata da verdim. Ancak, Yargıtay bunları bozarak, sadece bu yönden esasen kararlarımızı onamasına rağmen, sadece sürenin fazla olmasından dolayı bozarak, 8 aylıkları 4 aylara kadar düşürdü.

Ancak, ben Yargıtay'ın bu görüşüne katılmıyorum, bilmiyorum Fevzi beyin sabahki görüşü o hususta nedir? Ben katılmıyorum, şundan katılmıyorum: Bu yasa, bildiğimiz kadarıyla işi güvencesi yasasıdır. Eğer bu işi güvencesi yasasıysa, işçiyi korumak mecburiyetindeyiz, yasanın amacı da zaten bu. Ama, biz sendikal bu tazminat miktarını yasanın en alt sınırından verirsek, iş güvencesiyle ilgili hiçbir sağlıklı durum sağlanacağını zannetmiyorum.

Çünkü, 4 aylık tazminat bugün işçinin sosyal güvencesi, iş güvencesi 4 aylık tazminatla sınırlı kalır diye düşünüyorum. Bunun için sınırlandırılmasının daha zor şartlara bağlanmasını ve düşürülmemesi düşüncesindeyim, Hocam bilmiyorum ne düşünür?

İkincisi de; 4 aylık ücret ve sosyal haklarla ilgili. Bana göre bu husus, bugün Türkiye'deki yargı sisteminin işlemesi ve işlerin yoğunluğu nedeniyle hiçbir dava 4 ayda sonuçlanmıyor. Şu anda benim en son bitirdiğim bir dava vardı,

toplu bir dava, tam bir sene sonra bitti. Bunların hepsi işe iade davası. Çünkü, dava Eskişehir'de görülen bir dava, Eskişehir'de yapılan bir dava bize açıldı, bizde bitti, tam bir sene sürdü. Dosyalar Yargıtay'a gidecek, hâlâ kararlar Yargıtaya gitmedi, Yargıtaydan bunun dönüşü de en azından bir sene sürecek.

Bir sene sonra da oradan sürerse, 2 senelik süre geçecek, 4 aylık tazminata karar verdiğimiz zaman, geride kalan 16 aylık, 20 aylık işçinin sosyal güvencesi ne olacak? Çünkü, mahkeme işe iade kararı verdi, 4 aylık ücret ve sosyal haklarını kabul etti. İşçinin geriye kalan 20 aylık sosyal hakları ne olacak? Çünkü işe iade kararı vermekle işçi iş akdinin feshedildiği tarihten itibaren iş yerindeki hakkını kabul etmiş olur. O zaman, geriye kalan 16 aylık süredeki sosyal güvencesi, ücretleri, sosyal hakları, sigorta primleri nasıl düşünülecek? Bu husustaki görüşlerini öğrenmek istiyorum, teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Sayın Duran teşekkür ederiz.

Sayın katılımcılar; mümkün olduğu kadar soruları soru şeklinde sorarsak, kişisel görüşlerimizin dışında daha net cevap alırız ve daha çok kişiye sıra gelebilir. Ayrıca, anlatılanlar konusunda değil, fark varsa görüşlerimiz arasında o dile getirilsin, yani olanı tekrarlamayalım, merak edilen anlaşılmayan hususlarda soru sorarsak daha memnun olacağız.

Sayın Av. Ahmet Emin Şahin buyurun.

Av. Ahmet Emin Şahin- Hocamızın tebliğine teşekkür ederiz.

Tire Asliye Hukuk Mahkemesinin verdiği kararı Yargıtay dava açıldıktan sonra, işvereni işe davet etmesi ve işçinin de işbaşı yapması nedeniyle, konusuz kalması nedeniyle reddi gerekir diye reddetmesini doğru bulmadığını söyledi.

Ben biraz konunun teorisine girerek Hocama bir soru soracağım. Hizmet akdinin feshi, bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması. Karşı tarafın hakimiyet alanına girmekle, sonucunu doğurur. Bundan dönüş, karşı tarafın iradesini, karşı tarafın kabulüne bağlı. Yani, dönüş yeni bir akit, ama İş Güvencesi Yasasının mahkeme işe iade kararı verdiğinde, burada kritik nokta şu: Yeni bir akit teşekkül ettirmiyor. Akdi, fesih iradesini ortadan kaldırarak akdin devamını sağlıyor.

Burarda, hocamız bir noktada şu soruma cevap verirse sevineceğim: İşçi işverene "beni işten attın, geçerli bir sebebe dayanmadın, ey mahkeme beni işime iade et " diyor. İşveren burada "işçinin iradesi işine dönmek, ben de bunu kabul ettim" diyor. Burada artık yeni bir akit mi diyeceğiz, ki Hocam "yeni bir akit, eski dava devam edecek" dedi. Çünkü, orada tazminatlarla ilgili...

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Ahmet bey istersen bir açıklık getir, devam et. Yeni bir akit sözü ağzımdan hiç çıkmadı, çıkması da mümkün değil.

Av. Ahmet Emin Şahin- Peki, yeni bir akit demediniz.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- İkinci bir konu, dava devam edecek deyişim, feshin geçerli olup olmadığı konusu çözülecek ki, 4 aylık ücret konusunda bu talep bir sonuca bağlansın.

Av. Ahmet Emin Şahin- Feshi geri alındığında; bir işveren "feshi geri aldım, irademi geri aldım, işbaşı yap" diyor. Artık bu geçerli mi değil mi tartışması nedenli doğru, dava ekonomisi açısından yargının yükünü azaltmak açısından da bunu sormak istiyorum, birincisi bu.

İkincisi; tatbikatta yeni bir olayla çok sık karşılaşmaya başladık, geçmişteki hukuki argümanları kullanmayacak mıyız? Dava işe iade davası açıldıktan sonra, bir başka mahkemede de ihbar ve kıdem tazminatı davası açılıyor. Yargıtay her ikisinde makbul ve muteber dava kabul ediyor. Oysa, Hukuk Genel Kurulunun bir kararı var, "işe iade davası açıldıktan sonra, ihbar ve kıdem tazminatı istemli dava açılması işe iade davasından feragat anlamına gelir" diyor. Hocamın bu konulardaki görüşünü almak istiyorum, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Son söylediğinizi anlayamadım, özetler misiniz?

Av. Ahmet Emin Şahin- İşe iade davası açıldıktan sonra, işçinin bir başka mahkemede ihbar ve kıdem tazminatı davası açmış olması, işe iade davasından feragat anlamına gelir mi? Hukuk genel kurul kararı bu yönlü.

Oturum Başkanı- Sayın Şahin teşekkür ederiz.

Sayın Abdi Pesok lütfen buyurun.

Av. Abdi Pesok- Sayın Başkan, saygıdeğer hocam, verdiğiniz bilgiden dolayı teşekkür ederim.

Ben bir iki konuya değineceğim, hem kendi görüşümü belirteceğim, hem de soru sormak istiyorum. Birincisi; hiçbir konuşmacı arkadaş değinmedi, ama 11 inci maddeyle ilgili sayın Hocamızın işlediği Yargıtay içtihadı. 11 inci madde belirli süreli iş sözleşmesinden bahsediyor. Belirli süreli iş sözleşmesi, 4857'den evvel de ihtilaf konusu olmuş, Yargıtayımız tarafından birçok defa karara bağlanmıştı ve o kararlar değerlendirilerek, bu yeni yasa düzenlendi, hemfikiriz.

Hocamızın son işlediği karardaki Yargıtay görüşünün, eski görüşleriyle bağdaşmadığını tespit etmiş durumdayım. Eskiden Yargıtay yasada bu derece açık hüküm olmamasına rağmen, belirli süreli hizmet akdinden bahsedebilmek için, yapılan işin mahiyet itibariyle belirli süreli olması zaruretini arıyordu ve bu çerçevede kararlar oluşturmuştu. Çünkü, bu konunun daha iyi değerlendirilmesi için şu hususu açıklamamda yarar var. Belirli süreli iş sözleşmesinin istisnai olarak çalışan işçinin de lehine olduğu zamanlar var ama genel olarak çalıştıran işverenin lehine sonuçlar doğurmaktadır. Birincisi, kıdem tazminatını ortadan kaldırmaktadır. İkincisi, yeni yasayla gündeme gelen işe iade konusunu ortadan kaldırmaktadır.

Belirli süreli hizmet akdini değerlendirirken, bu doğurduğu sonucu mutlaka göz önünde bulundurmamız gerekiyor. Son kararında, bir genel müdürün genel müdür olması sebebiyle belirli süreli hizmet akdi yapabileceği, genel müdürle yapılabileceği, bunun objektif bir neden olduğu değerlendirilmiş. Hocamız da bu görüşü olumlu gördü.

Ben bunu eksik görmekteyim, çünkü belirli süreli hizmet akdinin tespitinde kriter taraflar olamaz; eğer taraflar olursa istismara açık olur. Kriter sadece yapılan işin mahiyeti olabilir. Nitekim, benim yorumum budur, tabii ki Hocamız dahil, diğer hocalarımız buna katılmayabilirler. 11 inci maddeyi değerlendirecek olursak, bunu da o noktaya getirmektedir.

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 koşullarda. Şimdi sadece şuraya girdirilebilir, o da zorlamayla belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi, demek ki objektif, bir işletmede genel müdür olması, yani unvanının genel müdür olması, o kişinin göreviyle biz belirli süreliyi tespit edecek olursak, bugün genel müdür olur, yani biz bu ülkede yaşamaktayız, yasa hükümlerinin nasıl istismar edildiğini hep beraber görmekteyiz. Yarın genel müdür muavinlerine bunu getirirler, öbür gün şeflere getirirler. Peki, genel müdürle şefi ayıracak bir kriterimiz var mı? İkisi de işverenin yetkilisi.

Bu bakımdan, belirli süreli iş sözleşmelerinin belirlenmesinde kriterin taraflara bağlılık değil, yapılan işin mahiyetine bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaati ve görüşündeyim. Birinci anlatmak istediğim konu bu.

İkincisi; feshin son çare olarak değerlendirilmesi. Bu ulusal mevzuatımızda da, uluslararası mevzuatta da artık tartışmasız olan bir konudur. İşe iade de ispat külfeti işverene yüklendiğine göre, son çare olduğunu artık işverenin nasıl ispat edebiliyorsa, etme külfetiyle karşı karşıyadır. Alternatif olmadığını

Hocamız söylüyor, yani Yargıtay kararında belirtilen şunlar şunlar yapılmadan son çare olmadan işten çıkartılmış. Yargıtay kararında sayılan konuların alternatifi olmadığını, son çarenin alternatifi olmadığını belirtiyor.

Benim kanaatime göre, artık son çarenin alternatifi aranmaması bile gerekir. Ama, bir an için arandığını düşünelim. Sayın Hocamız, alternatif olarak neyi görebiliyor, hepimizi tatmin edecek bir alternatif gösterebilir mi? Bunu öğrenmek istiyorum.

Üçüncüsü; işe iade konusunda, özellikle toplu işçi çıkarmalarda yargının yetki sınırı ne olmalıdır? Yargı sadece hukuki değerlendirme yapmakla mı yetkilidir, sınırı bununla mıdır, yoksa ekonomik değerlendirmede yapabilir mi? Hocamız, "ben hukuki değerlendirme yapabilir kanısındayım" diye belirtti. Yargının sınırının ne olduğu konusu bütün dünyada tartışılmış, daha önceki seminerlerimizde de bu konu uzun uzun tartışıldı. Alman hukuk sistemi başka türlü değerlendiriyor, Fransız hukuk sistemi başka türlü değerlendiriyor. Bizim ülkemizin şartlarına göre neyi esas almalıyız diye düşündüğümüzde; istismarın çok olduğu bizim gibi azgelişmiş ülkelerde yargı istismara karşı toplumun güvencesidir.

O halde, bizim ülkemiz açısından da, diğer ülkelerden falan ülke bize uygun olabilir, falan ülke uygun değerlendirmeyebilir, ama bizim ülkemizin şartlarına göre yargı ekonomik yönden de işverenin ileri sürdüğü hususlar yerinde mi, değil mi değerlendirme yetkisine sahiptir. Zaten, toplumun güvencesi de budur.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederiz.

Sayın Pesok soru şeklinde olursa lütfen, sonra Türk yargısı gayet tabii yasalardan kaynaklanan yetkisiyle her iki unsuru da gözetmektedir. Bir karar verirken, onun getirisini, götürüsünü ele almaktayız. Onda bir tereddüt yoktur, siz kendi görüşünüzde hangisi ağırlıklıysa, lütfen onu söyleyebilirsiniz.

Teşekkür ederim.

Av. Abdi Pesok- Emeklilik işten çıkarmada gerekçe olabilir mi? Yine Sayın hocamız emeklilik konusunun istismar edildiği yönünde bazı örnekler olduğunu, ama şu şu şartlara uygun bir emeklilik nedeniyle işten çıkarma varsa, bunun da kabul edilebileceğini ve ona örnek olarak da, bütün işletmedeki belli yaşa gelmiş kişileri emekliliğe hak kazanmış, tartışmasız ayrım yapmadan işten çıkarmışsa, aldığım notlarda böyle ve yerine yeni işçi almamışsa, bu objektif olarak haklı bir geçerli nedendir, değerlendirmesi var.

Ben emeklilik konusunun da, hangi sınırlar içinde olursa olsun, geçerli sebep olamayacağı fikrindeyim, nedeni şu: Gerçi uygulamada bugüne kadar emeklilik nedeniyle işten çıkarmalarda hocamızın söylediği sınırlara yaklaşan bile yok. Afaki sen emekliliğe hak kazandın, seni çıkardım şeklinde bir ihtilaf yok, ama yarın olabilir.

Emeklilik sosyal güvenlik kurumlarına kişinin yıllarca pirim ödemek suretiyle hak kazandığı bir ilave haktır. Çalışmanın dışında bir ilave haktır, parasını ödemiştir, o haktan yararlanacaktır. Bu bir ulufe değildir veya emekliliğe hak kazanmak, işverene geçerli sebep yarattırmak için lütuf değildir; işçi tarafından verilen bir lütuf değildir, birinci gerekçemiz bu.

İkincisi; bizim yasa koyucumuz, önceleri Emekli Sandığına tabii insanlarda bu sistemi getirdi, daha sonra SSK'da da getirdi. Destek primi ödemek suretiyle kişilere yeniden çalışma imkânı vermektedir. Çalışma imkânı sağlanmasının nedeni de, emekli maaşıyla insanlarımızın geçinemediğinin kabul edilmesi. Nitekim, emeklilik yaşını da ileri safhalara attı. Bütün bu değerlendirmeleri yaparken, hangi şartlarda ve sınırda olursa olsun, emeklilik hiçbir şekilde geçerli neden olarak değerlendirilemeyeceği ve değerlendirilmemesi gerektiği kanısındayım.

Alt sınır ve üst sınır konusunda, arkadaşlarım buna değindi, ama özellikle 4 aylık ücret ve diğer haklar yasadaki tabiriyle. Diğer tazminata ilişkin 4 ayla, 8 ay arasındaki tazminat konusunu değerlendirirken, yasa koyucu alt sınırın gerekçesi şu, üst sınırın gerekçesi şu diye hiçbir şey belirtmemiş. Dört aylık ücret ve diğer haklar dava 4 ay sürmeyecek düşüncesiyle tayin edilmiştir ki, Anayasaya aykırılığı da bugünkü uygulamada tartışılmaktadır, bu 4 aylık ücret ve diğer haklar konusunun.

Bütün bunları değerlendirdiğimizde, en az bir yıl ortalama bir davanın sürdüğü de değerlendirildiğinde, gerek yerel mahkemelerimizin, gerek Yargıtayımızın, gerekse biz hukukçuların değerlendirme yaparken, bütün olarak adaleti yerine getirecek bir sonucu temin -edecek şekilde hareket etmeliyiz.

O halde, alt sınır 4 ay gerekçesini söyleyip, üste çıkma değil, üst sınır 8 ay, gerekçesini gösterip, aşağıya indirmek şeklinde değerlendirme yapmak lazım.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Biz de teşekkür ederiz.

Herkesin bildiği gibi, Türk yargıcı, Türk hukukunu uygular, bunu uygularken bütün kararların gerekçeli olması gerekir. Alt sınırdan uzaklaşırken, ceza hukukunda olsun, başka normlarda olsun, gerekçelendirmek esastır. Bu nedenle, olayın vahametine göre, gelişine göre, hizalara göre yargıç takdir hakkını kullanır ve bunu da belirtir. Yani, bunun gerekçeli olması kaidedir, ona göre de alt ve üst sınır belirtildiyse de, tabii ki üst sınırdan da olabilir, ama ille üst sınırdan olacak diye değildir, alt sınırdan gitmek esastır.

Teşekkür ederim.

Sayın Prof. Dr. Aziz Can Tuncay buyurun.

Prof. Dr. Aziz Can Tuncay (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Fevzi Şahlanan kardeşime tekrar teşekkür ediyorum. Her zaman olduğu gibi, zaten bugün de bize son derece doyurucu bir tebliğ sundular, bu bizim için sürpriz olmadı.

Burada belirttiği görüşlerin bir iki ayrıntı dışında hemen hepsine tamamen katılıyorum. Son derece güzel şeyler söyledi, ben burada sadece kendisini destekleyici bir iki küçük açıklama yapmak istiyorum, buna izin vermenizi rica ediyorum, bir de küçük bir sorum olacak.

Geçerli çıkartma sebepleri arasında, burada birkaç kez söz konusu edildi. Emeklilik yaşına gelmek acaba geçerli bir çıkarma nedeni sayılabilir mi? Kendisi de ifade etti, ben de aynı görüşteyim. Bu sırf belirli bir yaşa gelmek geçerli bir çıkarma sebebi değildir. Ama, bu daha önceden işyeri iş yönetmeliği veya başka bir şekilde ilan edilmişse, belli bir yaşa gelme çıkarılma nedenidir şeklinde, o zaman bu bir çıkartma, geçerli çıkartma nedeni sayılabilir. Zaten, bu konuda Alman Federal İş Mahkemesinin de kararı var, bunu bilgi olarak söyleyeyim.

İkincisi; terditli dava açılabilir mi; bence açılabilir, o konuda da kendisiyle paylaşıyorum; çünkü usul ekonomisi dediğimiz bir şey var. İkincisi, seri muhakeme usulü burada teknik anlamda değil, hızlandırılmış bir yargılama usulüne uyulması için sözü edilmiştir. Yani bir an evvel sonucu ulaşılsın, çünkü bu beklenecek bir konu değil.

Bu bakımdan, pekala bir örnekle açıklamaya çalışayım. Haklı nedenle, yani tazminatsız çıkartılan bir kimse, pekala terdidli bir dava açarak, haklı neden olmadığını ve tazminatını isteyebilir. Eğer bu olmadığı takdirde ve geçerli bir neden olup olmadığının açıklanmasını isteyebilir ve işe iade isteyebilir. Zaten, bunu destekleyen bir hüküm de 25 inci maddenin son fıkrasındaki "işçi

feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olup olmadığı iddiasıyla, 18-20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir" diyor, bu da bize bir destek sağlamaktadır.

Biz davaların hızlı yürütülmesi gerektiğini söylüyoruz ve hakikaten uygulamada da iş mahkemeleri bu konuda çok süratli davranıyorlar, iki ayda, üç ayda biten davalar var, fakat Yargıtayda bekliyor, 6 ay bekliyor, neredeyse bir sene uzayan beklemeler olacak gibi geliyor. Bundan yaklaşık bir ay önce Almanya'da Türk-Alman İş Hukuku Milli Komitelerinin ortak toplantısı vardı. Ortak konu, iş güvencesiydi ve Almanlarla karşılıklı tebliğler sunuldu, görüş alışverişinde bulunuldu.

Kendilerine bir vesileyle sorduk, Alman meslektaşlarımıza, iş güvencesiyle ilgili, "işe iade davaları sizde ne kadar sürüyor?" dediğimizde, çok ilginç bir cevap aldık, sanıyorduk ki, orada iki üç ayda bitiyor. "Eyaletten eyalete, mahkemeden mahkemeye bu değişiyor" dediler. "Nasıl oluyor" dedik. "Güney eyaletlerinde ortalama bir sene sürüyor, kuzey eyaletlerinde, sanayiinin yoğun olduğu eyaletlerde iki seneye kadar uzayabiliyor" dediler.

Bilgi kabilinden size söyleyeyim. Bir sorum olacak, yine bununla ilgili olarak 18 inci madde, iş güvencesi kapsamıyla ilgili madde. Bazı işveren vekillerini kapsam dışı bırakmış, fakat orada ilginç bir ifade var, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcılarıyla, işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve çıkartma yetkisine haiz olan işveren vekilleri hakkında. Bu madde "19 ve 21 ve 25 inci fıkra hükümleri uygulanmaz, 25 inci maddenin son fıkrası hükmü uygulanmaz" diyor.

Burada ilginç bir şey kullanıyor, işçiyi işe alma çıkartma yetkisine haiz olması. İşveren vekili olur, fakat işçiyi işe alıp çıkartma yetkisi elinden alınmış olabilir. İşyerinin bütünlüğü işletme yetkisine haiz olabilir, fakat bu yetki kendisinden alınmış olabilir, bunlar ayrı ayrı mı, yoksa birlikte mi arayacağız.

Bunun cevabını rica ediyorum, burada bir de eksiklik var, onu da işaret etmek istiyorum. Maddede atlanmış, 19 ve 20 inci madde, 20 inci maddelerde bu daha önce 4473'te de yoktu, sanıyorum bu bir atlama, teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Biz teşekkür ederiz, sayın Tuncay.

Sayın Av. Mehmet Uçum buyurun.

Av. Mehmet Uçum- Ben kısa kısa sorular soracağım. Hocam sizin konuşmanızdan cesaret alarak bir iki soru sormak istiyorum. Gerçekten işe iade kararlarının icrasına ilişkin konu gündeme gelmesiydi, bu soruyu sormayacaktım.

Son derece haklı olarak, işe iade davası kararlarında gerek tazminat, gerekse 4 aylık ücretin miktar olarak belirlenmesi görüşünü savundu değerli Hocamız. Tamamen aynı fikirdeyim, bu yapılmalı. Hatta "İcra İflas Kanununun 68 inci maddedeki belgelerden de sayılır bu" dedi.

Bunda da hiç tereddüt yok, gerçekten bence de öyle, 68'deki belgelerden sayılır. Dolayısıyla, "tazminat bakımından ilamsız takibe konu yapıldığında, icra tetkik merciinde itirazın kaldırılması yoluyla bir itiraz olursa, bu sorunu çözmek mümkündür" dedi. Burada aklıma şu takılıyor: Elbette sorun sadece bir alacak, likit alacak problemi olsaydı ve tartışılan şey de sadece bu alacağın ödenip, ödenmediği noktasına yoğunlaşmış olsaydı, çözüm çok kolay olacaktı.

Tazminatla ilgili talep hakkı nasıl doğuyor? İşçi 10 gün içinde işverene başvuruda bulunacak, işveren de bir ay içerisinde işçiyi işe çağıracak ya da çağırmayacak. Dolayısıyla ,tazminata ilişkin işçinin talep hakkı doğacak. 10 günlük başvuru, bir ay içinde işe çağırmama olgusu. Peki, sınırlı görev alanı olduğunu bildiğimiz icra tetkik merci, işverenin bu tarz bir savunması karşısında yargılama yapabilecek mi?

Hocam, ben biliyorum, gerçekten usul hukuku, icra hukuku konusu dışında, isterseniz hiç değinmeden de geçebiliriz, ama bu uygulama bakımından çok problem olan bir şey. Yani, önerdiğimiz çözüm, uygulamada böyle bir sorun çıkardığında, acaba onu da kapsayacak şekilde genişletilebilir mi, genişletilemez mi, onu çok merak ediyorum. Aynı şey, ilamlı icraya konu olan bölüm bakımından da var. Dört aylık ücreti ilamlı icraya konu yapabiliriz şeklinde Hocamın bir görüşü var, benim de görüşüm başlangıçtan itibaren o yönde. Peki, orada da 4 aylık ücret bakımından gene bir işçi davranışı, gene bir hukuki hadise var. Yani, 10 gün içinde başvuru koşulu var. İşveren savunma yaptı, ilamlı icra bu sefer karşısındaki...

Oturum Başkanı- Sayın Uçum lütfen icra iflas hukukuna ilişkin konuşmuyoruz, Hocamızın da zaten tebliğde bahsettiği yaptırıma ilişkindir. Yani, asıl infaza geçmeyelim, siz soruyu başka şekilde sorun.

Av. Mehmet Uçum- Bir de o konuda da böyle bir problem var, orada da tabii ilamlı icrada merciiye gidilmiyor işverenin savunma imkânı hangi yargılama yoluyla ileri sürülecek? Terditli dava konusunda usul hukukçularıyla konuştuk, gerçekten onlar terditli davadan yana, bence de doğru. Fakat enteresan bir nokta var, terditli davada hep birinci ihtimali düşünüyoruz. Yargılama sonucunda feshin geçerli kabul edilmesi halinde, ödenmemiş kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesine hükmedilebilir, terditli davanın yapısı bu.

Peki, feshin geçersiz kabul edilmesi halinde, mahkeme işe iadeye karar verirse, terdidin diğer bölümü bakımından yargılama giderleri ve avukatlık ücreti bakımından eğer işçiye yönelik bir yükümlülük getirilecekse, bunda da bir problem yok, acaba getirilebilir mi? Bir de bunu merak ediyorum.

Son soru da şu: Fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir aylık süre. Yasanın lafzı böyle, ben farklı bir görüşteyim, buna ilişkin bir makale de yayınladım. Ona girmeyeceğim, ama bir de 29-5 var, toplu işçi çıkarmalarda "Fesih bildirimleri, bölge müdürlüğüne yapılan 30 günlük süreden sonra hüküm doğurur" diyor. Toplu işçi çıkarmada bu bir aylık süre bölge müdürlüğüne yapılan 30 günlük bildirim süresinden sonra mı devreye girecek, yani dava açma süresi işçiye fesih bildirimi tebliğ edilmiş olsa dahi, bölge müdürlüğüne yapılan bildirimden 30 gün geçtikten sonra mı başlayacak, bir de bunu merak ediyorum, çok teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Biz teşekkür ederiz.

Sayın Refik Korkusuz buyurun.

Yrd.Doç.Dr. Refik Korkusuz (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Değerli Hocama ve değerli Başkanımıza çok teşekkür ederim.

İşe iadeyle ilgili bir sorum var. Uygulamada gördüğüm bir sıkıntı var, onu arz etmek istiyorum. Mahkeme kararlarında tazminat miktarının belirlenmesi, önce yasanın lafzı karşısında ne derece mümkün? Çünkü, yasa "işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler" diyor. Yalnız, bu parasal miktarı zorunluluğunu kapsıyor mu? Bir de pratik bir husus var, iki ay içerisinde karar vermek zorunda olan iş mahkemesi , zaten bir iki ay sürecek olan bilirkişilik bir inceleme söz konusu olacak.

Bu dönemde iki ay içersinde, böyle bir sıkıntıyla karşılaşmayacak mıyız? Dolayısıyla, Yargıtay'ın mevcut seri muhakeme usulü, sözlü muhakeme usulü ayrımının pratik bir zorunluluğu ortaya çıkmıyor mu? Çünkü, son tahlilde pozitif hukuka göre önümüzde dört adet seçenek var, bir beşincisi yok. Yazılı yargılama, basit yargılama, sözlü yargılama, seri yargılama. Eğer yasa seri muhakeme dediği halde, sözlü muhakemeyi işin içine katarsak, ilk duruşmaya kadara bu süreyi verdiğimiz zaman, çünkü seri mahkemede 7 gün süreyle cevap vermek zorunda.

İlk duruşmaya kadar işverene verdiğimiz zaman, üç aylık bir süre oluyor ve üç aydan önce de pek verilmiyor. Sanayileşmiş şehirlerde bu durum söz konusu. Seri muhakemeden çıktığımız zaman, sözlü muhakemeye kaydığımız

zaman, davaların süresini daha da uzatmış olmaz mıyız? Ben böyle bir endişeyi taşıyorum.

Bir de, şu andaki uygulama itibariyle söylüyorum. Sadece 4 aylık veya 4-8 aylık işe başlatılmama tazminatının ilamsız icraya konu olmayacağını düşünüyorum, çünkü orada belirlenmiş bir miktar yok ve İcra İflas Kanunun 68-a maddesinde belirtilen kesin belgeler arasında yer almayacaktır; icra inkâr tazminatına hiçbir şekilde konu olmayacaktır diye düşünüyorum. Çünkü, orada kesin olarak likidite olma şartını öngörmektedir.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Farklı bir şey söylemedim, bu haliyle ne icra inkâr tazminatına hükmedilebilir ne de icramsız takibe konu edilebilir. Sanki ben bunu söylemişim gibi bir şey, onun için.

Yrd.Doç.Dr. Refik Korkusuz- Hayır hayır size yönelik demiyorum. Ben şimdiki durumu söylüyorum, şimdiki uygulama itibariyle söylüyorum. Bunun için bir de pratik zorunluluk var. Eğer sadece işe iadeyi ön plana alıyorsak, o zaman işe iade kararı artı 4 aylık tazminat şu anda bir pratik zorunluluk.

Terditli, yani hem işe iade veya para diyorsak, o zaman işe iadeden doğrudan vazgeçmişiz anlamına gelir. İki seçenekten birisini, böyle bir pratik zorunluluk söz konusu olmayacak mıdır? Terditli davanın uygulamada ortaya çıkaracağı sakıncaları da düşünerek, mevcut hukuk sistemi içerisinde nasıl bir alternatif ortaya koyabilir, son tahlilde hukuk usulünün getirmiş olduğu bir sınırlama var.

Av. Necdet Okcan- Hocamın tebliğinde geçen iki karara atfen iki hususa katılmadığımı belirterek, görüşlerimi belirtmek istiyorum.

Birincisi; belirli süreli iş sözleşmeleriyle ilgili. Hocam, Yargıtay'ın genel müdürün belirli süreli sözleşmeler, yani taraf iradeleriyle kurulan belirli süreli iş sözleşmelerine olanak tanıdığını ve isabetli bir karar olduğuna değindi. Kanaatimce 4857 sayılı Kanun taraf iradeleriyle belirli süreli iş sözleşmesine objektif koşulların olmaması halinde olanak tanımamaktadır. Nitekim, öğretide de, bu konuda son Taşkent ve Demir hocanın ortak çıkardıkları kitapta da, yapılan bu düzenlemenin, Avrupa Birliği direktifinden ayrılan katı bir düzenleme olduğu konusunda eleştiri var. Bu konuda doktrinde başka eleştiriler de var.

Bu düzenleme Bilim Kurulunun düzenlemesi de böyle değildi. Sosyal taraflarla tartışılması, hatta sosyal tarafların itirazları Avrupa Birliği yönergesinden kaynaklanan itirazlarına rağmen, hem hükümet tasarısında Meclise inmiştir,

ilk görüşmelerde Bilim Kurulunun düzenlemesi şeklinde kabul edilmiştir. İşçi sendikaları konfederasyonlarının itirazlarını sürdürmesi üzerine, daha sonra tekriri bir müzakereyle son halini almıştır.

Burada yasa tek başına objektif kriterden bahsetmemektedir. Burada aranacak objektif kriterler işin belirli süreli olması, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif kriterlerin olması aranmaktadır. Yani, yasa koyucu burada tek başına kendinden menkul bir objektif kriter değil, tadat ettiği, sıraladığı üç objektif kriterin bulunmasını aramaktadır. Dolayısıyla, taraf iradeleriyle belirli hizmet akdi kurulmasına engel teşkil etmektedir. Birinci husus budur, bu görüşünüze katılmadığımı bu anlamda belirtmek istedim.

İkinci hususu; dava açma süresi. Hocam 4857 sayılı Yasanın 20 inci maddesinde, kanunun lafsına, 20 inci madde düzenlemesine uygun olduğunu, fakat bazı problemleri taşıdığını, olması gereken hukuk bakımından bazı sıkıntı.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Yasal düzenlemeyi beğenmediğimi söyledim.

Av. Necdet Okcan- Burada farklı düşündüğümü belirtmek istiyorum, şöyle ki: Yasanın içinde, 20 inci maddenin içerisinde "fesih bildirimin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir" diye bir hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30 uncu maddesindeki işyeri sendika temsilcisinin işe iadesine ilişkin hükümden, maddeden şablon olarak buraya alınmıştır.

Fakat, buraya alınırken, bir şey belki fark edilmedi, o andaki tartışmalarda kimsenin aklına gelmedi. İşyeri sendika temsilcisinin işe iadesinde haklı neden aranmaktadır, yani ancak işveren 13 üncü maddeyi önel vererek işyeri işçi sendika temsilcisinin iş akdini feshedemeyecektir; ancak derhal fesih, yani o zaman 1475 sayılı Yasadaki 17 inci maddedeki hükümler. Dolayısıyla, burada bir derhal feshin öngörülmesi, ancak o olanaklı olduğu için, burada fesih bildirimi tarihinden itibaren bir ay içinde açmak, kanunun düzenlemesine de, amacına da uygundur.

Burada 20 inci madde şöyle başlamaktadır: İş sözleşmesi feshedilen işçi, kim dava açacaktır, davayı açma hakkı olan kişi iş sözleşmesi feshedilen işçidir. Dönüyoruz, 17 nci maddeye önelli fesihte iş sözleşmesini ne zaman feshedilmiş sayılacağına ilişkin hükme baktığımızda, yasa işçinin kıdemine bağlı önel sürelerini belirttikten sonra, 8 hafta sonra, en son d fıkrasında, 8 hafta sonra feshedilmiş sayılır. Yani, ne olacak? İşçinin iş akdi önel süresinin sonunda feshedilmiş sayılacaktır. Dolayısıyla, yasa 20 nci madde çok açık, hizmet akdi iş sözleşmesi feshedilen işçiye dava açma hakkı tanımaktadır.

Yine hem doktrinin hem de Yargıtayın daha önce istikrar kazanmış kararlarında, önelin sonunda iş akdinin feshedilmiş sayılacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, bence maddenin diğer bir hükmünden yola çıkarak, dava açma süresini, önel süresinin, yani fesih bildiriminin tebliği tarihinden başlatmak yerine, hukuken feshedilme olgusunun aranmasının kanunun amacına daha uygunu, böyle bir yorumun daha uygun olacağını ve uygulamada da söylediğiniz sakıncaları ortadan kaldıracağını düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Okcan teşekkür ederim.

Sayın Prof. Fevzi Demir buyurunuz.

Prof. Dr. Fevzi Demir- Sayın Başkan, sayın adaşımın vermiş olduğu tebliğden dolayı kendisini kutlamak istiyorum, teşekkür ediyoruz, bizi aydınlattılar.

Bazı konularda ayrıldığım yerleri ve desteklediğim yerleri belirtmek üzere birkaç kelime söylemek istiyorum. Önce, genel müdürün iş sözleşmesinin feshiyle ilgili olarak, Türk Ticaret Kanunda yanılmıyorsam, anonim şirketlerde görev alacak genel müdürlerle ilgili sözleşmelerin belirli süreli yapılacağına dair hüküm var. Hatta, Yargıtayımızın bir kararı da "üç yıl üst üste yapılmış olsa bile, bu belirli sürelidir, onun için ihbara da, kıdeme de gerek yoktur" diyor.

Bu konuda arkadaşımın fikrini almak istiyorum. Bir de, 625 sayılı Özel Okullar Kanununa göre istihdam edilen öğretmenler var, onlar da birer yıllık sözleşmelerle çalıştırılıyor. Fakat, bu konuda öğretmenlerle ilgili bir kararında Yargıtayımız "işveren şayet bu sözleşmeyi yenilemezse, haklı bir neden göstermek zorundadır. Aksi halde, kıdem tazminatını öder, ama ihbarını ödemeyebilir" der. Bu sanki, Yargıtayımızın iki kararı arasında yasal dayanağı olan iki kararı arasında bir çelişki yaratıyor mu, yaratmıyor mu, o konudaki fikrinizi almak isteyecektim.

İkincisi; belediye meclisinin aldığı kararla, personel giderlerinin yüzde 30'u aşması halinde işçilerin işten çıkarılmasıyla ilgili karar. Bu bildiğiniz gibi, Belediye Kanunda var. Personel giderleri bütçenin "yüzde 30 unu aşamaz" diye. Bana göre de geçerli bir sebeptir. Yani, kanundan kaynaklanan geçerli bir sebep olması gerekir.

Şimdiki Yerel Yönetimler Kanununda da aynı hüküm muhafaza ediliyor. Hatta 10 binden az nüfusu olan şehirlerde bu rakam yüzde 40' a çıkarıldı. Bana göre bu hükme dayanarak işçinin işten çıkarılması "geçerli sebep" sayılmalıdır diye düşünüyorum; başka bir neden aranmaksızın.

Çok sevgili arkadaşımız "sözleşmelerin askıya alındığı sırada, işçiler sendikaya üye oldular" dedi. Acaba, burada sendikaya üye olma nedeniyle mi, toplu işten çıkarma oldu? Onun bana göre irdelenmesi gerekir diye düşünüyorum. Bunun son zamanlarda tersi de oluyor. İşten çıkarılacağını, personel giderleri fazla olduğundan dolayı işten çıkarılacağını düşünen işçiler bir kurtuluş amacıyla hepsi de sendikaya gidiyorlar, kayıt oluyorlar belki bizi korur, belki bizi kurtarır gibi bir düşünceyle.

Tabiatıyla, böyle bir düşünce varsa, burada bir "hakkın kötüye kullanılması" gibi bir sonuca varılabilir mi? Son zamanlarda bireysel işten çıkışlarda buna çok rastlıyoruz. İşçi gidiyor işverene "bana ihbarımı, kıdemimi ver, işten çıkmak istiyorum" diyor. İşveren de "sen kendin çıkarsan, istifa edersen bunların hak sahibi olamazsın" diyor. Gerçektende, yasaya göre ne ihbar ne de kıdem tazminatı alamaz. Ama son zamanlarda yaygınlaştı bu. İşçi kıdemini ve ihbarını alarak işten ayrılmak istiyorsa, işveren tarafından reddedilen bu isteği üzerine hemen gidip bir sendikaya üye oluyor ve işyerinde sendikal propagandaya başlıyor. İşveren de hemen kendisini işten çıkarıyor. Bu durumda da böyle bir hakkın kullanılması "kötüye kullanılma" olabilir mi? Burada acaba "kötüye kullanma" var mı, yok mu? Tabi kararda çok iyi belli olmuyor.

Gelelim feshin bildirilişine: Bu fesih bildirimi olayına. Bir sefer "bildirimsiz fesih" olmaz. - Sayın Tunçomağ Hocamızın kulakları çınlasın- Yani, bildirilmeden bir fesih yapılması mümkün değil. Derhal fesihler bile bildirilmek zorunda. Ama, kanundaki ifadeden fesih bildirim "sürelerinin" tebliği anlaşılmıyor; fesih bildiriminin tebliği anlaşılıyor. Yani, lafza (söze) bağlı kalarak yapılacak olursa yorum, "fesih bildirim sürelerinin" tebliği başkadır, "fesih bildiriminin" tebliği başkadır diye düşünüyorum.

O yüzden de Yargıtay'ın bu kararına katılmıyorum. Birçok arkadaşımızın da bu düşünceme katılmadığını biliyorum. Ama ben "pozitif hukuka" bağlı bir yorumun böyle yapılması gerektiğine inanıyorum. Aksi halde haftanın 6 işgünü çalışan işçilerin dava açma hakkından mahrum bırakılacağını düşünüyorum. Bu nedenle karara katılamıyorum. Bu bana özgü bir durum olabilir.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Fevzi bey bir daha söyler misiniz, katılmadığınız ve size özgü olan durumu?

Prof. Dr. Fevzi Demir- Yani, fesih bildiriminin tebliği demek, feshin tebliği anlamına gelir. "Fesih bildiriminin" tebliğiyle, "fesih bildirim sürelerinin" tebliği farklıdır. Zaten siz fesih bildirim sürelerini bildirdiğiniz anda, o anda fesih gerçekleşmiyor. Sürelerin sonunda gerçekleşiyor. Onun için de muhtemel bir haktan, gelecekteki bir haktan nasıl vazgeçilemiyorsa, Yargıtayımızın birçok

kararında belirtildiği gibi, yine muhtemel bir hakka dayanarak da, bir dava açılmasının mümkün olamayacağına inanıyorum. Böyle bir düzenlemenin en azından "hukuka" (adalete, hakkaniyete, nısfete) uygun olmayacağını düşünüyorum. Çünkü, haftanın 6 günü çalışan 5 yıl kıdemli bir işçinin iş arama iznini toptan kullanması halinde, 6 hafta içinde "işe iade" davasını açma hakkından "otomatik" olarak mahrum kalacağını düşünüyorum. Bunu da yasanın sözüne ve özüne aykırı bulduğumdan kararlara katılmıyorum.

Bunun yanında, iş güvencesinin hakikaten açılan davalarda, son verilen kararlarda da, amacına uyun bir şekilde işlemediği kanaatindeyim. Sadece, 4 aylık ücrete hükmedilmesinin; buna karşılık nakit olarak, likit olarak belirtilmemesinin ben de yanlış olduğu kanaatini taşıyorum. Üstüne üslük sadece 4 aylık ücretin ve 4 ayla 8 ay arasında işe başlatmama tazminatlarının değil, bana göre işin içinde ihbar tazminatının, kıdem tazminatının hatta işçi işten ihbar önerilerine uyulmaksızın çıkarılmışsa, sebep de geçersizse, onun işsizlik sigortasından mahrum kaldığı süreye ait işsizlik ödenekleri toplamının, yani maddi tazminatın dahi o kararda belirtilmesinin iş güvencesini sağlama bakımından çok daha yararlı olacağını, bunun işveren bakımından daha da caydırıcı olacağını düşünüyorum. Çünkü, işveren kararı eline aldığı zamanda, neler ödeneceğini orada görebilir. Taksitli taksitli değil de, bir defada görmesi bakımından yararlı olur diye düşünüyorum.

Bunun ayrıca, seri muhakeme usulü veya muhakeme tarzlarının farklılığının da bir mahsur yaratmayacağını düşünüyorum. Bu konuda usulcü arkadaşlarımızla da İzmir'de görüştük. Onlar da bana bu konuda "herhangi bir mahsur olmayacağını, ihbar ve kıdem tazminatlarının dahi kararda belirtilebileceğini" söylediler. Önemli olan burada amaca uygun karar vermek diye düşünüyorum. Nasıl olsa bilirkişilerin bordro ücretleri eline geliyor. Miktarlar elinde. Özelikle 4 aylık ücretin hesabında ücret ve diğer haklardan bahsedildiğine göre, para ve parayla ölçülmesi mümkün menfaatler de orada görüleceğine göre, geriye bir ihbar ve kıdem tazminatının hesabı kalıyor ki, zannediyorum çok fazla bir şey olmasa gerek.

Sevgili meslektaşım; son bir konuda fikrinizi almak istiyorum. "Dava sürdüğü halde, işçinin işveren tarafından işe başlatılması halinde, 4 aya kadar olan ücretin ödenip ödenmeyeceğinin, davanın sürdürülmesi ve sebebin geçerli sebep olup olmadığına göre karar verilmesi gerektiğini" söylediniz.

Peki, acaba işveren işçiyi işe başlatarak, zaten sebebin geçersiz olduğunu ikrar etmiş olmuyor mu? Bu nedenle de, davayı düşürürken, doğrudan doğruya artık sebep incelemesine gerek kalmadan, bu süreç içinde işçinin uğramış

olduğu zararın otomatik olarak kabul edilerek, 4 aya kadar olan ücrete hükmedilemez mi? Bu konudaki düşüncenizi öğrenmek istiyorum, sabrınıza çok teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Demir, sabrınıza çok teşekkür ediyorum.

Av. Abbas Bilgili (Adana Barosu)- İş güvencesini kapsamıyla ilgili Sayın Hocamın belirttiği bir Yargıtay kararına değinmek istiyorum. İl Milli Eğitim Müdürlüğüne bağlı 5 veya 6 işyerindeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerekir şeklinde bir Yargıtay kararına yanılmıyorsam, katıldığını belirtmişti.

Bu kararda, kanımca şöyle bir tereddüt yok mu, il milli eğitim müdürlüğüne değil de, ilçe milli eğitim müdürlüğünün olduğu bir ilçede açılmış olsaydı ve oradaki işçi sayısı da 30'un altında olmayacak mıydı? Bu durumda, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı işyerlerinde bazı işçilerin iş güvencesi kapsamı dışında kalması sonucunu doğurmayacak mıydı? Bildiğim kadarıyla o kararda davalı işveren Milli Eğitim Bakanlığıydı. O zaman 30 işçi ölçütünde Milli Eğitim Bakanlığına bağlı aynı iş kolundaki tüm işyerlerini, Türkiye genelindeki işlerlerinin toplamının dikkate alınması gerekmez mi? Bu konuda sayın Hocamın görüşünü almak istiyorum.

Çok kısa olarak bir husus daha sormak istiyorum. İşe iade davası devam ederken, işçinin başka bir işyerinde yeni bir iş bulup çalışması ya da emeklilik başvurusunda bulunması, işe iade davasını nasıl etkileyecektir?

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Abbas beyefendiye teşekkür ederiz.

Sayın Hocam, Prof. Dr. Münir Ekonomi buyurunuz.

Prof. Dr. Münir Ekonomi- Sayın Şahlanan'a her zaman olduğu gibi, bu kez de sunduğu değerli, teknik hukuka uygun görüşleri kapsayan tebliği için teşekkür ederim. Tartışılmasında yarar gördüğüm bazı konulara değinmek istiyorum.

Öncelikle Sayın Şahlanan'ın da vurguladığı gibi, çalışma hayatında gerçek bir işlevi olan belirli süreli iş sözleşmelerinin önemi, iş güvencesi ile bir kez daha ortaya çıkmış bulunmaktadır. Zira, iş güvencesi kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olduğu için, belirli süreli sözleşmeler iş güvencesinden kaçmaya fırsat veren bir yol olarak görülmemeli, ILO'nun 158 sayılı sözleşmesinde belirtildiği üzere bu hususta gerekli önlemler alınmalıdır. 4857 sayılı İş Kanununun hazırlık aşamasında bilim komitesi, belirli ve

belirsiz süreli iş sözleşmesi tanımını, ayırımın özüne uygun şekilde yapmış, esaslı bir neden olmadıkça birden fazla belirli süreli sözleşme (zincirleme iş sözleşmesi) yapılamayacağını, aksi halde belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşüm olacağını ve dolayısıyla böyle bir ilişkiye göre çalışan işçinin iş güvencesinden yararlanma imkanın bulunduğunu hükme bağlamıştı. Tasarının ilk şeklinde objektif sebepler (esaslı nedenler) bir defaya mahsus belirli süreli iş sözleşmelerinde hiç aranmamış, sadece iki ve daha fazla tekrarlanan zincirleme sözleşmeler için öngörülmüştü. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılan değişiklik ile belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı farklı şekilde hükme bağlanmış, çok isabetli olmayan ifadeye göre verilen tanımda şöyle denilmiştir: "Belirli süreli işlerde veya belirli bir işin tamamlanması veya belirli olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli iş sözleşmesidir". Bu hükümde "gibi objektif koşullara bağlı" sözcükleri, işin amacı veya niteliğine göre belirli süreli olarak kabul edilecek sözleşmelerde, sürenin belirli olması özelliğinin taraf iradelerine, bilhassa işverenin iradesine göre değil, objektif koşullara göre belirlenebileceği mi ifade edilmiştir? Yoksa bir defaya mahsus sözleşmeler için de objektif bir sebep (esas bir neden) mi arandığı hükme bağlanmıştır? İkinci hal söz konusu ise, 11. maddenin 2. fıkrasında sadece zincirleme iş sözleşmelerinin değil, bir defa için yapılan belirli iş sözleşmelerinin de esas bir neden (objektif neden) bulunmadıkça geçerli olmayacağının belirtilmiş olması gerekliydi. Yargıtay kararlarında, tanımda yer alan objektif koşulların nasıl yorumlanacağı hakkında tartışmaya girilmiş değildir. Ancak Yargıtayın, böyle bir tartışmaya girmeksizin belirli süreli iş sözleşmeleri ister bir defa için, ister birden fazla üst üste yapılmış olsun objektif bir sebep yoksa belirsiz süreli sözleşme sayılacakları görüşünü kabul ettiği söylenebilir. Bizim görüşümüz daha 1970'li yıllardan beri, kanunda açık bir düzenleme getirilmeden belirli süreli iş sözleşmelerinin hukuka uygunluğu yönünden, objektif bir sebebin varlığına bakılması yolundaydı. 4857 sayılı Kanunun 11. maddesinin 2. fıkrasında verilen tanımda yer alan "gibi objektif koşullara bağlı" sözcükleri, bunlardan önce belirtilen ve belirli süreli sözleşmeler için dayanak alınan objektif sebeplerin benzerlerinin esas alınması gerektiğini belirtmektedirler. Yargıtay gibi, doktrinde hakim görüşün de bu olduğu söylenebilir. Belirtilen görüşten hareketle Şahlanan ile birleşmekte ve Yargıtayın 2003 yılında verdiği bir kararda genel müdür ile yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin hukuka uygunluğunu ve bu tür bir sözleşme türü olarak geçerliliğini kabul etmekteyiz. Ancak Yargıtay, hukuka uygun belirli süreli iş sözleşmelerinde tür ayırımına, başka bir deyişle belirli esaslara dayalı tiplemeye gitmesini gerekli görmekteyiz. Aksi halde, her olay için ayrı ölçütler üzerinde durarak sonuca gidilecektir ki, hukuk düzeni açısından tasvip edilmesi mümkün görülemez. Örneğin Yargıta-

yın önceki yıllara ilişkin bir kararında, yanılmıyorsam "vasıfsız işlerde" belirli süreli iş sözleşmesi uygulanamaz şeklinde bir görüş getirildi. Bu ölçütün esas alınması güçtür: Bundan "vasıflı işlerin" tümü belirli süreli sözleşme yapılmasında objektif bir sebep sayılır sonucuna götürür ki, isabetli olamaz. Diğer yandan vasıfsız işlerde de belirli süreli sözleşme yapılmasına ilişkin esaslı neden sayılabilecek bir durum bulunabilir. Örneğin işçiden kaynaklanan sebeplerden biri olarak geçici işlerde, söz gelimi vasıfsız işte çalışan ve dört aylık rapor alan bir işçinin yerine ve vasıfsız işte çalışmak üzere belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. İşletme-işyerinden kaynaklanan geçici işler arasında da vasıfsız iş niteliğinde olanlarda bulunabilir. Yüksek mahkemenin batı ülkelerinde yerleşmiş olan ve Türk çalışma hayatına da yabancı olmayan, Türk doktrinde de kabul gören hukuka uygun belirli süreli sözleşme tip ve ayırımlarına girmesini ve bunun kısa zamanda gerçekleştirilmesinin isabetli olacağını düşünmekteyiz.

İkinci bir husus, iş güvencesinden yararlanabilmek için işçinin en az altı aylık kıdeminin bulunması öngörülmektedir. Yargıtaya intikal eden ve Sayın Şahlanan tarafından incelenen bir kararda yanılmıyorsam işçinin kıdemi yönünden şöyle bir tespit var: Sosyal Sigortalar Kurumundan gelen belgede işçinin "iki dönem halinde 291 gün çalışma süresi olduğu görülmüştür" deniliyor. Bilindiği gibi 4837 sayılı Kanunun 18. maddesinde "işçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir" hükmü yer almaktadır. Kıdem sürelerinin birleştirilmesi konusuna geçmeden önce bir hususa değinelim. Şahlanan çok haklı olarak belirttiği gibi, kıdem süresinin ispatı yönünden Sosyal Sigortalardan gelen belgeyi tek başına yeterli görmek isabetli olamaz. Zira, sigortalılık süresine, esas olan zamanların tümü, bir iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilen süre değildir, örneğin borçlanılmak suretiyle sigortalı sayılan sürenin, iş güvencesinden yararlanabilmede öngörülen altı aylık kıdemden sayılması mümkün değildir. İş Kanunu madde 18/1'de aranılan altı aylık kıdem süresi, işçinin işe başladığı tarihten itibaren geçirilen altı aylık takvim süresidir; işçinin fiilen çalışıp çalışmaması önemli değildir; önemli olan iş sözleşmesine dayalı iş ilişkisinin bulunmasıdır.

Biraz önce değinildiği üzere, yine 18. maddeye göre, işçinin altı aylık kıdeminin kesintisiz olması şart değildir, aynı işverene ait işyerlerinde fasılalı geçirilen süreler birleştirilir. Alman Feshe Karşı Korunma Kanununda tam aksi bir hüküm mevcut, iş güvencesi için altı aylık kıdemin kesintisiz olması aranıyor. Ancak yargı kararlarıyla, iki iş ilişkisi arasında kesinti yapılmadığı anlamına gelecek kısa süreli bir kesinti olmuşsa, örneğin bir ay gibi, ayrıca iki iş ilişkisi arasında bağlılık varsa, sürelerin birlikte dikkate alınacağı kabul edilmektedir.

Benim sorum 4857 sayılı İş Kanununa göre birleştirilecek sürelerde belirli özellikler aranacak mıdır? Örneğin belirsiz süreli sözleşmeye göre çalıştırılan işçi iş güvencesinden yararlanabileceği için, aynı işverene bağlı daha önce geçirilen sürelerin de belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı olarak geçmiş olması mı aranacaktır? Yoksa önceki süreler değişik türde iş sözleşmelerine göre geçirilmiş olsa dahi birleştirilmeye tabi tutulacak mıdır? Örneğin bir işverene ait işyerinde veya işyerlerinde daha önce belirli iş sözleşmesine göre geçirilen süre, geçici bir işte işin niteliği gereği çalışılan 2-3 ay gibi süreler veya bir mevsimlik işte belirli süreli iş sözleşmesine dayalı çalışma süresi ya da deneme süreli bir iş sözleşmesinde deneme süresinin bitiminden önce fesihle sona erdirilen kısa süreli çalışılan süreler ve benzerleri daha sonra belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalışma sırasında altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınacak mıdır?

Prof.Dr. Fevzi Şahlanan- Hocam, sorunuza daha sağlıklı cevap verebilmek için bir hususa açıklık getirmek istiyorum, siz bizde de kesintisiz bir altı ay mı arıyorsunuz?

Prof.Dr. Münir Ekonomi- Hayır, Alman Hukukundaki düzenlemenin aksine 4857 sayılı İş Kanunun 18. maddesinde açıkça aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçirilen süreler birleştirilir hükmü ile fasılalı geçirilse dahi sürelerin birleştirileceği öngörülmüştür. Ancak birleştirilecek sürelerde bazı özellikler aranacak mıdır? Sayın Şahlanan, konuşmanızda çok önemli bir noktaya değindiğiniz iş güvencesinden yararlanmanın şartlarından biri olan altı aylık kıdem yönünden 1475 sayılı kanunun 14. maddesindeki kıdem tazminatına ilişkin esaslar uygulanmaz. Özellikle yargı kararlarıyla belirlenmiş olan ve işçinin tazminatında kıdem tazminatında dikkate alınmayacak süreler, örneğin hastalık sebebiyle raporlu geçen sürelerin İş Kanunu madde 25/I'de belirlenen süreyle sınırlı tutan ve bu süreyi aşan zamanların kıdem tazminatında dikkate alınmayacağını kabul eden görüşün ve benzerlerinin iş güvencesine ilişkin kıdem süresi için uygulanması söz konusu olamaz. Bizim görüşümüz kıdem tazminatında esas alınacak kıdem süresinin de işçinin işe başladığı günden iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar geçen süredir, işçinin fiilen çalışıp çalışmaması önemli değildir; 1475 sayılı kanun madde 14/1'de açıklandığı üzere iş sözleşmesinin devam etmiş olması yeterlidir. Ancak Yargıtay, farklı ölçütlerde hareket ederek kıdem tazminatında dikkate alınacak süreyi hesapladığı için, Şahlanan'ın da açıkladığı gibi, kıdem tazminatında göz önünde tutulacak kıdem süresi esasları, iş güvencesindeki kıdem süresinde dikkate alınmaz. Bize göre de iş güvencesi yönünden kıdem süresi, işçinin işe başladığı tarihten başlayarak hesaplanacak iş sözleşmesinin

devam ettiği süredir; bu süre içinde işçinin fiilen çalışıp çalışmaması önemli değildir. Örneğin hastalık dolayısıyla raporlu olan işçinin raporlu geçen tüm süresi, herhangi bir ayırım yapılmadan kıdeminde göz önünde bulundurulacaktır.

Benim sorum, biraz önce verdiğim örnekler de olduğu gibi, birleştirilecek kıdem sürelerinde bazı özellikler veya şartlar aranacak mı? Yoksa aynı işverenin işyerinde daha önce geçirilen süre, hangi tür iş sözleşmesine dayalı olursa olsun, birleştirilmeye tabi tutulacak mıdır?

İş güvencesi yönünden önemli ve belirli süreli iş sözleşmelerinin hukuka uygunluğu yönünden üzerinde durulması gereken bir konu, Sayın Şahlanan'ın incelediği bir kararda ortaya çıkmaktadır. Belirsiz süreli iş sözleşmesi bütün hakları verilmek suretiyle feshedilen işçi, bir ay sonra belirli süreli iş sözleşmesiyle tekrar işe alınıyor ve belirli süreli iş sözleşmesi, yanılmıyorsan üç kez üst üste tekrarlanıyor. Yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin dayandığı objektif bir sebebin bulunduğu dikkati çekiyor. Ancak olayın kendine özgü şartları bulunduğu göz önünde tutulsa dahi bir noktaya parmak basmakta yarar görüyorum. Acaba belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedilen bir işçi, arkadan hemen veya kısa bir süre sonra belirli iş sözleşmesi ile istihdam edilebilir mi? Yargıtay eski tarihli bir kararında isabetli olarak böyle bir yola gidilmesine imkan tanımamış, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eden bu durumda, belirli süreli iş sözleşmesini hukuka uygun bulmamış ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin devam ettiği sonucuna varmıştır.

Sayın Şahlanan'ın değerlendirdiği karara konu olayın bir özelliği var; şöyle ki: Belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedilen işçi, bir ay sonra belirli süreli iş sözleşmesiyle işe alınırken "yönetici" sıfatıyla çalıştırılmaya başlanıyor ve sözleşme üç defa üst üste tekrarlanıyor. Yüksek mahkeme yönetici sıfatının bulunmasını objektif bir sebep kabul ettiği için, yapılan ve zincirleme olarak devam eden belirli süreli iş sözleşmelerini hukuka uygun bulmuş ve belirli süreli sözleşmeler olarak geçerliliğini tanımıştır. Biraz önce değindiğimiz ve Yüksek Mahkemenin objektif sebepleri-esaslı nedenleri tipleme gereğini burada kendini açıkça ortaya koymaktadır. Önce olayda irdelenmesi gereken bir husus, işverenin yönetici sıfatı gibi sorumluluk ve yetki kullanımı vereceği kimseyi niçin işten çıkarıp, arkadan bir ay sonra ise aldığıdır. Eğer işçi bu kadar değerliyse, niçin iş sözleşmesi devam ederken yönetici-işveren vekili sıfatı verilip iş ilişkisi devam ettirilmiyor da, belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedilip, bir ay sonra bu kez belirli süreli iş sözleşmesi yapılmakta ve yönetici sıfatı altında geçerlilik kazanacak sözleşme ile işçi iş güvencesinin dışına çıkarılmaktadır. Diğer yandan her "yönetici" sıfatı her halde belirli süreli iş sözleş-

mesi açısından objektif bir sebep sayılacak mıdır? Yönetici, alt kademe, orta kademe ve üst kademe yöneticisi olabilir. Yargıtayın genel müdür, genel müdür yardımcısı, müdür ve eş değer ünvanlarla çalıştırmayı "başarıya bağlı" sözleşmeler olarak bu yöneticilerle geçerli belirli süreli sözleşme yapılabileceğini belirten görüşünü uygun görmekteyiz. Ancak alt kademe yöneticileri (işveren vekilleri) olan ustabaşı, formen, ekipbaşı, şef muavini, hatta şef ünvanı ile istihdam edilenleri de belirli iş süreli sözleşmesi yapılabilmesi için objektif sebep sayılacak mıdır? Üzerinde inceleme ve değerlendirme yapılması gereken bir husus olarak görmekteyiz.

Son olarak kıdem tazminatına ilişkin bir husus üzerinde kısaca duracağım. Alt işverenin bulunduğu bir işyerinde alt işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilen işçi, asıl işveren tarafından işe alınıp çalıştırıldığında, asıl işverence iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesi gereken bir fesih hali ile sona erdirildiğinde, değişik işverenlerin işyerlerinde geçirilen süreleri birleştirilemez. Ancak uygulamada görüldüğü üzere, asıl işveren, alt işverenle anlaşarak ve alt işverenin işçinin rızası da alınmak suretiyle iş sözleşmesi asıl işverene devredildiğinde alt işverenin işyerinde geçirilen süreler de dikkate alınarak asıl işveren tarafından kıdem tazminatı ödenmesi gerekir. O halde olayın özelliği göz önünde tutularak bir sonuca gitmek gerekir.

Çok teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkürler, Sayın Ekonomi.

Sorular bittiği için değerli Hocamızdan açıklama bekliyoruz.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Sıcaklığını kaybetmemesi için hemen Hocamın görüşlerinden başlayayım. Pür hukuk kokan şeyler söyledi, onun için Hocamdan başlayarak cevap vereyim. Fasılalı geçen sürenin içinde bir belirli süreli sözleşme de varsa, örneğin 7 yıl önce böyle bir sözleşmeyle çalışılmışsa, bunu da dikkate alacak mıyız? Sigorta kaydı, altı aylık kıdem açısından işe yarar mı? Benim görüşüm, son ilişki belirsiz süreli olmak kaydıyla, daha önceki süre belirli süreli sözleşmeye tabi olarak geçirilmiş olsa da veya kıdem tazminatına hak kazandırmayacak biçimde sona ermiş de olsa, bütün süreler dikkate alınacaktır.

Buradaki süre kıdem süresi değil, çalışma süresidir. Hiçbir yan şarta bağlı olmayan bir süredir. Bu açıdan bir tereddüdüm yok, Hocam farklı düşünebilir, bilemiyorum, ama benim soruya vereceğim cevap bu.

Belirsiz süreliden sonra belirli süreliye geçme olayına gelince, Tire'deki olaya ilişkin karar benim elime de geçti. Tebliğimde açıklarken de, üzerinde durduğum konu, o değil. 8-9 yıl belirsiz süreli sözleşmeyle çalıştırılmış bir kişi beğenilmiş, belli bir performans göstermiş, müdür düzeyinde bir sözleşme yapılıyor, belirli süreli sözleşme. Kişi de buna evet diyor, yani iş şartlarının değiştirilmesi gibi bir olay yok, Yargıtay'ın kararı o açıdan isabetli.

Buna karşı belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan bir işçiyi, fesihle veya başka türlü belirli süreli sözleşme yapmaya zorlamak mümkün değildir, bu birinci sözleşmenin haksız bir feshidir, bir geçerli sebep değildir. Dolayısıyla, burada varılacak sonuç da bu. Taşeronda geçen sürenin kıdem bakımından asıl işverendeki süreyle birleştirilmesi konusunda, aynı şeyi düşünüyorum. Ben Yargıtay'ın kararını eleştirdim, çok hatalı bir karar buldum "iki halde birleştirilebilir" dedim. Birincisi, taşeron ilişkisinin muvazaalı olduğu iddiası olabilir.

İkincisi; taşeronun işyerinin asıl işverene devri. İşyerinin devri hangi hukuki sonucu doğruyorsa, hizmet akdinin devri de aynı hukuki sonucu doğurur, dolayısıyla o noktada sizinle hemfikirim. Ama, kararda öyle bir ifade olmayınca, karar tam tersini söylüyor. "İşyeri devredilmemiş olsa bile birleştirilir" diyor. Dolayısıyla sizinle hemfikirim.

Oturum Başkanı- O olayda zaman aşımı söz konusu olabilir. Birinci işten çıkıştan sonra dava açma süresi, kalmayabilir, onun için biz primlerde de taşeron ve üst işveren olduğu zaman yan yana müteselsilen sorumu diyoruz.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- O başka bir konu, buradaki tartıştığımız konu bu değil.

Ben notlarımı sıraya koydum, öyle başlayarak gideyim. Bir kere, çok üzerinde durulan birçok kişinin müşterek sorusu veya beni eleştirdiği, paylaşmadığı bir noktayı açıklayayım. Bir yanlış anlamayla beraber bu eleştiriler geliyor. Genel müdürle yapılan belirli süreli sözleşmede, hep şöyle denildi, Sayın Pesok dedi, Sayın Okcan söyledi. Belirli süreli sözleşme yapma taraf iradelerine bırakılamaz; bırakılmak son derece yanlıştır, tehlikelidir. İşin gereği böyle bir şart olmalıdır. Prensip olarak söylediğiniz doğru, ama olayda genel müdür sadece sözleşmenin tarafı değil, genel müdürün yapacağı iş de belirli süreli sözleşme yapmayı gerektiriyor.

Herhangi bir işçinin yapacağı bir sözleşme gibi değil. Kaldı ki, sizin mantığınızdan hareket edildiğinde, "taraf iradelerine hiç bırakılamaz" dediğinizde, belirli süreli sözleşme yapmanın işçinin lehine olduğu şartlarda, belirli bir süre istihdam edilmeyi, işçinin garanti altına almak istediği durumlarda, nitelikli

TÜRK-İŞ
Bilgi Merkezi

işçinin cezai şart koymak istediği durumlarda niye taraf iradelerine bırakmayalım? Pekala bırakılabilir. Genel bir prensip olarak konulmaması doğrudur. O açıdan, genel müdür olayına özgü olarak Yargıtayın kararını isabetli buluyorum.

Kanundaki belirli bir işin ortaya çıkması, bir işin tamamlanması veya belli olguların ortaya çıkması sözlerinin lafzına o kadar bağlı kalmak mümkün değil, hayat olayları karşısında; kaldı ki, yasa bunları sıraladıktan sonra, arkasından "gibi" sözcüğünü de ifade ediyor, yani lafsa bağlı bir yorum yapsak bile bu sonuca varmak mümkün. Dolayısıyla, belirli süreli sözleşme yapmak elbette yeni şartlara, belli şartlara bağlanmıştır, iş gerektirmelidir, işin niteliği gerektirmelidir. Ama, "taraf iradelerine bırakılamaz" diye eleştirmek isabetli değildir diye düşünüyorum.

Daha sonra izin verirseniz tek tek konulara geleyim. Elimdeki notları sıralayarak.

İnci Sel hanım birçok konuda kendi görüşlerini ifade ettiler, benim düşündüğüm gibi olduğunu söylerdiler. Ama, emeklilik geçerli bir neden mi? Bu emeklilik konusuyla ilişkin görüşlerimi söylersem, birçok arkadaşımla olan konuyu da toparlamış olacağım.

Önce daha makro bir konuyu ortaya koyayım. Bu toplantı kanunun değerlendirilmesi toplantısı değil. Kanun 10 Haziranda yürürlüğe girdiğinde ve onun öncesi tasarı halindeyken bir seminer fırtınası sürdü, hepimiz değişik yerlerde görüşlerimizi açıkladık. Dolayısıyla, ben tebliğimde kanuna ilişkin eleştirilerden mümkün olduğu kadar sakınmak istedim, hatta problem olan yerlerde Yargıtayın bunu aşarak çözüme varması görüşünde olduğumu ifade ettim.

Dolayısıyla, kanunla ilgili konularda fazla bir şey söylemedim. Emeklilik meselesine gelince; bu aslında - "makro" kelimesini onun için kullandım -, daha genel bir konu üzerinde durmayı gerektiriyor. Geçerli sebep nedir, ne geçerli sebeptir, ne değildir? İşin bamteli, çözümü bu noktadadır. Buna benden kesin, net cevaplar istemek haksızlık olur. Kanunu hazırlayanlar da şunlar geçerli sebep diyememişler, gerekçelere koymuşlar. Yargıtay çözecek, benim kendi düşüncemle olması gereken, adalet duygum açısından, neler olabileceğini söyleyebilirim. Örneğin, emeklilik konusu, sadece emekliliği geldi diye iş akdi feshedilen işçinin feshinde bu geçerli bir neden değildir.

Düşüncem bu, ancak şunu söylüyorum: İşverenin yönetim hakkını da dikkate alarak, belli sürelerde işyerinin başarısı, performansı açısından önceden objektif nitelikli kurallar koyarak, bu işyerinde 60 yaşına gelenlerin iş akdi fes-

hedilecektir demişse veya 506 sayılı Kanun anlamında yaşlılık aylığına hak kazananların iş akdi feshedilecek demişse ve bu kuralı da objektif bir şekilde uyguluyorsa, burada geçerli bir sebep kabul etmek gerekir düşüncesindeyim, bunu ifade ettim.

Yargıtayın kararına konu olan olaylarda,. Yargıtay da emekliliği zaman zaman geçerli sebep sayıyor, zaman zaman saymıyor, özelleştirilen kuruluşlarda saydı, diğerlerinde yan destekler arıyor. Eğer emekliliği gelenlerin hepsinin sözleşmesi feshedilmişse, sonradan yeni işçi alınmamışsa vesaire gibi destekler arıyor. Dolayısıyla, her bir somut olayı değerlendirmek gerek. Genel olarak bu geçerli sebep mi, değil mi derseniz, benden cevap istemek bana haksızlık olur diye düşünüyorum.

Sayın Fevzi Demir'in açıklamalarında vardı, bütçenin yüzde 30'unu aşmış olması geçerli bir sebep mi, belediye mevzuatını bilmiyorum. O noktada eğer açık bir hüküm varsa, elbette bir geçerli sebep sayılacak. Ama, kararda Yargıtay'ın üzerinde durulması, durulması gerektiği halde durmadığı konu şudur. Toplu işçi çıkarmaya ilişkin kurallardan hiç bahsedilmiyor. Ücretsiz izine çıkmış, iş akdini feshetmiş.

İkincisi; 19 uncu maddeden hiç bahsedilmiyor ve buna rağmen, yüzde 30'a dayanarak işe iade kararı veriliyor, kararı o açıdan eleştirdim.

İnci Sel hanımın bu genel açıklamalarından sonra, işin taşerona verilmesi geçerli bir sebep midir gibi bir sorusu da var. Yani ben dedim ya, "hangisi geçerli sebep, hangisi değil" dedi.Bana göre geçerli bir sebeptir. Bir başkası farklı düşünebilir. İşin taşerona muvazaa falan olmamak kaydıyla, işin taşerona verilmesi geçerli bir sebeptir.

Abdurrahman beyi yazılarıyla da, kararlarıyla da yakınen izliyoruz ve ben şahsen keyif alıyorum, çok değerli bir yargıç. "dört ay alt sınırdan verilmesi doğru değil" diyorlar. Yani; yukarıdan verilmesi gerekir. Ben yukarıdan verdim, Yargıtay da bozdu, bozulan kararlar da bende, yani Kartal İş Mahkemesinden gelen kararlardan da aldım. Abdi bey de bu konuda görüş ifade etti, "üst sınır verilmeli, aşağıya düşürülmüşse gerekçesi açıklanmalıdır" dediler.

Ben o düşüncede değilim, yani sistemin mantığı, sistemin gereği alt sınırdan verilmesi, ama üst sınır için bir gerekçe gösterilmesi. Nitekim kanun, hem 4773 hem de 4857 üst sınırdan verilecekse veya artırılmışsa, - onun gerekçesinin neler olabileceğini, isabetli mi, değil mi o gerekçeleri eleştirdim - bir gerekçe arıyor. Dolayısıyla, sistemin mantığı üst sınırdan değil, alt sınırdan verilmesi.

"Dört aylık ücret yetersiz" diyorsunuz. Bu kanunun eleştirilmesi, Türkiye'deki yargının ağır işlemesinden kaynaklanan bir sorun. Buna bir şey diyemeyeceğim. Anayasa Mahkemesine bir siyasi partinin açtığı davanın konusunda bu var mı bilmiyorum. Ama zatıaliniz Anayasa mahkemesine intikal ettirdiyse biz de merakla kararı bekliyoruz.

Ahmet Emin Şahin arkadaşımız, "işveren dava sürerken işçiyi işe almışsa, bu hâlâ davanın konusu kalmamıştır, işe alma iradesini açıklamıştır. Dolayısıyla, feshin geçersizliğini hâlâ konuşmak anlamsızdır" dedi. Yani, bu kelimeleri söylemedi, ama bu mayanda sonuç itibariyle düşüncelerini açıkladı.

Sayın Ahmet Şahin Bey'e cevabı bir soruyla vereyim. İşveren iş akdini feshetti, "altı ay sonra da gel başla" dedi ve samimi. Bu altı ayın faturasını kim ödeyecek; bu altı ayın faturası kime çıkacak? Dolayısıyla yargılama sürecek, işçiyi altı ay işsiz bırakmanın geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı mahkeme kararıyla ortaya çıkacak. Bu açıdan düşüncesine katılmıyorum.

"Mahkemede kıdem, ihbar tazminatı davası açmışsa ne olur" dediniz ve hatta bir karar da verdiniz. Karar, il hakem kurulları döneminde verilmiş, 274 sayılı Kanun dönemiyle ilgili bir karar. Ama, şimdi bir emsal olabilir mi diye belki değerlendiriyorsunuz. Ben o konuda düşüncemi açıklayayım. Bu tebliğ hazırlanmadan önce de bu konunun farkındaydım, farkındayım. Yani bir sorun olarak nasıl çözüm gelmekte olabilir diye.

Terdidli dava konusunda şimdilik Yargıtay işe iade davasında mümkün olmadığı kararında, o konudaki düşünceme tekrar döneceğim. Ama, uygulamada şu yaşanıyor: İşçi terdidli dava açmıyor, işe iade davasındaki sonucun da ne olacağından çok emin değil, bir taraftan da zaman kaybetmeyim diye başka mahkemede veya aynı mahkemede kıdem ihbar tazminatı davası açıyor. Bir kere burada derdestlik söz konusu değil davanın konusu farklı, onda hiç şüphe yok.

Bu davayı açması, işe iade davasından feragat ettiği anlamında da yorumlanamaz. Burada olsa olsa, kıdem ihbar tazminatı davasına bakan mahkeme bunu bekletici mesele yapıp, öbür davanın sonucuna göre olayı çizmesi gerekir diye düşünüyorum.

