ISSN 1305-7561 • YIL: 22 • İŞ HUKUKU KOMİSYONU ÖZEL SAYISI • MAYIS 2012

İş Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu

Tarihten 1 Mayıs Afişlerine Yansıyanlar

İş Kazası Değil, İş Cinayeti!

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı

Mobbing

Avukatların Sosyal Güvenliği

İZMİR BAROSU BÜLTEN

ISSN 1305-7561 • YIL:22
ÖZEL SAYI • MAYIS 2012

Sahibi:
İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Sema PEKDAŞ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü:
Av. A. Haşim Öztürk

Yönetim Yeri:
İZMİR BAROSU
1456 Sokak No:14 35220
Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 463 00 14
Faks: 0232 463 66 74

e-posta:
yayin@izmirbarosu.org.tr,
yayin.kurul@gmail.com

web site:
www.izmirbarosu.org.tr

Basıma Hazırlık:
Egetan Bas. Yay. Ltd. Şti.
Tel: 0232 421 08 96

Baskı ve Cilt:
Lamineks Matbaacılık Dijital
Baskı İşl. San. Tic. Ltd. Şti.
5627 Sokak No: 37
Çamdibi/İzmir
Tel: 0232 433 33 55
Faks: 0232 457 30 33
www.lamineks.com.tr

Basıldığı Tarih:
28 Mayıs 2012

BU SAYIDA

4 İş Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu
Av. Meriç KAPTAN

8 Tarihten 1 Mayıs Afişlerine Yansıyanlar
Av. Deniz GÜRBÜZ

11 A***v. Erdinç Tekeli ile Söyleşi:***
"Sınıf bilincinin oluşması tehlikeli ve suç gibi algılanmıştır."
Av. Özlem BALIM / Av. Ozan BALIM

14 6100 Sayılı HMK'ye Göre İş 0Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava
Bektaş KAR

27 İş Kazası Değil, İş Cinayeti!
Av. Dilek GÜZEL GÜRBÜZ

29 **Şiir**/Yaşam Dersinde Sorular ve Yanıtlar
Gülsüm CENGİZ

31 Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri Paneli

32 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı
Av. Zöhre DALKIRAN

34 Adliye sarayında 4/C'li olmak!
Ruşen TURAN

35 Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukukuna Etkisi
Doç. Dr. Mustafa ALP

40 "İşçi Avukat
Av. Özgür METİN

42 **Şiir**/Zayıf çok zayıfız
Harika KÜLÇÜR

43 "Ken Parker"
Av. Ozan BALIM

45 İşe İade Davası Sonuçları ve Hükmün Uygulanması
Yrd. Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ

56 **Şiir**/Hala
Harika KÜLÇÜR

57 Mobbing
Av. Fatma KUZU

64 **Şiir**/Kadınlar ki...
Gülsüm CENGİZ

65 MADE IN DAGENHAM
Av. Özlem BALIM

67 **Şiir**/Dokumacı Kızın Türküsü
Gülsüm CENGİZ

68 Avukatların Sosyal Güvenliği
Av. Alper DEMİRALP

70 Kıdem Tazminatı Kavramı ve Kıdem Tazminatının Hukukî Niteliği
Av. Hakan DİMDİK

76 "Kıdem Tazminatı Fonu" Tartışmaları Üzerine
Av. Dilek GÜZEL GÜRBÜZ
Av. Özgür METİN

82 PANEL: "Yasallaşan İş Cinayetleri"

Sacco ile Vanzetti'nin anısına...

Av. Meriç Kaptan
İzmir Barosu Yönetim Kurulu Üyesi

"Ömrümde gerçekten hiç suç işlemediğim gibi, bütün ömrümce suçu, yani bugünkü yasaların ve ahlakın suç saydığı şeyleri yeryüzünden yok etmenin mücadelesini verdim. Bunların yanı sıra bugünkü yasaların ve ahlakın haklı bulduğu ve kutsadığı suçu da yani insanın insanı ezmesi ve sömürmesi suçunu da işlemedim. Ve burada bir suçlu olarak bulunmamın bir nedeni varsa, birkaç dakika sonra beni mahkûm etmeniz için bir neden varsa, o da işte bundan başka bir şey değildir."

Yukarıdaki alıntı; yargısal uygulamaların eleştirildiği filmlerde, senaristin kafasında oluşturduğu ve film kahramanı kah avukata kah sanıklara söylettiği "kurgusal" sözler değil. Bu sözler iki anarşist işçinin yargılandığı mahkemede yaptıkları " gerçek" savunmadan alınmadır. 1920 ler Amerika'sında yaşayan İtalyan kökenli iki anarşist işçi onlar. hayallerini gerçekleştirmek için, fırsatlar ülkesi Amerika'ya okyanus aşırı ülkelerinden gelen, ama sağlıksız evlerde barınmak, güvenliksiz fabrikalarda en ağır koşullarda ve en düşük ücretle haftanın 6 günü, günde 16 saat çalışmak zorunda kalan, yoğun sömürü altında hayatlarını sürdürmekten başka seçenekleri olmayan göçmen işçilerle aynı kaderi ve yaşamı paylaşan iki anarşist işçi…….

O yılların kölelikle eş değer çalışma şartları sermayeyi yoğunlaştırıyor, tekelleri palazlıyor ama sömürü karşıtı eylemleri de yükseltiyordu. Sayıları milyonları bulan işçiler 1918 ve 1919 yıllarında düzenlenen grevlere katılıyorlardı.

Birilerinin bir şeyler yapması lazımdı grevlerin önünü kesebilmek için. Ve yaptılar… Sokaklarda cinayetler işlettiler, soygunculara göz yumdular, yüzleri maskeli ırkçı Klu Klux Klan'larını devreye soktular, 70 kentte aynı anda sendikaları, parti binalarını bastılar, yöneticilerini tutukladılar, tutuklanan binlerce kişiyi caddelerden elleri kelepçeli toplu halde geçirdiler, işkenceler yaptılar, basını arkalayıp ülkede korku ve dehşet ortamı yarattılar. Kısaca cehennemi yeryüzüne indirdiler.

Yetmedi. 15 nisan 1920 de Boston'da soygun sırasında işlenen bir cinayeti bahane ettiler, bu iki göçmeni yakaladılar. Biri işportacı diğeri ayakkabıcıydı. Ama aynı zamanda da militan işçilerdi. İntihar eden bir işçi için eylem hazırlığı içindeydiler. Üstelik üzerlerinde silah ve anarşist bildiriler yakalamışlardı.

7 yıl boyunca yargıladılar. Cinayeti işleyen gerçek faillerin bulunmasına ve suçlarını itiraf etmesine rağmen davalarını geri çekmediler. Düzmece tanıklarla, özel seçilmiş jürileriyle onları elektrikli sandalyede idama mahkum ettiler. İdamın durdurulması için yapılan tüm talepleri, toplanan yüzbinlerce imzayı umursamadılar, tepkileri yok saydılar. Ve… 23 Ağustos 1927 tarihinde elektrikli sandalyede idam ettiler.

Nazım Hikmet Onlar için:

"Yanıyordu kanlarında şavkı İtalya Güneşlerinin
Koştular temiz esmer alınlarla hayatın sesine,
Dövüştüler yanında dövüşen kardeşlerinin
Yeni dünyada düştüler eski zulmün pençesine!
Yedi yıl ölümün karşısında gülerek durdular
Elektrikli iskemleye kadife bir koltukmuş gibi oturdular.
Yürekleri dört bin volta yedi dakka dayandı
Yandı yürekleri, yedi dakka yandı."

dizelerini yazdı. Ve onlar için Albert Einstein: ***"Sacco – Vanzetti'yi insanlığın vicdanında canlı tutmak için her şey yapılmalıdır."*** Dedi.

Onların adları NİCOLA SACCO ve BARTOLOMEO VANZETTİ idi.

Albert Einstein'in sözünü tutuyoruz ve ***"bugünkü yasaların ve ahlakın suç saydığı şeyleri yeryüzünden yok etmenin mücadelesini veren ve ayrıca bugünkü yasaların ve ahlakın haklı bulduğu ve kutsadığı suçu da yani insanın insanı ezmesi ve sömürmesi suçunu da işlememek"*** adına ölümü gönüllüce kucaklayan Sacco ve Vanzetti'yi insanlığın vicdanında canlı tutmak için bu bülteni onlara ithaf ediyoruz.

“İş Hukukunda Güncel Sorunlar” Sempozyumu

Av. Meriç Kaptan
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Sorumlu Yönetim Kurulu Üyesi

Sempozyumun 1. Gün, 1. Oturumunda konuşmacılar

Yönetim kurulu Üyesi olarak sorumluluğunu üstlendiğim İş Hukuku ve Güvenliği Komisyonumuzda görev alan arkadaşlar; **“İş Hukukunda Güncel Sorunlar”** adı altında sempozyum yapılmasını önerdiklerinde, oldum olası “sempozyumları” sevememiş biri olarak hiç de sıcak bakmamıştım. Her oturumda 5 – 6 konuşmacının yer aldığı, bir konuşmacının en fazla 10 – 15 dakika konuştuğu, seçilen konu hakkında her görüşün olması gerekliliği, bir nevi “rengarenk çiçekler misali düşünce bahçelerini” andıran sempozyum yapılması bana hem erken hem de çok gerekli olmadığı intibaını vermişti. Erken olduğunu düşünmüştüm zira önümüzde tartışılması gereken iş hukukuyla ilgili “deve dişi” gibi sorunlar durmaktaydı. Örneğin: 6100 sayılı HMK yeni yürürlüğe girmişti. Yeni HMK iş davalarını basit yargılama usulüne tabi tuttuğundan “cevaba cevap” ve “2. Cevap dilekçesi verme” ortadan kalkmıştı. Halbuki davanın sonuçlanmasında etkili olan yazılı belge ve/veya delilleri elinde tutan işverenin işbu belgelerin ışığında davaya vereceği cevaplar, çok önem arzetmekteydi, (davalı) işverenin vereceği cevap dilekçesine karşı verilecek cevaba cevap dilekçesiyle dava dilekçesinde bilinemediği için eksik bırakılmış bir çok hususun tamamlanması olanağı yeni HMK ile ortadan kalkmış oluyordu. Keza delillerin dava dilekçesinde belirtilecek olması yanında bir de işbu deliller ile ilgili masraf avansının peşin olarak yatırılması dava açılmasına engel teşkil edecek boyutlara ulaşmıştı. Zira dava açarken; ücret, çalışma süresi, iş akdinin geçersiz veya haksız feshi gibi iddialarımızı kanıtlamak için tanık, keşif ve bilirkişi incelemesini dava dilekçemizde zorunlu delil olarak gösterdiğimizde, masrafını dava açarken peşin olarak yatırmak zorunda kalmamıza rağmen, ücret, çalışma süresi ve hatta iş akdinin feshi sebebine davalı tarafça itiraz edilmediğinde bu delillerin toplanmasına gerek kalmadığından peşin yatırılan masraflar harcanmaksızın dava sonunda geri iade edilmekteydi. Yani mahkemelerin; harcanmayacak masrafları dahi, dava açılırken davacıdan peşin alması, giderek hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıracak sonuçlar doğurmaktaydı. Kezalik, HMK 107 maddesindeki “belirsiz alacak” ile HMK 109. (2) Maddesindeki “belirli alacak” tanımlarının farklı hukuki sebeplerden oluşan alacakları işaret edip etmediği irdelenmeden, salt alacağın belli veya belli olmamasıyla sınırlı olarak değerlendirilerek, HMK 109.(1) maddesinde yer alan “kısmi dava” açılmasının fiilen imkansız

Sempozyumun 1. Gün, 2. Oturumunda konuşmacılar

Sempozyumun 2. Gün, 1. Oturumunda konuşmacılar

hale getirecek şekilde bazı müelliflerce yorumlanması, kıdem– ihbar–fazla mesai sair işçilik alacakları ile ilgili kısmi dava açılma olanağını ortadan kaldırdığı endişesiyle karşı karşıya kalınmaktaydı. Nihayet, yeni HMK'nin İş Hukukuna olan olumsuz etkilerine karşı yapılan eleştirilerin, bazı müelliflerce "avukatların yeni HMK ile tembellik etmesinin ortadan kalkmasının" getirdiği tepki düzeyinde değerlendirilmesi insafsızlık sınırlarının zorlanması yanında Yeni HMK' nun düzenlenmesi aşamasında İş Hukukunun temel prensiplerinin göz ardı edildiği gerçeğini açıkça ortaya koymaktaydı.

Ayrıca yeni HMK ile oluşmasa da, İş Kanunun yürürlüğe girmesiyle yeni bir tanım kazanan asıl – alk işveren kavramı üzerinde bitmez tartışmalar yaratılarak, - özünde " Maliyette ucuzluk , yönetimde kolaylık" sağladığından bilistifade - taşeronlaşmanın çalışma hayatının her aşamasına dahil edilmesi ve hunharca uygulanması, sendikasızlaşma ve aynı işyerinde aynı işi yapanlar arasında ücret farkı oluşturmasının yanında, giderek ölümlü iş kazaları sayısında patlama yaratacak sonuçlara ulaşmıştı. Artık bu durumun hukuki olmasının yanı sıra vicdani bir sorun haline geldiğinin altını çizmenin acilliği ortadaydı. Yine İş Kanunun yürürlüğe girmesiyle " İşe İade" davaları, " İş Güvencesi" kavramı içine dahil edilerek yorumlanmış ve " İşe İade" davaları, kanunda tariflenen "haklı fesih" dışında içeriği Yargı Kararları ile doldurulacak şekilde "geçerli fesih" tanımını ortaya çıkarmıştı. İşe İade davalarının sonuçları ve uygulanmasında hala bir dizi yasanın ruhuna uygun olmayan sonuçlar doğuracak yargısal değerlendirmeler bulunduğu görülmekteydi.

Son olarak 1 temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek Yeni Borçlar Kanununun İş Hukukuna getireceği anlayışın tedirginliğinin göz önüne alınması gerekliliğiydi. Özel bir yasa olarak İş Kanununun şüphesiz uygulamada öncelikli olması, İş Kanununda yer almayan hükümlerin genel kanun niteliğindeki Borçlar Kanununa yapılacak atıflarla doldurulması ve yine İş Kanununda yer alan hükümlerin de evrensel kurallar yerine Borçlar Kanunu hükümlerine uygun yorumlanması görüşü öne sürülmesine engel teşkil etmeyecekti.

Bu sebeplerle konu bazında paneller yapılarak tespit edilen sorunların daha geniş zaman diliminde ortaya konması ve tartışılması daha akla yakın gibi görünse de genç avukatlardan oluşan komisyonumuz üyeleri sempozyum fikrinden vazgeçmedi, üzerinde çalışarak İş Hukukunda 11–12 güncel sorun konusu

tespit etti. Tespit edilen bu konulara öncelikle dikkat çekmek ve sürenin elverdiği ölçüde uzun tartışmak üzere sempozyum yapılmasında ısrarcı oldu. Konuşmacılar titizlikle seçildi. Yargıtay Hakimlerinden, İzmir'de İş Davalarına bakan kürsü hakimlerinden, avukatlardan, öğretim üyelerinden konuşmacılarla görüşüldü, Konuşma-cıların önceden verilmiş randevu günlerine göre her biriyle uyuşan gün tespit edildi ki işin en zor kısmını burası oluşturdu. Neticede 2 kez tayin edilen gün ertelemesinden sonra tüm konuşmacılara uygun düşen 16 – 17 mart tarihlerinde sempozyum gerçekleşti.

Sempozyum 2 gün süresince 4 oturumda 11 konuşmacıyla gerçekleşti. Konuşmacılar; İş Yargılama Usulündeki değişiklikler – İş Hukukuna Egemen İlkeler ve HMK – Davanın Açılması ve İş Yargısında Ön İnceleme, Delillerin Sunulması ve İspat – İddia ve Savunmanın Değiştirilmesi, Genişletilmesi – İş Yargısında Belirli, Belirsiz Alacak, Kısmi Dava – HMK'nun Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi – Yeni Borçlar Kanununun İş Hukukuna Etkisi – İşe İade Davası şartları, Sonuçları, Hükmün Uygulama sorunları – İş Mevzuatında Alt İşveren Düzenlemesi ve Değişiklikler – Asıl, Alt İşveren İlişkisinde Hukuki Sorumluluk ve Muvazaa – İşyeri Devri ve Hukuki Sonuçları konularında görüşlerini sundular. Konuşmacılara tanınan süre, ara dinlenmeleri kaldırılarak ve soru cevap süresi kısaltılarak arttırıldı. 40 – 45 dakika konuşma süresi tanınan konuşmacılar panel kadar olmasa da en azından sunum konularına dikkat çekme ve temel sorunları ortaya koyma fırsatını elde ettiler. Bu yönde o kadar başarılı olundu ki, sempozyuma katılan konuşmacılardan bazıları sempozyum sonrası en kısa sürede 1 – 1,5 saatlik sunum yapacakları paneller talep ettiler. 13 Nisan tarihinde sempozyum konularından **"Yeni Borçlar Kanunun İş hukukuna Etkisi"** üzerine Doç. Dr. M Erdem Özdemir ile Doç Dr. Mustafa Alp'in konuşmacı olduğu Panel yine komisyonumuzca hayata geçirildi. Komisyonumuz süreç içinde her bir sempozyum konusunun aynı veya başka konuşmacılardan oluşacak şekilde ayrı ayrı panellerle daha geniş tartışılması hazırlıklarına şimdiden başlamıştır. Ayrıca sempozyumun geleneksel olarak her yıl yapılması da hedeflerimiz arasındadır.

Sempozyumun 2. Gün, 2. Oturumunda konuşmacılar

Konuşmacılar, sempozyumda sunum yaptıkları konu ile ilgili tebliğlerini veya sunum özetlerini verme sözü verdiler. Bunlar tamamlandığında Baro Dergisinde ve Bülteninde yayınlanacaktır.

Sempozyum; HMK - İş Hukuku etkileşiminde ortaya çıkan sorunlar ve bunlara getirilen çözüm önerilerinin tartışılmasında daha duyuru aşamasında etkisini göstermiş, sempozyuma katılmak yönünde diğer Barolardan talepler oluşmuştur. İzmir ve Karşıyaka İş Mahkemeleri hakimleri, Yüksek Hakem Kurulu temsilcisi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi geçmiş dönem Başkanlarından Osman Güven Çankaya ve çevre Baro üyesi avukatlar sempozyuma katılmışlardır. Sempozyum sonrası İstanbul Barosu tarafından da benzer bir etkinlik yapılmıştır. Hakkari Barosunca kendi bünyelerinde iş hukuk komisyonu kurulması amacıyla baromuz ve komisyonumuzla görüşme talebinde bulunulmuştur.

Sempozyumda oturum yöneticisi olmayı kabul eden ve bizlere büyük onur veren; İstanbul Üniversitesinden okul arkadaşım Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi ve eski İzmir 3. İş Hakimi Ö. Hicri Tuna, Aliağa İş Hakimliğinden bu yana tanışıklığımız süren Karşıyaka 2. İş Hakimi Uğur Erçetin ve komisyonumuz üyelerinden Av. İrfan Demirci'ye bu duyarlılıklarından dolayı teşekkür ederiz.

Sempozyum Konuşmacısı olmayı kabul eden ve değerli bilgilerini ve görüşlerini bizlerle paylaşan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik hakimleri Şahin Çil ile Baktaş Kar'a, İzmir 1. İş Hakimi Ercan

Turan ile İzmir 5. İş Hakimi Suat Kaya'ya, dolu programlarında yer açarak aramızda olmayı sevinerek kabul eden Doç Dr. M. Erdem Özdemir'e, Doç Dr. Mustafa Alp'e, Yard. Doç Dr. Ayşegül Eraltuğ'a, Yard. Doç Dr. Erhan Bilben'e, Yard. Doç Dr. Zeynep Şişli'ye, İzmir Barosu avukatlarından – her daim yanımızda olan – Av. Doğan Alper'e ve dayanışma anlayışıyla her davete kendi imkanlarıyla katılmayı ilke edinmiş Kocaeli Avukatlarından Av. Murat Özveri'ye ne kadar teşekkür etsek azdır.

Komisyonumuzun sekretaryasını yürüten, konuşmacıların yol, konaklama, ağırlama gibi konularda oldukça titiz çalışarak hem komisyonumuzu ve hem de baromuzun yüzünü ağartan Baromuz çalışanlarından Av. Hümeyra Ertosun Paldumlar'a yine teşekkür ederiz.

Komisyonumuzda yer almasa da Baro'muzun her etkinliğinde olduğu gibi sempozyumda da "durumdan vazife çıkararak" yer alan ve hatta konuşmacıların takdiminde bizzat görev üstlenen Yönetim Kurulu Üyesi Av. Dilek Demir'e de ayrıca özel teşekkür ederiz.

Ve... Israrlı ve inatçı tutumlarını olumlu yönde kullanarak, Sempozyumun hayata geçirilmesinde belirleyici olan komisyon üyeleri: Av.İrfan Demirci, Av.Seyhan Güngör Göbekçin, Av.Zöhre Dalkıran, Av. Dilek Güzel Gürbüz, Av. Özgür Metin, Av. Fatma Kuzu, Av. Aysu Yazıcıoğlu, Av. Özlem Balım, Av. Ozan Balım, Av. Hakan Dimdik, Av. Deniz Gürbüz, Av. Müjde Kumbas, Av. Fikret Atbas, Av. Ümit Görgülü, Av. İsmail Hanoğlu, Av. Fulya Urgancı sempozyumun gerçek sahipleridirler. Bu başarı onlarındır.

Başkanımız Sema Pekdaş, Baromuzun her etkinliğinde olduğu gibi, güleryüzü, insana güven veren iyimserliği, her türlü problemi sorunsuz çözmedeki ustalığı, bitmek bilmez enerjisi ile hazırlık aşaması da dahil sempozyum boyunca hep yanımızda olmuş ve ayrıca konuşmacılara plaket yerine Baromuz geçmiş dönem başkanlarından hepimizin örnek abisi Av. Cengiz İlhan'ın bir ilki başararak günümüz Türkçesine çevirdiği "Mecelle–i Ahkam–ı Adliye" kitabını hediye ederek, giderek unuttuğumuz vefa duygusunu bizlere hatırlatmıştır.

İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu olarak artık her yıl geleneksel olarak ***"İş Hukukunda Güncel Sorunlar"*** konulu sempozyum yapılması artık boynumuzun borcu olmuştur.

Tüm emeği geçenlere sonsuz teşekkür ederim.

Tarihten 1 Mayıs Afişlerine Yansıyanlar

Av. Deniz Gürbüz
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyesi

1 Mayıs denilince çoğunlukla akla ilk gelen "işçi bayramı" olmakla beraber bu günün işçi bayramı adını kazanması kolay olmamıştır. 1 Mayıs'ın «bayram» niteliğine bürünene kadar katettiği yolu, 1 Mayıs'ın birlik, mücadele ve dayanışma günü olduğunu bizlere yine 1 Mayıs afişleri hatırlatmaktadır.

1 Mayıs afişlerini incelediğimizde işçi sınıfına hakim kültür ve sınıf ideolojisinin değişim ve gelişim imkanını da görmekteyiz.

1895 tarihli İngiliz 1 Mayıs afişinde kapitalizm emperyalist aşamaya doğru ilerlerken işçi sınıfının hala 1789 Fransız Devrimi'nin kadın ve çocuk sömürüsünden, 8 saatlik iş gününe kadar temel talepleri afişte bayrak edinildiği görünmektedir. (Resim 1)

Resim-1

Toplumun sınıflara bölündüğü ilkesini temel gerçek olarak baş eden işçi sınıfı için, sınıflara bölünmüş toplumda ekonomiyi yöneten burjuva karşısında zayıf ve edilgen olmadığını göstermenin aracı olarak da afişler kullanılmıştır. Çoğu zaman "güçlü proleter" imgesi kaslı işçilerle verilmek istenmiştir. (Resim 2)

Resim-2

Tüm dünyayı yakıp kavuran savaş yılları ve faşizan dönemlerde de 1 Mayıs afişleri çoğunluğun taleplerini dile getirmekten kaçınmamıştır. Faşizme karşı birleşik cephe talebi, tek tek işçiler yerine afişlerde çok işçi kullanılması veya faşistler dışında toplumun diğer bileşenleri ile birlikte afişe konu edinilmesi ile kendini göstermiştir. (Resim 3)

Resim-3

2. Dünya Savaşı ile emperyalist paylaşıma karşı tavır göstermekte de işçi sınıfı 1 mayıs afişlerini kullanmaktan geri durmamıştır. (Birlikte başarabiliriz, Ateşi engelle (ABD) Resim 4)

1960'lı yıllarda SSCB'deki ideolojik değişikliklere de bağlı olarak, savaşçı proleter yerine, barışçı, humanist bir proleter ile birlikte afişlerde kuş, çiçek imgeleri ön plana çıkmaya başlamıştır. Barış içinde savaş söyleminin etkileri eski sert ve güçlü işçi sınıfı imgesinin yerine afişlerde almıştır. (Resim 5)

Resim 4

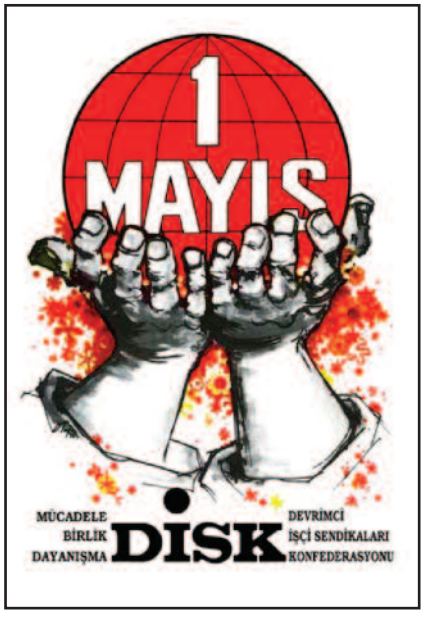
Resim-4

Resim-5

70'li yıllarda yükselen solsosyalist hareket, işçi sınıfı mücadelesi, öğrenci gençlik hareketinin tırmanışı ile beraber işçi sınıfının hak alma yöntem ve biçimleri de afişlerde açık olarak belirtilmiştir. Hak almanın en keskin çözümü olarak üretimden gelen gücün kullanılması, şaltere inen el ile tasvir edilmiştir. (Resim 6)

Resim-6

Türkiye'de de 1 Mayıs afişlerin toplumun içinde bulunduğu durumu yansıtmaktan geri kalmamıştır. 1 Mayıs denilince adeta simge haline gelen Orhan Taylan'ın afişi ise 51 yıllık yasağın sonunu müjdeleyen çiçeklerle tasvirlenmişti. Zira 1 Mayıs'ın 1925'te çıkarılan 'Takrir-i Sükun Kanunu'yla yasaklanmasından 51 yıl sonra ilk kez 1976'ta kitlesel olarak kutlandı. 1976 1 Mayıs gecesi yarım saatte hazırlanan afiş Dünya Sendikaları Federasyonu yarışmasında da birinci olmuştur. (Resim 7)



Resim-7

1977 1 Mayıs'ının en popüler fotoğrafı. Atatürk Kültür Merkezi'nin duvarına asılan afiş de yine Orhan Taylan'a ait. 32 metrelik dev afiş katlanarak boyandığı için sanatçısı tarafından da binaya asılana kadar bütün olarak görülmemiş. Zincirlerini koparan işçi sınıfını tasvir eden afiş 1 Mayıs töreninden sonra polislerce parçalandığı yetmiyormuşçasına bir de yakılarak yok edilmiştir. (Resim 8)

1 Mayıs afişleri işçilerin sadece politik ve siyasi taleplerini değil yaşamlarında kendilerini, ailelerini ilgilendiren her konuda işçilerin dili olmuştur. Maden-İş Sendikasının 1 Mayıs 1977 için hazırlattığı afiş maden ocaklarında meydana gelen iş kazalarını tiyatral şekilde dillendirmiştir. (Resim 9)

2003 yılına ait DİSK'in çıkardığı 1 Mayıs afişi ülkemizde yine milyonlarca insanın, emekçinin, aydının ortak talebini dile getirmek üzere hazırlanmıştır. 12 Eylül darbesinin ülkemizde bıraktığı ağır tahribatın tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması, barış

Resim-8

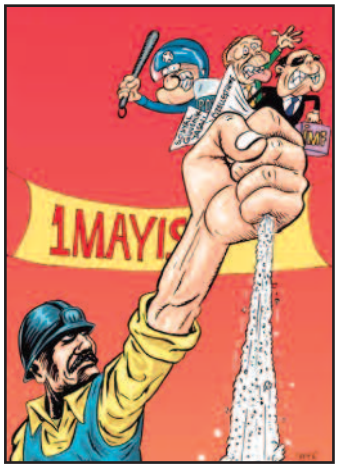
Resim-9

Resim-10

Resim-11

güvercinlerinin uçurulması, gökyüzünün tellerden arındırılması için demokrasi ve özgürlük talebi kaleme alınmıştır. (Resim 10)

Uzun yıllar Taksim'de 1 Mayıs kutlamalarına izin verilmemesini 1 milyon kişilik katılımla kırmayı hedefleyen afiş taksim yasağının da delinmesiyle amacına ulaşmış gibidir. Tasarım: Fahrettin Erdoğan (Resim 11)



Resim-12

Tüm bu afişler göstermektedir ki dünyayı değiştirme ve daha güzele dönüştürme gücü ve arzusu bulunan tek sosyal sınıf hangi açıdan bakılırsa bakılsın işçi sınıfıdır. Tıpkı Sefer Selvi'nin karikatüründe görüldüğü gibi... (Resim 12)

Kaynakça:

Evrensel Kültür Dergisi

TÜSTAV 1 Mayıs Afişleri

Birgün Gazetesi

BİR MAYIS GÜNÜ

İçimizdeki bu utanç,
avuçlarımızdan birinde tuttuğumuz para,
kulaklarımızda çarpan sözcükler,
bu kaygan dünya,
her şeyin eridiği bu Mayıs günü,
öfkeyle umutsuzluk, acıyla ölüm
kuşkuyla döneklik yan yana,
satıyorlar günün bütün seslerini,
sermişler kaldırımlara.

İçimizdeki bu uğultu
bakarken çocuklarımızın yüzüne,
titreyişi, uzatırken ellerimizin,
bu kimseyi bağışlamayan duygu;
ardımızdan geliyor nereye yönelsek,
giriyor otobüslerden içeri,
yapıların tırmanıyor üst katlarına,
bu vakitsiz şafak, gece yarısı,
yürekleri dağlayan bu aydınlık.

Dolarken damarlarınıza bir anda
birlikte yürümenin çoşkusu,
yaşamı bilinçle kavramanın
parlaklığı vururken alnınıza,
ne kadar biçerlerse biçsinler
umut daha gür sürecektir.
Hiçbir şeye yenilmediğini inancın
kim daha güzel anlatabilir
onurla söylenen bir türküden?

Kemal Özer

AVUKAT ERDİNÇ TEKELİ:

"Sınıf bilincinin oluşması tehlikeli ve suç gibi algılanmıştır."

Av. Özlem BALIM
Av. Ozan BALIM
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyeleri

İşçi ve sendikacı iken hukuk eğitimi alıp aynı alanda mücadelesini avukat olarak sürdüren Av. Erdinç TEKELİ ile Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısına ilişin sohbet etmek, bu alandaki deneyimlerini paylaşmak istedik.