Av. Ahmet Emin Şahin- Bir soru sorabilir miyim? Konu şu: İşçiyi işten çıkarıyorsunuz, fesih iradenizi tebliğ ediyorsunuz. İşçi gidiyor, işe iade davasını açıyor, siz derhal ihtar çekiyorsunuz, "ben irademi geri aldım, işbaşına gel" diyorsunuz. İşçi gelmiyor, davayı devam ediyor, konu bu, soru bu.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Sayın, Ahmet Emin Şahin, sizin söylediğiniz olay son derece kötüye kullanmaya müsaittir. Bu olay İstanbul'da birkaç iş mahkemesinde de yaşanmış bir olaydı. Dava açan işçiye karşı işveren noterden "gel işe başla" diyor. dava düşer veya davadan feragat dediğiniz an, kişi ortada kalacak, işveren başlatacak mı, başlatmayacak mı, bunu nasıl sorgularsınız? Dolayısıyla, olayı bir mahkeme kararıyla sonuçlandırmak doğrudur. Yani, bu tür bir çağrının o davaya bir etkisi olmadığı kanaatindeyim.

O davaya bir şey etki edebilir, böyle bir çağrıya dayanarak, işçi davadan feragat ettiğini söylerse, o zaman olay bitebilir. Onun dışında böyle bir şey söz konusu değil. İşveren de davayı kabul ederse o zaman da biter. Ama kabule rağmen bir kesin hükümle biter.

Geçerli sebep konusuna bağlantılı ve çok önemli, çok üzerinde durulan ve gelecek yıllarda da çok tartışılacak bir konu da, feshin son çare olma ilkesinin nasıl anlaşılacağı konusu. Bu, kanunun gerekçesinde var, yabancı hukuklarda da bu nokta üzerinde durulmuş.

Literatürde de üzerinde çok duruluyor. Başlı başına bir tebliğ konusu. Ama, ben şu kadarını ifade edeceğim: Tebliğimde de söylediğim, Yargıtay, telefon paralarını düşürmedin, fazla mesaileri kaldırmadın, ücretsiz izine çıkarmadın gibi bir dizi işleri sayıyor ve bu adeta bir kalıp haline geldi. Bunların yapılmamış olması; feshin son çare olması ilkesine bir aykırılıktır, bunları yapsaydım, feshe gerek kalmazdı gibi bir mantık içerisinde.

Bunlar feshe alternatif değildir. Mesela reklamları azaltmamak, firma krizdeyse belki reklamı artırması gerekecek. Onun için, "ekonomik değerlendirmeye girmemeli" itirazı yükseliyor. Yargıtay'ın bu kalıbı terk etmesi gerektiği düşüncesindeyim. Bu kalıp son derece tehlikeli bir gelişme gösteriyor. Otomatik olarak feshin son çare ilkesine aykırılık vardır diye bilirkişi raporlarında, mahkeme kararlarında kalıp haline geliyor o açıdan eleştirdim.

Şu soruda da haklısınız. Hangi alternatifin uygulanması halinde fesih son çaredir? Onun cevabı daha geniş, daha kapsamlı bir konu onun için izin verirseniz, oraya girmeyeyim. Sayın Pesok'un sorularını cevaplandırdım.

Sayın Can Tuncay, önemli ölçüde aynı görüşleri paylaştığını ifade ettiler. Sadece terdidli dava konusunu söylediler. Efendim, bu terditli dava konusuna, daha Yargıtay bu kararları vermeden, Sayın Ekmekçioğlu hatırlayacak, kendisi de burada, TÜRK-İŞ'in kanun çıktıktan 10 gün sonra düzenlediği ve 9 uncu Hukuk Dairesi değerli üyelerinin de katıldığı, benim ve Prof. Dr. Polat Soyer'in konuşmacı olduğu bir toplantıda değinmiştim.

Orada da, ilk defa daha uygulama şekillenmeden terdidli dava açılması gerektiğini ve terdidli davayla işin uzamasını bir ölçüde önleneceğini ifade etmiştim. Gene aynı düşüncedeyim, terdidli dava açılabilmelidir, terdidli dava Sayın Uçum kendisi de kabul ediyor, terdidli davanın olması gerektiğini. Ama, birtakım yargılama hukuku vekalet ücreti vesaire konuları sorun yaratıyor. Uzmanlık alanınım olmamasına ve hiç avukatlık yapmadığıma bağışlayın. Onun için fazla o konulara giremeyeceğim.

Sayın Uçum'un söylediği, "tetkik merciine gittiğimde şu sorunlar doğmaz mı Hocam?" diyor. Prensip olarak benim gibi düşündüğünü, gerek iş güvencesi tazminatının, gerek 4 aylık ücretin likit olarak belirlenmesi gerektiğini, ay olarak belirlenmemesi gerektiğini söylüyor. Ama, tetkik merciinde de işe başlattı mı, başlatmadı mı, bu tartışma yapılamaz mı, yapılırsa tetkik merci hâkimi buralara girebilecek mi? Efendim, bu söylediğiniz konu son derece önemli. Kanunun sisteminin eleştirilmesine ilişkin bir konu. Ama, mevcut Yargıtay kararından herhalde dönülmesi gerektiğinde, siz de hemfikirsiniz. Bu noktalar, aslında tebliğimde bir cümle söyledim, ama söze başlarken de şunun altını çizerek vurguladım.

"Bu bir kanununu eleştirme semineri değil" dedim. Ama, buraları söylerken, aynen ifade burada tebliğimin 27 nci sayfasında not almışım, şarta bağlı hüküm verilemez kuralını ihlal eden bir kanuni düzenleme vardır. Bunu söyledikten sonra, şunu da söyledim: "Hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta, tereddüde yer bırakmayacak şekilde karar verip, uyuşmazlığı sona erdirmelidir".

Kanunun düzenlemesi buna müsait değildir; 21 inci madde buna müsait değildir. Dolayısıyla, problem doğacaktır, bunların da aşılması nasıl olur, bilemiyorum, belki de bir yasa değişikliğine gidilecek.

Dava açma süresiyle ilgili, Sayın Uçum'un ifadesinde de var, başka arkadaşlarım da bu noktaya girdiler. Dava açma süresinin ne zaman başlayacağı konusunda Sayın Fevzi Demir de ifade etti, Sayın Demir kendine özgü bazı görüşler de ileri sürdü, paylaşmadığımı, hiçbir şekilde katılamayacağımı ifade edeyim. Yani, fesih bildirimiyle, fesih sürelerini bildirimin farklı şeyler olduğunu söylemek mümkün değil.

Kanundaki düzenlemeyi isabetli bulmuyorum. Ama, kanundaki düzenlemenin çok açık olduğu bir yerde, kanuna rağmen yorum yapılmasının da, yorum yapmak olmadığını, "contra legem" davranış olduğunu ifade etmeliyim. Madde "fesih bildiriminin iş sözleşmesi feshedilen işçi" diye başlıyor. Ama, sürenin ne zaman başlayacağını, fesih bildiriminin tebliğinden itibaren şeklinde açık olarak ifade ediyor.

Hal böyleyken, bu kanunu beğenelim, beğenmeyelim, bir aylık sürenin o tarihte başladığını kabul etmek gerekecektir.

Sayın Refik Korkusuz "doğrusu sözlü usulden uzaklaşmak doğru mudur?" gibi bir soru sordular. Kanunu hazırlayan meslektaşlarımdan da değerli katılımcılar var. "Seri usul" sözcüğü oraya yazılırken, Usul Kanunundaki anlamının nereye geldiği her halde fazla değerlendirilmedi. Amaç, bir iyi niyetin ifadesi olarak davanın hızla çözülmesiydi. Buradaki seri usulün hiçbir anlamı olmadığını, fiili uygulamanın da bu yolda olduğunu gözlemliyorum.

İş mahkemeleri değerli yargıçları da burada. İş mahkemelerinde, işe iade davalarında da bir cevap süresi vesaire gibi bir şey öngörülmediği, sadece tensip zaptıyla delillerini bildir, cevabını bildir şeklinde bir tebligat yapıldığını gözlüyorum. Dolayısıyla, şunu söylemek istiyorum: 1950'de İş Mahkemeleri Kanunu çıktığındaki yargılama usulü ve uygulaması neyse, bütün iş mahkemelerindeki davalarda aynı usul, aynı yöntem uygulanıyor.

Sayın Fevzi Demir'in işe başlatma, işverenin kabulü anlamına gelir gibi bir düşüncesi var. Ben o düşüncede değilim. İşe başlatma, işverenin kabulü anlamına gelir dediğiniz anda, işsiz kalınan sürenin tazminatına, feshin geçersizliği söz konusu değilken, nasıl hükmedebilirsiniz?

Herhalde cevaplandırmadığım arkadaş kalmadı.

Toplu İş İlişkileri

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Nuri Çelik
İstanbul Ticaret Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Tebliğ Sahibi

Prof. Dr. Devrim Ulucan
İstanbul Teknik Üniversitesi
İşletme Fakültesi

I. SENDİKALAR HUKUKU İLE İLGİLİ KARARLAR

1. İşyeri Sendika Temsilcisinin İşyerinin Değiştirilmesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2003 yılında verdiği bir kararda, *"İşyeri sendika temsilcisi olarak çalışan davacının yazılı muvafakati alınmadan, müze ve ören yeri gelirlerinin tahsiline başlanması ve personel ihtiyacı nedeniyle işyeri değiştirilmiş olup, 2821 sayılı Sendikalar Yasasının 4773 sayılı yasayla değişik 30. maddesinin son fıkrasının hükmüne göre sendika temsilcisinin yazılı muvafakati alınmadan işyerinin değiştirilmesi mümkün olmadığından ve davacının işyeri değişikliğinin gerekçesi geçerli bir sebep içermediğinden davanın kabulü yönüne gidilecektir" dedikten sonra, "Davacının işyeri değişikliğine ilişkin davalı bakanlığın dava konusu işleminin geçersizliğine, davacının davalı bakanlığın Kütahya İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü işyerine iadesine"* karar vermiştir (Y9HD, 20.11.2003, 19327/19592, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/2, 674-675).

Yüksek Mahkemenin kararından anlaşıldığı kadarı ile, işyerinde bağıtlanmış toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikanın usulüne uygun olarak atadığı sendika işyeri temsilcisi işçinin işyeri, yazılı rızası alınmadan değiştirilmiştir. Davacı, işyeri değişikliği işleminin 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30. maddesine aykırı olduğunu iddia ederek, temsilci olarak eski işyerine ve görevine iade edilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren ise, 1.1.2001-31.12.2002 yürürlüklü olan toplu iş sözleşmesinin süresinin sona erdiğini ve bu nedenle temsilcinin görev süresinin de sona erdiğini, ayrıca taraflar arasındaki iş sözleşmesinde işverene işçinin görev yerini belirleme yetkisinin verildiğini, bu yetkinin toplu iş sözleşmesinde de öngörüldüğünü, davacının görev yeri değişikliğine karşı çıkmadığını ve dolayısıyla değişikliğe zımnen onay verdiğini, nihayet görev yeri değişikliğinin sendikal faaliyetine engel oluşturmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

İşyeri sendika temsilcilerinin güvencesini düzenleyen Sendikalar Kanununun 30. maddesi, 4773 sayılı Kanunla İş Kanununda yapılan değişikliklere uygun hale getirilmiş ve tümüyle yeniden düzenlenmiştir. Aynı yönde olarak 4857 sayılı yeni İş Kanununda da maddenin içeriğine dokunulmamış, sadece maddenin birinci fıkrasında geçen "1475 sayılı İş Kanununun" ibaresi "İş Kanununun", ikinci fıkrada geçen "1475 sayılı Kanunun 13/D" ibaresi "İş Kanununun 21'inci" şeklinde değiştirilmiştir (m.117). Bu yeni düzenlemeye göre:

"İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

Temsilcinin iş sözleşmesinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde İş Kanununun 21'inci maddesi uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir.

İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır."

Görüldüğü gibi yeni düzenleme, maddenin eski halindeki işyeri sendika temsilcisinin sadece haklı nedenle işten çıkarılabileceği, işverenin böyle bir neden olmaksızın iş sözleşmesini feshetmesi halinde başkaca bir gerekçe aranmaksızın temsilcinin işe iade edileceği kuralından ayrılmıştır. Yeni düzenlemede ise sendika işyeri temsilcisi diğer işçilerle aynı konumda değerlendirilmiş, iş yasasının iş güvencesi kuralları kapsamına alınmıştır.

Bu durumda işveren sadece haklı bir nedenin bulunması halinde değil, İş Kanununun 18. maddesinde belirtilen geçerli nedenlerin ortaya çıkması halinde de temsilcinin iş sözleşmesini feshedebilecektir. Böylelikle Sendikalar Kanununun 35. maddesinde belirtilen *"... İşyeri sendika temsilcileri bu görevlerini, işyerindeki işlerini aksatmamak ve iş disiplinine aykırı olmamak şartıyla yerine getiririler"* kuralı ile uyum sağlanmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede sendika işyeri temsilcisinin haklı nedenle feshe dayanak oluşturmayan, ancak işyerinde işleri aksatan, işini savsaklayan veya iş disiplinine aykırı boyutlara ulaşan davranışları, geçerli nedenle feshe olanak sağlayacağına göre, yeni düzenleme bu yönü ile bir anlam ifade edecektir. İşveren doğal olarak burada da İşK. m.20/2 hükmüne göre geçerli nedene dayandığını kanıtlamakla yükümlüdür. Ancak, feshin İş Kanununda belirlenmiş olan geçerli nedenlerin dışında başka bir sebebe dayandığını, bu arada temsilcilik faaliyetleri nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini kanıtlamak ise, temsilci işçiye düşmektedir.

Oysa yukarıda da belirtildiği gibi eski 30. madde düzenlemesine göre fesih halinde haklı bir nedenin bulunması dışında, iade için salt işyeri sendika temsilcisi sıfatının taşınması, güvence için yeterli olmaktaydı. Bunun ötesinde temsilcinin ayrıca temsilcilik faaliyetlerinden dolayı işten çıkarıldığını kanıtlama yükümlülüğü bulunmamaktaydı.

Yeni düzenleme ise, sendika işyeri temsilcisinin iş sözleşmesinin feshedildiği durumda, kendisi iş sözleşmesinin işverenin ileri sürdüğü gibi geçerli nedenlerle değil, sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedildiğini kanıtlaması halinde, işe iade kararı alınmasına rağmen işverence işe alınmadığı durumlarda (diğer işçilerden farklı olarak 4 veya 8 aylık ücreti tutarında değil) SenK m.30/2 hükmüne göre ona en az bir yıllık ücreti tutarında tazminat al-

ma olanağını sağlamaktadır (Bak. *Çelik,* N., İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004, 369-371).

Görüldüğü gibi yeni içeriği ile SenK m.30, temsilcileri ilke olarak iş güvencesi bakımından diğer işçiler ile aynı konumda değerlendirmekte, temsilcilik sıfatları ve bundan kaynaklanan yetki ve görevleri dışında, onların da birer işçi olduklarını ve bu yönden iş görme borçlarını yerine getirme bakımından bir ayrıcalıkları olmadıklarını belirlemektedir. Ancak sendika işyeri temsilcisi oldukları için bu görevleri çerçevesinde onları iki yönden özel koruma altına almaktadır. Bunlardan birincisi, temsilcinin, temsilcilik faaliyetlerinden ötürü işten çıkartıldığını kanıtlaması halinde, işe iade kararına karşın, işveren onu işe almazsa diğer işçilerden farklı olarak en az bir yıllık ücreti tutarında tazminatı hak edecektir. İkincisi ise, sendika temsilcisinin çalıştığı işyeri, temsilcinin yazılı rızası olmadıkça değiştirilemeyecek veya işinde esaslı bir değişiklik yapılamayacaktır. Aksi halde yapılan değişiklik işlemi açık yasa hükmüne göre geçersiz sayılacaktır. Bu durumda, sendika temsilcisinin iş yerinin değiştirilmesi ile ilgili işlem geçersiz olduğundan temsilcinin değişiklik işlemine uyma zorunluluğu yoktur. Temsilci değişikliğe uymayacağı gibi, işini sürdürmeye hazır olduğu sürece, işveren ona ücret ödemekle ve diğer haklarını da sağlamakla yükümlüdür. İşveren temsilcinin iş yeri değişikliğine uymaması nedeni ile onun iş sözleşmesini feshederse, yapılan feshin geçerli bir nedene dayandığını ileri süremeyeceği gibi, feshin işçinin sendika temsilcisi olmasına yönelik olduğu da tartışmasız ortaya çıkacaktır.

Davaya konu olan olayda davalı işveren, toplu iş sözleşmesinin 1.1.2001-31.12.2002 tarihleri arasında yürürlükte olduğunu, bu sürenin sonunda toplu iş sözleşmesinin sona erdiğini ve dolayısı ile davacının da temsilcilik sıfatının sona erdiğini ileri sürmektedir. Sendikalar Kanununun 35. maddesinde, *temsilcinin görevinin sendikanın yetkisi süresince devam edeceği,* aynı kanunun 34. maddesinde de *toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikanın temsilci atayabileceği* düzenlenmiştir. Olayda toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra başka bir sendikanın kesinleşmiş bir yetkisi olmadığına ve taraf sendika yetki kaybına uğramadığına göre, salt toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile temsilcilik sıfatının da sona erdiğini kabul etmek mümkün değildir. Yüksek Mahkeme bu konuyu haklı olarak inceleme gereği duymamıştır (*Çelik,* 370-371).

Davalı, davacının işyeri değişikliğini iş sözleşmesinde baştan kabul ettiğini ileri sürmektedir. İş sözleşmesi ile önceden işyeri değişikliği kabul edilse bile, bu durumda da hakkın kötüye kullanılmaması gerekmektedir. Somut olayda böyle bir araştırmayı dahi gereksiz kılan bir olgu bulunmaktadır. İş sözleşmesin-

deki söz konusu düzenleme sendika işyeri temsilcisi bakımından anlamını yitirmiştir. Davacı işçi, işyeri sendika temsilcisi sıfatını taşımaktadır ve bu sıfatı taşıdığı sürece, SenK m.30'da yer alan emredici nitelikteki düzenleme gereğince, yazılı rızası alınmaksızın çalıştığı işyeri değiştirilemeyecek, işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapılamayacaktır. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılacaktır. Yüksek Mahkeme bu gerçeği haklı olarak dikkate almış ve dava konusu işlemin geçersizliğine ve temsilcinin işyerine iadesine karar vermiştir. Bu karara varılırken de davacının yer değişikliğine karşı çıkmadığı ve üstü örtülü olarak değişikliği kabul etmiş sayılacağı iddiası da, yasa bu konuda açıkça yazılı onay aradığından (SenK. m.30/son) haklı olarak dikkate alınmamıştır.

Yine davalının ileri sürdüğü temsilcinin yeni işyerinde temsilcilik görevini sürdürebileceği savı da, işyeri temsilciliğinin temsilcinin atandığı işyeri bakımından geçerli olması nedeniyle, Yüksek Mahkemece aynı şekilde haklı olarak dikkate alınmamıştır.

Diğer yandan davaya konu kararda temsilcinin işe iadesinin, işyeri değişikliği kararının geçersiz olmasına mı dayandığı; yoksa temsilcinin işyeri değişikliği kararına uymaması nedeni ile yapılan fesih işleminin geçersizliğine mi ? dayandığı tam olarak anlaşılamamaktadır. Her iki hal için değişiklik işlemi ile fesih işleminin geçersiz sayılması yasaya uygundur. Ancak, işyeri değişikliği kararının geçersiz sayılması halinde temsilcinin iş görmeye hazır olduğunu ortaya koyması yeterli olacakken; fesih işleminin geçersiz nedene dayandığı gerekçesi ile temsilcinin işine iadesine karar verildiğinde, işveren temsilciyi işe almaması halinde temsilciye en az bir yıllık ücreti tutarında tazminat vermek zorunda kalacaktır.

2. Genel Başkanlık Görevine İade

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda, genel başkanlık görevinden geçici olarak alınan davacının görevine iade edilmesi için açtığı davada, genel başkanlıktan kendisinin istifa etmesi nedeniyle, sendika ile olan hukuki ilişkisinin kendisi tarafından bozulmuş olduğu gerekçesine dayanarak yerel mahkemenin aksi yöndeki kararını bozmuştur.

Yüksek Mahkemenin kararına göre *"Ortada davacının istifa ettiği konusunda ceza mahkemesi hakimi tarafından tespit edilmiş maddi olgular mevcut iken ve hukuk hakimi ceza hakimince varlığı belirlenen bu olgular ile bağlı kalması gerekirken ve maddi olguların tespiti gerek bilimsel verilere ve gerekse yeminli tanık beyanlarına dayanmakta ise, artık bu maddi olgulara bağlı kalınması gerekir. İşten çıkarılan bir kişinin istifasının bir anlamı olmadığı şeklindeki düşüncenin hukuksal bir yönü bulunmamaktadır.*

Yukarıdaki tüm anlatımlardan anlaşılacağı şekilde, tedbir mahiyetinde kabul edilen geçici işten el çektirme işleminden sonra, davacı genel başkanlıktan istifa ile ayrılmış ve dolayısı ile davacı ile sendika arasındaki bu hukuki ilişkiye davacı son verdiğinden, yeniden genel başkanlık görevine iade talebiyle dava açmasının yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Mahkemece bütün bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmadan davacının talebinin kabulüne karar verilmesi hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekir" (Y9HD, 23.9.2003, 13961/15292, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/1, 212-214).

Dava konusu olayda davacı, davalı sendikanın genel başkanı olarak görev yaptığı sırada 7.4.1999 tarihli yönetim kurulu kararı ile görevden el çektirildiğini, ancak, bu işlemin yasalara ve tüzüğe aykırı olduğunu belirterek, sendika yönetim kurulu kararının iptalini istemiştir. Yerel mahkemenin, aynı doğrultuda davacının sendika yönetimince işten el çektirildiği ve bu nedenle onun istifasının bir anlam ifade etmediği sonucuna vardığı anlaşılmaktadır (Sendika yöneticisi ile sendika arasındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayanmadığına göre, burada işten çıkarmadan değil "görevden alınma"dan söz edilmelidir. Bu konuda bak. Şahlanan, F., Toplu İş İlişkileri, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, 123).

Davalı sendika vekilleri ise, davacının usulsüz harcamalar yaptığının tespit edilmesi üzerine 7.4.1999 tarihinde sendika denetleme kurulunun raporu ve teklifi üzerine görevden alındığını ve ayrıca kendisinin aynı gün 7.4.1999 tarihinde sendika genel başkanlığından istifa ettiğini belirterek açılan davanın reddini istemiştir.

Davacı görevden alındıktan sonra hakkında emniyeti suiistimal suçundan dava açılmıştır. Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesi davacı hakkında beraat kararı vermişse de Yargıtay 11. Ceza Dairesi *"... İş Sendikası başkanı olan sanığın sendika gelirlerini kendisinin veya başkasının menfaatine olarak kaban, elbise vs. almak suretiyle sarf ettiği ve müsnet suçun tüm unsurları ile itibariyle oluşmasına rağmen beraatına hükmolunması kanuna aykırıdır"* gerekçesi ile hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Diğer yandan davacı kendisinin istifa etmediğini, boş olarak imzalayıp daha önceden bıraktığı kağıtların doldurulduğunu iddia etmiştir.

Davcının şikayeti üzerine Ankara 2. Asliye Ceza Mahkemesinde sendika görevlileri hakkında hırsızlık ve sahte evrak düzenleyip kullanmaktan ötürü dava açılmış ve sonuçta tüm deliller dikkate alınarak istifa belgesi düzenledik-

leri ileri sürülen sendika çalışanlarının bu suçu işlemedikleri belirtilerek beraatlarına karar verilmiştir

Davacının sendika genel başkanlığı görevinden alındığı veya tedbir mahiyetinde kabul edilen geçici olarak işten el çektirildiği konusunda kararda bir açıklık yoktur. Kararda bazen görevden alınmadan, bazen de karar bölümünde olduğu gibi geçici olarak işten el çektirilmeden söz edilmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme davacının geçici olarak işten el çektirildiği gerekçesine dayandığına göre, olayı bu yönü ile değerlendirmek doğru olacaktır.

Karardan anlaşıldığı kadarı ile davacı istifa etmediğini, istifa dilekçesindeki imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürmekte ve kendisinin sendika yönetimince görevden alındığını iddia ederek bu kararın iptalini istemektedir. Yüksek Mahkeme de istifa dilekçesindeki imzanın davacıya ait olduğu konusunda ceza mahkemesince verilmiş bir karar olduğunu ve bu nedenle konunun iş mahkemesince artık bir daha incelenemeyeceği sonucuna varmıştır. Yargıtay tedbir mahiyetinde geçici olarak işten el çektirmenin görevden alma olmadığı ve bu nedenle de davacının kesinleşmiş istifası ile sendika ile olan ilişkisini kendisinin sona erdirdiğini, artık göreve iade talebinin bir anlamı kalmadığını kabul etmektedir.

Gerçekten de sendika genel başkanlığından tedbir niteliğinde olmak üzere geçici olarak el çektirilen davacının sendika ile arasındaki hukuki ilişki sona ermemekte, askıda kalmaktadır. Bu dönemde davacının istifa suretiyle hukuki ilişkiyi sona erdirmesi mümkün olduğundan ve istifasının da ceza mahkemesi kararı ile kesinleşmiş olması karşısında, görevden alınma işleminin iptali ve göreve iadesi talebinin de kabulü hukuken mümkün değildir.

3. Sendikal Tazminat

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2003 yılında verdiği iki kararda, daha önceki yıllarda verdiği kararlarda olduğu gibi, işçinin sendikaya üye olması veya sendikal faaliyetlere katılması nedenleri ile işten çıkarıldığının ileri sürülmesi halinde bunun işçi tarafından kanıtlanmasını aramaktadır.

Bu kararlardan ilkinde *"... Davacının birbuçuk yıl önceki sendika üyeliği dışında sendikal faaliyette bulunduğu hakkında somut bilgi verilmemiştir. Dinletilen davacı tanıkları da davalı aleyhine dava açan ve davalı işverene hasım olan kişilerdir. Bu sebeple bu tanıkların ifadelerine değer vererek sonuca gitmek doğru bulunmamıştır. Kötüniyet tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabul edilmesi hatalıdır"* sonucuna varılmıştır (Y9HD, 29.12.2003, 12558/23567, Tekstil İşveren, Nisan 2004, 292).

Bu konudaki diğer kararında da *"Dosyadaki mevcut bilgi ve belgelere göre, davacının 31.5.1999 tarihinde sendika üyesi olduğu, sendikanın 18.5.2000 tarihinde çoğunluk tespiti için ilgili bakanlığa başvurduğu, başvuru tarihi itibariyle işyerinde 628 işçi bulunduğu ve bunlardan 333 işçinin sendika üyesi olduğunun saptandığı, itiraz davasının 12.10.2000 tarihinde reddedildiği, hizmet sözleşmesinin 13.10.2000 tarihinde feshedildiği anlaşılmaktadır.*

Davacının sendika üyeliği tarihinden fesih tarihine kadar sendikal faaliyette bulunduğu kanıtlanamamıştır. Davacının ve diğer işçilerin hizmet sözleşmesinin feshi yetki prosedürünü etkilememiştir. Ayrıca, sendikalı işçilerle birlikte sendikasız işçilerin de işten çıkarıldığı mahkemenin kabulüdür... Soruşturma sırasında işveren, bazı aylar giren işçinin çıkan işçiden çok görünmesinin nedeninin, kapatılan bir bölümün işçilerinin diğer ay başka bölüme alınmasından kaynaklandığını ifade etmiştir.

O halde hizmet sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin kabul edilebilmesi için işverenin, işyerinde sendikayı ve toplu iş sözleşmesini etkisiz hale getirmek üzere zaman içinde sendikalı işçileri işten çıkardığı kesin olarak saptanmalıdır. Bu durumda öncelikle, işverenin işyerinin bir bölümünü kapatıp kapatmadığı, işçileri diğer bölümde işe alıp almadığı, sendikalı olanlar yanında sendikasız işçilerin çalıştırılıp çalıştırılmadığı, işyerinde sendika üyesi işçilerin azalıp azalmadığı, dört aylık sigorta prim bordroları, sendika üyelik fişleri getirilerek denetlenmeye elverişli şekilde saptanmalı; ayrıca işverene ait bilanço ve işyeri kayıtları incelenerek ekonomik krizde bulunup bulunmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır" görüşündedir (Yarg. 9HD, 16.10.2003, 2662/17235, TÜHİS, Şubat 2004, 61-62).

Her iki karar da sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma nedeni ile iş sözleşmesinin feshi halinde, bu durumun açık bir biçimde işçi tarafından kanıtlanması gerektiği yönündedir ve bu yönü ile değişik Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümlerine uygun düşmektedir.

Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 4773 tarihli Kanunla değiştirilen altıncı fıkrasına göre (4857 sayılı İş Kanununun 118. maddesi ile değişik) sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde 4857 sayılı Kanunun 18-21. maddeleri hükümleri uygulanır. Ancak 4857 sayılı Kanununun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz.

İşyeri sendika temsilcisi açısından olduğu gibi, sendikalı işçiler de diğer işçiler ile birlikte İş Kanununun iş güvencesi hükümleri kapsamındadırlar. Bu ne-

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ İLE İLGİLİ KARARLAR

1. İşkolu Tespitine İlişkin Kararlar

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin verdiği bir karara göre *"...Tespite konu işyerlerinde yapılan işin niteliği bakımından ve ağırlıklı olarak İşkolları Tüzüğünün 28 sıra nolu genel işler işkolunda yer alması gerekirken 17 sıra numaralı ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar işkolunun kapsamında olduğunu belirten Bakanlık tespitine değer verilerek itirazın kabulü yerine reddi hatalıdır. Bu nedenle mahkemece verilen kararın bozularak ortadan kaldırılmasına ve itiraza konu işyerlerinde yapılan işlerin genel işler işkoluna girdiğinin tespitine karar verilmiştir"* (Y9HD, 20.5.2003, 8798/8832, İşveren, Haziran 2003, 21-22).

Karardan anlaşıldığı kadarı ile, iş kolu tespitine itiraz eden sendika, İl Özel İdare Müdürlüğü işyerlerinde yapılan işlerin ağırlıklı olarak genel işler kapsamında olduğunu, bu nedenle Bakanlığın anılan işyerlerinin İş Kolları Tüzüğünün 17. sıra numaralı "ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkoluna girdiğine ilişkin tespitinin iptali ile 28 sıra numaralı "genel işler" işkoluna girdiğine karar verilmesini istemiştir.

Karar aleyhine itiraz edilen Bakanlık, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece bilirkişi raporu dikkate alınarak tespite konu işyerlerinde birbirinden bağımsız işlerin yapıldığının ve aralarında "asıl iş-asıl işe yardımcı iş" bağlantısı bulunmayan işyerlerinin farklı işkollarına girdiğinin tespitine ve itirazın reddine karar verilmiştir.

Yüksek Mahkeme ise tüm dosya ve özellikle mahallinde iş müfettişince yapılan inceleme sonucu hazırlanan teftiş raporunda belirtildiği gibi, işyerinde ve bağlı işyerlerinde tespit tarihi itibariyle 6 işyerinde toplam 38 işçinin çalıştığı bunlardan 24'ünün temizlikçi, çaycı, şoför, bahçıvan ve düz işçi oldukları ve genel işler kapsamında çalıştıklarının anlaşıldığını belirttikten sonra; tespite konu işyerlerinde 1.6.2000-31.6.2001 tarihleri arasında yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin genel işler işkolunda kurulu ...İş Sendikası ile ...İl Özel Müdürlüğü arasında 21.8.2000 tarihinde bağıtlandığı görülmektedir. Böyle olunca tespite konu işyerlerinde işlerin niteliği bakımından ve ağırlıklı olarak İş Kolları Tüzüğünün 28 sıra numaralı "genel işler" işkolunda yer alması gerekir sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkemenin ortaya konan gerekçeler ve vardığı sonuç bakımından doğru olduğu kabul etmek gerekir.

2. İşkolu Barajına İtiraz

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi işkolu barajına itirazda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yayınlanan işkolu istatistiklerinin tarih bakımından dava süreci içinde hangisinin esas alınacağı konusunda bir karara varmıştır. Bu karara göre *"Mahkemede görülen istatistiğe itiraz davasının sonuçlanmasından önce Ocak 2001 istatistiği kesinleşmiş olduğundan bu istatistikte belirtilen rakamların baz alınarak sonraki üye sayısındaki hareketlerin bu sayıya eklenip çıkartılarak sonuca gidilmesi gerekir. Böyle olunca 1.1.2001- 31.6. 2001 dönemindeki üye sayısındaki değişikliklere davacı tarafından itiraz edilmediğinden Ocak 2001 istatistiği baz alınarak oluşturulan Bakanlık tespitlerine değer verilerek, itirazın reddi gerekirken, kabulü hatalıdır. Bu nedenle mahkemenin kabule ilişkin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve itirazın reddine karar vermek gerekmiştir."* (Y9HD, 10.6.2003, 10348/10525, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal-İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2004/1, 170-171).

Yargıtay kararı, Ankara 7. İş Mahkemesinin işkolları işçi sayıları Temmuz 2001 istatistiğine M.T. İşçileri Sendikası tarafından yapılan itiraza dair verdiği 13.3.2003 günlü kararı ile ilgilidir. Ancak Yüksek Mahkeme kararına dayanak olarak, önceki iki dönemki -Temmuz 2000 ve Ocak 2001- istatistikler üzerinde durmuştur. Buna göre MT. işçi sendikası, daha önceden Temmuz 2000 istatistiğindeki üye ve işkolu temsil oranlarına Ankara 3. İş Mahkemesinde itiraz etmiş ve yapılan yargılama sonunda itiraz eden sendikanın Temmuz 2000 tarihi itibariyle üye sayısının 9548, işkolu temsil oranının ise % 10.39 olarak karara bağlanmış ve karar Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir. Ancak bu arada Ankara 3. İş Mahkemesinde görülen davanın sonuçlanmasından önce Bakanlıkça Ocak 2001 istatistiği yayınlanmış ve bir itiraza uğramadığı için kesinleşmiştir.

Aynı sendika bu defa Temmuz 2001 istatistiğine Ankara 7. İş Mahkemesinde itiraz etmiştir. Bu davada MT. sendikası vekili, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 17.7.2001 tarihli istatistiğinin 18 sıra numaralı "kara taşımacılığı" işkolunda faaliyette bulunan müvekkili sendika ile ilgili bölümün iptali ile üye sayısının 13.928 ve işkolu düzeyinde örgütlenme oranının %13 olduğunun tespitini talep etmiştir. Ankara 7. İş Mahkemesi davanın kabulüne karar vermiştir.

Bakanlık Temmuz 2001 istatistiğinin, Ocak 2001 istatistiğinin baz alınarak 11.1.2001-30.6.2001 tarihleri arasındaki sürede MT. sendikasının üye sayısındaki değişikliklerin tespit edilerek hazırlandığını beyan ile, yerel mahkeme kararını temyiz etmiştir.

Yüksek Mahkeme kararında, ilkin Temmuz 2000 ve Ocak 2001 istatistiğine ilişkin yukarıda aktarılan gelişmelere yer vermiş; itiraz eden sendikanın, Ankara 3. İş Mahkemesindeki yargı süreci tarihleri arasındaki üye sayısında gerçekleşen değişiklikler yansıtılmak suretiyle sonuca gidilmesi iddiasının, söz konusu 3. İş Mahkemesindeki davanın sonuçlanmasından önce Ocak 2001 istatistiğinin kesinleşmiş olması karşısında dinlenemeyeceğini belirtmiştir. Bu çerçevede Yargıtay, 3. İş Mahkemesinin Temmuz 2000 istatistiğine ilişkin kararından önce Ocak 2001 istatistiğinin kesinleşmiş olması karşısında, Temmuz 2001 istatistiğine ilişkin karar konusu davada, Ocak 2001 istatistiğindeki rakamların baz alınarak sonraki üye sayısındaki hareketlerin bu sayıya eklenip çıkartılarak sonuca gidilmesi gerektiği görüşündedir. Sonuç olarak Yargıtay, Ocak 2001 istatistiği baz alınmaksızın oluşturulan Ankara 7. İş Mahkemesinin 13.3.2003 günlü kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermiştir.

Bilindiği gibi, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 12/3. maddesi, "çalışan işçi sayısı" ile yine işkolundaki sendikalara mensup "üye sayısının" istatistiklerde yer alacağını öngörmekte; sonraki istatistik yayımlanıncaya kadar önceki istatistiklerin geçerli olacağını ayrıca işaret ederek, yetki belgesi almak üzere başvuran ya da yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisinin sonradan yayımlanacak istatistiklerden etkilenmeyeceğini ayrıca belirtmektedir. Kuşkusuz bu sonuçların doğabilmesi için usulünce yayımlanmış ve kesinleşmiş istatistiklerin bulunması zorunlu olmaktadır (*Ü.Narmanlıoğlu,* İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, 345).

3. Toplu İş Sözleşmesi Yapma yetkisi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi ile ilgili bir kararında, uyuşmazlık ile ilgili olarak *"İşletme toplu iş sözleşmesi yetkisi kapsamındaki işyerlerinden birinin toplu iş sözleşmesi imzalanmadan başka bir işverene devri halinde de toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, devredilen işyerinde devam eder"* görüşünü benimsedikten sonra, buna dayanak olarak da *"2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 8. maddesinde belirtildiği gibi, işletme kapsamında olan işyerinin ne şekilde olursa olsun niteliği değişmeksizin bir başka işverene devri durumunda, toplu iş sözleşmesinin geçersizliği sonucu doğurmayacağı, dolayısı ile işletme toplu iş sözleşmesi yetkisini kaldırmayacağı açıktır. Bu durunda davanın reddi ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup kararın bozulması gerekmiştir"* demektedir (Y9HD, 30.9.2003, 15026/15824, İstanbul Barosu Dergisi, Aralık 2003, 4).

Yüksek Mahkeme kararına gerekçe olarak TSGLK 8. madde hükmünü esas almaktadır. Buna göre *"Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın feshi veya infisahı yahut faaliyetten men edilmiş olması veya toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez".*

Görüldüğü gibi sözü edilen 8. madde, işyerinin devri ve dolayısı ile işyerinin işvereninin değişmesi ile işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin sona ermeyeceği ve o işyerinde çalışan, kapsam içinde olan işçilerin toplu iş sözleşmesi ile getirilen düzenlemelerden yararlanmaya devam edeceklerini hükme bağlamaktadır. Oysa, inceleme konusu yapılan olayda henüz bir toplu iş sözleşmesi imzalanmış ve uygulanmaya başlanmış değildir. Bu yönü ile olaya doğrudan 8. madde hükmünün uygulanması da mümkün değildir.

Toplu iş sözleşmesinin hukuken mevcudiyet kazanmadığı aşamada yani, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önceki aşamada işveren sıfatı kimde ise toplu iş sözleşmesini de onun imzalaması gerekir. Zira, toplu iş sözleşmesi ehliyeti işverenin işyerine hasredilmiştir. Bu itibarla, yetki prosedürü başlamış olsa bile işyeri toplu iş sözleşmesinin işyerinin devredilmesi halinde yeni işverenle yapılması gerekir. Önceki işverenle, devirden sonra imzalanmış toplu iş sözleşmesi, devredilen işyeri bakımından hükümsüzdür (*Narmanlıoğlu,* 335).

Bu açıdan baktığımızda işletme toplu iş sözleşmesi için yetki alan bir sendikanın, işletme kapsamındaki işyerlerinden birinin başka bir işverene devri halinde, o işletme içinde varlığını yitiren işyeri ile ilgili olarak yetkisinin devam ettiğini kabul etmek ve sendikanın o işyerinin eski işvereni ile bağıtlayacağı toplu iş sözleşmesinin yeni bir işverene geçmiş olan işyeri içinde geçerli olabileceğini söylemek toplu iş sözleşmesi sistemimiz bakımdan mümkün değildir. Devredilen işyerinin yeni işvereni ile koşulların gerçekleşmesi halinde yeni bir işyeri veya işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilir (*Çelik,* 468).

Çünkü, işverenin aynı işkoluna giren işyerlerinden birini başka bir işverene devretmesi halinde bu işyerini devreden işveren ile yapılacak işletme sözleşmesinin kapsamına devredilen işyerinin girmeyeceği kuşkusuzdur. Zira, 2822 sayılı Kanuna göre, işletme sözleşmesi bir işverenin aynı işkoluna giren işyerlerini kapsamak için yapılır (m. 3/2). Kanunun bu emredici hükmü karşısında başka bir işverene ait bir işyeri bu sözleşmenin kapsamına giremez. İşletme sözleşmesi kapsamında olan bir işyerinin, yetkisinin kesinleşmesinden sonra, başka bir işverene devredilmiş olması dahi sözü geçen emredici kuralı bertaraf edemez ve devredilen işyerinin sonradan bağıtlanan işletme söz-

leşmesi kapsamında olduğu kabul edilemez. Burada 2822 sayılı Kanunun 8. maddesini uygulama olanağı yoktur (Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı için bak. Y9HD, 26.5.1989, 4303/4815, *Çelik,* 468).

Ancak, karara konu olan olayda Yüksek Mahkeme, işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi yetkisi alan bir sendikanın, işletmenin işvereni ile bir toplu iş sözleşmesi bağıtlamadan önce, işletme kapsamındaki işyerlerinden birinin başka bir işverene devredilmesi halinde, sendikanın yetkisinin bu defa yeni işveren ve dolayısı ile o işverenin devraldığı işyeri için de geçerli olup olamayacağını tartışma konusu yapmaktadır. Yüksek Mahkeme bu anlamda yetkinin devam edeceği görüşündedir. Bu durumda devredilen işyeri eski işverenin imzalayacağı toplu iş sözleşmesinin kapsamına girmeyecektir, ama acaba sendika işyerinin devrinden önce işletme sözleşmesi kapsamında aldığı yetkiye dayanarak bu defa o işyerini devralan işverenle sadece o işyeri için bir toplu iş sözleşmesi yapabilecek midir?

Yargıtay'ın kararına dayanak gösterdiği TİSGLK. m.8, "toplu iş sözleşmesi özerkliği" sistemi içinde, toplu iş sözleşmesinin normatif niteliğini yansıtmaktadır ve bu nitelik gereği, toplu iş sözleşmesini süresi sona erinceye kadar kapsamındaki işyerleri bakımından, o işyeri devredilse bile yürürlükte kalacağını kabul etmektedir. Bu nedenle bir toplu iş sözleşmesi bağıtlandığı andan itibaren, taraflar ve üyeleri bakımından bir kanun gibi süresi boyunca yürürlükte kalır. Buna karşılık idari nitelikte olan bir yetki tespiti işlemine, toplu iş sözleşmesi gibi hukuki bağlayıcılık tanımak, sistemin bütünlüğü ile çelişir. Açıkçası bu, toplu iş sözleşmesi yetkisi ile toplu iş sözleşmesini aynı hukuki değerde kabul etmek anlamına gelir.

Diğer yandan Yargıtay'ın bu içtihadı, bazı somut durumlar bakımından hukuka uygun olmayan sonuçlar da doğurabilecektir. Yetki tespiti yapılmış bir işletmede yer alan bir işyerinin devir ile başka bir işverenin işletmesi kapsamında yer alması halinde o işyerinin TSGLK m. 3/2 gereğince yeri artık yeni işverenin işletmesi kapsamı içindedir. İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin düzenlemenin kamu düzeninden olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Bu bağlamda önceki işletme bakımından alınan yetki belgesinin, devralan işverenin işletmesine dahil bu işyeri bakımından devam edeceğini söylemek, TİSGLK'un 3.maddesinin emredici niteliğine ters düşecektir.

Yine aynı şekilde, işletme toplu iş sözleşmesinde yetki, işletmeye dahil tüm işyerlerinde çalışan işçilerin toplamı üzerinden tespit edilir. Örneğin yetki tespitinden sonra devredilen işyerinde, yetki almış sendikaya üye işçi olmadığı; ya da üye sayısının düşük olduğu bir durumda; işletme düzeyinde verilmiş

yetkinin o işyerinde devirden sonra da geçerli olacağını kabul etmek, fiili temsil gücü olmayan bir sendikaya, hukuki temsil gücü vermek anlamına gelecektir. Böylesi bir durumun, söz konusu işyerinde bir başka işçi sendikasının örgütlenebileceği olasılığı ve ayrıca işçilerin sendika özgürlüğü ile bağdaştığı söylenemez.

Yukarıda belirtildiği gibi, bu durumda da işyerinin devrinden sonra o işyeri ile ilgili olarak yeni bir yetki prosedürünün işletilmesi zorunludur. 2822 sayılı yasaya göre toplu iş sözleşmesi yetkisi işyeri veya işletmeyle ilgili belirlenir ve dolayısı ile o işyerinin veya işletmenin işvereni açısından anlam taşır. Bu bakımdan sendikanın da TİS yetkisini alırken ve aldıktan sonra işyeri devredildiği halde dahi, o işyerinin yeni işvereni toplu iş sözleşmesinin tarafı olacağına göre, yetkinin de bu işveren taraf olarak kabul edilip, alınması gerekir. Kaldı ki yeni işverenin, işletmesi olmayıp sadece devraldığı bir tek işyeri de olabileceği gibi, devir alınan işyeri farklı işkolunda bulunan bir işletme içine alınmış da olabilir. Bu durumda da sendikanın daha önce başka bir işverenin işletmesi için aldığı toplu iş sözleşmesi yetkisinin, yeni işverenin işyeri veya işletmesi için de geçerli olacağın söylemek yanlış olur. Bu açıdan bakınca Yüksek Mahkemenin kararına katılmak mümkün değildir.

Diğer yandan, bir işletme toplu iş sözleşmesi yetkisinin kesinleşmesinden sonra bu yetki kapsamındaki işyerlerinden birinin başka bir işverene devrinin, kural olarak, muvazaalı olduğu görüşünden hareket edilebilir ve devrin geçerli bir nedene dayandığının kanıtlanamadığı takdirde devrin hükümsüzlüğüne karar verilebilir. Bu durumda doğal olarak işletme düzeyinde alınan yetkinin TSGLK m 8 uyarınca değil, devir işlemi geçersiz kılındığı için söz konusu işyeri bakımından da geçerli olacağı açıktır. Buna karşılık, işletme sözleşmesi yetkisinin alınmasından önceki aşamada yapılan bir işyeri devri de kural olarak, geçerli sayılmalıdır (*Çelik,* 468).

4. Yetki Tespiti Kararı

a) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2822 sayılı Kanun m.13/2'de yer alan düzenlemenin Bakanlığın çoğunluk tespiti işlemi ile ilgili olduğu, yargı yolu ile alınan yetki tespitine aynı hükümde yer alan prosedürün uygulanamayacağı görüşündedir. Yüksek Mahkemenin kararına göre *"2822 Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 13/2 fıkrasında yer alan düzenleme sadece sendikanın çoğunluğu haiz olması halinde Bakanlık tarafından uyulması gereken bir prosedürdür.*

Dolayısıyla olumsuz yetki tespitine itiraz sonucu alınan yetki tespiti kararına karşı da söz konusu prosedürün uygulanacağı ne madde metninde ne de toplu iş mevzuatında yer almaktadır. Böyle olunca Bakanlığın çoğunluk tespiti işlemine uygulanacak prosedürün yargı yoluyla alınan yetki tespitine uygulanması mümkün değildir.

Bu durumda 2822 sayılı yasanın 13/2 maddesinde yer alan düzenleme somut olaya uygulanmayacak olduğundan sorunun genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekir." (Y9HD, 18857/18693, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/1, 185-186).

Yukarıda özetlenen kararda belirtildiğine göre, davacı işveren, işyeri için Bakanlıkça 2822 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca sendikaya verilen yetki belgesinin yasaya uygun olmadığını, davalı sendikanın işyerinde hiç üyesi bulunmadığını, kesinleşen yetki tespit kararına dayanılarak verilen yetki belgesinin işkolunda faaliyet gösteren diğer sendikalara tebliğ edilmediğini belirterek usulsüz verilen yetki belgesinin iptalini istemiştir.

Davalı sendika yetki konusunda iş mahkemesince verilmiş ve kesinleşmiş bir karar olduğunu ileri sürmüştür. Davalı Bakanlık ise yargı yolu ile alınan çoğunluk tespit kararının 2822 sayılı Kanun m.13/2. fıkrasında belirtilen nitelikte bir tespit olmadığı gerekçesi ile davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkeme, Bakanlıkça verilen kararın çoğunluk tespiti niteliğinde olduğundan o iş kolunda kurulu işçi sendikaları ve işveren sendikaları ile sendika üyesi olarak işverene tebliğ edilmesi gerektiği halde Bakanlığın prosedüre uymadığından davanın kabulüne ve yetki tespitinin iptaline karar vermiştir.

Karardan anlaşıldığı kadarı ile, Yüksek Mahkeme 2822 sayılı Kanunun 13/2. maddesine dayanılarak ileri sürülen iddiayı kabul etmeyerek, söz konusu düzenlemenin sadece sendikanın, Bakanlıkça tutulan kayıtlara göre çoğunluğa sahip olması halinde, Bakanlık tarafından uygulanması gereken bir prosedür ile ilgili olduğunu kabul etmektedir. Olumsuz yetki tespitine itiraz sonucu yargı yoluyla alınan yetki tespiti kararına karşı da söz konusu maddede öngörülen prosedürün tekrar uygulanamayacağı görüşündedir.

Yüksek Mahkeme, *"Bu durumda 2822 sayılı Kanunun 13/2 maddesinde yer alan düzenleme somut olaya uygulanmayacak olduğundan sorunun genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekmektedir. HUMK'nun 237. maddesi gereğince davalı sendikanın itirazı Kocaeli 1. İş Mahkemesinde bakılan dava ile iş bu davanın tarafları, konusu ve sebepleri aynı olup işveren yönünde maddi anlamda kesin hüküm oluşturduğundan bu davanın kesin hüküm nedeniy-*

le reddi gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır" sonucuna varmaktadır. Yüksek Mahkemenin kararı 2822 sayılı Kanunun 13. maddesi hükümleri ile HUMK'nun 237. maddeleri hükümleri açısından yerindedir. Ancak kesinleşmiş bir yargı kararı var iken HUMK'nun 237. maddesi karşısında, aynı konuda genel hükümlere göre uyuşmazlığın tekrar ele alınabileceğinin kabulü ayrı bir tartışma konusudur.

b) Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yetki tespiti ile ilgili bir diğer kararında, yetki tespiti için başvuru tarihinden önce işten çıkartılan işçinin işçi sayısı ve üye sayısına dahil edilmek suretiyle çoğunluğun belirlenmesi ve davanın kabul edilmesi hatalı bulunmuştur (Y9HD, 2.12. 2003, 19683/19966, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/2, 666).

Davaya konu olan olayda, davacı sendikanın üyesi olan işçinin iş sözleşmesinin 30.7.2002 tarihinde ve 435 sayılı yazı ile 1.8.2002 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere sona erdirildiği anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme bu gerekçeye dayanarak, işçinin yetki için başvuru tarihi olan 1.8.2002 günü işyerinde çalıştığının kabul edilemeyeceğini, Mahkemece aksi düşünülerek başvuru tarihinden önce işten çıkarılan işçinin yetki belirlenmesi sırasında işçi sayısı ve üye sayısına dahil edilemeyeceği sonucuna varmaktadır.

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 13. maddesine göre *"Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının ...sözleşmenin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde başvuru tarihinde çalışan işçiler ile üyelerinin sayısının tespitinin isteyeceği"* esası kabul edildiği dikkate alınırsa Yüksek Mahkemenin kararının yasaya uygun olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, sendikanın yetki almak için başvuruda bulunduğu tarihte, aynı gün işçinin iş sözleşmesinin sona ermesini sağlayacak şekilde fesih işlemi yapmış olmasının, sırf sendikanın yetki almasını engellemek amacı taşıyıp taşımadığının da araştırılması ve buna göre bir sonuca ulaşılması daha doğru olurdu.

5. Taraf Sendikanın Üyesi Olmayan İşçilere İşverenin Toplu İş Sözleşmesini Uygulaması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında *"Davalı işverenin toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerini üye olmayan ve dayanışma aidatı dilekçesi vermemiş olan işçilere de uygulaması halinde resen dayanışma aidatı kesilerek ödenmesi gerektiği şeklindeki görüşü benimsemek mümkün değildir. Dayanışma aidatının işçinin ücretinden kesilmesi gerektiği dikkate alınırsa, işçinin talebi olmaksızın işverenin böyle bir uygulamaya gidemeyeceği ortadır.*

Öte yandan davalı işveren toplu iş sözleşmesinin tüm hükümlerini uygulamış değildir. Böyle bir durumda işçilerin dayanışma aidatı kesilmesi yönünde sözlü muvafakatinden de söz edilemez.

Davacı sendikanın dayanışma aidatı ile ilgili isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır" sonucuna ulaşmıştır (Y9HD, 4.3.2003, E.2002/16415, K.2003/2828, Tekstil İşveren, Mayıs 2003, 36).

Kararda belirtildiğine göre; davacı sendika, davalı işverence sendika üyesi olmayan işçilere toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bazı ödemelerin yapılmış olması nedeniyle dayanışma aidatı ödenmesi talebi ile dava açmıştır. Mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir.

Yüksek Mahkeme ise, sendika üyesi olmayan ya da üyeliği sona eren işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması için 2822 sayılı yasanın 9. maddesi uyarınca sendikaya dayanışma aidatı ödemeleri ve işverene başvuruda bulunmaları gerektiğini ve işçinin bu yönde yazılı başvurusu mevcut değilse, işverenin 2821 sayılı yasanın 61. maddesi uyarınca işçinin ücretinden dayanışma aidatı kesip sendikaya ödeme yükümlülüğü bulunmadığı görüşü ile yukarıda belirtilen sonuca ulaşmıştır.

Gerçekten imzalanmış olan bir toplu iş sözleşmesinden öncelikle, taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanacaktır (TİSGLK m.9/1). Aynı yasanın 9/3. maddesine göre, *"toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye bulunmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye bulunup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bu hususta işçi sendikasının muvafakati aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden geçerlidir."*

Dokuzuncu maddenin son cümlesinden de anlaşıldığı gibi, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma, öncelikle ilgili işçinin kendisinin bunu talep etmesi koşuluna bağlıdır. Yasa bu konuda işçinin yazılı bir talepte bulunmasını aramamıştır. Dayanışma aidatı ödeme yolu ile yararlanmaya ilişkin talep, yazılı veya sözlü yapılabileceği gibi, işverenin dayanışma aidatı kesmesine işçinin muvafakat etmesi suretiyle de gerçekleşebilir. Bu durumda işveren, kendiliğinden toplu iş sözleşmesini üye olmayan işçiye uygulayıp, işçiden dayanışma aidatı kesemez. Üye olmayan işçinin, ücretinden dayanışma aidatı kesilmesi ve sendikaya ödenmesi konusunda bir talebi yoksa, işverenin 2821 sayılı Kanunun 61. maddesine göre böyle bir işlem yapma yükümlülüğü de yoktur (*T.Centel,* Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçiler

Toplu İş Sözleşmesini Uygulaması, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Mayıs 2003, 37 vd.'nda belirtilen yazarlar ve Yargıtay kararları). Aynı kural öncelikle toplu iş sözleşmesi tarafı sendika bakımından da geçerlidir. Yasanın açık hükmü karşısında, taraf sendika da, işverenden, üye olmayan işçinin talebi olmaksızın dayanışma aidatı kesip sendikaya ödemesini isteyemez.

Yüksek Mahkeme kararında belirtildiğine göre, davacı sendika, davalı işverence sendika üyesi olmayan işçilere toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bazı ödemelerin yapılmış olması nedeniyle dayanışma aidatı ödenmesi talebiyle dava açmıştır.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesine göre *"İşveren bir sendikaya üye olan işçiler ile sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalışmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.*

Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır."

Bu düzenlemeler karşısında, "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları dışında" toplu iş sözleşmesi hükümlerinden, işyerinde çalışan işçilerin tamamının yararlanmaları gerekir. Bu kurala aykırı davranan işveren 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31/3. maddesi hükmüne aykırı davranmış olur ve aynı maddenin 6. fıkrasındaki yaptırımın uygulanması gerekir. Ancak ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklı olduğuna göre, üye olmayanların TSGLK m.9/3 hükmü gereğince dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunmaları halinde, talep tarihinden geçerli olmak üzere söz konusu ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularından da yararlanma hakları doğar.

Bu açıklamaların ışığı altında, Yüksek Mahkemenin, davalı işverence sendika üyesi olmayan işçilere toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bazı ödemelerin yapılmış olması sebebiyle dayanışma aidatı ödenmesi talebinde bulunan davacı sendikanın istemini yasaya aykırı bulması yerinde bir karardır.

Ancak Yüksek Mahkemenin, "davalı işveren toplu iş sözleşmesinin tüm hükümlerini de uygulamış değildir. Böyle bir durumda işçinin dayanışma aidatı kesilmesi yönünde sözlü muvafakatinden da söz edilemez" yönündeki ifadesinin tartışmalara yol açabilecek nitelikte olduğu ileri sürülmektedir (Bak.

Centel, 38. Taraf sendikaya üye olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesi hükümlerinden dayanışma aidatı ödeme yolu ile hangi kapsamda yararlanabileceği konusunda ayrıntılı bilgi için bak. *Çelik,* 499 vd.).

Gerçekten Yüksek Mahkemenin kararındaki "davalı işveren toplu iş sözleşmesinin tüm hükümlerini de uygulamış değildir" biçimindeki ifadesinden, sanki bazı hükümlerinin bu arada ücrete ilişkin hükümlerin de üye olmayan veya dayanışma aidatı ödemesinde bulunmayan işçilere de uygulanabileceği sonucu çıkarılabilir. Böyle bir yorum yasanın açık hükümlerine aykırı olur. Yüksek Mahkemenin kararını bu yönde yorumlamak doğru olmaz. Kararda işverenin resen dayanışma aidatı kesip, davacı sendikaya ödeme yapamayacağı konusunda doğru bir saptama yapılmıştır. Yüksek Mahkemenin bununla yetinmeyip işverenin, işçinin talebi olmadan dayanışma aidatı kesme hakkının bulunmadığını ve toplu iş sözleşmesi ile getirilen ücrete ilişkin haklardan da üye olmayanların yararlanamayacaklarını açıkça belirtmesi gerekirdi. Ancak diğer yandan böyle bir saptama, toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ücretlerin üstünde, liyakat ve çalışmaya göre farklılık gösteren bir ücret sisteminin uygulanmasına da kesinlikle engel değildir. Toplu iş sözleşmesinin düzen işlevi gereği işçilere eşit işlem yapılması esası işçinin çalışkanlığı, kabiliyeti ve liyakati gibi bazı nedenlerle ücret konusunda farklılıkları oluşmasına engel değildir (Bak. *Çelik,* 492; *D. Ulucan,* Karar İncelemesi, İHU 1976, TİSGLK 3, No.1).

Davalı işveren, yukarıda açıklanan yasa hükümleri çerçevesinde usulüne uygun dayanışma aidatı ödenmesi halinde ise toplu iş sözleşmesini bir bütün olarak üye olmayan işçiye de, diğer taraf sendikanın üyesi olan işçilere olduğu gibi uygulamak durumundadır (Bak. *Çelik,* 499).

6. Prim Ödemesinde Üretimi Temel Alan Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda, *"Prim ödemede üretimi temel alan toplu iş sözleşmesi hükümleri karşısında, üretim yapılmayan işyerinde prim ödemesi gerektiğinden söz edilemez"* saptamasını yaptıktan sonra *"Karar metninde belirtildiğine göre, davacılar toplu iş sözleşmesinden doğan prim alacağının tahsilini talep ve dava etmişler, mahkemece bu istek hüküm altına alınmıştır. Davanın dayanağı olan toplu iş sözleşmesinin 53. maddesinde primin gayesinin istihsalin arttırılması, kalitenin ıslahı, hammadde, yarı mamul tali hasılat ve malzeme tasarrufunu temin etmek, işçilerin işe devamının işyeri disiplinini ve nizamlarına riayetini ve işyerini iş talimatlarına uygun olarak sağlanmasını temin olarak tarif edilmiş, 59. maddesinin B bendinde ise*

aşağıdaki hallerde işçilere ay içinde çalışmadıkları günlerin primleri verilmeyip yalnız çalıştıkları günlerin primlerinin verileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Prim istihsal yapılan işyerlerinde verimliliği arttırmak için yapılan bir uygulamadır. İşyerinde uzun yıllardır istihsal yapılmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin primle ilgili tüm düzenlemeleri nazara alındığında davacıların prim alma isteklerinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirir" sonucuna varmıştır (Y9HD, 3.3.2003, E.2002/16222, K.2003/2821, Tekstil İşveren, Haziran 2003, 38).

Prim, işçinin bireysel olarak veya grup içinde üstün çaba göstererek başarılı bir biçimde yapmış olduğu işi ödüllendirmek için kendisine ödenen ek bir ücrettir. Prim, işverence tek taraflı olarak ödenebileceği gibi, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile de kararlaştırılmış olabilir. Bundan başka bazı hallerde işverence yapılan tek taraflı prim uygulamasının iş koşulu haline gelmesi ve işçiye talep hakkı sağlaması da mümkündür (*Çelik,* 135,111).

Karara konu olan olayda prim uygulaması toplu iş sözleşmesi ile düzenlenmiş ve ilgili hükümde primin veriliş amacının üretimi arttırma, kalitenin düzeltilmesi, malzeme tasarrufunu sağlama ve iş düzenine uyma olduğu kabul edilmiştir. Uygulamada da primlerin değişik nedenlere bağlı olarak ödendikleri görülmektedir. Ancak, çoğunlukla primlerin mal veya hizmet üretimini özendirme, verimi, kaliteyi arttırma veya hammaddede tasarrufu teşvik amacı ile sağlandığı bilinmektedir. Yüksek Mahkeme de kararında toplu iş sözleşmesinde prim ödemesi ile ilgili düzenlemeyi de esas alarak öncelikle işyerindeki üretimi esas almakta ve üretimin yapılmadığının saptanması halinde, çalışma da yapılamayacağından, çalışamayan işçiye prim ödenemeyeceğini kabul etmektedir. Toplu iş sözleşmesi düzenlemesi ve primin niteliği dikkate alınırsa Yüksek Mahkemenin kararı yerindedir (Bak *Centel,* T., Üretim Yapılmayan İşyerine Prim İsteği, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Haziran 2003, 38 vd.).

7. Ücret Alacağının Toplu İş Sözleşmesi Kapsamında Olan İşçi Emsal Alınarak Belirlenmesi

Yüksek Mahkemeye göre *"Davacı işçinin fark ücret alacağı emsal toplu iş sözleşmesine bağlı işçinin ücreti dikkate alınarak hesaplanmıştır. Davacı işçi emsal olarak nazara alınan işçiden çok sonra sendikaya üye olmuştur. Başka bir anlatımla toplu iş sözleşmesinden yararlanma tarihler arasında uzun bir süre vardır. Bu durumda emsal işçinin ücretine göre fark ücret alacağının hesaplanması doğru olmaz"* (Y9HD, 9.10.2003, 14562/ 16477, Çimento İşveren, Ocak 2004, 47).

Karardaki kısa açıklamadan anlaşıldığı kadarı ile, davacı işçi, emsal olarak dikkate alınan işçiden çok sonra sendikaya üye olmuştur. Buna rağmen imza tarihinde sendikaya üye olan emsal konumdaki bir işçinin, o tarihten beri aldığı veya alması gereken ücret ve toplu iş sözleşmesi zamlarının esas alınarak, almakta olduğu ücrete ilave olarak kendisine aradaki fark kadar ödeme yapılmasını istemektedir. 2822 sayılı TİSGLK'nun 9. maddesine göre *"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 toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar"*. Bu durumda yasanın açık hükmü karşısında, imza tarihinde üye olan emsal sayılan işçinin ücretinin dikkate alınıp, aradaki fark geriye doğru işletilerek davacı işçiye ödenmesi mümkün değildir. Burada imza tarihinde üye bulunan işçiler ile daha sonra üye olan işçiler arasında farklı bir ücret uygulaması söz konusu değildir, fark, karardan anlaşıldığı kadarı ile toplu iş sözleşmesi ile getirilen zammın uygulama süresi ile ilgilidir.

Bu nedenle, Yüksek Mahkemenin belirttiği gibi, davacının sendikaya üye olduğu ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başladığı tarihte almakta olduğu ücretine, o döneme ait zam ve sonraki zamlar uygulanarak davacının alması gereken ücret saptanarak yerel mahkemece hüküm altına alınması gerekir.

8. Toplu İş Sözleşmesi ile İlgili Yorum Davası

Yüksek Mahkeme verdiği bir kararda *"Toplu iş sözleşmesi ile ilgili bir yorum davası açılabilmesi için sözleşmenin dava tarihinde yürürlükte olması gerekir" demektedir* (Y9HD, 1.7.2003, 11619/12326, Kamu-İş, Mart 2004, 9).

TİSGLK'nun 60. maddesine göre de, uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıkta yoruma ilişkin bir tespit davası açılabilir. Karara konu olan olayda ise toplu iş sözleşmesi 1.1.2001-31.12.2002 tarihleri arasında yürürlükte kalmış, yoruma ilişkin dava 23.01.2003 tarihinde toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki bir tarihte açılmıştır. Bu açıdan bakınca Yüksek Mahkemenin kararı yerindedir.

9. Toplu İş Sözleşmesinin İmza Tarihi İle Yürürlük Tarihi arasında Emeklilik, Askerlik veya Ölüm Gibi Nedenlerle İşyerinden Ayrılmış Olan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2003 yılında verdiği bir kararda toplu iş sözleşmesinden yararlanma konusunda yasaya uygun olarak iki önemli ilkeyi belirlemiştir:

- Emeklilik, askerlik veya ölüm gibi nedenlerle toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasındaki dönemde işyerinden ayrılmış bulunan işçilerin de toplu iş sözleşmesinden yararlanacakları toplu iş sözleşmesi ile kabul edildiği takdirde, bu durumdaki işçiler veya mirasçıları çalışılan dönemle sınırlı kalmak üzere yararlanma talebinde bulunabilirler ve bu yoldaki toplu iş sözleşmesi hükümleri, toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde hukuken geçerlidir.

- Önceki toplu iş sözleşmesinde tanınan bazı haklar "düzen ilkesi" uyarınca, yeni toplu iş sözleşmesi ile değiştirilebilir veya hatta kaldırılabilir. Buna göre, işçi, kazanılmış hak düşüncesiyle sonraki toplu iş sözleşmesinde öngörülmeyen veya azaltılan önceki toplu iş sözleşmesinde yer almış hükümleri isteyemez (Y9HD, 24.4.2003, E.2002/ 22489, K.2003/ 6876, Tekstil İşveren Ağustos 2003 s.284).

Karara konu olan somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi Şubat 2000 tarihinde emeklilik nedeniyle sona ermiştir. Davacıya kıdem tazminatı, 15.1.2000-14.1.2002 tarihleri arasında geçerli olan ve bu sürenin içinde 22.6.2000 tarihinde geriye doğru 15.1.2000 tarihinden geçerli olmak üzere imzalanmış bulunan toplu iş sözleşme hükümlerine göre ödenmiştir. Çünkü, davacının iş ilişkisi emeklilik nedeniyle toplu iş sözleşmesinin imzalanmış olduğu tarihten önce sona ermiş olmasına rağmen, anılan toplu iş sözleşmesinin 4. maddesinde toplu iş sözleşmesinin başlangıç tarihi olan 15.1.2000 tarihinde sendika üyesi bulunup imza tarihinden önce emekli olanlara toplu iş sözleşmesinden yararlanma olanağı tanınmıştır. Aynı sözleşmenin 27. maddesinde kıdem tazminatı hesabının her tam yıl için 35 günlük ücret tutarına ödeneceği bildirilmiştir.

Oysa 1.1.1999-14.1.2000 yürürlük süreli önceki toplu iş sözleşmesinde kıdem tazminatı hesabının 45 günlük ücret üzerinden hesap edileceği ifade edilmiştir.

Davacı bu önceki toplu iş sözleşmesinden doğan farkı istemektedir. Mahkemece istek, emeklilik nedeniyle işten ayrılan işçiye kıdem tazminatı hesabında lehe olan toplu iş sözleşmesi uygulanacağı gerekçesiyle kabul edilmiştir.

Yüksek Mahkeme de "2822 sayılı Kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasına belirtilen, işçiye yararlılık ilkesine ilişkin hüküm, yalnızca toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki ilişkide uygulanır. Anılan hükümde, önceki ile yeni toplu iş sözleşmesi arasındaki etkileşimde geçerli olacağına ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Öte yandan aynı maddenin son fıkrasında *"her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hüküm-*

leri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder" demektedir. Bu ifadeler, önceki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar etkili olduğunun pozitif hukukumuzdaki dayanağını teşkil eder.

Düzen ilkesi gereğince, yeni toplu iş sözleşmesinde önceki toplu iş sözleşmesi ile tanınan bazı hakların değiştirilmesi ve kaldırılması mümkündür. Davacı kazanılmış hak ilkesi düşüncesiyle sonraki toplu iş sözleşmesinde öngörülmeyen veya azaltılan hakları isteyemez" görüşündedir.

Yüksek Mahkemenin bu kararı, 1982 Anayasasının 53. maddesinde yer alan toplu iş sözleşmesinin yeni tanımına ve bu doğrultudaki 2822 sayılı yasanın 1. maddesindeki yapılan tanıma uygundur. AY m.53 hükmüne göre, *"İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler."* Oysa 1961 Anayasasının 53. maddesi toplu iş sözleşme yapma hakkını sendikalara *işçilerin ekonomik ve sosyal haklarını korumak ve düzletmek amacıyla* tanımış bulunmaktaydı. 274 sayılı TİSGLK'nda aynı doğrultuda düzenleme getirdiğinden toplu iş sözleşmesini düzen işlevi daha çok işçi yararına olan hükümler bakımından anlam ifade etmekteydi.

10. Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacaklara İşletilecek Faiz

a) Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin verdiği bir karara konu olan olayda, toplu iş sözleşmesi ile hüküm altına alınan kömür yardımı alacağı, ikramiye, ilave tediye ve kıdemli işçiliği teşvik prim alacaklarının hangi tarihlerde ödeneceği belirlenmiştir.

Davacı vekili bu yönde istekte bulunurken faizin, söz konusu ödemelerin yapılması gereken tarihten itibaren hesaplanıp ödenmesi isteminde bulunmuştur. Ayrıca kıdemli işçiliğe teşvik primi alacağına en yüksek işletme kredisi faizi, ikramiye alacağına ise en yüksek mevduat faizi uygulanmasını talep etmiştir. Mahkemece bu hususlar dikkate alınmadan karar verilmiştir. Yüksek Mahkeme, yerel mahkemenin kararını bozmuş ve haklı olarak *"Yapılacak iş söz konusu alacaklara toplu iş sözleşmesinde öngörülen tarihlerde kömür ücreti ve ilave tediye alacağına yasal faiz, kıdemli işçilik teşvik primi alacağına en yüksek işletme kredisi faizi ve akdi ikramiye alacağına da en yüksek mevduat faizi oranını geçmemek üzere en yüksek işletme kredisi faizi uygulamaktan ibarettir"* sonucuna varmıştır (Y9HD, 27.1.2003, 310/652, Tekstil İşveren, Mayıs 2004, 39. Aynı yönde Y9HD, 20.2.2003, E.2002/27544, K.2003/2042, İşveren, Kasım 2003, 18).

Yüksek Mahkemenin kararından anlaşıldığı kadarı ile kömür ücreti ve ilave tediye alacağına yasal faiz uygulanacağına göre bu alacaklar, toplu iş sözleşmesinde öngörülen tarihlerde ödenmesi gereken, fakat iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar niteliğinde olmaları gerekmektedir ve bu nedenle bunlara yasal faiz, diğer sözü edilen alacaklara da TİSGLK m.61 uyarınca doğrudan toplu iş sözleşmesinden kaynaklandıkları için, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye mahkum edilmesi gerekeceğine göre karar yerindedir.

b) Yüksek Mahkeme 2003 tarihinde verdiği bir diğer kararda da *"Davacı dava dilekçesinde ihbar tazminatı, ücret ve yıllık izin alacağı için yasal faiz isteminde bulunmuştur. Buna göre, HUMK 74. maddesine aykırı olarak talep aşılmak suretiyle bu alacaklara en yüksek banka kredi faizi yürütülmesi hatalıdır"* sonucuna varmıştır (Y9HD, 18.9.2003,1942/ 14779, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/4, 1472). Kararın yasaya uygun olduğunu söylemek gerekir.

11. Kıdem Tazminatı Faizinin Toplu İş Sözleşmesinde Belirlenen Ödeme Gününden İtibaren İşlemesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda *"İşyerinde akdin feshi tarihinde uygulanmakta olan 15.3.2000-14.2.2002 tarihli toplu iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ve hesaplamasını düzenleyen 35. maddesinin b bendinde ilişik kesme pusulasının işverene verilmesinden itibaren en geç bir ay içinde ödeme yapılacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm kıdem tazminatı ödemesini de kapsamaktadır. Bu sebeple kıdem tazminatı faiz başlangıcının iş ilişkisinin kesildiği 14.11.2001 tarihinden bir ay sonraki 14.12.2001 tarihinden itibaren hesaplanması gerekir"* demektedir (Y9HD, 18.9.2003, 2002/14739, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/4, 1474).

Yüksek Mahkemenin bu kararı, toplu iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ve hesaplamasını düzenleyen hükmüne dayanmaktadır. Bu hükmün normatif nitelikte olduğu ve bu yönü ile sendika üyesi işçiyi bağlayacağı sonucuna varıldığı için, iş ilişkisinin sona ermesinden itibaren en geç bir ay içinde kıdem tazminatının ödenebileceği, gecikme halinde ise gecikme faizinin de bu tarihten itibaren işleyeceği sonucuna varılmaktadır. Bu karar, Yargıtay'ın konu hakkında önceki uygulamasının devamı niteliğindedir (Örneğin Y9HD, 24.3.1997, E.1996/22179, K.1997/5679. Karar metni ve incelemesi için bak. EKONOMİ, M., Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, 225-226).

Oysa İş Kanununun 32. maddesinin 5. fıkrası emredici olarak *"İş sözleşmesinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur"* düzenlemesini getirmiştir. İşK m.120 gereği yürürlükte olan eski İş Kanununun 14 maddesi de açık bir biçimde bu defa nisbi emredici olarak *"iş sözleşmesinin feshedilmesi....sebebiyle son bulması hallerinde ...kıdem tazminatı ödenir"* hükmünü getirmiştir.

Bu düzenlemeler işçiyi korucu niteliktedir. Toplu iş sözleşmesi ile yasanın emredici nitelikteki hükümlerine aykırı düzenleme getirilemez. Bu konuda toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin ve düzen ilkesinin bir etkisi yoktur. Yüksek Mahkemenin söz konusu kararına bu nedenle katılmak mümkün değildir. İş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren kıdem tazminatının hesaplanması, gecikme halinde de bu tarihten itibaren gecikme faizi işletilmesi gerekir.