Sizi işçi, sendika yöneticisi ve hukukçu kimliğinizle tanıyoruz. Hukuk öğrenimi görmeye ve avukat olmaya nasıl karar verdiniz? Hukukçu olmaya karar vermenizde bunda önceki çalışma hayatınızda ve sendikacılık döneminizde karşılaştığınız güçlükleri aşma düşünceniz oldu mu?

Hukuk eğitimi almaya ve avukatlık yapmaya başlamamın birçok nedeni var. 12 Eylül 1980 darbesinin 1961 Anayasası ile kazanılan özgürlükleri de önleme gibi bir misyonu vardı, bunun açık göstergesi DİSK'e bağlı sendikalar ve demokratik kitle örgütlerinin tamamının kapatılıp yöneticilerinin tutuklanmaları ve çok ağır suçlamalarla (idam) haklarında davalar açılması idi. O günlerde 1 Mayıs kutlamalarına katılmadığı gibi katılanları komünistlik ve vatan

Av. Erdinç Tekeli

hainliği ile suçlayan birçok sendika ve sivil toplum kuruluşuna ise dokunulmadı.

12 Eylül 1980 günü görevde olan sendikacı ve diğer hedef alınanların toplanmasından bir süre sonra detay çalışmalar başlatılarak, hedef kurumlarda daha önce görev alanlarla bu kuruluşlara yakın durup, aynı görüşte olduğunu belirten gazeteciler hatta sol yayınları pazarlayan kitabevi sahiplerini de içine alan daha kapsamlı gözaltılar başladı. İşkencesiz alınan ifade yok gibiydi.

Ben de bu kapsamda 1981'de gözaltına alındım, DİSK'e bağlı Pektim-İş Sendikasının İzmir şube başkanlığından istifa edip eski işyerim olan Tüpraş'ın Aliğa'daki rafinerisindeki eski görevime dönmüştüm. Yine gece vardiyasında çalışırken saat 03:00 sularında rafineriye gelen bir siyasi şube ekibi beni alıp Çankaya'da bulunan Emniyet Müdürlüğü'ne götürdü. Gözlerimi de bağlıyarak içi insan dolu hücreye kondum, sonradan öğrendiğime göre aynı saatte evime de gidilip kitap, kaset, fotoğraf, özel notlar olmak üzere birçok eşyaya el konulup götürülmüş.

24 saat aralıksız süren sorgulamalarda duyduğum işkence çığlıklarını halen unutamadım. Burada alınan ifadeler 15 gün sürdü, ifadelerin alınmasından sonra Narlıdere'deki askeri cezaevine götürüldük. Daha sonra Sıkıyönetim Mahkemesi'ndeki ilk duruşmada tutukluluk halimizin kaldırılmasına, ardından da delil yetersizliğinden beraatimize karar verildi.

Bu davada, gizli suç örgütü kurmakla yargılanan 70 kişinin çoğu biribirini hiç tanımıyordu. Cumhuriyet gazetesinin o yıllarda İzmir temsilcisi olan Hikmet Çetinkaya'yı da hemen hepimiz tanıdığımız halde çoğumuzun yakınlığı yoktu. Yani ortada ne gizli örgüt ne de suç işleyen vardı.

Bu olaydan ve bırakıldıktan sonra çevrenin bana davranışlarından çok etkilendim ve özellikle benim durumumda olanlara yardım etmeyi düşünerek Hukuk eğitimi almaya karar verdim.

Sendika yöneticiliğiniz ve yaşadığınız sıkıntıları o yıllardaki koşulları düşünerek nasıl özetleyebilirsiniz? Diğer bir deyişle, sendikaların o günkü sıkıntılarının bugünkü sıkıntılarından farklı olduğunu söyleyebilir misiniz?

1970 - 1980 yılları arası, bence emek - sermaye mücadelesinin en üst düzeyde yaşandığı bir dönemdi. Bu dönemde içinde yaşadığım en etkin mücadele, 1976 yılında DİSK tarafından alınan DGM'ye karşı "genel yas" kararı üzerine yaşananlardır. DİSK üyelerinin büyük bölümü bu karar üzerine süreli olarak üretimi durdurmuşlardı. Benim çalıştığım işyerinde de bir süreliğine üretim durdurulmuştu. Bunu fırsat bilen iktidar 2000 civarındaki rafineri işçisinin işine tazminatsız olarak son verdi. İzmit ve Batman'daki rafinerilerden getirilen işçilerle rafineri devreye alınamayınca işten atılan işçilerden 300'ü zorla işyerine götürülüp rafineri çalıştırıldı.

Bu direnişten sonra DİSK'e karşı müthiş bir karalama kampanyası başlatıldı. Ben bu arada küçük bir madeni eşya imalathanesi açmış tek başıma imalat yaparak ayakta kalma mücadelesi veriyordum.

Ancak, işten çıkarılan arkadaşlarımın ısrarı ile tekrar sendikada görev alıp, işten çıkarılan işçi arkadaşlarımızın tekrar işe dönmeleri ve sendikanın yetki alması için çaba harcamaya başladım. Uzun bir yasal mücadele sonucu sendikanın yetki alması ve işten çıkarılan işçilerin eski görevlerine dönmesi sağlandı.

Tüm bu acımasız ve hoşgörüsüz tutumlara karşı özellikle DİSK ilkeleri etrafında birleşen işçiler son derece kendilerine güvenli ve gelecekten ümitli görünüyorlardı. Buna karşın, özellikle yasal engeller nedeniyle partileşemeyen siyasetler sendikaların yönetimini ele geçirerek seslerini duyurmaya çalışıyorlardı. Ben TİP ilkelerini benimsemiş biri olmama ve diğer sol parti ve fraksiyonlara önyargısız saygı ve sevgi ile yaklaşmama karşın bu düşüncede olanlardan aynı davranışı göremiyordum. Ancak en çok mutlu olduğum olay biraz önce belirttiğim gibi işçilerin bu mücadeleye prim vermemesi ve üretimden gelen gücünü kullanırken bu eylemini sınıfı için yapmaya kararlı olmasıydı.

1980 askeri cunta dönemi ve sonrasında iş yasaları ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi yasalarına ve sendikal mücadeleye değinmek gerekirse…

DGM'lerin kaldırılması için DİSK'in başlattığı genel direnişe katılan işçiler İstanbul caddelerinde, 16 Eylül 1976.

1980 sonrası askerler tarafından hazırlanan Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasaları, 1961 Anayasası ile tanınan hakları geri alma amacı taşıdığı halde, işçilerin tepkisi ile karşılanmadı, çünkü geçen sürede işçilerin haklarını savunacak kişi ve kurumlar ile destek verenlerin tamamı saf dışı edilmişti. Yeni yasalar işverenlerin tüm şikayetleri dikkate alarak hazırlanmıştı. Nitekim 1980 sonrası dönemde emek sermeye mücadelesinde sessiz bir dönem yaşanmış, depolitize edilmiş milyonlar verilenle yetinmeye alıştırılmıştır.

Türkiye, İLO'ya karşı yıllar yılı verdiği sözleri attığı imzaları yerine getirmemiştir. Çalışanlar için İLO tarafından alınan ve Türkiye'nin de altına imza attığı sözleşmelerin çoğunun içi boşaltılarak yasalaştırılmış bu arada ciddi geri dönüşler yaşanmıştır.

İşin ilginç yanı Anayasa'ya göre TBMM'nde usulüne uygun kabul edilen uluslararası sözleşmeler mahkemelerce yürürlükteki yasalardan önce uygulanması gerektiği halde ne yazık ki bu konuda olumlu hiçbir sonuç alınamamıştır. Örneğin, Türkiye'nin süre şartı koyup imzaladığı 158 sayılı İş Güvencesine İlişkin Sözleşme Mecliste usulüne uygun kabul edilip bekleme süresi de dolduktan sonra açılan işe iade davaları Mahkemelerce ret edilmiş, Yargıtay'ca da onanmıştır. Burada Yargının da siyasi otoriteye uyumlu davrandığı ortadadır. İş güvencesi yasası ise yıllarca gecikmeden sonra yine esaslı eksikliklerle gerçekleştirilmiştir. Örneğin, işe iade davasını kazanıp süresinde işe başlama başvurusunda bulunan işçinin, işverence işe başlatma ya da tazminat ödeme seçenekleri varken, işçinin işe davete karşın işe başlamadığı taktirde tazminat isteme hakkı bulunmamaktadır. Yargıtay yeni kararlarında işe dönme talebinin samimi olup olmadığının da araştırılması gerektiğine karar vermiştir.

Yani işçide olması gereken seçim hakkı, işverene tanınmıştır. Bu da gösteriyor ki iş güvencesi hükümleri gerçekten işçi lehine değildir.

Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı ile mevcut Toplu İş Kanunu'nu karşılaştırsak sizce can alıcı nokta nedir? Amaç nedir?

Toplu İş Sözleşmesi ve Sendikalar Kanunu da 1982 Anayasasının ürünü olmasına karşın yaklaşık 30 yıldır yürürlüktedir. Bu yasalar (2821-2822) sözleşme ve sendikal örgütlenmeyi teşvik eden ve destekleyen özellikler taşımadığı gibi yeni yasa taslağı ile de samimiyet derecesi belirsiz bir uzlaşı ortamı yaratılmaya çalışılmakta ancak somut adımlar atılmaktan kaçınılmaktadır. Daha 3 yıl önce tarafların üzerinde anlaştığı taslak TBMM'de beklemektedir. Bugün üzerinde uzlaşı sağlanan paket birkaç gün sonra değiştirilmek istenmekte sürekli zaman kazanılmaktadır.

Sürdürülen görüşmelerde, siyasi iradeye böl parçala yönet taktiğini uygulama fırsatı verilmemeli detayları tartışırken bütünü görme zaafına düşülmemelidir. Örneğin, üyeliğin ve üyelikten çekilmede Noter şartının kaldırılması, 80 öncesi yaşanan sahte imza ile üye ya da çekilme formu düzenlemeyi yeniden getirecektir. Noter üyeliğinin resmi evrak niteliği var iken, imza kontrollerinin yapılması için zaman kaybedilecektir.

En önemlisi çalışanların tamamının aynı çatı altında örgütlenebilmesidir. Batıda bu tür çatı örgütleri kurulmaya başlanmıştır. Daha ileride ise bu örgütlere tüm dünya çalışanları üye olabilecektir.

Ülkemizde hemen her dönemde siyasi irade, sendikalaşma ve sözleşme yapmayı bir hak değil lütuf olarak gördüğünden bu hakların yetersiz olduğunu görüp demokratik yollardan geliştirilmesini isteyenlerle mücadele etmiştir.

Sınıf bilincinin oluşması tehlikeli ve suç gibi algılanmıştır. İşverenlerin örgütlenmede ekonomik avantajları da olduğundan emek sermaye ilişkileri batılı ülkelerdeki düzeye ulaşamamıştır.

Sendikalı olup, sözleşmeden yararlanan işçi sayısı % 10 civarındadır, sendikaların yetki için aranan %10 üyelik koşulu şimdilik askıya alınmış, bunun yanında baraj düşürülüyor müjdesi verilirken işkollarındaki birleşme ile yetki almak imkansız hale getirilmiştir. Yetki barajının tamamen kaldırılacağını İLO'ya taahhüt edenler sözlerini yıllardır tutmamışlardır.

Bence en önemli olanı, işçilerin yoğun olarak örgütlendikleri sendikalara olan güvenin azalmaya başlamasıdır. İşçiler, ne çalışma süreleri içinde ne de emeklilik koşullarının belirlenmesinde hiçbir olumlu hak elde etme çabası gösteremeyen bu sözde işçi örgütlerini sorgulamaya almışlardır.

Aracılığınızla, anılarımı paylaşma, tüm emekçilere sevgi ve saygılarımı iletme fırsatı verdiğiniz için teşekkürler.

6100 Sayılı HMK'ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava[1]

Bektaş KAR
Yargıtay 9, Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren ve 107. maddesi ile belirsiz alacak davası, 109. maddesi ile kısmi dava kavramlarına yer veren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu özellikle işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası veya kısmi dava yolu ile istenip istenmeyeceği konusunda önemli tartışmalar yaratmıştır. Özellikle bu konuda kanun yürürlüğe girdikten sonra yayınlanan bir eserde[2] işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası konusu yapılamayacağı örnek kabilinden sayılmış ve 01.10.2011 tarihinden sonra işçinin kıdem, ihbar, fazla çalışma, tatil, yıllık ücretli izin gibi alacaklarını tam belirlemeden pilot dava adı altında (hakkını saklı tutarak) kısmi dava açmayacağı, tam dava açması gerekeceği, zira işçinin kaç yıldır çalıştığını, son ücretinin ne olduğunu, kaç yıldır izin kullanmadığını, ne kadar fazla çalıştığını dilekçesinde yazmak zorunda olduğu, bunlar olmadan hesaplama yapılamayacağı, bu verilerin belirli veya belirlenebilir veriler olduğu, bu nedenle kısmi dava veya belirsiz alacak davası açılamayacağı belirtilmektedir[3].

İşçilik alacaklarının belirlenebilir olduğunu ileri sürenler, ayrıca şu görüşlere de yer vermektedirler.

**** İşçi ücretini ve süresini iddia ettiğinden, buna göre hesaplama yapabilir. Artık ücret ve süre ile alacakların hüküm altına alınması ispat sorunudur.***

**** İşçi alacağını belirlemeyebilir. Ancak 6100 sayılı HMK sisteminde temsil yetkisi getirilmiştir. Temsil eden avukat belirleyebilir ve buna göre dava açabilir.***

**** Temsil yetkisi verilen avukat da belirlemez ise dava açmadan önce işverene başvurulmalı ve bu başvuru ile alacaklar belirlenip dava açılmalıdır.***

Belirtmek gerekir ki iş yargılamasında ispat yükü yasal düzenlemelerle genellikle işverene yüklenmiştir. Özellikle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği ileri sürüldüğünde, feshin haklı nedene dayandığını veya işçinin kendi ayrıldığını işveren ispat etmek zorundadır. Süre ve ücret ise özü itibari ile tespit içermekte olup, alacak ve tazminatın belirlenmesinin önemli unsurlarıdır. Bunlar hesabın unsurlarıdır. Hesabın unsurlarının tartışmalı olması alacağı belirsiz hale getirir.

Keza yasa vekili değil, davacıyı esas almıştır. Önemli olan davacının dava konusu alacağı belirleyebilmesidir. Kaldı ki her davacının vekil tutma zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Diğer taraftan kayıt dışılığın yaygın olduğu ülkemizde işçinin uyumazlık içinde olduğu işverene başvurarak işçilik alacaklarını belirleyebileceğinin tavsiye edilmesi, tutarlı olmadığı gibi hayatın olağan akışına aykırıdır.

Oysa 6100 sayılı HMK.'dan önce 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi ve 4847 sayılı İş Kanunu'nun 92. Maddesindeki düzenlemeler bize bir anlamda işçilik alacaklarının belirli mi belirsiz mi olduğuna ışık tutacak niteliktedir.

Alacağını belirleyen bir işçinin Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurmasına gerek yoktur. Ancak alacağını belirleyemeyen işçi idari şikayet yoluna başvurabilir. Yeri gelmişken de belirtmek gerekir ki İsviçre ve Alman uygulamasında işçinin bu tür bir başvuruda bulunduğu durumda açıkça alacağın belirsiz olduğu kabul edilmektedir.

---

1 Bektaş KAR, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi. 17 Mart 2012 tarihli sunumdur.
2 Pekcanıtez, Hakan; Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011.
3 Pekcanıtez, s: 46-47.