III. GREV VE LOKAVT İLE İLGİLİ KARAR

Yargıtay Hukuk 9. Hukuk Dairesinin 2003 yılında grev veya lokavt ile ilgili kararı yok denecek kadar az sayıdadır. Bu konuda verdiği bir kararda:

Davacı işveren, davalı sendika ile aralarındaki toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine konunun Yüksek Hakem Kurulu'na intikal ettirildiğini anılan kurulun değerlendirme yapabilmesi için Belediye'ye ait işyerlerinin ve yapılan işlerin grev ve lokavt yasağı kapsamında bulunmadığının tespitini talep etmiştir. Davalı sendika, 1580 sayılı yasa gereğince mezarlık gibi işyerlerinin bulunduğu, cenaze ve tekfin işleri ile su işlerinin anılan yasak kapsamında olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme, davacı belediyeye ait işyerlerinin belediye tarafından görülen işlerin 2822 sayılı Yasanın 29 ve 30. maddelerinde tahdidi olarak sayılan işyeri ve yapılan işlerden olmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme ise *"Dosyadaki bilgi ve belgelerden taraflar arasındaki uyuşmazlığın 2822 sayılı yasanın 32. maddesi gereğince Yüksek Hakem Kuruluna intikal ettiği, yürürlüğü sona eren toplu iş sözleşmesinin de Yüksek Hakem Kurulu kararı ile bağıtlandığı tespit edilmiştir. Bu durumda grev ve lokavtın yasak olduğu belde mezarlığında mezar kazma işinin belediyeye ait kepçe ile gerçekleştirildiği, sondaj ile elde edilen suyun belediyenin bakım ve onarımını yaptığı ve denetim altındaki su şebekesi ile beldeye dağıtıldığı dikkate alındığında davacı belediye bünyesinde bulunan işyerlerinin ve yapılan*

işlerin bazılarının grev ve lokavt yasağı kapsamında olduğu anlaşıldığından davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" sonucuna varmıştır (Y9HD, 30.12.2003, 22888/23705, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/2, 626).

Bu davanın ilginç yönü, davacı sendikanın uyuşmazlık konusu olan işyerlerinin grev yasağı içinde olduğunu ileri sürmesi ve uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu kararı ile oluşturulacak bir toplu iş sözleşmesi ile sonuçlandırılmasını talep etmesidir. Davalı işveren ise, işyerlerini ve görülen işin grev yasağı kapsamında olmadığını ileri sürerek uyuşmazlığın gerektiğinde grev uygulamasına gidilse dahi, taraflarca çözümlenip bir toplu iş sözleşmesi yapılmasını istemektedir. Karardan anlaşılan da budur.

Ancak, kararda asıl incelenmesi gereken konu sözü edilen işyerlerinin ve işin grev yasağı kapsamına girip girmediğinin belirlenmesidir. Dava konusu olayda yapılan işlerden biri mezar kazma işidir. TİSGLK'nun 29/2. maddesinde belirtilen cenaze ve tekfin işleri ile 30/3. maddesinde belirtilen mezarlıklarda grev yasağı kapsamına girmektedir. Bu işin kepçeler ile yapılması veya kol gücü ile yapılmasının iş ve yer bakımından grev yasağının kapsamını belirlemek bakımından önemi yoktur.

Uyuşmazlık konusu olan diğer iş ise, sondaj ile elde edilen suyun belediyenin bakım ve onarım yaptığı ve denetimi altında olan su şebekesi ile beldeye dağıtımıdır. Grevin yasak olduğu işlerin sayıldığı TİSGLK'nun 29. maddesinde, temel bir hizmet olarak su işlerine de yer verilmiştir. İnsan yaşamı bakımından olmazsa olmaz bu maddeye ilişkin işlerde grevin yasaklanması gerekir. Bu çerçevede beslenme, kişisel temizlik sağlanması için görülen su işleri kuşkusuz grev yasağı kapsamında olmalıdır. Karara konu olan olayda sondaj ile elde edilen suyun belediyenin bakım ve onarım yaptığı bir su şebekesi ile beldeye dağıtıldığı göz önünde tutulursa haklı olarak belirtildiği gibi bu iş de grev yasağı kapsamına girer ve uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu kararı ile çözülür. Buna karşılık sanayiye doğrudan su sağlayan işyerlerinde görülen iş temel hizmet olarak değerlendirilemez. Bunun gibi tarım alanlarının sulanması işi de yasak kapsamında değerlendirilmemesi gerekir (Bak. M. Kabakcı, Grev Yasakları ve Temel Hizmet Kavramı, Karar İncelemesi, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, 2004, C.7, S.3, 303vd.'nda belirtilen kararlar). Bu bağlamda Su ile ilgili grev yasağını dar yorumlamak Anayasa ile bir temel hak olarak güvence altına alınmış grev hakkının Anayasaya uygun yorumudur.

Genel Görüşme

Oturum Başkanı- Lütfen, ben şimdi isimleri okudukça, yanlış anlamayın, arada çay molası sırasında ismini yazdıran arkadaşlarımız var, o bakımdan bir kayırma olduğunu lütfen zannetmeyin.

Hemen ilk sözü Sayın Aydın Başbuğ'a veriyorum, buyurun.

Yrd.Doç.Dr. Aydın Başbuğ (Gazi Üniversitesi)- Hocamıza değerli tebliğlerinden dolayı teşekkür ederiz, çok istifade ettik.

Benim iki konuda sorum olacak. Birincisi, sendika yöneticisinin görevden alınmasına dair. Burada sendika yöneticisinin usulsüzlük, yolsuzluk yaptığı konusunda bir iddia var, bir de kendisinin istifa ettiği konusundaki hukuki sorunlar var. Bu iki konuyu değerlendirmek bizim kapasitemizin dışında. Ben bu iki konunun dışında, şu yönüyle soru yöneltmek istiyorum: Sendika yönetim kurulunun, sendika başkanı hakkında herhangi bir iddia olduğu takdirde, kendisini görevden alma yetkisi var mıdır? Disiplin kurulu varken, disiplin kurulunu işletmeden böyle bir karar alması hukuken doğru mudur? Ayrıca, sendika yönetim kurulunun sendikayı olağanüstü genel kurula götürmesi, böyle bir konu hakkında hukuken daha doğrudur. Çünkü göreve seçimle gelmiş bir kişinin, görevinden aynı yolla alınması, sendikanın demokratik işleyişine daha uygun olur kanaatindeyim. Bu yollar işletilmeden, sendika yönetiminin başvurduğu yöntemin, eğer usulsüzlük ve istifa konusunu burada ayrı tutacak olursak, hukuka aykırı olduğu kanaatindeyim.

Burada toplu sözleşmeler ile sendika üyesi olan işçiler arasında ayrım yapılması, şu tarihten önce olan işçiler için farklı ücret zammı, belli tarihten sonra üye olan işçiler için farklı ücret zammının öngörülmesi, acaba bu işçiler arasında, sendika üyesi olan işçiler arasında, ayrım yapılması için objektif bir neden midir? Toplu sözleşme özerkliğini böyle bir objektif neden olarak gösterebilir miyiz? Burada şöyle bir sorun ortaya çıkıyor. Başlangıçta herhangi bir ayrım meydana gelmiyor, belli tarihten önce üye olan işçiler ve o tarihten sonra üye olan işçiler arasında ücret zamları oranlarının farklı tutulması, başlangıçta çok küçük oranlar, yüzde 5, yüzde 6 olabiliyor. Fakat toplu sözleşme yenilendikten sonra, aradan geçen 10-15 yılı düşünecek olursak, 10 yıl geçmesine rağmen, örneğin bugün toplusözleşme imzalandığında 01.05.1992 tarihinden önce olan işçiler için ücret zammı şu kadar, 01.05.1992'den sonra üye olanlar için şöyle: Seyyanen zam olsa da, rakamsal olarak aradaki fark yıllar geçtikçe artıyor. İşçiler arasında böyle bir ayrım yapılması objektif olarak toplu sözleşme özerkliği çerçevesinde mümkün müdür?

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim.

Sayın Abdi Pesok buyurun.

Av. Abdi Pesok- Saygıdeğer hocamızın başkanlığında, yine saygıdeğer hocamızın verdiği bilgilerden dolayı teşekkür ederim.

Tespit ettiğim kadarıyla Sayın Hocamız, Yargıtay'ın vermiş bulunduğu kararlardan açık açık kendi fikrine uygun olmadığını söylediği bir tek kararı oldu. Onun dışındaki Yargıtay kararlarını genel olarak tasvip ettiklerini belirttiler. Yargıtay'ın toplu iş ilişkileriyle ilgili hocamızın değerlendirdiği konularda, ben de sadece bir tek kararının kendi şahsi fikrime göre uygun olmadığını, nedenleri ile anlatacağım. Bu konuda hocamız Yargıtay'la aynı görüşte, ancak hocamızın Yargıtay'ın görüşüne katılmadığı konuda da ben, Yargıtay'ın görüşünü gerekçeleriyle kendime göre anlatmak istiyorum. Doğru olduğu kanısındayım. O da, 8 inci maddenin uygulamasıyla ilgili. 2822 sayılı Kanunun 8 inci maddesini değerlendirirken, bu maddenin sadece belli cümlelerini dikkate alarak değerlendirme yapar isek, toplu iş sözleşmesi sistemini ve ülkemiz şartlarını göz ardı etmiş oluruz. 8 inci madde değerlendirirken, yine aynı kanunun 10 uncu maddesindeki "işveren sendikalarıyla ilgili çağrı tarihinden itibaren bağlıdır" cümlesini göz ardı edemeyiz kanaatindeyim.0

İkincisi, yine aynı yasanın 13 üncü maddesindeki, toplu iş sözleşmesi çağrısıyla ilgili hükmündeki özü göz ardı edemeyiz. Nitekim, Yargıtayımız çok eskiden beri, 8 inci maddenin uygulanmasında birçok işverenin bu konuyu istismar ettiğini göz önüne alarak, toplu iş sözleşmesinin taraflarının değişmesi durumunu merhalelerle genişletmiş, geniş bir yoruma yer vermiş; yetki tespitine, daha sonra da çoğunluk tespitine kadar indirmiştir ki, bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, bu doğru bir yaklaşımdır. Neden dolayı doğru kabul edilmelidir? Bugüne kadar yaşadıklarımızdan dolayı doğru kabul edilmelidir. İkincisi, 8 inci maddenin başlığı dahi, toplu iş sözleşmesinden bahsetmiyor, başlığıyla tarafların değişmesinden söz ediyor. Taraf nerede başlar? Çoğunluk tespitinin yapıldığı gün başlar. Özetle söylemek istediğim, 8 inci maddeyi, dar yorumla sonuca gidecek olursak, adaleti aksatırız kanaatindeyim. Özellikle de alt işveren uygulamasının istismara açık olduğunu göz önünde tutar isek. Eğer çoğunluk tespitinden sonraki değişikliklerin hüküm ifade edeceğini, bu halde tespitin tarafları bağlamayacağını kabul edersek, her işveren alt işveren olarak kullandığı, istihdam ettiği kişileri 1 seneliğine alır, bu arada bir sendika o alt işverenin işyerinde toplu iş sözleşmesi çoğunluğunu alır ise, o alt işvereni değiştirir, bütün sendikal faaliyetleri ortadan kaldırır. Tabii ki, hocamızın genel olarak felsefesini biliyorum, saygı duyuyorum. Bu konuların

değerlendirilmesi halinde, belki saygıdeğer hocamız da görüşlerini gözden geçirir diye umuyorum. Yargıtay bu konuda ısrarlıdır, devamında yarar görüyorum.

İkinci konu, hocamız ve Yargıtay aynı görüşte. Toplu iş sözleşmesinden geriye dönük olarak yararlanma, ben bu konunun tartışılabilir nitelikte olduğunu düşünüyorum. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma, bizim sistemimize göre, imza tarihinde başlar, çünkü toplu iş sözleşmesi imza ile varolur. Yasa koyucunun amacı da budur. Nitekim dayanışma aidatı için imzayı şart görüyor. Nitekim, sendika temsilcisi ataması için imzayı şart görüyor, o arada sendika temsilcisi bile atanamıyor. Sendika aidatı için toplu iş sözleşmesinin imzalanmasını şart görüyor. Demek ki, yasa koyucunun amacı, o aradaki, yani yetki alınan, çoğunluk tespiti yapılan tarihle imzalandığı tarih arasındaki süreyi, dönem olarak toplu iş sözleşmesi süresi olarak görmekle birlikte, hüküm olarak yasa koyucunun amacı, toplu iş sözleşmesi olarak görmüyor; geriye dönük olarak yürürlüğe giren bir sözleşme olarak görüyor.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmada, imza tarihinden evvelki dönemle ilgili olarak amaç, üyelere ilave bir hak kazandırmaktır. Somut olayda kıdem tazminatı olarak görülüyor, başka konular da söz konusu olabilir. Amaç bu ise, aradaki dönemde, üyeliği fiilen devam etmeyen kişiler, - ölmüş veya işyerinden ayrılmış, çünkü belki imza tarihine kadar işyerinde olsa, o şekilde toplu sözleşme imzalanmasını engelleyecek faaliyette bulunabilir- bir kişi bile bunu değiştirebilir. Bütün bunlar değerlendirildiğinde, kaide olarak, iş sözleşmesi, artı toplu iş sözleşmesi değil de, -Yargıtay da böyle değerlendirmiş, hocamız da- toplu iş sözleşmesi, artı toplu iş sözleşmesi gibi değerlendirmenin sakıncaları olduğu görünüşündeyim ve bu konunun hem hocamız, hem ilgili büyüklerimiz, hem Yargıtay'ımız tarafından yeniden değerlendirilmesinde, yarar olduğu kanaatindeyim.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim.

Sayın Abdurrahman Duran buyurun.

Abdurrahman Duran (Kartal 1. İş Mahkemesi Hakimi)- Hocamıza, vermiş olduğu tebliğden dolayı teşekkür ediyorum.

Dün sormak istediğim, bugüne bıraktığım, Sendikalar Yasasının 31/6 ncı maddesiyle ilgili hocama bir sorum olacak: Eskiden sendikal tazminat vardı, şimdi yeni yasada sendikal tazminat büyük ihtimalle kalktı, sadece iş güven-

cesi tazminatı olarak hüküm altına alınıyor. Sendikal faaliyet nedeniyle iş akdinin sona erdirildiği ileri sürülerek açılan bir işe iade davasında, işe iade davasının şartları mevcut değilse, örneğin altı aylık kıdemi yoksa veya işyerinde 30 işçiden az işçinin çalıştığı tespit edilirse, işe iade davasının bu nedenle reddine karar verildiğinde, işe iade davasının sonucu olarak istenilen 1 yıllık veya 3 yıllık tazminatın, sendikal tazminat olarak hüküm altına alınması mümkün müdür? İşe iade şartlarının oluşmaması nedeniyle davanın reddine karar verildiğinde, bir yıllık tazminatın, sendikal faaliyetten meydana gelen tazminatın hüküm altına alınması mı gerekir, yoksa normal 8 aylık, 4 ila 8 aylık tazminatın nazara alınması, sendikal tazminatın yürütülüp hüküm altına alınması gerekir mi? Çünkü, yargılama konusu olaylar kesinlikle öyle diyor ki, iş sözleşmesi sendikal nedenlerle feshedilmiş, sendikal tazminat istiyoruz. Gerçi sendikal tazminat yok, ama 31/6'ya göre 1 yıllık veya 3 yıllık tazminat istiyoruz, ama iş iade davasının şartları oluşmadığına göre, sendikal tazminata karar vermek mümkün müdür?

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim Sayın Duran.

Sayın Şahlanan buyurun.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Ben de değerli meslektaşıma teşekkür ederek söze başlamak istiyorum. Kendisi toplu iş hukukunun dinamizmini kaybettiğini söyleyerek söze başladı, ama toplantıyı bir hayli dinamik hale getirdi. Arkadaşımla aynı yönde düşündüğüm konular var, düşünmediğim konular var. Yargıtay'la da aynı şekilde, paylaştığım konular var, paylaşmadıklarım var. Vaktinizi almak istemiyorum, uzun bir tebliğ sunacak değilim, ancak benden önce söz alan bazı arkadaşların da değindiği bazı konuların da açıklığa kavuşması ihtiyacı duyuyorum.

Temsilcinin güvencesiyle söze başlayayım. Temsilcilik güvencesiyle ilgili, arkadaşımız 4773 sayılı Kanunla, 30 uncu maddenin aldığı yeni hali ortaya koydular ve büyük ölçüde kendisiyle hemfikirim. Yalnız yeni 30 uncu maddede, işe iade kararından sonraki işçi ile temsilcinin parasal hakları açısından olan farklılıktan başka, bir temel farklılık daha var. Oda, doktrinde birçok arkadaşımla da farklı düşündüğüm, eski 30 uncu maddenin anlamında, söze şöyle başlardı: "İşçi haklı bir sebep olmadıkça ve sebebi açıkça bildirilmedikçe temsilcinin iş akdi feshedilemez". Ben bunu haklı neden olmadan yapılan her fesihte bir işe iade nedeni görüyorum. Oysa yeni kanun, haklı nedeni terk edip, geçerli neden kavramına gelerek, işe iade sebebi açısından da eski ka-

nunun gerisine düştü. Sadece temsilcinin parasal hakları açısından değil, iade açısından da gerisine düştü.

Bu toplantıda tartışılmasını istediğim bir konu daha var. Arkadaşım değindi, ama yarım kaldı ve kendim de çok net değilim. Ama düşüncemi ortaya koyacağım, paylaşılır veya paylaşılmaz. 30 uncu maddeni son fıkrasındaki, temsilcinin işyerinin ve işinin değiştirilmesine ilişkin düzenleme, hatırlarsınız, 2821 döneminde de tartışıldı, hatta İHU'da bir meslektaşımızın, Öner beyin bir incelemesi de vardı. "Değişiklikle de 30 uncu maddedeki güvence işletilmelidir" görüşleri ileri sürüldü. Yargıtay da önce oyçokluğuyla, daha sonra oybirliğiyle bu görüş benimsendi ve içtihat olarak sürüyor. Sonra 4773'le bu kanuna girdi. İşveren yazılı rızası olmadıkça, işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz, aksi halde değişiklik geçersiz sayılır. Ben söz konusu geçersizlik hakkındaki düşüncemi açıklayacağım, arkadaşıma da, paylaşıp paylaşmadığını soracağım. Bu geçersizliğe nasıl bir hukuki sonuç bağlıyorsunuz? Burada işe iade kararında olduğu gibi, ortada bir fesih yok. Dolayısıyla değişikliğin iptali, değişikliğin geçersizliğine ilişkin bir hüküm almak için dava açılabilir mi? Bana göre açılabilir. Bir fesih olmaksızın, temsilciyi eski işine vermeyen işverenin de 1 yıllık ücretten az olmamak üzere bir tazminata mahkûm edilebileceği düşüncesindeyim. Sanıyorum, bu konu ilk defa dile getiriliyor. 30 uncu maddenin son fıkrası uyarınca değişiklik geçersiz sayılır da, bu geçersizliği nasıl yaptırıma bağlayacağız, bunun yolu nedir konusundaki boşluğu böyle gidermek gerektiği düşüncesindeyim, arkadaşım paylaşırlar mı bilmiyorum.

Bir başka konu, Sayın Abdurrahman Duran bir ölçüde değindi. Üyelik güvencesiyle ilgili konu. Üyelik güvencesinde 91 inci madde, maalesef sendikal nedenle iş akdi feshedilen kişinin bir sendikal tazminat istemesi mümkün değil, ama fesih diyorum, sendikal faaliyet demiyorum, işverenin ayrım yasağını ihlal etmesini demiyorum, oralarda doğrudan 1 yıllık ücret tutarında bir sendikal tazminatı istemesi mümkün. Ama fesih varsa, fesih sendikal nedenle de yapılsa, işe iade davası açmadan iade kararıyla beraber feshin geçersizliğine karar verilmeden, 1 yıllık sendikal tazminatı istemek bugünkü mevzuat açısından mümkün değil, isabetli bir mevzuat da değil, o ayrı bir konu. Tabii, bu yasanın düzenlemesinin bizi zorunlu olarak şu soruyla karşı karşıya bırakıyor: Sayın Duran haklı olarak ona işaret etti. O zaman işe iade davaları açabilmek için, iş güvencesinin kapsamına ilişkin hüküm sendikal nedenle de fesihte de uygulanacak mı? Örneğin, 30 işçi şartı olmayan yerdeki bir sendikal nedenle fesihte, örneğin 6 aylık kıdemi olmayan bir işçinin iş akdinin sendikal nedenle feshinde işe iade davası açılamıyor. Açılamayacak denirse, bir sendikal güvenceden de bunları yararlandırmak mümkün değil.

Yasanın lafzı öyle olmasına rağmen, ben 30 işçi şartının ve 6 aylık kıdem şartının sendikal nedenle fesihte aranmayacağı ve bu kişilerin işe iade davası açmak, feshin geçersizliğini istemek kaydıyla ve geçersizlik kararı alırlarsa, sendikal tazminat talep edebilecekleri düşüncesindeyim, yani 31 inci maddenin yeni çerçevesi bu şekilde anlaşılmak gerekir. Özellikle 6 aylık kıdem ve 30 işçi şartının aranmaması gerekir.

Bir de, eski alışkanlıkla, uygulamada maalesef, hâlâ fesihlerde işe iade istenmeksizin, sendikal tazminat talepleri var, bu taleplerin hiçbir yasal dayanağı yok, mutlaka feshin geçersizliğine dayanan bir sendikal tazminat talebi istenilmesi gerekir diye düşünüyorum. Arkadaşım da zannediyorum fikrimi paylaşırlar, bu noktada.

Bir başka konu, değinildi, işyerinin devri, Sayın Pesok değindi. Sayın Pesok'un düşüncelerini aynen paylaşıyorum, yalnız Sayın Pesok'un söylediği biraz detaylandırmak, biraz daha hukuki baza oturtmak istiyorum. Bir kere bu konu, 1990'lı yıllarda tartışıldı, Milli Komitede de tartışıldı, benim de tebliğ veya açıklama olarak geçmiş yayınlarda görüşlerim var. Yargıtay, artık yerleşmiş ve isabetli bulduğum kararlarıyla, 8 inci maddeyi, işyeri devri halinde, yeni işverenin de yetkiyle bağlı olacağı şeklinde yorumluyor. Daha sonra bir adım daha attı, çağrıyla da bağlı kabul etti. Eski işverene yetkiden sonra çağrıyı yapmışsanız, çağrıya ilişkin yasal sürelerin geçirildiği gibi bir iddiayı yeni işveren ileri süremez, olsa olsa yeni işvereni de bilgilendirmek anlamında bir metin gönderilebilir, ama çağrıyla da bağlıdır. Dolayısıyla, bu noktada bir tereddüt yok, Yargıtay'ın kararı doğru, 8 inci maddenin Sayın Pesok tarafından da yapılan yorumu doğru ve daha önceden de söylenen bu. Şahsen büyük çoğunluğunda böyle düşündüğünü zannediyorum. Yalnız burada bir nüansa dikkat etmek lazım: İşyeri devri, işletme devri, işletmeye dahil işyerinin devri, bu üçünü birbirinden ayırmak lazım. Eğer bir işyeri devri varsa, yetki yeni işvereni de bağlar. Bir işletme tümüyle devrediliyorsa, -3 üncü madde anlamında işletme- bu da yeni işvereni tümüyle bağlar. Ama işletmeye bağlı işyerlerinden biri devrediliyorsa, işte burada istisna tanımak lazım, bu yer yeni işvereni bağlamaz. Geçmişte kamuda, Denizcilik İşletmelerinin Alsancak Limanı'nın devriyle ilgili -ki, Alsancak Limanı işletmeye dahildi- bir Yargıtay kararı da bu yolda. Bağlamayışı da doğru, neden? İşletmedeki sendika yetkiyi alırken, hangi çoğunluğa göre aldığı belli. İşletmeye dair işyerlerinde çalışanın hepsinin yarıdan fazlası, oysa bu işyerinde hiç üyesi de olmayabilir. Dolayısıyla, işletmeye dahil işyerlerinden birinin devrinde yetki bağlamaz, bu istisnayı bir tarafa bırakırsak, işyerinin veya işletmenin bütünüyle devri, yeni işvereni yetki açısından da, çağrı açısından da bağlar.

Aydın Başbuğ arkadaşımız bir ölçüde değindi, ama bir başka yönünü gözden kaçırdı. Genel başkanın görevden alınması meselesi. Sayın Ulucan, genel başkanla sendika arasındaki ilişki vekalettir dedi. Doğru bence de vekalettir. Dolayısıyla hizmet akdi olmayan bir yerde işe iade kararı da istenemez. Bu tür bir olay, İş Kanunu 18, 19, 20 nci maddelerine göre çözülemez. Bir sendika organının kararının kanuna aykırılığının iptali davasıyla çözülebilir. Dernekler için eskiden Yargıtay sadece genel kurul kararları için iptal davası açılabilir derken, doktrindeki görüşlerle de, 9. Hukuk Dairesi isabetli bir şekilde, genel kurul dışındaki organların kararlarına da, disiplin kurulu, yönetim kurulu kararlarına da karşı iptal davası açılabileceğini kabul etti. Dolayısıyla, genel başkanın, olayda haklı mı, haksız mı, o ayrı bir olay, ama izlenecek hukuki yol açısından iş güvencesine ilişkin hükümler değil, kanuna aykırı organ kararının iptali yoluyla bu sonucun elde edilmesi gerekir diye düşünüyorum.

Kesinleşmiş yetkiye karşı, arkadaşımla hemfikirim, Yargıtaydan o karar nasıl çıktı, doğrusu detayını bilmiyorum. Ortada bir kesinleşmiş yetki var ise ve bu kesinleşmiş yetki, - arada Sayın Prof. Dr. Münir Ekonomi'yle de görüştüm - eğer bir yargı kararı sonucu ortaya çıkmışsa, bu takdirde ne iş mahkemesinde ne de başka mahkemede bu yetkiyi bertaraf eden bir dava açılamaz ve bir hüküm elde edilemez. Olsa olsa belki iadeyi muhakeme yolu düşünülebilir, onu da Usul Kanununda şartları var. Dolayısıyla ben de arkadaşım gibi düşünüyorum.

Yorum davası konusunda Sayın Ulucan'dan farklı düşünüyorum. Kanunun yorum davasına ilişkin sistemi, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde ve toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya tanınmış. İşçinin yorum davası açmaya hakkı olmadığı gibi, sözleşmenin bitmesinden sonra böyle bir dava açılması, Usul Hukukunun bir temel kuralına da ters düşer. Eda davası açılabilecek yerde, yorum davası açılamaz. Dolayısıyla, ancak bu dava 60 ıncı maddede özel olarak düzenlendiği gibi, toplusözleşmenin süresi içerisinde açılabilir.

Kıdem tazminatını, faizin başlangıcını geriye götüren hüküm, toplusözleşme hükmünün geçersizliği konusunda ben de arkadaşım gibi düşünüyorum. Kıdem tazminatının ne zaman hak edildiği ve faizinin de ne zaman başlayacağı genel hukukluk ilkelerine göre belirlenmiş, toplusözleşmeyle bunun daha geriye götürülmesi geçerli olmaması gerekir.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim.

Yalnız Sayın Şahlanan, bir şeyi tam anlayamadım, son söylediğiniz, "işletmeye bağlı bir işyeri eğer devredilmişse, işvereni bağlamaz" dediniz, değil mi?

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- İşletmeye bağlı işyerlerinden biri devredilmişse, işletme için yetki alan sendika, bu işyeri için yeni işverene karşı bu yetkisini ileri süremez, orada ayrı bir yetki alması gerekir.

Oturum Başkanı- Yalnız orada, hatırladığım kadarıyla, özelleştirmeyle ilgili bir Yargıtay kararı var, haklı olarak muvazaadan söz ediyor, çünkü çok sık muvazaa olayına bu durumda rastlanabilir.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Muvazaa çok istisnai bir olay ama ilke olarak işletmeye dair işyerinin, bu Süt Endüstri Kurumunun tesislerinin devrinde oldu. Deniz Yollarının özelleştirilmesi meselesinde oldu. Muvazaa çok spesifik, özel bir konu.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim Sayın Şahlanan, aydınlığa kavuşmuş oldu.

Sayın Kayhan Özer buyurun.

Kayhan Özar- Teşekkür ederim Sayın Başkan, teşekkür ederim Sayın Hocam.

Efendim, benim değinmek istediğim üç konudan ikisine Sayın Pesok ve Şahlanan değindiler, kendileriyle aynı görüşteyim, yani 8 inci maddenin işyeri devrinde de uygulanabileceği yolunda.

İkincisi de, kesinleşmiş yetkinin, başka bir mahkeme kararına konu edilemeyeceği yolunda. Yalnız ben izin verirseniz, geçersizlikle ilgili, yani sendika temsilcisinin işyerinin devri halindeki geçersizlikle ilgili görüşünde Sayın Hocamdan bir parça ayrılmak istiyorum. Eğer mahkeme geçersizliğe karar verirse, işine iade etmeyen işverene karşı 1 yıllık tazminat davası açmak yerine, işçinin, yani temsilcinin görevini de ifa etmek cümlesinden olmak üzere, ücrete hak kazanacağı, işine gelmekle, eski iş haklarına haiz olacağına görüşündeyim.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim Sayın Özer.

Sayın Avcı buyurun.

Mustafa Avcı- Tebliğ sahibine teşekkür ederek sözüme başlıyorum.

Öncelikle bir konunun açıklığa kavuşması açısından, tebliğe yeteri kadar yansımadığını düşünüyorum. Bu da az önce Fevzi Hocamın da dile getirdiği, kesinleşmiş yetkinin tekrar bir yargı kararına konu olması. Somut olaydan hatırladığım kadarıyla, olayı ben de takip ettim, olumsuz bir yetki tespiti vardı. Olumsuz tespite karşı sendikanın açtığı bir dava var. Dolayısıyla olumsuz tespit sadece başvuru sahibine bildirildiği için, işkolundaki diğer sendikalar olayın içinde zaten yok. Dolayısıyla burada kesinleşen bir yargı kararını bu şekilde değerlendirmenin yanlış olacağını düşünüyorum. Burada olumsuz tespite karşı sendikanın açtığı bir dava var, bunun sonunda sendikanın çoğunluğu sağladığına ilişkin bir karar var. Hocalarımızın kitaplarından da okuduğumuza göre, şu ana kadarki mevcut sistemimiz içinde, belki prosedürü uzatıyor falan, ama bunu ilk kesin yetki belgesi olarak görmek mümkün değil. Bunu olsa olsa 13 üncü madde çerçevesinde bir tespit olarak değerlendirmek lazım. Dolayısıyla, buradaki olay belki bir kafa karışıklığına falan sebep oldu, burada kesinleşmiş bir yetkinin tekrar yargı konusu olması değil, bir olumsuz tespit sonucu alınan bir kararın, bu karara dayanılarak, acaba 13 çerçevesinde prosedür mü işletilecek, diğer sendikalara da itiraz imkânı mı verilecek, bu anlamda uyuşmazlık söz konusuydu. Yanlış hatırlamıyorsam, eğer aynı olaydan bahsediyorsak.

İkinci bir konu; aslında benden önce Abdurrahman bey sordu, Fevzi hocamız da cevaplandırdı. Bu aslında mevcut sistemimiz içerisinde, özellikle sosyal taraflar olarak, bu müzakerelerin bir bölümüne ben de katıldım. Orada, bu 31 inci madde ve sendika temsilciliği konusunda, en azından işçiler açısından bir geriye gidiş vardı, biz bunu gördük, bir çıkmaz vardı. Fakat müzakereler sadece İş Kanunu çerçevesinde olduğu için, Sendikalar Kanununda, 2822 sayılı Kanunda ileride düzenleme yapılacağı düşüncesiyle gündeme getirilmedi. Burada acaba sendikal nedenle fesih iddiasında olan birisi, zorunlu olarak İşK. 18 ve 21 inci madde çerçevesinde işe iade davası açarak, feshin geçersizliğini istemek zorunda mı, yoksa doğrudan sendikal tazminat isteyebilir mi? Fevzi Hocamızın da dile getirdiği gibi, eğer mevcut Kanuna bakarsak, bu yol kapalıymış gibi gözüküyor. Doğrudan feshin geçersizliğine ilişkin iade müessesesinde, eğer fesih sendikal nedenle geçersiz kabul ediliyorsa, 1 yıllık tazminatın belirlenmesi şeklinde hüküm kurulması gerekiyor. Ben eğer yanlış hatırlamıyorsam, Yargıtay'a da intikal etmiş bir olay, bu şekilde oldu. Herhalde Eyüp İş Mahkemesinin bir kararıydı. Bu bozma olmadığı için belki yansımadı. Orada Yargıtay, işe iade istemeksizin, feshin geçersizliği talebinde bulunmaksızın, doğrudan sendikal tazminat isteyen bir kararı onadı. "Burada işçi seçimlik bir hakka sahiptir, işe iade istemeden, sendikal tazminat isteyebilir" gibi bir şey; bu tartışılabilir tabii.

Diğer bir nokta da, belki sonuç olarak doğru bir karar, Hocamız da katıldığını söyledi, fakat eksik olduğunu düşünüyorum. Burada işverenin sendika üyesi olmayan, diğer yandan da dayanışma aidatı ödemeyen bir işçiye toplu iş sözleşmesini uygulaması söz konusuydu. Burada da sendika, olaydan da öyle anlaşılıyor, o işçiler, yani işverenin yararlandırmaması gereken işçiler için, sözleşmeden yararlandırdığından dolayı dayanışma aidatı talebinde bulunmuştu. Burada Yargıtay'ın vardığı sonuç belki doğru, yani talep olmaksızın işverenin dayanışma aidatı kesmesi mükellefiyeti yok. Bazı hocalarımızın görüşlerini hatırlıyorum. Burada sendikanın uğradığı bir zarar söz konusu, en azından o dayanışma aidatı kadar bir zarar söz konusudur. Bu olayı şöyle bakılamaz mı? Bunun gibi bir davayı tazminat davası olarak düşünüp, davanın böyle reddedilmesi yerine, dayanışma aidatını esas alarak, kabulü daha doğru değil mi? Aksine eğer böyle bir yol benimsenirse ve kural haline getirilirse olumsuz bir ortaya çıkacaktır. Yani işçinin dayanışma talebi yok, işveren toplu sözleşmeyi aynen uygulayacak, bu sendika üyelerini sendikadan istifa etmeye, ayrılmaya teşvik edici bir davranış olacaktır, bu bizim mevcut sistemimizde hukuki ihmali görmeyeceği de ortadadır.

Hocamız iş sözleşmesiyle toplu iş sözleşmesi arasındaki ilişkide işçinin aleyhine bir durumun söz konusu olamayacağına işaret ettiler. Burada düzen ilkesi gereği, özerklik ilkesi gereği, her sözleşme birbirinden bağımsızdır gibi bir sonuca vardı. Bu her zaman böyle çok kolay çözülebilecek gibi gözükmüyor. Şöyle bir olay, isterseniz örnek vereyim size: Ben kendim bilirkişilik yapmıştım, alternatif rapor yazdığım için rahat söyleyebilirim. Aynı konuda, bu olayda değil yalnız. Olay da şöyleydi: Toplu sözleşmede sendikayla işveren protokol yapmışlar, demişler ki toplu sözleşme zamlarını yüzde 36'dan son altı ay yüzde 18'e düşürmüşler. Yalnız aynı protokolde diyorlar ki, "eğer yeni sözleşme imzalanıncaya kadar işveren işçiyi çıkarırsa, şu, şu sebepler olmadan, bu protokol hiç dikkate alınmaksızın, vazgeçilen miktar da işçiye ödenecektir" Böyle bir olayda, mahkeme protokolün bu hükmü doğrultusunda, yeni sözleşme imzalanmadan işçi çıkarılmış olması nedeniyle feragat edilen yüzde 18'in de tahsiline karar verdi, daha sonra Yargıtay bozdu. Ben eğer yanlış hatırlamıyorsam, Hukuk Genel Kurulundan da geçti. Gerekçe şuydu: Bu gerekçe bence daha çok tartışılmaya değer. Burada yeni sözleşme imzalanmıştı, her ne kadar işçinin işten çıkarılmasından, dava açmasından sonraysa da, daha sonraki bir tarihte yeni sözleşme yürürlüğe girmiştir, bu sözleşmede de geriye doğru imzayla yürürlük arasında çıkarılanların sözleşmeden yararlanacağı şeklinde bir düzenleme yapıldığına göre, artık daha önce ücretten feragat edilen yüzde 18'in talep edilmesi mümkün değildir diyordu. Ben bunun sistemimize yabancı olduğunu düşünüyorum. Şöyle düşünelim: Proto-

kol hükmünü geçerli kabul ettik ve yeni sözleşme imzalamadan işçi çıkarıldı. İşçinin çıkarıldığı tarih itibariyle yeni sözleşme ortada yok, böyle bir durumda işçi dava açtı, yeni sözleşme imzalanacak mı, imzalanmayacak mı, geriye doğru mu?

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim.

Davayla ve kararla ilgisi olmayan hususları lütfen burada gündeme getirmeyelim.

Osman bey buyurun.

Av. Osman Önal- Teşekkür ediyorum sayın hocam. Sayın Ulucan'ın değerli tebliği için teşekkür ediyorum, son derece yararlandık.

Efendim, benim aldığım bir hayli not vardı, ancak benden önce konuşan arkadaşların çoğu, özellikle Şahlanan arkadaşım birçoğunu cevaplandırdı, onlara değinmeyeceğim. Sayın Nuri Çelik Hocam da gözümün içerisine bakıyor, mümkün olduğu kadar kısa olsun diyor. Bu nedenle sorularımı doğrudan soracağım. Yalnızca tebliğde dile getirilen konular üzerinde duracağım.

Birinci konu; sendika başkanıyla sendika arasındaki ilişki hizmet akdi değil dediler, fakat vekalet olduğunu da söylemediler, orada Sayın Şahlanan Hocam vekalet dedi, zannediyorum aynı şeyi kabul ediyor Sayın Ulucan da.

Diğer bir konu; işletme faizinden bahsedildi. Zamanında ödenmeyen aidatlara uygulanacak faizler. Gerçekten bu konuyla ilgili bir netlik yok. Uygulamada çok büyük sıkıntılar çekiliyor bu konuda. Bildiğiniz gibi, kıdem tazminatının zamanında ödenmemesinden dolayı da, mevduata uygulanan en yüksek faiz öngörülmüştür. Burada mahkemeler bankalara soruyor. Tabi ki özel banka, devlet bankası ayrımı burada kesinlikle yok. Ancak bir çaresizliğin sonucu deniliyor ki, hiç olmazsa bu konuda yerleşik ve istikrarlı olan üç dört tane büyük devlet bankasına sorun, bunların ortalamasını alın gibi çareler getirilmeye çalışılıyor. O faizlerin yüksek olduğu dönemlerde, bankalar tutuyor, Bankalar Birliğine veya Merkez Bankasına faiz oranları veriyor, tabanla tavanı söylüyor. Tabanla tavan yazıldığında buradan geliyor mahkemeye, ancak mahkemenin burada neye uyacağı konusu son derece güçlük yaratıyordu. Bu konuyu dile getirmek istedim. Sayın hocam bu konuda ne düşünürler bilmiyorum.

Yanlış anlamadımsa bir diğer konu; "dayanışma aidatına zımni muvafakat" gibi bir ifade kullanıldı. Burada tabii, zımni muvafakat ne şekilde olacak? Bilindiği gibi, dayanışma aidatının başlangıcı, talep tarihinden -tabii imza olmak şartıyla- geçerli. Burada talebi nasıl tespit edeceğiz? Bu meseleye bir açıklık getirirlerse memnun olacağım.

Bir diğer konu; negatif sendika özgürlüğü yönünden konuya değineceğim. Bu toplu iş sözleşme zamlarından, üyelik tarihine göre, daha önce üye olanlar daha fazla, daha sonra üye olan daha az oranda ücret zammı gibi algıladım. Bilmiyorum, eğer yanlışsa. Böyle bir şey acaba, negatif sendika özgürlüğünü etkiler mi, etkilemez mi? Bu konuda Sayın Hocam düşüncesini lütfederse, memnun olacağım.

Efendim, benim arz edeceğim konular bunlar. Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim Sayın Önal.

Sayın Osman Yıldız buyurun.

Osman Yıldız- Sona kalan dona kalır derler, tekerrür olmasın diye kısaca bahsedeceğim.

Mustafa Avcı bey değindiler, benim sorum şu şekilde olacaktı: Hocamın tebliğinde yer alan dayanışma aidatıyla ilgili kararın taraf vekiliydim ben. O dosyada işveren, toplu sözleşmede yer alan bütün hükümleri üye olmayanlara uyguladı, sadece çocuk zammı gibi bir hükmü uygulamadı, tamamen uygulamış olmamak için. Sayın dairenin bir kararı var, daha doğrusu karara karşı oy yazısında "külfete katlanmayan nimetten yararlanamaz" diye birkaç yıl önce bir kararı vardı. Burada sendikanın ve üyelerinin hukukunun korunması amaçlanmış. Ancak gerek yargı uygulamasında, gerekse yasa koyucu sanıyorum, işverenin suiistimalini öngörememiş, yani sendikasızlaştırmayı teşvik için işveren yazılı muvafakat almadan bunu uygularsa, ne yapılacak, bu konuda bir düzenleme yok, sayın daire de bu şekilde gelişmeyi kapatmış, önünü kesmiş oldu sendika ve üyelerinin hukukunu koruma açısından. Bu konuda yasa değişikliği mi gerekir, ne dersiniz şeklinde olacaktı sorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim Sayın Yıldız.

Sayın Kızılay buyurun.

Av. Ender Kızılay- Teşekkür ediyorum.

Toplu iş sözleşmesinden sendikaya üye olmayanların ya da kapsam dışı personelin yararlandırılmasına dönük karardan biraz da cesaret aldım. Toplu iş sözleşmeleriyle denkleştirme süresini taraflar işyerinde dört aya kadar uygulayabiliyorlar. Bunun, sendikaya üye olmayan ve kapsam içi ya da kapsam dışı işçilere de uygulanıp uygulanamayacağını konusunda sorum olacaktı.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Yalnız, bu sorunun muhatabı Sayın Devrim arkadaşımız değil, isterse ancak görüşünü söyleyebilir, yoksa kararlarla ilgili olmadığı için bunu ben şu anda, çok kısa soru olduğu için önlemek istemedim, ama isterlerse cevap verebilirler, Sayın Ulucan tarafından cevaplanabilir.

Bir hayli soru soruldu ve açıklama yapma ihtiyacı da sanıyorum çok fazla. Ucu açık olarak cevap hakkı tanıyorum.

Prof. Dr. Devrim Ulucan- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Soru yönelten değerli katılımcılara da ayrıca teşekkür ediyorum.

Aydın Başbuğ beyden başlayacağım. Tabii, soruları yanıtlarken, ortak sorular geldikçe, bunları dikkate alarak yanıt vereceğimden soru sayısında da azalma olacak. Sendika yönetim kurulunun sendika başkanını görevden alma yetkisi var mıdır, yok mudur? Bir kararla bağlı olduğumuz için, kararı açarak anlatma kaygısı duymadım. Kararda sendika yönetim kurulunun sendika genel başkanını görevden alması şekli nasıl, onu inceleme konusu yapmıyor mahkeme. Mahkemenin üzerinde durduğu, geçici olarak askıya alınmış bir ilişki, başkanın görevinden tamamen uzaklaştırılması değil, askıya alınmış bir ilişki, bu ilişki çerçevesinde kamuda açığa alma gibi, araştırma yapılacak, ona göre karar verilecek, yani olayda görevden alma yok, bir bekleme, askıya alma durumu var. Bu arada, genel başkan istifa ediyor ve bu istifası ceza mahkemesindeki verilen bir kararla da kesinleşiyor, istifa ettiği konusunda bir kuşku kalmıyor. Buna dayanarak mahkeme diyor ki, "görevden alınma olmadığı, ilişkisi askıda olduğu ve kendisi istifa ettiği için, göreve dönmesi diye bir sorun olmaz". Tabii, sendika başkanının, Sendikalar Kanununa göre görevden alınması prosedürünü ben burada inceleme konusu yapmadım.

Sözünü ettiğiniz kararda sendika üyesi olan işçiler arasında toplu iş sözleşmesi ile getirilen zam uygulamasına yönelik bir ayırım yok. Yüksek mahkeme haklı olarak sendikalı işçilerin ücret zammından sendikaya üye oluş tarihine göre yararlanacaklarına karar veriyor. Oysa, davacı işçiler üye oldukları tarihten öncesini de kapsayacak şekilde, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinde

üye olanları emsal göstererek, o tarihten itibaren zamlı ücret uygulanması gerektiğini ileri sürüyorlar.

Toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihini geriye götürerek, toplu iş sözleşmesi zamlarından yararlanma konusunu tam açık anlatamadım sanıyorum. Burada işçiler arasında ayırım yapılarak farklı ücret zammı yapılmış değil, birinci toplu sözleşme devam ediyor, o toplu iş sözleşmesi sona erdikten daha sonra, bir sene sonra imzalanan toplu sözleşmede ücret zamlarını geriye yürütme söz konusu ve eski toplu sözleşmenin bittiği anda, geriye yürüyen toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiş oluyor, yani iki toplu iş sözleşmesi arasında bir fasıla yok. Öyle olunca, ikinci toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önce ölen veya kıdem tazminatına hak edecek şekilde iş ilişkisi sona eren işçiler, gene ikinci toplu iş sözleşmesi hükmüne göre, almış oldukları kıdem tazminatına ek olarak ikici toplu iş sözleşmesi ile getirilen zamlar da dikkate alınarak ek tazminatları alıyorlar. Ancak söz konusu işçiler bunun dışında daha önceki toplu iş sözleşmesinde öngörülen ve kıdem tazminatının hesabında 45 günü esas alan hükme göre de hesap yapılarak ek tazminat ödenmesi talebinde bulunuyorlar. Yargıtay ise düzen ilkesi gereği geriye yürütülen ve eski sözleşmenin sona erdiği andan itibaren kıdem tazminatına esas oluşturan süreyi 35 güne indiren hükmü ve yapılan zammı esas alarak sonuca varıyor. Ayrıca burada, bir toplu iş sözleşmesi ile yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinde geriye doğru işçi yararına olmayan bir değişiklik yapılmıyor. Yapılan işlem, eski sözleşmenin sona erdiği tarihten sonra geçerli olacak ve eski sözleşmeden daha az işçi yararına olan bir değişiklik. Toplu iş sözleşmesinin düzen ilkesi gereği, geriye yürütülen bir toplu iş sözleşmesi geriye yürütüldüğü tarihten itibaren bir bütün olarak uygulanır. Toplu iş sözleşmesinin ücret zammına ilişkin hükümleri eski sözleşmenin bittiği tarihten itibaren geriye yürütülüp, kıdem tazminatına esas oluşturan süreyi kısaltan hükmün geriye yürümediği, süresi sona ermiş toplu iş sözleşmesindeki daha işçi yararına olan sürenin uygulanacağı söylenemez.

Abdi Pesok beyin sorularına gelince; gerçekten bu 8 inci maddeyi tam anlamıyla lafzına uygun olarak yorumlarsak; bunun anlamı, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi halinde o işyerlerinde toplu iş sözleşmesinin sona ermeyeceğidir. Olayla ilgili olarak bu ilkeyi somutlaştırırsak; işletme düzeyinde bir toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken işletme kapsamındaki bir işyerinin işvereninin değişmesi o işyeri bakımından toplu iş sözleşmesinin geçerliliğini kaldırmayacaktır. Bu durumda değişen işyeriyle beraber işçiler de başka bir işverene geçeceği için söz konusu işçiler toplu iş sözleşmesinden, toplu iş özleşmesi süresince yararlanacaklardır. 8 inci mad-

denin getirdiği düzenleme bu. Buradaki tartışma konusu, sendikanın yetki almış olması, fakat henüz toplu sözleşme bağıtlamamış olması ile ilgilidir. Karara konu olayda işletme düzeyinde yetki almış bir sendika vardır. Bu sendika henüz işverenle toplu iş sözleşmesi bağıtlamadan yetki alınan işletmenin işyerlerinden bir tanesi başka bir işverene devredilmiştir. Daha önceki Yargıtay kararlarında, sayın meslektaşların söylediğine göre, bu 8 inci maddeyi geniş yorumlayarak, işyerinin devriyle yetkinin de birlikte geçtiği sonucuna varılıyor, buna göre yetki sahibi sendika devredilen işyerinde de toplu sözleşme yapma olanağına sahip kılınıyor. Burada tabii, bizim bir sakıncalı yorum tarzımız var, bana da hep ters geliyor; kötüniyetli uygulamaları dikkate alarak, kanunları deforme etmeye çalışıyoruz. Kanunları, uygulamadaki olumsuz bir durumu çözmek için, gerektiğinde geniş yorumluyoruz, dayanışma aidatı meselesinde olduğu gibi, demin arkadaşımız söyledi, hemen yeri gelmişken tartışalım. Evet, işverenin hem sendika üyesi olmayan hem de dayanışma aidatı ödemeyen işçilere de toplu sözleşme hükümlerini uygulaması kanuna aykırıdır. Bunu engellemek için, sendikanın işverene işçi ücretlerinden dayanışma aidatı kesmek için talepte bulunmasını bir tazminat olarak yorumlarsak, o zaman dayanışma aidatı kurumunu tahrip etmiş oluruz. Dayanışma aidatı kurumunun anlamı ve işlevini ortadan kaldırmış oluruz. Burada da aynı şekilde, yani bir kanunu bizim deforme etmemize gerek yok, Fevzi arkadaşımın da söylediği gibi, işyeri bir işletmeye devredilmişse, o işletmede üç dört tane başka işyeri var ise, devredilen işyeri bakımından burada başka bir işletme için alınmış bir yetkinin hala devam ettiğini söylemek, son derece sakıncalı. O işyeri bakımından başka bir işletme ile ilgili olan yetki devam ediyor, bu arada işyerini devralan işletmede, işletme sözleşmesi için oradaki çalışan işçilerin üyesi olduğu sendika yetkiye başvuruyor, bu durumda ne olacak? O işletmede yeni devralınan bir işyeri için ayrı bir toplu sözleşme, devralan işletmenin diğer işyerleri için ayrı bir sözleşme mi yapılacak? Bu yönden baktığımızda inceleme konusu yapılan karar yerindedir. Belki tartışılması gereken ve sorulmak istenen işyeri düzeyinde alınmış bir yetki varken işyerinin devri halinde yetkinin devam edip etmeyeceğidir. Burada yetki işyeri için alındığından işverenin değişmesi ile yetkinin düştüğünü söylemek doğru olmaz sanırım. Ancak olay işletme düzeyinde alınan bir yetki ile ilgili olduğundan karar bu yönü ile ele alınmamıştır.

Bazı işverenlerin, sırf yetki almış bir sendikanın bu yetkisini kullanarak toplu iş sözleşme yapmasını engellemek amacı ile işyeri devrine gitmeleri halinde, işyerinin devrinin kötüye kullanıldığı ve yapılan işlemin muvazaalı olduğu ileri sürülerek işlemin geçersiz olduğu söylenebilir. Bunun için TSGLK m.8'i hükmün amacına ve sisteme aykırı bir biçimde yorumlamak doğru olmaz.

Türkiye'de, kötüniyetli uygulamaları engellemek için yapılan yanlış ve zorlama yorumlar, sorunları çözmez aksine ağırlaştırır.

Toplu sözleşmenin geriye doğru yürütülmesi, onu birkaç arkadaş da yanlış anladı. Burada bir farklı ücret uygulaması ve ücret uygulamasının süreklilik kazanması değil, belli bir toplu sözleşme zammının -benim Yargıtay kararından anladığım kadarıyla- zaman açısından uygulanması. Toplu sözleşmenin imzalanması sırasında üye olanlar o zamdan yararlandılar, miktar aynı, sonradan üye olanlar yine aynı zamdan yararlanıyor, miktar aynı, yani onların istediği, geriye doğru, ötekilerin de aldığını emsal göstererek aradaki farkı istemek, o yanlış, aradaki fark o.

Toplu iş sözleşmesi ile ilgili düzen ilkesi eleştirildi. Tabii, buradaki toplu sözleşme düzeni ile kastedilen işçi yararına olan bazı hakların sonraki bir toplu iş sözleşmesi ile geriye götürülmesi. Anayasa ve yasa düzenlemeleri buna olanak veriyor. Sorun bu konuda sendikaların olanaklarının ne olduğu. Bugün Almanya'da, Batı Avrupa'da yakından takip ediyoruz, işte Almanya'da Opel'de, Volkswagen'de sıfır zamlı toplu sözleşmeler yapılıyor, pirimler, ikramiyeler kaldırılıyor, ancak 5 yıl işten çıkarmama koşulu ile, oysa Almanya'da yasayla getirilmiş çok kapsamlı bir iş güvencesi olmasına rağmen, toplu sözleşmelerde daha süreklilik isteyen, 3 yıllık, 5 yıllık, 4-5 bin işçi için iş güvencesi karşılığında zam yapılmasından vazgeçiliyor, mevcut zamlardan vazgeçiliyor, çalışma sürelerinde artış oluyor vesaire. Günün ekonomik koşulları da, bu düzen ilkesini ön plana çıkarmaya başladı artık. O bakımdan, burada toplu sözleşmeyle kıdem tazminatına esas teşkil eden sürenin indirilmiş olmasını ters karşılamamak lazım, kanuna uygun diye düşünüyorum.

Bir soru da süresi sona eren bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin hizmet akdi hükmü haline gelmesi ile ilgiliydi. Yukarıda da belirttiğim gibi daha sonra yürürlüğe giren toplu iş sözleşmesi eski sözleşmenin bittiği tarihe kadar geriye götürülünce, arada bir toplu iş sözleşmesi ile düzenlenmemiş bir alan kalmamış oluyor. Toplu iş sözleşmesi yapma usulü ile ilgili yasa hükümlerini de dikkate alırsak, çoğunlukla TİS' lerini geriye doğru yürütme zorunluluğu oluyor. İki toplu iş sözleşmesi arasındaki sürede bir boşluk olduğunu kabul edersek geriye yürütmenin de bir anlamı kalmaz. İki toplu sözleşme arasında bir ara da olmadığı için, eski TİS hükümleri hizmet akdi hükmü haline gelmiyor.

Sayın Abdurrahman Bey'in sorusuna gelince, kısmen meslektaşım yanıtladı. Sendika üyeliği ve sendika temsilciliği ayrı bir statü getiriyor. İş güvencesini bu statü çerçevesinde yorumlamak lazım. İş güvencesine ilişkin düz işçiler

bakımından getirilen 30 işçi kriteri ve 6 aylık süreyi burada uygularsak, sendika güvencesini, sendika üyeliği güvencesini ve sendika temsilci güvencesini son derece zayıflatmış oluruz. Belki, kanunda bu konu daha açık düzenlenmesi gerekirdi, hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde. Ama buna yorum yoluyla varabiliriz. Çünkü bu düzenleme İş Kanununda yapılan değişiklik sonucunda Sendikalar Kanununda değişiklik yaptığı için. Eğer doğrudan doğruya Sendikalar Kanununda yapılsaydı, herhalde bu koşullar gelmezdi, yani 30 işçi ve 6 ay süre koşulu gelmezdi. Sendikalar Kanunu bu tür koşullar aramıyor.

Abdurrahman Bey'in sorusuydu galiba; sendika temsilcisinin, 30 uncu madde çerçevesinde işyeri değişikliği halinde işe iade davası açıp açamayacağı ile ilgili. Burada şuna dikkat etmek lazım: Sendika temsilcisinin güvencesi açıkça kanunda düzenlenmiş. Sendika temsilcisi diğer işçiler gibi iş güvencesi kapsamında iş güvencesine ilişkin hükümler uygulanacak, ancak tazminat miktarı artırılmış, yalnız sendika temsilcisine ayrıcalık getiren düzenleme, işyerinin değiştirilemeyeceği ve işinde esaslı değişiklik yapılamayacağıdır. Temsilcinin yazılı rızası olmadan böyle bir değişiklik yapılırsa, yasaya göre bu işlem geçerli sayılmayacaktır. Sendika temsilcisinin iş koşullarında esaslı değişiklik yapılmış veya işyeri değiştirilmiş ise, sendika temsilcisi kanuna göre bu işlemlere uygun davranmak zorunda değil. Bu nedenle iş sözleşmesi feshedilirse dava açacak, işverenin geri almasını isteyecek daimi işyeri değişikliğini, geri almazsa işe iade talebinde bulunacak, işveren onu çalıştırmazsa tazminatını alacak. Diğer yandan değişiklik işlemi geçersiz sayıldığına göre temsilcinin bu değişikliğe uyma zorunluluğu da yok. İşe hazır olduğu sürece işveren ona haklarını sağlamakla yükümlü. Bu nedenle iş sözleşmesi feshedilirse temsilci SenK m.30 düzenlemesine göre rahatlıkla temsilci olması nedeni ile iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürecek, işe iade edilmemesi halinde ise bir yıllık ücreti tutarında tazminat talep edebilecektir. Ancak dün mü tartışıyorduk bilmiyorum, temsilci yazılı onay vermeden işyeri değişikliğini kabul edip giderse, ne olacak? Bu da, Türkiye'ye özgü bir durum olur herhalde. Gidecek temsilci, yani diğer işçilerin haklarını savunacak bir kimse, kendi hakkını savunamaz bir hale düşmüş. Bunun temsilcilik sıfatının devam etmesi bile tartışılır, bu durumda sendikanın onu görevden alması lazım. O zaman sendikanın yeni bir temsilci ataması ve temsilcilik sıfatının ortadan kaldırılması gerekir.

Bir diğer soru da sendika üyeliği ile ilgiliydi sanırım. Burada da sendikaya üyelik nedeni ile iş sözleşmesi feshedilen işçi, Sendikalar Kanununun 31. maddesine göre iddiasını kanıtlayacak. Sendikal nedenlerle sözleşmesi fes-

hedilmiş ise diğer işçilerden farklı olarak işe iade edilmezse, bir yıllık ücretinden az olamamak üzere tazminat almaya hak edecektir. Burada da işçinin 6 ay çalışmış olması ve işyerinde 30 dan fazla işçinin çalışıyor olması koşulu aranmayacaktır. Sendikalar Kanununun 31. maddesi de aynı 30. madde gibi öncelikle sendika özgürlüğünü korumayı amaçlamaktadır. İş Kanununa yapılan atfı, sözleşmenin sendikal neden dışında kalan nedenlerle yapılan fesihlerle ilgili olarak anlaşılması gerekir. Burada 6 ay çalışmış olma ve 30 işçi kriterini ararsak iş güvencesi kapsamında olanlar ile olmayanlar arasında eşitlik ilkesine aykırı bir ayırım yapmış oluruz.

Sendikalar kanununun 31. maddesinin 7. fıkrası iş güvencesi kapsamına giren işçiler ile kapsam dışı olan işçiler açısından bir ayırım yapmış, buna göre iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından sendikal nedenler ile fesihlerde İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanacağını, ancak feshin sendikal nedenlere dayandığının işçi tarafından ispatı halinde ödenecek tazminatın işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmayacağını belirttikten sonra; iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından ise iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağı için sendikal nedenlerle fesihlerde işçinin doğrudan bu nedene dayanarak dava açabileceği, ancak bu durumda ispat yükümlülüğünün işverende olduğu ve gene işçiye ödenecek tazminatın bir yıllık ücretinden az olamayacağı hükme bağlanmıştır. İspat yükümlülüğü bakımından iş güvencesi kapsamında olanlar ile olmayanlar arasında burada da çelişkili ve gereksiz bir ayırım ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Meslektaşım Şahlanan'ın sorularına kısmen yukarıda yanıtladım sanıyorum. Gerçekten de 30. madde düzenlemesine göre temsilci yazılı rızası olmadıkça işyeri değişikliğini kabul etmek zorunda değildir. İşyeri değişikliği kararına uyma zorunda olmadığı için bu kararın geçersiz olduğu gerekçesi ile yargı yoluna gitmesine bir engel de yoktur. Ancak daha önce de belirttiğim gibi karar geçersiz olduğuna göre değişiklik kararına uymaz ve işyerinde kalabilir. Asıl olan bu yoldur. İşveren bu nedenle fesih yoluna giderse yapılan fesih geçersiz ve temsilciye yönelik bir fesih sayılacaktır.

İşyerinin devri konusunda görüşümü de açıklamıştım. Şahlanan arkadaşımla bu konuda anlaşıyoruz, yani eğer ortada bir işletme düzeyinde yetki alınması söz konusu ise, o işletmeye ait işyerlerinden biri devrediliyorsa, artık yetkinin de yeni bir işletme kapsamında yer alan işyeri içine hala geçerli olduğu söyleyemeyiz. İncelediğim karar da zaten bu yönde. Ancak bu durumda da bir işletme içinde yer alan işyeri bir başka işletmeye giderse yetki devri yok; işletme içinde olmayan bir işyeri devredilirse yetki var dersek, burada çelişkili bir durum ortaya çıkıyor. Türkiye'de devir işlemi kötüye kullanıldığı için bu

sorun çıkıyor, yoksa işyerinin devri halinde, başka bir işveren orada söz konusu, yapılacak toplu sözleşmede o işveren dikkate alınarak, yetki alınması en normal yoldur, ben o açıdan bakıyorum.

Kesinleşmiş yetki kararına karşı dava açılamaz. Gerçekten de başka arkadaşlar da bu konuyu getirdiler, sözü edilen kararlarda kesinleşmiş bir yetki yoktur henüz. Benim incelediğim kararda ise kesinleşmiş bir yetki var, yani itiraz edilmiş, iş mahkemesi ve Yargıtay da kesinlikle onaylamış, bir sendikanın kesin yetkili olduğu ortaya çıkıyor. Ama sonradan işveren dava açıyor ve diyor ki, 13 üncü madde tekrar işletilsin, burada üye işçi yok, yani prosedürü tekrarlatmak istiyor. Bu mümkün değil, Yargıtay, diyor ki "Genel hükümlere göre bir menfi tespit davası açabilirsin".

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Herhalde olay bir başka şekilde cereyan ediyor. İzin verirseniz, kısa bir açıklama yapayım.

Oturum Başkanı- Çok kısa olarak lütfen.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan- Hepimiz ilk duyduğumuzda "böyle bir şey nasıl olur?" noktasına geldik. Onun için âdetten de değil benim tekrar buraya çıkmam, Milli Komite teamüllerine de uymaz, ama olayın özelliği nedeniyle sizin de hoşgörünüzle ve izninizle tekrar söz istedim.

Bir ara Sayın Prof. Dr. Münir Ekonomi de ifade etti, ama "acaba olayda o var mı?" diye tereddüt ettim ve tekrar kendi konuşmamdan sonra değerlendirdim. Bir ölçüde bu mümkün ve yaşanıyor da bu. Kanunun 13 üncü maddesinde iki tür tespit var. Çoğunluğun bulunduğunu tespit var, olumlu tespit diyor, bunu Bakanlık başvuran sendikaya bildiriyor, o işkolundaki rakip sendikalara bildiriyor. Bu takdirde ne oluyor? 13 üncü maddeye göre, işverenin ve rakip sendikaların dava açma hakkı var. Böyle bir davada karar kesinleşmiş ise, yargı yolu kapalı ama bir ihtimal daha var. O ihtimalde de bir olumsuz tespit var, bakanlığa başvurulmuş, bakanlık sendikanın çoğunluğu bulunmadığına ilişkin karar vermiş ve bunu Sayın Ekonomi ve Sayın Oğuzman o zaman da ifade etmişlerdi, bu takdirde genel hükümlere göre bir dava açma hakkı mevcut. Kimin? Sendikanın. Çoğunluğu yoktur diyen Bakanlık kararına karşı, çünkü bu karar işverene ve rakip sendikalara bildirilmiyor, sadece başvuran sendikaya bildiriliyor. Bu takdirde, başvuran sendika iş mahkemesinde bir dava açıyor, bakanlığın kararının aleyhine çoğunluğu bulunduğunu ispat ediyor ve hüküm alıyor. Bu hüküm sendikayı doğrudan yetkili kılmaya elverişli bir hüküm değil henüz. Ortada bir kesin karar olmasına rağmen, sendikanın bakanlığa tekrar başvurup, bu başvuruya göre rakip sendikalara ve işverene tekrar bildirilmesi gerekiyor. Bakanlığın genel hükümlere göre açılan tespit davasın-

dan çıkan karara uyarak yapacağı bu bildirime teorik olarak itiraz imkanı var. Çünkü bu tespit kararı, davada taraf olmadıklarından rakip sendikaları ve işvereni bağlamaz. Ne var ki, 15 inci maddeye göre açılacak davada delil teşkil eder. Sanıyorum, olayda bir olumsuz tespit var, o açıdan bu açıklama ihtiyacını duydum.

Oturum Başkanı- Zaten ben söylemeyi unuttum, Sayın Ekonomi ve Sayın Oğuzman'ın görüşleri olumsuz tespitle ilgili. Olayla, hele şimdi açıkladıktan sonra arkadaşımız, evet böyle bir durum söz konusu değil, o bakımdan iyice konu açıklığa kavuşmuş oldu sanıyorum.

Teşekkür ederim.

Buyurun, devam ediyoruz.

Prof. Dr. Devrim Ulucan- Sorulara baktıkça aynı şeyler sorulmuş hep. Osman Önal beyin sorusu, sendika aidatının ödenmemesi halinde, bankalarca ödenen en yüksek işletme faizi nasıl hesaplanacak; hakikaten çok tartışmalı olabilir, yani uygulamayla ilgili bir sorun. İki üç bankanın farklı hesap yapması söz konusu olabilir. Benim üzerinde durduğum kararda, devlet bankası ön plana çıkartılmış gibi gözüküyor. Halbuki, 61 inci madde devlet bankasından bahsetmiyor, sadece bankalardan bahsediyor.

Bu dayanışma aidatı ödenmesiyle ilgili arkadaşımızın görüşüne katılmıyorum, dayanışma aidatı işçinin yararlanmayı hak ettiği bir olayla ilgilidir. İşçi toplu iş sözleşmesinden yararlanmak istiyorsa, dayanışma aidatı ödemeyi kendisi talep edebilir, işveren toplu sözleşmeyi yaygın bir şekilde uyguladığı için sendikanın talebi ile dayanışma aidatı kesilemez işçi ücretlerinden. Aksi halde dayanışma aidatı kurumunun niteliğini yanlış yorumlamış oluruz.

Toplu sözleşme zamlarıyla ilgili açıklama yaptım. İşveren toplu sözleşmesinin ücrete ilişkin hükümleri dışında diğer hükümlerinden sendika üyesi olmayan işçilere de rahatlıkla yararlandırabilir, burada bir sorun yok. Sadece akçalı konularda, toplu sözleşmede getirilen ücret zamlarından üye olmayanları yararlandıramaz.

Benim not aldığım sorular ile ilgili yanıtlarım bunlar. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Gördüğünüz gibi sınırsız bir süre tanımıştım, ama tam vaktinde arkadaşımız bitirdi, zaten amacım oydu. Sınırsız demekle, kendi kendini sınırlamasını istemiştim.

Bütün söz alan arkadaşlara ve Sayın Ulucan'a teşekkür ediyor, öğleden sonra saat 14.00'te toplanmak üzere toplantıyı kapatıyorum.

Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primler

Oturum Başkanı **Resul Aslanköylü**
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi
Onursal Başkanı

Tebliğ Sahibi **Prof. Dr. Ali Nazım Sözer**
Dokuz Eylül Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

I. GENEL OLARAK

Yargıtay'ın 2003 yılına ilişkin kararları incelenirken yüksek mahkemenin bilgisayar arşivinde mevcut bazı kararlardan faydalanılmıştır. Metinde yayın yeri verilmemiş olanlar bu kararlardır. Ayrıca, bilinen bazı dergilerin taranması yoluyla da karar temin edilmiştir. Söz konusu dergiler şunlardır: Yargıtay Kararlar Dergisi, İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Legal Hukuk Dergisi, İşveren Dergisi, Tekstil İşveren Dergisi, Çimento İşveren Dergisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara Barosu Dergisi, İstanbul Barosu Dergisi ve TÜHİS.

Önceki yıllarda olduğu gibi yüksek mahkemenin çalışmaları daha ziyade hizmet tespiti, rücu ve prim konularında yoğunlaşmıştır. Bu konularda karar çokluğu nedeniyle örnek niteliğinde olmak üzere sadece bazıları ele alınıp değerlendirilmiştir. Yine ayni nedenle Bağ-Kur'a bu değerlendirmelerde yer verilememiştir.

Çalışmada önce zorunlu, sonra isteğe bağlı sigorta ele alınmış, daha sonra prim, rücu ve diğer bazı konular (yaş tashihi, idari para cezası ve sosyal güvenlik hukukunda yargılama) incelenmiştir. İlk olarak incelenen zorunlu sigortada zorunlu sigortanın kuruluşu (sigortalılık, sosyal sigorta ilişkisinde çakışma), bazı temel kavramlar (işveren vekili, taşeron), sosyal sigorta ilişkisinin oluşturulması (hizmet tespiti, yurt içi hizmet birleştirilmesi, itibari hizmet, yurt dışı hizmet birleştirilmesi, ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri) değerlendirilmiştir.

II. ZORUNLU SİGORTA

1. Zorunlu Sigortanın Kuruluşu

A. Sigortalılık

- DSİ **personel taşıma işleri**ni üstlenen bir şirket SSK tarafından işyeri olarak tescil edilir ve hakkında ek prim borcu ile idari para cezası tahakkuk ettirilir. Davacı şirket, taşıma işini fatura karşılığı üçüncü kişilere, onlara ait araçlarla yaptırdığını, müdürün de şirkete ait araçla bizzat taşına işi yaptığını dolayısıyla hiç işçi çalıştırmadıklarını ifade ile Kurum işlemlerine itiraz etmiştir. Yerel mahkeme işlemleri yerinde bulur. Ancak, Yargıtay kararı şu gerekçelerle bozar: Gerek teftiş raporundan, gerekse davacı anlatımlarından personel taşına işinin şirkete ait bir otomobil ile ve serbest piyasadan kiralanan minibüslerle yapıldığı hususunda bir uyuşmazlık yoktur. Taşıma işinde kullanılan araçlara ait sürücülerin Bağ-Kur sigortalısı ve vergi mükellefi oldukları ve fatura karşılığı araçlarını kiraladıkları dosya kapsamın-

da anlaşılmaktadır. Davacı şirket ile sürücüler arasındaki ilişki hizmet akdi olmayıp istisna akdidir (Y. 21. HD. E: 2003/212, K: 2003/990, T: 17.02.2003, İstanbul Barosu Dergisi, 3/2003, 824 vd.).

Yargıtay kararında sürücülerin yaptığı iş için önce kiralanan minibüslerden söz etmekte, daha sonra yapılan işi bir başka sözleşmeyle, istisna (eser) akdi ile açıklamaktadır. Doktrinde taşıma işinin -eser kavramı geniş tutularak- istisna sözleşmesinin kapsamına girdiğini iddia eden yazarlar bulunmaktadır (Bkz. Cem BAYGIN, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999, 10). Çünkü, maddi olmayan sonuçlar da eser olarak kabul görmektedir (Aydın ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2002, 319; Türker YALÇINDURAN, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara, 2000, 44). Oysa taşıma işinin bütün edimin ancak ikinci derecede bir parçasını meydana getirmesi halinde sözleşmeyi eser olarak nitelemenin doğru olacağı ifade edilmektedir. Örneğin ağacın kesilmesi, düzeltilmesi ve taşınması işlerinin yüklenilmesinde durum böyledir. Aksi halde, bir nakliye sözleşmesinden söz etmek gerekir (bkz. Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku C:II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, 955).

Sürücülerin taşımada kendi araçlarını kullanmaları nedeniyle bir kira sözleşmesinin varlığından söz etmek ise mümkündür (ZEVKLİLER, 168: Geçici olarak bir ulaşım işini görmek üzere bir taşıt aracının kiralanması olağan (adi) kiraya örnektir.). "Bir otomobil şoförü ile birlikte kiralanmışsa ikiz sözleşme adlı karma bir sözleşme vardır" (TUNÇOMAĞ, 439. Arsa karşılığı kat yapımı halinde satım ve istisna sözleşmesi bir arada bulunur. Kira karşılığı ders verme halinde kira ve vekalet ya da hizmet sözleşmesi bir arada bulunabilir. Değinilen örneklerde olduğu gibi, değişik sözleşme tiplerine ait edimler birbirleriyle ilişki içinde olduğunda karma sözleşmelerden söz etmek gerekir. Cevdet YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Borç ilişkileri, Birinci Cilt, İstanbul, 1986, 17. Konu hk. detaylı bilgi için bkz. Erden KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1970).

Değinmek gerekir ki, olayda ayrıca hizmet sözleşmesinin unsurlarının da bulunabilmesi olanak dahilindedir. Çünkü, araç ve gereç sağlama yükümünün işverene ait olmasına karşın, bazı hallerde işçi de kendi aracını getirmek durumunda kalabilmektedir. Ustaların malası, küreği; tiyatro sanatçılarının günlük kıyafetleri, Devlet Su İşlerinde kanal işlerinde çalışanların motorsikletleri, bazı pazarlamacıların şahsi arabaları bu konuda örnek olarak verilebilir (İşverenin BK.Md.331/1'de düzenlenen bu yükümü hk. bkz. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, istanbul, 2002, 399 vd.; Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1999, 134, 135). Olayda hizmet sözleşmesinin

işgörme, ücret ve bağımlılık unsurlarının hepsi bir arada bulunduğunda aracını getiren kişinin işçi olduğunun kabulügerekir. Yapılan ödemede ayrıca sürücünün aracının kullanım bedelinin de dikkate alınması halinde ortada hizmet sözleşmesinin yanında ayrıca bir de kira sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir. Bu durumda olayda yukarıda değinilen karma tipte (hizmet sözleşmesi + kira sözleşmesi) bir sözleşmenin varlığı düşünülebilir. Yargıtayımız bir ihtilafın içinde birden fazla ve birbirinden farklı çalışma tipinin varlığını belirlediği durumlarda "baskın çalışma", "ekonomik yaşamını ne şekilde sürdürdüğü" gibi ölçülerden yola çıkarak sonuca varmaktadır (Bkz. aşağıda değinilen iki karar) . Bu ölçülerden yola çıkıldığında olayda baskın nitelik kira ise kiraya, hizmet ise hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere öncelik vermek gerekecektir.

Baskın niteliğin hizmet sözleşmesinde olduğu tespit edilecek olursa, bir adım daha atarak şirketin faaliyetinin işe aracılık mı, yoksa alt işverenlik mi olduğunun da tartışılması gündeme gelecektir. Ancak, dava dosyasından sürücülerin Bağ-Kur sigortalısı olduğunun anlaşılmış olması çözüm için "sosyal güvenlikte teklik ilkesi"nin dikkate alınması gerekliliğini doğurmaktadır.Önceki çalışmadan doğan Bağ-Kur üyeliği esas alınacak olur ise, Yargıtay kararı gerekçesi bakımından değil ancak sonuç itibariyle doğru kabul edilecektir. Ekonomik yaşam için önem (ağırlık) taşıyan çalışma esas alındığında bu çalışmanın hangisi olduğunun tespiti gerekecektir. Kanımızca, çatışan sigorta ilişkilerinin varlığı halinde, 506 SK. Md. 3/I-f ve 1479 SK. Md. 24/II-c hükümleri karşısında, sigortalılığın tespitinde kişinin ilk kez tescil edilmiş olduğu kurumun esas alınması gerekir (Bu yolda haklı gerekçeler için bkz. Osman Güven ÇANKAYA, Ayni Sürelerde Değişik Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına Tabi Olarak Çalışma Hali ve Bununla İlgili Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının İncelenmesi, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş 3/2004, 339 vd. Her iki görüş ve ilgili Yargıtay kararları için bkz. Ali Rıza OKUR, Değerlendirme, 2001, Ankara 2003, 272 vd).

- Bir **limited şirkette** % 25 oranında paya sahip olan **ortak** ayni zamanda **öğretmen** olarak çalıştığı ve daha sonra işine son verildiği iddiası ile mahkemeden fazla çalışma ücreti ve kıdem tazminatı talebinde bulunur. Yerel mahkeme davacının hem stajyer öğretmen hem de şirket ortağı olarak işçilik haklarından yararlanamayacağı kanaatıyla istemi reddeder. 9. HD. stajyer öğretmen sözleşmesinin hizmet sözleşmesi koşullarını taşıyor olması ve limited şirket ortağının kendi şirketinde hizmet akdi ile çalışmasına engel bulunmadığı gerekçeleriyle kararı bozar. Yerel mahkemenin direnmesi üzerine konuyu inceleyen Hukuk Genel Kurulu direnme kararını

şu gerekçelerle ortadan kaldırır : Bir kimsenin işçi sayılabilmesi için hizmet akdi ile çalışması koşuldur. Hizmet akdinin unsurları ise zaman, bağımlık ve ücret unsurlarına göre ortaya konulur. Bir limited şirket ortağı kural olarak kendi adına bağımsız çalışan kişi kabul edilir. İşverenlik ve işçi statüsünün ayni kişide birleşmesi yasalarca mümkün bulunmamaktadır. Ne var ki, iş hayatında ayrık durumların ortaya çıkması mümkündür. Bir kimsenin biçimsel anlamda limited şirket ortağı gözükmesine karşın bağımlı çalışma koşulları ve aldığı ücret bağımsız çalışma ve kazanç sağlama durumundan baskınsa bu takdirde salt ortaklık statüsünden hareketle sonuca gidilemez. Hukuksal statüsü belirlenmek istenilen kişinin şirket içerisindeki pozisyonu, gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret birlikte değerlendirilerek **ekonomik yaşamını ne şekilde sürdürdüğü** ortaya konularak sorun çözümlenir. **Sembolik** sayılabilecek bir oranda limited ortağı gözükmesine karşın kişinin hizmet akdine göre çalıştığı belirlendiği takdirde kişi işçi ve giderek sigortalı sayılır. Bunun için davacının ekonomik hayatta hangi tür çalışmasının egemen olduğu açıkça ortaya konmalıdır. Limited şirket ortaklığı **baskın** çıktığı takdirde bağımsız çalışan bir kişi olduğu kabul edilmelidir (Y. HGK. E: 2003/308, K: 2003/303, T: 16.04.2003, İşveren, Kasım 2003, 15).

- Bir **anonim şirket ortağının hizmet sözleşmesi** ile çalışması hakkında verilmiş ayni yolda bir başka karara konu olay şu şekilde gelişmiştir: Davacı SSK kapsamında sigortalı olduğunun tespiti ile Bağ-Kur sigortalılığının iptalini ister. Yerel Mahkeme isteği kısmen hükme bağlar. Temyiz üzerine konuyu inceleyen Yüksek Mahkeme şu değerlendirmeyi yapar: Uyuşmazlık davacının çalışmasının hizmet akdine mi yoksa bağımsız çalışmaya mı dayandığı hususundadır. AŞ. kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyeleri kural olarak Bağ-Kur sigortalısı sayılırsa da, şayet hizmet akdinin tüm koşullarını oluşturacak biçimde çalışmışlarsa SSK sigortalısı sayılabileceklerdir. Bunun için bağımlılık unsurunun araştırılması gerekir. **Bir kimsenin SSK sigortalılığı ile Bağ-Kur sigortalılığı çakıştığı takdirde ağır basan çalışmaya itibar edilmesi gerekir.** Genelde limited şirket ortakları az sayıda olmaları nedeniyle "kendi işini kendi yapan kimse" konumunda oldukları için SSK.'lı sayılmazlar. Bağ-Kur sigortalısı sayılırlar. Bu kuralın istisnası limited şirket ortağı, başka işyerlerinde hizmet akdine göre çalışmışsa o takdirde SSK sigortalısı sayılabilir. Anılan nedenlerle hüküm bozulmalıdır (Y. 10. HD. E: 2003/1897, K: 2003/3108, T: 03.04.2003, İstanbul Barosu Dergisi, 3/2003, 775 vd.).

Şirket ortağı olan (ve olmayan) kişilerin bir şirkette çalışması hali değişik ihtimallere göre aşağıdaki gibi bir değerlendirmeye tabi tutulabilir:

1. İlgili önceden beri bir sigorta kurumuna (örneğin SSK.'na) tabi iken sonradan ayrıca ortak sıfatıyla bir şirket yönetiminde görev alabilir. Bu halde önceki sigorta (SSK) ilişkisi devam etmek gerekir (Kişinin hizmet sözleşmesine göre çalışması anonim şirket yönetim kurulu üyeliğinden önce başlamış ve devam etmekte ise 506 SK. anlamında sigortalılığı sürecektir:Y. 10. HD. E: 1988/2813, K: 1988/3026, T: 03.05.1988, Değerlendirme, 1988, 210. ŞAKAR kararı haklı görmüştür).

2. İlgili mensubu bulunduğu şirkette yasal konumunun gerektirdiği görevleri ifa etmektedir. Yani Türk Ticaret Kanunundan kaynaklanan görevlerini yerine getirmektedir. Anonim şirketlerin kurucu ortakları ile şirketi idare ve temsil yetkisine sahip olan ortaklarda (en az üç kişi olan yönetim kurulu üyelerinde) durum böyledir. Belirtilen kişiler görevleri gereği bir ücret alsalar da, 1479 SK. Md.24 gereği, Bağ-Kur mensubu sayılırlar. Kurucu ortaklar ve yönetim kurulu üyesi olmayan ortaklar şirkette çalıştıklarında ise, işçi olarak SSK üyesi olmaları gerekir. En az iki ortakla kurulan limited şirkette aksi kararlaştırılmadıkça her iki ortak da müdür sıfatıyla idare ve temsil yetkisine sahiptir. Kendi işini yapıyor dolayısıyla, bağımsız çalışan konumundadırlar. 1479 SK. gereği Bağ-Kur üyesi sayılırlar.

Yukarıdaki açıklamalar paralelinde, Yargıtay 10. HD. ortak müdür için SSK sigortalısı olamayacağı sonucuna varmıştır (5234/6836, 26.11.1974; 978/724, 26.02.1975, Güzel, Değerlendirme, 1987, 249. Ayrıca 250'de değinilen diğer kararlar. Keza, Güzel, Değerlendirme, 2002, 316'da incelenen 21. HD'nin 7856/9004, 24.10.2002 tarihli karar.). Y. 10. HD'ne göre (818/942, T: 13.02.2001, YKD, Temmuz 2001, 1017), şirketin kurucu ortağı, müdürü, yetkili temsilcisi olan kişi 82 kişinin çalıştığı bir şirkette işçi olamaz. Y. 21. HD. ise (7677/8260, T: 03.12.2001) limited şirketin 57/100 hissesine sahip üst düzey yöneticiyi Md. 24'ün açık hükmü karşısında Bağ-Kur sigortalısı saymıştır (Okur, Değerlendirme, 2001). Bu kararlar doktrinde kabul görmüştür (Güzel, Değerlendirme 1987, 250 ve orada değinilen yazarlar). Her nasılsa SSK.'na tescil edilmiş olan bir limited şirket kurucu ortağı yine de Bağ-Kur sigortalısı sayılmıştır (Bkz. Y. HGK. E: 1992/10-67, K:1992/149, T: 04.03.1992, İKİD, Kasım 1992, 9137. Tuncay da kararı uygun bulmuştur, Değerlendirme 1992, 169). Buna karşın, yukarıdaki kararlara aykırı olarak bir anonim şirketin hem ortağı, hem yönetim kurulu üyesi ve hem de müdürü olan kişi (murahhas üye) Yargıtay tarafından, şahsında hizmet sözleşmesinin unsurları gerçekleştiği için, işçi sigortalısı sayılmıştır (Y. 10. HD. E: 1986/2290, K: 1986/5005, T: 07.10.1986, YKD, Şubat 1987, 248 vd). Tuncay ise haklı olarak murahhas üyenin işçi değil, vekalet ilişkisine göre çalışan vekil olduğunu ifade etmektedir (Değerlendirme 1986, 165 vd.).

3. Kişi mensubu bulunduğu (anonim veya limited) şirkette yöneticilik görevlerinin dışında (muhasebe, pazarlama, personel müdüdürü gibi) ek görevler üstlenmiştir. Ek görev hizmet akdinin koşullarını taşıdığında SSK. mensubu olabilir. Ancak bunun için kişinin daha önce başlamış olan bir Bağ-Kur üyeliği olmamalıdır (Bkz. Osman Güven ÇANKAYA, Ayni Sürelerde Değişik Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına Tabi Olarak Çalışma Hali ve Bununla İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının İncelenmesi , Kamu-İş Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, 3/2004, 343).

Örneğin, AŞ.'in kurucu üyesi olan kişi ayni zamanda şirkette usta olarak çalışıp, primleri yıllar boyu SSK.'na yatırıldığında HGK tarafından mirasçıların hizmet tespit talebi kabul edilmiştir. Karar göre, kurucu ortak Bağ-Kur üyesi sayılmak gerekirse de ayrıca işçi olarak çalışmış olması itibariyle SSK sigortalısı olarak kabul edilmek gerekir (Y. HGK. E: 1995/10-107, K: 1995/406, T: 19.04.1995 Tekstil İşveren, 192/1995. Kararı değerlendiren Sözer'e göre, kurucu üyelik ve ustalık ayni anda başlamış ise, doğacak sigorta ilişkisi istisnai olarak kişinin tercihine veya ortaya çıkan fiili duruma göre belirlenmelidir, Değerlendirme, 1995, 186, 187). Diğer ortaklık tiplerinini konu alan kararlar ele alındığında örneğin, bir yapı kooperatifinin yönetim kurulu üyesi inşaat işinin takipçisi olarak çalışıyorsa Yüksek Mahkeme tarafından olayda hizmet değil vekalet akdinin varlığı kabul edilmiştir (Y. 10. HD. E: 6047, K. 5998, T: 06.10.2000, YKD, Şubat 2000, 208). Ancak, vekalet akdi yanında hizmet akdinin de bulunmasının mümkün olduğu ve Yargıtay'ın da zaten bu yolda bazı kararlarının bulunduğu ifade edilerek karar haklı olarak eleştirilmiştir (TUNCAY, Değerlendirme, 2000, 183, 184).

4. Şirkete ortak konumunda olmayan bir kişi yönetici olarak atanabilir (TTK. Md.541). Bu halde kişi işçi konumunda SSK. üyesi sayılacaktır (Bkz. Resul KURT, İş Hukuku ve Sosyal Sigorta Mevzuatında Usul ve Esaslar, İstanbul, 2004, 813, 816, 817. Yargıtay'ın konu hakkında istikrar taşımayan kararları için bkz. Ali GÜZEL, Ali Rıza OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, 2003, 88 vd. Ayrıca bkz. Murteza AYDEMİR, Türk Hukukunda Ticari Şirket Müdürlerinin İşçi ve Sigortalı Niteliklerinin İncelenmesi, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan; İstanbul, 1997, 48 vd.).

5. Şirket ortağı kişi bir başka işyerinde işçi konumunda çalışıyor olabilir. Bu takdirde önceden Bağ-Kur üyesi ise, ayrıca SSK'ya tescili gerekmeyecektir.

- Akbank, Başdurak şubesi temizlik işleri işyerinin SSK. tarafından resen 506 SK. kapsamına alınması ve bu işyerinde çalışan kişi için prim tahakkuku işlemlerinin iptali için dava açar. Talep yerel mahkeme tarafından

reddedilir. Temyiz üzerine konuyu inceleyen Yargıtay'a göre, 506 SK. Geçici Md. 20 kapsamında bulunan **sandık üyesi** kişilerin ayrıca Sosyal Sigortalar Kurumu üyesi olması gerekmemektedir. İşyerinde çalışanları kapsamına alan Akbank TAŞ. Mensupları Tekaüt Sandığı Vakıf Senedi'nin 3. maddesine göre, sandıktan Akbank TAŞ.'de hizmet akdi ile çalışan bütün personel faydalanır. Davaya konu kişi ile banka arasındaki hukuki ilişki hizmet akdine dayanmaktadır.Öyleyse ilgili kişi sosyal güvencesi bakımıdan Akbank TAŞ. Mensupları Tekaüt Sandığı Vakfına tabidir. Hal böyle olunca da, 506 SK. kapsamında sigortalı olarak kabul edilemez. Yanılgılı değerlendirme bozma nedenidir (Y. 10. HD. E: 2003/8553, K: 2003/9723, T: 02.07.2003).

Karar 506 SK. Geç.Md.20'nin açık hükmüne uygun ve Yargıtay'ın önceki yıllarda vermiş olduğu kararlarla uyumludur (Örneğin bkz. Y. İç.Birl. Hukuk Böl. Gn. K. Kararı, E: 1983/1, K: 1883/1 T: 09.03.1983, RG: 2306.1983, 18086. Karar ve değerlendirilmesi için bkz. Can TUNCAY, Değerlendirme, 1979-1983, 330).

- Konusu **çırak-işçi ayırımı**na ilişkin olan bir davada kişinin sigortalılık başlangıç tarihi hakkındaki talebi belirtilen devrede çırak olduğu ve 18 yaş öncesi hizmetlerin sigortalılık başlangıcında dikkate alınamayacağı gerekçeleriyle yerel mahkeme tarafından reddedilir. Yüksek mahkemeye göre, 506 SK.Md.60/G'de mevcut 18 yaş öncesi hizmetlerin dikkate alınmayacağı hükmü 01.04.1981 tarihinden öncesine uygulanamaz. Davacının işe giriş bildirgesi daha önceki bir tarihe ilişkindir. Ayrıca, çıraklık sözleşmesinde **akdi ilişkinin üstün niteliği** çalışma olgusu değil, sigortalıya bir meslek ve sanatın öğretilmesidir. Çırak işyerinde üretimle ilgili çalışmalara katılıyor, meslek ve sanat eğitimi arka planda tutuluyorsa, bu durumda çıraklık ilişkisinden söz edilemez. Eksik araştırma bozma nedenidir (Y. 10. HD. E: 2003/3274, K: 2003/3827, T: 28.04.2003, Legal, 3/2004, 1089, 1090. 18 yaş öncesi hizmetlerin 01.04.1981 tarihi sonrası sigortalı olanlarda dikkate alınmayacağı hk. bir başka karar için bkz. Y. 10 HD. E: 2003/86, K: 2003/556, T: 03.02.2003, Tekstil İşveren, Temmuz 2003, 36, 37. Çıraklık sözleşmesinin varlığının iddia ve ispat edilememiş olması nedeniyle, söz konusu dönemde hizmet sözleşmesi ile çalıştığı anlaşılan işçinin -işe giriş bildirgesinde mevcut tarihten itibaren- sigortalı sayılması gerektiği hk. bkz. Y. 10. HD. E: 2003/1754, K: 2003/2549, T: 24.03.2003).

Yüksek mahkemenin bozma kararında kullandığı her iki gerekçe de son derecede isabetlidir. Önceki kararlarıyla da uyumludur (Bkz: E: 1985/2347, K: 1985/2493, T: 22.04.1985, Yasa D. Ağustos 1985, 1136: Kurs çerçevesinde

kundura sanatını öğretmek ön planda tutulduğuna göre hizmet sözleşmesinin temel ögeleri olan hizmet ve ücret oluşmamıştır. Kararı değerlendiren GÜZEL çırak adı altında işçi çalıştırmann yaygın olduğu ülkemizde yargı kararlarının önemli işlevi olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Yargıtayın 1985 Kararları, Basisen Yayınları, 185, 186. Orman Tekniker Okulu öğrencisi iken yaz aylarında Orman Genel Müdürlüğüne bağlı işyerlerinde çalışan kişinin bu çalışmalarının 506 SK. kapsamında olduğunun tespiti istemi karşısında staj zorunlu değil ise talep makul, zorunlu ise haksız sayılmıştır. Burada gerekçe olarak stajyer tanımına (bir işyerindeki işleri genel olarak öğrenmek, bilgisini geliştirmek ve derinleştirmek için işyerinde işverene bağlı ve ücretsiz olarak çalışan kişi) dayanılmıştır. Y. 10. HD. E: 1993/6513, K: 1993/ 10556, T: 07.10.1993, YKD, Mart 1994, 402 vd. Şakar karara katılmıştır, Değerlendirme 1993, 186. Ayrıca bkz. GÜZEL/OKUR, 100, dn. 64 a. Y. 10. HD. 5703/6922, T: 29.11.1974, İhsan ÇAKMAK, Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu, C:I-II, Ankara, 2004, 86-88; Fatih UŞAN, Çıraklık Sözleşmesi, Konya, 1994, 43 vd).

- Milli Eğitim Bakanlığı Çıraklık ve Halk Eğitim Merkezleri ile Akşam Sanat Okullarında ek ders ücreti karşılığı usta öğretici görevlendirmektedir. Bir usta öğreticinin işçi olduğu gerekçesi ile SSK tarafından işsizlik sigortası kapsamına alınıp prim tahakkuku üzerine Bakanlık yerel mahkemeden borçlu olmadığının tespitini ister. Mahkeme isteğin kabulüne karar verir. Yargıtay 10. HD'ne göre ise, söz konusu kişiler hizmet akdi ile çalıştırılmakta olup işsizlik sigortasının kapsamında olduklarının kabulü gerekir. Çünkü, işsizlik sigortasının kapsamında olan kişiler 506 SK.Md.2'de belirtilen kişiler, Geç.Md.20'de düzenlenen özel sandıklara üye olanlar ve mütekabiliyet esasına dayalı olarak yapılan anlaşmalara göre çalışmakta olan yabancı işçilerdir (4447 SK. Md. 46/2). Kapsam dışı olanlar ise, 506 SK.Md.3 ile sigorta kapsamı dışında bırakılanlar, (çalışan veya çalışmayan) emekliler, (çeşitli kanunlara tabi) devlet memurları ve 657 SK.'a göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlardır (Md. 46/3). Değinilen nedenlerle usta öğreticilerin geçici personel statüsünde olup olmadıklarının belirlenmesi gerekir. 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu (Md.47) ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (Md. 89, 176) hükümleri birlikte değerlendirildiğinde usta öğreticilerin geçici olarak görevlendirilebilecekleri gibi sürekli olarak da görevlendirilebilecekleri anlaşılmaktadır. Bu durum Milli Eğitim Bakanlığı Kurumlarında Sözleşmeli veya Ek Ders Görevi İle Görevlendirilecek Uzman ve Usta Öğreticiler Hakkında Yönetmelik (Md. 5 vd.) ile de yinelenmiştir. Ek ders görevi üstlenen kişiler devlet memuru ve (hizmet akdine göre çalıştırılan) geçici personel değilseler hizmet akdine göre çalış-

tıklarında işsizlik sigortasının kapsamında olduklarının kabülü gerekir (Y. 10. HD. E: 2003/7886, K: 2003/8937, T: 25.05.2003).

Kararda da değinildiği üzere, 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu (Nd.47) ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (Md.89, 176) örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ve hizmet içi yetiştirme, kurs, seminer ve konferanslarında uzman ve usta öğreticilerin istihdam edilebileceğini hükme bağlamıştır. Uygulamanın nasıl gerçekleştirileceği hususu Milli Eğitim Bakanlığı Kurumlarında Sözleşmeli Veya Ek Ders Görevi İle Görevlendirilecek Uzman ve Usta Öğreticiler Hakkında Yönetmelik (RG: 21 Mayıs 1977, 15953) ile açıklığa kavuşturulmuştur. Adı geçen yönetmeliğe göre usta öğreticiler iki şekilde istihdam edilebilirler. Ya geçici personel olarak, ya da ek ders görevi verilerek (Md.5). Geçici personel ile kastedilenin 657 SK.Md.4'de değinilen çalıştırma rejimi olduğu söz konusu düzenlemede belirtilmiştir (Kavram hk. bkz. Hakan KESER, Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, İzmir, 2003, 29: "Geçici personel sözleşmeli personel sayılamayacağı gibi, kanun gereği işçi de sayılamayacaktır. Zira madde hükmünde açık olarak geçici personelin işçi sayılamayan kimse olduğu belirtilmiştir." Ancak, Yargıtay bir kararında mevsimlik çalışma yapılan yerlerde her mevsim çalışan söz konusu kişilerin işçi sayılacağını hükme bağlamıştır.). Çalışma esaslarını içeren sözleşmeler Milli Eğitim Bakanlığınca hazırlanır. Ek ders görevi verilerek çalıştırılan kişiler şahıslarında hizmet sözleşmesinin unsurları gerçekleştiğinde işçi sayılacaklardır. Çünkü, onların işçi ve dolayısıyla 4447 SK. bakımından sigortalı sayılmalarını engelleyen herhangi bir kanuni düzenleme mevcut değildir.

- Sigorta kapsamına girme dışında **sigorta haklarından feragat** edilmezlik hakkında da verilmiş kararlar mevcuttur. Davacı önce 1991-2002 arasında geçen sigortalılık süresinin tesbiti talebinde bulunur ancak daha sonra talebinden vazgeçince mahkeme feragat nedeniyle davayı reddeder. 21. HD. şu değerlendirmeyi yapar: Sosyal sigortalılık kişinin Anayasa'da ifadesini bulan temel sosyal haklardan sosyal güvenliğe ilişkindir. Bu haklar ise, 506 Sayılı Yasanın 6. maddesinde belirtildiği üzere, vazgeçilemeyen ve devir edilemeyen haklardandır. Mahkemece davanın hukuksal niteliği göz önünde tutulmaksızın feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır (21. HD. E: 2003/3975, K: 2003/4253, T: 06.05.2003, Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2003).

Benzer bir diğer olayda ayni daire, isabetli olarak -önceki kararında olduğu gibi- hizmet tespit davalarını yine Sosyal güvenlik hakkı ile ilişkilendirmiş ayrıca kamu düzeni ile ilgili olduğunu vurgulamış ve değinilen nedenlerle taraf anlaşmalarıyla dahi ortadan kaldırılamayacağını belirtmiştir (Y. 21. HD. E:

2003/3675, K: 2003/4634, T: 15.05.2003, Yargıtay Kararlar Dergisi, Ağustos 2003, 1259, 1260).

Yargıtay'ın 506 SK.Md.6/3-4 hükmünden yola çıkarak bu yolda verdiği çok sayıda kararı mevcuttur (Örneğin bkz. Y. 10. HD. E: 1985/223, K: 1985/418, T: 01.02.1985, YKD, Haziran 1985: Açtığı hizmet tespit davasından yaptığı işin hayır işi olduğunu ileri sürerek feragat eden davacının feragatnamesi geçersiz olup, sigortalı olmak hak ve yükümünden vazgeçebilmesi mümkün değildir. Kararı inceleyen GÜZEL de kamu düzenine yönelik yani, mutlak emredici olan söz konusu hüküm gereği sigortalı olup olmamanın kişinin iradesine bırakılamayacağını vurgulamıştır. Yargıtayın 1985 Kararları, 192. Ayrıca bkz. Okur, Değerlendirme, 2001, 223 ve 224'de mevcut kararlar. Güzel, Değerlendirme, 2002, 266 vd.'daki kararlar.).

B. Sosyal Sigorta İlişkisinde Çakışma (Sosyal Güvenlik Hukukunda Teklik İlkesi)

- Bir çalışanın ayni zaman dilimi içinde sadece bir sigorta kurumunun kapsamında olması gerekliliği yargı kararları ile netleştirilmiş bir husustur 2003 yılında bu yolda verilmiş bir kararda Y. 21. HD. (E: 10706, K: 34, T: 20.01.2003, İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Nisan 2004) şöyle demektedir: *"Davacının 1976'dan başlayıp devam edegelen SSK.'lılığının bulunmasına, ... bu arada 1996 ile 1999 yılları arasında salt vergi kaydına tabi bulunmasının, eylemli sosyal sigortalılığı karşısında hüküm ifade etmeyeceği ve bir kimsenin birden fazla sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmasının yasalarca kabul edilmemesi"* karşısında Bağ-Kur sigortalılığının iptali kararının onanmasına karar verildi. Y. 10. HD. de önceki tarihli bir kararında (E: 1996/5135, K: 1996/5128, T: 04.06.1996, YKD., Eylül 1996, 1416) şu tespiti yapmaktadır: Kahvehane işleten bir kişinin Bağ-Kur mensubu iken belediyede bir işe girmesi halinde SSK.'ya tescilinin yapılmaması gerekir.

Çalışan kişi ayni anda birden fazla sigorta kurumunun kapsamında olma koşullarını taşıyor ise hangisinin dikkate alınacağı hususunda ise aşağıdaki kararlar örnek olarak verilmektedir.

- Davacı 02.07.1998 - 31.10.1998 tarihleri arasında işçi olarak geçen hizmetlerinin tespitini ister. Mahkeme isteğin kabulüne karar verir. Belirtilen hizmet süresi Kurum tarafından iki gerekçe ile kabul edilmemiştir: Davacı 30.06.1998 tarihinde başlayıp devam eden vergi kaydı nedeniyle Bağ-Kur sigortalısı sayılır. İşe giriş bildirgesi ve dönem bordroları 26.05.2000 tarihinde verilmiştir.

Yüksek mahkeme yaptığı incelemede şu tespitlerde bulunur: Yargılama sırasında davacının çalıştığını iddia ettiği şirkette çalışan 30-35 kişinin hiç birini tanımadığı, kullandığı kamyonun plakasını dahi hatırlamadığı, gösterdiği tanıkların işyerinden olmayıp seyyar köfteci, çaycı gibi kimseler olması karşısında delillerin istem yönünde hüküm kurmaya elverişli olmadığı anlaşılmıştır. Buna karşın işyerindeki dönem bordroları, vergi, maliye mükellefiyeti kayıtları incelenmemiştir. Söz konusu tespitlerden sonra eksik incelemeyi bozma nedeni sayan Yüksek Mahkeme kararında şu ilkeyi vurgulamıştır: "... *sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılık söz konusu olmadığından her iki sosyal güvenlik kurumuna tabi sigortalılığın çakışması halinde* ***baskın çalışmanın geçtiği kurumdaki çalışmaya öncelik tanınması*** *gerekir."* (Y. 10. HD. E: 2003/3998, K: 2003/4763, T: 09.06.2003)

Yargıtay'ın bir limited şirket ortağının ayni zamanda şirkete hizmet sözleşmesi ile çalışması hali için getirdiği ölçü kişinin **ekonomik yaşamını ne şekilde sürdürdüğü** hususudur. Kişi **sembolik** sayılabilecek bir oranda limited ortağı gözükmesi halinde SSK.'lı sayılır. Bunun için davacının **ekonomik hayatta hangi tür çalışmasının egemen olduğu** açıkça ortaya konmalıdır. Yüksek mahkemeye göre, davacının limited şirket ortaklığı **baskın** çıktığı takdirde bağımsız çalışan bir kişi olduğu kabul edilmelidir (Y. HGK. E: 2003/308, K: 2003/303, T: 16.04.2003, İşveren, Kasım 2003, 15. Bu karar sigortalılık başlığı altında özetlenmişti)

Yargıtay söz konusu ilkeyi bazı kararlarında bir süredir kullanmaktadır (Örnek olarak bkz. 21. HD. E: 7978, K: 9156, T: 18.12.2000, Tuncay, Değerlendirme, 2000, 225; Y. 10. HD. E: 1996/5135, K: 1996/5128, YKD., Eylül 1996, 1416, 1417; Y. HGK. E: 1998/10-574, K: 1998/577, 08.07.1998, Yargı Dünyası, Ekim 1998, 68, 69; Y. 10. HD. E: 1997/1267, K: 1997/996, T: 18.02.1997: Çay-Kur'da işçi olarak çalışan ve SSK.'lı olan kişi ayrıca kendisini bakkal olarak Bağ-Kur'a tescil ettirdikten sonra Kurum tarafından açılan prim alacağı davasında Yüksek Mahkeme sonuca ulaşmak için baskın çalışma ölçütünü kullanmıştır. Bkz. Arıcı, Değerlendirme, 1997, 310. ARICI baskın çalışma ölçütüne katılmaktadır. GÜZEL ise çakışma sorunlarının asli ve tali faaliyet ayırımı yapılması yoluyla çözülmesi gerektiği kanısındadır. Bkz. Zorunlu Bağ-Kur Sigortalılığı ve Uygulama Sorunları, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 233; ayni yazar, Değerlendirme, 1999, 320, 321. Bu yoldaki diğer kararlar için bkz. Sözer, Değerlendirme, 1998, 242. Y. 10. HD. üyesi Zafer Erdoğan'ın konu hk. değerlendirmeleri için bkz. adı geçen son eser, 275, 276,).

Ancak, sosyal sigorta ilişkisinde çakışma halinde baskın çalışmadan söz etmeksizin 2003 yılında ve önceki yıllarda hüküm verdiği birçok olay da söz konusudur (Bkz. Y. 10. HD. E: 2003/10703, K: 2003/10317, T: 31.12.2003: *"Toplam 690 günlük Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi zorunlu sigortalılığı ile çakışan tarım Bağ-Kur sigortalılığının iptaline..."*. Y. 10. HD. E: 2003/10409, K: 2003/10297, T: 31.12.2003: *"... toplam 160 günlük Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi zorunlu sigortalılığı hariç olmak üzere 01.01.1985- 11.03.1997 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine..."*. Y. 10. HD. E: 2003/1959, K: 2003/2717, T: 31.03.2003 : *"Davacının 14.04.1987-30.07.1987 tarihleri arasındaki Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalılığı hariç olmak üzere ... Tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine..."* Ayni daire bir diğer kararında *"Davacı Halit Törü'nün 21.10.1997- 13.05.1998 tarihleri arasındaki 506 Sayılı Kanuna tabi sigortalılığına üstünlük tanınmasına, bu tarihler ile çakışan tarım Bağ-Kur sigortalılığının iptaline,..."* şeklinde hüküm vermiştir: E. 2003/10753, K: 2003/10129; 21. HD. E: 9377, K: 190, T:25.01.2001; 21. HD. E: 9166, K: 9319, T: 18.12.2000, Tuncay, Değerlendirme, 2000, 225.) (İptal kararının sadece çakışan dönemler için verilmesi gerekir. *"SSK ile çakışmayan dönemlere ilişkin Bağ-Kur'luluk kaydının iptali usul ve yasaya aykırıdır"* (Y. 21. HD. E: 2002/6441, K: 2002/8216, T: 08.10.2002, Yargıtay Kararlar Dergisi, Ocak, 2003, 91, 92).

Sosyal sigorta yasalarımızda mevcut, önceden sigortalı sayılan bir kimsenin sonraki çalışması nedeniyle kapsam dışı bırakılmasına ilişkin açık hükümlere (Bkz. 506 SK. Md. 3/F; 1479 SK. Md. 24/II-c) karşın sözü edilen kararlarda bu hükümler göz ardı edilmektedir (Neden böyle davranıldığı hakkında 10. HD.üyesi Şemsettin Abik'in açıklamaları ve Av. Osman ÜNAL'ın karşı görüşü için bkz. Değerlendirme, 1996, 283, 287). Halbuki Yargıtay'ın baskın çalışma ölçütünü değil zaman (önceki sigortalılık) ölçütünü uyguladığı birçok kararı mevcuttur. (Örneğin, bkz. 10. HD. E: 1990/11442, K: 1991/5103, T: 07.5.1991, Sözer, Değerlendirme 1991, 182: Kahvecilik faaliyeti nedeniyle Bağ-Kur kapsamında olan kişinin daha sonra Garp Linyitleri İşletmesinde işçi olması -1479 SK. Md.25/g karşısında- SSK kapsamına girmesine engel teşkil eder. Y. 10. HD. E: 1990/11710, K: 1991/155, T: 24.11.1991, Değerlendirme 1991, 173: Mevsimlik işçi olması nedeniyle SSK kapsamında olan sigortalının önceden sigortalı olması nedeniyle açtığı saat tamir dükkanı gerekçe gösterilerek Bağ-Kur üyesi sayılması uygun değildir. Ayrıca bkz. Kurt, 823 vd.'da mevcut kararlar).

Aktarılan her iki kararda da, başkaca bir ölçüt aranmaksızın, kanun gereği olarak önceki sigortalılık olgusu ön plana alınmıştır. CENTEL'e göre, başka-

ca bir ölçü, yeni kararlarda olduğu gibi baskın çalışma kavramı, yasalarda yer almayan bir ölçüyü kabul anlamına gelir ki hukuki sayılamaz (Değerlendirme, 1996, 271-273). OKUR da farklı çalışmalar ayni zamana rastlıyor ise, önceden başlayana ağırlık verilecek, sicil veya meslek kaydı nedeniyle Bağ-Kur'lu olanlar ise hizmet akdi ile çalışmaya başlarlarsa Bağ-Kur'lulukları sona erecektir açıklamasında bulunmaktadır (Değerlendirme, 2001, 274.) Baskın kazanç ölçüsüne karşı çıkan ÇANKAYA, kazançların saptanmasındaki güçlük yanında örneğin bağımsız çalışmada kazanç arttığında kişinin Bağ-Kur üyesi, işyeri zarar ettiğinde SSK. mensubu sayılacağını, değinilen sebeplerle ihtilafların artacağını ifade etmektedir. (ÇANKAYA, Armağan, 345).

2. Bazı Temel Kavramlar

A. Üst düzey yönetici

506 SK.Md.80/12 anlamında üst düzey yönetici kavramının tartışıldığı bir olayda davacı Kuruma şahsi borcunun bulunmadığının tespitini istemiş, mahkeme isteğin reddine karar vermiştir. Yüksek mahkeme, üst düzey yöneticiliğin koşullarını sahip olunan yetkinin içeriği ve taşınma şekli bakımlarından şu şekilde açıklayarak yerel mahkeme kararını bozmuştur: Üst düzey yöneticilikten amaç şirketin mali ve ekonomik konularında tek başına emir ve tasarruf yetkisine sahip olmaktır. *"**Bir AŞ.'de** üst düzey yöneticiden söz edebilmek için yönetim kurulu başkanı, başkan vekili veya şirket kuruluşunda açıkça şirketi temsil ve imza yetkisi verilen yönetim kurulu üyesi olmak gerekir. Ayrıca şirketin tüm işlerini yönetmekle görevli genel müdür veya mali işlerden sorumlu muhasebecisi olması durumunda bu kişiler dahi şirketin mali işlerinde görevli ve yetkili olmaları nedeniyle üst düzey yönetici kabul edilebilirler. Bunun dışında şirkete mali yük getirebilecek veya şirketin mali konularında işlem yapmaya yetkili bulunmayan kişiler 506 Sayılı Kanunun 80. maddesinde öngörülen biçimde üst düzey yetkilisi kabul edilemez ve bu kişilerin işveren şirket ile birlikte doğrudan doğruya müteselsil sorunluluğundan söz edilemez. Dava konusu olayda davacının Anonim şirketle veya yönetim kurulunda yukarıda belirtildiği biçimde bir görev ve yetkisi bulunmadığı, ticaret sicilinde"* bir görevinin gözükmediği ortadadır (Y. 21. HD. E: 2003/4802, K: 2003/5742, T: 17.06.2003, Legal Hukuk Dergisi, Temmuz 2003, 1787.).

Kararda 506 SK. bakımından işveren vekili kavramı işlevsel bakımdan oldukça net olarak ortaya konulmuştur ve önceki yıllarda verilmiş üst düzey yönetici hakkındaki diğer kararlar ile uyumlu ve isabetlidir (Y. 10. HD. Md. 80'de mevcut "tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri" ibaresi içinde belediye başkanlarının da bulunduğu sonucuna varmıştır: E: 1992/866, K:

1992/7270, t: 25.06.1992, Çimento İşveren, Kasım 1992. Kararı inceleyen. TUNCAY, (Değerlendirme 1992, 153, 154) belediye başkanlarının düzenlemedeki "diğer kamu görevlileri" kavramına dahil olabileceğini ancak, seçimle işbaşına gelen bir kişinin prim borçlarından şahsen sorumlu tutulmasının rahatsız edici olduğunu ifade etmektedir. Diğer yandan, ödenmeyen primlerden dolayı TC. Devlet Demiryolları İşletmesi 1. Bölge Müdürlüğü Bölge Saymanının değil Genel Müdürlüğün işveren vekili olduğu karar bağlanmıştır (Y. 10. HD. E. 1995/8159, K: 1995/7789, T: 03.10.1995, YKD, 2/1996, 225 vd. Sözer kararı yerinde bulmuştur, Değerlendirme, 1995, 202, 203. Yargıtay bir diğer kararında anonim şirketin kurucu ortak ve yetkililerinin hepsini değil sadece primlerin tahakkuk ve ödenmesinde yetkili üst düzey yöneticileri ödenmeyen primlerden dolayı sorumlu tutmuştur. Bkz. 21. HD. E: 1999/3785, K: 1999/4011, T: 07.06.1999, Güzel Değerlendirme, 1999, 327. GÜZEL incelediği bu karara katılmıştır. Çırakların ödenmeyen primlerinden okul müdürü ile birlikte Milli Eğitim Bakanının da sorumlu olduğuna ilişkin olarak bkz. Y. 10. HD. 3900/5204, T: 19.04.2001, Okur, Değerlendirme, 2001, 256. Konu hk. 2002 yılında verilmiş diğer bazı kararlar için bkz. Güzel, Değerlendirme, 2002, 310 vd.).

B. Taşeron

- Yargıtay 21. HD. gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği **anahtar teslimi** suretiyle iş yaptırma halinde ne 506 SK. Md. 87/2, ne de İş Kanunu (1475 SK. Md. 1/son) anlamında aracıdan (taşerondan) söz edilebileceğini hükme bağlamıştır. İşin bütünüyle değil ancak, bölüm veya eklentilerinin devri halinde alt işverenden söz etmenin mümkün olabileceği hususu tekrar vurgulanmıştır (Y. 21 HD. E: 2003/4721, K: 2003/4643, T: 14.05.2003, Tekstil İşveren, Ekim, 2003, 35 = Çimento İşveren, Ağustos 2003, 33. Ayni yolda bkz. Y. 21. HD. E: 2002/7988, K: 2002/9046, T: 24.10.2002, Yargıtay Kararlar Dergisi, Mart 2003, 428, 429; Y. 9. HD. E: 1992/2463, K: 1992/9734, T: 10.09.1992, Tekstil İşveren, Ocak-Şubat 1993, 43, Tuncay, Değerlendirme 1992, 159. Y. 9. HD. E: 1995/2660, K: 1995/3844, T: 04.07.1995 İşveren, 3/1995, 17, 18: Otomobil fabrikasının çatı tamir işini üstlenen kişi alt işveren sayılamaz. Kararı değerlendiren Sözer de ayni kanıdadır. Değerlendirme, 1995, 190; 10. HD. E: 1997/2081, K: 1997/1995, T: 13.03.1997, TÜBA/İİÇB: 22 Eylül 1997, 1142: Anahtar teslimi tank bakım ve boyama işinde çalışırken düşüp ölen işçi için Petrol Ofisi asıl işveren sayılamaz. ARICI, işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirleri bakımından sonucun gözden geçirilmesi gerektiği kanaatındadır. Değerlendirme, 1997, 285. Anahtar teslimi işlerin üst-alt işveren iliş-

kisi sayılamayacağı hk. 2002 yılında verilmiş diğer bazı kararlar için bkz. Güzel, Değerlendirme, 2002, 298, 299).

- E Holdin AŞ. Genel Müdürlüğü bazı **hurda malzemeleri** Hurda İşletmeleri AŞ. Genel Müdürlüğü'ne satmış, bu genel müdürlük de hurdanın taşınır hale getirilmesi işini M. Nakliyat Şirketi'ne ihale etmiştir. Nakliyat şirketinin işçisi kaynakla kestiği platformun düşmesi sonucu malul kalınca maddi ve manevi tazminat davası açar. Davada sorumlunun saptanması için 506 SK. Md.87 ve İş Kanunu Md. 1/son'dan yola çıkan Yüksek Mahkeme yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak verilen kararı bozma nedeni saymıştır. Çünkü, raporda Holding'e ait işyerinde yürütülen faaliyette iş güvenliğinin sağlanmasında sorumlu olan muhataplar tereddütsüz olarak belirlenmemiştir (Y. 21. HD. E: 2003/3861, K: 2003/4393, T: 08.05.2003, Emek, Ağustos-Kasım 2003, 14). Karar metninden Yüksek Mahkemenin olayda alt işverenin varlığını saptayıp saptayamadığı anlaşılamamıştır. Ancak, alt işverenin tanımın yapıldığı her iki kanun esas alındığında, satım sözleşmesini yapan E Genel Müdürlüğü'nün, (yukarıda değinilen kat karşılığı inşaat sözleşmesi kararında olduğu gibi) işin tamamını devreden kişi olarak asıl işveren sayılamayacağı hususu açıktır. Hurda İşletmeleri Genel Müdürlüğü ise, bünyesinde süreklilik gösteren bir işi kısmen bir başka işverene devrettiği için asıl işveren konumunda sayılmak gerekir. Dolayısıyla, iş kazasından doğan sorumluluğun satımı yapan genel müdürlük dışında kalan, asıl ve alt işveren konumunda bulunan, diğer iki şirket açısından ele alınması gereği açıktır. Taşınır hale getirme içini üstlenen Nakliyat Şirketi'nin bu konuda uzman olduğu varsayılarak, kesip parçalama işlemleri bakımından gereken önlemleri almakla mükellef olduğu kabul edilmek gerekir. İşi devreden asıl işveren Hurda İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün olayda kusurunun belirlenebilmesi için, satışı yapan E Genel Müdürlüğünde bulunan hurdaların sağlıklı olarak sökülüp taşınmasında üzerine düşen bir yükümlülüğün varlığının belirlenmesi gerekir. Kusur bilirkişisinin, ilk bakışta koruma mükellefiyeti yok gibi gözüken, Hurda İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün durumunu açıklığa kavuşturması gerekirdi (10. HD.'nin incelediği bir olayda Edremitteki bir yağ fabrikası rafine ünitesini sökülmüş ve kamyonda teslim koşuluyla İzmir'deki bir yağ fabrikasına satar. Alıcının montaj işini verdiği Kenan'ın iki işçisi sadece ünitenin kurulu halini görmek için gitmelerine rağmen sürmekte olan söküm işine katılırlar. Çalışma mahallinde toplanan yanıcı gazların patlaması sonucu yaralanan işçilere yaptığı masraflar nedeniyle SSK her üç işvereni dava eder. Yargıtay her üç muhatap bakımından da ortada alt-üst işveren ilişkisi olmadığı gerekçesi ile davayı reddeder (Y. 10. HD. E: 1995/6459, K: 1995/7216, T: 21.09.1995, YKD,

2/1996, 223 vd. Kararı inceleyen Sözer de montaj faaliyetinin işyerinin asıl faaliyet alanı ile ilgili olmaması nedeniyle karara katılmıştır, Değerlendirme, 1995, 190, 191) (Alt işveren kavramı ve ilgili diğer bazı kararlar için bkz. M. Zafer ERDOĞAN, Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Kamu-İş Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, 3/2004, 385 vd.; GÜZEL/OKUR, 129 vd.; KURT, 208 vd.; Murteza AYDEMİR, Türk Hukukunda İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, MESS Yayınları, İstanbul, 1993, 133 vd; Talat CANBOLAT, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992).

3. Sosyal Sigorta İlişkisinin Oluşturulması

A. Hizmet Tespiti

Akrabalık ilişkisi : - Yargıtay hizmet tespit davalarında akrabalık ilişkilerini dikkate almaktadır. Davacının eksik hizmetlerinin tespiti için açtığı dava mahkemece kısmen kabul edilir. Yüksek Mahkeme **aynı soyadı** taşımaları nedeniyle taraflar arasındaki akrabalık ilişkisinin araştırılması gereğini; akrabalık mevcut ise, davalı işverenin davacıyı sosyal güvenlik haklarından mahrum etmesinin hayatın olağan akışına ters düşeceğini ifade ile kararı bozar (Y. 10. HD. E: 2003/541, K: 2003/1284, T: 27.02.2003, Legal, 3/2004. Hizmet tespit davası açma koşulları ve konuya ilişkin kararlar için bkz. ÇAKMAK, 1790 vd.).

- Yüksek Mahkemenin 2002 yılında vermiş olduğu bir kararda da ayni husus vurgulanmıştır. **Oğullarının işyerinde** çalışmakta olan davacı mahkemeden tam süreli çalıştığı halde eksik bildirimde bulunulduğunu, 03.02.1993-31.12.1996 tarihleri arasında aralıksız çalıştığının tespitini ister. Mahkeme isteğin kabulüne karar verir. Ancak, Yüksek Mahkeme oğulların babaları için eksik bildirimde bulunmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçesi ile kararı bozar (Y. 21. HD. E: 2002/6641, K: 2002/8216, T: 08.10.2002, Yargıtay Kararları Dergisi, Ocak, 2003, 91, 92). Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın hizmet tespit davalarında akrabalığa ilişkin önceki haklı tutumu süregelmektedir (Babasına ait işyerinde çalışan çocuğun sigortalılığı hk. bkz. Güzel, Değerlendirme, 2002, 281, 282).

- İşe Giriş Bildirgesi Verme Süresi : - Yüksek mahkemeye göre, *"...işe giriş bildirgesi verilmesi durumunda,* ***bildirgede öngörülen işe başlama tarihinden sonrası için hak düşürücü süreden bahsedilemez.*** *Ne var ki, işe giriş bildirgesinin de yine yasada öngörülen hak düşürücü süre dahilinde Kuruma verilmesi gerekir"* (Y. 10. HD. E: 2003/388, K: 2003/777, T: 17.02.2003, Yargıtay Kararlar Dergisi, Eylül 2003, 1378, 1379. Ayni yolda bkz. Y. 10.

HD. E: 1989/3578, K: 1989/5067, T: 08.06.1989, YKD, Kasım 1989, 1581: İşe giriş bildirgesinin verilmesi halinde bildirgenin veriliş tarihinden itibaren hak düşürücü süre işlemez, Şakar, Değerlendirme, 1989, 193; Y. 10. HD. 4606/4607, T: 11.05.1990, İş ve Hukuk, Ekim 1990, Centel Değerlendirme 1990, 163; Sözer, Değerlendirme, 1991, 164, 165'de değinilen diğer kararlar). Yargıtay, ayni konuda şu kararları vermiştir: *"19.10.1990 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal eden işe giriş bildirgesinde davacının 01.08.1988 tarihinde işe başladığı belirtilmiştir. İşe giriş bildirgesinin Kuruma verilmiş olması nedeniyle davada hak düşürücü süre geçirilmemiştir."* (Y. 10. HD. E: 2003/6353, K: 2003/7469, T: 27.10.2003). *"İşe giriş bildirgesinin ...yasada öngörülen hak düşürücü süre dahilinde Kuruma verilmesi gereği açıktır. ... 20.08.1975 günlü işe giriş bildirgesinin ... Kuruma 26 Mayıs 1976 tarihinde verildiği ... anlaşılmaktadır."* Anılan nedenlerle eksik araştırma sonucu davanın reddine karar verilmesi bozma nedenidir (Y. 10. HD. E: 2003/8512, K: 2003/9598, T: 22.12.2003. Ayni yolda bkz. Y. 10. HD. E: 2002/3533, K: 2003/4424, T: 27.05.2003, Legal, 3/2004, 1085, 1086). İşe giriş bildirgesinin yasada öngörülen hak düşürücü sürenin geçirilmesinden sonra Kuruma verilmesi ya da primlerin ödenmesinin hak düşürücü süreyi canlandırması mümkün değildir (Y. 10. HD. E: 2003/388, K: 2003/777, T: 17.02.2003; Y. 10. HD. E: 2003/5008, K: 2003/5943, T: 22.09.2003).

Yargıtay'ın işe giriş bildirgelerinin verilme süresi (beş yıl) hususunda verdiği kararlar birbiriyle uyumlu ve tutarlıdır. Ancak, eğer bildirge verme süresi aşılmış ve Kurum buna rağmen uzunca bir süre ödenen primleri kabul etmiş ise Yüksek Mahkeme ne olacağı sorusunun cevabını şu şekilde vermiştir. Konya İş Mahkemesince kabul edilen hizmet tespiti talebi 10.HD. tarafından 13.10.1972 tarihli işe giriş bildirgesinin 5 yıllık hak düşürücü süre dolduktan sonra 01.08.1980 tarihinde verilmiş olması nedeniyle uygun görülmez (7302/7317, T: 05.11.2001). İş Mahkemesi hak düşürücü sürenin 20.06.1987 tarihinde yürürlüğe giren yasa ile 10 yıla çıkartıldığı, işe giriş bildirgesinin de söz konusu süre içinde verilmiş olduğu ve aksine düşüncenin iyiniyet kuralı ile bağdaşmayacağı gerekçesi ile direnir. Ancak, direnme kararı HGK tarafından şu gerekçelerle bozulur: 13.10.1972 tarihli bildirge hem bir aylık verme, hem de 5 yıllık hak düşümü süresi dışında verilmiştir. SSK.'nın primleri kullanmış olması hatalı işlemi geçerli hale getirmez.

Yargıtay üyeleri Osman Güven Çankaya ile Cevdet İlhan Günay bozma kararına katılmazlar. Onlara göre, dava konusu olayda aradan 7 yıl geçtikten sonra bildirge verilmiş ve primler ödenmiş, aradan 20 yıl geçtikten sonra 2000 yılında SSK. primleri iptal etmiştir. Kurum yaşlılık aylığı bağlanmasına

kadar ses çıkarmadığı için burada 506 SK. Md.79/5'in uygulanması olanağı yoktur. Zira bildirgelerin gecikilerek verilmesinde, bu çalışmaların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının 20 yıl araştırılmamasında davacı işçinin hiç bir kusuru yoktur. Hiç kimse kendi kusurundan yararlanarak başkasının aleyhine, kendisinin lehine sonuç çıkaramaz (Y. HGK. E: 2003/10, K: 53 T: 05.02.2003, İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Mayıs 2003, 1837 vd.).

Konu hakkında karşı oy yazısında mevcut gerekçeler daha ikna edicidir. Burada varılan sonucu destekleyici bir diğer gerekçe (zorunlu sigorta, isteğe bağlı sigorta ve topluluk sigortası yanında bir diğer sigorta tipi olan) şekli (formel) sigorta müessesinin olaya uyarlanabilmesi olanağıdır. Haksız eylemi ve suç oluşturan bir davranışı bulunmadığı sürece sigortalı kişinin doğan hukuki ilişkisine, sakatlık olgusu tespit edilen ana kadar, geçerlilik tanımak gerekir (Söz konusu kavram hk. bkz. SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir, 1991, 51 vd.).

Bildirgenin Varlığının Hukuki Sonucu : - Yargıtay yaklaşık 8 aylık bir süre çalışıldığına ilişkin talebe karşın fotoğraflı işe giriş bildirgesi ve tanık beyanlarının içeriğinden yola çıkıp davacının **sadece bir** gün süreyle çalıştığının tespitine karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (Y. 10. HD. E: 2003/5311, K: 2003/6748). Bir diğer kararda, taleple bağlı kalıp bir gün çalışıldığına karar vermek gerekirken (birçok kararında hizmet tespitini kamu düzenine ilişkin saymasına karşın) 14 gün çalışılmış olduğunun kabulünü de bozma nedeni saymıştır (Y. 10. HD. E: 2003/8146, K: 2003/9290, T: 15.12.2003). Söz konusu kararlarda özellikle bir gün üzerinde durulmasının özel nedeni bir başka kararda şu şekilde açıklanmıştır. *"Bildirgenin bir gün süreyle çalışmanın karinesini oluşturması, aksinin de eşdeğerli delillerle kanıtlanamamış olması karşısında ... 22.07.1991 tarihi itibariyle 1 gün sigortalı çalışmanın tespitine karar verilmesi gerekirken.."* 1 ay süreyle çalışma talebinin tamamen reddi bozma nedenidir (Y. 10. HD. E: 2003/4979, K: 2003/5933. Yüksek mahkeme, bir başka kararında hiç prim ödenmemiş olsa bile ilk işe giriş bildirgesinin varlığını bir günlük çalışmaya karine saymaktadır. Y. 10. HD. E: 2003/3057, K: 2003/3780). Çalışanların emeklilik hakkı kazanmalarında bazı hallerde prim ödeme gün sayısından ziyade sigorta süresi önem taşımaktadır. Muhtemelen bu nedenle Yargıtay, haklı olarak, hem sigorta süresinin başlamasına, hem de hak düşürücü olarak kabul ettiği sürenin kesilmesine hizmet eden bir gün üzerinde özellikle durmaktadır.

Bildirgenin varlığı -en az bir günlük- çalışmaya karine sayılırken ayrıca öncesine ilişkin herhangi bir çalışmanın mevcut olmadığı da karine sayılmaktadır. Yargıtay Kurum kayıtlarına 16.09.1993'de intikal eden bir bildirgeye dayana-

rak sonrasında yapılan çalışmaları onarken, yerel mahkemenin soyut tanık beyanlarına dayanarak bu tarihten önceki döneme ilişkin tespitini bozma nedeni saymıştır (Y. 10. HD. E: 2003/7063, K: 2003/8211, T: 13.11.2003. Ayni yolda bkz. Y. 10 HD. E: 2003/2566, K: 2003/2972, T: 31.03.2003). Ancak, bir işverenin işçilik maliyetlerini düşürmek için, işe giriş bildirgesini, olabildiğince geciktirerek vermesi hayatın gerçeklerine ters düşmemektedir. Anılan nedenle yeterli kanıt bulunduğunda bildirge öncesi dönem için de hizmet tespiti yapılabilmelidir.

Birden Fazla İşe Giriş Bildirgesinin Varlığı: - Hizmet tespiti davasında yerel mahkeme işe giriş bildirgesinin varlığı nedeniyle hak düşürücü süreyi dikkate almadan devamlı çalışmanın varlığına karar verir. 21. HD. ise kararı bozar (E: 2002/4413, K: 2002/5655, T: 11.06.2002). Çünkü, tespiti istenen 10.08.1983-01.11.1986 dönemindeki hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl geçmiştir. İşçi için verilmiş birden fazla işe giriş bildirgesi yani, tekrar işe girme (davacı ayni işyerinde aralıklarla çalışmıştır) önceki döneme ilişkin hak düşürücü sürenin işlemesini durdurmaz. Yerel Mahkeme direnince konuyu inceleyen Hukuk Genel Kurulu da **ayni işyerinde tekrar çalışma**nın ve yeni işe giriş bildirgesi verilmesinin **hak düşürücü süreyi kesme**yeceğini ifade eder. Kurul'a göre, işe giriş bildirgelerindeki imzalar üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmalı, bildirgelerin hile, hata veya manevi baskı altında imzalatılıp imzalatılmadığı araştırılmalı, böylece işverenin salt az prim ödemek amacıyla davranıp davranmadığı belirlenmelidir. Eksik inceleme bozma nedenidir (Aksi yoldaki bazı kararlar için bkz. Güzel, Değerlendirme, 1985, 200, 201, 202; ayni yazar, Değerlendirme 1999, 302, 303).

Karara katılmayan Osman Güven Çankaya karşı oy yazısında 506 SK.Md. 79/10'a ve HGK.'nun önceki bazı kararlarına atıf ile *"olayda davacıya ait işe giriş bildirgelerinin işveren tarafından süresi içinde SSK.'ya verildiği anlaşılmaktadır. ... **İşe giriş bildirgesinin verilmesi halinde hak düşürücü sürenin uygulanmayacağı** Yasanın yukarıda açıklanan düzenlemesine uygun şekilde kabul edilmiştir. ..Ayrıca... ayni mahkeme kararı içinde yer alan işçilik alacakları ile ilgili hüküm kesinleşmiştir. ... İşçilik alacakları yönünden davacının devamlı çalıştığı kesinleşmesine rağmen, ayni dosyada hizmet tespiti yönünden çalışmaların fasılalı olduğu kabul edilerek hak düşürücü sürenin geçtiğini benimsemek ayni hüküm içinde çelişkili sonuç doğurur"* değerlendirmesinde bulunmuştur (Y. HGK. E: 2003/21-44, K: 2003/98, T: 26.02.2003, Ankara Barosu Dergisi, 3/2003, 218 vd. = İstanbul Barosu Dergisi, 3/2003.).

Önceki yıllarda karşı oy yazısı doğrultusunda verilmiş çok sayıda karar mevcuttur (Bkz: Y. 10. HD. E. 1993/2624, K: 1993/9120, T: 08.09.1993, İş ve Hu-

kuk Haziran-Temmuz 1994, 38, Şakar, Değerlendirme, 1993; Y. HGK. E: 1991/10-325, K: 1991/409, T: 18.09.1991, Sözer, Değerlendirme 1991, 166; Y. HGK. E: 1987/10-500, K: 1988/20, T: 13.11.1988, Yasa Mayıs 1988, 768, Şakar, Değerlendirme, 1988, 215: İşten ayrılma tarihi ile ayni yerde işe giriş tarihi arasında hak düşürücü süre geçmemiş ise hizmet tespiti talebinin kabulü gerekir; Y. 10. HD. E: 1979/4275, K: 1979/9287, T: 21.11.1979, Değerlendirme, Tuncay, 1979-1983, 303: Yeniden işe girip çalışma halinde beş yıllık süre ikinci çalışma esas alınarak hesaplanır. Y. 10. HD. E: 1979/4275, K: 1979/9287, T: 21.11.1979: Beş yıl dolmadan tekrar ayni işyerine girme halinde hak düşürücü süre kesilir, Değerlendirme, 1986, Tuncay, 171. TUNCAY incelemesinde diğer bazı yazarlar gibi, bu uygulamayı sigortalının çıkarlarını koruyucu, adalet duygusunu doyurucu nitelikte bulmakla birlikte hak düşümü kurallarına uygun görmemiştir. Ayrıca bkz. ayni yazar, Dersler, 218 vd.) (Yargıtay'ın kararlarında hak düşümünü kabul etmesine karşın olaylara zamanaşımına özgü başlama ve kesilme kurallarını uygulamasının eleştirisi için bkz. GÜZEL, Değerlendirme, 1985, 199, 200 ve orada yollama yapılan yazarlar; ayni yazar, Değerlendirme 1987, 260, 261. Ayrıca bkz. TUNCAY, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul, 2002, 218 vd.(Dersler); KURT, 648.vd)

Yerel mahkeme kararından ve karşı oy yazısından bildirgenin süresinde verildiği ancak, 21. HD. ve HGK.'nun buna rağmen tespit talebini haklı görmediği anlaşılmaktadır. Yüksek mahkeme 5 yıllık dava açma süresini işe giriş bildirgesi verilen hallerde dahi uygulamaktadır. Bu uygulama yukarıda "İşe Giriş Bildirgesi Verme Süresi" başlığı altında aktarılan 10. Hukuk Dairesinin çok sayıda kararına uymamaktadır. Ayrıca, *"yönetmelikte tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını ... 5 yıl içerisinde ... ispatlayabilirlerse"* şeklindeki düzenlemenin açık lafzına aykırıdır. Çünkü, söz konusu cümle dava açma süresi bakımından iki hali dışarıda bırakmıştır. İlk hal, belgelerin verilmemesi; diğer hal ise, çalışmanın Kurumca tespit edilememiş olmasıdır (Bu hususları açıkça vurgulayan bir 10. HD. kararı için bkz. E: 2003/5222, K: 2003/6570. Ayrıca bkz. Y. 10. HD. E: 2003/4043, K: 2003/4719, T: 05.06.2003. Coşkun ERBAŞ, Hizmet Akdiyle Çalışanların Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Sürelerine İlişkin Tespit Davaları ve Yargılama Süreci, Kamu-İş, Resul Aslanköylü'ye Armağan, 3/2004, 380, 381). Yani, düzenlemede sadece Kurumun işçinin çalıştığından hiç bir şekilde haberdar olmaması ihtimali dava açma süresine tabi tutulmuş, yasa koyucu tarafından belirtilen hal dışında temel bir hak olan sosyal sigorta hakkının özünün kısıtlanması planlanmamıştır. Çünkü, 506 SK. Md. 6" daki *"Çalıştırılanlar işe alınmalarıyla kendiliğinden "sigortalı" olurlar. Sigortalılar ve bunların işverenleri*

hakkında sigorta hak ve yükümleri sigortalının işe alındığı tarihte başlar. Bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez. ..." şeklindeki düzenleme hakkın özünün korunması amacına yöneliktir. Hakkın vazgeçilmezliği sadece sigortalıyı bağlamaz. Bu ilke hem Sosyal Sigorta Kurumunu hem de yorum ve kararlarında yargıyı bağlamaktadır. Bir taraftan sigortalılığının tespiti davasında konuyu kamu düzeni ile ilişkilendirerek işçinin feragatını kabul etmemek (örneğin, bkz, yukarıda zorunlu sigortalılığın tespiti başlığı altında aktarılan karar); diğer taraftan da, hakkını arayan işçiyi bildirgesi süresinde verilmiş bile olsa, dava açma süresine tabi tutmak bir çelişki teşkil eder. Kaldı ki, 5 yıllık dava açma süresinin -sosyal güvenlik hakkının kamusal niteliği dolayısıyla vazgeçilmezliğine rağmen (bkz. ERBAŞ, 377: TUNCAY, Dersler, 219; İhsan ÇAKMAK, Hizmet Tespit Davaları, Ankara, 2003, 228 vd.'daki kararlar)- zaman aşımı yerine hak düşürücü süre olarak sayılması da eleştiriye açıktır (Söz konusu süreyi hak düşümü dışında zaman aşımı süresi ve sadece işvereni bağlayan bir süre olarak kabul eden görüşler için bkz. Güzel, Değerlendirme 1987, 261; GÜZEL/OKUR, 179. Hukuki sonucunun ağırlığı nedeniyle, hak düşümü süresinin varlığının kabulü için kanunda bu hususun açıkça belirtilmesi gerekliliği vardır. Bkz. SÖZER, Değerlendirme, 1991, 166 ve oradaki dip not. Ayrıca bkz. Barış DUMAN, Hizmetlerin Tespiti, Ankara, 2002, 59-62)

- *Kanıtlama Yöntemi :* Yüksek Mahkemeye göre, hizmet tespit davalarında kanıt yönünden özel bir yöntem öngörülmemiştir. *"Kimi ayrık durumlar dışında, resmi belge veya yazılı delillerin bulunması sigortalı sayılması gereken sürelerin saptanmasında güçlü delil olmaları itibariyle sonuca etkili olurlar. Ne var ki, bu tür kanıtların bulunmaması, salt bu nedene dayalı istemin reddine neden olmaz. ... Tanık beyanları ile de çalışmanın kanıtlandığı gözetilmeksizin davanın tamamen kabulü gerekirken kısmen kabulüne karar verilmiş olması ... bozma nedenidir."* (Y. 21. HD. E: 2002/6724, K: 2002/8556, T: 14.10.2002, Yargıtay Karalar Dergisi, Mart 2003, 426, 427. Ayni yolda bkz. Y. 10. HD. E: 1985/4657, K: 1985/5007, T: 26.10.1985, İKİD, Kasım 1985, 3740: İşverenin kayıtları müfettişe göstermemesi hatta kayıt tutulmaması çalışma olgusunun tanık dahil her türlü delille ispatlanmasına engel değildir). 2003 yılında verilmiş, hizmet tespit davalarında kanıt yöntemini açıklığa kavuşturan -2002 yılında verilmiş bulunan bu kararın devamı niteliğinde - bazı kararlar vardır. Örneğin, kısa dönemler halinde farklı taşeronlar yanında çalışmış gibi gösterilen ancak aslında tek bir işverene bağlı olarak çalıştığını iddia eden davacının bu iddiası üzerinde durmak, *"bu işyerlerinin bordrolarına, geçmişte birlikte çalışılan bordro tanıklarının bilgisine başvurmak ve elde edilecek sonuca göre hüküm kur-*

mak gerekir..." (Y. 21. HD. E: 2002/3114, K: 2003/4182, T: 05.05.2003, T: 05.05.2003, Yargıtay Kararlar Dergisi, Ekim 2003, 1591, 1592. Önceki tarihli bir kararında Yüksek mahkeme bordrolarla ilgili olarak şöyle demektedir: Davacının imzasını yaşayan bordroların kapsamı dışında kalan sürelerin reddi gerekir. İmzasız bordrolar için ise işyeri dosyası ve davacının şahsi dosyası celpedilmeli, muhtasar vergi beyannameleri incelenmeli ve işyerinde çalışanların tanıklıklarına başvurmalıdır: Y. 21. HD. E: 1998/857, K: 1998/1551, T: 05.03.1998, Sözer, Değerlendirme, 1998, 261 Bir başka kararda Yüksek Mahkeme bordroların kapsadığı sürelerin dikkate alınabilmesi için şu yaklaşımda bulunmuştur: *"Yapılacak iş, davacının tespitini istediği sürelerle ilgili olarak bildirge ve bordrolardan davacının imzası olanlar saptanarak imzasını içeren bordrolarda geçmiş süreler dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine; imzalı olmayan bordrolardaki süreler yönünden de ... tüm deliller toplandıktan sonra ... karar vermekten ibarettir."* (Y. 21 HD. E: 2002/9273, K: 2002/10414, T: 09.12.2002, İstanbul Barosu Dergisi, 2/2003, 508, 509). Bu yaklaşıma göre, işçinin imzası olan belgeler onu bağlar ve belgelerde kapsananların dışındaki bir süre için yapılan tespit talebi dikkate alınmaz. Meğer ki belge hata, hile, ikrah gibi irade fesadı hallerinden biri nedeniyle sakat olsun. Hizmet tespiti sadece imzasız belgeler mevcut olduğunda mümkün olabilir.).

Yargıtay 10. HD. hizmet tespit davalarında birden fazla işe giriş bildirgesinin mevcudiyetini şu şekilde değerlendirmektedir: "Birden fazla işe giriş bildirgesinin verilmiş olması çalışmanın kesintili geçtiğine karine teşkil eder. Bu karinenin aksi yazılı delillerle ispat edilebilir." (Y. 10. HD. E: 2002/10320, K: 2003/1042, T: 24.02.2003.).

Yargıtay'ın kanıtlama yöntemine ilişkin kararlarındaki tutumu özellikle hizmetlerin bir başka çalışanda gözüktüğüne ilişkin tespit davalarında netleşmiştir. Bir başka sicil numarasında gözüken hizmetlerin davacıya ait olduğuna ilişkin yerel mahkeme kararını Yüksek Mahkeme şu gerekçelerle bozmuştur:Mahkeme nüfus idaresine davacının adında başka bir sigortalı olup olmadığını sormamış, bu konuda Cumhuriyet Savcılığından mahalli araştırma yapmamıştır. İsim benzerliği olan davalının şahsi sicil dosyasındaki işe giriş bildirgesi esas alınarak ilgilinin orada belirtilen işyerinde çalışıp çalışmadığı işyerinden sorulmamış, davacı ve davalının işe giriş bildirgelerindeki imzaların kendileri tarafından atılıp atılmadığının tespiti için imza örnekleri alınmamıştır. Eksik araştırma bozma nedenidir (Y. 10. HD. E: 2003/4413, K: 2003/5413, T: 30.06.2003..). Ayni konuda bir diğer davada yüksek mahkeme ayrıca, ücret tediye ve dönem bordrolarının, işe giriş bildirgesi ve bordrolar-

daki imza dışında varsa fotoğrafların benzerlik incelemesinin yapılması gereğine işaret etmiştir. Daireye göre, Kurum kayıtlarında bulunan çalışma arkadaşları da dinlenmelidir (Y. 10. HD. E: 2003/6138, K: 2003/7371, T: 23.10.2003. Ayni yolda Y. 10. HD. E: 2003/6525, K: 2003/7689). Tanık olarak komşu işyeri sahipleri ve çalışanları da dinlenebilir (Y. 10. HD. E: 2003/8559, K: 2003/9387, T: 16.12.2003. Ayrıca bkz. Y: HGK. 10-216/360, T: 18.05.1995, Okur, Değerlendirme 1994, 149 ve orada zikredilen diğer yayınlanmamış kararlar; Centel, Değerlendirme, 1996, 262 vd.'da aktarılan kararlar; TUNCAY, Dersler, 219). Bazı kararlarında Yüksek Mahkeme hizmetlerin üzerinde gözüktüğü diğer şahsın zabıta marifetiyle de araştırılması gerektiğini ifade etmiştir (Y. 10. HD. E: 2003/1367, K: 2003/2298; Y. 10. HD. E: 2003/6719, K: 2003/7887, T: 04.11.2003. Tespit davalarında müfettiş raporlarının rolü ile ilgili olarak bkz. Okur, Değerlendirme, 2001, 231, 232. İspat vasıtaları hk. ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKMAK, Hizmet, 200 vd.; DUMAN, 93 vd.).

Kararlardan anlaşılacağı üzere Yüksek Mahkeme tecrübesi ile yerel mahkemelerin doğru tespitini sağlayabilecek tüm delil toplama yöntemlerini yol gösterici olarak ifade etmektedir. Konuya ilişkin olmak üzere son olarak aktarılabilecek bir Yargıtay kararında -yine yol gösterici olarak- tespit hükmünün şu şekilde verilmesi gerektiği ifade edilmiştir: Davacının 01.06.1976 tarihinden itibaren 4 ay süreyle çalışmalarının tespiti talebi mahkemece ilgilinin 1976 yılında 50 gün çalıştığı şeklinde karara bağlanmıştır. Halbuki, kararın 01.07.1976 tarihinden itibaren 50 gün çalıştığının tespitine şeklinde verilmesi gerekirdi (Y. 10. HD. E: 2003/1320, K: 2003/1691, T: 10.03.2003).

B. İtibari Hizmet

Davacının çalıştığı iş ve işyeri itibariyle itibari hizmetten yararlanma talebi iş mahkemesince kabul edilir. Yüksek Mahkeme kararı şu gerekçelerle bozar:

Davacının çalıştığı meydan ünitesi **açık alan** olup su ile temas, sıcaklık değişimi gibi etkenler itibari hizmet süresinden yararlanma koşulları arasında yer almamaktadır. İlgilinin meydan dışında herhangi bir ünitede çalışması da bulunmamaktadır. Davacının çalıştığı birim ve çalışma süresiyle işyeri kayıt ve koşulları gözetilerek 506 SK. Ek. Md. 5'in IV. numaralı bendi ve bunun alt bendlerinde sınırlı bir şekilde sayılmış olan koşulların davacının çalışmaları açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi, yani bireyselleştirme işlemi yapılması gerekirdi. Yasada belirtilen sınırlı etkenler olayda bulunmadığı halde talebin kabulüne karar verilmesi bozma nedenidir (Y. 10. HD. E: 2003/11205, K: 2003/9983, T: 30.12.2003).

506 SK. Ek. Md.5/IV'de itibari hizmete esas olmak üzere sanayiden sayılan bazı iş alanları sınırlı olarak belirlenmiştir. Bunlar azotlu gübre ve şeker sanayii, fabrika, havuz ve dopolar, trafo binalarıdır. Düzenlemede sözü edilen işlerdeki olumsuz etkenler yine sınırlı olarak şu şekilde açıklanmıştır: Döküm (çelik, demir ve tunç), gaz (zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı), gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işler, asit, boya işleri, patlayıcı maddelerin yapılması, kaynak işleri. Meydan işi değinilen çalışma alanlarında bulunmadığı ve ayrıca bu işte sayılan olumsuz etkenler söz konusu olmadığı varsayıldığında Yüksek Mahkeme kararı haklılık taşımaktadır.

C. Yurt İçi Hizmet Birleştirilmesi

İş Mahkemesi hizmetleri **hem 2925 SK.'a, hem de 506 SK.'a tabi** olarak geçen sigortalının 506 SK. bakımından emekliliği hakettiğine karar verir. Yüksek Mahkeme ise davacının 2925 SK bakımından emekli sayılması gerektiğini aşağıdaki gerekçelerle karar bağlar. 2825 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun Md. 8'e göre, aylık son 7 yılda en fazla fiili sigortalılığın geçtiği kuruma tarafından bağlanır. Buradaki uyuşmazlık konusu 2925 SK.'a tabi olarak geçen sürelerle 506 SK.'a tabi olarak geçen sürelerin ayni tür süreler olarak kabul edilip edilmeyeceğine yani, birleştirmeye tabi tutulup tutulamayacağına ilişkindir. Her iki sigortalılıkta hizmet akdine tabi olarak çalışılmakta ve her ikisine ait işlemler ayni kurumca yerine getirilmektedir. Ancak, tabi olunan kanunlar farklı esaslar getirmektedir. Ayrıca, birleştirme kabul edilmez ise, sosyal güvenlik sisteminin uygulanması imkansız hale gelecektir. Davacının hizmet süreleri, birleştirme olmaksızın tek başına aylık bağlanmasına yetmemektedir. İlgilinin çalışmaları dikkate alındığında son 7 yıldaki en fazla fiili sigortalılığı 2925 SK. kapsamında geçtiğine göre 506 SK. hükümlerine göre emekli sayılması bozma nedenidir (Y. 10. HD. E: 2003/2704, K: 2003/3162, T: 07.04.2003, İKİD, Ekim 2003, 2153 vd.).

Yüksek Mahkeme tarafından işaret edildiği üzere, Md. 8'deki son 7 yıl esasına uyma gerekliliği tartışma dışıdır. Kararda dikkat çeken husus (iş mahkemesi tarafından irdelenip irdelenmediği anlaşılmamakla birlikte), Yargıtay kararında 2825 SK. Md.8'de bulunan aylık *"...fiili hizmet süresi fazla olan kurumca..."* bağlanır ibaresinin açılıklığa kavuşturulmuş olmasıdır. Çalışanların farklı sigorta kurumu mensubu olmaları halinde hizmet birleştirmelerinde herhangi bir tereddüt yaşanmayacaktır. Ancak, hizmetler -farklı kanunlara tabi olarak- ayni kurum bünyesi içinde geçmiş ise, düzenlemenin lafzı tereddüt yaratabilir. Bu durumda, Yüksek Mahkememizin yaptığı gibi, kuralın amacından yola çıkıp birleştirmenin yapılması gerektiği sonucuna varmak en uygun

çözüm tarzıdır (Hizmet birleştirmesi hk. bkz. GÜZEL/OKUR, 561 vd.'da yapılan açıklamalar ve gönderme yapılan kaynakça).