Tespit Davası :

Bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriğinin belirlenmesi hakkında tespit hükmü elde etmek için açılan davaya tespit davası denir. Tespit davası ile davalı bir şeyi yapmaya veya bir şeyden kaçınmaya mahkûm edilmez, sadece taraflar arasındaki hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu ya da tereddütlü olan içeriği tespit edilir[4].

Tespit davası, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 3. maddesinde iş müfettişinin asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespitine itiraz, 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen feshin geçersizliği, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda iş kolu tespitine (md. 4), 2822 sayılı yetki tespitine itiraz, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda yetki tespitine itiraz (md. 15), grev ve lokavtın kanun dışı olduğunun tespiti (md. 46)gibi davalar tespit niteliğindedir.

Tespit davasının açılması için iki koşulun bulunması gerekir. Dava şartı olan bu koşullar davanın her aşamasında dikkate alınmalıdır. Bunlar;

a) Varlığı, yokluğu veya içeriği belirlenecek bir hak veya hukuki ilişki bulunmalıdır.
b) Hak veya hukuki ilişkinin hemen tespitinde hukuki yarar bulunması gerekir.

Bir hukukî ilişki hakkında henüz şartları oluşmadığından eda davası açılamıyorsa, bu hukukî ilişki hakkında tespit davası açılabilir. İş hukukunda yıllık ücretli izin kullandırılmayan işçi, yıllık ücretli izin fesih halinde alacağa dönüştüğünden, bu durumun tespiti için dava açabilir. Tespit davası sonunda belirlenen haklar taraflarca yerine getirilmezse, bu durumda tespit edilen hukukî ilişkiden kaynaklanan hakkın ifası için daha sonra bir eda davası açılabilir. Tespit davası, eda davasının açılamadığı durumlarda, eda davasının öncüsü niteliğindedir.

Bu madde dışında 6100 sayılı HMK aşağıda açıklanacağı üzere 107. Maddesi ile belirsiz alacak ve tespit davası türüne yer vererek, alacağın dava açarken belirlenememesi durumunda, davacıya alacağını belirlemesi için salt tespit davası açma olanağı da getirmiştir.

Tespit davasında yalnız tespit hükmü verilir. Tespit hükmü HMK.'un 303. maddesi uyarınca kesin hüküm ve kesin delil teşkil eder. Tespit davası sonunda verilen hükümler, edaya yönelik emri içermediğinden, İcra İflas Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca ilâmlı icra yoluyla takibe konu edilemez.

Belirsiz Alacak ve Tespit Davası

Belirsiz alacak davası **tahsil amaçlı açıldığında** öncelikle bir tür eda davasıdır. Eda davasından farkı ise, talep sonucunda istenilen alacağın dava açıldığı anda tam olarak belirlenmemesidir[5].

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 107. maddesinde belirsiz alacak ve tespit davası başlığı altında yeni bir dava türüne yer verilmiştir.

Maddeye göre;

"(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisnden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

*(2) **Karşı tarafın verdiği bilgi** veya **tahkikat sonucu** alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.*

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir".

Öncelikle belirsiz alacak ve tespit davası, maddenin son fıkrası gereğince iki şekilde açılabilecektir.

1. Eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davası.

2. Tespit niteliğinde belirsiz alacağı tespit davası (Fıkra 3.).

Davacı tahsil amaçlı belirsiz alacak davası açtığında, davanın başında belirleyebildiği miktarı belirterek dava açmak zorundadır. Bu dava eda davası olmakla birlikte yargılama sırasında belirlenecek kalan miktar için tespit niteliğindedir. Yargılama sırasında davacı belirlenen bakiye miktarı davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabi olmadan harcını tamamlayarak hüküm altına alınmasını talep edebilecektir. Bu durumda alacağın tamamı hüküm altına alınacağından ilama dayalı icra takibi yapılabilecektir.

Ancak belirsiz alacak tespit davası niteliğinde açıldığında, sadece tespit hükmü kurulacak ve tespit kararı ile alacak tespit edi-

---

4 Pekcanıtez/Atalay/Özekes: Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2011, s. 297.

5 Pekcanıtez, s. 12., Yar. 9. HD. 24.10.2011 gün ve 2011/47206 Esas, 2011/39092 Karar. Kişisel Arşiv.

lecektir. Bu karar tespit hükmü olduğundan ilamlı icraya konu olamayacaktır.

Madde içeriğinden, belirsiz alacak veya tespit davası açılması için, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;

a) Davacının kendisinden beklenememeli (gerçekten belirleyememeli) veya

b) Bu (objektif olarak) olanaksız olmalıdır.

Açılacak davanın değeri veya miktarı biliniyor yahut belirlenebiliyor ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılamaz. Zira madde gereği bu durumda davacının hukuki yararı yoktur.

Maddenin 2. fıkrasında açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği belirtilmiştir. Buradan hareketle dava konusu alacağın değeri veya miktarı karşı tarafın (işverenin) vereceği bilgi veya tahkikat aşamasında belirlenecek ise alacağın dava açıldığında davacı tarafından objektif olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği kabul edilmelidir. Bu nedenle maddenin birinci ve ikinci fıkrasının birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Nitekim İsviçre uygulamasına yer veren Onursal Yargıtay Başkanı Dr. Mustafa KILIÇOĞLU Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi ***adlı eserinde bunu açıkça ifade etmiştir. Talep sonucunun rakam olarak ifadesinin imkânsızlığı, davacının tam olarak miktarını bilmediği ve bu bilgisizliğini davalının sahasında bulunan vakıalardan kaynaklandığı durumlarda söz konusudur. Davacıdan davanın açılmasından önce ücretini ödeyerek talep konusunun miktarının belirlemesi için ekspertizden rapor ve mütalaa alma, delil tespiti gibi yollara başvurması istenemez. Davacının alacağının miktar olarak tespiti, mahkeme tarafından yapılacak delil tespitine veya hesap verme ve bilgi vermeye yönelik müstakil bir davanın açılmasına gerek olduğu durumlarda, HMK. Md. 107anlamında "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği" bir durum söz konusudur***[6].

c) Ancak her ne kadar 107. madde de belirtilmemiş ise de belirsiz alacak ve tespit davası açılabilmesi için kısmi dava başlığı altında düzenlenen HMK.'un 109/2 maddesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Zira hükme göre "*Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılamaz*". Kısaca davacı alacağı belirli değil veya tartışmalı ise belirsiz alacak **ve tespit** davası açabileceği gibi fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kısmi dava da açabilecektir.

Belirsiz alacak ve tespit davası, sadece para alacakları için söz konusu olur. Konusu para olmayan eda davaları için belirsiz alacak ve tespit davası açılamaz.

Belirsiz alacak davası açan davacı, davasının açılmasından sonra yapılan yargılama sırasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya yapılan tahkikat sonucunda, alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesi halinde;

a) İddianın genişletilmesi yasağından etkilenmeksizin yargılama sırasında belirlenen alacak miktarını arttırabilir.

b) Açılan dava zamanaşımını keseceğinden, yargılama sırasında belirlenen alacağını talep ettiğinden, zamanaşımı definin etkisinden kurtulur.

c) Alacağın tamamı için temerrüt var ise temerrüt tarihinden, temerrüt yoksa dava tarihinden faiz yürütülecektir.

Diğer taraftan belirsiz alacak tespit davası olarak, sadece tespit niteliğinde açıldığında, alacağın yargılama aşamasında belirlenmesi halinde davacı bu davasını tahsil amaçlı belirsiz alacak davasına dönüştürebilir mi? Davalının açık muvafakati halinde bu imkan dahilindedir. Ayrıca tespit davasının ıslah sureti ile eda davasına çevrilmesine yasal bir engel bulunmadığından, davacının davalının muvafakati olmadan, belirsiz alacak tespit davasını, belirsiz alacak davasına dönüştürebileceği düşüncesindeyiz.

Kısmi Dava

Davacı belirsiz alacak davası yerine, alacağın belirlenemediği hallerde, kısmi dava açabilir.

Davacının aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmî dava denir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden (örneğin iş sözleşmesinden) doğmuş olması ve bu alacağın şimdilik bir kesiminin dava edilmesi gerekir[7].

Kısmi dava açılabilmesi için; (Madde 109)

a) Talep konusunun niteliği itibari ile bölünebilir olması gerekir. Kısmî dava niteliği itibariyle bölünebilir talepler için söz

6 Kılıçoğlu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012 s: 581.

7 Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2011, s. 286.

konusudur. Bölünebilir taleplerde, bu talebin bir bölümü dava edilip diğer kısmı dava dışında bırakılmaktadır[8].

b) Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmalı olmalı veya açıkça belirli olmamalıdır.

Kısmi dava açılması halinde davaya konu edilmeyen bakiye kısım belirlendikten sonra ayrı bir davayla talep edilebilir veya aynı davada ıslah yoluyla dava konusu arttırılabilir.

Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Davanın Ortak Özellikleri

a) Her iki davada aynı zamanda eda ve tespit davasıdır.

b) Her iki davada ancak alacağın dava açılırken belirlenememesi, miktarının taraflar arasında tartışmalı olması halinde açılabilir.

c) Alacak miktarının belirlenmesi halinde belirsiz alacak davasında tamamının istenmesi, kısmi davada belirlenen bakiye miktarın ek dava veya ıslah sureti ile istenmesi, davanın genişletilmesi yasağı itirazı ile karşı karşıya kalmaz.

d) Davacının bu davaları açmakta hukuki yararı bulunmalıdır.

Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Davanın Farkları

a) Davanın belirsiz alacak davası olarak açılması halinde bir ek dava veya aynı davada dava konusunun ıslah yolu ile arttırılması sözkonusu olmaz.

b) Belirsiz alacak davasında miktar belirlendikten sonra, tamamının istenmesi halinde zamanaşımı defi dikkate alınmazken, kısmi davada kısmi olarak istenen dışında bakiye alacak miktarının ek dava açılarak veya ıslah sureti ile arttırılarak istenmesi halinde zamanaşımı defi ile karşı karşıya kaldığında, zamanaşımının dikkate alınması gerekecektir. Ancak 6100 sayılı HMK zamanında ıslah sureti ile dava konusunun arttırılmasında zamanaşımı ve faizin etkilenmeyeceği, dava tarihinin esas alınması gerektiği yönünde kararlar da vardır[9].

c) Belirsiz alacak davasında (tahsil talepli) davacı en azından yargılama başında belirlenebilecek miktar üzerinden dava açmalı iken, kısmi davada bunda zorunluluk bulunmamaktadır.

Bir Alacağın Belirli veya Belirsiz Alacak Olup Olmadığının Ölçütleri

Önemli noktalardan biri de dava dilekçesinde talep sonucunun açıkça belirtilmesi veya belirli olması ile ***dava konusu*** alacak miktarının açıkça belirli olmasının farklı kavramlar olduğudur. Talep sonucunun açıkça belirtilmesi, davanın belirsiz alacak davası veya kısmi dava niteliğini etkilemez.

Bu konuda öncelikle kaynak ***Almanya ve İsviçre Usul Hukuku uygulamasında hangi kriterler belirlenmiştir. Buna değinmek gerekirse;***

**** Dava konusu edilen alacağın (talep sonucunun) miktar olarak belirlenmesi, karşı tarafın vereceği (elindeki belgelerle) bilgi sonucu mümkün ise (Yıllık ücretli izin defteri, fazla mesai ve tatil çalışmalarında puantaj kayıtları karşı taraf işverenin elindedir),***

**** Alacağın miktar olarak tespitinin ancak ispat aşamasından sonra mümkün olduğu durumlarda,(Tazminat ve alacaklara esas ücret ve süre, muvazaa olgusu)***

**** Hakimin takdirine göre tespit edilen alacakların, belirsiz alacak davasına konu olacağı kabul edilmiştir[10] (Hakkaniyet indirimi, cezai şart indirimi, BK.'nun 43 ve 44. Maddeleri uyarınca indirim).***

6100 sayılı HMK gerek belirsiz alacak davası ve gerekse kısmi dava için madde de bazı ölçütler getirmiştir. Getirilen bu ölçütler, davanın açıldığı tarihte alacağın miktar veya değerinin;

- Tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan beklenememesi,
- Belirlenmesinin imkânsız olması,
- Taraflar arasında tartışmalı olması
- Açıkça belirlenememesi olarak vurgulanmıştır.

Bu ölçütlerin somutlaştırılması gerekir. Kısaca alacak hangi hallerde belirli değildir, tartışmalıdır şeklinde bir değerlendirme yapmak gerekirse;

a) En önemli ölçüt Yargıtay'ın itirazın iptali ve takibin devamı ile ilgili uyuşmazlıklarda, **icra inkar tazminatına hak kazanma açısından uyguladığı**, alacağın **likit olup olmadığı** ölçütüdür[11]. Zira icra inkar tazminatına karar verilebilmesi için takipten veya davadan önce alacağın belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Hak tartışmalı ise icra inkar tazminatına hükmedilemez[12].

---

8 Pekcanıtez/Atalay/Özekes: Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2011, s. 313.

9 Yargıtay 4. HD. 20.12.2011 gün ve 2010/11974 Esas, 2011/13758 Karar. Oy çokluğu

10 Kılıçoğlu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012 s: 582.

11 Kuru/Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı, 2011/5, s. 12.

12 Yargıtay 9. H.D. 11.07.2011 gün ve 2010/51793 Esas, 2011/23328 Karar. "İtirazın iptali davasında borçlunun haksızlığına karar verilmesi halinde ve alacaklının talep etmiş olması şartıyla, borç miktarının Yasada gösterilen orandan az olmamak kaydıyla icra inkar tazminatına

b) Yargılama (tahkikat aşamasında) sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacak belirsiz kabul edilmelidir. Davacının talep ettiği dava konusu alacağın miktarı veya değeri belirli ise hesap raporu alınmasına da gerek yoktur. Zaten kanunun 107/2 maddesinde bu olgu "tahkikat sonucu belirlenme" olarak vurgulanmıştır.

Bu anlamda kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanır. Giydirilmiş ücrete işçinin çıplak ücreti yanında, ücret eklentileri ve sosyal yardımlar dahil edilir. Giydirilmiş ücrete dahil edilebilmesi için;

* ***İşçiye bir menfaat sağlanmış olmalıdır. Sağlanan menfaat, para veya para ile ölçülebilir nitelikte olmalıdır.***
* ***İşçiye sağlanan para ve para ile ölçülebilir menfaatler sözleşmeden veya kanundan doğmalıdır.***
* ***İşçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün menfaatler arızi nitelikte olmamalı, devamlı nitelik taşımalıdır. Bir ödemenin devamlılık unsuru taşıyıp taşımadığı somut uyuşmazlığa göre belirlenmelidir.***
* ***Bu menfaatler iş sözleşmesi sona erdiği tarihte işçinin hak kazandığı ödemeler olmalıdır. Daha önceki yıllarda ödenmiş, ancak sonradan kalkmış veya gelecekte kararlaştırılmış ödemeler olmamalıdır.***

c) Dava konusu alacak miktarının veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun (ki bu işçilik alacakların çalışma olgusu, tazminat ve alacaklara esas süre ve ücret yönünden kendini gösterir) tespitini gerektirdiği durumlarda alacak belirsiz ve tartışmalı kabul edilmelidir. Yargıtay son vermiş olduğu kararda bunu açıkça vurgulamıştır[13].

d) Alacak miktarı veya değerinin belirlenmesinde hakimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapması gereken hallerde, (örneğin cezai şart tazminatından Borçlar Kanununun 161/son[14], bakiye süre ücret alacağından Borçlar Kanununun 325/2[15], Basın İş Kanununa tabi çalışanların % 5 fazla alacaklarından aynı kanunun 43 ve 44. maddeleri[16], fazla mesai ve tatil çalışmalarından hakkaniyet indirimi gibi) alacak belirsizdir. Zira burada davacı yapılacak indirimin oranını başta bilemez.

f) **Dava konusu alacak karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlenecekse, alacak belirsiz kabul edilmelidir**. Karşılaştırmalı hukukta geçerli olan bu kriter kanımca maddenin 2. fıkrasının başlangıcında "karşı tarafın vereceği bilgi sonucu" yargılama sırasında belirlenme olarak kabul edilmiştir. Yıllık ücretli izin alacağı, izin defterinin, fazla mesai ve tatil çalışmaları kayda dayandığında puantaj (işe devam çizelgeleri) kayıtlarının işveren tarafından sunulması ile belirlenebilecektir.