D. Yurt Dışı Hizmet Birleştirilmesi

3201 Sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Yasanın 3 ve 6. maddelerinde yer alan "yurda kesin dönüş" koşulu Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 gün ve 36/198 sayılı Kararı ile iptal edilmiş ve daha sonra Resmi Gazetede (25.04.2003, 25089) yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu karar henüz yayınlanmadan önce yurt dışında işsizlik yardımı aldığı için borçlanması ve yaşlılık aylığı tahsis kararı iptal edilen sigortalının Kuruma karşı açtığı dava iş mahkemesi tarafından Y. 21. HD.'nin 27.11.1997 gün ve 1997/7822-7792 sayılı ilamı ile verilen bozma kararına uyularak reddedilir ve davacının temyizi sonrası 26.03.1998 T. ve 1998/1786-2176 Sayılı karar ile kesinleşir. Ayni kişinin ayni işlemin iptali için ayrıca açtığı dava yerel mahkeme tarafından konu hakkında bir kesin hükmün mevcut olduğu gerekçesi ile yine reddedilir. 21. HD. (17.06.2002 T. ve 3257-5854 Sayı) Anayasa Mahkemesinin kararının beklenilmesi gerekirken beklenilmemesi, yaşlılık aylığında hak düşürücü süre, hatta zaman aşımının dahi söz konusu olmaması nedenleriyle bozma kararı verir. Yerel Mahkemenin direnmesi üzerine konuyu inceleyen Hukuk Genel Kurulu tarafları, konusu, dayanılan maddi vakıalar ve dönemi ayni olan bir uyuşmazlıkta kesin hükmün mevcut olduğu ayrıca, henüz yayınlanmamış bir Anayasa Mahkemesi kararının davaya etkili olamayacağı gerekçeleriyle direnme kararını onar (10. HD. 21.04.2003 tarihli kararında benzer bir olay için bu hususu aynen tekrar etmiştir. E: 2003/3141, K: 2003/3670, Legal, 3/2004, 1091 vd.). Karara katılmayan bir üye ise şu görüşü savunmaktadır: Uyuşmazlığın temeli, yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra 28 günlük bir yurt dışı ilişkisi nedeniyle kişinin tüm sosyal güvenlik haklarının ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağına ilişkindir. Yargıtay kesin dönüş koşulunu 1997 yılı sonrası benimsemiştir. *"Ne var ki, bu koşulun mevcut olmadığı durumlar ... Dairemiz görüşüne göre, ... hakkın özünü ortadan kaldırmaz. ... Bu durumda sadece bağlanan yaşlılık aylığı kesilmeli veya kişiye ödenmiş yaşlılık aylıkları geri alınmalıdır. Kurum iptal işlemleri ancak bu durumla sınırlı kalmalı, kişinin yurt dışından dönmesi halinde aylıklar tekrar bağlanıp devam ettirilmelidir. ... Yurt dışında bulunulan süre kadar kişi aylığı kesilmeli ancak ileriye yönelik (olarak) kişi tüm Sosyal Güvence ve haklarını kaybetmemelidir."* 28 günlük işsizlik sigortası yardımı aylığın sadece geçici bir süre için kesilmesi sonucunu doğurur, büsbütün ortadan kaldırmaz. Ayrıca, Anayasa'nın 152. maddesi dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi'nin

iptal kararlarının eldeki uyuşmazlıklar bakımından geriye yürütülmesi Anayasal temel bir zorunluluktur (Y: HGK. E: 2003/21-30, K:2003/57, T: 05.02.2003, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2003, 2545 vd.) (Y. HGK. 21.04.2004 Tarihli yine 3201 SK. ile ilgili olarak verdiği yeni bir kararında Anayasa Mahkemesi kararlarının hakkında kesin hüküm verilmemiş, derdest durumdaki davalarda bağlayıcı olacağı görüşünü tekrar etmiştir. Bkz. Y. HGK. E: 2004/10-44, K: 2004/19, T: 21.01.2004, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 3/2004, 999 vd.).

Hakkında kesin hüküm bulunan bir olay için yeniden yargılama usul hukuku ilkelerine uymamaktadır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayınlanmasından sonra, geleceğe yönelik olarak sonuç doğuracağı hususu da açıktır. Değinilen gerekçelere dayalı olan Hukuk Genel Kurulu kararı isabetlidir. Ancak, iş mahkemesinin ve Dairenin işsizlik sigortası ödeneği nedeniyle aylığı önceye ve sonraya etkili olacak şekilde iptali uygun değildir. HGK. kararında mevcut karşı oy yazısında değinildiği üzere, böyle bir durumda aylığın engel süresince kesilmesi, engel kalktığında devamı gerekir. Dolayısıyla işsizlik ödeneği hakkın kaybı değil, ancak askıya alınması nedeni olabilir. Böylece - karşı oy yazısında belirtildiği gibi-, kişinin yaşam hakkı olan, vazgeçilemez nitelik taşıyan emeklilik hakkı korunmuş olacaktır. Nitekim, Yargıtay 10. HD. söz konusu karardan 12 gün sonra *"3201 Sayılı Yasanın 6. maddesinin (B) bendi hükümlerine göre, yurda kesin dönüş yapıp kendisine yaşlılık aylığı bağlanan sigortalı yurt dışında çalışmaya başlamış ise yaşlılık aylığı kesilir; yurda yeniden kesin dönüş yapanların aylıkları yeniden hesaplanarak ödenmeye devam olunur. ... işsizlik sigortasından yardım görenlerin fiilen çalışmışlar gibi değerlendirilmesi gerek...(ir)."* değerlendirmesini yapmıştır (Y. 10. HD. E: 2003/267, K: 2003/801, T: 17.02.2003. Ayrıca, karara göre önceki 2147 SK.'a tabi olarak yapılmış olan borçlanma 3201 SK.'a göre yapılanı dikkate alınmaksızın yaşlılık aylığı bağlanmasına yetiyorsa yurt dışında çalışma aylığın kesilmesi sebebi teşkil etmez. Çünkü, 2147 SK.'da kesin dönüş şartı aranmamaktaydı.).

Yargıtay daha sonra verdiği birçok kararda yurda kesin dönüş koşulu gerçekleşmeden yapılan borçlanmaları geçerli saymış ancak, kesin dönüş yapılmadıkça aylığın bağlanmayıp askıda sayılacağına hükmetmiştir (Y. 10. HD. E: 2003/1129 K: 2003/1700, T: 10.03.2003; Y. 10. HD. E: 2003/7504, K: 2003/2310, T: 20.03.2003; Y. 10. HD. E: 2003/6886; K: 2003/7536, T: 28.10.2003; Y. 10. HD. E: 2003/8548, K: 2003/9601, T: 22.12.2003; Y. 10. HD. E: 2003/8549, K: 2003/9602, T: 22.12.2003). Değinilen kararlarda yurt dışı çalışması veya işsizlik sigortası ödeneği var ise, söz konusu süreler için

ödenen aylıkların istirdat edileceği, diğer süreler için ise istirdat işlemi yapan Kurumun tasarrufunun haksız olduğu ifade edilmiştir (Ayrıca ayni doğrultuda bkz. Y. 10. HD. E: 2003/7504, K: 2003/2310, T: 20.03.2003; Y. 10. HD. E: 2002/7942, K: 2003/2311, T: 20.03.2003; Y. 10.HD. E: 2003/4277, K: 2003/5288, T: 24.06.2003; Y. 10. HD. E: 2003/8548, K: 2003/9601, T: 21.12.2003; Y. 10. HD. E: 2003/8549, K: 2003/9602, T: 22.12.2003).

Yurt dışında çalışma ve oradan işsizlik ödeneği alma halinde yaşlılık aylığını askıya alarak sigortalının hak kaybını önleyen Yargıtay bir kararında yurt dışından "sosyal yardım" alındığının saptanması üzerine borçlanmayı ve yaşlılık aylığını iptal eden ve ödenen aylıkların iadesini isteyen Kurum tasarrufu üzerine haklı olarak şu yorumu yapmıştır : Mahkemece sosyal yardım kavramının içeriği belirlenmeli, sigortalının sadece sağlık yardımlarından yararlandığının anlaşılması halinde davacı Kurumun istirdat talebi reddedilmelidir (Y. 10. HD. E: 2003/3470, K: 2003/4139, T: 12.05.2003). Ancak, Yüksek mahkeme bir diğer kararında ise hastalık yardımı alınan süre için aylığın istirdadı gerektiği kanaatını açıklamıştır (Y. 10. HD. E: 2003/6221, K: 2003/6561, T: 06.10.2003). Söz konusu iki karar birbiriyle çelişir gibi gözükmektedir. Sunulan sağlık edimi ilgilinin (işsizlik sigortasının sağlık edimleri dahil) aktif sigortalılığıyla bağlantılı ise buradan kişi çalışmaktadır ve dolayısıyla aylık askıya alınır sonucu çıkarılacaktır. Sağlık edimi emekli konumundaki kişiye sunuluyor ise, askı uygulamasına gerek kalmayacaktır.

Yurt dışı borçlanmaları bazen sigortalının aile fertleri tarafından da yapılabilmektedir. Bu hususa ilişkin kararlardan birinde 2147 SK.'a göre borçlanma yapan sigortalı daha sonra 3201 SK.'a göre borçlanma talebinde bulunur ancak primleri ödeyemeden vefat eder. Eşi hak sahibi sıfatıyla bu borcu öderse de Kurum ölüm aylığı bağlamaktan kaçınır. Yüksek Mahkeme 3201 SK.'a göre, eşin de borçlanma hakkı sahibi olduğu ve ayrıca borcun 2 yıllık yasal süre içinde ifa edilmiş olduğu gerekçeleriyle haklı olarak yurt dışı hizmet borçlanmasının geçerliliğine karar verir (Y. 10. HD. E: 2003/6119, K: 2003/6533, T: 06.10.2003).

Konuya ilişkin diğer olayda, yurt dışı borçlanması sonrası yaşlılık aylığı almakta olan sigortalı öldükten sonra Alman Sigorta Merciinden işsizlik yardımı ödenmekte olduğu gerekçesi ile borçlanması, yaşlılık aylığı ve buna bağlı olarak eşe bağlanan ölüm aylığı iptal edilir. Yerel Mahkeme SSK.'nın talebi üzerine eşe ve ayrıca hayatta iken sigortalıya ödenen aylıkların eşten istirdadına karar verir. Yüksek Mahkeme ise farklı bir yaklaşımla her iki aylığın da iadesini yasal görmez. Yüksek Mahkeme'ye göre, sigortalıya sağlığında ödenen yaşlılık aylıkları terekeye dahil değildir. Dolayısıyla, Miras Hukuku

çerçevesinde hak sahiplerinden bu aylıkların istirdadı istenemez. Ölüm aylığı açısından da ayni sonuca varmak gerekir. Çünkü, eş kötü niyetli olmayıp Kurumu yanıltmamıştır. Kurum da böyle bir iddiada bulunmuş değildir. Eş günü gününe ve kıtı kıtına geçinen biridir. Borçlar Kanunu Md.63'de ifade edilen iyiniyetle sebepsiz zenginleşen konumundadır. Söz konusu kanun hükmüne göre, iyiniyetle zenginleşen kimse zenginleşmenin geri verilmesinden dolayı zenginleşme hiç olmasaydı bulunacağı durumdan daha kötü duruma düşürülemez. Dolayısıyla bu aylıkların hak sahibinden istirdadı mümkün değildir (Y. 10. HD. E: 2003/6119, K: 2003/6533, T: 06.10.2003). Yargıtay'ın kararı Miras ve Borçlar Hukuku açısından son derece isabetli olduğu gibi ayrıca Sosyal Güvenlik Hukuku açısından da dul eşi koruyucu niteliktedir.

Yurt dışı hizmet borçlanmalarında ülke dışında çalışmayı ve herhangi bir yurt dışı sigorta kurumundan edime (işsizlik ödeneği, sağlık yardımı ...) hak kazanmayı önce hak kaybı, sonra da askı nedeni sayan Yargıtay; Almanya-Türkiye ikili sosyal güvenlik sözleşmesine göre kısmi aylığa hak kazanan sigortalının yurt dışı çalışmasını aylık kesme nedeni olarak görmemiş ve SSK.'nın bu sebeple açtığı istirdat davasını kabul eden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme kararında 506 SK.Md.63/A'da mevcut emeklilerin sigortalı olarak çalışma halinde yaşlılık aylıklarının kesileceği yolundaki hükmün sadece yurt içi çalışmaları kapsadığını ifade etmiştir (Y. 10. HD. E: 2002/7938, K: 2003/3422, T: 14.04.2003). Yurt içi ve yurt dışı hizmetlerin birleştirilmesi ile hak kazanılan kısmi aylıkların korunması için çalışma kavramını sadece yurt içi ile sınırlayan Yargıtay'ın kesin dönüş kavramını da hizmet borçlanması ile elde edilen aylıkların korunmasını sağlayacak şekilde yorumlaması mümkündür. Belirtmek gerekir ki, hak kaybından askının varlığını kabul noktasına varılmış olması ileri bir adımdır ancak yeterli değildir. Aksi halde, yurt dışındaki çalışması ile emekliliğe hak kazanan iki kişiden hizmet borçlanması yapan, (kısmi aylık için) hizmet birleştirmesi yapana nazaran mağdur duruma düşmüş olacaktır. Bu durum eşitlik ve adalet ilkelerine uygun düşmez (Konu hakkında önceki yıllarda verilen kararlar ve yapılan tartışmalar için bkz: KILIÇOĞLU, 81 vd; ARICI, Değerlendirme, 1997, 303 vd, 323, 328; SÖZER, Değerlendirme, 1998, 266 vd, 280, 281, 283, 289, 290, 298; GÜZEL, Değerlendirme, 1999, 311 vd, 382, 388; TUNCAY, Değerlendirme, 2000, 235 vd.; OKUR, Değerlendirme, 2001, 238 vd. GÜZEL, Değerlendirme, 2002, 291, 292; Hüseyin Ali SADROLEŞRAFİ, 3201 SK. Kapsamında Yabancı Devletlerde Çalışan Türk Vatandaşlarının Ülkeye Kesin Dönüşlerinde Türkiye'de Sosyal Güvenlik Hakkından Yararlanmaları, DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2/2002, 83 vd.).

E. Borçlanmalar

Bu başlık altında üç karar ele alınmıştır. - İlk karar **sanatçı** borçlanmasında kapsama ilişkindir. 4056 SK. gereği borçlanma talebinin söz konusu kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde yapılması gerektiğini vurgulayan Yüksek Mahkeme 506 SK. Ek Md. 10 kapsamına giren sanatçıların sadece hizmet sözleşmesi ile çalışanlar değil ayrıca istisna, vekalet ya da başka bir işgörme akdine göre çalışanlar olduğunu vurgulamıştır. Bu tespitten sonra, 5 yıllık hak düşümü süresi geçtiği için, reddi gereken hizmet tespiti talebinin kabulü yolunda verilen yerel mahkeme kararı bozulmuştur (Y. 10. HD. E: 2002/10389, K: 2003/480, T: 30.1.2003).

Bağımsız çalışan sanatçıların 506 SK. kapsamında sayılıp sayılmayacaklarına ilişkin önceki yıllarda var olan tartışma konusu artık, 10. HD.'nin de 21. HD. paralelinde karar vermesi ile son bulmuştur (Konu hk. tartışmalar ve varılan sonuç hk. bkz. OKUR, Değerlendirme, 2001, 235 vd; KILIÇOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara, 2002, 74 vd.)

- **Sanatçı** borçlanmasında bulunan kişinin söz konusu süresi kısmen askerlik süresi, kısmen de zorunlu Bağ-Kur'luluk süresi ile çakışır. Bu durum nedeniyle borçlanma talebi SSK. tarafından reddedilen davacının açtığı sigortalılığının tespiti talebi yerel mahkeme tarafından kabul edilir. Ancak, "... çalışma olgusu araştırılarak, askerlik ve Bağ-Kur'luluk süreleri ile Kuruma bildirilmiş olan süreler dışlanmalıdır" diyen Yüksek Mahkeme eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulmasını bozma nedeni sayar (Y. 10. HD. E: 2002/10505, K: 2003/1847, T: 11.03.2003).

Yargıtay tarafından haklı olarak belirtildiği üzere, zorunlu sigorta süresinin varlığı ayni dönem için borçlanmaya engeldir. Ayrıca, sanatçı borçlanmasının askerlik borçlanma süresi içine girecek şekilde yapılması da düşünülemez. Çünkü, her borçlanma müessesesi kendine özgü şartları vardır. Ayrıca, aksi yolda bir uygulama sosyal güvenlikte teklik ilkesine ters düşer. Ancak, söz konusu askerlik borçlanma ve çalışma süresi ile çakışmayan sanatçı faaliyeti için borçlanma yapılabilir (Sanatçı borçlanmasında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa KILIÇOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara, 2002, 1-76; GÜZEL/OKUR, 91 vd; TUNCAY, Dersler, 188, 406).

- Sosyal Sigortalar Kanununa göre tescili bulunan sigortalı **askerlik borçlanma talebi**nde bulunduğu tarihte tarım Bağ-Kur sigortalısı, borcunu ödediği tarihte ise SSK. mensubudur. SSK. primleri tahsil edip uzun yıllar kullandıktan sonra askerlik borçlanmasını geçersiz sayar. Yerel mahkeme de iptali istenen Kurum işlemini geçerli addeder. Yüksek Mahkeme "... *borçlan-*

ma başvuru tarihinin borçlanma bedelinin hesaplanmasında önem taşıması karşısında ... oluşabilecek borçlanma farkının Kurum tarafından her zaman tahsili mümkün bulunmaktadır. Borçlanma karşılığı primleri tahsil edip uzun yıllar kullandıktan sonra askerlik borçlanmasının geçersiz olduğunun bildirilmesi Medeni Kanunun 2. maddesinde ifadesini bulan evrensel nitelikteki objektif iyiniyet kuralları ile de bağdaşmayacağı açıktır... O halde ... hüküm bozulmalıdır" sonucuna varır (Y. 10. HD. E: 2003/6559, K: 2003/7732, T: 02.04.2003).

İdarenin hatalı işlemlerinden sonradan dönmesi mümkündür. Ancak, bu konuda makul bir süre geçtikten sonra, karşı tarafta işlemin sağlığı konusunda doğan güveni kaldıracak ve onu temel bir hakkından mahrum edecek bir şekilde dönme, daire kararında da vurgulandığı üzere, iyiniyet kurallarına uygun düşmez (Askerlik borçlanması hk. ayrıntı için bkz. KILIÇOĞLU, 127 vd.).

II. İSTEĞE BAĞLI SİGORTA

– İsteğe bağlı sigortanın koşulları zorunlu sigorta kapsamında bulunmamak, daha önce SSK.'ya tescil edilmiş olmak, Kuruma talepte bulunmak ve prim ödemek olarak belirlenmiştir (506 SK. Md.85. Bkz. Ercan DUYGULU, Sosyal Güvenlik Kuruluşlarında isteğe Bağlı Sigorta, Manisa, 1995). Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıklarda değinilen koşulların olup olmadığını irdelemektedir. Örneğin, 21.12.2003 tarihli bir kararında haklı olarak zorunlu sigortalılık dönemi ile **çakışan** isteğe bağlı sigortalılık dönemini isteğe bağlı sigorta bakımından geçersiz saymıştır (Y. 10. HD. E: 2003/7794, K: 2003/9542, T: 21.12.2003). Ayni zaman diliminde birden fazla sigorta ilişkisini varlığı halinde Yargıtay sosyal sigortada teklik ilkesini uygulamaktadır. (Bu yolda verilmiş Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz. Sözer, Değerlendirme 1991, 173 ve 182'de değinilen kararlar).

– Yüksek mahkemenin başvuru koşulu hakkındaki bir kararı ise şöyledir: Önce isteğe bağlı sigortalı sonra zorunlu sigortalı olan şahsın zorunlu sigortalılığı sana erdikten sonra başvurusu ve ödenmiş primi olmayan dönem için isteğe bağlı sayılma talebi kabul edilemez. Ancak daha sonra, başvurusu olmasa da, **primi** ödenen dönem isteğe bağlılık sigortasından sayılır (Y. 10. HD. E: 2003/6026, K: 2003/7723, T: 03.11.2003. Bu yolda diğer örnek kararlar için bkz. Centel, Değerlendirme, 1996, 250, 251, Güzel, Değerlendirme, 1999, 308, 309. CENTEL bu sonucu kabul etmemekte ancak GÜZEL, SÖZER (Değerlendirme 1998, 258) ve TUNCAY (Dersler, 135, dn. 19 a) farklı gerekçelerle de olsa, uygun bulmaktadırlar. Ayrıca bkz. Okur, Değerlendirme, 2001, 221).

- İsteğe bağlı sigortada prim ödeme koşulu talep sonrası için ve geleceğe yöneliktir. Ancak, bazen farklı uygulamalar ortaya çıkabilmektedir. Önce isteğe bağlı daha sonra da zorunlu sigortalı olan kişi, zorunlu sigortalılığının bittiği tarihten yaklaşık iki yıl sonra isteğe bağlı sigortalılık için geriye yönelik olarak toptan ödemede bulunur. Ancak, kurum bu ödemeyi kabul etmez. Yerel mahkeme ise davacının yaşlılık aylığına hak kazandığına karar verir. Yüksek mahkeme, zorunlu sigortalılık sonrası isteğe bağlı sigorta için talepte bulunulmamış olması ve ayrıca **geriye yönelik olarak prim ödeme** yoluyla sigorta ihyası yapmanın mümkün olmadığı gerekçeleriyle kararı bozar (Y. 10. HD. E: 2453, K: 3629, T: 21.04.2003, İKİD, Ekim 2003, 2151 vd).

- Y. 10. HD. isteğe bağlı sigortalılığın varlığının tespiti için açılan bir davada "... Kurumun hatalı işlemi ile **geriye yönelik olarak primleri tahsil** etmesinin ... sigortalı olmadığı süreler yönünden davacı yararına kazanılmış hak yaratmayacağı ortadadır." değerlendirmesini yapmıştır. (Y. 10. HD. E: 2003/3570, K: 2003/4517, T: 29.05.2003. Ayni yolda diğer kararlar için bkz. Y. 10. HD. E:2003/4344, K: 2003/5222, T: 23.06.2003; Y. 10. HD. E: 2003/4446, K: 203/5349, T: 30.06.2003: Geriye yönelik olarak prim tahsili uygun olmayıp, ilk defa prim ödenmeye başlanan tarihten sonrası için isteğe bağlı sigortaya geçerlilik tanımak gerekir.).

Söz konusu olaylarda isteğe bağlı sigortanın talep veya düzenli prim ödeme yoluyla sigortalı olma iradesini ortaya koymaya ilişkin koşullarından hiç biri gerçekleşmediğine göre, Dairenin kararı isabetlidir. Sigortalı geriye yönelik olarak toptan prim ödemesi yoluyla hizmet borçlanması ya da ihya hakkı varmış gibi davranmıştır (İsteğe bağlı sigortanın söz konusu koşulları hk. bkz. DUYGULU, İsteğe Bağlı Sigorta, 9 vd.;Tankut CENTEL, Bağımlı Çalışanların İsteğe Bağlı Sigortaya Devam Etmeleri, İHD, Ocak-Mart 1993, 32 vd)

- Yargıtay geriye yönelik toptan ödemeler dışında düzenli bazı prim ödemelerinde de isteğe bağlı sigortanın varlığını kabul etmemektedir. Bağ-Kur sigortalısı kişi 01.05.1992 tarihi itibariyle bir gün SSK. sigortalı olduğunun tespitiyle, izleyen yaklaşık 7.5 yıl boyunca ödediği SSK isteğe bağlı sigorta primlerinin geçerli olduğuna ve böylece yaşlılık aylığına hak kazandığına karar verilmesini istemiş ve yerel mahkeme talebi kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme şu gerekçelerle kararı bozmuştur: Davacının, çay ve temizlik işinde bir gün çalıştığının kabülü mümkün değildir. Çünkü, iddia işyeri ücret ya da benzeri bordrolarla belgelenememiştir. Ayrıca, kendisi SSK. müfettişine verdiği ifadede fiili çalışması olmadığını bizzat beyan etmiştir. Davacı salt kurum değiştirme amacına yönelik olarak isteğe bağlı sigorta-

lı olmuştur. Ortada yasaya karşı hile, hizmet akdiyle çalışanların oluşturduğu sosyal nitelikli bir güvence fonuna yapay yolla katılım vardır. Bir sistemden diğerine geçişin muvazaaya, dahası **yasaya karşı hile**ye dayanmaması gerekir. MK. Md.2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı bu tür bir eyleme engeldir (Y. 21. HD. E: 2003/604, K: 2003/1127, T: 20.02.2003, İstanbul Barosu Dergisi, 3/2003, 821 vd.).

İsteğe bağlı sigorta ilişkisi ilgilinin icabı ve Kurumun da -lüzumlu koşulların varlığını sapması halinde- gerekli idari tasarrufta bulunması ile (burada kabul kastedilmemektedir) kurulur. Doğan idare hukuku karakterli sosyal sigorta ilişkisinde icapta bulunanın iradesi ilişkinin sağlığını etkileyecektir. Borçlar Hukukundaki irade fesadı halleri, söz konusu durum için, Sosyal Güvenlik Hukukunda da uygulanabilecektir. Yani, sigortalının hile ile isteğe bağlı sigortanın koşullarını oluşturup Kurumu yanıltması doğan borç ilişkisinin sakatlık sebebidir. Ancak, iptalin önceye etkili mi yoksa geleceğe dönük mü olacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Olayda mutlak butlan söz konusu ise iptal önceye, nisbi butlan var ise iptal sonraya etkili olacaktır. Bilindiği üzere, İş Hukukunda (izinsiz yabancı çalışması, kumarhanede ya da diğer bir yasa dışı işte çalışma hallerinde olduğu gibi) kamu düzenine ve genel ahlaka (her iki tarafı da bağlayan hukuk kurallarına) aykırılık var ise, iş ilişkisi geçersiz sayılmaktadır **(Geçersiz iş ilişkisi)**. Buna karşın, (ehliyet, işçi sağlığı ve iş güvenliği hükümlerine aykırılık hallerinde olduğu gibi) kamu düzenini ve genel ahlakı değil de işçiyi korumaya yönelik kurallara aykırılık var ise (tek tarafı bağlayan hukuk kuralları), iş ilişkisi aykırılığın saptandığı ana kadar geçerli, sonrası için geçersiz sayılmaktadır **(Fiili iş ilişkisi)**. Bu kavramların Sosyal Güvenlik Hukukundaki karşılıkları **"Geçersiz Sigorta İlişkisi"** ve **"Fiili Sigorta İlişkisi"** şeklinde adlandırılabilir. Geçersiz sigorta ilişkisi, geçersiz iş ilişkisi var ise söz konusu olacaktır. Fiili sigorta ilişkisi ise, fiili iş ilişkisi var ise söz konusu olacaktır. Hilenin varlığı uluslar arası literatürde geçersiz sigorta ilişkisi nedeni sayılmaktadır (Geçersiz sigorta ilişkisi kavramı için bkz. SÖZER, 55 vd. Şekli (Formel) sigorta olarak adlandırılan fiili sigorta ilişkisi kavramı için bkz. ayni eser, 51 vd. Kavramın yargı kararlarına uygulanması için bkz. ayni yazar, Değerlendirme, 1991, 183 vd).) Dolayısıyla, Yargıtay'ın yaklaşık 7.5 yıl boyunca ödenmiş primlere hiç bir hukuki sonuç bağlamaması yukarıdaki açıklamalara uygun düşmektedir (Yargıtay bir kararında kanunun izin vermediği işte çalışan, işe giriş bildirgesi verilmiş ve primleri de ödenmiş bir kadın işçinin hizmet akdinin kanuna aykırılığı saptandığında sigorta ilişkisinin iptalinin geçmişe değil geleceğe yönelik olacağını karara bağlamıştır. Y. 10. HD. E: 1997/3965, K: 1997/3791, T: 20.05.1997. Arıcı, Değerlendirme, 1997, 283. Arıcı kararı bu yöndeki İçtihadı Birleştirme Kararı ile doktrindeki yaklaşıma

uygun ve yerinde bulmuştur. Karara konu olayda geçersiz değil fiili sigorta ilişkisi mevcuttur.).

- Tarım sigortalılığına son vermiş olan davacı 506 SK. Md.85 gereği isteğe bağlı sigortalı olduğunun tespitine karar verilmesini talep eder. Yerel mahkeme talebi kabul ederse de 21. HD. **2925 SK.'a göre sigortalı** olanların da müracaat tarihinden önce 506 SK.'a göre sigortalı olmalarının şart olduğu gerekçesi ile kararı bozar (Y. 21. HD. E: 2003/6281, K: 2003/6668, T: 15.09.2003, Legal, Ekim 2003, 2629, 2630).

Bir önceki karara ilişkin değerlendirmeden anlaşılacağı üzere, hata ile kurulması sağlanan bir sosyal sigorta ilişkisinin fiili nitelik taşıyıp ona sağlıklı bir sigorta ilişkisinin sonuçları sağlanabileceğine göre, her iki tarafın yanılgısından doğan bir hukuki ilişkiye geçerlilik tanımak gerekir. Yerel mahkemenin isteğe bağlı sigortanın varlığını kabul kararı sonuç itibariyle yerindedir.

III. PRİM

- **Libya**'da çalışan Türk işçilerinin hastalık sigortası primleri Hükümetimiz ile Libya Arap Halk Sosyalist Cemahiriyesi arasında yapılmış bulunan ikili sosyal güvenlik sözleşmesi gereği Libya mevzuatına; uzun vadeli sigorta primleri ise Türk mevzuatı hükümlerine tabidir. SSK. Yönetim Kurulu kararı ve buna bağlı olarak çıkarılan 10.06.1994 tarihli ve 16-84 Sayılı Genelge ile, 506 SK. hükümlerine göre **maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortası** için % 24.5 olarak uygulanacak prim oranı yerine Libya'da uygulanan % 8.5 oranını esas alarak tahakkuk yapılmasını kabul eder. Genelgeye uygun davranan bir işveren daha sonra iki oran arasındaki % 16 fark için gecikme zammı ile sorumlu tutulunca İş Mahkemesinde icra takibi iptali isteminde bulunur.Davanın reddi üzerine konuyu inceleyen Yargıtay'a göre, SSK. yönetim kurulunun aldığı kararlar ve genelgeler iç ilişki ve uygulamalar itibariyle bağlayıcı ise de mahkemelerin genelgelere göre karar vermesi mümkün değildir. Bir uyuşmazlığın Anayasa'nın 138/1. maddesinde belirtildiği üzere, normlar hierarşisine göre çözülmesi gerekir. *"... yasal sistemin açıkça düzenleme yaptığı bir alanda yönetim kurulu kararı veya genelge değil yasal sistemin uygulanması esastır. Sonuçta mahkemenin uyuşmazlık konusu dönem için, uzun vadeli sigorta dallarına ilişkin prim oranlarını, 506 Sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde % 24.5 olarak kabulü yerindedir. Ne var ki, ... davacı ...fark pirim miktarı bakımından gecikme zammı ile sorumlu tutulmamalıdır. ... davacı ... fark prim miktarından sorumlu ise de, gecikme zammından sorumluluğu bidayette tahakkuk ettirilen prim miktarı*

ile sınırlı..." dır (Y. 10. HD. E: 2003/2908, K: 2003/3890, T: 29.04.2003. Ayni şekilde bkz. Y. 10. HD. E: 2003/2909, K: 2003/3891, T: 29.04.2003).

Karar gerekçesinde belirtilen normlar arası alt-üst ilişkisi sorunu çözecek temel ilkedir. Bir yönetim kurulunun idari tasarrufları bakımından kendini yasa koyucunun üstünde görmesi mümkün değildir. Hatalı tutumu ile düşük oranlı prim tahsil eden Kurum hatasından dönüp farkın ödenmesini isteyebilir. Ancak, fark prim miktarı için gecikme zammından işvereni sorumlu tutmak adil değildir. Söz konusu karar Yargıtay'ın daha önce ayni konuda verdiği diğer kararlar ile uyumludur (Y. 21. HD. E. 1995/384, K: 1995/1026, T: 29.03.1995, Ankara Barosu Dergisi, 1/1995, 118 vd.; Değerlendirme, 1995, 208, 209; Y. 21. HD. 2151/2758, T: 10.04.2000, YKD, Ekim 2000, 1590. Ayrıca, bkz. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 17.10.1997 gün ve 527 Sayılı kararı, Tuncay, Değerlendirme, 2000, 199; Ayrıca bkz. 21 HD. E:2002/9993, K:2002/10961, T: 23.12.2002, Güzel, Değerlendirme, 2002, 301.) Ayni şekilde Yargıtay 3148 SK. ile kabul edilmiş Türkiye-Libya Sosyal Güvenlik Sözleşmesi var iken Türkiye-Libya Karma Komisyonu 17. dönem protokolü, SSK Yönetim Kurulu kararı ve genelgeleri ile mevcut sosyal güvenlik sözleşmesinin değiştirilemeyeceğini karara bağlamıştır (Y. 10. HD. 1217/19856, T: 06.12.1994, YKD, Mart 1995, 416 vd.) Kararı inceleyen OKUR, Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelik şeklindeki normlar arası alt-üst ilişkisine dikkati çekerek sonuca katılmıştır (Değerlendirme 1994, 132. Ayni yolda bkz. Okur, Değerlendirme, 2001, 250'de zikredilen karar.).

– Davacı İcra İflas Kanunu Md.72'ye dayanarak açtığı **menfi tespit davası** ile işçisi olduğu iddia edilen kişinin işyerinde çalışmadığının ve buna bağlı olarak prim borcunun bulunmadığının saptanmasını istemiştir. Yerel Mahkeme haciz bildirgesine 6183 SK. Md.79'a göre, 7 gün içinde itiraz edilmemesi nedeniyle takibin kesinleştiği sonucuna vararak talebi reddeder. 21. HD. kesinleşmenin idari aşamada olduğunu, idari kesinliğin İİK.Md.72 gereği menfi tespit davası açmaya engel teşkil etmediğini (10322-11203 Sayılı ve 26.12.2002 tarihli kararı ile) hükme bağlar. Yerel mahkeme direnince Yargıtay Hukuk Genel Kurulu direnme kararını şu haklı gerekçelerle bozar: 6183 SK. Md.79 gereği borçluya haciz ihbarnamesi tebliğ edilmiştir. Ancak, ayni kanun Md. 55'de öngörülen bilgilerin tümünü içeren bir ödeme emri düzenlenip tebliğ edilmemiştir. Dolayısıyla, 6183 SK.'a göre yapılmış bir takipten söz edilemez. Bu nedenle davacı genel hükümler çerçevesinde borçlu olmadığının tespitini isteyebilir (Y. HGK. E: 2003/21-533, K: 2003/520, T: 01.10.2003, Legal, Kasım 2003, 2778 vd.).

Yargıtay'ın 6183 SK.Md.58/I gereği alacaklı olan tahsil dairesine yapılacak 7 günlük (hak düşürücü) itiraz süresi geçirildiğinde alacak kesinleşmiş olup daha sonra menfi tespit davası açılamaz şeklinde, yerel mahkeme kararı paralelinde, vermiş olduğu kararları mevcuttur (Y. 10. HD. 6360/8176, T: 12.12.2000, Oğuz Karadeniz, SSK.'nın Prim Tarh, Tahakkuk ve Tahsil Yöntemleri, İzmir, 2003, 291, dn: 869; Y. 10. HD. 5014/5204, T: 03.07.1997, Çakmak, 2217, 2218). Kararda değinilen düzenlemede "itiraz komisyonun bu konudaki kararı kesindir" hükmü bulunmaktadır. Muhtemelen değinilen nedenle aktarılan kararlarda menfi tespit davası açılamayacağı ifade edilmektedir. Ancak, söz konusu kesinlik idare için geçerli olmakla beraber muhatabı kişi için geçerli değildir. Çünkü, aksi halde idarenin işlemleri yargıya kapatılmış olacaktır. Halbuki, bilindiği üzere, Anayasa Md.125/1'e göre, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"*. Anılan nedenlerle, gönderilen ödeme emrinin gereken özellikleri taşımıyor olması menfi tespit davasının açılabilmesini sağlayan ikinci bir gerekçe teşkil edecektir.

- Yargıtay'ın 2003 yılında yaşlılık aylığı alırken çalışan avukatlardan **sosyal güvenlik destek primi** kesilip kesilmeyeceği hakkında verdiği bazı kararları vardır. Sorun emekli olup çalışmakta olan avukatlardan 506 SK. Md. 63'e 4447 SK. Md. 8 ile eklenen fıkra ile % 15 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilmesi ile ilgilidir. Davacı, prim kesilme işleminin iptali ve alacak davası açmış, mahkeme kabul kararı vermiştir. 10. HD. ise söz konusu hükmün kamu düzenine ilişkin olması, Md.63/B'ye eski noterler ve avukatlar için onların prim ödemeyeceklerine ilişkin bir hüküm konulmamış olması gerekçeleriyle bozma kararı vermiştir (Y. 10. HD. E: 2003/670, K: 2003/1345, T: 03.03.2003, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 3/2004, 1095 vd. Keza bkz., Y. 21. HD. E: 2003/416, K: 2003/782, T: 04.02.2003, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2003, 431, 432).

Ayni konuda açılmış bir davada talebi kabul eden yerel mahkeme 21 HD.'nin (19.12.2002 gün ve 9498-9902 sayılı) bozma kararına şu gerekçe ile direnmiştir: Yeni düzenlemenin yürürlüğünden önce yaşlılık aylığı bağlananların aylıklarından SGD primi kesilmesi kazanılmış haklara aykırılık teşkil eder. Ayrıca, 4447 SK. Md. 17 ile 506 SK.'a eklenen Md.81/A'da, yeni hükümlerin önceki sigortalılara uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Hukuk Genel Kurulu direnme kararını bozarken yukarıda değinilen 10. HD.'nin kullandığı gerekçeye ilave olarak şu tespiti yapmıştır : Söz konusu madde 81/A yaşlılık aylığı almakta olanlardan SGD primi kesilmemesine ilişkin bir istisna maddesi değildir (Y. HGK. E: 2003/21-305, K: 2003/309, T: 30.04.2003, Legal Hukuk Dergisi, Temmuz 2003, 1721 vd = İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Ocak 2004,

2337 vd = İstanbul Barosu Dergisi, 2/2003, 421 vd.). Md. 81/A'nın istisna maddesi olmayıp ne olduğu ise sonraki tarihli bir 10. HD. kararında şu şekilde açıklanmıştır: Bu madde yaşlılık aylığı bağlanması için yaş haddinin yükseltilmesi nedeniyle getirilmiş bir istisna maddesi olup, geçici 81. maddenin davada uygulama yeri yoktur (Y. 10. HD. E: 2003/3380, K: 2003/4160, T: 12.05.2003).

Yargıtay birbirini izleyen kararlarda gerekçelerini zenginleştirerek yaşlılık aylığı almakta olan avukat ve noterlerin SGD primi ödemelerine ilişkin kuralın kazanılmış hakları ve önceye etki yasağını ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Destek primi uygulaması aylığa hak kazanma koşullarının ve aylık hesaplama formülünün değiştirilmesi sonucu emekli edilmiş kişilerin mağdur edilmesi anlamına gelmemektedir. Yani, kazanılmış bir hakka dokunulmamaktadır. Ayrıca, emekliler yeni düzenlemenin yürürlük tarihi sonrası için prim ödemekle yükümlü tutulmuşlardır. Anılan nedenlerle, Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları tutarlı ve önceki kararlarıyla uyumludur (Bkz. Güzel, Değerlendirme, 2002, 301, 302).

Belediyelerin prim borçları zaman zaman yargıya intikal etmektedir. Bir olayda bankadaki yapı denetimine ilişkin ve diğer hesaplarına SSK tarafından haciz konulan Kocaeli Belediyesi'nin açtığı haczin kaldırılması davası yerel mahkemece kabul edilir. Yargıtay şu gerekçelerle kararı kısmen bozar : Yapı denetim hesabı üzerine konulan haczin kaldırılması kararı doğrudur. Çünkü, Yapı Denetim Kanunu Md. 5/sona dayalı olarak çıkarılan Yapı Denetimi Uygulama Usul ve Esasları Yönetmeliği Md. 13'e göre, *"... yapı denetimi için ... öngörülen hizmet bedelleri ... 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun da dahil olmak üzere haczedilemez ve hesaba tedbir konulamaz."*

Yüksek mahkemeye göre, yapı denetim hesabı dışında kalan diğer hesaplar üzerine haciz konulması ise mümkündür. 506 SK. Md. 80 prim tahsilinde 6183 SK.'un uygulanacağını ifade etmektedir. **6183 SK.** Md. 70/1'e göre ise, mahalli idarelerin malları dışında kalan devlet malları ayrıca, hususi kanunlarda haczi caiz görülmeyen mallar haczedilemez. Belediyeler de mahalli idarelerden sayıldığı için kural olarak belediye malları **haczedilebilir.** Buna karşın, 1580 Sayılı Belediye Kanunu Md. 19/7'ye göre ise, belediye vergi ve resimleri ile kamu hizmetine tahsis edilen ve akar olmayan emval ve eşyası **haczedilemez.** Ancak, konuya ilişkin özel bir kanun olan (04.05.1994 T.'li 3986 SK. Md.18 ile değişik) 15.07.1963 Tarihli **277 SK.** Md.1 belediyelere verilen payların 6183 SK. ile yapılan takiplerde haczedilebileceğini hükme bağlamıştır Değinilen değişiklik öncesi belediye payları haczedilemiyordu. Söz

konusu değişiklik ile SSK:'nun belediyelerdeki alacaklarının tahsilinin kolaylaştırılması amaçlanmıştır. Belediyenin yetkili organı -mahiyeti itibariyle zaten kamuya tahsisli olan- vergi ve resimler için kamuya tahsis karar almış olsa da haczi engelleyemez (Y. 10. HD. E: 2003/7136, K: 2003/8530, T: 18.11.2003).

1580 Sayılı Belediyeler Kanunu genel bir kural ile belediye vergi ve resimlerinin haczedilemeyeceğini hükme bağlamış ancak, 277 SK. Md. 1 ("5237 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu ile diğer kanunlarla belediyelere verilmekte olan her çeşit paylar belediye vergi ve resimleri hükmündedir. Bu paylar belediyelerin 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsili gereken borçları dışında haczedilemez"). özel bir kural olarak değinilen gelirlerin haczini mümkün hale getirmiştir. Bu itibarla, Yargıtay'ın kararı meri hukuk düzenlemelerine ve önceki kararlarına uygundur. (Bkz. Y. 10.HD. 4283/4564, T: 18.05.1995, YKD, Ağustos 1995, 1232 vd.= Güzel/Okur, 187, dn. 59 b; Çakmak, 2200, 2276, 2277'deki kararlar. Bkz. ve karşılaştırınız, Güzel, Değerlendirme, 2000, 308, 309'daki kararlar.). Ancak, yapı denetim hesabı bakımından varılan sonucun gözden geçirilmesi uygun olacaktır. Çünkü, 29.06.2001 Tarih ve 4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Md.5/son *"Yapı denetimi hizmet sözleşmesi ve hizmet bedellerinin ödeme esasları Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir"* şeklindedir. Söz konusu hükümde yapı denetimi hesabı üzerine haciz konulamayacağına ilişkin herhangi bir açıklama mevcut değildir. Değinilen hesap belediye gelirleri içinde sayılacak olur ise, bir yönetmelik hükmü ile haczinin engellenmesi düşünülemez. Aksi halde varılan sonuç doğru olacaktır.

- Yargıtay'ın 2003 yılında ölçümleye ilişkin verdiği iki çelişik kararı vardır. İlk olayda prim borcunun iptaline ilişkin olarak açılan davada İş Mahkemesi 4792 SK. Md. 6 ile düzenlenen Kurumun ölçümleme hakkının 616 S'lı KHK. ile kaldırılmış olduğu gerekçesi ile talebi kabul eder. 21. HD. 12.02.2002 gün ve 2001/8830, 2002/1025 Sayılı ilamı ile kararı şu gerekçelerle bozar :Yasanın getirdiği prim ödeme yükümünü yerine getirmeyenlerin yasal boşluktan söz edilerek haklarında hiç bir işlem yapılmaması düşünülemez. Mahkemece bu gibi durumlarda yapılacak işlem işverenin prim borcu olup olmadığının saptanması için kanıt toplamaktır. Salt Kurumun ölçümleme hakkının kalktığından bahisle davanın kabulüne karar verilemez. Yerel mahkeme kararında direnirse de HGK. direnme kararını bozar. HGK.'na göre, bir KHK. iptal edildiğinde önceki düzenlemeler kendiliğinden uygulanabilir hale gelmez, ortaya hukuki bir boşluk çıkar. Bu durumda Medeni Kanun'un 1. maddesi devreye girer. Hakim örf ve adette olaya uygulanacak kural bulamadığında kanun koyucu gibi kural koyma yetkisini

kullanır. Olayda ortaya çıkan boşluk 506 SK., Sosyal Sigortalar Kuruluş Yasası, sosyal güvenlik ilke ve esasları ve genel hükümler dikkate alınarak doldurulur (Y. HGK. E: 2003/21-16, K: 2003/35, T: 29.01.2003, İlmi ne Kazai İçtihatlar Dergisi, Mart 2004, 2469 vd).

– Ölçümlemeye ilişkin diğer olayda haksız tahsil edildiği gerekçesi ile ödenen prim tutarlarının iadesi talebi yerel mahkemece reddedilir. Yüksek mahkeme ise, ölçümleme müessesesinin karar tarihi öncesi kaldırılmış olması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Md.76 gereği yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak karar verilemeyeceği, tahsil edilen paranın 506 SK. Md. 84'de sözü edilen yanlış ve yersiz alınan prim teşkil ettiği, Kurumun bu yoldaki kazanımının haksız iktisap teşkil ettiği gerekçeleriyle kararı bozar (Y. 10. HD. E: 2003/1184, K: 2003/ 2253, T: 20.03.2003, İşveren, Ekim 2003, 29, 30.).

Yukarıda aktarılan iki çelişik karardan ilkinin yani, HGK. kararı ile ortaya konulan gerekçelerin daha isabetli olduğu söylenebilir. Çünkü, bir düzenlemenin iptali sonucu ortaya çıkan boşluk, o konuda yeni bir düzenleme getirilinceye kadar sorunun çözümsüz kalması sonucunu doğurmaz. Aksi halde, çözümsüz kalan sorunlar ya da adalet duygusuna uymayan çözümler yargıya olan güvenin yitirilmesine neden olur. Ölçümleme kurumunun kaldırılmış olması işverenin varsa prim borcunun tahsiline engel teşkil etmez. Tahsil edilen alacak Kurum için sebepsiz zenginleşme de oluşturmaz. Aksine, borç doğduğu halde alınamayan prim alacağı işveren için sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Sorunun çözümü MK. Md.1'deki yetkinin kullanılarak yargıcın hukuk yaratmasıdır. Böyle bir durumda yargıç, Sosyal Sigortalar Hukuku'nun özelliklerini dikkate alarak, gerektiğinde kaldırılan önceki düzenlemeden de esinlenebilir. Bu durum, kural iptalinin içerikle ilgili bir nedenle değil özellikle şekil koşulunun yerine getirilmemesi sebebiyle yapılması halinde söz konusu olacaktır. Nitekim, 4958 SK. ile değişik Md. 79/VII ile 29.07.2003 tarihinde bu boşluk yine Kuruma resen tahakkuk yetkisi verilerek çözülmüş durumdadır.

IV. Rücu

Md. 10'a (Kurum'a Bildirilmeyen Sigortalılara) İlişkin Kararlar :

– Yargıtay'ın 2003 yılında rücu nedeni olan haller ile ilgili olarak vermiş olduğu çok sayıda kararı mevcuttur. Bildirilmeyen sigortalılar için kaçak çalıştırmanın yaptırımı olarak 506 SK. Md. 10 Kuruma rücu hakkı tanımıştır. Bu hakkın doğması için aranan bazı koşullar vardır. Zararlandırıcı sigorta olayı (iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hali) işçinin Kuruma bildi-

rilmesinden **önce meydana gelmelidir.** Bildirge verme süresi dolmadan meydana gelen sigorta olayı bu madde gereğince sorumluluk doğurmaz. Yargıtay 2003 yılında da (önceki yıllarda olduğu gibi) bu hususu vurgulamıştır (Y. 10. HD. E: 2003/3527, K: 2003/4201, T: 13.05.2003; Y. 10. HD. E: 2003/6930, K: 2003/7632, T: 30.10.2003). Ayrıca Yüksek Mahkeme'ye göre, bildirge verildikten sonra meydana gelen sigorta olayları da Md. 10'a göre sorumluluk doğurmaz (Y. 10. HD. E: 2003/2995, K: 2003/3491, T: 15.04.2003).

Md.10'da düzenlemenin Md.26'daki sorumluluk halleri aranmaksızın uygulanacağı ifade edilmektedir. Bunun anlamı, rücu için (26. maddede belirtilen) kast, mevzuata aykırı hareket ve suç sayılabilir bir haraketin 10. madde bakımından koşul sayılamayacağı yani, kusursuz sorumluluğun esas alındığıdır (TUNCAY, Dersler, 214). Yargıtay kararlarında bu hususa değinmekte, **kusursuz da olsa** işvereni sorumlu tutmakta ancak, rücu tutarını hesaplarken kusur oranlarını hesaba esas almaktadır. Tüm kusurun sigortalıya ait olduğu bir olayda Yüksek Mahkeme davalının kusursuz olması nedeniyle % 50 hakkaniyet indirimi yapılmasını uygun görmüştür (Y. 10. HD. E: 2003/4085, K: 2003/4544, T: 30.05.2003). Davalı işverenin % 50 oranında kusurlu bulunduğu bir diğer olayda ise, oranı verilmeden Borçlar Kanunu Md.43 ve 44'e göre hakkaniyet indirimi yapılması gerekliliği vurgulanarak rücu alacağının tamamından sorumlu tutmak bozma nedeni sayılmıştır (Y. 10. HD. E: 2003/5754, K: 2003/6311, T: 29.09.2003. Ayni yolda Y. 10. HD. E: 2002/10069, K: 2003/1039, T: 24.02.2003). Değinilen son kararın karşı oy yazısında iki üye Md.10'un halefiyet ilkesine dayanmadığını, işverene medeni bir ceza verilmesinin söz konusu olduğunu ve dolayısıyla hakkaniyet indiriminin yapılmasının doğru olmadığını belirtmişlerdir (Bu konudaki görüşler için bkz. TUNCAY, Dersler, 382).

Bazı durumlarda Md 10 ve 26'nın ayni olayda tatbiki söz konusu olabilmektedir. Bu gibi hallerde Yüksek mahkeme haklı olarak **önce Md.10'**un dikkate alınacağını, onun koşulları oluşmadığında ise, Md. 26'nın değerlendirileceğini ifade etmektedir (Y. 10. HD. E: 2003/6928, K: 2003/7630, T: 30.10.2003; Y. 10. HD. E: 2003/106, K: 2003/567, T: 03.02.2003. Medeni bir ceza olması nedeniyle rücu tutarından bir indirim yapılamayacağı hususu bu kararda mevcut karşı oy yazısında da ifade edilmiştir. Bu konuda ayni yolda verilmiş diğer kararlar için bkz. Güzel, Değerlendirme, 1999, 341.). Aktarılan yaklaşımın nedeni rücu bakımından Md. 26'da işverenin kusuru aranırken Md. 10'da kusur aranmıyor olmasıdır.

- Rücu miktarının hesabının ele alındığı bir yerel mahkeme kararında hak sahibi kadının destek zararının **evlenme yaşı** olan 22 ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Ancak, Yüksek Mahkeme makul bir şekilde 506 SK. Md. 23'de kız çocukları için gelir bağlanma koşulu olarak yaşın değil evli olmamanın koşul olduğu hususunu dikkate alarak, tavan zarar hesabının muhtemel evlilik tarihine göre yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır (Y. 10. HD. E: 2002/9915, K: 2003/88, T: 20.01.2003).

Md.39'a (Hastalık Sigortasına) İlişkin Kararlar :

- SSK, sigortalı işçinin trafik kazasında yaralanan kızı için yaptığı masrafları kusurlu araç sürücüsü ile 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu Md. 108 uyarınca aracın mali sorumluluk sigortası bulunmadığı için **Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğ**inden müştereken ve müteselsilen tahsil talebinde bulunur. Mahkeme isteği hüküm altına alır. Yüksek Mahkeme kararı Birlik yönünden bozar. Çünkü, önceden hakkında takibat yapılmamış olması nedeniyle faize dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekirken sarf tarihinden itibaren hükmedilmiştir. Karara karşı oy yazısı yazan Başkan Resul Aslanköylü'ye göre ise, sigorta şirketleri ne 39 ne de 26. maddeye göre sorumlu tutulabilirler. Kurum sigortalının halefi sayılsa bile tazmin sorumlusunun mutlaka kusurlu eylemi ile zarara neden olması gerekir. Hal böyle olunca davalı Reasürans Şirketleri Birliği hakkındaki davanın reddi gerekirdi (Y. 10. HD. E: 2003/291, K: 2003/3768, T: 24.04.2003).

- Benzer bir olayda bu kez trafik iş kazasında ölen sigortalının hak sahiplerine yapılan harcamalar için zarar veren kişi ile aracı zorunlu mali mesuliyet sigortası ile **sigortalayan şirket** aleyhine açılan rücu davası yerel mahkeme tarafından kabul ve verilen karar Yüksek Mahkeme tarafından da tasdik edilir. Ancak, karar karşı oy kullanan Başkan Resul Aslanköylü kararına gerekçe olarak halefiyet için kanunda açık hüküm bulunması gerektiğini halbuki, 39. maddede bu yolda hüküm bulunmadığını, dolayısıyla şirketin dava edilemeyeceğini; ayrıca, davalı sigorta şirketinin talep koşulu olan zararlandırıcı olayda kasdı ve suç sayılır hareketinin ispat edilemediğini; kaldı ki, sigortalı ile şirket arasındaki ilişkinin 2918 Sayılı Karayolları Trafik kanununa tabi olup Sosyal Sigortalar Kanunu Md. 39 ve Borçlar Kanunu Md. 41 vd.'na tabi olmadığını göstermiştir (Y. 10. HD. E: 2003/2733, K: 2003/3538, T: 17.04.2003).

Yukarıda aktarılan kararlarda Md. 39 gereği Kurumun sahip olduğu rücu hakkının muhatapları tartışılmıştır. Düzenleme *"Kastı veya suç sayılır hareketi ile sigortalının, eşinin veya çocuğunun hastalanmasına sebep olan kimseye, bu*

TÜRK-İŞ
Bilgi Merkezi

kanun gereğince hastalık sigortasından yapılan her türlü giderler tazmin ettirilir." şeklindedir. İlk olarak, cümledeki "sebep olan kimse" ibaresi zarar veren kişiyi tanımlamaktadır. İkinci olarak, zarar kişinin kast veya suç sayılır hareketi sonucu doğmuş bulunmalıdır. Dolayısıyla, Md. 39'a göre açılacak bir rücu davasında bu iki koşul bir arada bulunmalıdır. Gerçi madde başlığında kullanılan "Üçüncü Kişinin Sorumluluğu" ibaresi dikkate alındığında kapsama, zarar veren dışında, sigorta şirketlerinin de gireceği düşünülebilir. Ancak, ikinci koşulun sigorta şirketleri bakımından gerçekleşmesi olanağı bulunmadığı için bu düşünce yersiz olacaktır. Karşı oy yazısında da ortaya konulduğu üzere, düzenlemede halefiyetin varlığı tespit edilemediği sürece, husumet sadece işgöremezliğe kusuruyla neden olan kişiye yöneltilebilecektir.

Md. 26'ya (İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sigortası'na) İlişkin Kararlar:

- İş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerin artışı nedeniyle Kurumun 506 SK. Md. 26'ya göre zararının rücuan tahsili talebi yerel mahkemede reddedilir. Karar Yüksek Mahkeme tarafından şu gerekçelerle bozulur: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun ilamında (01.07.1994 gün, 1992/3 E, 1994/3 K) da değinildiği üzere, tazminat sorumluları SSK'nun ödemeleri oranında borçtan kurtulurlar. Tüm gelir artışları maddi tazminat davalarında düşülür. Bilindiği üzere MK. Md. 1'e göre, kanun lafzı ve ruhuyla temas ettiği tüm meselelerde meridir. Bu nedenle kanunun önce lafzına önem vermek gerekir. 26. maddede kullanılan sözcükler gayet kapsamlı ve çoğul sözcüklerdir. Dolayısıyla çeşitli zamanlarda ve değişik nedenlerle bağlanan **tüm gider ve gelir artışlarını** kapsamaktadır. Mantık ve dil bilgisi kuralları maddenin kapsamının bu şekilde belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. İş kazası ve meslek hastalığı ile gelir artışı arasında uygun bir illiyet bağı vardır. Maddeye göre işveren kusursuz ise esasen işverene rücu edilemeyecektir. Olay sadece kast, suç sayılır eylem ya da işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuatına aykırı davranış sebebiyle meydana gelmiş ise işverene rücu edilebilecektir. Bir işvereni sırf prim ödedi diye eylemlerinden sorumsuz tutmak böyle davranmayan işverenlerle arasında eşitsizlik sonucunu doğurur. 26. maddeye getirilen tavan da artışların istenebileceğinin bir diğer kanıtıdır. Söz konusu tavanın ilk gelire matuf olduğu söylenemez. Öyle olsa ilk gelir için diye madde metnine açıkça yazılırdı. Gerçi, Bağ-Kur kanunu Md. 63'de rücu davalarında gelir artışları engellenmiştir. Ancak, Bağ-Kur'da zarara uğratanlar işverenler değil üçüncü kişilerdir. Bağımsız çalışanların işverenleri olmadığı için işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini teşvik amacı uygulanamaz. Ayrıca, müddeabih farkı nedeniyle gelir artışına ilişkin davalar için kesin hüküm

engeli mevcut değildir. Değinilen nedenlerle gelir artışlarına ilişkin rücu talebinin reddi bozma nedenidir.

Bozma kararının gerekçesine karşı olan bir üyeye (M. Zafer Erdoğan) göre ise, 26. maddede tedavi masrafları için varılan sonuç yerindedir. Ancak, "ile" bağlacından sonra gelen yan cümlede "... gelir bağlanırsa bu gelirlerin ... sermaye değerleri toplamı ...Kurumca işverene ödettirilir." denildiğine göre, gelirler yönünden bir sınırlama getirildiği söylenebilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi (18.03.1976 gün 1975/198 - 1976/18 sayılı) kararında (RG: 13.12.1984, 18604) 26. maddenin bu şekilde anlaşılması gerektiğine yani, gelir artışlarının istenemeyeceğine karar vermiştir. Ancak, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı karşısında red kararının bu gerekçeyle bozulması gerekirdi (Y. 10. HD. E: 2003/9241, K: 2003/8489, T: 18.11.2003).

10. HD.'nin 2002 yılında 10. maddeye ilişkin olarak vermiş olduğu bir karar da ayni paralelde olup yine bu kararda da bir karşı oy yazısı mevcuttur. Olay şu şekilde gelişmiştir: Davacı Kurum 506 SK. Md. 10/son hükmüne dayanarak, sigortalıya bağlanan gelirde -katsayısının yükseltilmesi nedeniyle- meydana gelen artışın peşin değerinin tahsilini istemiş, yerel mahkeme talebi kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme 26. maddede mevcut tavan sınırının kıyasen 10. madde için de uygulanmış olması ve dayanılan düzenlemenin lafzının artış istemlerine elverişli olması nedeniyle kararı onamıştır. Ancak, karara karşı oy yazan iki üye (Resul Aslanköylü ve M. Zafer Erdoğan) düzenlemenin lafzına, amacına ve konu ile ilgili bir Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak sonuca katılmamışlardır. Yapılan değerlendirme şu şekildedir: Maddede geçen *"ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masraflar ..."* deyimi tedavi ve ödenek giderleri içindir. Kurum uzayıp ileri yıllara taşan söz konusu giderleri işverenden isteyebilir. Düzenlemede mevcut *"...ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirin ...hesap edilecek..."* ifadesi yapılan masraflar ile bağlanan gelir olgularının birbirlerinden ayrı olarak ele alındığını ortaya koymaktadır. İle bağlacı bu amaçla kullanılmıştır. Maddenin amacına göre yapılacak yorumu da ayni sonuca götürür. Çünkü, işverenin sorumluluğunun sonsuza kadar devam etmesi düşünülemez. Sigorta olayı meydana geldikten sonra Kurumla işveren bir defa hesaplaşır. Sonsuza kadar sürecek bir uyuşmazlık kesin hüküm kurallarına, çağdaş hukukun temel ilkelerine, hak ve nesafet kurallarına aykırı düşer. Anayasa Mahkemesinin 26. maddenin birinci fıkrasının gelirlerde meydana gelecek artışların isteneceği şeklinde yorumlanamayacağına ilişkin kararı 10. madde bakımından da geçerlidir. Çünkü, "ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa ... " deyimi her iki düzenleme-

de de aynen mevcuttur. Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin kararları Yargıtayı bağlamaz şeklindeki düşüncesi yanlıştır. 10. madde uygulamasında hudutsuz sorumluluğu uygulayan Yargıtay işyerlerinin kapatılması sonucunu doğuran bu uygulamadan vazgeçerek 26. maddede olduğu gibi tavanla (sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri miktarla) sınırlı sorumluluk uygulamasına geçmiştir. Değinilen nedenlerle, sigortalıya bağlanan gelirlerde meydana gelen artışların davalı işverenden istenmesi yasal değildir (Y. 10. HD. E: 2001/8973, K: 2002/6160, T: 09.07.2002, YKD, Mayıs 2003).

Aktarılan her iki karardaki karşı oy yazıları olayın çözümüne ilişkin doğru yorumu yansıtmaktadır. Ancak, 2003 tarihli ilk kararda değinilen ve gelir artışlarında rücuyu kabul eden İçtihadı Birleştirme Kararı ile 2002 tarihli kararda değinilen ve gelir artışlarında rücuyu kabul etmeyen Anayasa Mahkemesi kararı birbiriyle çelişmektedir. Bu durumda, önceliğin hangisine verileceğinin çözümü sorunun çözümünü sağlayacaktır. Bilindiği üzere, içtihadı birleştirme kararları kanun hükmündedir. Ancak, kanunlar Anayasa'ya aykırı olamayacağına göre, oluşturulan içtihat Anayasa'nın yorumuna uygun düşmemektedir. Adli Yargı'nın Anayasa Yargısı'nı dikkate almaması hukuk devleti ilkesine ve normlar arası alt üst ilişkisine uygun düşmemektedir. Kanunlar Anayasa'ya aykırı yorumlanamayacağına göre, tercihin gelir artışları için rücu talebinde bulunulamayacağı görüşü tarafına yapılması gerekliliği açıktır (Gelirlerde meydana gelen artışların Kurum tarafından işverenden istenebileceğine ilişkin bir kararı (Y. 10. HD. E: 1985/2528, K: 1985/2714, T: 30.04.1985) inceleyen Tuncay bir işverenin yıllar boyu yeni davalara muhatap olmasını halefiyet ilkesine, kesin hüküm kavramına karşı gördüğü gibi hukuki güveni ve istikrarı sarsıcı nitelikte bulmaktadır, Değerlendirme, 1986, 178, 179. Yazar, Yargıtay tarafından yıllardır yanlış yorumlanan düzenlemenin 1972, 1975 ve 1983 yıllarında üç kez Anayasa Mahkemesine aykırılık iddiası ile getirildiğini ancak, gelirlerdeki artışların istenebileceği şeklinde yorumlamayacağı gerekçeleriyle her defasında reddedildiğini ve ilgili kararların mahkemeleri bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir. Dersler, 378. Bu yoldaki diğer görüşler için bkz. Sözer, Değerlendirme, 1995, 220'de değinilen yazarlar).

- Yargıtay'ın **rücuda kusur** ile ilgili olarak vermiş olduğu çok sayıda kararı mevcuttur. Örneğin, bilirkişi raporunda işveren % 50 kusurlu kabul edilmiştir. Ancak, henüz yeni alınmış bir yaşını doldurmamış, genel bakımları yaptırılmış bir aracın tekerleğinin patlamaması için işverenin hangi önlemleri alabileceği hükme dayanak alınan kusur raporunda incelenmemiştir. Uygun olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması bozma nede-

nidir (Y. 10. HD. E: 2003/4086, K: 2003/4621, T: 27.03.2003). Ödünç iş ilişkisinde iş güvenliği önlemlerinin kural olarak iş kazasının meydana geldiği işyerinin işvereni tarafından alınması gerekir. Kural bu olmakla beraber, kazanın meydana gelmesinde gönderen şirketin de kusurlu görülmesi mümkündür. Örneğin, eğitimsiz ve ehil olmayan işçisini teknik bilgiyi gerektiren bir işte çalıştırılmak üzere göndermek halinde durum böyledir. Ancak, olayda kusur raporunda açıklanan yönler incelenmediği gibi her iki şirket arasındaki hukuki ilişkinin de yeterince incelenmemiş olması bozma nedenidir (Y. 10. HD. E: 2003/10298, K: 2003/5, T: 20.01.2003, Yargıtay Kararlar Dergisi, Haziran 2003, 905, 906). Alınmayan işçi sağlığı ve güvenliği önlemeleri nedeniyle müfettiş raporunda işverene sorumluluk verilmez iken bilirkişi raporunda % 70 kusurlu sayılmasına rağmen raporlar arasındaki çelişki giderilmeden karar verilmesi bozma nedeni sayılmıştır (Y. 10. HD. E: 2003/3974, K: 2003/5269, T: 24.06.2003, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2003, 2285, 2286). Belediye yerine zararlandırıcı sigorta olayının doğumuna neden olan zabıta amiri ve memuruna dava açılması Anayasa Md.129'daki açıklık karşısında husumet açısından yerinde görülmemiştir (Y. 10. HD. E: 2003/4305, K: 2003/5259, T: 24.06.2003, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2003, 2287).

Değinilen tüm kararlar haklı gerekçelere sahiptir. Ancak aşağıda aktarılan iki karar arasında bir çelişkinin varlığı düşünülebilir. Çöp torbalarını araca yüklerken **teröristlerce öldürülen** bir işçinin vefatından dolayı belediye başkanlığının % 40 kusurlu sayılması Yüksek Mahkeme tarafından güvenlik önlemleri alma yükümünün işverene ait olmadığı dolayısıyla, belediyenin kusursuz bulunduğu gerekçesiyle uygun bulunmamıştır (Y. 10. HD. E: 2003/1000, K: 2003/1640, T: 06.03.2003, Yargıtay Kararlar Dergisi, Ekim 2003, 1536 vd.). Diğer olaya ilişkin karara göre, sigortalıların iş nedeniyle geçici olarak işyeri dışında istihdam edilmeleri işvereni gözetim borcundan kurtarmaz. Somut olayda işverenin olay yerinde bulunmadığı, herhangi bir denetim mekanizması oluşturmadığı, alınacak işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini sigortalıların inisyatifine bıraktığı anlaşılmıştır. Belirtilen olguları dikkate almayan yetersiz bilirkişi raporunun hükme esas alınması bozma nedenidir (Y. 10. HD. E: 2003/68, K: 2003/547, T: 03.02.2003). İcra edilen işin özelliği ve sigorta olayının doğum nedeni bilinmeden sağlıklı teşhis koyabilmek mümkün değildir. Eğer ilk olayda olduğu gibi, işverenden kendisinden beklenemeyecek bir davranış isteniyorsa karar haklı sayılamaz. İşverenin herhangi bir kazaya karşı olay yerinde bulunmasını beklemek beklenemeyecek bir davranıştır. Ancak, yapılan iş işverenin çalışılan mahallinde önlem almasına olanak sağlıyorsa karar haklılık taşıyacaktır. Yukarıda kusura ilişkin olarak aktarılan ilk kararda

değinilen aracın bakımının yapılıp yapılmadığı hususu bu konuda iyi bir örnek teşkil etmektedir. Keza, 18 yaşından küçük, deneyimsiz bir işçinin ağır ve tehlikeli işlerde, üstelik gece çalıştırılması (Y. 10. HD. E: 1985/4618, K: 1985/4932, T: 01.10.1985, YKD, Şubat 1986, 227 vd.), makinada koruyucu bulunmaması (Y. 10. HD. E: 1985/3139, K: 1985/3532, T: 10.06.1985, Yargıtayın 1985 Kararları, Güzel, 211) işverenin kusurlu davranışını belirler

V. DİĞER BAZI KONULAR

1. Yaş Tashihi

- Davacının mahkemece düzeltilen doğum tarihi esas alınarak yaşlılık aylığı bağlanması talebi SSK tarafından reddedilir. Yerel mahkeme istemin kabulüne karar verir. Yüksek mahkeme ise, 506 SK. Md.120, 1479 SK. Md.66 ve 5434 SK. Md. 105'de mevcut "yaşlılık aylığı bağlanmasında sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarihteki yaşı esas alınır" kuralını gerekçe gösterek kararı bozar. Kararda mevcut karşı oy yazısında "ilk kaydın esas alınacağı" şeklindeki hükmün kesinleşmiş mahkeme kararı ile değiştirilen doğum tarihine değer atfedilemeyeceği şeklinde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. Burada Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği Md.83'deki düzenleme esas alınmalıdır. Yani, "... birden fazla nüfus kaydı bulunanların bu kayıtları arasında fark varsa, tarihi eski olan kayıt; sonraki kayıt idare ve kaza mercilerinden verilmiş bir kararla yapılmış veya düzeltilmiş ise, kararlar kesinleşmiş olması şartıyla nüfus kayıtlarına geçirilmemiş olsa bile, yukarıda belirtilenler için bu kayıt esas olur." Kaldı ki, Anayasa'nın 138/son maddesi uyarınca kesinleşen yargı kararları gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Öte yandan somut olayda bir muvazaa iddia ve ispat edilmemiştir. Hukuk Devleti (Anayasa Md.2) ve sigorta haklarından vazgeçilememesi ilkesi (506 SK. Md.6) gereği yasaları genişletici yoruma tabi tutmak gerekir. Yasanın 120. maddesini daraltıcı yoruma tabi tutmak uygun değildir (Y. 10. HD. E: 2003/8352, K: 2003/9637, T: 23.12.2003. Ayni şekilde, Y. 10. HD. E: 2003/8356, K: 2003/9638, T: 23.12.2003).

Konu hakkında daha önce karşı oy yazısı doğrultusunda verilmiş bir Yargıtay kararı mevcuttur. 21. HD.'ne ait olan bu kararda Md.120 hükmünün nüfus kütüğü ile nüfus cüzdanı arasında uyuşmazlık olması gibi hallerde ilk kaydın esas alınmasına yönelik olduğu ifade edilmiştir. Bu itibarla, SSK mahkemeden alınan yaş tashih kararına uymak zorundadır (21. HD. E: 1997/156, K:1997/291, T: 27.01.1997). Kararı değerlendiren ARICI sonucu yerinde bulmaktadır (Değerlendirme, 1997, 300, 301).

506 SK. Md.120/2 *"Malülük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına ilişkin yaş ile ilgili hükümlerin uygulanmasında, sigortalıların ... bu kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladıkları tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihleri ... esas tutulur."* hükmünü içermektedir. Hükmün lafzi yorumu çoğunluk görüşüne hak kazandırmaktadır. Md. 120'nin gai yorumu da farklı bir sonuca götüremez. Çünkü, uygulamada yaş tashihlerine başvurularak daha kolay koşullarda emeklilik hakkı elde etme girişimleri yaygındır. Düzenleme ile güdülen amaç sosyal güvenlik hakkının kısıtlanması değil, yaş tashihi müesesesinin kötüye kullanılması ile diğer sigortalıların primleriyle oluşturulan tehlike topluluğunun menfaatlerinin korunmasıdır. Her ne kadar karşı oy yazısında Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği Md.83'deki düzenlemeye atıfta bulunuluyorsa da, bir yönetmelik hükmünün yasa kuralına aykırı olamayacağı bilinen bir husustur. Md. 120, 24.06.2004 Tarih ve 5198 SK. ile tadil edilerek *"... sigortalıların ... sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak çalışmaya başladığı tarihten sonraki yaş tashihleri dikkate alınmaz"* şekline dönüştürülmüştür. Söz konusu değişiklik sonrası artık 10. HD.'nin ele alınan kararında vardığı sonuç tartışma dışında kalmıştır denilebilir.

2. İdari para Cezaları

- Bağ-Kur'a kayıtlı olan bir kişiye SSK. tarafından **aylık prim bildirgeleri**nin verilmemesi nedeniyle tahakkuk ettirilen idari para cezasına iş mahkemesinde yapılan itiraz kabul edilmeyince 11. Ceza Dairesi kararı bozar. Çünkü, Bağ-Kur'a kayıtlı olup prim ödemekte olan bir şahsın SSK:'na bağlı olması 506 SK. Md.3/1'e göre mümkün değildir (Y. 11. CD. E: 2003/5884, K: 2003/5570, K: 15.07.2003, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2003, 2020). Daire, kişinin ayrıca işçi olup olmadığı ve eğer öyle ise hangi çalışmanın baskın sayılabileceği hususlarını tartışmaya gerek görmeden sonuca varmıştır. Kararın 506 SK.Md.3/1-F'deki *"Kanunla kurulu emekli sandıklarına aidat ödemekte olanlar"* ifadesine mi yoksa 3/1- K'daki *"Herhangi bir işverene hizmet akdiyle bağlı olmaksızın kendi nam ve hesabına çalışanlar"* 506 SK.'un kapsamı dışında kalır düzenlemesine mi dayandığı belli olmamakla beraber, hangisine dayanılırsa dayanılsın sonuç değişmeyecektir.

- 11. Ceza Dairesi'ne intikal eden bir diğer olayda bir işverene **ek prim bildirgeleri**nin geç verilmiş olması nedeniyle Kurum tarafından idari para cezası verilir ve yapılan itiraz Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilmez. Daire, 506 SK.'un 79 ve 140. maddeleri kapsamında bulunmayan aylık ek prim bildirgesinin geç verilmiş olmasını idari para cezası verilmesi nedeni görmeyerek yerel mahkeme kararını bozar (11. CD. E: 2003/2424, K:

2003/1285, T: 08.04.2003, Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2003, 1535). 506 SK. Md.140/c cezaya esas olmak üzere, 79. maddenin birinci fıkrası uyarıca verilmesi gereken belgelerin verilmemesinden söz etmektedir. Değinilen düzenlemenin 29.07.2003 tarih ve 4958 SK. Md.37 ile değişik şekline göre ise "İşveren ... çalıştırdığı sigortalının sigorta primleri ve destek primi hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayıları ile bu primleri gösteren ve örneği yönetmelikçe belirlenen asıl veya ek belgeleri ...Kuruma vermekle ... yükümlüdür." Hükmün yeni halinde ek belgeden söz edilmesine karşın 29.07.2003 öncesi ek belgeden söz edilmemesi itibariyle verildiği dönem itibariyle karar doğrudur (Bkz. GÜZEL/OKUR, 175 vd) (İdari para cezaları hk. bkz. Murteza AYDEMİR, İş ve Sosyal Sigortalar Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara, 2002; Utkan ARASLI, İdari para Cezalarının Yargısal Denetimi, Kamu-İş, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, 3/2004, 395 vd).

3. Sosyal Güvenlik Hukukunda Yargılama

- Prim borcu ve faizinin iptaline ilişkin bir dava önce sulh ceza mahkemesinde sonra da iş mahkemesinde açılır. Ancak, ilk mahkemede süresinde açılan dava ikincisinde açıldığında süresini doldurduğu gerekçesi ile reddedilir. 10 HD. ise **görevsiz mahkemede dava açılması** ile kazanılmış hakların saklı tutulacağı gerekçesi ile bozma kararı vermiştir (Y. 10. HD. E: 203/1888, K: 2003/13058, T: 09.07.2003, Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 2003, 1691 vd.). Yüksek Mahkemenin gerekçe olarak gösterdiği düzenlemeler (2577 S.'lı İdari Yargılama Usulü Kanunu Md. 14/3-a, 15/1-a ve 2. fıkra; 2247 Sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun Md.18, 22; Borçlar Kanunu Md. 137; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Md. 193) dikkate alındığında karar haklılık kazanmaktadır.

- **İdari para cezasına itiraz** üzerine konuyu inceleyen sulh ceza mahkemesi 506 SK. 'un 140/4-3. fıkrasındaki "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliği tarihinden itibaren (7) gün içinde Sulh Ceza Mahkemesine başvurabilirler" tümcesinin Anayasa Mahkemesince 08.10.2002 gün ve E: 2001/225, K: 2002/88 sayılı karar ile iptali ve kararın Resmi Gazete'de ilanı üzerine görevine son verildiği gerekçesi ile görevsizlik kararı verir. İdari yargıda açılan dava Anayasa Mahkemesinin iptal kararının 26 Şubat 2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlandığı ve yayın tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği için Sulh Ceza Mahkemelerinin 26 Şubat 2004 tarihine kadar görevinin devam ettiği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi İdare Mahkemesi'nin görevsizlik kararını kaldı-

rılır. Yüksek Mahkeme'nin kararında başvurduğu gerekçe söz konusu bir yıl içinde İdare Mahkemesi'nin görevli sayıldığı hususunda 4958 SK. ile yapılan değişikliktir (RG: 6 Ağustos 2003, Sa: 4958).

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının oluşturduğu boşluk yeni bir kanunla doldurulduğuna göre, sonuçlanmamış bir davada yeni görev kurallarının dikkate alınması bir zorunluluktur ve Daire de bu zorunluluk doğrultusunda karar vermiştir.

- **Prim borcunun iptali** istemi hakkında yerel mahkeme görevsizlik kararı verince Yüksek Mahkeme haklı olarak, 506 SK. Md. 134'ün açık hükmüne istinaden, Md.79 hükmü doğrultusunda resen tahakkuk ettirilen prim borcu için açılacak davaların İş Mahkemelerinde görüleceğini hükme bağlamıştır (Y. 10. HD. E: 2003/658, K: 2003/1355, T: 03.03.2003, Legal, 3/2004, 1096).

- Görev hakkındaki bir diğer karar SSK hastahanesinde doğan bir çocuğun meslek ve sanatta acemilik nedeniyle spastik hale gelmesi ve sürekli ebeveyn bakımına muhtaç olması sonucu açılan maddi ve manevi tazminat davasına ilişkindir. Ankara 9. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan dava görevsizlik kararı verilerek kesinleştikten sonra İş Mahkemesine gönderilir. Ancak, İş Mahkemesi de görevsizlik kararı verir. Temyiz üzerine konuyu inceleyen 21. HD., 04.06.2002 gün ve 2002/4775-5272 Sayılı Karar ile analık sigortasından kaynaklanan uyuşmazlıkta Kurum ve yardımcısı kişiler aleyhine açılan davaların 506 SK. Md. 134 gözetilerek İş Mahkemelerinde yürütülmesi gerektiğine karar verir. İş Mahkemesi görevsizlik kararında direnince Hukuk Genel Kurulu şu gerekçelerle direnme kararını onar: Özel mahkemelerde görüleceği belirtilmemiş olan bütün davalar genel mahkemelerin görevine girer. 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde iş mahkemelerinin SSK ile sigortalılar ve hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklara bakacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca 506 SK. Md. 134'e göre, *"Bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar yetkili iş mahkemelerinde ... görülür."* Mahkemelerin görevi kıyas veya yorum yoluyla genişletilemez. 506 SK.'da **personelin** muayene ve tedavi sırasında ihmali ve özensiz davranışları nedeniyle **verdiği zarar**dan dolayı Kurumun sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir. SSK.'na ait hastahaneler ile doktor arasındaki ilişki kamusal bir ilişkidir. Ancak, doktor ile hasta arasında vekalet ilişkisi mevcuttur. Çünkü, BK. Md. 386/2 gereği diğer işgörme sözleşmelerine tabi olmayan işlerde vekalet hükümleri uygulanır. Bu tür davalar ise genel mahkemelerde görülür (Y. HGK. E: 2003/21-

95, K: 2003/113, T: 26.02.2003, Yargıtay kararlar Dergisi, Eylül 2003, 1333 vd.).

Yargıtay daha önce de yanlış ameliyat sonrası doğan manevi zararın telafisi için açılan bir davada doktor ile hasta arasındaki ilişkiyi vekalet sözleşmesi olarak nitelemiş ancak, buna rağmen genel mahkemeleri yetkili görmeyerek davayı sonuçlandırmıştır (Y. 9.HD. E: 1991/8375, K: 1991/ 14336, T: 18.11.1991, İş Hukuku Dergisi, Ocak-Mart 1992, 120 vd.). Söz konusu kararı inceleyen CENTEL (değinilen son dergi, 122-129) ve SÖZER (Değerlendirme, 1991, 163, 164) kamu kurumlarında istihdam edilen doktor ile hasta arasında herhangi bir akdi bağ bulunmadığı sonucuna varmışlardır. Vekalet sözleşmesinin ortaya çıkabilmesi için vekil tayin eden kişinin (avukat belirleme, genel kurula adına katılacak kişiyi yetkilendirme...) ya da kişilerin (tüzel kişi üye ya da ortaklarının kendilerine yönetici seçimi) öneride bulunması, karşı tarafın da kabul iradesi verebilecek durumda bulunması gerekir. Halbuki, bilindiği üzere hasta sigortalı fiilen doktorunu seçebilecek durumda olmadığı gibi, doktorun da tedaviden (öneriyi kabulden) kaçınma hakkı yoktur. Aksi halde, görevini ihmal etmiş olacak ve yaptırımla karşı karşıya kalacaktır. Dolayısıyla, gerek 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi, gerekse 506 SK.'un 134'üncü maddesi gereği olarak hasta ve doktor arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların iş mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir.Ancak, görülen davada işgörme ilişkilerinde (akitlerinde) hakkında hüküm olmayan hallerde vekalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağı yolundaki Borçlar Kanunu hükmü gereği vekalet sözleşmesi hükümlerinin olaya uyarlanması gereği açıktır.

- 506 SK. Ek Md. 37'deki düzenleme sonucu sigortalıların özürlü çocuklarının gelişim ve eğitimleriyle ilgilenen Zihinsel Yetersiz Çocukları Koruma ve Yetiştirme Vakfı **Rehabilitasyon Merkezi** ücret tarifelerinde yapılan değişiklik nedeniyle SSK aleyhine alacak davası açar. Yerel iş mahkemesi talebi kabul eder. Ancak, konuyu inceleyen Yüksek Mahkeme olayda hiç bir şekilde 506 SK.'nun uygulama yeri bulunmadığından Md. 134'e göre İş Mahkemelerinin görevli olamayacağı gerekçesiyle kararı bozar (Y. 10. HD. E: 2003/9517, K: 2003/4340, T: 26.05.2003, Yargıtay Kararlar Dergisi, Aralık 2003, 1845, 1846). Daire kararında isabetli olarak uyuşmazlığın çözümünde Borçlar Kanunun özellikle 96 ve onu izleyen madde hükümlerinin uygulanacağını ifade etmiştir.

- Benzer bir olayda Kurum bir **eczahane** ile ilaç ihtiyaçlarının karşılanması için yaptığı sözleşmeyi feshedince eczacı haksız fesih nedeniyle uğradığı zararın tahsili için iş mahkemesinde dava açar. İstek mahkemece reddedi-

lir. Konuyu inceleyen Yüksek Mahkeme ise, Kurum ile üçüncü kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkların genel nitelikli Asliye Mahkemelerinde görülmesi gerektiği sonucuna varır (Y. 21. HD. E: 2003/9601, K: 2003/8782, T: 04.11.2003, Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2003, 3167, 3168). Bu karar yukarıda değinilen karar ile uyumlu ve isabetlidir.

- Görev dışında, **yetki** ile ilgili olarak çıkmış ihtilaflar da mevcuttur. Prim ve gecikme borcunun iptali davasında mahkeme yetkisizlik kararı verir. Yüksek Mahkeme Sosyal Sigortalar Kanununda yetki uyuşmazlıkları hakkında hüküm bulunmaması nedeniyle 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Hakkında Kanun Md. 15'in yollaması sonucu Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Md. 9 ve 17 gereği Kurum merkezinin bulunduğu **Ankara'da dava** açılabileceği gibi, şubenin bulunduğu Gaziantep'de de dava açılabileceği tespitini yapar. Bu tespit ışığında Kurum merkezinin bulunduğu yerde açılan davanın reddi haklı görülmeyerek yetkisizlik kararı bozulur (Y. 21. HD. E: 2003/7375, K: 2003/7217, T: 23.09.2003, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2003, 2627). Değinilen yasal düzenlemelerin açıklığı karşısında farklı bir sonuca varmak haklı olmayacaktır.

- Davacı Kurum tarafından gönderilen ödeme emrinden dolayı borçlu olmadığının tespiti talebinde bulunmuş, mahkeme talebi **menfi tespit davasının** 7 günlük itiraz süresi içinde açılmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. 21. HD. ise takibin kesinleşip borcun ödenmesinden sonra da menfi tespit davasının açılabileceği gerekçesi ile yerel mahkeme kararını bozmuştur (Y. 21. HD. E: 2003/2728, K: 2003/3830, T: 24.04.2003, Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 2003, 1748, 1749).

Yüksek mahkeme kararında 506 SK. Md.84'e dayanmıştır. Söz konusu maddeye göre, yersiz ve yanlış alınan primler aradan 10 yıl geçmedikçe işverenlere ve sigortalılara geri verilir. Menfi tespit davası açma süresi ödeme emrine itiraz süresi ile sınırlandığı takdirde Md.84'ün işlevinin zayıflayacağı söylenebilir. Ayrıca, bilindiği üzere, idarenin hiçbir eylemi yargı denetimi dışında kalamaz. Değinilen nedenlerle Daire kararı doğrudur.

- Hizmet tespit davalarının işçilik alacaklarının tahsili davası ile birlikte istenip istenemeyeceğine ilişkin olarak 21. HD. iki ayrı kararında ayni şekilde her iki davanın yasal konumlarını farklı görmüştür. Yüksek Mahkemeye göre, işçilik alacakları İş Kanunundan kaynaklanıp üzerinde taraf anlaşmaları geçerlidir. Bu tür haklardan her zaman vazgeçilebilir. Halbuki, hizmet tespit davaları Sosyal Sigortalar Kanunundan kaynaklanıp üzerinde anlaşma yapılamaz. Çünkü, 506 SK. Md. 6 gereği vazgeçilemez haklardandır.

Sosyal güvenlik hakkı ve kamu düzeni ile ilgilidirler. Dolayısıyla, her **iki talebin ayni davada ele alınması** bozma nedenidir (Bkz. 21. HD. E: 2002/10713, K: 2003/531, T: 28.01.2003 İstanbul Barosu Dergisi, 2/2003, 509, 510; Y. 21. HD. E: 2003/3675, K: 2003/4634, T: 15.05.2003, Yargıtay Kararlar Dergisi, Ağustos 2003, 1259, 1260). Ancak, Y. HGK. 15.10.2003 tarihli bir kararında 21. HD.'nin vardığı sonuçtan farklı olarak anılan davaların temyiz inceleme mercilerinin ve ispat şekillerinin farklı olmasını bozma nedeni saymamıştır (Y. HGK. E: 2003/21-571, K: 2003/575, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2/2004, 587-593).

İlk iki kararın gerekçesinde değinildiği üzere, her iki talebin hukuki dayanağının ve niteliklerinin farklı olması nedeniyle iki ayrı dava açılması düşünülebilir. Ancak, husumet, görev ve yetki kuralları dikkate alındığında açılacak iki ayrı dava ayni taraflarla (SSK hariç) ayni mahkemede görülebilecektir. Dolayısıyla, usul ekonomisi açısından, özellikleri dikkate alınmak kaydıyla, taleplerin ayni mahkemede karara bağlanması uygun görülmelidir. Bu itibarla Y. HGK. Kararı daha isabetli sayılabilir (HGK. kararını inceleyen inceleyen Muhammet ÖZEKES de sonuca katılmaktadır. Bkz. Karar İncelemesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 4/2004, 1384 vd.).

Sosyal Sigorta Türleri

Oturum Başkanı **Resul Aslanköylü**
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi
Onursal Başkanı

Tebliğ Sahibi **Yrd. Doç. Dr. Mehmet Ali Şuğle**
Ankara Üniversitesi
Siyasal Bilgiler Fakültesi

I. GENEL OLARAK

Yargıtay kararlarını değerlendirmeye çalıştığım bu inceleme sırasında yaklaşık iki haftalık bir dönemi 10. Hukuk Dairesinin kaleminde geçirdim. Daire başkan ve üyelerinin, tetkik hakimlerinin, kalemde çalışanların ne kadar yoğun bir tempo içinde, zamanla yarışarak, insanüstü bir gayretle, bir takım teknik elverişsizliklere rağmen dosya dağlarını eritmeye çalıştıklarını yakından gördüm. Onları bu çalışmalarından dolayı kutlamamak, takdir etmemek mümkün değil.

Ancak bu denli yoğun çalışmanın bir takım sıkıntılı sonuçlara yol açtığı da bir gerçektir. Bir tetkik hakimine düşen dosya sayısı haftada 25-30'u bulmakta, bu dosyaların okunması, incelenmesi, değerlendirilmesi, sunulması ve daha sonra karar olarak yazılması; ertesi hafta tüm bu işlemlere yeniden başlanması, ister istemez bazı hatalı kararlara, gözden kaçmalara neden olmaktadır. Dairelere düşen dosya sayısının onbini aşması, çalışma günleri içinde günde yüze yakın dosyanın karara bağlanmasını gerektirmektedir. Tüm bu sayılar toplumun temeli olan adalet bakımından kaygı vericidir.

Yine de Yargıtay'ın değerli çalışanlarının bu denli ağır iş yükünün altından başarıyla kalktığını belirtmeliyim. Onların yükünü azaltma görevi, başta bu konuda yetkili olanlara, giderek hepimize düşmektedir. Sağlıklı bir yargı, uygar bir toplumun vazgeçilmez koşuludur.

Bu açıklamalar ışığında kimi öneri ve eleştiriler getirmek gerekirse, Yargıtay kararlarının gerekçe kısımlarının bazen yetersiz olduğunu, kararların genellikle bir kararda bulunması gereken olay, inceleme ve sonuç bölümlerinden, sadece sonuç bölümüne benzediğini belirtmeliyim. Yüksek Mahkemenin yoğun iş temposu içinde ayrıntılı bir karar yazmasının beklenemeyeceği düşünülebilir. Ancak, olayların açık olarak ortaya konduğu, incelemelerin ayrıntılı olarak yapıldığı kararların, bunları okuyanlar bakımından iyi anlaşılması sonucu, dava sayısında da düşme olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Yargıtay'ın iyi anlaşılabilen, açık kararları vatandaşların, hukukçuların dava açmalarında daha iyi değerlendirme yapmalarına yol açacaktır.

Yargıtay'ın kararlarına genellikle katıldığımı söylemeliyim. Yüksek Mahkemenin çok fazla sayıda kararı olması ve bu kararlardan ancak bir bölümünün burada değerlendirmeye tabi tutulabilmesi nedeniyle, özellikle eleştiri-katkı sağlamak istediğim kararları seçtiğimi belirtmeliyim.

Yardımları ve katkıları nedeniyle değerli 10. ve 21. Hukuk Daireleri Başkanları ve tüm çalışanlarına teşekkür etmeyi yerine getirilmesi gereken zevkli bir görev saymaktayım.

II. SOSYAL SİGORTALAR KANUNUNA İLİŞKİN KARARLAR

1. İş Kazası ve Meslek Hastalığına İlişkin Kararlar

a- Anne ve babaya ölüm geliri bağlanması

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin, 04.11.2003 tarihli kararına (E.6716, K.7886, yayımlanmamıştır) konu olay, iş kazasında ölen sigortalı işçinin anne ve babasının ölüm geliri bağlanması istemine ilişkindir. Davalı Sosyal Sigortalar Kurumu bu istemi reddetmiş, ilk derece mahkemesi ise davayı davacıların lehine hükme bağlayarak, davacılara Sosyal Sigortalar Kanununun 69. maddesi çerçevesinde ölüm aylığı bağlanmasına karar vermiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararında, "06.04.1980 doğumlu olup, 09.03.1999 tarihinde ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı...inşaat işyerinde 11.03.1999 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucu vefat eden sigortalı işçi(nin)... anne ve babası olan ve ölüm geliri bağlanması talepleri...reddedilen davacıların, aleyhe Kurum işleminin iptali ile kendilerine 506 Sayılı Kanunun 24. maddesi kapsamında ölüm geliri bağlanmasının gerektiğinin tespitine karar verilmesini istedikleri halde Mahkemece; davacıların talebine yanlış anlam verilerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 74. maddesindeki taleple bağlılık ilkesine aykırı şekilde 506 Sayılı Kanunun 69. maddesi çerçevesinde ölüm aylığı bağlanmasına karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir", denilmekte, ancak hemen sonraki fıkrada, "Ne var ki; bu hususun düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesi gereğince düzeltilerek onanmalıdır", sonucuna varılmaktadır.

Kararda, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun davacıların istemini neden reddettiğine ve o tarihte geçerli olan SSK'nun 24. maddesine göre, ana ile babanın geçiminin ölen sigortalı tarafından sağlandığının belgelenip, belgelenmediğine ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır. Bilindiği üzere, 4958 Sayılı Kanunla SSK'nun 24. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikten önce, anne ve babanın gelirden yararlanabilmelerinin bir koşulu da, ölen sigortalının, sağlığında onların geçimini sağlamış olmasıydı. Yargıtay da bu koşulu, sigortalının anne ve babasına sürekli, düzenli ve günlük gereksinimlerini karşılayacak önemde yardımda bulunması, anne ve babanın da bu yardıma gereksinim duyması biçiminde yorumlamaktaydı (bkz Ali Güzel - Ali Rıza Okur,

Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, 268 ve dipnot 162'deki kararlar; A. Can Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 10. Bası, İstanbul 2002, 258-259; Güzel, Değerlendirme 1990, 183).

Şu halde Yargıtay, incelediğimiz bu kararında, önceki kararlarından farklı bir karar vermiştir. Her ne kadar kararda, ana ile babanın geçiminin ölen sigortalı tarafından sağlandığı konusunda bir belge bulunup bulunmadığı belirtilmemekteyse de, kararda, ölen sigortalının 1980 doğumlu olduğu ve 09.03.1999 tarihinde ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı, iş kazasını bundan iki gün sonra 11.03.1999 tarihinde geçirmiş olduğu, açıkca gösterilmektedir. Buna göre, 18 yaşını bitirmiş olan sigortalı, ilk defa çalışmaya başlamış ve sadece üç gün çalışabilmiştir. Henüz üç gün çalışmış olan sigortalının, yaşı da düşünüldüğünde, o ana dek gelir sağlamış olduğundan, anne ve babasına sürekli, düzenli ve günlük gereksinimlerini sağlayacak derecede yardımda bulunduğundan söz edilemez. (Bu bağlamda, 4958 Sayılı Kanunla getirilen SSK'nun 24/1 hükmünün, geçim sağlama ve bunu belgeleme açısından ana ve babanın lehine olduğunu, ancak getirilen düzenlemenin, sosyal güvenlik kuruluşlarında çalışmama ya da buralardan gelir almama hükmü nedeniyle, sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışan ya da buralardan gelir veya aylık alan, ancak bu gelir ya da aylıkları geçimlerine yetmeyen ana ve babanın aleyhine olduğunu, belirtelim).

Öte yandan ilk derece mahkemesinin varmış olduğu sonucun da isabetsiz olduğu açıktır. 506 Sayılı Kanunun 69. maddesi çerçevesinde ölen sigortalının hak sahiplerine aylık bağlanabilmesi için, sigortalının en az beş yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün veya toplam olarak 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olması gerekir. Oysa ölen sigortalı sadece üç günlük bir sigortalılık süresine sahiptir. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin bu kararını isabetsiz bulurken, yalnız taleple bağlılık ilkesine aykırılık gerekçesiyle yetinmeyerek, bu hususu dahi belirtmesi mümkündü.

b- İşverenin iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle Kurum Karşısındaki sorumluluğu (rücu tazminatı)

aa- Terörist eylem

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin, iş kazasında ölen sigortalı işçinin hak sahiplerine yapılan harcamalar üzerine uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesi istemine ilişkin 27.01.2003 tarihli kararına (E.2002/10290, K.2003/298, yayımlanmamıştır) konu olayda, Diyarbakır Büyükşehir Belediyesinde temiz-

lik işçisi olarak çalışan sigortalı işçi, bir mahallede çöp torbalarını çöp aracına yüklerken terörist bir saldırı sonucunda vefat etmiştir. Zanlının yakalandığı ve yargılanmasına devam olunduğu dosyada belirtilmektedir. Kurum, Diyarbakır Büyükşehir Belediyesine dava açmış, bilirkişi raporunda zararlandırıcı sigorta olayının gerçekleşmesinde davalı Belediyeye %40, teröriste ise %60 kusur öngörülmüştür. İlk derece mahkemesi bu rapor doğrultusunda karar vermiştir.

Yargıtay kararında önce, "506 Sayılı Kanunun 26. maddesine dayanan rücu davalarında kusurun belirlenmesinde; mahkemece, öncelikle zararlandırıcı sigorta olayının ne şekilde oluştuğu dosya içerisindeki tüm deliller takdir olunarak varsa çelişki giderilerek belirlenmeli ve kabul edilen maddi olgular bilirkişiye bildirilip olaydaki kusur durumunun buna göre çözümlenmesi istenmelidir. Bundan başka bu tür davalarda, bilirkişi ya da bilirkişi kurulunun, olaydaki tarafların kusur durumunu saptarken iş güvenliği mevzuatına göre hangi önlemlerin alınması gerekeceğini, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığını ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığını ve dayanağı mevzuat hükümleri ayrıntılarıyla irdelenerek gösterilmeli, soyut ifadelerin kullanımı ile yetinilmemelidir", açıklamasını örnek oluşturacak biçimde isabetle getirmektedir. Daha sonra ise, ilk derece mahkemesinin bilirkişi raporunda ifade olunan, "işçilerinin korunmasına yönelik güvenlik önlemlerini almadığı, özel veya genel kolluk kuvvetlerinin desteği ile göreve çıkarmadığı" gibi nedenlerle davalı belediyenin kusurlu görülmesini eleştirmiştir. Bunun dışında Yüksek Mahkeme, emniyet kuvvetlerinin sağlayacağı tedbirlerin dışında Belediyenin ek bir önlem almasının söz konusu olmadığını, 1580 Sayılı Belediye Yasası uyarınca tanımlanan görevleri arasında belediyelerin özel güvenlik gücü oluşturma yükümlülüklerinin bulunmadığını, aynı şekilde 2495 Sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkındaki Kanunda da böyle bir yükümlülüğün öngörülmediğini, haklı olarak belirtmiştir. Yargıtay, zararlandırıcı sigorta olayının oluş biçiminde terörist eylemin kasta dayalı olduğunu, Belediyenin, emniyet kuvvetlerinin aldığı tedbirler dışında ek bir önlem almasının mümkün olmadığını belirterek, Belediyenin kusuru bulunmadığı gerekçesiyle, hakkındaki davanın reddine karar verilmesini, isabetli olarak hükme bağlamıştır.

Bu suretle Yargıtay'ın 2001 yılında verdiği aksi yönde bir kararından döndüğü görülmektedir (bu kararın eleştirisi için bkz. **Başterzi,** Değerlendirme, 2001, 293). Gerçekten de işverenin sorumluluğu yönünden bir iş kazasından söz edilebilmesi için, kaza ile görülen iş arasında uygun illiyet bağının varlığı ve söz konusu bu illiyet bağının kesilmemiş olması gerekir (bu konuda bkz.

Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, 11-22; Levent **Akın**, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, 46-50; **Başterzi**, Değerlendirme 2001, 293). Üçüncü kişiler tarafından kasıtlı olarak gerçekleştirilen terörist eylem uygun illiyet bağının varlığını ortadan kaldırır. Bu konuda işverenin kusurundan söz edebilmek için en azından yetkili güvenlik güçlerinin uyarısının ya da çalışmanın tehlikeli olacağının açık bir kanıtının ortaya konması gerekir.

bb- Trafik kazası

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 05.05.2003 tarihli kararında (E.3386, K.3975, yayımlanmamıştır) ise, bir şirkette pazarlama elemanı olarak çalışan sigortalının, Küçükçekmece'de E/5 otoyolunu, bariyerleri aşarak geçmek isterken kamyonun çarpması sonucu meydana gelen trafik-iş kazasında vefat etmesi üzerine, ilk derece mahkemesinin, bilirkişi raporu uyarınca, sigortalının nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda eğitim vermemekten dolayı %25 oranında kusurlu bulması, bozma nedeni olarak gösterilmiştir.

Kararda, bir karayolunda nasıl geçilmesi gerektiğine ait bilgiler, bireylere eğitim ve öğretimin her kademesinde verilmekte olup uyulmamasının sonuçları hayat tecrübeleri ile sabittir, denildikten sonra, 21 yaşında sağlıklı bir insana bu yönde bilgi ve eğitim verme yükümlülüğünden söz edilerek işçi sağlığı ve işgüvenliği mevzuat hükümlerine aykırı şekilde düzenlenen kusur raporunun isabetsizliği, haklı olarak vurgulanmıştır. Gerçekten, önceki kararda da değinildiği üzere, dayanağı mevzuat hükümleri ayrıntılarıyla irdelenerek gösterilmeden, soyut ifadelerle işvereni sorumlu tutmak, trafik gibi en temel eğitimin verilmesini somut olayla ilgili bir özel duruma işaret etmeden, işverene yüklemek hatalıdır. Yargıtay'ın bozma kararı isabetlidir.

cc- Kusur

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 29.09.2003 tarihli kararının (E.5697, K.6251, yayımlanmamıştır) gerekçesi örnek oluşturacak niteliktedir. Dava konusu olayda sigortalı işçi, işverene ait özel inşaatın üç ya da dördüncü katında duvar-demir işçisi olarak, hiçbir iş güvenliği önlemi ve kişisel koruyucular olmadan çalışırken, yaklaşık 5,5 metre yükseklikten düşerek vefat etmiştir. İlk derece mahkemesi sigortalıya %50 oranında kusur öngören bilirkişi raporuna dayanarak karar vermiş, Yargıtay bu kararı, sağlıklı yaşam hakkını tamamen gözardı eden ve hizmet ilişkisinin dayandığı sosyo-ekonomik boyutu dikkate almayan kusur raporuna dayanması nedeniyle bozmuştur. İlk derece mahke-

mesi bozma ilamına uymuş ve ikinci kez bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Bu bilirkişi raporuna göre, "...ölümlü sigorta olayının meydana geldiği 5,5 metre yüksekliğin tehlikeli bir yükseklik olmadığı, uygulamada döşeme etrafının tahta veya başka bir malzeme ile kapatılmadığı, inşaatta çalışanların bu tür işlerde deneyimli olup, gerekli güvenlik tedbirlerinin kendilerince alınabileceği, sigortalının baret ve emniyet kemeri kullanmaya özen göstermediği, bunların temini için işvereni uyarmadığı... gibi nedenlerle işveren iş kazasının oluşumunda %25, sigortalı ise %75 oranında kusurlu bulunmuştur." İlk derece mahkemesi, usulen kazanılmış hak oluşturması nedeniyle ilk bilirkişi raporu doğrultusunda karar vermiştir.

Yargıtay, isabetle ve cesaretle verdiği kararında, "İşçinin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, bu tedbirin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve tekniğin böyle bir tedbirin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlarıdır. Bu itibarla işveren, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi bir düşünce ile almaktan çekinemeyecektir.

Anılan ödevin, bilirkişi heyetince açıklanan düşünceler gibi sınırlandırılması görüşü; çalışana, sadece bir üretim aracı gözüyle bakan, insan yaşamının kutsallığını yok sayan, hukukça korunması gereken temel değerin "insan" olduğu gerçeğini göz ardı eden yönüyle de isabetli kabul edilemez.

Çalışma hayatında süre gelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı, işverenin önlem alma ödevini etkilemez. İşveren, çalıştırdığı sigortalının beden ve ruh tamlığını korumak için yararlı her türlü önlemi, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulatmakla yükümlüdür", görüşlerine yer vererek, ilk derece mahkemesinin kararını yetersiz bilirkişi raporu sonucunda hüküm kurulması nedeniyle bozmuştur. Yargıtay'ın bu karar gerekçesi iş güvenliği önlemlerinin alınması bakımından örnek niteliğindedir.

dd- Kusur

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin örnek niteliğindeki bir gerekçesi de 07.04.2003 tarihli kararında (E.2653, K.3185, yayımlanmamıştır) yer almıştır. İş kazasında malul kalan sigortalı işçi için yapılan harcamalar üzerine uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesi istemiyle açılan davada, hükme esas alınan kusur raporunda sigorta olayı, kalıpların üzerinde durmakta olan demir sepetin sarsıntı sonucunda sigortalının üzerine düşmesi şeklinde tanımlanmış, sigor-

talının bu düşme anında sepetin altından geçiyor olması ise %50 oranında kötü tesadüf olarak nitelendirilmiştir.

Yargıtay'ın kararında, "...günümüz teknolojisinde böyle bir olayın sonucunun kısmen kötü rastlantılarla açıklanması, alınabilecek önlemler düşünüldüğünde hemen-hemen imkansızdır. Kötü rastlantı denilen olguların bir çoğunun ardında insan yanılgı ve savsamalarının, özen eksikliğinin bulunması asıldır. Kişiler, zararlı sonuçların önlenmesi için durum ve koşulların kendilerine yüklediği özen ve dikkati göstermek zorundadır. Öngörülebilir sonuçlar karşısında ise olayın, "kötü rastlantı" olarak açıklanması ve bu yöndeki bir değerlendirmenin de hükme esas alınması isabetsizdir", görüşüne yer verilmiştir. Kanımızca bu açıklama da sorumluluk hukukuna ve iş güvenliğine yön gösteren, örnek nitelikteki açıklamalardır.

ee- İş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerde oluşan artışların rücuan tazmini

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 18.11.2003 tarihli kararına (E.9241, K.8489, yayımlanmamıştır) konu olay, SSK'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, iş kazası üçüncü bir kişinin kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca yapılan sigorta yardımlarının bu üçüncü kişilerden rücu hakkı ile ilgilidir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, ölümlü bir iş kazası sonunda Kurumca yapılan sigorta yardımları kusurlu üçüncü kişiden alınmış, daha sonra ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerde oluşan artışlar Kurum tarafından bu üçüncü kişiden dava ile talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi istemi, Kurumun sadece ilk tahsisleri talep hakkı bulunduğu ve ilk peşin değerli gelirlerin de önceki davada hükmedilen ve sigorta şirketince yapılan ödemelerle tazmin edildiği gerekçesiyle reddetmiştir.

Yargıtay, ilk derece mahkemesi hükmüne karşı çoğunluk oyuyla bozma kararı vermiştir. Ancak kararda yeni bir gerekçe bulunmamaktadır. Altı sayfadan oluşan bozma gerekçesinin tamamına yakını, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 01.07.1994 tarih, 1992/3 E., 1994/3 K. sayılı ilamından oluşmaktadır. Bunlar Yüksek Mahkemenin uzun yıllardır sürdürdüğü gerekçelerin tekrarı niteliğindedir. Mahkeme sadece bu gerekçelerin SSK'nun 26. maddesinin 2. fıkrası açısından da geçerli olduğunu eklemiştir. 10. Dairenin bu görüşleri öteden beri bilinmekte ve öğretide tartışılmaktadır. Son iki yılın Yargıtay Kararları Değerlendirmelerinde **Caniklioğlu** ve **Başterzi** tarafından bu görüşler etraflıca ortaya konmuş ve ayrıntılı olarak işlenmiştir (bkz. Caniklioğlu, Değerlendirme, 2002, 354 vd.; Başterzi, Değerlendirme, 2001, 331 vd.). Bu nedenle görüşleri ve tartışmaları yinelemekten kaçınıp, bu

konudaki kişisel görüşlerimi belirtmekle yetineceğim. Öncelikle 506 sayılı Yasa sözüyle giderler ile gelirleri ayırmış ve ileride sözcüğünü sadece giderler için kullanmıştır. Ancak hem giderler hem de gelirler için amaçlanan durum yeni olgulara ilişkindir. Yasa ya da katsayı ile getirilen artışlar yeni olgu değildir. Bu artışlar enflasyon ortamı nedeniyle hak sahiplerinin gelirlerinin günün koşullarına uyarlanması için yapılmaktadır. Zaten Kurum yapacağı harcamaların ekonomik değerini ölçecek şekilde ve peşin değeriyle tazminat sorumlusundan tahsil etmekte ve bu parayı fonlarında değerlendirmektedir.

Öte yandan bu konuda Anayasa Mahkemesinin de çeşitli kararları bulunmaktadır. Kural olarak Anayasa Mahkemesi iki tür karar verir. Anayasa Mahkemesi denetlediği yasanın Anayasaya aykırı olduğu kanısına varırsa iptaline, Anayasaya aykırı olmadığı kanısına varırsa iptal isteminin veya itirazın reddine karar verir. Ret kararından sonra hukuk düzeninde bir değişiklik olmaz. Ancak yorumlu ret kararları denilen, Anayasa Mahkemesinin denetlediği yasayı belli bir yorum kaydıyla anayasaya uygun bulup başvurunun veya itirazın reddine karar verdiğinde ise durum tartışmalıdır. Ancak yine de Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasında yer alan, Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar, hükmü gereği, bir yorum ölçüsü olarak esas alınmalıdır. Bu anlamda içtihadı birleştirme kararında geçen, yasa koyucu 3396 sayılı Yasa ile Bağ-Kur Yasasında gelir artışlarında rücuan tahsili engellemiş, 3395 sayılı Yasada ise Sosyal Sigortalar alanında böyle bir engellemeye gitmemiştir, Sosyal Sigortalar alanında da artışların istenemeyeceğini düşünseydi, Bağ-Kurda olduğu gibi ilk peşin değer için rücuya imkan verir Sosyal Sigortada gelir artışlarının rücuan geri alınmasını yasaklardı; Dolayısıyla yasa koyucu bu konulardaki Yargıtay uygulamasını ve görüşünü benimsemiş, Anayasa Mahkemesinin son üç kararındaki görüş ve gerekçelere iltifat etmemiştir, bu dahi bir kanıttır, ifadeleri tartışılmalıdır.

Gerçekten bir an için tersini düşünelim, Anayasa Mahkemesinin 26. madde ile ilgili yorumundan sonra acaba yasa koyucu farklı bir hüküm getirebilir miydi? Söz gelimi, yasa koyucu her türlü katsayı artışı rücuan istenebilir, şeklinde bir hüküm getirse, bunun sonucu ne olur? Anayasa Mahkemesi bu hükmü iptal etmez mi? İptal ettiği takdirde yasa koyucu dahi Anayasa Mahkemesi kararı ile bağlı değil midir? Bu düşünceden yola çıkarsak acaba yasa koyucu Anayasa Mahkemesinin görüşüne iltifat etmediği için mi yasa değişikliğine gitmemiştir, yoksa Anayasa Mahkemesi kararları ile kendisi de bağlı olduğu için başka bir yola başvuramadığı için mi gidememiştir ya da zaten Anayasa Mahkemesi SSK'nun 26. maddesi için görüşünü açıkladığına göre, Bağ-Kur

Yasasını değiştirmekle mi yetinmiştir? Açıklamaya çalıştığım bu nedenlerle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

ff- Zarar hesabı

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 01.12.2003 tarihli kararına (E.8825, K.8705, yayımlanmamıştır) konu olayda, iş kazası sigorta olayı meydana gelmiş, Kurumun rücu alacağının dış tavanını oluşturan tutarın belirlenmesinde, sigortalının bayan olduğundan bahisle aktif dönem zararı, 4447 sayılı yeni yasal düzenlemeler göz önünde tutularak 58 yaşa göre hesaplanmıştır.

Yargıtay isabetli olarak, "...aktif dönemden amaçlanan iş görebilirlik çağıdır. Yani; sigortalının, olağan olarak işinde çalışabilme gücünün devam süresidir ki, bu da Yargıtay'ca benimsenen görüşe göre, kural olarak 60 yaşa kadar sürer. Sosyal Güvenlik Yasalarında, sosyal amaç ya da istihdam politikaları gözetilerek değişik yaşlar ile tanınan emeklilik yaşının, aktif dönem sonu olarak ele alınması uygun değildir" şeklinde görüşünü açıklamıştır. Gerçekten de önceki düzenlemede 55 yaşında ve hatta daha erken emekli olabilme olanağı varken iş görebilirlik çağının 60 yaş olarak kabulü karşısında, yeni düzenlemede emeklilik yaşının değişmesi nedeniyle iş görebilirlik çağında değişikliğe gitmenin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kaldı ki, sosyal sigorta sistemimizde zorunlu bir emeklilik yaşı öngörülmemiştir. Belirtelim ki Yargıtay kararında iş görebilirlik çağının 60 yaş olarak kabulünün kural olduğu, istisnasının bulunabileceğine ayrıca işaret edilmiştir.

c- Kusursuz sorumluluk

Yargıtay'ın öteden beri süregelen kararlarında, işe girişi Kuruma bildirilmeyen sigortalılara Kurumca yapılan sigorta yardımlarında, SSK'nun 10. maddesi uyarınca işverenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmekte ve hemen ardından Borçlar Kanununun 43. maddesi uyarınca hakkaniyet indirimi yapılması öngörülmektedir.

Yargıtay'ın 2003 yılı kararlarında da aynı yönde hükümler yer almaktadır. Söz gelimi, 17.06.2003 tarihli (E.3715, K.5036, yayımlanmamıştır) ve 18.12.2003 tarihli (E.10668, K.9442, yayımlanmamıştır) kararlarında aynı kalıp açıklama bulunmaktadır. Açıklamada, "Davalı işverenin 506 sayılı Kanunun 10. maddesine göre sorumluluğu; kusursuzluk ilkesine dayanır. Zararlandırıcı sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe girişi süresinde Kuruma bildirilmemişse, Kurumca yapılan sosyal sigorta

yardımlarından 10. maddeye göre sorumlu tutulması gerekir. Hakkaniyet indirimi yapılırken sigortalının müterafik kusuru oranında indirim yapılması halinde, 26. maddeye dayanılarak açılan dava sonucunda verilecek karar ile 10. maddeye dayanılarak açılan dava sonucunda verilecek karar arasında herhangi bir fark kalmayacağından, Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddeleri uyarınca yapılacak hakkaniyet indiriminin, sigortalının müterafik kusurundan az olması gerekir", denilmektedir.

Kanımca Yargıtay'ın bu görüşünün tartışılması gerekmektedir. Öncelikle belirtelim ki, SSK'nun 10. maddesi düzenlenen sorumluluğun niteliği ile ilgili görüşler çeşitlidir (Bu konuda bkz. **Güzel/Okur,** 283-287; Teoman **Ozanoğlu,** Sosyal Sigortalar Kurumunun Kaçak İşçi Çalıştıran İşverenlere Rücuu Meselesi, Çimento İşveren, Temmuz 1994, 11vd.; **Başterzi,** Değerlendirme 2001, 294-298). Bununla birlikte, sorumluluğun kusura dayanmadığı görüşü baskındır. Bu noktadan itibaren yine değişik görüşler olabilir. Örneğin sorumluluğun tazminat amaçlı olduğu, yaptırım amaçlı olduğu, her iki amacı birden içerdiği, illiyet bağının kesilip kesilemeyeceği...gibi. Bu görüşlerin her biri savunulabilir, ciddi görüşlerdir. Nitekim Yargıtay da bu görüşlerden kusursuz sorumluluk ilkesine dayanmaktadır. Ancak bu görüşten hareket eden Yargıtay, bu görüşün uygulanmasında çelişkiye düşmektedir. Yüksek Mahkeme yukarıda değindiğimiz açıklamasını yaparken de, kusursuz sorumluluğu gayet güzel ifade etmekte, zararlandırıcı sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir. Gerçekten de kusursuz sorumluluk, sorumluluk hukukunda toplumsal düşüncelerin ürünü olup, bu sorumluluğun doğması için failin kusurlu olması aranmaz, belirli bir olayın veya durumun varlığı sorumluluk için yeterli sayılmaktadır. Kusursuz sorumluluk ilkesinin dayanağını tehlike yaratma ilkesi başta olmak üzere, hakkaniyet ilkesi, yarar ile zarar arasında bağlılık düşüncesi, hakimiyet alanı ve objektif özen ödevinin yerine getirilmemesi (Sosyal Sigortalar Kurumunu korumak) gibi düşünceler oluşturur (bkz. Sarper **Süzek,** İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 214-215; Haluk **Tandoğan,** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, 11vd).

Bu açıklamaların ışığında kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamak, çalıştırdığı sigortalıyı Kuruma bildirmeyen işverenin, bu sigortalıyla ilgili zararlandırıcı bir olay çıktığında, bundan %100 sorumlu olması anlamına gelir. Bunun için işverenin kusurlu olması aranmaz, hatta böyle bir kusur araştırması dahi gerekmez. İş kazası ile yapılan iş arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Bu itibarla Yargıtay'ın kusursuzluk ilkesini uyguladıktan sonra hemen ardından, failin (işverenin) kusursuz olması nedeniyle hakkaniyet indiriminin-

den yararlanması gerektiğini belirtmesi kanımca isabetli değildir. Aynı şekilde, Yargıtay'ın SSK.'nun 10. maddesi ile 26. maddesini karşılaştırmada kullanması da kanımca isabetsizdir, zira bu iki hüküm farklı sorumluluk ilkelerine dayanmaktadır. 10. maddede işverenin sorumlu tutulması için herhangi bir kusur aranmaz, oysa 26. maddeden sorumlu tutulabilmek için işverenin kusurlu olması gerekmektedir.

Bunun dışında hakkaniyet indirimi elbette hem 10. madde hem de 26. madde uygulamasında kullanılabilir. Somut olayın özellikleri (zararlandırıcı sigorta olayında kusursuz olmak dışında) hakkaniyet indiriminin uygulanmasını gerektiriyorsa, yargıç buna ilişkin dayanak göstermek ve açıklama yapmak suretiyle tazminatın belirlenmesinde indirime gidebilir. Aynı şekilde, müterafik kusurun bulunması hem kusursuz, hem kusurlu sorumluluk uygulamasında işverenin sorumluluğunu azaltan bir durumdur.

2. Hastalık sigortası

a- Sigortalının bünyece elverişli olmadığı işlerde çalıştırılması halinde işverenin sorumluluğu

Yargıtay, önceki yıllarda vermiş olduğu kararlara uygun olarak, ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak olanların işe girişlerinde, bu işlere elverişli ve dayanıklı oldukları usulüne uygun sağlık raporu ile saptanmayanların, önceden varolan ya da bünyece elverişli bulunmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı için işvereni Kurum karşısında sorumlu tutmaya devam etmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 27.05.2003 tarihli kararına (E.3234, K.4419, yayımlanmamıştır) konu olayda, işverenin ağır ve tehlikeli iş için işe aldığı sigortalının işe başlatılmadan önce bünyece elverişlilik raporu alınmamış, ancak sigortalının işe girişinden sonra Sağlık Ocağından bir rapor alınmıştır. Sigortalının hastalanması üzerine kendisine sağlık yardımı yapılmış ve Kurum bunların masrafını işverenden talep etmiştir. İlk derece mahkemesi isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Yargıtay kararında sağlık raporu için, "Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelere göre İzmir ili Zafertepe Sağlık Ocağı Tabipliğinden alınan 03.10.1997 tarihli raporda sigortalının soyut ve dayanaktan yoksun olan ifadelerle "akli, bedeni, ruhi ve bulaşıcı hastalıklardan salim bulunduğu" ifade edilmekte olup, sigortalının çalışacağı işe bünyece uygunluğu konusuna değinilmediği gibi, rapor içeriğindeki hususlardan, sözü edilen çevrede, yeterli tetkik ve araştırmanın yapıldığı da anlaşılmamaktadır" anlatımına yer vermiştir. Yine Yüksek Mahkeme rapor alınma sıralaması bakımından aşağıdaki değerlendirmeyi

yapmıştır: " Öte yandan ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak olanların işe girişlerinde, bu işlere elverişli ve dayanıklı oldukları İş Kanununun 79. maddesi gereğine uygun olarak ve sırasıyla; işyeri hekimi, işçi sağlığı dispanseri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı hükümet veya belediye doktorları tarafından verilmiş muayene raporları olmadıkça, bu gibilerin işe alınmaları ve çalıştırılmaları yasaktır. Hemen belirtelim ki yasa maddesinde öngörülen bu sıralamada, önden gelenin yetkisi sonra gelenin yetkisinden üstün olması sebebiyle alınacak bünyece elverişlilik raporunun zikredilen sıralamaya göre alınmış olması gerekir. İşyerinin bulunduğu yörenin, İzmir gibi tıbbi olanakları yeterli bulunan bir yere yakınlığı dikkate alınarak yukarıdaki sıralama atlanarak ve işe girişten sonra sağlık ocağından alınmış olan rapor geçerli kabul edilemez."

Gerçekten, öğretide de belirtildiği gibi (**Güzel/Okur,** 311), bünyece elverişli bulunmadığı bir işte çalıştırılan kişinin hastalanması olasılığının yüksekliği tıp bilimi ve yaşam deneyimlerce ortaya konmuştur. Anayasanın, çalışma şartları ve dinlenme başlıklı 50. maddesinin ilk fıkrası, kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamayacağını öngörmüştür. Bu hüküm, insan sağlığını koruması bakımından emredicidir. Bu hükme aykırı, deyim yerindeyse insan sağlığını tehdit edici uygulamalara karşı, yasa koyucu tarafından İş Kanunu, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili tüzük ve yönetmeliklerde ayrıntılı hükümler öngörülmüştür. İşte bu hükümleri tamamlayan, bütünleyen bir hüküm de Sosyal Sigortalar Kanununun 41. maddesinde düzenlenmiştir.

SSK'nun 41 maddesi hükmüne göre, "Çalışma mevzuatına göre sağlık raporu alınması gerektiği halde böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyece elverişli bulunmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girişinden önce var olduğu tesbit edilen veya bünyece elverişli bulunmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı için Kurumca yapılan hastalık sigortası masraflarının tümü işverene ödettirilir." Bu hükmün yukarıda belirttiğimiz amacına uygun olarak yorumlanması Yargıtay tarafından isabetle sağlanmış, yasanın öngördüğü raporun, sigortalının sağlık durumunu gösteren herhangi bir belge olmadığı, bu belgede soyut bir takım ifadelerle yetinilemeyeceği, sigortalının çalışacağı işiyle, bünyesinin bu işe uygunluğuna ilişkin ayrıntılı bilgilerin bulunması gerektiği belirtilmiştir (aynı yönde, **Güzel/Okur,** 312; Mustafa **Çenberci,** Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1985, 308; Utkan **Araslı,** Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Ankara 2002, 681). Öte yandan Yüksek Mahkeme yine, rapor alma işleminin özenle ve ciddiyetle yapılmasını sağlamak üzere isabetli bir karar vermiş, sağlık raporu al-

ma işinin yasadaki sıralamaya uygun olarak yapılması gerektiğini bildirmiştir (aynı yönde, **Güzel/Okur,** 312 dipnot 100'de işaret edilen kararlar). Bu itibarla işe girmeden önce alınmış olsa bile, yasada öngörülen sıralamaya uygun bir sağlık kuruluşundan verilmeyen rapor işvereni sorumluluktan kurtarmaz. Belirtelim ki, yukarıda belirtilen hususlara uygun olarak verilmiş bir rapor, işe girişten sonra ve fakat meydana gelen hastalıktan önce alınmış ise geçerlidir ve işvereni sorumluluktan kurtarır.

b- Sigortalının ana ve babasına sağlık yardımı yapılması

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 24.03.2003 tarihli kararına (E.1840, K.2525, yayımlanmamıştır) konu olayda, sigortalı anne babasına bakmakla yükümlü olduğunu belirtmiş ve bu nedenle Kurumca bunlara sağlık karnesi verilmiştir. Ancak, daha sonra anne ve babanın Emekli Sandığından 2022 Sayılı Yasa uyarınca 65 yaş maaşı aldıkları saptanmış ve kendilerine yapılmış olan sağlık harcamaların tahsili için dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi, 65 yaş maaşı alan kişilerin sigortalı çocukları vasıtasıyla Sosyal Sigortalar Kurumunun sağlık yardımlarından yararlanamayacağı gerekçesiyle istemin kabulüne karar vermiştir.

Yargıtay ise isabetli olarak kararında, "Gerçekten de, davanın yasal dayanağı olan 506 sayılı Yasanın 42. maddesi uyarınca ana ve babaya sağlık yardımı yapılabilmesi için bunların geçimlerinin sigortalı tarafından karşılanması gerekir. Ne var ki, maddede geçen "geçindirme yükümlülüğü" mutlak anlamda yorumlanmamalıdır. Emekli Sandığınca, 2022 sayılı Yasa uyarınca ödenen ve yoksulluğa karine oluşturabilecek nitelikteki bu aylıkların, hizmet ve prim esasına dayanmayıp sadece sosyal yardım niteliğinde olduğu dikkate alındığında, ana ve babanın, "65 yaş aylığı ya da muhtaçlık aylığı" olarak da adlandırılan aylıkları almalarının, sağlık yardımlarından yararlanmalarına engel teşkil etmeyeceği kabul olunmalıdır. Zira anılan yasa uyarınca bağlanan aylığın tutarı ve günümüzün ekonomik koşulları gözetildiğinde ana ve babanın geçimini sağlamaya yetmeyeceği açık seçik ortadadır", görüşlerine yer vermiş ve bu doğrultuda ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur.

Yüksek Mahkemenin kararı yerindedir ve açıktır. Gerçekten, sigortalının ana ve babasına sağlık yardımı yapılması, SSK'nun 42. maddesinde, sigortalının geçindirmekle yükümlü bulunduğu ana ve babası için öngörülmüştür. Geçindirmekle yükümlülük koşulu esas olarak içinde iki ayrı unsuru barındırır. Bunlardan ilki, ana ve babanın muhtaç durumda olması, yardıma gereksinim duymasıdır. İkinci unsur ise, yükümlü tutulanın belirli bir güce ya da gelire sahip olmasıdır. SSK'nun 42. maddesi düşünüldüğünde bu unsurlardan ilki ön pla-

na çıkar. Diğer bir deyişle, sigortalı sınırlı bir güce, gelire sahip olsa da, özellikle hastalıkla ilgili bir durumda, gereksinim duyan ana ve babasına yardımcı olması gerektiği asıldır. Dolayısıyla burada önemli olan ana ve babanın durumudur. Yargıtay kararında isabetli olarak, ana ve babaya 2022 sayılı Yasa uyarınca ödenen aylığın yoksulluğa karine oluşturabileceğini, sosyal yardım niteliğinde olduğunu, muhtaçlık aylığı olarak da adlandırıldığını ve aylığın tutarının günümüz ekonomik koşulları gözetildiğinde geçimi sağlamaya yetmeyeceğini, belirtmiştir. Bu itibarla ana ve babanın 2022 sayılı Yasa uyarınca aylık alması, onların gereksinim içinde olduklarının kanıtı niteliğinde olup, bu aylığın geçimi sağlamaya yetmeyeceği de ortadadır. Nitekim yasa koyucu da bu görüşü paylaşmış olmalı ki, 29.07.2003 tarih ve 4958 sayılı Yasa ile yaptığı değişiklikle benzer nitelikte hükümler olan 24. maddedeki ana ve babaya işgöremezlik gelirini, 69. maddedeki ana ve babaya ölüm aylığı bağlanmasını, 71. maddedeki ana ve babaya toptan ödeme yapılmasını aynı yönde düzenlemiştir. Bu gelirler, değişiklikten sonra, sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan, 2022 sayılı Yasaya göre bağlanan aylık dışında sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almayanlar için öngörülmüştür.

3- Yaşlılık sigortası

a- Sakat sigortalının yaşlılık aylığı

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 13.12.2003 tarihli kararına (E.8075, K.9142, yayımlanmamıştır) konu olayda, davacı bir kamu kuruluşunda iş sözleşmesiyle çalışmakta iken, Sağlık Kurulundan aldığı raporla sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlandırılması uygun bulunmuş ve daha sonra davacının tahsis talebi üzerine kendisine 506 Sayılı Kanunun 60/C-b maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Ancak daha sonra Kurumca yaptırılan kontrol muayenesi sonucu davacıya bağlanmış bulunan yaşlılık aylığı başlangıç tarihi itibariyle iptal edilmiştir. Bunun üzerine davacı, iptal işleminin usul ve yasaya uygun olmadığından bahisle, yeniden maluliyet aylığı (!) bağlanması için dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, malullük aylığı bağlama koşulları gerçekleşmediği gerekçesiyle, davayı reddetmiştir. Davacının temyiz başvurusu üzerine davaya bakan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi isabetli olarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararında da belirtildiği üzere, dava konusu olayın malullük sigortası ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Olay, yaşlılık sigortasında özel bir düzenleme olan, sakatlık nedeniyle vergi indiriminden yararlanma hakkına sahip olunup olunmamasıyla ilgilidir. Bilindiği gibi, 4958 Sayılı Kanunla SSK'nun 60/C-b maddesinde yapılan değişiklikten önceki düzenleme-

de, sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlanmaya hak kazanmış olan sigortalıların yaşları ne olursa olsun, en az 15 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 3600 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığından yararlanacakları öngörülmekteydi (**Güzel/Okur,** 363; Nurşen **Caniklioğlu,** Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Sakatlara Emekli-Yaşlılık Aylığı Bağlanmasına Hak Kazanma Bakımından Bir Karşılaştırma, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002, 259-268).

Karardan, davacı sigortalının sakatlığı nedeniyle gelir vergisi indiriminden yararlanmaya hak kazanmış olup olmadığı tam olarak anlaşılmamaktadır. Bu hususun saptanması 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu uyarınca çıkarılan ve 1981 yılında yürürlüğe giren Sakatlık İndiriminden Yararlanacak Hizmet Erbabının Sakatlık Derecelerinin Tespit Şekli ile Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik hükümlerine göre yapılmaktadır. Söz konusu Yönetmelik'e göre önce yetkili sağlık kuruluşlarından rapor alınmalı, sonra bu rapor Maliye Bakanlığı bünyesindeki Merkez Sağlık Kurulu tarafından değerlendirilerek karara bağlanmalıdır. Böylece idari işlem tamamlanır (**Caniklioğlu,** 261). Nitekim Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 1994 yılında vermiş olduğu bir kararda, Merkez Sağlık Kurulunca değerlendirilmeyen devlet hastanesi raporunu yeterli görmemiştir (bkz. **Okur,** Değerlendirme 1994, 148). (Bu bağlamda 4958 Sayılı Kanunla getirilen yeni 60/C-b maddesinde, Kuruma da kontrol muayenesine tabi tutabilme hakkının tanındığını belirtelim).

Olayımızda davacıya SSK'nun 60/C-b maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlandığından söz edilmektedir. Eğer idari işlem tamamlanmadan, diğer bir deyişle yetkili sağlık kuruluşundan alınan rapor Merkez Sağlık Kurulu tarafından değerlendirilmeden Sosyal Sigortalar Kurumunca sigortalıya aylık bağlanmışsa ve Sağlık Kurulundan gelen rapor olumsuzsa, Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu, "...idari kararın idari aşamada veya idari yargı yoluyla kaldırtılması hususu, bu davada öncelikle bekletici (ön) mesele olarak ele alınarak, davacıya bu konuda önel verilmesi ve sonuçta hasıl olacak duruma göre karar verilmesi..." hükmü isabetlidir. Bununla beraber kararda, davacının 193 Sayılı Yasaya göre sakatlık indiriminden faydalanma koşullarını kayıp etmesinden, söz edilmektedir. Belirtelim ki, sigortalının sonradan iyileşmesi, bu konuda Kanunda herhangi bir sınırlama olmaması nedeniyle, bağlanmış olan aylığın kesilmesine yol açamaz (Caniklioğlu, 260).

b- Yurt dışında geçen sürelerin borçlanması

Yargıtayın, 3201 Sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi

Hakkında Kanunun 3. maddesinde yer alan, borçlanmanın geçerliliği için yurda kesin dönüşü şart kılan hüküm ile ilgili kararları tartışmaya açıktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.02.2003 tarihli (E.21-783, K.59, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.2, 2004, 610 vd), Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 11.03.2003 tarihli (E.882, K.1875, yayımlanmamıştır), 18.03.2003 tarihli (E.2002/7972, K.2003/2222, yayımlanmamıştır; E.2002/7907, K.2003/2223, yayımlanmamıştır), 20.03.2003 tarihli (E.2002/7942, K.2003/2311, yayımlanmamıştır), 10.04.2003 tarihli (E.2546, K.3337, yayımlanmamıştır) kararlarında dava konusu uyuşmazlıklar benzer niteliktedir. Yurt dışında bulunan sigortalılar yurt dışında geçen sigortalılıklarının borçlanması için Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurmuşlar, Kurum bu başvuruları değerlendirmiştir. Daha sonra sigortalılara yaşlılık aylığı bağlanmış, ancak ilgililer bu aylıktan yararlanmaya devam ederken, Kurum bunların borçlanmalarının geçerliliği için gerekli olan yurda kesin dönüş koşulunu yerine getirmediklerini saptamıştır. Bunun üzerine Kurum, bu sigortalıların yaşlılık aylıklarını kesmiş ve fuzulen ödediği yaşlılık aylıklarını geri istemiştir. İlk derece mahkemelerinin kararlarının temyizi üzerine konu Yargıtayın önüne gelmiştir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararlarında yukarıda belirtilen Hukuk Genel Kurulu kararına atıfta bulunarak benzer şekilde kararlar verilmiştir. Bu kararlarda, Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 tarihli kararından bahsedilerek, 3201 sayılı Yasanın 3. maddesindeki borçlanmanın geçerliliği için yurda kesin dönüş koşulunun iptal edildiği öne sürülmüş ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararının, elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu bulunduğuna işaret edilerek, davacıların yurt dışı borçlanmalarının kabulüne karar verilmiştir.

Bilindiği üzere 3201 sayılı Yasanın 3. maddesinde yer alan yurda kesin dönüşle ilgili gerek yargıda (kararlar için bkz. Süleyman **Bazterzi,** Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında Yurda Kesin Dönüş Koşulu, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-iş, C.6, S.4, 2002, s.271vd. Y21HD., 06.10.1997, E.6015, K.6112, YKD., C.24, S.10, Ekim 1998, 1525; Y10HD., 28.04.1997, E.117, K.3024, YKD., C.24, S.1, Ocak 1998, 9; YHGK., 14.02.2001, E.21-105, K.139, YKD., C.27, S.6, Haziran 2001, 814), gerek öğretide (**Başterzi,** 292-294; **Güzel/Okur,** 379, dn.125 ve 9.bası, 344, dn.126; **Caniklioğlu,** Değerlendirme 2002, 380-383; **Araslı,** 1724-1725; **Okur,** Değerlendirme 2001, 238 vd.; **Tuncay,** Değerlendirme 2000, 237; **Arıcı,** Değerlendirme 1997, 306; Hediye **Laçiner,** Yurt Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları, Prof.Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 624vd.) çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu

görüşler içinde yurda dönüş koşulunu isabetli bulanlardan, bu hükmü yumuşatmaya çalışanlar ve bu koşulun Anayasaya aykırı olduğunu öne sürenler de olmuştur. Anayasa Mahkemesinin yurda dönüş koşulu hükmünü eşitlik ve sosyal güvenlik hakkına aykırı bularak iptal etmesinden sonra bu görüşlerin uygulanabilirliği kalmamıştır. Kanımca da yurt içinde bulunan sigortalılarla yurt dışında bulunan sigortalılar arasında gereksiz bir ayırım yarattığı için Anayasa Mahkemesinin kararı isabetlidir.

Ancak yukarıda anılan Yargıtay kararlarını bu noktada tartışmak gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 3201 sayılı Yasanın 3. maddesini iptal kararı 25.04.2003 tarih ve 25089 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Diğer bir deyişle, yukarıdaki Yargıtay kararlarından daha sonra geçerlik kazanmıştır. Bilindiği gibi Anayasanın 153. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı, yasa ya da bunun hükümlerinin iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı, iptal kararlarının geriye yürümeyeceği, açıkca belirtilmiştir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesinin kararının yürürlüğe girmesinden önce verilen Yargıtay kararları isabetli olmamıştır.

Esasen bir süredir Anayasa Mahkemesi, basın açıklaması adı altında bazı kararlarına ilişkin açıklamalar yapmaktadır. Bu açıklamaların niteliği tartışma konusu olmuştur. Bununla birlikte Anayasanın açık hükümleri gereği, mahkemenin iptal kararları Resmi Gazetede yayımlanmadan yürürlüğe giremez ve hukuk aleminde bir etki yaratamaz. Her şeyden önce, Anayasa Mahkemesinin kararını uygulayabilmek için bu kararın gerekçesini bilmek gerekmektedir. Anayasanın 141. maddesinin 3. fıkrasına göre, bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılmak zorundadır. Bu husus bir mahkeme kararının sonucu ile birlikte gerekçesinin de gözönünde bulundurulacağı ve bu şekilde tam anlamını kazanacağının kanıtıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararı açıklanmadan Yargıtayca iptale uygun karar vermek isabetli olmamıştır (Hukuk Genel Kurulu Kararında açıkca, "Henüz bu karar (Anayasa Mahkemesi kararı) Resmi Gazetede yayımlanmamakla birlikte Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin genel prensipler nazara alınarak eldeki davada değerlendirilmiş, ibaresi bulunmaktadır (bkz. Legal dergisi, S.2, 616). Öte yandan herhalde kararın yazılmasında gözden kaçmış olacak ki 10. Dairenin 11.03.2003 tarihli kararının gerekçesinde 25.04.2003 tarihli Resmi Gazeteden bahsedilmektedir).

Öte yandan bu durumun diğer bir sakıncası da, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilme ya da yasa koyucunun iptal kararı yürürlüğe girmeden önce konuyu yasal bir düzenleme ile

değiştirme olasılığıdır. Gerçekten de Anayasanın 153. maddesine göre, gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe girmesini bir yıla kadar geciktirebilir. Böylece iptalin neden olabileceği bir takım sakıncalı durumların, ortaya çıkmadan yasa koyucu tarafından düzeltilmesini sağlamak isteyebilir. Bunun gerçekleşmiş olduğunu düşünürsek, iptal hükmü henüz yürürlüğe girmeden yasal durum değişmiş olabilecek, bu da Anayasa Mahkemesi kararlarının yürürlüğe girmeden verilmiş Yargıtay kararlarının ortada kalmasına yol açabilecektir. Belirtelim ki, 3201 sayılı Yasanın 3. maddesi yasa koyucu tarafından 29.07.2003 tarih ve 4958 sayılı Yasa ile yeniden düzenlenmiştir.

c- Yurt dışında geçen sürelerin borçlanması-aleyhe bozma yasağı

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 17.06.2003 tarihli kararına (E.2002/9854, K.2003/5047, yayımlanmamıştır) konu olay, yukarıdaki kararlarda geçen olayların benzeri şekilde, yurda dönüş koşulu yerine getirilmeden yapılan borçlanmanın geçerliliği ile ilgilidir. Yukarıdaki kararda da değinildiği gibi, dava sırasında Anayasa Mahkemesi 25.04.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan kararı ile uyuşmazlığın konusu olan 3201 sayılı Yasanın 3. maddesindeki borçlanma yapılabilmesi için yurda kesin dönüş koşulunu iptal etmiştir. Ancak ilk derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce, o sırada geçerli olan yasa hükmüne göre sigortalının aleyhine olarak karar vermiş ve sigortalı hükmü temyiz etmemiştir. Yargıtay ise, hükmün temyiz etmeyen sigortalı yararına bozulmasına oyçokluğu ile karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme kararının gerekçesinde önce, "...Anayasa Mahkemesinin iptal kararının, elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu bulunduğunu..." belirtmektedir. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesinin iptal kararları, eğer hükümde erteleyici bir kayıt bulunmamakta ise, Resmi Gazetedeki yayımı tarihinde yasa hükmünü yürürlükten kaldırır. Bu kararlar yargı organlarını dahi bağladığı için, mahkemeler gördükleri davalar sırasında iptal kararlarına uygun olarak karar vermek zorundadırlar. Nitekim Yargıtay da kararının gerekçesinin daha sonraki bir bölümünde, "...yürürlükteki yasaları tatbik etmekle yükümlü bulunan mahkemelerin ve Yargıtayın yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulünün doğal bulunmasına..." görüşüne yer vererek bu hususu vurgulamaktadır.

Ancak Yargıtay kararının daha sonraki bölümünde, "...aleyhe bozma yasağının; anayasal bir hak olan sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıracak şekilde değerlendirilmesinin hukuka ve hakkaniyete aykırı bulunmasına göre..." de-

mek suretiyle, ilk derece mahkemesinin hükmünü, hükmü temyiz etmeyen sigortalı yararına bozmuştur. Kanımca Yargıtay burada sigortalıyı mağdur etmeme düşüncesi ile hareket etmiş, sosyal güvenlik hakkının önemine değinerek, sigortalı yararına hüküm kurmuştur. Ancak bu hükmün yasal durum ile çeliştiğini düşünmekteyim. (Gerçekten bu tür iptallerde sosyal politika açısından düzeltilmesi gereken haksızlıklar bulunabilir. Burada da bu haksızlığa uğrayan çeşitli kişiler sayılabilir, örneğin, davalarını temyiz etmemiş sigortalılar, davayı kaybetmiş sigortalılar, hiç dava açmamış sigortalılar ya da anılan yasa hükmü nedeniyle hiç başvuruda bulunmamış sigortalılar gibi. Ancak olması gereken hukuk bakımından bu tür haksızlıkları giderme görevi yasa koyucuya aittir.)

Nitekim karşı oy yazısında önce olayı niteleyen **Aslanköylü** isabetli olarak, "...Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 76 ve ardından gelen madde hükümlerine göre davayı temyiz, temyiz edenin aleyhine sonuç doğurmaz", ilkesini ortaya koymaktadır. **Aslanköylü,** ayrıca İş Mahkemeleri Kanununun 15. maddesine göre, anılan Kanunda açıklık bulunmadığı hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğini, İş Mahkemeleri Kanununda da aleyhe bozma yasağını bertaraf eden bir hüküm bulunmadığını, borçlanma hakkının kamu düzeniyle ilgili bulunmasının sonucu değiştirmeyeceğini, zira diğer sosyal sigorta haklarının da kamu düzeniyle ilgili olduğunu, böyle bir yol açıldığında aleyhe bozma yasağının diğer tüm davalarda bertaraf edilmiş olacağını, kaldı ki yasa koyucunun SSK'nun uygulamasını özel hukuk alanına ve idari yargıya değil, adli yargıya dahil ettiğini, belirterek, çoğunluğa karşı gerekçelerini, isabetle vurgulamaktadır. Diğer karşı oy yazısını yazan **Göcen** de, "Resmi Gazetenin 25.04.2003 tarih ve 25089 sayısında yayınlanmış Anayasa Mahkemesinin 3201 Sayılı Kanunun 3. maddesinin iptaline ilişkin kararı gerekçe gösterilerek "aleyhe bozma yasağına" aykırı şekilde kararı temyiz etmeyen davacı leyhine bozma kararı veren Sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyorum", demektedir.

d- Yaş düzeltme davası

Bilindiği üzere SSK'nun 60. maddesi uyarınca sigortalının yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi için, belirli sigortalılık süresine ve prim ödeme gün sayısına sahip olma yanında ayrıca belli bir yaşa ulaşmış olması da gerekir. 506 sayılı Yasada 4447 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, önceden varolan belli bir yaşa ulaşmaksızın emeklilik seçeneği kaldırılmış, 08.09.1999 tarihinden itibaren sigortalı olanlar için kadın ise 58, erkek ise 60 yaş koşulu, anılan tarihte sigortalı bulunanlar için de kademeli geçişle, zorunlu yaş hükümleri ge-

tirilmiştir. Böylece sigortalılar bakımından yaş konusu önem kazanmış, Yargıtay kararlarında da yaş düzeltmesine ilişkin davalar sıklıkla görülmeye başlamıştır. Yaş düzeltme davaları konusu **Caniklioğlu** tarafından 2002 yılı Değerlendirmelerinde ayrıntılı olarak incelenmiş, geçmiş yıllarda verilen kararlar ve 2002 yılında 21. Hukuk Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu kararlar değerlendirilmiş, önerilerde bulunulmuş ve konuyla ilgili davaların bundan sonra da yargıyı sıklıkla meşgul edeceğine işaret edilmiştir. Nitekim 2003 yılında da bu tür uyuşmazlıklarla Yargıtayın önüne gelinmiştir. (Son olarak 24.06.2004 tarih ve 5198 sayılı Yasa ile SSK'nun 120. maddesinde değişikliğe gidilmiştir).

10. Hukuk Dairesinin 03.02.2003 tarihli ilk kararında (E.2002/10442, K.2003/523, yayımlanmamıştır), davacı sigortalı düzeltilen doğum kaydının esas alınarak yaşlılık aylığı tahsisi işleminin yapılması için dava açmış, ilk derece mahkemesi isteği kabul etmiş, Yargıtay da bir karşı oy ile hükmü onamıştır. Görüldüğü üzere Daire 2002 yılındaki 21. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarından farklı yönde bir sonuca ulaşmıştır.

10. Hukuk Dairesi 29.05.2003 tarihli kararında (E.3571, K.4518, YKD., Mart 2004, 392-395) ise, önceki görüşünden farklı bir sonuca varmıştır. Karara konu olayda davacı sigortalı, nüfustaki yaş kaydını mahkeme kararı ile düzelttirmiş ve daha sonra yaşlılık aylığı bağlanması için başvurmuştur. Kurumun bu başvuruyu geri çevirmesi üzerinde dava açmış ve ilk derece mahkemesi davayı davacının lehine olarak karara bağlamıştır. Yargıtay ilk derece mahkemesinin bu kararını tartışılabilir bir gerekçe ile bozmuştur.

Kararda davaya ilişkin bilgiler verildikten sonra, "...Yasanın 120. maddesi sonradan yapılacak yaş düzeltmelerinde kimi kötü uygulamaları önlemek amacıyla özel bir düzenleme getirmiş belli sigorta kollarında hangi doğum tarihinin esas alınacağını açıkca belirlemiştir. Buna göre yaşlılık ölüm ve maluliyet sigortalarının uygulanmasında sigortalının ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğüne kayıtlı bulunan doğum tarihinin esas alınacağını hükme bağlamıştır. Sosyal Sigortalar Kanununun 120. maddesinde bahsedilen "ilk kaydın esas alınacağı" hükmüyle güdülen amaç bir kimsenin birden çok değişik tarihlerde nüfusa kaydedilmiş olması, nüfus kütüğü ile cüzdan arasında uyuşmazlık olması gibi hallerde ilk kaydın esas alınacağıdır. Yoksa kesinleşmiş mahkeme hükmü ile değiştirilen doğum tarihinin gözönünde tutulmayacağı değildir. Başka bir anlatımla kesinleşmiş mahkeme hükmü ile düzeltilmiş yaş kaydının asıl kabul edilmesi gerekir. Nitekim anılan madde paralelinde oluşturulan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 83. maddesinde bu yön "...sonraki kayıt idare ve kaza mercilerinden verilmiş bir

kararla yapılmış veya düzeltilmiş ise kararlar kesinleşmiş olmaları şartıyla nüfus kayıtlarına geçirilmemiş olsalar bile bu kayıt esas alınır..." şeklinde açıkça ifade olunmuştur. Bu nedenle, kesinleşmiş mahkeme hükmü ile düzeltilmiş yaş kaydı asıl kabul edilmek gerekir", açıklamalarına yer verilmiştir.

Ancak 10. Hukuk Dairesi bilinen bu açıklamalarını yaptıktan hemen sonra yeni bir görüş ileri sürerek, "Ancak bu düzeltilmiş yaşın bir hakkın suiistimali niteliği taşımaması ve muvazaaya dayanmaması gerekir", demektedir. Buna dayanak olarak da, davacının yaş tashihi dosyasında 50 yaşını doldurmuş olduğu, bu yaştan sonra kesin yaş tayini yapılamadığının adli tıp uzman raporu ile bildirildiği, mahkeme hükmünün kesin bir belirleme olmayıp, biyolojik ve tıbbi gerçeklere uymadığı, sigortalının yaş tashihinin salt yaşlılık aylığı için olduğu gibi, gerekçeleri göstermektedir.

Karara karşı oy gerekçesi yazan üye **Erdoğan** ile üye **Caner,** uyuşmazlıkların yaşlılık aylığı bağlanmasında, sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihinin mi, yoksa çalışmanın başlamasından sonra mahkeme kararı ile düzeltilen tarihin mi esas alınacağı noktasında toplandığını belirleyip, Türkiye'deki sosyal güvenlik kuruluşlarının yaşlılık aylığı bağlanmasıyla ilgili SSK'nun 120, Bağ-Kur'un 66, Emekli Sandığı Kanununun 105. maddesinin paralel düzenlemeler olduğunu ve bunlara göre, yaşlılık aylığı bağlanmasında, sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarihteki yaşının esas alınacağını, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2002 tarihli kararının da bu doğrultuda olduğunu, öne sürmektedirler. Üyeler, konuyla doğrudan ilgisinin bulunmadığını belirterek, 1111 sayılı Askerlik Kanununda da benzeri bir hüküm bulunduğunu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da sonradan yapılan yaş düzeltmelerinin geçerli kabul edilmediğini, ülkemizde yaş düzeltme kararlarının insani nedenlerle ve çoğunlukla davacı yararına karara bağlandığının bilinen bir gerçek olduğunu, bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmadıklarını, bildirmektedirler. Görüldüğü üzere azınlık görüşüne sahip olanlar Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun görüşüne katılmaktadırlar.