Bu kriter kapsamında maddi hukuk kuralları içinde yer alan ve işverene yükümlülük getiren düzenlemelerden de söz etmek gerekir.

İşverene belge düzenleme zorunluluğu getiren düzenlemeler:

4857 sayılı İş Kanunundaki hükümler:

Madde 8/3: **"Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür".**

Madde 32: "Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak

---

hükmedilir. İcra inkar tazminatına karar verilebilmesi için alacağın belirli veya belirlenebilir olması gerekir. Özellikle, işçinin kıdemi, ücreti gibi hesap unsurları, işverence bilinen veya belirlenebilecek hususlardır. 4857 sayılı İş Kanununun 8 ve 28. maddelerinin işverene bu gibi konularda belge düzenleme yükümü yüklediği de gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak, hak tartışmalı ise icra inkar tazminatına hükmedilemez. Borçlu belirli bir alacak için yapılan icra takibinde borcun bir kısmına itiraz etmek istediğinde, itiraz ettiği kısmı açıkça göstermek zorundadır. Borçlu buna uymaz ve borcun tamamına itiraz ederse, itirazın iptali davası sonucunda borçlu olduğu miktar bakımından icra inkar tazminatı ödemekle yükümlüdür (Yargıtay 9.HD. 4.4.2008 gün 2007/ 14360 E, 2008/ 7511 K.). Alacağın likit olması şartıyla, itirazın iptali davası sonunda borçlunun itirazının kısmen kabulü halinde dahi, kabul edilen kısım bakımından icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

*13 Yargıtay 9. HD. 27.02.2012 gün ve 2012/1757 Esas, 2012/5742 Karar. "Somut uyuşmazlıkta dava konusu edilen tazminat ve alacaklara esas **hizmet süresi ve ücret taraflar arasında uyuşmazlık konusu**dur. Diğer taraftan fazla mesai ücretinin belirlenmesine esas kayıtlar sunulmadığı gibi, davalı işveren İş Kanunu'nun 8 ve 67. Maddesindeki yükümlülüklerini de yerine getirdiğini savunmamıştır.*

Tazminat ve alacaklara hak kazanma ve hesap yönlerinden hizmet süresi pek çok etkene bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. En başta işçinin işe giriş ve fesih tarihlerinin taraflara arasında uyuşmazlık konusu olması halinde tazminata ve alacağa esas süre daima tartışmalı olacaktır. Bu durumdaki belirsizlik, yargılama ile giderilir.

İş davalarına yansıyan yönüyle işçi ve işveren arasında en temel uyuşmazlık temel ücretin belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay uygulamasına göre işçinin iddia ettiği temel ücret miktarı işverence kabul edilmediğinde meslek kuruluşlarından olası (adet-emsal olan) ücret yönünden araştırmaya gidilmekte ve çoğunlukla meslek odasının bildirdiği ücret hesaplamaya esas alınmaktadır. Bu ihtimalde işçi iddia ettiği ücreti kanıtlayamamış olmaktadır. Zira ücretle ilgili tüm deliller işveren uhdesindedir ve işçinin çoğu kez bu delillere ulaşmasına imkan tanınmamaktadır. Bu yönüyle temel ücretin tespitindeki ve ispatındaki ülkemize has güçlükler sebebiyle kısmi davanın açılmasında işçinin hukuki menfaatinin olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca kıdem tazminatı giydirilmiş ücretten, fazla mesai alacağı da muaccel olduğu tarihteki ücret üzerinden hesaplanacak, fazla mesai alacağı kayda dayanmadığı takdirde indirime tabi tutulacaktır.

14 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu, Mad. 182.

15 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu, Mad. 438.

16 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu, Mad. 51 ve 52.

açılan bir banka hesabına ödenir. …… Çalıştırdığı işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya üçüncü kişiler, işçilerinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler.

Madde 37: "İşveren işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır. Bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir".

Madde 67: "Günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur".

Madde 75: "İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır".

854 sayılı Deniz İş Kanunu'ndaki düzenlemeler:

Madde 31: "Her gemide, noterlikçe tasdikli bir ücret ödeme defteri tutulur. Şu kadar ki, liman seferi yapan gemilerde bu defter işveren bürosunda da tutulabilir. Hizmet akitleri gereğince gemiadamlarına yapılacak her çeşit ödemelerin bu deftere kaydedilmesi ve kayıtların imza veya makbuzla belgelenmesi zorunludur. İstek halinde, bu kayıtların tasdikli bir örneği gemiadamına verilir. Bu muameleler her türlü resimden muaftır. Belgeye dayanmaksızın yapılan ödeme iddiaları muteber değildir".

Madde 28/3: "Fazla saatlerle çalışmaları belgelemek üzere işveren veya işveren vekili noterden tasdikli ayrı bir defter tutmak zorundadır".

Bu düzenlemelerle işveren için bir takım yükümlülükler getirilmiştir. İşveren bu yükümlülükleri yerine getirmediği sürece, işçinin açtığı davada talep konularının genellikle belirsiz olacağı açıktır. Alacağın belirli ve tartışmasız olması ancak bu belgelerin düzenlenmesi, işverenin söz konusu yükümlülükleri yerine getirmesi ile mümkün olacaktır. Kısaca kayıt dışılığın son bulması gerekir.

e) Taraflar arasında iş ilişkisi bulunmakla birlikte, işçinin 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu veya Borçlar Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı tartışmalı ise açılan dava belirsiz alacak davası kabul edilmelidir. Zira bu tür bir uyuşmazlıkta işçinin tabi olduğu kanuna göre tazminat ve alacakların belirlenme yöntemi farklılık gösterir.

Dava dilekçesi ile cevap dilekçesinde yer alan açıklamalardan, **çalışmaların esnaf faaliyeti, ile hava ve deniz taşıma işleri, tarım işi kapsamında kalıp kalmayacağı noktasında bir tartışmanın ya da belirsizliğin anlaşılması durumunda, kıdem tazminatı açısından HMK'nun 107. maddesi kapsamında belirli bir alacaktan söz edilemez. Yine çalışmaların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamına sözleşmeli personel statüsünde veya geçici personel statüsünde olup olmadığı, başka bir anlatımla atama tasarrufu ile statü hukukuna tabi çalışmaya dair tartışmaların olduğu bir uyuşmazlıkta da alacak belirli değildir.**

Dava Şartları

Dava şartı, 1086 sayılı HUMK zamanında teoride ve uygulamada kabul edilmesine rağmen, ilk kez normatif olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114 ve 115. maddelerinden düzenlenmiştir.

Dava şartları gerçekleşmeden bir davanın esasına girilemez. Hâkim, dava şartı eksikliğini kendiliğinden dikkate alır, tarafların bu konuda ayrıca talepte bulunmasına gerek yoktur. Dava şartları esasa ilişkin olmadığından, usulü olarak öncelikle dikkate alınmalıdır.

Dava şartları HMK.'un 114. maddesinde sayılmıştır.

Davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, dava şartlarındandır. Yukarda açıklandığı gibi davacının belirsiz alacak davası veya kısmi dava açabilmesi için hukuki yararının olması şarttır. Buradan hareketle bir davanın belirsiz alacak davası veya kısmi dava olarak görülebilmesi için dava şartı olan davacının hukuki yararının bulunması gerekir.

Belirsiz alacak ve tespit davasında, kanun açıkça alacak miktarının veya değerinin belirlenememesi veya olanaksız olması halinde, davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının varsayılacağını öngörmüştür.

Dava şartları öncelikle ön inceleme aşamasında incelenmelidir. Gözden kaçsa bile davanın her aşamasında dava şartları resen dikkate alınabilir. Taraflar da dava şartı eksikliğini her aşamada ileri sürebilirler.

Dava şartı davanın açıldığı anda var iken, açıldıktan sonra ortadan kalkarsa süre verilerek tamamlanması gereken bu şart

yerine getirilmez veya gerekmez ise o zaman dava esastan değil, dava şartı yokluğu nedeni ile reddedilmelidir[17].

Eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hakim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir.

Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)

Birden fazla istemin yer aldığı ve işçi-işveren uyuşmazlıklarında işçinin işçilik alacakları için açtığı davanın örnek teşkil ettiği bir dava türüdür[18]. Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslîlik–ferîlik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davaların yığılması denir[19]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce öğreti ve uygulama ile kabul edilen bu kavram, normatif düzenleme olarak HMK.'un 110. maddesinde yer almıştır. Maddeye göre; "Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır".

Davacı birçok talebini, tek bir dava dilekçesi ile talep etmektedir. Aslında kural olarak talep sayısınca dava mevcuttur. Davacı her bir talebi için dava dilekçesinde olguları (vakıaları) ayrı ayrı belirtilmek ve ispat yükü kendisinde ise ispat etmek zorundadır. Yapılan yargılamada her bir talep hakkında ayrı ayrı inceleme yapılır. Yargılama sonunda da her biri hakkında olumlu veya olumsuz karar verilir.

İşte davaların yığılması halinde, davacının isteklerinin bir kısmi belirli bir kısmi belirsiz alacak davası konusu olabilir. Bu durumda talep edilen alacaklardan açıkça belirli olan ve tartışmalı olmayanlar için belirsiz alacak davası veya kısmi dava ile talepte bulunulamaz.

Dava Şartı Olarak Belirsiz Alacak Davası veya Kısmi Davanın İncelenmesi

Hakimin taraflar arasındaki uyuşmazlıkta, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesine göre, aydınlatma görevi vardır. Bu aydınlatma görevi, vakıalara ilişkin olabileceği gibi talep sonucuyla da ilgili olabilir. Hâkim, tam olarak neyin talep edildiğini taraflara soracaktır. Bu aydınlatma ile davanın türü de ortaya konabilir. Dava türünde davacının belirsiz alacak davası veya kısmi dava olduğunu açıklamaması halinde, hakimin aydınlatma görevi gereği davanın türünü açıklattırması gerekir.

Talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız olup olmadığı, açıkça belirli olup olmadığı ancak davalının davaya cevap vermesinden sonra ortaya çıkar. Mahkeme hakimi, miktarın taraflar arasında tartışmalı olduğunu da ön inceleme aşamasında saptayacaktır (HMK. md.140/1). O halde davanın belirsiz alacak davası olarak devam edip etmeyeceği veya kısmi dava olarak görülüp görülmeyeceği, hukuki yarar noktasında ön inceleme aşamasında değerlendirilmelidir. Davacının belirsiz alacak davası veya kısmi dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı kanısına varılırsa, mahkemenin izleyeceği yol konusunda farklı görüşler ileri sürülebilir.

Bunlardan birincisi iddianın genişletilmesi yasağı nedeni ile dava şartı noksanlığının giderilemeyeceği kabul edilerek, davacının belirsiz alacak ve tespit davası veya kısmi dava açmasında hukuki yararı bulunmadığı gerekçesi ile doğrudan bu alacağa ilişkin istek dava şartı yokluğu nedeni ile davanın reddine karar verilmesidir. Zira hatalı dava açan davacı tarafın bunun sonuçlarına katlanması gerektiği bir görüş olarak ifade edilebilir.

İkinci olarak davacının talebinin açık olmadığı kabul edilerek, açık hale getirmesi ve alacağını belirlemesi için HMK.'un 119/2 maddesi uyarınca 7 günlük kesin süre verilmesidir. Bu süre içinde alacak belirli hale getirilirse dava dilekçesindeki eksiklik giderilmiş sayılacağından davaya devam edilecek, aksi halde ise davanın HMK.'un 150. maddesi uyarınca açılmamış sayılmasına karar verilecektir.

Üçüncü olarak ise bu noksanlığın giderilebilen bir dava şartı olduğu, HMK. 115/2 maddesi uyarınca davacı tarafa davasının belirli eda davası olarak devam etmesi için harcının tamamlaması yönünde kesin süre verilebileceği kabul edilebilir. Davacı taraf hakim tarafından belirlenecek bu süre içinde tamamlarsa, davaya belirli alacak davası olarak devam edilebilir, aksi halde dava hukuki yararı olmadığı gerekçesi ile dava şartı yokluğu nedeni ile usulden reddedilebilir.

---

17 Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2011, s. 266

18 Yar. 9. HD. 31.10.2011 gün ve 2009/27328 Esas, 2011/41602 Karar. Kişisel arşiv. "Dava açan biri, davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla istemini aynı davada birleştirebilir. Başka bir anlatımla birden fazla davasını aynı dava dilekçesi ile açabilir. Bu halde davada birlikte açılan dava sayısı kadar istem sonucu ve dava konusu vardır. Bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanununun 110. Maddesinde davaların yığılması olarak kabul edilmiştir. İş ilişkisinde çalışma şekline göre ve fesih türüne göre birden fazla istek olduğundan, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda bu tür davalar vardır".

19 Pekcanıtez/Atalay/Özekes: Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2011, s. 311

Bununla ilgili görüşümüz ise hukuki yarar şartının noksanlığı giderilebilecek şartlardan olduğudur. Zira HMK.'un 115. maddesinde noksanlıkları giderilecek dava şartlarının hangileri olduğu, HMK.'un 119/2 maddesindeki gibi dava dilekçesinde bulunması zorunlu unsurlardan eksiklikleri tamamlanacak unsurlar gibi açıkça belirtilmediği gibi, 119/2 maddede açıkça "açık bir şekilde talep sonucunu belirlenmesinin" eksiklik olarak giderilebileceği ifade edilmiştir. Kısaca dava dilekçesinde açık olmayan talep sonucu giderilebilecek eksikliktir. Örneğin davacı dava dilekçesinde miktar belirtmeden kıdem tazminatı talep ettiğinde, hakimin talep sonucu olan miktarı belirlemesi ve harcını tamamlaması için davacı tarafa HMK.'un 119/2 maddesi uyarınca süre vermesi gerekir. Ayrıca ön inceleme kurumu işin esasına girmeden usule ilişkin sorunların giderilmesi amacı ile getirildiğinden, bu çözüm tarzı yasanın amacına da uygun düşer.

Kanımızca ön inceleme aşamasında davanın belirsiz alacak ve tespit davası veya kısmi dava olarak açılmayacağının, talep sonucunu ve davasını belirli tam dava olarak açması için davacı tarafa süre verilmesi, davanın genişletilmesi yasağı olarak kabul edilmemelidir. Kaldı ki davayı değiştirme ve genişletme yasağı ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra başlar (HMK m. 141/1 son cümle). Talep sonucunun açıklattırılması, talep sonucunda eksikliğinin giderilmesi, hakimin aydınlatma görevinin davanın türünü de içermesi nedeni ile ön inceleme aşamasında belirsiz alacak ve tespit davası veya kısmi dava açılamayacağı anlaşıldığında, davacı tarafa davasının belirli tam dava olarak devam etmesi ve harcını tamamlaması için HMK.'un 115/2 maddesi uyarınca süre verilmesi usul ekonomisine de uygun olur.

Davaların yığılması halinde davacının açtığı davada birden fazla talebi ilgili açtığı davada ön inceleme aşamasında taleplerden biri veya bir kısmı belirli olduğu anlaşılır ise, davacı tarafa bu taleplerini belirli eda davası olarak devam ettirmesi için kesin süre verilmeli, harcı tamamlattırılmalıdır. Aksi takdirde bu taleplere ilişkin istem dava şartı yokluğundan reddedilmelidir.

Kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yönlerinden hizmet süresi pek çok etkene bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. En başta işçinin işe giriş ve fesih tarihlerinin tartışmalı olması halince tazminata esas süre daima tartışmalıdır. Bu durumdaki belirsizlik, yargılama ile giderilir.

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde İş Kanununun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur[20].

Keza aynı türden olan ve işçiye ücreti dışında ödenen asgari geçim indirimi yasa ile getirilmiş olup, bireyin veya ailenin asgari geçim düzeyini sağlayacak bölümünün toplam gelirden düşülerek vergi dışı bırakılmasıdır.

Özellikle gerçek ücretle ilgili kayıt dışılığın yaygın olduğu ülkemizde bizatihi ücretin kendisi de tartışmalıdır. İşçinin aldığı ücreti bilmesi gerektiği ileri sürülebilirse de, çalışma yaşamında işçi ücretlerinin bir kısmının yasal zorunluluk sebebiyle bankaya yatırıldığı, kalan kısmının değişen miktarlarda elden ödendiği, ücretin tahakkukunu gösteren bordro ya da belgenin işçilere verilmediği uygulamalara sıkça rastlanmaktadır. Bu durumda iş davalarına yansıyan yönüyle işçi ve işveren arasında en temel uyuşmazlık temel ücretin belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Yargıtay uygulamasına göre işçinin iddia ettiği temel ücret miktarı işverence kabul edilmediğinde meslek kuruluşlarından olası (adet olan) ücret yönünden araştırmaya gidilmekte ve çoğunlukla meslek odasının bildirdiği ücret hesaplamaya esas alınmaktadır. Bu ihtimalde işçi iddia ettiği ücreti kanıtlayamamış olmaktadır. Zira ücretle ilgili tüm deliller işveren uhdesindedir ve işçinin çoğu kez bu delillere ulaşmasına imkan tanınmamaktadır. Bu yönüyle temel ücretin tespitindeki ve ispatındaki ülkemize has güçlükler sebebiyle belirsiz alacak davasının açılmasında işçinin hukuki menfaatinin olduğu kabul edilmelidir.

Öte yandan aylık ödemelerin, temel ücret, ikramiye, prim, ayni ve sosyal yardımlar ile fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil çalışmaları ücretlerinden oluştuğu, vergi, sigorta primi, sendika aidatı ve benzeri kesintilerin yapıldığı düşünüldüğünde tazminata esas temel ücretin işçi tarafından tam olarak bilinmesinin çoğu kez mümkün olamayacağı da söylenebilir.

Yine de feshin kim tarafından ve ne şekilde gerçekleştirildiği noktasındaki tartışmalar bazen hesabın unsurları olan süre ve ücret noktasında da sonuçlar doğurabilir. Bu durumda fesihle ilgili tartışma çözümlenmeden hesaba geçilmesi mümkün olamayacaktır. Örneğin işçinin askerlik borçlanmasının kıdem süresine eklenmesi veya kamu kurumlarında aralıklı çalışmaların birleştirilmesi ancak işçinin emeklilik sebebiyle iş sözleşmesini sona erdirmiş olmasına bağlıdır. O halde emeklilik sebebiyle bir fesih olup olmadığının tartışılması, kıdeme esas sürenin de belirsiz olması anlamına gelir.

---

20 1475 S.K. Madde 14/11.

İhbar tazminatının hesabında kanunun 32. maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. İhbar tazminatı hesabının unsurları da hizmet süresi ve ücretle ilişkili olmakla, kıdem tazminatı bakımından yapılan açıklamalar büyük ölçüde ihbar tazminatı için de geçerlidir.

Yıllık izin ücreti isteğinde bulunan işçinin hangi yıllara ait izinlerin kullandırılmadığını açıklaması gerekir. İşçiye hiç izin kullandırılmamışsa bu husus belirtilmeli veya çalıştığı dönem içinde toplam kullandığı izin süresi açıklanarak kalan izinlerin kullandırılmadığı ifade edilmelidir. İşçinin bir kısım izinlerinin kullandırılmadığı şeklinde genel bir ifade ile yıllık izin ücreti talebi 6100 sayılı HMK sisteminde mümkün olmamalıdır. Ancak yıllık izin dışında işverence verilen diğer izinler yıllık izinden sayılmayacağından ve yukarıda belirtildiği üzere izin süreleri ile hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri iç içe geçemeyeceğinden, işçinin aldığı istirahat raporu kadar yıllık izin hakkının uzaması gerektiğinden ve asıl önemlisi yıllık izinlerin 10 günden az olarak bölünerek kullandırılması mümkün olamayacağından kullandırılmayan yıllık izinlerin tespiti kolay bir iş değildir.

Öte yandan işçinin işyerindeki çalışma süresinin taraflar arasında tartışmalı olması ve bu uyuşmazlığın yeni bir izin hakkının doğumuna neden olabilecek boyutta olması halinde yıllık izin ücreti noktasında belirsizlik ancak yargılama ile ortaya çıkabilecektir. İşçinin ücreti konusundaki tartışma halinde yıllık izin ücreti alacağı belirsizliğini korur.

Yıllık izin yönünden bir başka belirsizlik hak kazanılan izin sürelerinin tartışmalı olması halinde ortaya çıkar. İşçinin her yıl için 30 gün izin hakkı olduğunu ileri sürmesi, işverenin ise yasal izin sürelerinin geçerli olduğu savunması, yıllık izin hesabı noktasında doğrudan bir belirsizlik yaratır.

Haftalık iş süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlenmesi mümkündür. Bu halde haftalık çalışma süresini aşan 45 saate kadar çalışmalar ise Kanun'da *"fazla sürelerle çalışma"* olarak adlandırılmıştır.

Fazla çalışma alacağının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır[21].

İşyerinde puantaj kayıtlarının düzenli olarak tutulması ve bu kayıtların geçerli olması halinde fazla çalışmaların belirli ya da belirlenebilir olduğu kabul edilse dahi, puantaj kayıtlarının bir örneği işçiye verilmediği sürece yine işçinin tam bir hesap yapabilmesi mümkün değildir. Şayet puantaj kayıtları işçiye verilmişse işçinin açacağı davada kayıtlarda görünen fazla çalışma ücretinin tam olarak talep edilmesi gerekir. Zira işe giriş çıkış saatlerini gösteren kayıtların varlığı halinde fazla çalışma ücretinden mahkemece taktiri indirime gidilmesi de mümkün değildir.

Ancak fazla çalışmaların puantaj kayıtlarına dayanması halinde de hesaplamanın diğer unsuru olan ücretin her bir dönem için belirli olması gerekir. Fazla çalışma ücretinin belirlenmesinde bir başka güçlük de işverence çalışılan süre içinde hakların ödendiği savunması halinde ortaya çıkar. Fazla çalışma kayıtlara dayalı olarak hesaplanabilse dahi işveren ödeme savunmasını getirdiğinde işçiye yıllar içinde yapılan ödemelerin tam olarak neleri karşıladığı bilinemeyeceğinden yine alacağın belirsiz olduğu kabul edilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, işe giriş ve çıkış saatlerini gösteren kayıtların işverende olması işçinin fazla çalışma hesabını yapmasını imkansız kılar. İşverence kayıtların bir örneğinin işçiye verilmiş olması halinde kural olarak süre ve ücretler de tartışmalı değilse fazla çalışma alacağı hesaplanabilir durumdadır.

İşçinin açacağı davada, işverence zamanaşımı definin ileri sürülüp sürülmeyeceği bilinmediğinden son beş yıl öncesinde kalan fazla çalışma ücreti alacakları bakımından belirsizlikten söz edilebilir. Aslında işçinin fazla çalışma alacaklarının bir kısmının zamanaşımına uğramış olması işçinin taleplerini geciktirmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Buna rağmen işçi zamanaşımına uğratmanın bedelini kısmi ret ile ödeyecektir. Aynı sonuca, alacağın belirli olduğu şeklinde başka bir anlam bağlamak doğru olmaz.

Hafta tatili ücretiyle ilgili davanın belirli alacak davasına konu edilebilmesi fazla çalışma ücreti ile paralellik gösterir.

İşçinin işe başlatılmadığı tarihteki ücretinin tartışmalı olması halinde işe başlatmama tazminatı belirsiz alacak davası-

---

21 Yargıtay 9.HD. 28.4.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779K. "Davacının uzunca bir süre olan çalışması sırasında her gün fazla mesai yaptığı kabul edilerek hüküm kurulmuştur. Hastalık, izin gibi nedenlerle çalışılamayacak günler olduğu düşünülerek bilirkişi tarafından hesaplanan miktardan makul bir indirim yapılarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". Yargıtay 9. HD. 28.09.2010 gün 2008/ 34353 E, 2010/ 26081 K. "Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır".

na konu olabilecektir. İşçinin işe başlatmama tarihinin çekişmesiz olması ya da bu durumun ücretle ilgili olarak bir farklılık doğurmaması ve fesih tarihindeki ücretin kesin olarak bilinmesi halinde ise işe başlatmama tazminatı belirli durumdadır.

Boşta geçen süre için ücret ve diğer haklar kararın kesinleşmesine kadar ve en çok dört ay ile sınırlıdır. İşe iadeye dair karar fesihten itibaren dört ay içinde gerçekleşmişse kesinleşme tarihine kadar hesaplama yapılmalıdır. Böyle olunca mahkemece kararın hangi tarihte kesinleşeceği öncede bilinmediğinden bu miktarın da tam olarak hüküm altına alınması mümkün olmayabilir.

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların belirlenmesinde ilk unsur süre olmakla birlikte işçinin geçersiz sayılan iş sözleşmesinin feshi tarihi bilindiğinden ve boşta geçen süre yasa gereği en çok dört ayla sınırlandırıldığından bu alacaklarla ilgili süre yönünden bir sorun yoktur. Diğer bir anlatımla geçersiz sayılan fesih ile işe başlatma anına kadar ve en çok dört ayla sınırlı bir hak talep edilebileceğinden süre noktasında bir belirsizlik bulunmamaktadır. Ancak işçinin ücretinin tartışmalı olduğu her durumda, boşta geçen süre ücreti, belirli ya da belirlenebilir nitelikte sayılmamalıdır.

Sendikal tazminat işçinin aylık ücreti ile bağlantılı olarak hesaplandığından, ücretle ilgili bir tartışma halinde sendikal tazminatın başlangıçta belirli ya da belirlenebilir olduğundan söz edilemez.

Cezai şartın ücret ve çalışma süresiyle bağlantılı belirlenmesine rağmen her iki halde de taraflar arasında bir tartışmanın bulunmaması veya cezai şartın doğrudan belli bir rakam örneğin 100.000,00TL gibi bir rakam olarak belirlenmesi halinde alacak belirli durumdadır. Ancak bu halde de Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesine göre yapılacak olan indirim miktarı başlangıçta bilinemeyeceğinden alacağın belirli olduğunu söylemek mümkün olmaz.

İşçiye verilen eğitim giderlerinin talebinde işveren açısından verilen eğitimin işçi başına düşen tutarı belirli ya da belirlenebilir durumdadır. Ancak yapılacak indirim konusunda bir belirsizlik vardır. Yargıtay kararlarında çalışılan ve çalışılması gereken süreye göre indirim yaygın olarak uygulansa da indirimin tek ölçütü çalışma süresi değildir. Bu itibarla kural olarak eğitim gideri talebinin belirsiz alacak davasına konu edilebileceği belirtilmelidir.

İşçinin bakiye süre ücretleri belirlenirken oransal bir indirime gidilmeyip, işçinin başka işten elde ettiği gelirleri, kazanmaktan kasten feragat ettiği gelirleri ile işi yapmamış olmasından kaynaklanan sarf etmediği giderler belirlenerek bir indirim yapılması gerekir. İndirim miktarı belirlenebilir gibi görünse de, bakiye süre içinde işçinin başka bir işten elde ettiği gelirleri dışında diğer indirim nedenleri yönünden tam bir tespit yapılmasını oldukça güçtür.

Rekabet yasağının ihlali halinde işçinin ücreti ile bağlantılı bir tazminat miktarı belirlenmiş ve işçinin ücreti taraflar arasında tartışmalı ise, salt bu durum alacağın belirli olmadığını göstermektedir. Bundan başka rekabet yasağının ihlaline bağlı ödenmesi gereken tutardan yapılabilecek indirim sebebiyle de alacak başlangıçta belirli değildir.

Senet iptali davasında senet bedeli davanın konusu miktarı oluşturacağından belirsiz alacak davası açılmasına imkan yoktur. Senedin kısmen iptali istendiğinde dahi borçlu olunmayan kısım yönünden miktar belirli ya da belirlenebilir durumdadır.

Manevi tazminatı belirleyecek olan hakim olduğundan, davacının talep sonucunu tam olarak belirlemesi kendisinden beklenemez[22].

Yargıtay'ın manevi tazminatın bölünmezliğine dair bazı kararları olsa da[23], öğretide manevi tazminatın bölünmezliği ilkesini benimsemeyen yazarlar da vardır[24].

Bizim de görüşümüz, manevi tazminatı hakimin belirleyecek olması sebebiyle dava dilekçesindeki talebin bağlayıcı addedilmesinin doğru olmayacağı yönündedir.

Öte yandan manevi tazminatı bölünmezliği ilkesi kabul edilse dahi öğretide haklı olarak belirtildiği üzere bu durum belirsiz alacak davasının açılmasına engel oluşturmaz.

Manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin en azından 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle terk edilebileceği düşüncesindeyiz. Zira Yargıtay'ın bu yönde kararlarına rağmen 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda bölünmezlik ilkesine yer verilmemiştir. Dayanağını yasadan almayan bu tür kısıtlayıcı yorumlara gidilmesi de mümkün görülmemelidir.

---

22 Pekcanıtez, Hakan: Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s. 82.

23 Yargıtay HGK. 09.05.2007 gün 2007/ 21-269 E, 2007/ 269 K. "Hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla, üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle manevi tazminatın bölünmesi, yeniden dava konusu yapılarak miktarının artırılması olanağı yoktur. Niteliği itibariyle manevi tazminat bölünemez. Bir defada istenilmesi gerekir. Yargıtay Genel Kurulu'nun 25.9.1996 gün ve 1996/21-397-637 sayılı kararı ile 13.10.1999 gün ve 1999/21-684-818 sayılı kararı da bu yöndedir".

24 Pekcanıtez/Atalay/Özekes: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2010, 9. Bası, s. 303, 304.

T.C.
YARGITAY
9. Hukuk Dairesi
ESAS NO: 2012/1757
KARAR NO: 2012/5742

Y A R G I T A Y K A R A R I

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde 22.01.2009 tarihinden 28.08.2011 tarihine kadar hafta haftanın 6 günü 08.00-20.00 saatleri arası satış elamanı olarak haftalık 45 saati aşan çalışması olmasına rağmen fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini, iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini, son ay ücreti bulunduğunu belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı olmak kaydı ile 1.000,00 TL kıdem tazminatının, 500,00 TL ihbar tazminatının, 1.000,00 TL ücret ve 500,00 TL fazla çalışma ücretinin davalı işverenden tahsili amacı ile kısmi dava açmıştır.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 30.10.2009 tarihinde işe başladığını, asgari ücretle çalıştığını, hizmet tespiti için dava açtığını, 22.11.2011 tarihinde işe geç geldiğini, nedeni sorulduğunda işyerinden ayrıldığını, işe davet edilmesine rağmen gelmediğini, devamsızlık yaptığını, iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile 30.09.2011 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.g maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini, davacının yeni bir iş bulduğunu, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığını, fazla mesai ücret alacağı da bulunmadığını, fazla mesai ücretinin imzalı bordro ile ödendiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece ön inceleme aşamasında davacının çalıştığı süreyi ve ücretini bildiği, kullandırılmayan fazla çalışma süresini de bildiği, bu bilgiler doğrultusunda alacağının tamamını bildiği halde, HMK. 109/1 maddesi anlamında kısmi dava açtığı, aynı madde 2. fıkrasına göre alacak açıkça belli olduğundan kısmı dava açmasının mümkün olmadığı, HMK. 114/1-h maddesine göre hukuki yararın dava şartı olduğu, bunun yanında davacının talep sonucunu dava dilekçesinde HMK.nın 119/1-ğ maddesine göre açıkça bildirmek başka ifade ile taleplerini somutlaştırmak zorunda olduğu, bu zorunluluğu yerine getirmeyen davacının dava açmakta hukuki yararının varlığından söz edilemeyeceği gerekçesi ile HMK. 109/2 maddesine aykırı davanın usulden reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından "tazminata ve alacağa esas ücretin belirlenmesi gerektiği, ayrıca fazla mesaide hakkaniyet indirimi yapıldığı, hak arama özgürlüğünün kısıtlandığı, kısmi davanın belirsiz alacak davasına göre daha geniş kapsamlı olduğu, kararın hatalı olduğu gerekçesi ile temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

Uyuşmazlık davanın niteliği üzerinde toplanmaktadır.