Kanımca dava konusu uyuşmazlıklara ilişkin incelenmesi gereken hususlar bulunmaktadır. Davaların konusu yaş kayıtlarıdır. Bu kayıtlar Devletin resmi bir kurumu tarafından resmi şekillerde nüfus bilgileri olarak tutulmaktadır. Bu kayıtların ciddi biçimde ve bir takım araştırmaların yapılmasından sonra tutulması gerekir. Bu kayıtlarda yapılacak değişikliklerin herhangi bir şekilde değil, yargı kararı ile yapılabilmesi de bu işin ne denli ciddi olması gerektiğinin bir göstergesidir. Asıl olan bu kayıtların geçerliliği, istisna olan ise bu kayıtların hatalı olduğu ve değişmesi gerektiğidir. İstisna olan hatanın düzeltilmesi

görevli ve yetkili bir mahkeme tarafından yapılmaktadır. İlgili, yaş düzeltmesi için Nüfus Müdürlüğünü davalı olarak göstermekte, savcılık gerekli gördüğünde davaya müdahale edebilmektedir.

Böyle bir sistemin etkili biçimde işlemediği söylenebilir. Ancak sistemin yetersizliği başka bir şey, sistemin sonuçlarını kabul etmemek başka bir şeydir. Yaş düzeltme kararı bir mahkeme kararıdır. Anayasanın 138. maddesine göre, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Mahkeme kararlarını tartışmak, eleştirmekle, bu kararların sonuçlarını yerine getirmemek ayrı şeylerdir. Mahkeme kararları yerine getirilmediği takdirde etkisizleşir ve genel olarak hak arama özgürlüğü sıkıntıya girer. Hukuk devleti ilkesi hukukun üstünlüğünü ve yargı kararlarının bağlayıcılığını gerektirir. Eğer hatalı bir takım kararlar veriliyorsa, bunları düzeltmek, bu konudaki sorumlulukları gündeme getirmek yerine, bu kararların sonuçlarını etkisiz hale getirmek kanımca isabetli değildir. Bu nedenle kesinleşmiş mahkeme kararlarını, insani nedenlerle ve çoğunlukla davacı yararına karara bağlandığı ya da yeterli olmadığı, biyolojik ve tıbbi gerçeklere uymadığı gibi gerekçelerle kabul etmemek, uygun değildir. Aynı şekilde mahkeme kararı ile hakkın suistimali ya da muvazaa yapıldığını ileri sürmek de kanımca isabetli değildir. Yaş düzeltmesi kararı yeni bir işlem değil, açıklayıcı bir işlemdir ve hatalı bir kaydın düzeltilmiş şekliyle varlığını sürdürmesinden ibarettir. (Belirtmeliyim ki SSK'nun 120. maddesine 5198 sayılı Yasa ile eklenen madde yasamanın yargıya müdahalesini akla getirmektedir. Bu nedenle somut norm denetimi için Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmelidir.) Açıklamaya çalıştığım nedenlerle 10. Hukuk Dairesinin eski kararlarına ve yukarıda belirtilen ilk kararındaki çoğunluk görüşüne katılıyorum.

III- BAĞ-KUR KANUNUNA İLİŞKİN KARARLAR

1- Sağlık sigortası Prim borcu bulunmama

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 06.02.2003 tarihli kararına (E.2002/10485, K.2003/710, yayımlanmamıştır) konu olayda, davacı sigortalı ameliyat olan çocuğuna yapılan sağlık harcamalarının Kurumdan tahsilini istemiştir. Dosyadan anlaşıldığı kadarıyla sigortalının prim borcu vardır ve bu borcunu tedavinin devamı sırasında ödemiştir. İlk derece mahkemesi davacının istemini kısmen hüküm altına almıştır. Yargıtay hükmü, istenilen doğrultuda araştırmanın yapılmadığı gerekçesi ile bozmuş ve kararında, "Mahkemece yapılacak iş; davacının ameliyat günü dahil primleri yatırdığı 30.12.1999 tarihinden sonra yapılmış sağlık giderlerinin; Sağlık Bakanlığına bağlı yataklı tedavi kurumlarında yapılacak muayene, tetkik, ameliyat ve tedavilere ait fiyat tarifesi

Yargıtay ise, son derece isabetli bir biçimde vermiş olduğu kararında, "Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası hükmüne göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş olan uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Her ne kadar tahsisi talep tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 1479 Sayılı Kanunun 24/II-b maddesi hükmüne göre Türk soylu olmayan davacının Bağ-Kur sigortalısı olması mümkün değilse de, Türkiye Büyük Millet Meclisince çıkarılan kanunla onaylanarak yürürlüğe giren ve böylece iç hukuk kuralı haline gelen Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin (R.G. 05.09.1961 tarih ve 10898) 24. maddesinde mültecilere sosyal sigortaya (yaşlılık sigortası buna dahildir.) ilişkin yasal hükümlerin aynen uygulanacağı, keza aynı doğrultudaki Vatandaşlarla, Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında 118 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin (R.G. 10.08.1971- 13922) 3 ve 10. maddelerinde mütekabiliyet şartı aranmaksızın mültecilere sosyal güvenlik hakkı tanınıcağına dair hükümler karşısında aksi yönde düzenleme içeren 1479 Sayılı Kanunun 24/II-b maddesi hükmünün gözardı edilerek uygulama önceliği bulunan uluslararası sözleşme hükümlerinin davaya uygulanarak, mülteci olan davacıya 1479 Sayılı Kanunun 35. maddesi şartları oluştuğunda yaşlılık aylığı bağlanması gerekir", görüşlerine değinmiştir.

Gerçekten Anayasanın 90/5. maddesinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların yasa hükmünde olduğu ve bunlar hakkında da Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı öngörülmektedir. Yargıtayca uluslararası sözleşmenin iç hukuk kuralı olarak görülüp uygulanması yerindedir. Uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri açısından iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri, uluslararası sözleşmeler hakkında Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükmü karşısında uluslararası sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir yere sahip olduğudur (Erdoğan **Teziç,** Anayasa Hukuku, 2.B., İstanbul 1991, 8-9). Diğer görüş ise, uluslararası sözleşmelerle yasaların eşdeğer nitelikte olduğu, bunlar arasında çatışma olduğunda iki yasa arasındaki çatışmanın çözümünde uygulanacak kuralların (lex posterior veya lex specialis) geçerli olması gerektiği yolundadır (Ergun **Özbudun,** Türk Anayasa Hukuku, 2.B., Ankara 1992, 183; **Süzek,** 84).

Anayasanın 90/5. maddesine 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Yasa ile yapılan ek ile, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır", hükmü getirilmiştir. Bunun anlamı, temel hak ve özgürlükle-

çalışmaya başlayanların aylıklarından, aylığın bağlandığı ya da tekrar çalışmaya başlandığı tarihi takip eden aybaşından itibaren, çalışmalarının sona erdiği ay dahil %10 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilmektedir (ek m.20). Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin kararının bu yönde bozulması isabetlidir.

Kararda sigortalıya yaşlılık aylığı tahsisi için aranması gereken diğer bir koşul olarak da, sigortalının prim ve her türlü borcunu ödemiş olması, denilmektedir. Ancak bu primler malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerini kapsamaktadır. Başka bir deyişle, sigortalı sağlık sigortası primlerini ödememiş olsa dahi, kendisine yaşlılık aylığı bağlanması gerekecektir (**Güzel/Okur,** 567; **Tuncay,** 457; **Akın,** 45). İlk derece mahkemesinin kararında prim borcunun ödenmediği gerekçesi ileri sürülmüş olsa da, kararda sigortalının yaşlılık aylığı tahsis talebinden sonraki bir tarihte prim borçlarını ödemiş olduğu görülmektedir. Yargıtay burada yerleşik kararı uyarınca, davacının prim borcunu ödediği (05.04.1999) tarihi takip eden aybaşından (01.05.1999) itibaren yaşlılık aylığını hak kazandığının kabulü gerekir, görüşünü isabetli olarak belirtmektedir.

Kararda sigortalının yaşı ile ilgili bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak uyuşmazlık konusu olan yaşlılık aylığına hak kazanma ile ilgili tarihe bakıldığında bu anlaşılabilir bir durumdur. Mayıs 1999 tarihi itibariyle Bağ-Kur'dan yaşlılık sigortasından aylık bağlanması için herhangi bir yaş koşulu aranmamaktaydı. 35. maddede 25.08.1999 tarih 4447 sayılı Yasa ile getirilen değişiklikle yaş koşulu getirilmiş ve 08.09.1999 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olanların yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmaları aranmıştır (**Güzel/Okur,** 566). Dolayısıyla, varolan koşulları tamamlayarak 1999 Mayıs ayında yaşlılık aylığına hak kazanan davacı için herhangi bir yaşı doldurmuş olması koşulu aranmaz. Açıklamaya çalıştığım nedenlerle Yargıtay kararı isabetlidir.

c- İsteğe bağlı sigorta

Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 03.10.2003 tarihli kararına (E.5024, K.6516, yayımlanmamıştır) konu olayda, davacı sigortalı Bağ-Kur sigortalılığının tesbiti ile aktif sigortalılığı tespit edilemediği takdirde isteğe bağlı olarak sigortalılığının tespitine ve yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini istemiştir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla sigortalı, 01.05.1985 tarihinde Bağ-Kur'a vergi kaydına istinaden tescil edilmiştir. Sigortalı bu dönemde prim ödemelerini düzenli olarak yapmamış, ancak bu primler Bağ-Kur tarafından icra yoluyla tahsil edilmiştir. Daha sonra 26.02.1987 tarihinde sigortalının vergi kaydı son

görevli ve yetkili bir mahkeme tarafından yapılmaktadır. İlgili, yaş düzeltmesi için Nüfus Müdürlüğünü davalı olarak göstermekte, savcılık gerekli gördüğünde davaya müdahale edebilmektedir.

Böyle bir sistemin etkili biçimde işlemediği söylenebilir. Ancak sistemin yetersizliği başka bir şey, sistemin sonuçlarını kabul etmemek başka bir şeydir. Yaş düzeltme kararı bir mahkeme kararıdır. Anayasanın 138. maddesine göre, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Mahkeme kararlarını tartışmak, eleştirmekle, bu kararların sonuçlarını yerine getirmemek ayrı şeylerdir. Mahkeme kararları yerine getirilmediği takdirde etkisizleşir ve genel olarak hak arama özgürlüğü sıkıntıya girer. Hukuk devleti ilkesi hukukun üstünlüğünü ve yargı kararlarının bağlayıcılığını gerektirir. Eğer hatalı bir takım kararlar veriliyorsa, bunları düzeltmek, bu konudaki sorumlulukları gündeme getirmek yerine, bu kararların sonuçlarını etkisiz hale getirmek kanımca isabetli değildir. Bu nedenle kesinleşmiş mahkeme kararlarını, insani nedenlerle ve çoğunlukla davacı yararına karara bağlandığı ya da yeterli olmadığı, biyolojik ve tıbbi gerçeklere uymadığı gibi gerekçelerle kabul etmemek, uygun değildir. Aynı şekilde mahkeme kararı ile hakkın suistimali ya da muvazaa yapıldığını ileri sürmek de kanımca isabetli değildir. Yaş düzeltmesi kararı yeni bir işlem değil, açıklayıcı bir işlemdir ve hatalı bir kaydın düzeltilmiş şekliyle varlığını sürdürmesinden ibarettir. (Belirtmeliyim ki SSK'nun 120. maddesine 5198 sayılı Yasa ile eklenen madde yasamanın yargıya müdahalesini akla getirmektedir. Bu nedenle somut norm denetimi için Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmelidir.) Açıklamaya çalıştığım nedenlerle 10. Hukuk Dairesinin eski kararlarına ve yukarıda belirtilen ilk kararındaki çoğunluk görüşüne katılıyorum.

III- BAĞ-KUR KANUNUNA İLİŞKİN KARARLAR

1- Sağlık sigortası Prim borcu bulunmama

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 06.02.2003 tarihli kararına (E.2002/10485, K.2003/710, yayımlanmamıştır) konu olayda, davacı sigortalı ameliyat olan çocuğuna yapılan sağlık harcamalarının Kurumdan tahsilini istemiştir. Dosyadan anlaşıldığı kadarıyla sigortalının prim borcu vardır ve bu borcunu tedavinin devamı sırasında ödemiştir. İlk derece mahkemesi davacının istemini kısmen hüküm altına almıştır. Yargıtay hükmü, istenilen doğrultuda araştırmanın yapılmadığı gerekçesi ile bozmuş ve kararında, "Mahkemece yapılacak iş; davacının ameliyat günü dahil primleri yatırdığı 30.12.1999 tarihinden sonra yapılmış sağlık giderlerinin; Sağlık Bakanlığına bağlı yataklı tedavi kurumlarında yapılacak muayene, tetkik, ameliyat ve tedavilere ait fiyat tarifesi

üzerinden hesaplanacak kısmının saptanarak; bu miktarın hüküm altına alınması ve prim borcu bulunan devrede yapılmış olan sağlık giderlerinin tahsili isteminin reddine karar vermektir", görüşlerine yer vermiştir.

Bilindiği üzere, Bağ-Kur sigortalısının (ya da diğer sağlık hizmetinden yararlanacakların) sağlık sigortasından yararlanabilmesi için diğer koşulların yanında, sağlık ve sigorta borcunun dahi bulunmaması gerekir. 10. Hukuk Dairesi 2001 yılında verdiği bir kararda, tedavi sürdüğü sırada defaten yapılan bir ödemeyi geçerli saymış, gerekçe olarak sağlık yardımlarından yararlanmanın engellenmesinin Medeni Kanunun 2. maddesindeki objektif iyiniyet kuralına aykırı olduğu ve aksine bir uygulamanın kişileri sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakacağını, göstermiştir. Oy çokluğu ile verilen karara karşı oy yazısı veren **Aslanköylü** ise, mevzuatta yer alan açık hükümler karşısında prim borcu bulunanların sağlık yardımlarından yararlanamayacağını, ancak primlerin ödendiği tarihten sonraki tedavi giderlerinin karşılanması gerektiğini, belirtmiştir. **Başterzi** bu görüşe katılmıştır (Değerlendirme 2001, 346-347). 21. Hukuk Dairesinin 2002 yılında verdiği bir kararda ise (aynı yönde bir karar, **Tuncay,** 449), tedavi sırasında yapılan prim ödemesi, sağlık yardımlarından yararlanmak için yeterli görülmemiş ve talep reddedilmiştir. **Caniklioğlu** bu kararı isabetli bulmakla birlikte, **Aslanköylü**'nün ve **Başterzi**'nin görüşlerini paylaştığını belirtmiştir (Değerlendirme 2002385-386). İşte şimdi 10. Hukuk Dairesinin de bu görüşten yana karar verdiği görülmektedir.

Gerçekten 1479 sayılı Yasanın ek madde 12'nin hükmü açıktır. Sosyal politika açısından sağlık gibi önemli bir konuda, gereken yardımın prim borcu bulunmama koşuluna bağlanmış olması tartışılmalıdır. Ancak ülkenin ekonomik durumu, Kurumun mali yapısı gibi gerekçelerle getirilen açık yasa hükümleri karşısında, 10. Hukuk Dairesinin kararı, Kurum ile sigortalının durumunu dengelemek için bulunabilecek en isabetli görüştür.

2- Yaşlılık sigortası

a- Yabancı- uluslararası sözleşme

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 24.04.2003 tarihli kararına (E.1898, K.3807, YKD, Nisan 2004, 552-554) konu olayda karardan anlaşıldığı kadarıyla, davacı yıllarca Bağ-Kura prim ödemiş, yaşlılık aylığı tahsisi talebi ise, mülteci olduğu ve Türk soylu olmadığı anlaşıldığından Bağ-Kur tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine açılan davada ilk derece mahkemesi, yıllarca davacıdan prim alan Kurumun ret işleminin hakkaniyet kuralına dayanmadığını kabul ederek, davacıya yaşlılık aylığı ödenmesi gerektiğinin tespitine karar vermiştir.

Yargıtay ise, son derece isabetli bir biçimde vermiş olduğu kararında, "Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası hükmüne göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş olan uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Her ne kadar tahsisi talep tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 1479 Sayılı Kanunun 24/II-b maddesi hükmüne göre Türk soylu olmayan davacının Bağ-Kur sigortalısı olması mümkün değilse de, Türkiye Büyük Millet Meclisince çıkarılan kanunla onaylanarak yürürlüğe giren ve böylece iç hukuk kuralı haline gelen Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin (R.G. 05.09.1961 tarih ve 10898) 24. maddesinde mültecilere sosyal sigortaya (yaşlılık sigortası buna dahildir.) ilişkin yasal hükümlerin aynen uygulanacağı, keza aynı doğrultudaki Vatandaşlarla, Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında 118 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin (R.G. 10.08.1971- 13922) 3 ve 10. maddelerinde mütekabiliyet şartı aranmaksızın mültecilere sosyal güvenlik hakkı tanınıcağına dair hükümler karşısında aksi yönde düzenleme içeren 1479 Sayılı Kanunun 24/II-b maddesi hükmünün gözardı edilerek uygulama önceliği bulunan uluslararası sözleşme hükümlerinin davaya uygulanarak, mülteci olan davacıya 1479 Sayılı Kanunun 35. maddesi şartları oluştuğunda yaşlılık aylığı bağlanması gerekir", görüşlerine değinmiştir.

Gerçekten Anayasanın 90/5. maddesinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların yasa hükmünde olduğu ve bunlar hakkında da Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı öngörülmektedir. Yargıtayca uluslararası sözleşmenin iç hukuk kuralı olarak görülüp uygulanması yerindedir. Uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri açısından iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri, uluslararası sözleşmeler hakkında Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükmü karşısında uluslararası sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir yere sahip olduğudur (Erdoğan **Teziç,** Anayasa Hukuku, 2.B., İstanbul 1991, 8-9). Diğer görüş ise, uluslararası sözleşmelerle yasaların eşdeğer nitelikte olduğu, bunlar arasında çatışma olduğunda iki yasa arasındaki çatışmanın çözümünde uygulanacak kuralların (lex posterior veya lex specialis) geçerli olması gerektiği yolundadır (Ergun **Özbudun,** Türk Anayasa Hukuku, 2.B., Ankara 1992, 183; **Süzek,** 84).

Anayasanın 90/5. maddesine 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Yasa ile yapılan ek ile, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır", hükmü getirilmiştir. Bunun anlamı, temel hak ve özgürlükle-

re ilişkin olanların dışında, uluslararası sözleşmelerin yasalarla eşdeğer nitelikte olduğudur. Yargıtay da yukarıda anılan uluslararası sözleşmeleri 1479 sayılı Yasaya göre gerek özel düzenleme olması, gerek sonraki bir düzenleme olması nedeniyle isabetli olarak uygulamıştır. Yüksek mahkeme kararında, İlk derece mahkemesinin davayı kabul gerekçesinin genel nitelikteki hakkaniyet kuralına değil, davacıya sosyal güvenlik hakkı sağlayan sözleşme hükümlerine dayanması gerektiğini (ve bu aykırılığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğini) belirterek, kararı düzelterek onamıştır. Belirtelim ki dava konusu bent, önce 24.08.2000 tarih ve 619 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile daha sonra da 24.07.2003 tarih 4956 sayılı Yasa ile, sosyal güvenliğin toplumda yaşayan herkese yönelik bir hak olduğunun giderek kabul görmesine uygun olarak kaldırılmıştır (bu konudaki gelişim için bkz. Güzel/Okur, 531; Levent **Akın,** Bağ-Kur Sigorta Yardımları, Ankara 1996, 7-9).

b- Çalışmaya son verme

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 29.05.2003 tarihli kararına (E.3562, K.4479, yayımlanmamıştır) konu olayda davacı sigortalı 22.04.1998 günlü tahsis talebi ile Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı bağlanmasını istemiş, Kurumca isteminin reddedilmesi üzerine dava açmıştır. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, ilk derece mahkemesi davayı, sigortalının prim borcu olması ve çalışmasına son vermemesi nedeniyle reddetmiştir. Yargıtay, isabetli gerekçelerle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Kararda ilk olarak davacının çeşitli sosyal güvenlik kuruluşlarında geçirdiği sürelerin son yedi yıldaki fiili hizmetinin fazlasının Bağ-Kur'a tabi olarak geçirdiği belirlenmiş, böylece tahsis talebinin 2829 sayılı Yasaya uygun olarak yapıldığına işaret edilmiştir. Öte yandan ilgilinin Sosyal Sigortalar Kanununa ve Emekli Sandığı Kanununa tabi geçen süreleri Bağ-Kur'a tabi geçen süreleri ile ayrı ayrı gösterilip, birlikte sayılarak Bağ-Kur için geçerli olan hizmet süresinin bütün bu hizmetlerin birlikte toplanması suretiyle yapılacağı, isabetle belirtilmiştir (**Güzel/Okur,** 566; **Tuncay,** 457-458; **Akın,** 46 vd).

Ayrıca kararda, 1479 sayılı Yasaya göre yaşlılık aylığı bağlanmasında sigortalının kendi nam ve hesabına çalışmasına son vermesinin yasal koşul olmadığı da belirtilmektedir. Gerçekten Bağ-Kur Kanununun ilk halinde yaşlılık aylığından yararlanabilmek için sigortalının işinden ayrılması gerekmekteydi. Ancak bu koşul 14.03.1985 tarih ve 3165 sayılı Yasa ile kaldırılmıştır. Bu nedenle sigortalı hem işine devam edip, hem de yaşlılık aylığını alabilir. Bilindiği gibi, 25.08.1999 tarih 4447 sayılı Yasa ile getirilen hükme göre, yaşlılık aylığı bağlananlardan çalışmalarına devam edenlerin ya da daha sonra

çalışmaya başlayanların aylıklarından, aylığın bağlandığı ya da tekrar çalışmaya başlandığı tarihi takip eden aybaşından itibaren, çalışmalarının sona erdiği ay dahil %10 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilmektedir (ek m.20). Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin kararının bu yönde bozulması isabetlidir.

Kararda sigortalıya yaşlılık aylığı tahsisi için aranması gereken diğer bir koşul olarak da, sigortalının prim ve her türlü borcunu ödemiş olması, denilmektedir. Ancak bu primler malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerini kapsamaktadır. Başka bir deyişle, sigortalı sağlık sigortası primlerini ödememiş olsa dahi, kendisine yaşlılık aylığı bağlanması gerekecektir (**Güzel/Okur,** 567; **Tuncay,** 457; **Akın,** 45). İlk derece mahkemesinin kararında prim borcunun ödenmediği gerekçesi ileri sürülmüş olsa da, kararda sigortalının yaşlılık aylığı tahsis talebinden sonraki bir tarihte prim borçlarını ödemiş olduğu görülmektedir. Yargıtay burada yerleşik kararı uyarınca, davacının prim borcunu ödediği (05.04.1999) tarihi takip eden aybaşından (01.05.1999) itibaren yaşlılık aylığını hak kazandığının kabulü gerekir, görüşünü isabetli olarak belirtmektedir.

Kararda sigortalının yaşı ile ilgili bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak uyuşmazlık konusu olan yaşlılık aylığına hak kazanma ile ilgili tarihe bakıldığında bu anlaşılabilir bir durumdur. Mayıs 1999 tarihi itibariyle Bağ-Kur'dan yaşlılık sigortasından aylık bağlanması için herhangi bir yaş koşulu aranmamaktaydı. 35. maddede 25.08.1999 tarih 4447 sayılı Yasa ile getirilen değişiklikle yaş koşulu getirilmiş ve 08.09.1999 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olanların yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmaları aranmıştır (**Güzel/Okur,** 566). Dolayısıyla, varolan koşulları tamamlayarak 1999 Mayıs ayında yaşlılık aylığına hak kazanan davacı için herhangi bir yaşı doldurmuş olması koşulu aranmaz. Açıklamaya çalıştığım nedenlerle Yargıtay kararı isabetlidir.

c- İsteğe bağlı sigorta

Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 03.10.2003 tarihli kararına (E.5024, K.6516, yayımlanmamıştır) konu olayda, davacı sigortalı Bağ-Kur sigortalılığının tesbiti ile aktif sigortalılığı tespit edilemediği takdirde isteğe bağlı olarak sigortalılığının tespitine ve yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini istemiştir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla sigortalı, 01.05.1985 tarihinde Bağ-Kur'a vergi kaydına istinaden tescil edilmiştir. Sigortalı bu dönemde prim ödemelerini düzenli olarak yapmamış, ancak bu primler Bağ-Kur tarafından icra yoluyla tahsil edilmiştir. Daha sonra 26.02.1987 tarihinde sigortalının vergi kaydı son

bulmuş, ancak sigortalı Bağ-Kur primlerini ödemeye devam etmiştir. Uyuşmazlık konusu, 26.02.1987 tarihinden sonrasının sigortalılık bakımından geçerli olup olmadığıdır. Davacı sigortalılığın geçerli olduğunu, bu mümkün değilse bu devrenin isteğe bağlı sigortalı olarak kabulünü talep etmiş, ilk derece mahkemesi bu talebi reddetmiştir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararında, "Davacının vergi kaydı son bulduktan sonra (26.02.1987) 31.03.1987, 29.04.1987, 01.06.1987, 30.06.1987 ve devamındaki aylarda Bağ-Kur'a prim ödemeye devam etmiştir. Zorunlu sigortalılık bittikten sonra davacının prim ödemiş olması, 1479 Sayılı Kanununun 79. maddesi anlamında isteğe bağlı sigortalı olma iradesini ortaya koyduğunu göstermektedir. İsteğe bağlı sigortalılık başlayınca, ya feragatla, ya da zorunlu sigortalı olarak çalışmaya başlayınca sona erer. Davacının böyle bir durumu yoktur", görüşlerine yer vermiştir.

Kararda sigortalının vergi kaydının silindiği 26.02.1987 tarihinden sonra 24. maddede gösterilen bir bağımsız çalışmayı yaptığına ilişkin herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay haklı olarak aktif çalışma ile ilgili herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır. Burada incelenmesi gereken husus, sigortalının 26.02.1987 tarihinden sonra prim ödemeye devam ettiği dönemde, isteğe bağlı sigortalı olarak sayılıp sayılmayacağı sorunudur. Bilindiği gibi, isteğe bağlı sigortalılığı düzenleyen Bağ-Kur Kanunu 79. maddesinde, bu sigortalılığın, sigortalılık tescil talebinin Kuruma intikal ettiği tarih itibariyle başlayacağı öngörülmüştür. Yönetmelikte de bu başvurunun dilekçe ile yapılacağı belirtilmiştir (m.5). Olayda sigortalının bu şekilde bir talebinin bulunmadığı görülmektedir. 21. Hukuk Dairesinin 2002 yılında verdiği bir kararda, zorunlu sigortalılığın sona ermesinden sonra isteğe bağlı sigortalılık için talepte bulunmanın şart olduğu, Kurum hatalı olarak prim almışsa bunun kazanılmış hak oluşturmadığı, hükmüne varılmıştır (bkz. Güzel/Okur, 539 dn.30c).

Kanımca Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bu konuda vermiş olduğu karar isabetlidir. 1479 sayılı Yasanın 79. maddesindeki tescil talebinin, Kurumun sigortalıyı öğrenmesi yanında bir düzen sağlama amacının da bulunduğunda kuşku yoktur. Ancak sosyal güvenliğin temel bir hak, vatandaşlar için en büyük güvencelerden biri olduğu düşünüldüğünde, kişilerin uzun dönemli sigorta kolları sayesinde yarın endişesini en aza indirerek, kimseye gereksinim duymadan yaşamlarını sürdürebilecekleri gözönüne alındığında, yazılı talebin amacı ve ne denli önemli olduğu tartışılır. Olayda, davacı zaten Kurum tarafından bilinmektedir ve vergi kaydı son bulduktan sonraki aylarda düzenli olarak ödemesini sürdürmüştür. Diğer bir deyişle, sigortalılığa devam iradesi

açıklıkla ortaya konmuştur. Anayasanın 60. maddesinde yer alan, herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alır, hükümleri gözönüne alındığında, Kurumu fazla bir sıkıntıya sokmayan (Kurumun ilgiliye bu durumu sormasının da mümkün olduğu unutulmamalıdır) böyle bir durumda, ilgilinin isteğe bağlı sigortalı olarak kabul edilmesi sosyal güvenlik esaslarına daha uygun düşmektedir (bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Güzel/Okur, 539 dn.31a). Hakkaniyet kurallarının dahi aynı yönde sonucu sağlayacağını düşünmekteyim.

Kararda, isteğe bağlı sigortalılık başlayınca, ya feragatla, ya da zorunlu sigortalı olarak çalışmaya başlanınca sona erer, denilmektedir. Karar tarihi itibariyle mevcut hükme bakıldığında, bunlara art arda üç ay prim ödenmemiş olma halini de eklemek gerekir (daha sonra 79. maddede 24.07.2003 tarih ve 4956 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, hüküm, sigortalının toplam borcunun üç aylık prim ve ceza tutarından fazla olması hali, değiştirilmiştir). Ancak karardan anlaşıldığı kadarıyla olayda ödemelerin yapıldığı görülmektedir. Açıklamaya çalıştığım nedenlerle Yargıtay kararını isabetli bulmaktayım.

3- Ölüm sigortası Hak sahibi- iyiniyet

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 18.09.2003 tarihli kararına (E.4625, K.5833, yayımlanmamıştır) konu olayda, sigortalının ölümünden sonra Bağ-Kur tarafından çocuklarına sağlık karnesi verilmiş, çocuklar bu karneleri kullanmışlardır. Ancak daha sonra çocukların ölüm aylığından yararlanmadıkları anlaşılmış, hataen verilen sağlık karnelerinin kullanılmasından doğan harcamalar Kurum tarafından geri istenmiştir. Davacı çocuklar, Kurum alacağının iptaline karar verilmesini istemişler, ilk derece mahkemesi bu isteği reddetmiştir.

Kararda da belirtildiği üzere, Bağ-Kur'da ölüm sigortası dolayısıyla sağlanan sağlık yardımları yalnızca ek madde 11'de belirtildiği üzere, ölüm aylığı almakta olanlara yöneliktir. Bu itibarla, ölen sigortalının çocukları eğer ölüm aylığından yararlanamıyorlar ise, sağlık yardımlarından da yararlanamayacaklardır (sağlık yardımından yararlanabilmek için ölüm aylığı alma dışındaki koşullar için bkz. **Güzel/Okur,** 588-589). Ancak buna rağmen verilmiş olan sağlık karneleri için kararda, "Davacıların uyuşmazlık konusu dönemde ölüm aylığı almadıkları tartışmasız ise de Kurumun davacılara sağlık karnesi verdiği tarihten itibaren davacıların bu karneleri kullanarak kurumdan sağlık yardımı aldıkları, davacıların kurumu yanıltıcı bir beyan ve başvurusunun bulunduğunun anlaşılmaması ve kurumun sağlık sigortası yardımı koşullarını yeterince araştırmadan davacılara sağlık karnesi vermesinde ve bu karnelerle sağlık yardımı sağlamasında sigortalılara yüklenecek bir kusurun bulunmaması,

Medeni Kanunun 2. maddesine göre objektif iyiniyet kuralı çerçevesinde davacıların dava konusu miktardan sorumlu tutulmasının mümkün bulunmaması karşısında davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir" görüşleri yer almıştır.

Karardan anlaşıldığı üzere, sigortalının çocuklarının sağlık karnesi almak için herhangi bir başvuruları bulunmadığı gibi, bu konuda Kurumu yanıltıcı herhangi bir davranışları da olmamıştır. Yargıtay, kötüniyetin ispat edilmediği bu gibi durumlarda istikrarlı olarak iyiniyetin kabul edilmesi gerektiğini belirlemekte ve genellikle iyiniyetle sebebsiz zenginleşmenin sonuçlarına hükmetmektedir. Bu konuda birçok kararında da, sigortalı ya da hak sahiplerinin ekonomik bakımdan genellikle güçsüz kimseler olmaları nedeniyle, onlardan yana görüş belirlemekte ve Kurum alacağının iptaline karar vermektedir. Olayda da Yargıtay, özellikle Kurumun kusurlu davranışını dikkate almıştır. Öte yandan, karardan davacıların mali durumlarının ne düzeyde olduğu anlaşılamamaktadır, ancak sağlık karnelerini kullanmaları, ekonomik yönden güçlü durumda olmadıkları kanısını uyandırmaktadır. Bu nedenle, Yargıtayın genel eğilimine uygun düşen bu karar, kanımca isabetlidir.

IV. TARIM İŞÇİLERİ SOSYAL SİGORTALAR KANUNUNA İLİŞKİN KARARLAR

Yaşlılık sigortası- hizmet birleştirmesi

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 07.04.2003 tarihli kararına (E.2704, K.3162, yayımlanmamıştır) konu olayda, davacı sigortalı, 01.01.1992- 31.12.1999 döneminde 2925 sayılı Yasa kapsamındaki sigortalılığının geçerliliği ile Sosyal Sigortalar Kurumunca 506 sayılı Yasa çevresinde yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tesbitini istemiştir. İlk derece mahkemesi isteğin kabulüne karar vermiştir. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin hükmünü 2925 sayılı Yasaya tabi sigortalılığın geçerliliği bakımından uygun bulmuş, ancak sigortalının 506 sayılı Yasa kapsamındaki yaşlılık aylığı istemini 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanununa aykırı görerek bozmuştur.

Gerçekten, karardan anlaşıldığı üzere, hizmet tesbitinin kabulü ile sigortalı son yedi yıldaki fiili hizmet süresinin en fazla kısmını 2925 sayılı Yasa kapsamında geçirmiştir. 2925 sayılı Yasa işlemlerinin Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından yapılması, yaşlılık aylığının bağlanmasının 506 sayılı Yasaya tabi olarak yapılmasını gerektirmez. Bu nedenle Yargıtay da isabetli ve ayrıntılı

olarak kararında, sosyal güvenlik sistemimizde sosyal güvence sağlanan kişilere farklı statüler öngörüldüğünü, bunların farklı yasalarla birbirlerinden kesin sınırlarla ayrıldığını, bu yasalarda benzerlikler bulunsa bile sosyal riskler, kapsamları ile yararlanma koşulları arasında farklılıklar bulunabildiğini, kimi yasalarda da farklı sigortalılık esasları kabul edilmesine ve farklı sosyal güvenlik yasaları uygulanmasına rağmen aynı sosyal güvenlik kuruluşu tarafından uygulama yapılabileceğini, vurgulamıştır.

Kararda, isabetli olarak, 506 sayılı Yasa kapsamında bulunanlarla, 2925 sayılı Yasa kapsamında bulunanların sigorta işlemlerinin aynı Kurumca yapıldığı, her iki yasa kapsamında sigortalılıkta hizmet akdine tabi olarak çalışma esas alındığı, hatta 2925 sayılı Yasanın 39. maddesinde, bu Yasada aksine hüküm bulunmayan hallerde 506 sayılı Yasanın bazı maddelerine atıf yapıldığı, vurgulanmakta; ancak bu durumun her iki yasaya tabi sigortalıların aralarındaki farklılığı kaldırmadığı, nitekim 2925 sayılı Yasanın 38. maddesinin yoruma yer vermeyecek şekilde bu iki kanun arasında 2829 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde hizmet birleştirmesi uygulanacağı, belirtilmektedir (bu konuda bkz. **Güzel/Okur,** 407). Gerçekten 2925 sayılı Yasanın 20. maddesinde yaşlılık aylığından yararlanma şartları ayrıca belirlendiği gibi, 38. maddesinde de, bu Yasaya tabi olarak geçen hizmet süreleri ile 506 sayılı Yasaya tabi geçen hizmet süreleri 2829 sayılı Yasaya göre birleştirilir, hükmü yer almaktadır.

2925 sayılı Yasanın kapsamına girme sigortalının isteğine bırakılmıştır (m.2,5,6). Ancak, bu istekte bulunma, bundan sonra sigortalının başka bir sosyal sigorta yasasından yararlanmasını getirmez. Yargıtay da, aksinin kabulü halinde, hem 506 sayılı Yasaya hem 2925 sayılı Yasaya tabi hizmet süresi bulunan sigortalıların iradesine bağlı seçim yapıldığında, 2925 sayılı Yasaya dayalı sosyal güvenlik sisteminin uygulanmasının imkansız hale geleceğini, belirtmektedir. Açıklamaya çalıştığım nedenlerle Yargıtayın kararı isabetlidir.

Genel Görüşme

Oturum Başkanı- İzin verirseniz, ben öncelikle sözü Yargıtay üyelerine vermek istiyorum. Buyurun Sayın Süleyman Caner beyefendi.

Süleyman Caner (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi)- Sayın Başkan, değerli katılımcılar; sayın hocalarımızın konuşmalarını tebliğ sırasına göre cevaplandırmaya, değerlendirmeye çalışacağım, bunu öncelikle belirteyim.

Sayın Başkan, değerli katılımcılar; dairemizin görev alanına ilişkin şahsen çok yararlandığım, kapsamlı ve doyurucu tebliği nedeniyle Sayın Prof. Dr. Ali Nazım Sözer hocamızı yürekten kutluyor, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Tebliğin dairemiz kararlarına ilişkin bölümüne dair düşüncelerimi arz etmek üzere söz almış bulunuyorum. Sayın Sözer'in isabetli bulduğu dairemiz kararlarına ilişkin açıklamalarına teşekkür ediyorum. Ancak kendilerinin katılmadığı ya da benim şahsen açıklanmasında fayda mülahaza ettiğim kararlara ilişkin düşüncelerimi de kısaca arz etmek istiyorum.

Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hukukumuzdaki teklik ilkesi, başka bir anlatımla, bir kimsenin aynı anda birden çok sigorta kuruluşuna tabi olmasının mümkün bulunmadığı hukuksal gerçeği hepimizin yüksek malumlarıdır. İki sosyal güvenlik kurumuna tabi sigortalılığın çakışması halinde, baskın çalışma ölçütünün mü, yoksa önceki sigortalılık ölçütünün mü esas alınacağı hususunun açıklığa kavuşturulmasında fayda bulunduğu tartışmasız olup, genellikle çatışma; bir kurumdaki önceden başlayan zorunlu sigortalılığın kayden devam ettiği süreç içinde ikinci kuruma ilişkin zorunlu sigortalılığın gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Somut olayın özelliğine göre, her iki ölçütün birlikte değerlendirilerek, sonuca gidilmesinin uygun olacağını düşünmekteyim. 1479 sayılı Yasaya tabi sigortalı iken, bir kamu kuruluşunda zorunlu SSK sigortalısı olarak çalışmaya başlayan bir kişinin bu dönemde SSK sigortalısı olarak çalıştığının kabulü gerekir, ya da 2926 sayılı Yasa kapsamında tarım Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil edilen bir kişinin, tarımsal faaliyetinin bulunmadığı dönemde, zorunlu SSK sigortalısı olarak çalışması halinde ise, SSK sigortalılığına da geçerlilik tanınarak, bu döneme ilişkin tarım Bağ-Kur sigortalının iptalinin uygun olacağını düşünmekteyim.

Bir başka konu; işe giriş bildirgesinin, 506 sayılı Yasanın 79 uncu maddesinde öngörülen 5 yıllık yasal süre içinde kuruma verilmesi durumunda bildirgede bildirilen işe başlama tarihinden sonraki dönem için hak düşürücü süre söz konusu edilemez. İşe giriş bildirgesinin, hak düşürücü sürenin geçirilmesinden sonra kuruma verilmiş ve primler ödenmiş olması, hatalı bir işlemi geçerli hale getirmez. Konuyla ilgili bizim de müzakeresinde bulunduğumuz,

05.02.2003 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararının bu nedenle isabetli olduğunu düşünüyorum.

Sosyal güvenlik yasalarında sigortalılık süresi, yaş, prim ödeme gün sayısının yükseltilmiş olması, 506 sayılı Yasanın 108 inci maddesi çerçevesinde belirlenen sigortalılık tarihinin başlangıcının tespiti davalarının önemini iyice artırmıştır. Sigortalılığının başlangıcını tespiti davalarında, işe giriş bildirgesinin verildiği tarihte, bir gün süreyle hizmet akdiyle çalışıldığının tespiti anlamında değerlendirilmelidir. İşe giriş bildirgesinin düzenlenip, kuruma verilmesi, sigortalının işe alındığını gösterir, ancak tek başına çalışmanın varlığını göstermez. Çalışma olgusunun geçerliliği, 79 uncu madde çerçevesinde yöntemince araştırılması gerekir. 05.02.2003 gün ve 35/64 sayılı ve 21.01.2004 gün ve 27/3 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararlarında bu husus oybirliğiyle kararlaştırılmıştır. Konunun önemine binaen hemen belirtmek gerekir ki, sigortalılığın başlangıcına dayanak yapılan işe giriş bildirgesinin süresinde kuruma verilmiş ya da çalışma kurum müfettişlerince herhangi bir sebeple tespit edilmesine rağmen, çalışmanın kurum kayıtlarında gözükmemiş ya da kurumun bu çalışmayı kabul etmemiş olması zorunlu bir unsurdur.

Diğer bir husus; 506 sayılı Yasanın 85 inci maddesi uyarınca, isteğe bağlı SSK sigortalısı olabilmek için, istek tarihinden önce kuruma tescil edilmiş olmak, örneği kurumca hazırlanacak talep dilekçesiyle kuruma müracaatta bulunmak, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşunda zorunlu ya da isteğe bağlı sigortalı olmamak ve buralardan yaşlılık aylığı bağlanmış olmamak gerekir. İsteğe bağlı sigortalılığın, kişinin sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışmaya başladıkları tarihte sona erdiği ve zorunlu sigortalılıkla çakışan isteğe bağlı sigortalılığın geçersiz sayılması gerektiği çekişmesiz olup, zorunlu sigortalılıkla sona eren isteğe bağlı sigortalılığın sonradan prim ödemek suretiyle canlandırılıp, geçerlilik kazandırılması hukuken mümkün değildir. Burada afla yapılan toptan ödemelerin sadece hukuken geçerli, isteğe bağlı SSK sigortalılıkları için geçerli olduğunu da belirtmek isterim. Şayet sigortalı, zorunlu sigortalılığın sona ermesinden sonra isteğe bağlı sigortalı olma iradesini ortaya koyacak şekilde, yeniden isteğe bağlı sigortalılık için prim ödemeye başlamışsa, ödeme tarihini takip eden ay başından geçerli olmak üzere, isteğe bağlı sigortalı olarak kabul edilmesi gerekir. Toptan ödeme yapılması halinde ise, yine ödeme tarihini takip eden aybaşından geçerli olmak üzere, ödediği primlere karşılık gelen süre kadar, sigortalılığın geçerliliğine karar verilmesi gerekir. Nitekim, Hukuk Genel Kurulunun 28.03.2003 ve 08.10.2003 günü kararları bu doğrultudadır. Ancak sigortalı, isteğe bağlı sigortalılığını sona erdiren zorunlu sigortalılık döneminde, düzenli olarak isteğe bağlı sigorta-

lılığa ilişkin primlerini ödemişse, bu durumda kişinin isteğe bağlı sigortalı olmak yönündeki iradesi devam ettiğinden, zorunlu sigortalılık süresi dışında kalan isteğe bağlı sigortalılığın geçerli olduğunun kabulü gerekir.

Sigortalının işe girişinin süresinde kuruma bildirilmemiş, başka bir anlatımla işveren yönünden 506 sayılı Yasanın 9 ve 10 uncu maddesindeki koşullar oluşmuşsa, iş kazası ve meslek hastalığına maruz kalan sigortalılara ya da bunların hak sahiplerine, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kolundan Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanan gelirlerde kanun kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılacak artışların rücuan ödetilmesine ilişkin davalarda işverenin sorumluluğunun sınırının nasıl belirleneceği uygulama ve öğretide uzun süredir tartışılmakta olup, 10 uncu maddedeki koşulların oluşması halinde, Borçlar Kanunu 43 ve 44 üncü maddeleri uyarınca yapılacak hakkaniyet indiriminin %100 kusura göre belirlenecek dış tavan üzerinden yapılması gerekir.

İşverenin 10 uncu madde çerçevesindeki sorumluluğu, zararlandırıcı sigorta olayının meydana geliş biçimi ve buna bağlı olarak, farklı kusur oranlarına göre muhtelif şekillerde karşımıza çıkabilir. Burada arz edeceğim değişik sebepler ve alternatifler benim kişisel görüşümdür, dairemizde henüz bu konu somut olarak, çoğunluğun bir kararıyla olsa bile neticelendirilmiş ve netleştirilmiş değildir.

a. Sigortalının kusursuz, işveren ve üçüncü kişilerin toplam yüzdeyüz oranında kusurlu olduğu hallerde, 10 uncu madde uyarınca herhangi bir indirim ya da artırım yapılmaksızın, maddi zarar miktarının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili gerekir.

b. Sigortalı ve işverenin birlikte kusurlu olduğu hallerde, sigortalının kusurunun bir bölümünden de işveren sorumlu tutularak, maddi zarar hesabı yapılması gerekir. Örneğin, sigortalının yüzde 40, işverenin yüzde 60 kusurlu olması halinde, işverenin (%60 + %20=) %80 kusurlu sayılması gibi.

c. Kusurun tamamının sigortalıda olması veya zararlandırıcı sigorta olayının yüzdeyüz kaçınılmazlık sonucu meydana gelmesi hallerinde, %100 kusura göre belirlenen maddi zarar miktarından, Borçlar Kanununun 43 ve 44 üncü maddeleri uyarınca, sigortalının kusurunun %50'sinden az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılabilir. %100 kaçınılmazlık söz konusuyla, kuşkusuz hâkim %51 oranında indirim yapabileceği gibi, %60 veya %80 oranında da indirim yapılabilir.

d. Sigortalı, işveren ve üçüncü kişilerin birlikte kusurlu olduğu hallerde, işveren ve üçüncü kişilerin toplam kusur oranları üzerinden 26 ıncı madde çerçevesinde müştereken ve müteselsilen, işverenin ayrıca toplam kusuru aşan miktar üzerinden, 10 uncu madde çerçevesinde tek başına sorumlu tutulması gerekir. Başka bir anlatımla, bu gibi hallerde tüm sorumlular için 26 ncı madde uyarınca ayrı bir tavan, işveren yönünden 10 uncu madde uyarınca ayrı bir tavan yapılması gerekir.

e. En çok tartışılan konu ise, sigortalı ve üçüncü kişilerin kusurlu, işverenin kusursuz olduğu hallerde, örneğin sigortalının %50, üçüncü kişinin %50 oranında kusurlu olması durumunda İşverenin, sigortalının işe girişini süresinde kuruma bildirmemesinin sorumluluğuna üçüncü kişi iştirak ettirilmemeli ve davalı üçüncü kişi yönünden %50 kusura göre, 26 ıncı madde uyarınca belirlenecek maddi zarar miktarı üçüncü kişiden, sigortalının %50 oranında kusurlu olduğu da gözetilerek, sigortalının %50 oranındaki kusurunun %50'sinden az olmamak üzere yapılacak hakkaniyet indirimi sonucu bulunacak miktardan, sadece davalı işveren sorumlu tutularak, sorumluluk miktarlarının her bir davalı yönünden ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Burada arz etmeye çalıştığım şudur. İşverenin hiç kusurunun bulunmadığı hallerde, işveren sadece sigortalının işe girişini kuruma bildirmemekten dolayı, sigortalının kusurunun, örneğin sigortalı %50 kusurlu ise, %25'inden sorumlu tutulmalıdır. Daha yüksek orandaki üçüncü kişinin kusurundan işveren sorumlu tutulmamalıdır.

Diğer bir konu; Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğinin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 108 inci maddesinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin olarak, 506 sayılı Kanunun 26 ve 39 uncu maddeleri çerçevesinde sorumluluğunda kusur ve kasıt ölçütünün dışına çıkılarak, özel yasadan kaynaklanan sorumluluk halinin varlığını kabul etmek gerekir. 506 sayılı Yasaya göre, daha özel nitelikteki 2918 sayılı Yasanın 108 inci maddesiyle getirilen yasal düzenlemeyle, zararlandırıcı sigorta olayına sebebiyet veren ya da sigortalı eş veya çocuklarının hastalanmasına sebep olan aracın tespit edilememesi, kazanın meydana geldiği tarihte geçerli olan bir teminat tutarları dahilinde zorunlu mali sorumluluk sigortasının yaptırılmamış olması ya da zorunlu mali sigortasını yapan sigortacının iflas etmiş olması halinde, kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının limit dahilinde birlik nezdinde oluşturulan garanti fonundan karşılanması açıkça amaçlanmış olduğundan, burada kasıt ve suç sayılır hareket ölçütünün aranması söz konusu değildir. Sigortalının halefi durumundaki kurum. 108 inci maddedeki özel düzenleme karşısında sigortalı için yaptığı masrafları garanti fonundan isteyebilir. Nitekim, Hukuk Genel Kurulu, kararlı bir şekilde 17.10.2001 gün ve 08.10.2003 günlü kararların-

da, trafik kazası sonucu yaralanan sigortalılara kurumca yapılan yardımlarla ilgili olarak, garanti fonunun 108 inci madde çerçevesinde sorumlu olduğuna oybirliğiyle karar verildiği de dikkate alındığında, 506 sayılı Yasanın 26 ve 39 uncu maddeleri çerçevesinde, kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının 2918 sayılı yasanın 108 inci maddesi uyarınca, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğinden rücuyla tahsilin mümkün olduğunun kabulü gerekir.

Sayın Başkan, değerli katılımcılar, Sayın Mehmet Ali Şuğle'yi de, büyük bir bölümünü 10. Hukuk Dairesinde geçirdiği ve böylece dairemizin çalışma düzenini ve temposunu yakınen tanıyarak, faydalandığını belirttiği doyurucu tebliğ nedeniyle kutlarım. Ancak kendisinin 11.03.2003 tarihinde verilen bir kararda, 25.04.2004 tarihinde yayınlanan Resmi Gazete'den nasıl önceden haberdar olduğumuzu hayret ettiğine dair düşüncesine katılmam mümkün değildir. Zira dikkatlice baksaydı, kararın 17.06.2003 tarihinde verildiğinde görecekti. Nitekim, bu Hukuk Genel Kurulunun kararında da -birazdan kendisine de vereceğim- bu husus özellikle belirtilmiştir, yani karar Resmi Gazete'de yayınlandığı 25.04.2003 tarihinden önceki 11.03.2003 tarihinde verilmemiş, 17.06.2003 tarihinde verilmiştir, kararın orijinal metni de yanımdadır.

Kasıt ve kusur sorumluluğuna ilişkin rücuan tazminat davalarının yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın 26 ncı maddesindeki ardalık ilkesi uyarınca, kurumun rücu alacağı, sigortalı ya da hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi tazminat miktarıyla sınırlıdır. Kurum bu tür davaları, sigortalının halefi sıfatıyla açtığına göre, davanın sigortalı ya da hak sahipleri tarafından açılması haline göre, davanın sigortalı ya da hak sahipleri tarafından açılması halinde istenebilecek tazminat miktarının kurum tarafından açılan tazminat miktarlarında da istenilmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmadığı düşüncesindeyim. Her artışın yeni bir olgu olduğu özellikle vurgulanarak sonuca giden 01.07.1994 gün ve 3/3 sayılı içtihadı birleştirme kararından sonra dairemiz ve Yargıtay, kanun, kararname ve katsayı değişiklikleri nedeniyle yapılacak artışların maddi zarar uygulamadaki söylenişiyle, tavan miktarıyla sınırlı şekilde 26 ncı maddedeki sorumlulardan istenebileceğine dair uygulamasını kararlı bir şekilde sürdürmektedir. İçtihadı birleştirme kararında da açıkça belirtildiği gibi, yasa koyucu 1479 sayılı Yasanın 63 üncü maddesinde, ilk peşin gelirler ölçütünü benimsediği halde, 506 sayılı Yasanın 26 ncı maddesinde, bu türlü her türlü gider tutarları ve gelir bağlanırsa, bu gelirlerin peşin sermaye değerleri toplamının, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere ödetilebileceği ölçütünü benimsemiştir. Yasa maddesi hükmündeki, içtihadı birleştirme kararı değiştirilinceye kadar bugünkü uygulamasının sürdürüleceğine kesin gözüy-

le bakılmak gerekir. 506 sayılı Yasanın 10 uncu maddesinde düzenlenen kusursuz sorumluluğa ilişkin olarak, Sayın Sözer'in tebliğine cevap bölümünde arz ettiğim düşüncelerimi burada aynen tekrar ediyorum. Ancak Sayın Şuğle'nin çalıştırdığı sigortalıyı kuruma bildirmeyen işverenin, bu sigortalıyla ilgili zararlandırıcı sigorta olayından %100 kusurlu sayılması gerektiği, giderek kusur araştırmasının dahi gerekmediği, sorumluluk için iş kazası ile yapılan iş arasında uygun illiyet bağının bulunmasının yeterli olduğu, ayrıca 10 uncu madde ile 26 ncı maddenin karşılaştırmada kullanılmasının isabetsiz olduğu şeklindeki düşüncelerine katılmamız mümkün değildir. İş kazasının %100 kaçınılmazlık ya da sigortalının %100 kusuru sonucu meydana gelmesi durumunda, zararlandırıcı sigorta olayında hiç kusuru bulunmayan, sadece sigortalının işe girişini, süresinde kuruma bildirilmediği için, medeni bir cezaya çarptırılan işverenin %100 kusurlu kabul edilmesi hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Farklı kusur durumlarına göre, Borçlar Kanununun 43 ve 44 maddeleri çerçevesinde hakkaniyet indiriminin yapılması bu nedenle isabetlidir.

Sayın Şule'nin 3201 sayılı Kanunla ilgili düşüncelerine gelince, 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun, borçlanmanın geçerliliği için yurda kesin dönüşü şart kılan 3 üncü maddesi, Anayasa Mahkemesinin 12.12.2002 gün ve 36/198 sayılı Kararıyla iptal edilmiş ve iptal edilen bu karar 25.04.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. İptal kararının Anayasa Mahkemesince açıklanmasına müteakip, kısa karar metni yüksek mahkemeden istendikten sonra, Hukuk Genel Kurulunda ve Yargıtayın 10 ve 21. hukuk dairelerinde ve buna bağlı olarak ilk derece mahkemelerinde çok sayıda dosyanın beklediği de dikkate alınarak, genel kurulda bekleyen pek çok dosya ele alınmış ve 05.02.2003 günü Hukuk Genel Kurulu Kararında, iptal kararlarının henüz Resmi Gazetede yayımlanmadığı öncelikle ve özellikle belirtilerek, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin genel prensipler nazara alınarak inceleme yapılmış, iptal kararıyla borçlanmanın geçerliliği için aranan kesin dönüş yapılmış olması koşulunun yasa metninden çıkarılmış olması karşısında, borçlanma işleminin kesin dönüş yapılmadığı gerekçesiyle kurumca iptalinin yerinde olmadığı vurgulandıktan sonra, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının iptal edilen yasa kuralına dayanılarak, daha önce verilip kesinleşen kararlar yönünden hükme etkili bulunmadığına ve bu şekildeki davaların kesin hüküm nedeniyle reddi gerektiğine, borçlanmanın geçerliliği için yurda kesin dönüşün zorunlu olmadığına, yurda kesin dönüş koşulu yerine getirilmeksizin yapılan borçlanmaların geçerli olduğuna, 3201 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi uyarınca, yurda kesin dönüş yapılmadıkça, yaşlılık aylığı bağlanamayacağına ve giderek aylığın başlatılmamasına, hukuken

askıya alınan yaşlılık aylıklarının yurda kesin dönüşün gerçekleştiği tarihi takip eden aybaşından itibaren yeniden ödenmeye devam olunması gerektiğine ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararının elde bulunan ve kesinleşmemiş bütün davalara uygulanmasının zorunlu bulunduğuna karar verilmiş, gerek Yargıtayın ilgili dairelerinde, gerekse ilk derece mahkemelerinde bekleyen pek çok dosya sigortalılar lehine karara bağlanmıştır.

3201 sayılı Kanunla ilgili bütün müzakerelerde bulunmuş ve karara yürekten katılmış bir arkadaşınız olarak gönül rahatlığıyla, kararın eleştirilmesi yerine, alkışlanması gerektiğini özellikle belirtmek isterim. Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yasalar uygulanırken, söze değil, öze üstünlük tanıyan bir yorumla sonuca gidilmeli, anılan Hukuk Genel Kurulu kararında olduğu gibi, sigortalılar lehine cesurca alınmış kararlar verilebilmelidir. Anayasanın 153 üncü maddesi lafsıyla yorumlanarak, sigortalılar mağdur edilmemelidir.

Konuyla ilgili olarak, hükmün; Hukuk Genel Kurulu kararı doğrultusunda, hükmü temyiz etmeyen sigortalı lehine bozulmasının aleyhe bozma yasağına aykırı olması şeklindeki düşünceye de katılmamız mümkün değil. Anılan karar, Hukuk Genel Kurulu kararının yayınlanmasından sonra 17.6.2003 tarihinde verilmiştir. 11.03.2003 olarak yazılan karar, maddi daktilo hatasıdır, az önce belirttiğim gibi, 17.06.2003 tarihlidir. Biz kararımızda diyoruz ki, "Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının maddi anlamda kesinleşmiş hükümler dışında kalan davalar yönünden usuli kazanılmış hakkın istisnası niteliğindedir". Burada bu kararı yazan bir arkadaşınız olarak, yaptığım araştırmada, özellikle Prof. Dr. Baki Kuru'nun en son çıkardığı "Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu" kitabının altıncı cildinin altıncı baskısının 6346 ncı sayfasında Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının usuli kazanılmış hak ve aleyhe bozma yasağının istisnasını teşkil ettiğini özellikle belirtmek isterim. Daha sonra bu karar, direnme yoluyla, Sayın Resul Aslanköylü başkanımızın muhalefet şerhindeki, aleyhe bozma yasağı ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle, Hukuk Genel Kuruluna geldi ve Hukuk Genel Kurulu, direnme kararını benim de bulunduğum müzakerede Anayasa Mahkemesi kararlarının usuli kazanılmış hak ve aleyhe bozma yasağının istisnasını teşkil ettiği gerekçesiyle oybirliğiyle bozdu. Sayın Başkanımız o tarihte henüz Yargıtaydaki görevini sürdürüyordu, ancak kendileri her nasılsa öyle düşündüler, onun takdirlerine her zaman olduğu gibi saygı duyuyorum. Ancak bizim çoğunluk düşüncemiz, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenmiş oldu.

Kanaatimizce, gerek dairemiz bozma kararı, gerekse Hukuk Genel Kurulunun bozma kararı, sosyal güvenlik hukukunun genel prensiplerine uygun olarak verilmiş, örnek nitelikteki kararlar şeklinde değerlendirilmelidir.

Yaş düzeltmeye ilişkin olarak, dairemizce oyçokluğuyla verilen ve tebliğe konu edilen 29.05.2003 günlü kararda, çoğunluk ile benim de aralarında bulunduğum azınlık arasındaki görüş ayrılığı şudur: Yaşlılık aylığı bağlanmasında sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarihte, nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihinin mi, yoksa çalışmanın başlamasından sonra mahkeme kararıyla düzeltilen tarihin mi esas alınacağı noktasında toplanmaktadır. Mahkeme kararı, çoğunluk oylarıyla, davacının salt yaşlılık aylığına hak kazanmak amacıyla yaşını düzelttirdiği, kişilerin muvazaayla kanunun amacına hareket edemeyeceği gerekçesiyle bozulmuş; muhalefetimiz ise, Türkiye'deki sosyal güvenlik kuruluşlarının yaşlılık aylığı bağlanmasıyla ilgili 506 sayılı Kanunun 120, 1479 sayılı Kanunun 66, 5434 sayılı Kanunun 105 inci maddesinde yaşlılık aylığının bağlanmasında sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarihteki yaşının esas alınacağı şeklinde birbirine paralel düzenlemeler içermesi nedeniyle, muvazaa ölçütü araştırılmaksızın, yasa maddelerindeki açıklık nedeniyle, doğrudan ilk defa çalışmaya başlanan tarihteki yaşın esas alınması gerektiğine ilişkin olup, Hukuk Genel Kurulu daha sonra önüne gelen bu uyuşmazlıkla ilgili olarak sayın konuşmacıların belirttiği, Anayasanın 138 inci maddesine ilişkin açıklamaları da özellikle yaparak, Genel Kurul kararından aynen okuyorum: "Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 138 inci maddesi uyarınca mahkeme kararlarına uyulmasının yasal bir zorunluluk olması nedeniyle, yaş düzeltmesine ilişkin kesin yargı kararlarının yaşlılık aylığı uygulaması dışındaki uygulamalarda geçerliliğini koruyacaktır, yani yaşlılık aylığına münessir olarak geçerliliği kabul edilemez, ama 138 inci maddesi uyarınca kesinleşmiş bir yargı kararı olması nedeniyle, yaş düzeltmesine ilişkin kararların dışında geçerliliğini koruyacağına...

Oturum Başkanı- Süleyman bey çok güzel konuşuyorsunuz, ama herhalde yetişemeyeceğiz.

Süleyman Caner- Lütfederseniz, son iki dakika.

506 sayılı Yasanın 120 ve 1479 sayılı Yasanın 69 uncu maddelerdeki özel düzenlemeler karşısında sigortalıya ilk defa tescil tarihinden sonra yapılan yaş düzeltmelerinin yaşlılık aylığı bağlanmasında nazara alınmayacağına karar vermiştir. Ayrıca 5198 sayılı Yasa ile 506 sayılı Yasanın 120 nci maddesinde değişiklik yapılarak, Hukuk Genel Kurulu kararı benimsenmiştir. Bu toplantı yasaların eleştirilmesine yönelik bir toplantı olmayıp, Hukuk Genel Kurulu ya da dairelerin kararlarının değerlendirilmesiyle ilgili bir toplantı olduğundan, 120 nci maddede yapılan değişikliğin isabetliliği ya da isabetsizliği üzerinde durulmayacaktır. Bunun Anayasa Mahkemesine götürülmesi ve iptal edilmesi halinde yeniden bir değerlendirme yapılması her zaman mümkündür.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Süleyman Caner'e teşekkür ediyoruz.

Buyurun Sami Koçak beyefendi.

Sami Koçak (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi)- Sayın Başkan, değerli hocalarım, değerli katılımcılar; hepinize sevgi ve saygılarımı sunarım.

Doyurucu tebliğlerinden dolayı da, her iki öğretim görevlisini tebrik ediyorum, kutluyorum. Dairemizin kararlarının tenkidine karşı, bir önceki arkadaşım Sayın Süleyman Caner gerekli cevabı verdi. Ben buna bir iki ekleme yapmak suretiyle, fazla zamanınızı almayacağım. Benim söylemek istediğim hususlar şunlar: Sosyal Sigortalar Kanununun 26 ve 10. maddeleri, 1955 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı, 1970 tarihli yine İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı ve 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme kararları gereğince, halefiyet ve kusur esasına oturtulmuştur. SSK sigortalıya yapmış olduğu yardımları borçlusuna (işverene) ödettirme hakkı olan bir halefiyet hakkı. Burada deniliyor ki, kazalı sigortalı olayında kusurlu bulunan işveren veya üçünü kişiler, sigortalı ve hak sahiplerine bağlanan gelirlerden ilelebet sorumludurlar. Böyle bir şey yok. Nedir? Hak sahibinin veya sigortalının bu kazalı sigortalı olayında kusurları olan işverenden ve diğer sorumlulardan kusuru oranında sorumluluğunu öngören ve gerçek zarar tavanıyla sınırlı, ilelebet devam etmeyen bir rücu hakkı. Buna öğretide salt rücu hakkı, basit rücu hakkı, kanundan doğan rücu hakkı, altında halefiyet yatan rücu hakkı gibi birçok tanımlar ileri sürülüyor, ama esası bunun İçtihadı Birleştirme Genel Kurul kararlarıyla halefiyete, kusur esasına dayalı bir rücu hakkı. Hal böyle olmasına rağmen, SSK.'ca bağlanan gelirlerden işveren veya üçüncü kişilerin sonsuza kadar sorumludur denmesi, beni zaman zaman üzüyor. Yüce heyetimize bu durumu arz ederim.

10 uncu madde de çok önemli bir madde ve 26'ya paralel olarak tanzim edilmiştir. Burada işverenin sorumluluğu, bazılarına göre medeni bir ceza, bazılarına göre başka bir husus, o da şu: Yüzdeyüz iş bildirgesini bildirmeyen işvereni sorumlu tutmak. Burada neden böyle ağır bir ceza? Bir defa işveren çalıştırdığı işçinin işe giriş bildirgesini vermeyerek, çalışanları sosyal güvenlik hakkından mahrum ediyor. Sigortayı gelir mahrumiyetinde bırakıyor ve binlerce sigortalıya hizmet verme, parasal yönden imkânını da ortadan kaldırıyor ve kayıtdışı çalışmayı özendiriyor. Elbetteki bunun sorumluluğu olacak. Biz yine işvereni, olaydaki kusursuz, yani bunun dışında bir kusuru olmaması nedeniyle, borçlar kanunu 43, 44 üncü maddesine göre bir indirim yapıyoruz hakkaniyete uygun; ama işverenler eğer daha çok sızlanıyorsa, "yatırım

yapamıyoruz, zarar ediyoruz, iflas ediyoruz" diyorlarsa, benim önerim var, bunu kürsüde de söyledim, yine de devam ettiriyorum: Çalışanlarını özel sigorta yaptırsınlar, bu mümkündür yahut da 1475 sayılı eski Yasanın 73 üncü maddesindeki, çalışanların ruhsal ve bedensel hayatını, sağlığını koruyacak tedbirleri aynen yerinde alsınlar.

Bunları söyledikten sonra, beni dairede üzen bir uygulama var, onu söyleyeyim. Burada sigorta ve Bağ-Kur avukatı da vardır, ilgililere iletsinler. Bağ-Kur'da olsun, SSK'da olsun, isteğe bağlı sigortalı gidiyor kuruma ve ilgili birime diyor ki, "benim isteğe bağlı sigortalılığım var, bir kısım primlerimi ödemedim, sigorta sicil numaram bu. Benim ne kadar borcum var, bunu hesaplayın ve hangi tarihte emekli olurum?" Dosyası ilgililerce çıkartılıyor, "senin şu kadar prim borcun var, bunun şu kadar gecikme zammı var, faizi var, toplum bu" diyorlar. "Ben bunu ödesem olur mu, kabul eder misiniz?" diyor. Her iki kurum paraya dayanamıyor, hemen alıyor. "Peki, ben ne zaman emekli olacağım?" diyor, 10 yıl sonra mesela, 10 yıl bu sigortalıdan aldığı primleri değerlendiriyor, ümit veriyor. Bir yanıltması yok sigortalının, burada kurumun bir kabulü, en azından bir kusurlu davranışı var. Öbür taraftan da sigortalının iyi niyeti var. geliyor 10 yıl sonra, veriyor dilekçesini, "ben emekli olacağım, beni emekli edin" diyor. Alıyorlar dosyayı, "sen bu tarihler arasında 10 gün zorunlu SSK'lı çalıştın veya zorunlu bir başka yerde çalıştın, zorunlu vergi kaydın var, o çalışman nedeniyle sigortalılığın sona erdi, talebin de yok, sigortalılığını devam ettirecek bir ödemen de yok, yani muntazam, senin işin bitti" diyorlar, 10 sene gitti. Türkiye'de istihdam belli, herkesin para durumu belli, bu vatandaş 50-60 yaşına geliyor, sokağa bırakılıyor. Ben burada diyorum ki, iyi niyet korunmalı, dairede arkadaşlara anlatamıyoruz, kanun neyse bu olacak ve vatandaş da sokakta kalıyor. Bunu arz ederim.

Yaş meselesi, hocam çok güzel söyledi, hakikaten yargıya müdahale var. Biliyorsunuz, kırsal kesimde doğumlar nüfusa zamanında bildirilmiyor ve sanayi kesiminde, diğer kesimlerde daha çok, fakir insanların çocukları çalışıyor. Biz çoğunluk kararı olarak diyorduk ki, kesinleşmiş bir yaş tashihi kararı varsa, Anayasanın 11, 138 inci maddesi gereğince, bu gerçek kişileri ve tüzelkişileri bağlar, bu husus eleştirilemez, buna uymak gerekir. Ayrıca 5434 sayılı Yasanın 105 inci maddesinin 2 nci fıkrası sanıyorum, 18 yaş öncesi, o da bir sosyal güvenlik meselesidir, velisi tarafından yapılan yaş tashihlerini kabul ediyor. Kurum da, sanıyorum yönetmeliğin 85 inci maddesi, yaş tashihi davalarını kabul ediyordu. Biz de, muvazaa yoksa, yani 1970 senesinde girmiş, altı ay sonra, bir sene, iki sene sonra yaş tashihi yaptırmış, neden yaptırmış? Ya askere gidecektir, ya okula gidecektir, ya evlenmesi için, ta ileriye dönük

bir muvazaa yapması imkânı yok. Bu halde yapılan tashihleri kabul ediyorduk. Şimdi hem 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunundaki o 18 yaş öncesi kabul edilmedi, tamamen de bizim bu uygulamamız 120 nci maddeyle kaldırıldı. Bunun hakikaten, arkadaşımın dediği gibi, ya Anayasa Mahkemesine veya yasamanın bu konuyu gözden geçirmesi lazım, binlerce çalışan var, fakir memlekette bunlara yazık oluyor.

Bir de, Anayasanın 3201 sayılı Yasa ile ilgili iptal maddesinin kesinleşmemiş, müktesep hak oluşmamış, henüz derdest davalara bu iptal kararının teşmil edileceği konusu, arkadaşım da söyledi, bu Baki Kuru'ya göre de, öğretiye göre de, bizim uygulamalarımıza göre de, hakikaten müktesep hak konusu oluşturmuyor. Derdest davada, Anayasa mahkemesinin iptal kararının temyiz edilmeyen bir davaya uygulanması, sosyal güvenlik hakkının kamu düzenine ilişkin olması ve vazgeçilmeyecek bir hak olması karşısında, derdest olan davalara uygulanması yerindedir.

Hepinize saygılar sunuyorum.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim Sami bey.

Asuman hanım buyurun.

Asuman Celkan (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi)- Sayın Başkan, değerli katılımcılar ve çok değerli hocalarımız; gerçekten nitelikli, özgün ve çok verimli çatışmaların neticesi olduğu anlaşılan tebliğlerinizden ötürü sizi candan kutluyorum.

Büyük ölçüde, aramızdaki uyuşmazlık, yani Yargıtay Dairelerinden çıkan kararlarla, sizin görüşleriniz arasında fazla bir fark yok. Ben sadece burada, her iki akademisyen arkadaşın ortak ele aldığı kararlar ile değerli Yargıtay üyesi arkadaşlarımın kısmen değindikleri ortak konular ile, hiç değinilmeyen hususlara değinmek istiyorum, öncelikle, 506 sayılı Yasanın 120 nci maddesinde belirtilen sigortalıların yaş tashihlerinin, sigortalılık kayıtlarında değişikliğe neden olup olmayacağı hususu çok önem arz etmektedir. Şimdi, biz burada, bir yaş tashihi yargılama usulünün ne şekilde gerçekleştirileceğinin irdelemesini yapmak durumunda değiliz ve yaş tashihi yapmaya görevli mahkemelerin de asliye hukuk mahkemeleri olduğu H.U.M.K.'da belirtilmektedir. Yaş tashihleri, bazen Ceza yargılaması sırasında konu edildiğinde, Ceza Hakimi tarafından dahi ele alınıp sonuca gidilebilirse de, uygulamada, iş mahkemelerinde yaş tashihlerinin ön mesele olarak görülmesine nadiren rastlanmaktadır. Bu hususun, tebliğ konusu olarak önümüze gelmesinin nedeni, diğer konuşmacı arkadaşlarımın da az önce sundukları gibi, 506 sayılı yasanın 01.04.1981

tarihinde değiştirilen 60-G maddesinde; SSK'da sigortalılık başlangıç yaşının 18 olarak öngörüldüğü, Emekli Sandığı Yasasında ise alt sınırın zaten 18 yaş olduğu görülmektedir. 01.04.1981 tarihinden önce başlayan sigortalılıklar için, 18 yaşı doldurma koşulu aranmamakta idi. Yaşlılık aylığını hak etmek için gerekli olan 50-55 yaş koşulu ile, 20-25 yıl sigortalılık süresini kısaltmak amacı ile bu yola başvuruluyordu. Bunun yanı sıra, kazai rüşt, evlenme, ceza yargılamasından kurtulmak veya lehe hüküm tesisi gibi çeşitli sebeplerden dolayı, erken yaşlarda alınmış yaş tashihi ilamları bulunmaktadır. Bunların kullanılması da gerçekçilik adına çok doğaldır, doğrudur da. Fakat ben bir dönem tetkik hakimi olarak Yargıtay 10 ncu Hukuk Dairesinde çalışmıştım, 10 küsur yıl önceydi, ilin ismini söylemeyeyim, o yöreden çok fazla, 50-55 yaşlarına yaklaşan kişilerin emeklilik yaşları yaklaştığı için yaş tashihi yaptırıp, sigortalılığa bağlı yaşlılık aylığı bağlanması talepleri gelmeye başladı. Dairece bu gelişmeleri izledikten sonra, bu talepler, önceleri münferit olaylar olarak düşünülüp, zararsız gibi kabul edilmişti. Çünkü Anayasanın 138 nci maddesi çerçevesinde, asliye hukuk mahkemelerince verilen yaş tashihi kararlarını tartışmak olmaz, verilen hükümler, diğer mahkemeleri ve taraf olan iradeyi de bağlamaktadır. Ancak, bu yaş tashihi davalarında, SSK'nın taraf bulunmadığı göz ardı edilmemelidir. Sonraları, Dairece, açılan tespit dosyaları, bu nedenle daha dikkatli incelemeye alındı, tespit dosyaları içerisine yaş tashihi dosyaları getirtilip, yargılamanın sadece iki tanık dinlenerek mi yapıldığı, yoksa sigortalının, kemik grafisi çektirilip adli tıptan görüş alındıktan sonra ve doğum tutanak kaydında ismi geçen kimselerin tanık olarak dinlendikten sonra mı hüküm verildiği konusuna girildi, yani "nitelikli bir yargılama yapılmış mıdır" diye irdelendi. Önceleri bu yargılama sonuçları geçerli kabul edildi ise de, daha sonra benzer talepler artınca, istemler olumsuz sonuçlandırıldı. Bu nedenle başlangıçta yaş tashihleri sigortalılık başlangıçları için geçerli sayan kararlar alınıp, sonraları ise, geçersiz kabul edilen kararlar oluşmaya başlayınca, ortaya ikili uygulama çıkmış oldu. Gelişen bu durum, eşitler arasında eşitsizlik yaratma gibi bir durum meydana getirdi. 21 nci Hukuk Dairesine ait bir kararın, Mahkemenin ısrarı üzerine Hukuk Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında, sigortalının tescilden sonra aldığı yaş tashihi ilamının, yaşlılık aylığı şartlarında dikkate alınmaması gerektiği hususunda, topluca görüş bildirildi. Hemen sonraki zamanda, zaten 506 sayılı Yasanın 120 nci maddesinde Haziran 2004 tarihinde, 5198 sayılı yasa ile yeni hükümler getirilerek, mevcuda daha net bir açıklama getirilerek, tescilden sonraki yaş tashihlerinin emeklilik işlemlerinde geçerli sayılmayacağı hususu kuvvetlice vurgulandı. TC Emekli Sandığı Yasası, SSK ve Bağ-Kur Yasalarında yaş koşulunu esas alan hükümler arasında birlik sağlanmış oldu. Diğer yandan, Genel-Özel Yasa kavramına girdiğimizde, özel bir yasa varken, daha genelinden söz etmek

mümkün değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı Yasaları daha özel nitelikli yasalar olduğu için, özel yasa hükümlerine öncelik vermemiz gerekmektedir.