Davacının aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmî dava denir.

Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden (örneğin iş sözleşmesinden) doğmuş olması ve bu alacağın şimdilik bir kesiminin dava edilmesi gerekir(Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2011, s. 286).

Kısmi dava 6100 sayılı HMK.'un 109. maddesinde tanımlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasına göre "Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir". İkinci fıkrasına göre ise "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılamaz".

Belirtilen düzenleme karşısında kısmi dava açılabilmesi için;

1) Talep konusunun niteliği itibari ile bölünebilir olması,

2) Talep konusunun miktarının, taraflar arasında tartışmalı veya açıkça belirli olmaması gerekir.

Talep konusu taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirlenebilir ise kısmi dava açılamayacaktır. (Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes: Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2011, s. 313).

Dava konusu edilen alacak, yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiriyor(Kuru/Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı, 2011/5, s. 13) veya miktar veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise talep konusu alacağın tartışmalı veya açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmeli ve kısmi dava olarak görülmelidir.

Keza alacak miktarı veya değerinin hakimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak belirsizdir. Fazla mesai ve tatil çalışmalarının kayda dayanmadığı durumlarda Dairemiz istikrarlı olarak "hastalık, izin gibi nedenlerle

çalışılamayacak günler olduğu düşünülerek" bu tür alacaklarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini kabul etmektedir.

Diğer taraftan, işçilik tazminat ve alacakların belirlenmesinde ispat yükü dışında ilgili yasalarda hesabın unsurları olarak bazı kriterlere yer verilmiştir.

İşçilikte bu hesabın unsurlarında hizmet süresi ile işçinin aldığı gerçek ücret önemli kriterlerdir. Kıdem ve ihbar tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer tazminat ve alacaklar çıplak ücretten hesaplanmaktadır. Giydirilmiş ücrette, işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatlerde dahil edilmektedir. Keza yıllık izin ücreti dışında çalışma olgusuna bağlı diğer işçilik alacakları muaccel oldukları tarihteki ücret üzerinden hesaplanmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki tazminat ve alacakların belirlenmesine ilişkin kayıtlar ise genelde işveren tarafından tutulmaktadır. Dava konusu edilen alacağın (talep sonucunun) miktar olarak belirlenmesi, karşı tarafın vereceği (elindeki belgelerle) bilgi sonucu mümkün ise alacağın tartışmalı ve belirli olmadığı sonucuna varılmalıdır. (Kılıçoğlu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012 s: 582.)

4857 sayılı İş Kanunu'nun 67. Maddesi uyarınca, "günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur". Aynı kanunun 8/3 maddesine göre ise "Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür". Özellikle fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının belirlenmesi için işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi şarttır.

HMK.'un 107/son maddesine göre ise "kısmi eda davasının açılabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir". Davacının kısmi dava açabilmesi için hukuki yararının olması şarttır. Buradan hareketle bir davanın kısmi dava olarak görülebilmesi için dava şartı olan davacının hukuki yararının bulunması gerekir.

Hukuki yarar, kanunun 114/h maddesi uyarınca dava şartı olarak kabul edilmiştir. Takip eden 115/2 maddedeki kurala göre ise "Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder". Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hakim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir.

Diğer taraftan kanunun 119. maddesinde dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar sayılmış ve açık bir şekilde talep sonucunun da bulunacağı belirtilmiş ve maddenin ikinci fıkrasında ise talep sonucunun açık olmaması halinde hakimin davacıya talebini açıkça belirlemesi için süre vermesi gerektiği belirtilmiştir. Gerek 115 ve gerekse 119. maddelerde verilen kesin sürenin bir haftalık süre olacağı da belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacı vekili, davacı işçinin aldığı ücreti ve çalışma süresini belirterek, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen son ay ücret ve fazla mesai ücret alacağının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak ve her bir talebine ilişkin miktar belirterek kısmi dava olarak davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, ise öncelikle davacının aldığı ücretin ve çalıştığı sürenin dava dilekçesinde belirtilen süre ve ücret olmadığını savunmuştur.

Davacının istenilen alacağın türü ve hukuki niteliği belli olmasına rağmen, miktarını dava açarken tam olarak saptaması, belirlemesi olanaklı olmayabilir. Hesap raporu alınmasını, yargılama yapılmasını gerektiren bu durumda davacı fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kısmi dava yoluna başvurabilir. Kısmi dava olarak açılan bu davada yargılama sırasında belirlenen bakiye alacağı için davalının muvafakat etmemesi halinde, ek dava yolu ile ayrı bir davada isteyebileceği gibi, aynı davada ıslah sureti ile dava ettiği miktarları arttırarak talepte bulunabilir.

Kısmi dava olarak açıldığı uyuşmazlık dışı olan davada yukarıda belirtilen somut maddi ve hukuki olgulara göre;

1. Somut uyuşmazlıkta dava konusu edilen tazminat ve alacaklara esas hizmet süresi ve ücret taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. Diğer taraftan fazla mesai ücretinin belirlenmesine esas kayıtlar sunulmadığı gibi, davalı işveren İş Kanunu'nun 8 ve 67. Maddesindeki yükümlülüklerini de yerine getirdiğini savunmamıştır.

Tazminat ve alacaklara hak kazanma ve hesap yönlerinden hizmet süresi pek çok etkene bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. En başta işçinin işe giriş ve fesih tarihlerinin taraflar arasında uyuşmazlık konusu olması halinde tazminata ve alacağa esas süre dai-

ma tartışmalı olacaktır. Bu durumdaki belirsizlik, yargılama ile giderilir.

İş davalarına yansıyan yönüyle işçi ve işveren arasında en temel uyuşmazlık temel ücretin belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay uygulamasına göre işçinin iddia ettiği temel ücret miktarı işverence kabul edilmediğinde meslek kuruluşlarından olası (adet-emsal olan) ücret yönünden araştırmaya gidilmekte ve çoğunlukla meslek odasının bildirdiği ücret hesaplamaya esas alınmaktadır. Bu ihtimalde işçi iddia ettiği ücreti kanıtlayamamış olmaktadır. Zira ücretle ilgili tüm deliller işveren uhdesindedir ve işçinin çoğu kez bu delillere ulaşmasına imkan tanınmamaktadır. Bu yönüyle temel ücretin tespitindeki ve ispatındaki ülkemize has güçlükler sebebiyle kısmi davanın açılmasında işçinin hukuki menfaatinin olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca kıdem tazminatı giydirilmiş ücretten, fazla mesai alacağı da muaccel olduğu tarihteki ücret üzerinden hesaplanacak, fazla mesai alacağı kayda dayanmadığı takdirde indirime tabi tutulacaktır.

Tazminat ve alacaklar tartışmalı ve açıkça belirli değildir. Yargılama sırasında hesap raporu alınmasını, tazminat ve alacaklara esas hizmet süresi ile ücretin tespit edilmesini gerektirmektedir. Kısmi dava açılmasında yasanın aradığı unsurlar ve hukuki yarar şartı gerçekleştiğinden davanın görülmesi gerekir. Aksi gerekçe ile davanın usulden reddi isabetsizdir.

2. Kabule göre ise;

a) Dava dilekçesinde talep sonucu açıkça belli olduğundan, mahkemenin "davacının talep sonucunu dava dilekçesinde HMK.'un 119/1-ğ maddesine göre açıkça bildirmek başka ifade ile taleplerini somutlaştırmak zorunda olduğu, bu zorunluluğu yerine getirmeyen davacının dava açmakta hukuki yararının varlığından söz edilemeyeceği" gerekçesi yerinde değildir. Kaldı ki talep sonucunun açık olmadığı kabul edilse dahi 119/2 maddesi uyarınca dava dilekçesindeki bu eksikliğin tamamlanması için süre verilmesi gerekirken bu kurala da uyulmamıştır.

b) Diğer taraftan mahkemece dava konusu alacağın belli olduğu, kısmi dava açılmasında davacının hukuki yararının olmadığı kabul edilmiştir.

Dava şartı olan hukuki yarar şartı tamamlanması gereken şartlardandır. Bu kabule göre ise yine davacı vekiline davasını tam dava olarak devam etmesi ve dava şartı olan hukuki yarar şartında eksikliği gidermesi için HMK.'un 115/2 maddesi uyarınca bir haftalık kesin süre verilmesi gerekirken Mahkemece kesin süre verilmeden yazılı şekilde davanın usulden reddi de isabetsizdir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 27.12.2012 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY:

Davada, iş akdinin haksız feshi nedeniyle fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak, kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen aylık ücret ve fazla mesai ücretlerinin kısmen tahsili istenmiş; mahkemece davacının kısmi dava açmakta hukuki menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yerel mahkemece karar gerekcesinde de açıkca belirtiği üzere; işçi, çalıştığı süreyi ve ücretini (subjektif olarak) en doğru şekilde bilen kişidir. Böyle olunca yasal bağlamda, ne kadar ücret, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai alacağı olduğunu açıkça belirleyebilecek konumdadır. Dolayısı ile davanın konusu olan işçilik alacakları açıkça belirli bulunmakla, kısmi dava ya da belirsiz alacak davasına değil, aksine belirli bir alacak davasına konu edilebilir. Zira 6100 sayılı yasanın 107/1. maddesine göre; davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmiştir. Aynı şekilde HMK'nun 109/2. maddesinde de; dava konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılamayacağı benimsenmiştir.

Böylece dava açılmadan önce alacağının varlığını ve miktarını açıkça bilen yada bilebilecek durumda bulunan davacı işçi yönünden belirli bulunan dava konusunun dava açılmakla (doğal olarak) çekişmeli ve tartışmalı hale gelmesi ya da ispat sorunu ile karşılaşılması da iş bu davanın belirsiz ya da kısmi dava olarak açılmasına haklı gerekçe yapılamaz. Çünkü kural olarak tüm davalarda mahkemeye müracaatla taraflar arasında bir çekişme, tartışma, belirsizlik ve ispat sorunu bulunmaktadır.

Bu nedenle sayın çoğunluğun davacının taleplerinin kısmi davaya konu edilebileceğine ilişkin bozma düşüncesine katılmamaktayım.

ÜYE

Yılmaz TOSUN

İŞ KAZASI DEĞİL, İŞ CİNAYETİ !

Av. Dilek GÜZEL GÜRBÜZ
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyesi

Televizyonlara bir haber daha düştü 13 Mart Pazar gecesi. "İstanbul Esenyurt'ta 200 milyon dolarlık AVM inşaatında Ordu, Sivas, Van'dan çalışmaya gelen 11 işçinin, naylon çadırlarda gece - 5 derece soğukla baş etmeye çalışırlarken elektrik sobasından çıkan yangında yanarak öldüğünü haber veriyordu televizyon kanalları." diye başlamıştım yazıya. Ama 13 Mart gecesinden sonra da her gün bir başka ölüm, yaralanma, sakat kalma haberi çıktı karşımıza. Kimini gözlerimiz dolu dolu izledik, kiminden haberimiz bile olmadı. Aynı Adana'da baraj inşaatında çalışan ve baraj kapaklarının patlaması sonucu sulara kapılarak ölen 10 işçinin, Elbistan'da maden sahasında kayan toprak altında kalarak ölen 10 işçinin, kamyon kasasında tarlaya taşınırken meydana gelen kazada ölen tarım işçilerinin, Davutpaşa'da meydana gelen patlamada ölen 23 işçinin, Ostim'deki patlamada ölen 20 işçinin, Zonguldak'ta, yerin 540 metre derinliğinde meydana gelen patlamada ölen 30 maden işçisinin, Tuzla tersanelerinde üst üste yaşanan ve sonu gelmeyen işçi ölümlerinin haberleri gibi. Artık teker teker değil, toplu olarak ölüyor işçiler… Hepimiz boğazlarımızda birer yumruk, yutkunamayarak izliyoruz cinayet haberlerini. Her biri hafızamızın bir köşesine kazınıyor.

Çalışma Bakanı, 02.03.2012 tarihinde iş kazaları ile ilgili bir soru önergesine verdiği cevapta 2011 yılında yaşanan ölümlü iş kazası sayısını 1.563 olarak açıklarken , SGK istatistikleri 2010 yılında meydana gelen 62.903 iş kazası sonucu 1.434, Tespit edilen ! 533 meslek hastalığı sonucu 10 olmak üzere toplam 1.444 işçinin hayatını kaybettiğini, iş kazaları sonucu 1.976, meslek hastalıkları sonucu 109 kişi olmak üzere toplam 2.085 kişinin sürekli iş göremez hale geldiğini belirtiyor. Birbirleriyle çelişen açıklama ve istatistikleri, kayıt dışı çalışanların oransal büyüklüğünü, SGK istatistiklerinin yetersizliğine ilişkin tartışmaları bir kenara bıraktığımızda dahi rakamlar korkunç.

Kayıt dışı çalışmanın bu kadar yaygın olduğu ülkemizde, kayıt altında çalışan işçilerden her yıl ortalama 1.500 işçi ölüyorsa, ölümlü iş kazalarında Avrupa birincisi ve Dünya üçüncüsü isek istatistikler meydana gelen iş kazalarından % 98 inin basit, önlenebilir tedbirler alınmadığı için meydana geldiğini/ölümle sonuçlandığını gösteriyorsa, (Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) verilerine göre, iş kazalarının yüzde 98'i önlenebilir niteliktedir.) artık bunlara "iş kazası" denile bilir mi? Yoksa açıkça cinayet değil midir bu ölümler?

Her iş kazası sonrası yapılan açıklamaların neredeyse hepsi, açıklamayı yapanın sorumluluğu üzerinden atmaya çalıştığı bir savunma biçimine dönüşmüşken biz biliyoruz ki meydana gelen iş kazalarının nedeni yasal mevzuat, bilinç eksikliği olduğu kadar, kuralsız,

güvencesiz ve esnek çalışma biçimlerinin her gün biraz daha yaygınlaşması, sendikal örgütlülüğün önündeki yasal ve fiili engellemeler, daha az maliyet, daha çok kar anlayışı, denetimlerin yapılmaması, cezaların caydırıcı olmaktan uzak olmasıdır. Örneğin ilgili yönetmelik hükümlerine göre alınmayan her iş sağlığı ve güvenliği önlemi için ödenmesi ön görülen ceza sadece 200 TL'dir.