Bundan başka, 3201 sayılı yasanın uygulanması ile ilgili kararlara gelince, iki değerli üye arkadaşım tarafından da konu ele alındı, 10. Hukuk Dairesinde de, 21 nci Hukuk Dairesinde de sözü edilen Yasaya ait uygulamalar aynılık arz etmektedir. Akademisyen arkadaş, sadece 10. Hukuk Dairesi arşivinde çalışma yaptığı için, bu yasaya ilişkin 21 nci Hukuk Dairesi kararlarını inceleyemediler. Mahkemenin ısrar kararı üzerine, Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir dosyada, dava açıldıktan sonra, bir başka mahkemece, 3201 sayılı yasanın 3 ve 6 ncı maddelerinin Anayasaya aykırılığından dolayı Anayasa Mahkemesine itiraz davası açıldığından, 3 ncü maddeye ilişkin çıkan iptal kararının bu dosyadaki dava konusuna etkisi tartışıldı. Bu nedenle, 3201 sayılı yasanın 3 ncü maddesinin Anayasa Mahkemesinden iptal istemi, yargılama süreci, iptal hükmü ve bağlayıcılığı olmak üzere kısımlara ayırarak incelemek gerekir.

3201 sayılı yasanın 3 üncü maddesinin kapsamı nedir? Bir dönem, iptale gidinceye kadar olan dönemde (yani 12.12.2002'ye kadar, iptale başvurulmadan önceki dönemde), yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarından yurda kesin dönüş yapmamış olanların, borçlanmaları geçerli olmamaktaydı. Borçlanma yapanların, borçlanmaları iptal edilip, bağlanan aylıkları kesilmekte, hatta ödenenler geri istenmekteydi. Bu zamanda açılan davalar retle sonuçlanıp, 10 ve 21 nci Hukuk Dairelerince bu kararlar onanmakta idi. Bu dönemde, yasa maddesi ve içtihatlar birbirine paralel gitmiştir. Daha sonra bir dava mahkemesince, Anayasanın 152 nci maddesinde anlatılan nedenle ve prosedürle, somut norm itiraz davası açılarak, Anayasa Mahkemesine başvuruldu, sonuçta, 3201 sayılı yasanın borçlanma için yurda kesin dönüş koşulunu arayan 3 ncü maddesinin iptal edilmesi sağlanmıştır. İptale ilişkin kısa karar 12.12.2002 tarihinde tefhim edilmiştir. Ancak, bir Yasanın iptal hükmünün geçerlik kazanması için resmi gazetede yayınlanması gerekmekte olup, bu sırada bir önceki Yasa da, bu tarihte yürürlükten kalkmaktadır. Anayasa mahkemesinin 3 ncü maddeye ilişkin iptal kararı, 25.04.2003 tarihinde resmi gazetede yayınlanmıştır. Anayasanın 152 nci maddesine göre açılan itiraz davaları sadece başvuran mahkemeyi bağlamakta iken, 1982 Anayasasında ise, benzer işlere bakan bütün mahkemeleri bağlamaktadır. Anayasanın 153 ncü maddesinde; iptal kararlarının sonuçları, mahkemeleri, idareyi bağlar" hükmü yer almaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunan mahkemeler, itiraz sonucunu bekler, iptal ile sonuçlandığın-

da, bu kararı, davalarında kullanırlar, bir nevi bekletici mesele yapılır. Eğer iptal sonucundan yararlanılmayacaksa, neden iptal başvurusunda bulunulsun? Diğer bir iptal başvurusu, Anayasanın 151 nci maddesinde yer almaktadır. Yasa çıkarıldıktan sonra 60 gün içinde Cumhurbaşkanı veya Ana Muhalefet Partisi ... tarafından Anayasaya aykırılık iddiası ile iptal davası açılabilir. Buna da soyut norm davası diyoruz, yani herhangi bir uyuşmazlık henüz meydana gelmeden iptal davası açılabilmektedir. O zamana kadar elde edilen haklar, yasa iptal edilse dahi, iptal kararı geriye yürümez, bu nedenle kazanılmış haklar geri verilmez. 151'deki iptal başvuru sonuçları ile, 152'deki iptal başvuru sonuçları birbiri ile karıştırılmamalıdır. İptal kararları geriye yürümez ilkesi, Anayasanın 151 nci maddesindeki başvuru sonuçları için geçerlidir. Bu nedenle yukarda bahsedilen dava dosyasındaki iptal başvurusu, Anayasanın 152 nci maddesindeki itiraz olduğundan, çıkan iptal sonucu geriye yürümezlik ilkesi ile bağdaşmaz. Zira, 153 ncü maddede anlatılan iptal kararı geriye yürümez ilkesi, Anayasanın 151 nci maddesindeki gelişen iptal kararları için geçerlidir. 153 ncü madde; 151 ve 152'deki halleri anlatan ortak kaleme alınmış bir maddededir.

Oturum Başkanı- Asuman hanım, özetleyelim.

Asuman Celkan- Efendim, ben yeni başladım. Burada son derece değerli hocalarımız var, onların karşısında eksik şeyler söylemek istemem. Bunu size anlatmak durumunda değilim, ben genel kurulda da 3201 sayılı yasa ile ilgili olarak yukarıda belirttiğim görüşleri savunmuştum. Anayasa Mahkemesi yargılamasını tüm hukukçular bilir, Hukuk Fakültelerinde okutulmaktadır, ancak hafızamızın tazelenmesi açısından, bilgilerimizin bir kez daha yinelenmesi için yukarıda kısaca değindim. Yurtdışı çalışmalarının borçlanılması davaları, kitlesel davalardır, münferit davalar değildir. Münferit olsaydı, bu kadar zaman harcamaya değmezdi, ama yurtdışında bekleyen, kesin hüküm sebebiyle borçlanma hakları ketmedilen sigortalılar var, aramızdaki avukat arkadaşlara veya hakim arkadaşlara rehber olacak bir konuşmadır. Tabii, insicam bozuluyor böylece araya girilince.

Anayasa mahkemesinin iptal kararı, Resmi Gazetede yayınlandıktan sonra, önceki yasa, yürürlükten kalkar ve geçersiz hale gelir. Bu nedenle, Genel Kurul kararı, kısmen yerindedir. Hukuk Genel Kurulunun bu dosyayı incelemesi sonucu verdiği kararın birinci bölümü, yani "iptalden sonra geçerlidir" görüşü doğrudur, ancak, iptal kararının "geriye yürümezlik" ilkesi, yukarıda izaha çalıştığım nedenlerden dolayı kanaatimce isabetli değildir. Daha sonra tabii, daha nitelikli, kesin hüküm içeren benzer konulu davalar gelmiştir, borçlanma istemli ikinci açılan davalarda, HUMK'nun 237 nci maddesinde anlatılan kesin

hükmün varlığından ötürü, reddedilen yerel mahkeme kararları isabetli bulunmuştur. O kararlarla ilgili, Genel Kurul ve Doktrinden farklı olarak, "bu davalarda kesin hükmün oluşmayacağı" yolunda kişisel görüşüm mevcuttur. Bu konuları sanıyorum, gelecek sene inceleyeceğiz, çünkü, HUMK'nun 237 nci maddesine göre, davanın sebebi, davanın tarafı ve konusu aynı olmalıdır ki kesin hükmün varlığından söz edilebilsin. Koşullardan birisi olan, davanın sebebi değiştiğinde, yani olayda Yasa maddesi değiştiğinde (3201 sayılı yasanın 3 ncü maddesi iptal edilmiştir), artık kesin hüküm ortadan kalkmıştır, şartlar değiştiği için, yeni bir hüküm var demektir. Anayasa mahkemesi, yasadaki kesin dönüş şartını iptal ederek, Yasa koyucu da 3201 sayılı yasanın yeniden yazımı sırasında, 3 ncü maddeye yeni bir norm getirerek, sigortalının sosyal güvenlik hakkını ketmetmekten kurtarmaya çalışmıştır. Anayasanın 52, 60 ve 90 ncı maddeleri ile, bunlara dayanak alınan ILO sözleşmeleri ve uluslar arası ikili sözleşmelerle, yurt içinde ve yurtdışında çalışan TC vatandaşlarının, sosyal güvenlik hakları koruma altına alınmıştır. Bireysel sosyal güvenceden yoksun bırakılamaz, bu haklar vazgeçilemez, feragat edilemez temel haklardandır. Miras yolu ile kişilerin mirasçılarına intikal eder. Buna karşın, Mahkemelerce, sigortalının, yurtdışındaki çalışmasına ilişkin borçlanma talebi bir önceki davada reddedildiğinden, ikinci dava, "kesin hüküm oluştu" gerekçesi ile reddedildiğinden, borçlanma hakkı verilememektedir. Böylece, kesin hüküm var mıydı, yok muydu diye, hukuk usulündeki girift konuya girip, esası kaçırmak gibi bir durum söz konusu oluyor. Bu nedenle, benim bu hallerde kesin hüküm oluşmadığına ilişkin, Daire kararlarında "karşı oy" yazılarım vardır, ama o sadece beni bağlar, gelecek seneki seminerde herhalde tebliğ konusu olabilecektir.

Bunun dışında, 2925 sayılı "Tarımda Süreksiz Çalışan Sigortalılar" Yasası ile, 506 Sayılı Yasanın 85 inci maddesinde anlatılan isteğe bağlı sigortalıların tescillerinin ortak sayılıp sayılmayacağı konusuna girdiğimizde, bir dönem, acaba ikisi de SSK sigortalılığı sayılmalı mıdır, bir Yasadan tescil edilmiş olmak, diğerine geçiş hakkı sağlayacak mıdır diye tereddüt gösterildi. Ancak şartların aynı olmadığı, her iki Yasada prim ödeme koşulları ve prim yatırma şekli farklı olduğu görülmektedir. Nitekim, 2925 sayılı Yasada, ayda15 gün üzerinden sigortalının bizzat kendisi tarafından pul satın alınmak suretiyle; 506 sayılı Yasadaki isteğe bağlı sigortalıların ise, ayda 30 gün üzerinden kurum veznesine yatırmak suretiyle yerine getirilmektedir.

Yine, 21 nci Hukuk Dairesinin geliştirdiği içtihat ile, 4792 Sayılı Yasanın 6 ncı maddesi ve 616 sayılı Kararnamenin iptal edilmesi ile doğan Yasal boşluk doldurulmuştur. Bu hükümler yerine, ölçümleme yapmak üzere, 506 sayılı

yasanın benzer hükümlerinden yararlanılarak, hakimce, uzman bilirkişiler refakate alınarak, mahallinde keşif yapılmak suretiyle, işin niteliği, kalitesi, özelliği, kaç kişi ile yürütülebileceği ve buna ilişkin asgari işçilik ile asgari işçilik miktarının hesaplattırılması istenerek, işverence eksik ödenmiş primler için prim kaçağının önlenmesine geçilmek istenmiştir. Önceleri bu uygulamalar için yüksek 10 ncu Hukuk Dairesince bizden ayrık olarak, "artık öyle bir müfettiş grubu görevde yoktur, ölçümleme yapma yetkisi kalkmıştır, prim borcundan da işverenler bu dönemde sorumlu olmasınlar" benzeri bir içtihat üretilmişti. Daha sonra bu görüşlerini değiştirdiklerinden, Dairemizle ortak uygulamaya geçilmiştir.

6183 Sayılı Yasanın 58 nci maddesi malumunuz, "kuma alacağının tahsiline ilişkin ödeme emrini içeren" maddedir, yani prim borçları 6183 sayılı yasaya göre takip edilir. Muhatabı, tebliğden itibaren yedi gün içinde borca itiraz davası açabilir. İtiraz davası yedi gün içinde açılamayıp süre kaçırıldığında, sonuç ne olacaktır? Bu davanın, menfi tespit davası gibi açılmış bir dava sayılacağına ilişkin Dairemizin görüşü vardır. 6183 sayılı yasaya en yakın yasa olan İcra İflas Yasasının 72 nci madde hükmünden yararlanılır. 6183 sayılı yasanın 58 nci maddesine dayalı davalar, konusu dar davalardır, 58 nici maddedeki iddialar; "zamanaşımı vardır", "kısmen ödedim", "borcum yok" şeklinde sınırlı savunma getirmektedir. Oysa, İİK'nun 72 nci maddesinde, davacı eldeki bütün delillerini mahkemeye sunarak, tam yargılama safahatında, maddi olaya girilebilir. Bu nedenle işveren yararına geliştirilmiş olduğunu düşünüyoruz. Amaç, süre kaçırıldığı için, Anayasal bir hak olan dava hakkının ortada bırakılmamasıdır.

İşe giriş bildirgesinin veya primlerin, 5 yıl içerisinde kuruma verilmemişse, SSK tarafından kabul edilmiyor olması hususu; 506 sayılı Yasanın 79 uncu maddesindeki hizmet tespiti açma davası için aranan beş yıllık hak düşürücü süre ile ilişkilendirilerek, hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilmektedir. 506 sayılı Yasanın 79 uncu maddesinde, işverenlerce, sigortalı prim, işe giriş bildirgesi ve diğer belgelerin bir ay içerisinde verilmesine dair bir hüküm vardır. 506 sayılı Yasada, söz konusu belgelerin 5 yılda verilmesinin zorunlu olduğuna dair, hiçbir yerde hüküm yer almamaktadır. Bizim Dairemiz de dahil olmak üzere, "5 yıl içerisinde bildirgeler SSK'ya verilmediğinde, o çalışmalar hak düşürücü süreye uğramıştır" şeklinde içtihat üretilmiştir.

5 yıllık sürenin aranma nedenine geldiğimizde, evrakların bazı ticari defterlerin işverenler tarafından saklanması veya SSK müfettişine sunulması için 5 yıllık süre tanınmaktadır. Bu süre geçirildiğinde, işveren, "imha ettim" deyip, müfettişe sunamayabilir. Böylece SSK'ya yapılan bildirimler, dayanaksız ka-

lıp, işveren kayıtları ile beraberliği kontrol edilemeyeceğinden, çalışmalar, müfettişlikçe, "kayıtlarla teyit alınamadığından, iptaline" şeklinde geçersiz kabul edilmektedir. Bu görüşü benimsemeyen yerel mahkeme kararları, Yüksek 10 ve 21 nci Hukuk Dairelerince bozulmuş, direnme üzerine Genel Kurula geldiğinde, yüksek Daire görüşleri benimsenmiştir. Ama ben, bu 5 yıllık süreye, doğrudan rastlamadığım için, aranmaması görüşündeyim.

506 sayılı Yasanın 43 üncü maddesi yönünden incelenen içtihada gelince; sayın hocamızın değindiği gibi, SSK hastanelerinde spastik bebek doğumu yapan bir annenin geçirdiği rahatsızlıktan dolayı, hastanenin ve doktorun sorumlu olup olamayacağı, açılan tazminat davasında, görevin genel mahkemeler mi, yoksa iş mahkemesi mi olduğu konusu, Hukuk Genel Kurulunda görüşüldü. 21 nci Hukuk Dairesince;"506 sayılı Yasanın 43 ncü maddesine göre açılan davada, SSK taraf olduğundan, iş mahkemeleri görevlidir." Şeklinde görüş bildirildiğinde, bu görüş, Hukuk Genel Kurulu'nda kabul görmedi. "Hastane ile doktor arasında Vekalet sözleşmesi vardır" denildi, burada doktorun, dolayısıyla hastanenin "hizmet kusurunun" bulunduğu kabul edildi. Benzer olarak, yine vekalet akdinin varlığı kabul edilen 506 sayılı Yasanın ek 38 nci maddesinde yer alan, sigortalıların özürlü çocuklarının tedavi olduğu rehabilitasyon hastanesiyle, SSK arasındaki alacak davaları ile, sözleşmeli eczanelerin, SSK ile olan ilişkilerinde de vekalet akdi olduğu kabul edilerek, genel mahkemelerin görevli olacakları sonucuna varıldı, bu davaların temyizen inceleme yeri; sözleşme hukuku ile ilgili davalara bakan Yüksek 11. Hukuk Dairesidir, bu nedenle, uygulayıcı arkadaşlara, bu konularda kısaca, Yargıtay'ın, Yerel Mahkemeleri dava konularına göre, görevlendirmesine ilişkin bilgi vermeye çalıştım.

Şimdi, Sayın Hocamızın tebliğinde birinci olarak ele aldığı konuya dair konuşmak istiyorum: Olayda istisna akdi vardır denildi. İşyeri, bir taşıma şirketi olup, şirketin yapısı, limited şirkettir, ortaklar müdürüdür ve temsile yetkilidir. Olayda, şirket müdürü, şoförlük yapıyor kendi arabasıyla, diğer ortaklar da, yine kendi araçlarıyla taşıma işi yapıyorlar. Şirketin ortakları, şirkete ait araçlar ile, Karayolları Bölge Müdürlüğüne ait işçilerin personel taşıma işini yapmaktadırlar. Bu nedenle, kendileri bizzat Bağ-Kur üyesi olup, vergi mükellefidirler ve bu halleriyle, bunlar tabii ki, Bağ-Kur üyesidirler. Dairemizce, Bağ-Kur'lu olunca da, "Bağ-Kur'lu bir kişi hizmet akdiyle çalışmaz" görüşünden hareketle, çalışmalar, hizmet akdi olarak kabul edilmemektedir. Ancak, taşıma işi, araç maliki olmayan bir şoför tarafından gerçekleştirilmiş olsaydı, yani orada bir şoför kullanıp da, şoförle birlikte arabasını servise gönderseydi, o zaman hizmet akdi olacaktı, yani şoförüyle araç maliki arasında. Şimdi araç

maliki, kendi aracıyla gittiği için, bağımsız kazanç elde etmektedir, bu ticari bir faaliyettir. Limited Şirket, zaten müdürleri veya ortakları tarafından temsil edilir, kendiler ide bizzat şirket adına çalışmak durumundadırlar, bu çalışma, şirket ortaklığından kaynaklanan bir faaliyettir, hizmet akdinin gereği değildir. Bu nedenle Dairemizce, primlerden ortakların sorumlu tutulmaması gerektiği görüşüne varmış bulunuyoruz.

Çok vaktinizi aldım, belki hala değinemediğim hususlar vardır, kaldı, ama şimdilik bu kadar sunuyorum, çok teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Çok teşekkür ediyorum Sayın Celkan.

Değerli konuklar, tebliğe alınan 10. Hukuk Dairesi kararlarında benim de imzam bulunmaktadır. 10. Hukuk Dairesinin sayın sözcüleri, eleştirilen kararlar hakkında görüşlerini arzettiler. Karşı oy yazdığım kararda belirlenen görüşlere aynen katılmaktayım. Gerçekten, emekliye ayrıldıktan sonra da sayın daire arkadaşlarım birlikte oluşturduğumuz ilke kararlarını başarıyla sürdürüyor ve şahsen bundan dolayı mutluluk duyuyorum.

Ancak tekrar ifade etmem gerekirse kararlardaki karşı görüşüm devam etmektedir.

Ticari şirket ortaklarının sigortalılığı, dün sayın Ekmekçi'nin sunmuş bulunduğu birinci tebliğ dolayısıyla tartışılmış ve görüşlerimizi arzetmiştik. O görüşmelerde açıklamış bulunduğum düşüncelerimi aynen tekrar etmekle birlikte şimdi bu konuda Yargıtay görüşünün tarihsel gelişimini arzetmek istiyorum. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinde üye ve başkan olarak 21 yıl görev yaptığım için iddialı değilsem de yıllar itibariyle oluşan Yargıtay'ın görüşleri ezberimde sayılır. Hatta bu süre içinde hangi başkan ve üyenin ne görüşte olduğu hafızamda güncelliğini yitirmemiştir.

Örneğin, bir anonim şirketin murahhas azasının Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı mı yoksa Bağ-Kur sigortalısı mı sayılabileceği yaklaşık 1986 yılında 10. Hukuk Dairesinin gündemine gelmiş ve konunun incelenmesi tarafımıza verilmiştir. Söz konusu dava dosyasında, ülkemizde halen mevcut üç holdingden birisinin murahhas arazı yirmi küsur yıl Sosyal Sigortalar Kurumuna prim ödemiş ve yaşlılık aylığı bağlanmasını istemesi üzerine Sosyal Sigortalar Kurumu kendisinin Bağ-Kur sigortalısı sayılması gerektiği düşüncesiyle aylık bağlama istemini reddetmiş, murahhas aza ise red kararına karşı dava açmış, mahkemece dava reddedilmiş murahhas azanın, kararı temyiz etmesi nedeniyle dava 10. Hukuk Dairesinin önüne gelmiştir. Konuyu inceleme görevinin şahsımıza verilmesi üzerine konu detaylı olarak tarafımızca incelen-

miş kurulun huzuruna getirilmiştir. Dava kurulda, enine boyuna saatlerce tartışıldıktan sonra, davacının Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılması gerektiği düşüncesiyle bizim muhalefetimize karşın karar bozulmuştur. Bozma kararının belirgin özelliği, bir anonim şirketin murahhas azasının bağlı bulunduğu şirkette hizmet akdine göre çalışmış ise Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılabileceği gerçeğidir. Bu görüş o tarihten bugüne değin gerek 10. Hukuk Dairesi gerekse 21 Hukuk Dairesinde sapma göstermeksizin uygulana gelmektedir. Ancak diğer bir bozma nedeni yaklaşık 20 yıl kadar kuruma prim ödeyen kimsenin Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılmamasının Medeni Kanunun 2. maddesinde anlatımını bulan iyi niyet kuralları ile bağdaştırılamayacağıdır. Biz bu ikinci gerekçe nedeniyle bozma görüşüne katılmakla beraber, murahhas azanın, şirkette gördüğü isim özelliğine ve niteliğine göre, çalışmalarının vekalet akdine dayandığı, büyük bir anonim şirketi yöneten ve murahhas aza niteliğini taşıyan kimsenin çalışmalarında hizmet akdinin koşullarından olan bağımlılık koşulunun gerçekleşmiş olamayacağı düşüncesiyle karara karşı oy yazdık. Bu düşüncemiz öğretide, sayın Ali Güzel ve Ali Rıza Okur'un yapıtlarında destek görmüştür.

Ticari şirket ortaklarının sigortalılıklarıyla ilgili görüşlerimizi dün sunulan birinci tebliğin tartışılması sırasında açıkladığımız için burada daha fazla detaya girmeyeceğiz. Orada arzetmiş bulunduğumuz görüşlerimize yollamada bulunmakla yetiniyoruz.

Gerçekten Sosyal Sigortalar Kurumuna yıllarca prim ödeyen sigortalıya, iş, yaşlılık aylığı bağlama aşamasına geldiğinde aylık bağlamamak Medeni Kanunun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarına aykırıdır. O nedenle, aynı doğrultuda görüş bildiren değerli hocamız ve 10. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Sami Koçak'ın düşüncelerine katılmaktayım.

Öbür yönden, ifade ettiğimiz gibi örneğin, ülkemizde hayatları kamuya mal olmuş bulunan bir holdingin yönetim kurulu başkanının hem holding yönetmesi hem de yönetim kurulu veya diğer bir kurulun buyruğu altına girmek suretiyle hizmet akdine göre çalışmış olması hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine aykırıdır. Bize göre aslolanın anonim şirket kurucu ortaklarıyla yönetim kurulu üyelerinin Bağ-Kur sigortalısı sayılmaları gerektiğidir.

Bunlar, çok istisnai durumlarda Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılabilirler. İş mahkemelerinin önüne böyle bir uyuşmazlık geldiği takdirde, özellikle iddianın kanıtlanması açısından özel bir duyarlılık göstermeli, şirketin kayıtları üzerinde inceleme yaptırılmalı, gerçekten diğer sigortalılar gibi mesai saatlerine uyup uymadıkları, ana sözleşmede hizmet akdine göre çalışabile-

ceklerine ilişkin bir kaydın bulunup bulunmadığı, diğer yönetim kurulu üyelerinin aksine, sürekli ve düzenli bir biçimde çalışıp çalışmadıkları, ayrıca ücret alıp almadıkları araştırılıp incelenmeli ve deliller inandırıcı ise bireyin Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalılığına karar verilmelidir. Yargıtay'ın, tebliğde yer alan baskın çalışma ile ilgili kararına gelince, baskın çalışma ilkesi ilk defa 10. Hukuk Dairesi kararıyla benimsenmiş, daha sonra 21. HD ve HGK'da aynı görüşe gelmiştir.

Baskın çalışmadan kastedilen amaç, bireyin aynı zaman dilimi içinde hem kendi adına ve hesabına,. hem de hizmet akdine göre çalışması halinde Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı mı yoksa Bağ-Kur sigortalısı mı sayılacağıdır.

10. Hukuk Dairesinin baskın çalışma görüşüne yer veren ilk kararının dayanağı olan maddi olguyu net olarak anımsamaktayız. Söz konusu davada geçen maddi olguya göre, sigortalı, kendisine ait ticari takside çalışmaktadır ve giderek vergi dairesine de gelir vergisi mükellefi sıfatıyla kayıtlı bulunmaktadır. Başlangıçta bu kimsenin zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılması gerektiği tartışmasızdır. Ne ki anılan kimse, Bağ-Kur sigortalılığı devam etmekte iken Ankara Belediyesine işçi sıfatıyla işe girmiş ve resmi kayıtlara göre gündüz sabahtan akşama kadar belediyeye ait işyerinde hizmet akdinin tüm koşullarını oluşturacak biçimde çalışmalarını sürdürmüştür. Ancak, Sosyal Sigortalar Kurumu bu kimsenin daha önceki bir tarihte Bağ-Kur sigortalısı olması nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalılığını geçerli saymamıştır. Gerçekten kurumun red kararı, Yargıtayımızın daha önceki oturmuş ve yerleşmiş görüşüne uygundur.

Ne var ki 10. Hukuk Dairesi, az önce değinilen davanın temyiz incelemesinde görüş değiştirmiş, birey, daha önce Bağ-Kur sigortalısı niteliğini kazanmış olsa bile, mesaisinin ağırlığı Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılmayı gerektiren bir işyerinde geçmiş ise Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılabileceğine karar vermiştir.

Karşı görüşlere saygı duymakla beraber bizce de 10. Hukuk Dairesinin kararı doğrudur. Zira Sosyal Sigortalar hukukunda önemli olan fiili çalışmanın niteliği ve süresidir. Somut olayda sigortalının belediye işyerinde hizmet akdine göre çalıştığı ve sigortalı sayılma koşullarının gerçekleştiği açıktır. Şayet önceden başlayan Bağ-Kur sigortalılığına değer verilmediği takdirde Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılabileceği de tartışmasızdır.

Kararda sözü edilen sigortalı, son olarak çalıştığı işyerinde çalışırken iş kazası geçirdiği veya meslek hastalığına tutulduğu ve Sosyal Sigortalar Kuru-

mu sigortalısı sayılmadığı takdirde kendisine sürekli işgöremezlik geliri bağlanamayacaktır.

Bilindiği gibi iş kazaları ile meslek hastalıkları sigortası, Bağ-Kur Kanunu kapsamına alınmamıştır. Hal böyle olunca, örnek kararda adı geçen sigortalının, Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılması her yönden çıkarınadır. Her ne kadar zorunlu sigortalılıkta, bireyin çıkarı sigortalılığın belirlenmesinde bir ölçü değilse de, yasa koyucu gibi yeni hüküm getirmemek şartıyla yasalar, sigortalıları ve toplumu mutlu kılacak şekilde yorumlanmalıdır.

Önemle belirtmek gerekirse, sosyal güvenlik yasalarında önceden başlayan sigortalılığa değer verileceği, sonraki tarihlerde başlayan sigortalılığa değer verilemeyeceğine ilişkin bir hükmün bulunup bulunmadığının tartışılması gerekmektedir. Sosyal Sigortalar Kanununun 3. maddesinde, kimlerin sigortalı sayılamayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddeye göre "Kanunla kurulu emekli sandıklarına aidat ödeyenler" sigortalı sayılmamaktadır (SSK.m.3 I-F). Anılan (F) bendinde yer alan hüküm, başka sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak çalışanların SSK sigortalısı sayılamayacağı anlamındadır.

Şayet bireyin çalışmaları kanunla kurulu diğer sosyal güvenlik yasalarında öngörülen sigortalı sayılma koşullarını oluşturacak biçimde geçmiş ise o kuruma prim ödememiş olsa bile SSK sigortalısı sayılamaz. Zira zorunlu sigortalılıkta, ilgili sosyal güvenlik kurumunun re'sen prim tahsil etme yetkisi vardır.

SSK'nun (m.3-I-F) bendine koşut bir hüküm de Bağ-Kur kanununda yeralmıştır (Bağ-Kur K.m.24/2).

Anılan maddenin 2. fıkrasında, kanun ve kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulu sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalanların –diğer koşullar da gerçekleşmiş ise- Bağ-Kur sigortalısı sayılabileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer bir deyişle, başka sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışanlar, diğer tüm koşullar oluşmuş olsa bile Bağ-Kur sigortalısı sayılamayacaktır. Görüldüğü gibi gerek SSK'nın gerekse Bağ-Kur Kanununun ne sözü edilen ve ne de diğer maddelerinde önceki tarihlerde başlayan sigortalılığa değer verileceği, sonraki tarihlerde başlayan sigortalılıklara değer verilemeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır.

Hal böyle olunca, gerek SSK'nın 3. maddesinin (F) binde gerekse Bağ-Kur kanununun 24. maddesinin 2. fıkrası şöyle yorumlanabilir: Asıl çalışma (=ağır

basan çalışma), hangi sosyal güvenlik yasası kapsamına giriyorsa birey o sosyal güvenlik yasası kapsamında olup diğer sosyal güvenlik yasaları kapsamında sayılamaz. Somut olayda bireyin asıl çalışması SSK kapsamına girdiğine göre, Bağ-Kur Kanunun 24. maddesi hükümlerine göre Bağ-Kur sigortalısı değil, SSK sigortalısı sayılır.

Bilindiği gibi yasalar amaç değil birer araçtırlar. Asolan insanların mutluluklarını sağlamaktadır. Söz konusu karardaki görüşün hem sigortalıyı hem de diğer kişileri mutlu kılacağı tartışmasızdır ve giderek böyle bir yorum tarzı, yeni bir hüküm koyma anlamında değildir.

Diğer taraftan, ülkemizde ücret yetersizliği nedeniyle sigortalıların, başarabildikleri takdirde, ikinci ek bir iş yaptıkları bilinen ülke gerçeklerindendir. Sigortalıların ek iş yapmalarının engellenmesi fayda değil zarar getirir. Somut olayda sigortalıyı SSK sigortalısı saymamak çalışmış olduğu ek işten vazgeçme sonucunu doğurur.

Tebliğe alınan, hizmet tespiti davasından vazgeçilip geçilemeyeceğine ilişkin kararın irdelenmesine gelince, bilindiği gibi 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 15. maddesine göre, bu konuda ayrık bir hüküm yoksa yargılamada HUMK hükümleri uygulanır. İMK'nda feragata ilişkin bir hüküm bulunmadığından HUMK'nu gereğince sigortalının açmış bulunduğu tespit davasından vazgeçebileceği görüşündeyim.

Sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceğine ilişkin SSK'nun 6. maddesi hükmü, açılan davalara HUMK hükümlerinin uygulanmasını engelleyemez. Zira HUMK 6. maddeye nazaran uygulama önceliğine sahiptir.

Tebliğe alınan 21. Hukuk Dairesi kararında, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okulun müdürünün, okulda sigortalı olarak çalışanların prim borcundan ötürü işverenle birlikte müteselsilen mutlak biçimde sorumlu tutulacağına karar verilmiştir. Oysa SSK'nun 80. maddesinin sondan bir önceki fıkrasına göre, üst düzey yöneticiler haklı bir neden olmaksızın prim borcunu ödememişlerse müteselsilen sorumludur. Nitekim yakın bir tarihte Hukuk Genel Kurulu, okul müdürü, haklı bir neden olmaksızın prim borcunu ödememişse sorumlu tutulabileceği, haklı neden varsa sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Biz de bu görüşteyiz.

Son olarak kurumun SSK'nun 26. maddesinden doğan rücu hakkının hukuksal temelinin neye dayandığı konusundaki düşüncelerimi arzetmek istiyorum. Yargıtay'ımız, Kurumun rücu hakkının halefiyet ilkesine dayandığı görüşünde

ise de biz kurumun rücu hakkının halefiyete değil kanundan doğan bağımsız rücu hakkına dayandığı görüşündeyiz. Bu konundaki 1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararına ve 10. Hukuk Dairesince verilen kararlara karşı oylar yazmış bulunuyoruz. Bu görüşümüzü halen de sürdürmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi de, 26. maddeden doğan rücu hakkının kullanılmasında, kurumun ancak ilk defa bağladığı sürekli işgöremezlik gelirinin peşin değerini isteyebileceğine dair birçok karar vermişse de Yargıtay'ımız, Anayasa Mahkemesi kararlarına itibar etmemiştir. Oysa anayasa mahkemesi kararlarının mahkemeleri de bağlayacağı Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasının buyurucu nitelikteki hükümlerindendir.

Öbür yandan rücu hakkının hangi nedenle halefiyet esasına dayandığı, Yüce Yargıtay'ın kararlarında bize göre doyurucu biçimde irdelenmemiştir. Hatta salt halefiyet görüşü de aynen benimsenmemiş, yasalarda yer almayan, "kendine özgü halefiyet" veya "temelinde rücu hakkı bulunan halefiyet" gibi yeni bizce afaki kavramlar geliştirilmiştir.

Son yıllarda yapılan seminerlerde tebliğ sunan değerli bilim adamlarımızın naçizane bizim görüşümüzü desteklemiş olmalarından dolayı mutluyum.

Hepinize en içten saygılarımı sunuyorum.

Buyurun Sayın Aydın Başbuğ.

Yrd.Doç.Dr. Aydın Başbuğ (Gazi Üniversitesi İİBF)- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Önce değerli iki öğretim üyesi hocamızın tebliğlerinden dolayı teşekkür ederim.

Bu konu geçen sene de Ankara'daki tartışmada açılmıştı. Söz almak için ismimi yazdırmıştım, ama çok geç olduğu için konuşmaktan vazgeçmiştim. O nedenle ön sıraya aldığınız için ayrıca size de teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Sizin yüksek lisans teziniz, değil mi?

Aydın Başbuğ- Evet, yüksek lisans tezimdi.

Burada 26 ncı maddeyle ilgili kısaca bir değerlendirmede bulunacağım. Sayın Resul Aslanköylü'nün katılmış olduğu muhalefet şerhlerine aynen katıldığımı ve desteklediğimi belirtmek isterim.

Maalesef biz hukuki kavramları tartışıyoruz ama bu hukuki kavramlar herhalde laf olsun ya da bir lüks olsun diye tartışılmıyor, bunun çok önemli hukuki sonuçları var. Bu hukuki sonuçlar birbirleriyle mukayese edilmiyor. Halefiyet görüşünün hukuki sonuçları nelerdir? Bunları bir tarafa koymamız gerekir. Kanundan doğan rücu görüşünün hukuki sonuçları nelerdir? Bunları bir tarafa koyarak, karşılaştırmamız gerekir. Bu hukuki sonuçların en başında, ileride meydana gelen artışların istenebilmesi hususu geliyor. Halefiyet görüşünü kabul eden Yargıtay'ımız, ileride meydana gelen artışları, Sayın Başkanın da ifade ettiği gibi, sınırsız sorumluluğa dönüştürüyor. Şöyle bir örnek vereyim: Hakkı beyin bir makalesinde belirttiği, herhalde kendi bildiği bir dava olabilir, 1976 yılında bir kaza meydana geliyor. Sürekli iş göremezlik ödeneği bağlanmıyor fakat 1992'lere gelindiğinde 10 yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra, geriye dönük olarak sürekli iş göremezlik ödeneği bağlanıyor ve kurum işverene rücu davası açıyor. İş mahkemesi 10 yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği gerekçesiyle davayı reddediyor. Yargıtay'ımız, 10 yıllık zamanaşımı süresi geçmiş olmasına rağmen, halefiyet ilkesi gerekçesiyle ki, halefiyet ilkesi her zaman ileri sürülüyor ama halefiyet ilkesi nasıl buna izin veriyor, bunu maalesef Yargıtay'ımızın kararlarında bulmamız mümkün değil. Her zaman halefiyet ilkesinden söz ediliyor, peki halefiyet nasıl buna izin veriyor? Halefiyet nedir? Halefiyet, bir kişinin haklarının sona ermeyip, borcun ifayla sona erdirilmemesi kuralının bir istisnasıdır. Borç ifayla sona ermez ve kaldığı yerden aynı şekilde bir alt kişiye kaldığı yerden devam eder ve aynı şekilde devam eder. Şimdi sigortalının böyle bir hakkı var mı ki, kurum aynı hakkı ileri sürebiliyor? Çünkü kurum zamanaşımı süresini olay tarihinden itibaren değil, yardımların yapıldığı tarihten itibaren başlatıyor. Bu olayda zamanaşımı süresi 1976'dan değil, 1992'den -belki tarihte yanılabilirim- itibaren başladığı için, Yargıtay'a göre zamanaşımı sigortalı iddiasında zamanaşımına uğramıştır, ama Yargıtay iddiasında zamanaşımına uğramamıştır. Bunun halefiyet ilkesiyle bağdaştığını hangi hukukçu söyleyebilir. Halefiyet ilkesi zamanaşımı kavramını ortadan kaldırmıştır. Burada zamanaşımı var mı, artık yok. Maalesef, halefiyet ilkesi böyle olumsuz sonuçları da beraberinde getirmektedir.

Hem kendi içerisinde baktığımız zaman hem de tarihsel süreç içerisinde baktığımız zaman Yargıtay'ın halefiyet ilkesiyle ilgili kararlarının dahi tutarlı olmadığı görülmektedir. 1954 yılındaki içtihadı birleştirme kararı, ilk defa konu bu tarihte ele alınmıştır, daha sonraki içtihadı birleştirme kararlarında ve 1994 yılındaki son içtihadı birleştirme kararında, 1954 tarihli içtihadı birleştirme kararının aynen devam ettiği ifade edilmiştir. Maalesef Yargıtay kararları kendisi içerisinde bu yönüyle çelişkiye düşmektedir. Yargıtay'ımız 1954 tarihli içtihadı birleştirme kararına aykırı kararlar vermektedir aslında, çünkü 1954 tarihli

içtihadı birleştirme kararı, halefiyeti Türk Ticaret Kanununun 1301 inci maddesine dayandırmaktadır, özel sigortaların halefiyeti. Oysa 506 sayılı Kanuna göre, özel sigorta hükümleri uygulanamaz, 506 sayılı Kanun açıkça bunun önünü tıkamıştır. Türk Ticaret Kanunun 1301 inci maddesine dayanmamamız mümkün değildir. Kaldı ki, 1954 tarihli içtihadı birleştirme kararı mutlak bir halefiyeti kabul etmiştir, kendine özgü halefiyet diye bir kavramdan değinmemiştir. Kendine özgü halefiyet kavramı 1994 tarihli içtihadı birleştirme kararında geçiyor. Bu karara Sayın Teoman Ozonoğlu'nun görüşü herhalde büyük ölçüde yansıdı, çünkü halefiyet görüşüyle bağdaşmayan, halefiyet ilkesiyle bağdaşmayan kararlar ve eleştirilerimiz sık sık gündeme gelince, kendine özgü yapısı olan halefiyettir deyip, böyle geçmiştir. Yargıtay'ımız 1994'ten beri de kendine özgü yapısı olan halefiyet diye bahsetmektedir. Sayın Aslanköylü'den duyduğum kadarıyla, 26 ncı maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştu.

Oturum Başkanı- İki senedir henüz cevap yok, halbuki 5 ay içinde bitirmeleri lazım. Dosyalar bekliyorsa ne olacak? Öyle bir memleketiz.

Aydın Başbuğ- Bu haberi duyduğum zaman çok sevindim. Resul bey, "her konuda, artık biz diğer konuda halefiyet ilkesinden döndük, kanuna dayandıracak görüşünü kabul ediyoruz, ama 26 ncı maddede, o da 'sigortalının hak sahiplerinin işverenin isteyebildiği miktarla sınırlı' olarak kelimesinden dolayı halefiyet ilkesinden vazgeçemiyoruz, o nedenle Anayasa Mahkemesine başvurduk" demişti. Benim kanaatime göre, Anayasa Mahkemesinin iptaline gerek yoktur, içtihadı birleştirme kararıyla da bu kanundan doğan rücu görüşüne geri dönülebilir, çünkü 26 ncı maddenin temel yapısına baktığımız zaman, işverenin kusur sorumluluğunu öngörmektedir. Eylem kasıt ve suç sayılır eylem. İşveren ağır kusuruyla, kasıt derecesine ulaşmayan ağır kusuruyla işçiyi yaraladığı durumda, rücu hakkı burada söz konusu olmayacaktır. Şimdi böyle bir kusur sorumluluğu düzenlendiği ya da Borçlar Kanununun 55 inci maddesi, Borçlar Kanunumuzun kusursuz sorumluluk ilkesinden ayrılmıştır, hem sigortalı işçinin, istihdam edilenin kusurlu olmasını, hem de istihdam eden kişinin, iki kişi de birden ayrı ayrı kusur aramaktadır. Dolayısıyla, kusursuz sorumluluk ilkesinden dahi uzaklaşarak, bunu, kusur sorumluluğu getirmiştir. Genel eksenine baktığımız zaman, gerek iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymamadan dolayı işverenin sorumluluğu rücu davalarında ve diğer sorumluluk türlerinde işverenin sorumluluğu kusur esasına dayandığına göre, Borçlar Kanunu 43, 41 ve devamı 44 üncü madde dikkate alınacak. İşveren her halükârda kusuru oranında sorumlu olacağı için, bence burada yasanın iptaline gerek yoktur.

İleride meydana gelen artışlar konusunda uygulamada ve öğretide üç görüş vardır. Birinci görüş, Yargıtay'ımızın kabul ettiği görüştür. İleride meydana gelen artışlar, Yargıtay'ımızın uygulamasına göre, kanun katsayısı değişmesiyle meydana gelen her türlü artış, bu ileride meydana gelen, ileride bağlanacak gelirlerde, her türlü gider kavramı içerisinde yorumlanmalıdır. Yargıtay'ımız bunu da halefiyet ilkesine dayandırmaktadır. Bunun halefiyet ile izahı nasıl mümkündür, önce Yargıtay'ımızın bunu izah etmesi gerekir. Sigortalı tazminat davasında eğer işverenden bir alacağını tahsil ettikten sonra, erken ölmesi, enflasyonun çok yüksek artması gibi durumlarla hangi şartlarda ek tazminat davaları açabiliyor. Bu davaların aynısının Sosyal Sigortalar Kurumu sahipse, o zaman sigortalının sahip olduğu haklarla sınırlı olması gerekir. Katsayı artışlarıyla beraber her türlü artış kavramını uyguladığınız zaman, o zaman sınırsız bir sorumluluk zincirine dönüyor.

İkinci ve üçüncü görüşler, Anayasa Mahkemesinden kaynaklanan görüştür. İkinci görüş, sonraki meydana gelen artışlar, olay tarihinde neden-sonuç bağı olması şartıyla, iş göremezlik oranında sonradan meydana gelen artışları kapsamaktadır. Üçüncü görüş, Resul beyin de katıldığı, yine Anayasa Mahkemesinin kararından çıkan görüş; buradaki "ileride meydana gelecek her türlü giderler" kavramı, sadece giderleri ifade eder, gelirlerdeki artışları, kişiye, sigortalıya bağlanan aylıktaki artışı kapsamaz görüşü.

Ben dördüncü bir görüşü ileriye sürmek istiyorum: Aslında dördüncü görüş de, Resul beyin savunduğu görüşle aynı plandadır. İleride meydana gelen, ileride yapılacak olan her türlü gider kavramından neyi anlamamız gerekir. Burada tarihsel yorumu tercih ediyoruz. 506 sayılı Kanundan önce ilk İşçi Sigortaları Kanununda, 1946 tarihli 4772 sayılı Kanunumuzda 37 nci maddede düzenlenmiş. 1946 yılında çıkan ilk şekliyle, ileride meydana gelen giderler kelimesi kanunda yok. Üç yıl sonra kanunda değişiklik yapılıyor, 1949 yılında 37 nci maddeye, ileride bağlanacak giderler kelimesi ekleniyor, fakat kanunun 37 nci maddesine bakıyoruz, gerekçesi yok. Herhalde bu 37 nci maddenin gerekçesi olmadığı için, ileride bağlanan giderler kelimesinin ne anlama geldiği üzerinde fazla durulmuyor. Oysa 84 üncü madde var, 84 üncü madde de bugünkü 10 uncu maddeye tekabül eden, sigortalının bildirilmemesinden dolayı kaynaklanan rücu davalarını ön görmektedir. Burada da aynı şekilde, ileride bağlanan giderler kelimesi eklenmiştir ve gerekçesinde yazmaktadır. 37 nci madde ve 84 üncü maddede, ileride bağlanacak giderler de talep edilebilir şeklindeki gerekçesi şudur: Sigortalı, Borçlar Kanununun 46 ncı maddesine göre, henüz uğramadığı zararın, ileride meydana gelecek olan giderleri işverenden tahsil edebilmektedir. Borçlar Kanununun 46 ncı maddesi, cis-

mani zarara uğrayan kişinin henüz bir giderin meydana gelmediği halde, haksız fiil halinden bunu talep edebilmesine izin vermektedir. Sosyal Sigortalar Kanunu için böyle bir düzenleme yoktur kanun gerekçesinde, sigortalı böyle bir hakka sahip olduğu halde, kurum böyle bir hakka sahip değildir. Eğer kurum halef hakkına sahipse, kurum da 46 ncı maddeye dayanır. Kanunda böyle bir değişiklik yapmaya gerek kalmaz. Ama kurum daha henüz giderleri yapmadan, onları işverenden isteyebilmesi için herhangi bir hukuki dayanak yoktur. Kurum giderlerini yaptıktan sonra rücu davası açmak zorunda kalacaktır ki, bu uygulamada sıkıntılara yol açmaktadır demektedir kanunun gerekçesinde. Bunu gidermek amacıyla, Borçlar Kanununun 46 ncı maddesinin olduğu gibi, sigortalının işverenden ileride meydana gelecek giderlerini isteyebilmesi gibi, SSK'ya da böyle bir hak verilmiştir. Aynı gerekçe 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunumuzda kabul edilmelidir ve kesinlikle ileride meydana gelecek katsayı kanun artışı işverenden talep edilemeyecektir.

Halefiyetle ilgili bir başka sonuç, tazminat davalarının sınırı konusundadır. Sosyal Sigortalar Kurumunun yapacağı yardımlar zarar miktarından denkleştirilirse, kanundan doğan rücu görüşüne göre nasıl bir denkleştirme yapılacak, halefiyet görüşüne göre nasıl bir denkleştirme yapılacak. Kanundan doğan rücu görüşüne göre, Sosyal Sigortalar Kurumunun yapacağı yardımlar zarar miktarından denkleştirilir, çünkü borçlar hukuku ilkelerine baktığımız zaman, zarar görenin elde ettiği yararlar, mağdurun elde ettiği yararlar zarar miktarından denkleştirilir ve bu zarara uğrayan kişinin yararınadır. Dolayısıyla, kurumun yaptığı yardımlar, 100 birimlik zarar içerisinde diyelim ki 60 birim kurumun yaptığı yardımlar varsa, zarardan indirilecek, geri kalan miktar için kusuru oranında sigortalı işverene başvurabilecektir. Ama halefiyet ilkesini kabul edersek, denkleştirmeyi zarar miktarı üzerinden değil, tazminat miktarı üzerinden yapmamız gerekir, çünkü halefiyet, halef olunan kişinin alacak hakkını sona erdirir. Dolayısıyla, halef olunan miktar da, alacak hakkının miktarından indirilmesi gerekmektedir. Tezim değil hocam, tezimin dışında. O zaman kısa keseyim.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum Sayın Başbuğ. Yüksek lisans tezi, Sayın Prof.Dr. Sarper Süzek'in denetiminden geçmiştir, onu da arz ediyorum.

Sayın Ali Rıza Okur buyurun.

Prof.Dr. Ali Rıza Okur (Marmara Üniversitesi İİBF)- Efendim, ben de yaş düzeltme davalarıyla ilgili bir iki şey söylemek istiyorum. Gerçi çok konuşuldu ama yine içimde kalmasın.

Yaş düzeltme davalarının temeli nüfus dağılımından kaynaklanıyor ve orada özel bir hükümde düzenlenmiş, rasgele bir dava değil. Titizlikle araştırılması gerekiyor, hatta tıbbi araştırmalardan sonra kemik sintigrafilerinden sonra düzeltmeye karar verileceği açıkça düzenlenmiş. Fakat nedense, yasa koyucu bu yaş düzeltmelerine karşı kuşkuyla bakıyor, bunun devamlı suiistimal edileceğini zannediyor ve özellikle de sosyal güvenlik açısından buna son derece kuşkulu yaklaşıyor. Bu yaklaşım, bakın 506'da 120 nci maddede, 1479'da Bağ-Kur'da 66 ncı maddede ve Emekli Sandığı Kanununda 105 inci maddede ve Askerlik Kanununun 55 inci maddesinde özel olarak düzenlenmiş ve belli konularda nüfus kaydının esas alınacağı ve bu tarihten sonra düzeltmelerin kabul edilmeyeceği anlaşılıyor. 506/120, ilk defa çalışmaya başlanan tarihi esas alıyor. Bağ-Kur 66 yine ilk defa çalışmaya başlandığı, Emekli Sandığı 18 yaştan sonranın dikkate alınmayacağını, 18 yaştan önceki düzeltmelerin dikkate alınabileceğini ve nihayet Askerlik Kanunu da askerlik çağından önceki düzeltmelerin dikkate alınacağını, ondan sonrakilerin dikkate alınmayacağını söylüyor. Yargı kararlarıyla bu düzenlemeler şu şekle geldi. Buradaki ilk defa olayı, yaş düzeltmiş ise, düzeltilen kayıt ilk kayıt anlamına alınarak, bu olay aşıldı ve ben beklerdim ki, bu yargı kararlarıyla şekillensin ve rahat bir düzene kavuşalım. Fakat maalesef yargı müdahale etti. Yargı müdahale edince bakın ne oldu? 120 nci maddeye müdahale etti ve şu şekle getirdi: İlk defa çalışmaya başladığı tarihten sonraki yaş tashihleri dikkate alınmaz. Ama bu yalnız 506/120'de yaptı. Bağ-Kur'da, Emekli Sandığında ve Askerlik Kanunundaki hükümler aynen duruyor. Oradaki hükümlerdeki yargı kararlarıyla daha farklı bir yöne gitmesi mümkün bu olayın. Buradaki düzenleme sadece 506 sayılı Yasa açısından, onun dışında mümkün değil.

Bir de, burada yine söylendi, sadece yaş düzeltme açısından bu karar dikkate alınmayacak, ama diğer konularda dikkat alınacak. Bir ilam, bir yargı kararı düşünün ki, bazı konularda yargı kararı, ama bazı konularda da yargı kararı etkisine, yetkisine sahip değil; bu çok ters ve anlaşılmaz bir olay.

Sözüme, Anayasanın 138 inci maddesinin son fıkrasını okuyarak son veriyorum: *"Yasama ve yürütme organlarıyla idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".*

Teşekkürler.

Oturum Başkanı- Sayın Hakim Abdurrahman bey buyurun.

Abdurrahman Duran (Kartal 1. İş Mahkemesi Hakimi)- Teşekkürler Sayın Başkan. Değerli hocalarımıza tebliğlerinden dolayı teşekkür ediyorum.

İlk derece uygulama hakimi olarak tebliğlerde değinilen hususlar, benim tespit ettiğim kadarı ile hizmet tespiti davalarında, ilk işe giriş tarihinin belirlenmesi ve bir günlük çalışma süresinin tespiti ile, ilk işe giriş tarihinden sonra yapılan yaş düzeltme ile ilgili taleplerin tamamen Yargıtay Dairesinin olumlu kararlarına ilişkindir.

Ancak Yargıtay'ın bir günlük tespit ve işe başlama tarihinin tespitine ilişkin aksine olan birçok kararları bulunmaktadır. Şu anda Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderilmiş beş adet ısrar kararı ile yazılma aşamasında bulunan 2 adet ısrar kararım bulunmaktadır.

Bir günlük tespit ve işe giriş tarihinin tespitine yönelik bu ısrar kararlarında, bozma nedeni olarak bordro tanıklarının ve komşu işyeri tanıklarının dinlenmesi ve gerektiğinde mahallinde keşif yapılması istenmektedir. Ancak Yargıtay 10 ve 21. HD'sinin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu davalar nedeni ile söz konusu görüşünün yerinde olmadığı görüşündeyim.

Bu tür davalar da, işveren işe giriş bildirgesini işe giriş tarihinden itibaren 20-25 gün sonra kuruma vermiş, kurumda kabul etmiştir. Ancak primler şu veya bu nedenle ödenmediği için işe giriş bildirgesinin kurum tarafından kabul edilmesine rağmen işe giriş tarihi kurum tarafından prim ödemesi olmadığından dolayı kabul edilmemektedir. Bu tür davalardaki işe giriş tarihleri 1975-1980 senelerine ait bulunmaktadır. YHGK.nun bir kararında "işe giriş bildirgesinin işveren tarafından kuruma verilmiş olması ve kurumunda bunu kabul etmesi ve sigortalıya sicil numarası vermesinin işçi lehine kesin karine teşkil edeceği" belirtilmesine rağmen ısrar kararlarında ve kararlarda bu karine kabul edilmemektedir. HUMY.nin hükümlerine göre, kesin karinenin varlığı halinde bunun aksini iddia edenin ispat etmesi gerekmektedir. Buna rağmen daire ve YHGK ispat yükünü sigortalı işçiye yüklemek suretiyle kesin karineden faydalanması engellenmektedir.

Ayrıca bu tür davalar genellikle 1975-1980 yıllarına ait olup aradan geçen süre 30-35 senedir. 30-35 sene önceki dönem bordrosunda çalışan kişinin bulunması bir zorluk olup bulunsa dahi aradan geçen bu süre zarfından bulunan kişinin o tarihte davacının işyerinde çalışıp çalışmadığını anımsaması da mümkün olmayabilir. Kaldı ki komşu işyeri tanığının bu olayı anımsaması veya bilmesi çok zor bir durumdur. Tüm bunların zorluğuna rağmen kişinin bulunması durumunda gelen tanığın o gün işyerine gelip gelmediğini hatırlamadığını veya o gün izinli olduğunu söylemesi durumunda bu beyanının nasıl değerlendirilmeye alınacağının düşünülmesi gerekmektedir. Tüm bu zorluklar nazara alındığında davacıdan 30-35 sene öncesine ait çalıştığı işyerinde-

ki tanıkları bulup dinlettirilmesi olgusu Anayasa'nın 60. maddesindeki herkesin Sosyal Güvenlik Hakkına sahip bulunduğu ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır. Zira sigortalı bu tanığı bulamadığı durumda davasının reddi gerekmekte olup, kurum tarafından süresinde kabul edilmiş olunan işe giriş bildirgesine rağmen çalışması kabul görmeyecektir. Ayrıca bu husus 506 sayılı yasanın 6. maddesine de uygun bulunmamaktadır. Zira bu maddede bilindiği gibi işe alınanların işe alınmaları ile kendiliğinden sigortalı olurlar hükmüne göre de söz konusu araştırmaların gereği bulunmamaktadır. Kurum 506 sayılı yasanın 79-80. maddeleri gereği kendisine yüklenen görevleri yerine getirmeyen, aradan 30-35 sene geçtikten sonra primlerin ödenmemiş olduğunu ileri sürerek işe giriş bildirgesinin kabul etmeyen kurum M.Y.'nın 2. maddesi gereğince de sorumlu bulunmakta olup, korunmaya değer dairenin gerekse YHGK'nun görüşlerini yeniden gözden geçirmesi ve HUMY'nin hükümlerine uygun ispat ilkesini benimsemesi gerektiğini düşünmekteyim.

3201 sayılı yasanın 3. maddesindeki borçlanma için kesin dönüş şartı, 6. maddesinde ise borçlanma sonrası maaş bağlanması hüküm altına alınmıştır.

Anayasa mahkemesine 3. madde ve 6. maddede bulunan kesin dönüş şartlarının iptali için yaptığı başvuruda, Anayasa Mahkemesi 6. maddedeki başvuruyu davada uygulama olanağı bulunmadığından işleme almadığını beyan etmesine rağmen, gerekçeli kararda bu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı nedeni ile reddine karar vermiştir. Halbuki yaptığım başvuruya ait davada, SSK maaşların rücuan geri alınmasını talep etmiş, davalı sigortalı ise ödediği borçlanma bedelinin geri verilmesini talep etmiş bulunmakta idi. Kaldı ki davalının borçlanma talebinde maaş bağlanması talebi de mevcut bulunduğundan kurum davalıya maaş bağlamış bulunmaktaydı. Maaş bağlama kararı iptal edildiğine göre, bu davada söz konusu 6 maddenin de uygulama olanağı mevcuttu.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu maddenin davada uygulama olanağı bulunmadığı yönündeki işleminin söz konusu 6. maddenin daha önce Anayasa Mahkemesi önüne götürüldüğü, Anayasa Mahkemesince bu hususta karar verildiği ancak kararın yayınlanmamış bulunması nedeni ile aldığını bu kararın yayınlanması sonrası tespit ettim. Zira 3201 sayılı yasanın 3. maddesindeki kesin dönüş şartının iptaline dair Anayasa Mahkemesi kararı 25.4.2003 tarih 25089 sayılı resmi gazetede yayınlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesinin 6. maddenin Anayasa'ya aykırı bulunmadığına dair kararının ise 16.12.1998 tarihinde 1998/46 Esas 1998/83 karar sayılı dosyası ile verdiği ancak karar verildiği tarihten itibaren 16.5.2003 tarihine kadar yayınlanmadığı anlaşılmaktadır.

Yukarda açıklandığı gibi, aslında 3210 sayılı yasanın 6. maddesindeki kesin dönüş şartı da Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır. Çünkü, yurt dışında çalışan bir kimsenin yaşlılık aylığı almadan borçlanma yapması hayatın olağan akışına uygun bulunmaktadır. Kişi yurt dışı çalışmasına devam ederken, kendisine maaş bağlanmayacağını bilerek bu çalışmaların borçlanması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin 3. maddede ki kesin dönüş şartını iptal edip 6. maddede ki kesin dönüş şartını iptal etmemesi çelişki yaratmış, bugün hala bu çelişkili işlem devam etmektedir. Biraz önce belirttiğim gibi 6. maddedeki talebin reddinin asıl nedeni Anayasa Mahkemesinin 16.12.1998 tarihinde bu talebi reddetmiş bulunmasıdır. Kesin dönüş şartının iptaline konu olan kararda Anayasa Mahkemesi gerekçeli kararında "yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş sözcüklerinin" Anayasa'nın 10-60-62-65. maddelerine aykırı bulunması nedeni ile reddine karar vermiştir.

Aynı kararda Mahkeme başlangıçta 15.6.2000 gününde yapılan inceleme toplantısında "6. maddenin B paragrafının ikinci fıkrasında yer alan" kesin dönüş yapanlar ve kesin dönüş" sözcükleri davada uygulanacak kurallar olmadığından bunlara ilişkin itirazın Mahkemenin yetkisizliği nedeni ile reddine, karar vermiş iken gerekçeli kararda aynı maddedeki sözcüklerin Anayasa'nın 10-60-65. maddelerine aykırı olmadığına, 16.12.1998 tarihli kararı doğrultusunda karar vermiştir. Bu nedenle yukarda açıklanmasına çalışıldığı gibi, yurda dönüş yapmadan maaş bağlanmayacağını bilen kişinin borçlanma yapması söz konusu bulunmadığın göre, yasadaki bu hüküm çelişki yarattığından 3201 sayılı yasanın Anayasa Mahkemesinin 3. maddedeki iptal gerekçeli doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyim.

Hepinize teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Abdurrahman beye teşekkür ediyorum. 120 maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine dava açtığından ötürü de kutluyorum.

Hakkı Aktaş beyefendi buyurun.

Av.Dr. Hakkı Aktaş- Sevgili hocalarıma, yüksek Yargıtay'ın saygın üyelerine ve arkadaşlarıma, tebliğcilere saygılarımı sunarak sözüme başlıyorum; 155 bin iş kazası olan bir ülkede 26 ncı maddeyi hallederek sorunu halledemeyiz. Sorunu halledebilmemiz için çok daha temellere inmemiz lazım. Yargıtay'ın bütün iyi niyetine ve gayretine rağmen, bize makul çözümleri verebilecek olduğuna inandığım için, kanun yapıcıya da seslenmek ihtiyacını duyuyorum, eğer sesimizi duyarsa.

Evvela sorunu ortaya koyuyorum "Sosyal Sigortalar Kurumu işvereni rücu etmez, ilkeyi koymamız lazım. Birincisi, sosyal Sigortala Kurumu işverene rücu etmez. Gerekçemi veriyorum, 10 kişiden 100 lira birim alıyorum, bin lira aldım mı, aldım. Tersini düşünün. 100 kişiden 10 lira pirim alıyorum, 100x10= 1 000 etti mi? 10 kişiye bu bir lirayı dağıtıyorum, dağıttığım zaman aldığım verdiğime denk oldu mu? Kim kime niye rücu ediyor? Hakikaten niye rücu ediyor? İyi ama, bütün kanunlarda görüyoruz ki, rücu ediyor. Eğer 10 kişi hileyle SSK'yı zarara uğratmaya veya bir sigorta şirketini zarara uğratmaya kalkarsa, ondan tazminat alınır.

Kanun yapıcı ortaya çıkmalı ve iş kazaları ile meslek hastalıkları ile ilgili Sosyal Sigortalar Kurumu işverene rücu etmez ilkesi getirilmeli. İkincisi; eğer Sosyal Sigortalar Kurumu işverene rücu ederse, sigortalının da bundan bir menfaati olmalıdır. Belki Fransız sistemi, belki "Sosyal Sigortalar rücu eder tamam, eğer işverenin kastı varsa, kişinin zararını artırmışsa, o da ona gider rücu eder" diyor.

Bu temeli kurmadıkça, istediğimiz kadar çözüm arayalım bir sonuca ulaşamayız.

Prof. Dr. Ali Nazım Sözer- Zamanın fevkalade kısa olması nedeniyle sadece uzun süre prim ödedikten sonra yanlış ödeme gerekçesi ile sigorta ilişkileri ve emeklilik maaşları iptal edilen sigortalıların durumuna değinmek istiyorum. Bilindiği üzere, İş Hukukunda iş sözleşmesi dışında iş ilişkisi kavramı mevcuttur. İşçinin iş sözleşmesi sağlıklı ise, "sağlıklı iş ilişkisi"; sakat ise, "fiili iş ilişkisi"; ölü doğmuşsa "geçersiz iş ilişkisi"nden söz etmek gerekecektir. Sözleşme eğer sakat ise, yapılan çalışma bu durumun saptandığı ana kadar hukuki değer taşıyacak, geçersizlik geleceğe yönelik olacaktır. Sözleşme örneğin kamu düzenine aykırılık nedeniyle yok hükmünde sayılıyor ise, ilişki baştan itibaren hüküm ifade etmeyecektir. İş Hukuku ilmi ve kazai içtihatlarında ele alınıp incelenen iş ilişkisi müessesesinin Sosyal Sigortalarda ne anlama geldiğinin incelenmesi gerekir. Bu yaklaşım iş sözleşmesine dayanan sosyal sigorta ilişkileri bakımından da gösterilmelidir. Yani, sağlıklı iş ilişkisi "sağlıklı sigorta ilişkisi"; fiili iş ilişkisi, "fiili sigorta ilişkisi", geçersiz iş ilişkisi ise, "geçersiz sigorta ilişkisi" doğumuna neden olacaktır. İş Hukukunda yıllardır yerleşmiş ve uygulanagelen adıgeçen kavramların Sosyal Sigortalarda kullanılmamasını haklı gösteren herhangi bir neden yoktur. Kaldı ki, birçok Yargıtay kararında mevcut boşluk iyiniyet kurallarına başvurma yoluyla ayni hukuki sonuca ulaşacak şekilde doldurulmaya ve hakkaniyete uygun sonuçlar elde etmeye gayret gösterilmiştir.

Bazı Avrupa ülkeleri, iyiniyetli olup da hatalı prim yatıran sigortalıların kamu kurumlarına olan güvenlerinin korunmasına yönelik olarak, önce yargı kararlarında bazı çözüm yolları bulmuşlar, daha sonra da oluşan yöntemleri yasa hükmü haline getirmişlerdir. Şahsında zorunlu veya isteğe bağlı sigortalılık koşulları oluşmamış bir kişi için hata ile kesintisiz ve itirazsız olarak belirli bir süre sigorta primi yatırılmış ise, ilk kez prim yatırılan andan itibaren adına "şekli" ya da "formel sigorta" denilen bir sigorta ilişkisi doğduğu kabul edilmektedir. Şekli sigortanın bu türüne "maddi hukuku ilgilendiren sigorta ilişkisi" denilmektedir. Hata koşullarda değil de muhatap kurumun seçiminde ise "organizasyon hukukunu ilgilendiren şekli sigorta ilişkisi" doğmuş sayılır. Hak doğumu için yasalarda 3 ay ile 2 yıl arasında değişen prim ödeme süreleri aranmaktadır. Almanya'da gerekli koşullar oluşmadan Maluliyet, Yaşlılık ve Ölüm Sigortasına yatırılan primler isteğe bağlı sigorta muamelesi görmektedir.

Sigortalı ve işveren sigortalı sıfatının kazanılması için kasten haksız bir eylemde bulunmuş iseler, Kurum aldığı primleri sebepsiz zenginleşme esasları çerçevesinde iade edecek, sigortalı da kendisine edim sunulmuş ise, vermiş olduğu zararı tazmin edecektir. Gerekli koşullar oluşmadan, kasten oluşturulan ilişkiye hukuki geçerlilik tanınmamaktadır. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, özellikle yıllar boyu prim ödedikten sonra kişilerin emeklilik beklentilerinin sırf mevzuata uymadığı gerekçesi ile karşılanmaması iyiniyet kurallarına, idareye güven ilkesine, sosyal güvenlik hakkının temel bir insan hakkı olmasına ve nihayet sosyal güvenlik hukukunda geçerli bulunan söz konusu "fiili sigorta ilişkisi", "şekli sigorta ilişkisi" kavramlarına aykırı düşmektedir.

Değerli katılımcılar, başka bir konuya değinmeden sözlerime hepinize teşekkür ederek son veriyorum.

Yrd.Doç.Dr. Mehmet Ali Şuğle- Sağolun Sayın Başkan, konuşmacılara değerli eleştiri ve katkıları için teşekkür ediyorum. Hemen bir düzeltme yapayım, ben hayretimi Hukuk Genel Kurulu kararı için belirtmiştim, 10. Hukuk Dairesi kararı için gözden kaçmış olduğunu söylemiştim. Ben bu kararları 10. Hukuk Dairesi kaleminden aldım ve de herhangi bir yanlışlık korkusuyla bilgisayardan da defalarca kontrol ettirdim, kalemdeki arkadaşlar bu tarihleri doğruladılar.

İçtihadı birleştirme kararı ile ilgili çeşitli görüşler var, ben bunlara saygılıyım, ben de içtihadı birleştirme kararı ile ilgili görüşlerimi söyledim. Hakkaniyet indirimiyle ilgili ben şunu söylemeye çalışıyorum: Eğer bu medeni ceza olarak düşünülüyorsa, bu söylenir, o zaman sonuçları farklı olur, ama kusursuz sorumluluk diye belirtiliyorsa, o zaman hakkaniyet indirimine doğrudan gitme-

mek lazım, yani ben Yargıtay kararını doğrudur, yanlıştır demiyorum, Yargıtay bir karar verdikten sonra devamında bir çelişkiye düşüldüğünden bahsediyorum, söylemek istediğim o.

3201 sayılı Yasa bakımından özellikle şunu belirtmek istiyorum: Anayasa Mahkemesi kararından önce verilen kararlar bana göre Anayasaya aykırı, yani bu konuda bir şey yapılamaz dahi. Ancak özellikle aleyhe temyiz bakımından, yani Yargıtayın burada iyi niyetli olduğu açık, yani sigortalıya yardımcı olmaya çalışıyor, ama acaba böyle bir hakkı var mı?

İkinci olarak da, belki şu gözden kaçıyor: Sigortalıya yardımcı olmaya çalışmak, ama acaba kime yardımcı olunuyor? Düşünün, bir kişi davayı açmış, diğeri açmamış ya da diğeri kuruma başvurmuş ya da kurumun kararından sonra, kurumun kendisine tebliğinden sonra parayı ödemiş ya da Avrupa'da birisi kanunu açmış, bakmış, yurtiçine kesin dönüş yasağı var, bu nedenle başvurmamış dahi. Kanuna bakarak hiçbir başvurmuş. Kurumun kararıyla parayı ödemiş bir kişi, davayı kaybetmiş bir kişi, bir de her şeye rağmen bununla uğraşan bir kişi, Yargıtay korumak istiyor, kimi koruyor? Sadece bunların içinden birini korumuş olabiliyor. Belki de, yani şunu niye düşünmüyoruz: Bu niyetle aslında en kötü niyetli kişi, her şeye rağmen kurumun kaynaklarından faydalanmak istiyor ve Yargıtayın kararı da bunun faydalanmasını sağlıyor; yani böyle olduğu için söylemiyorum, ama böyle düşünmek mümkün olduğu için söylüyorum. Dolayısıyla, "sigortalının lehine hareket ediyoruz" görüşü, bu olay için çok geçerli değil diye düşünüyorum. Yoksa elbette, sosyal güvenlik hakkı bakımından ... düşünmek lazım, ama bu olayda bundan kuşkuluyum.

Yaş düzeltme konusunda da yine söylüyorum, bir kimsenin 18 yaşından önce, 20 yaşından sonra, 50 yaşından sonra bir davayı açmasını nasıl hakkın suiistimali olarak kabul etmek mümkün olabilir. Ben 50 yaşına gelirim, sosyal güvenlik hakkımdan faydalanmak istiyorumdur, 50 yıl önce bir hata yapılmıştır ve bunu düzeltmek istiyorumdur. Bunu engellerseniz, hak arama özgürlüğünü engellemiş olursunuz.

İkinci olarak; eğer mahkemenin kararını etkisizleştirirseniz, yani bir başka mahkemenin verdiği kararı etkisizleştirecek şekilde bir karar verirseniz, o zaman yargıyı kötü durumda bırakmış oluruz. Yarın başka mahkemelerin kararlarının da etkisizleştirilmesi durumuna girilir. Bir mahkeme kararından muvazaalıdır diye söz etmenin bana göre imkânı yok. Kanun değişikliğini de bu bağlamda söylüyorum, yani bağlantılandırarak söylüyorum. Bunu yasa koyucu yaptığında da, buna müsaade etmemek gerekir. Peki, yasa koyucu bugün

şu mahkeme kararları geçersizdir diyebilir, yarın bunu başka yere götürüp, falanca mahkemenin kararı da şurada geçersizdir diyebilir. Dolayısıyla, bu konularda dikkatli olmak gerekir diye düşünüyorum.

Fevzi Demir hocama söylemek istediğim bir şey var: Ben kararımda şunu söylemiştim, yani soyut bir gerekçeyle böyle bir sorumluluğa gidilemez. Eğer çalışmanın tehlikeli olacağının açık bir kanıtı varsa, bilirkişi eğer, "efendim, burada şunlara, şunlara dikkat edilmedi, bu nedenle şöyle bir şey olmuştur" diye eğer açık bir özel durumu ortaya koyuyorsa, o zaman zaten sorumlu olacağını düşünüyorum. Yalnız, siz söyleyince hemen benim aklıma başka düşünceler geldi. "Acaba bunlara çelik yelek verilip de, dolaştırılmalı mıydı?" dediğimizde, acaba hemen bundan sonraki adımda, o zaman Diyarbakır'daki herkesin, bütün işçilerin çelik yelekle dolaşması gerekmez miydi? Çelik yelekle dolaşmayan işçilere kusur vermek gerekmez miydi? Daha sonraki adım, çelik yelekle dolaştığı halde, terörist saldırıya gidildiğinde de, o zaman akla şu gelmez miydi: "Sadece çelik yetmez. Demek tehlikeli bir durum var, çelik yelekle gitmek gereğini duyduğunuza göre, bunların tankla ya da başka bir şeyle korunması gerekmez miydi?" diye düşünülebilir.

Görüşlerimi açıklamaya çalıştım, sabrınız için çok teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Çok teşekkür ediyorum.

Buyurun Sayın Prof.Dr. Münir Ekonomi.

Prof.Dr. Münir Ekonomi- Tebliğlerle ilgili bir konuşma yapmayacağım, sadece sizlere bir kez daha teşekkür etmek için geldim.

Yargıtay'ımızın çok değerli üyeleri, sayın konuklarımız; katkılarınız ve katılımlarınız için tekrar teşekkür ediyorum; ama teşekkürlerimi bu semineri destekleyen ve bize büyük maddi katkıda bulunan TÜRK-İŞ Konfederasyonu ile Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu için de geçerlidir.

Gelecek yıl aynı seminerde, bu sefer Ankara'da buluşmak üzere sizlere sağlıklı ve mutlu günler diliyorum, tekrar teşekkür ederim.

TÜRK-İŞ Bilgi Merkezi
4478
334.01 YAR 2005