İstanbul Esenyurt'ta yanarak ölen 11 işçinin taşeron işçisi olarak kayıt-dışı ve sigortasız çalışıyor olması, sigorta başvurularının ölümlerinden sonra yapılması, İstanbul'un göbeğinde denetimlerin yapılmadığını, ülkemiz emek ortamında yaşanan güvencesizliği, denetimsizliği, taşeron ve esnek çalışma koşullarının sonuçlarını göstermesi bakımından oldukça önemlidir. İstanbul'daki cinayet sonrası Çalışma Bakanı "Olay, kaza değil. Önlem alınsa yaşanmazdı." diyor. Önlemi kim alacak? Önlemin alınıp alınmadığını kim denetleyecek? Bu olay kaza değil ise (ki bizce de değil) sorumlulardan bu güne kadar kim hesap sordu? Burada işçi ve iş güvenliğinin korunması ve geliştirilmesi, gerekli önlemlerin alınması, önlemlere uyulup uyulmadığının denetlenmesi görevinin işveren sorumluluğunda, düzenleme, denetim, ceza uygulamasının da devletin sorumluluğunda olduğu gerçeğini hatırlatmaya gerek var mı?

Bu arada İş Müfettişleri Derneği Başkanı İlhan Tuncer'in Türkiye'nin tamamını denetleme yetkisine sahip iş müfettişi sayısının 480 kişi olduğu, cezaların miktar olarak küçük olmasının ve alt işveren (taşeron) uygulamalarının sorunları derinleştirdiği açıklaması tebessümler oluşturuyor yüzlerimizde. Ve Erzurum Aşkale'de baraj gölünün ortasındaki yüksek gerilim hattındaki arızayı gidermek için görevlendirilen ve buz gibi suda göz göre göre boğularak ölen 5 TEDAŞ işçisinin 4'ünün taşeron işçisi olması bir tokat daha vuruyor hepimizin yüzüne…

Tüm bunları düşünürken; Cemal Süreya'nın bir şiirinde **"sizin hiç babanız öldü mü?"** diye sorduğunu anımsıyorum. Soruyor ve arkasından cevap veriyor Süreya:

"Benim bir kere öldü kör oldum
Yıkadılar aldılar götürdüler
Babamdan ummazdım bunu kör oldum
Siz hiç hamama gittiniz mi?
Ben gittim lambanın biri söndü
Gözümün biri söndü kör oldum
Tepede bir gökyüzü vardı yuvarlak
Şöylemesine maviydi kör oldum
Taşlara gelince hamam taşlarına
Taşlar pırıl pırıldı ayna gibiydi
Taşlarda yüzümün yarısını gördüm
Bir şey gibiydi bir şey gibi kötü
Yüzümden ummazdım bunu kör oldum
Siz hiç sabunluyken ağladınız mı?"
diye.

Bu kadar göz göre göre yaşanan ölümlerden, sakatlanmalardan sonra Süreya gibi sormak gerekmez mi: Sizin hiç ananız, babanız, çocuğunuz milyon dolarlık işlerde, açlık sınırının altında bir ücretle çalışırken en basit koruma - önleme tedbiri alınmadığı için pisi pisine öldü mü? – 5 derece soğukta yanarak ölen işçilerin havaya karışan külleri genzinizi yaktı mı? Ölüme giden arkadaşınızı kurtarma gayretiyle atladığınız çukurdan sizin de ölünüz çıktığında, arkanızdan *"canım, akıllı olsaydı, atlamasaydı"* denilerek ölümde kusurunuz olduğu kabul edildi mi? diye.

Tıpkı İstanbul'da, Ankara'da olduğu gibi, İzmir'de iş cinayetlerinin bireysel ve toplumsal sonuçlarının, özelleştirme, taşeronlaştırma, örgütsüzlük ve güvencesiz çalışmanın, denetimsizliğin iş yerlerini adeta ölüm makinalarına çevirdiğinin farkında olan çeşitli sendika, dernek ve meslek odaları, bireysel katılımcılar bir araya gelerek seslerini duyurmak, her gün onlarca işçiyi öldüren, sakat bırakan iş cinayetlerine dur diyebilmek için, **"İzmir İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Meclisi"** adı altında çalışmaya başladılar. KESK, DİSK, TMMOB, TTB ile birlikte Baromuzun da çağrıcılarından ve katılımcılarından olduğu bu oluşum:

"- İşçi sınıfının örgütlenmesi önündeki bütün engellemeler kaldırılmadan,

- Başta esnek işgünü ve esnek istihdam olmak üzere esnekleşme adı altında üretim sürecini kuralsızlaştıran tüm uygulamalara son verilmeden,

- Taşeron (alt işveren) sistemi yasaklanmadan,

- İşçi sağlığı ve güvenliğini, "iş sağlığı ve güvenliği" adı altında verimliliğe indirgeyen, merkezine karlılığı koyan anlayış terk edilmeden iş cinayetleri son bulmayacaktır."

diyerek İzmir'de bir süredir işçi sağlığı ve güvenliği konusunda çalışmalarını sürdürüyor. "İŞÇİ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ İÇİN EN ÖNEMLİ RİSK ÖRGÜTSÜZLÜK-TÜR" bilinci ile çalışan İzmir İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Meclisi, İzmir Menemen'de Savranoğlu ve Çiğli Atatürk Organize Sanayi Bölgesinde Billur Tuz'da direnişteki işçiler ve sendika temsilcileriyle yüz yüze yapılan görüşmelerini ve tespitlerini bir rapor halinde 27.03.2012 günü, İzmir Barosu'nda yapılan basın toplantısı ile kamuoyuna açıkladı.

"Ülkemizde her başınızı yastığınıza koyduğunuzda dört işçinin gün içinde iş cinayetine kurban verildiğini biliyor musunuz?" sorusuyla başlayan, 12.05.2012 tarihinde Tepe Kule Kongre Merkezinde yapılan "Yasallaşan İş Cinayetleri" panelinde bugün işçilerin sadece terleri üzerinden değil, kanları üzerinden yürüyen bir büyüme yaşandığı, iş kazalarının kader olmadığı, gündemdeki tasarının iş cinayetlerini meşrulaştırdığı, derdin iş cinayetlerinin maliyeti olduğu, tersanelerde, madenlerde işçilerin ekmek parası için öleceklerini bilerek işe gittikleri, bunun adının da faşizm olduğu belirtildi.

Bu raporlar ve çalışmalar; Savranoğlu ve Billur tuz işyeri özelinde de olsa yaşanan problemlerin ortaklığı; İstanbul Esenyurt'ta 11 işçinin yanarak, Erzurum Aşkale'de 5 işçinin buz gibi suda boğularak ölmesi ile sonuçlanan iş cinayetlerinin aslında önlenebilecek iken gerekli tedbirlerin alınmamasından, denetimsizlikten, taşeronlaştırma ve esnek çalışma koşullarının ağırlaştırılmasından, sendikalaşma önündeki hukuki ve fiili engellemelerin artmasından, örgütsüzlüğün yaygınlaşmasından meydana geldiğini açıkça göstermektedir.

Bu çalışmaların sadece istatistiklere, teknik ve bilimsel değerlendirmelere konu edilemeyecek kadar önemli sosyal bir sorun olan ve mutlaka taraf olmayı gerektiren iş cinayetlerinin son bulmasına katkı sunması dileğiyle.

YAŞAM DERSİNDE SORULAR VE YANITLAR

Gülsüm Cengiz

-Dersimiz ölüm, dedi öğretmen
Tuzla'da bir okulda.
Çocuk öğrendi bir derste acıyı
iş kazasında yitirmişti babasını.

Sordu çocuk;
-Neden ekmek bu kadar pahalı
bu kadar ucuz yaşam?
Sorsalardı bana
"Ekmek mi yoksa baban mı?"
Babam derdim, babam
nasırlı elleri ekmek kokan.
Kaynak yapan, çivi çakan,
yük taşıyan
kocaman elleriyle
saçlarımı okşayan...
Ah, şimdi nasıl yaşanır babasız?

-Dersimiz ölüm, dedi rüzgar
yoksul bir evin çatısında.
Kadın öğrendi bir derste yaşamın gerçeğini
iş kazasında yitirmişti sevdiğini.

Sordu kadın;
-Neden ekmek bu kadar pahalı
bu kadar ucuz yaşam?
Sorsalardı bana
"Ekmek mi yoksa sevdiğin mi?"
Sevdiğim derdim, sevdiğim
evler kuran, gemiler yapan
kocaman ellerine gönül verdiğim.
Yumuşacık yüreği,
tenimi okşayan
nasırlı ellerinde çiçek açan.
Ah, şimdi yaşam, nasıl da karanlık ve ıssız...

-Dersimiz ölüm, dedi martı
Tuzla'daki bir geminin direğinde.
Adam bir anda gördü ölümün yüzünü,
ardından "iş kazası" diye kayıt düşüldü…

Sordu adam;
kollarıyla kucaklarken rüzgarı.
-Neden ekmek bu kadar pahalı
bu kadar ucuz yaşam?
Sorsalardı bana
"Ekmek mi yoksa yaşam mı?"
Yaşam derdim, yaşam
o sonsuz deniz, evreni kucaklayan.
Acısıyla sevinciyle,
umuduyla direnciyle,
yüreğimde çiçek açan.
Ah, adım artık ölüler listesinde, soyadsız…

-Dersimiz direnç, dedi rüzgar
bir İstanbul sabahında.
Çocuk öğrendi bir derste sorgulamayı,
tersane işçileri taşırken omuzlarda babasını…

Sordu çocuk;
-Yazgı mıdır yoksulluk,
genç ölmesi insanların?
Nereye akar bunca alın teri,
yeşertir kimin bahçesini?
Neden yasalar hep varsıldan yana,
yaşam acımasız yoksullara?
Sorsalar bana
"Boyun eğmek mi yoksa mücadele mi?"
Mücadele derim, mücadele;
verip el ele, yürümek hep birlikte, acıların üstüne.
Ah, biliyorum şimdi, yürünmez bu yol yalnız.

-Dersimiz yaşam, dedi ozan
bakıp ayak ucundaki güvercine,
öfkesi sayfalardan taşan
tersane işçilerinin resmine…

Sordu ozan;
-Neden ekmek bu kadar pahalı
bu kadar ucuz yaşam?
Sorsalar bana
"Şiir mi yoksa yaşam mı?"
Yaşam derim, yaşam
o uzak yol gemisi, sonsuzluğa yol alan.
Masmavi gökyüzünün altında
kurulunca kardeşliğin evreni;
yüreklerde birlikte üretip bölüşmenin sevinci…
Ah, işte o zaman, yaşanacak tasasız,
kalmayacak hiçbir insan umarsız…

Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri Paneli Yapıldı

Baromuz tarafından 13 Nisan 2012 günü yeni Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri paneli gerçekleştirildi

İzmir Barosu tarafından 13 Nisan 2012 günü yeni Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri başlıklı bir panel gerçekleştirildi. İzmir Barosu Konferans Salonu'nda gerçekleşen panele Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr Mustafa Alp ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. M. Erdem Özdemir konuşmacı olarak katıldılar.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı

Av. Zöhre DALKIRAN
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyesi

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin önce yürürlüğünün durdurulması ve sonra da iptal edilmesi, bu dönemde ortaya çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı'nın geri çekilmesi, bu konuda bir kanun çalışması yapılmasını zorunlu olarak gündemine alarak hazırlanan iş sağlığı ve güvenliği yasa tasarısı 03.04.2012 tarihi itibariyle Türkiye Büyük Millet Meclisine sunuldu.

Genel gerekçesinde, "Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliği alanında SGK 2009 yılı verilerine göre; günde yaklaşık 176 iş kazası olmakta, iş kazası sonucu 3 işçi hayatını kaybetmekte ve 5 kişi iş göremez hale gelmektedir. Bu rakamların yanı sıra SGK istatistiklerine yansımayan, kapsam ve kayıt dışı iş kazaları ve meslek hastalıkları sonucu kayıplar da ayrıca dikkate alınmalıdır. Önemle üzerinde durulması gereken diğer bir konu da KOBİ'lerdir. Türkiye'deki işyerlerinin yüzde 99.7'si 1-249 kişi istihdam eden KOBİ'lerden oluşmakta olup, çalışanların yüzde 83,8'i bu işyerlerinde istihdam edilmektedir. İş kazalarının ise yüzde 83'ü KOBİ'lerde meydana gelmektedir" denilen tasarı birçok yönüyle işçinin sağlığını gözetmekten uzak, işçi sağlığını da bir ticaret alanı haline çevirmeyi öngören bir yaklaşımla hazırlanmıştır.

Bilindiği gibi yasaların ilk 3 maddesinde bu yasa ile ne amaçlandığı, kapsamı ve istisnaları belirtilmekte olup, tasarıda İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi ile yetinilmiş, bu faaliyetlerin denetlenmesi ile ilgili devletin ve kurumlarının herhangi bir sorumluluğuna ait bir ifade, amaç bölümünde yer almamıştır.

Aksine tasarıya göre, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemekle işveren yükümlü kılınmakta, (md.5). İş yerinde alınan önlemlere uyulup uyulmadığının denetimini, güvenlik önlemlerini almak zorunda olan işverene bırakarak tasarı adeta ciğeri kediye teslim etmektedir.

Adından da anlaşılacağı gibi tasarıda, işçi sağlığı yerine 'işin sağlığı ve güvenliği' temel teşkil etmektedir. "Bu Kanun kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır." (md.2) Bir sonraki maddede ise bazı askeri hizmetler, afet- acil durum hizmetleri, ev hizmetlerinde çalışanlar ve kendi hesabına çalışan küçük esnaf bu kanun kapsamı dışına alınıyor. Dolayısıyla '…İSG Yasa Tasarısı Taslağı ile bütün çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği kapsamına alındı, sağlık ve güvenlik önlemleriyle ilgili çalışan sınırı kaldırıldı…" sözleri gerçek durumu yansıtmamaktadır. Oysa İşçi sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin, çalışan sayısına bakılmaksızın bütün çalışanlara sunulması gerekir.

Tasarıda, işyerinde bulundurulması gereken hekim, uzman vb. söz edilmesine rağmen bunların bulundurulması zorunlu kılınmamakta, dışarıdan hizmet alma (– ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak -) yolu önerilmektedir. Yani, işçi sağlığı ve güvenliği taşerona havale edilmektedir.(md.6) İşverene bu hak tanındığında kaç işveren konunun uzmanı, hekim ve ilgili personeli istihdam etme yoluna gider? Dolayısıyla iş güvenliğinin kağıt üzerinde kalma ihtimali olduğu gibi işverenin bakanlıktan alacağı bir belge ile kendisinin de "uzman"lık yapmasının önünde bir engel bulunmadığı dikkate alındığında yasa tasarısının genel gerekçesinde açıklıkla ifade ettiği iş kazalarını önlemede yetersiz kalacağı açıktır. (md.6/7)

Yasa tasarısı hazırlanırken ilgili tarafların (Türk Tabipler Birliği, TMMOB, Sendikalar vd.) görüşleri dikkate alınmadığı gibi hazırlanan tasarıda, işyerlerinde örgütlü olan sendikalar, odalar vb meslek örgütleri yok sayılarak muhataplık ilişkisi bireysel olarak ele alınmakta, o işyerinde örgütlü olan sendika, oda vb. örgütlerden söz edilmemektedir.

Oysa, işyerinde örgütlü sendika ve ilgili meslek örgütü denetimde yer almalıdır. Bazı maddelerde "çalışanlar veya temsilcileri" denilse de tasarıda çalışan temsilcisinin seçim veya atama yoluyla belirlenir, ifadesi kullanılmakta burada açıkça, sendika ve meslek örgütü ifadesi yer almadığı sürece taraflar belirsiz kalacağı ve işverenin atama yolunu tercih edeceği açıktır. Kaldı ki tasarıda, bu çalışanlar ve temsilcilerinin katılımı, öneri getirmekle sınırlandırmaktadır. (md.16/4)

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurulması, en az 50 çalışanın bulunduğu işyerleriyle sınırlanıyor: "En az elli çalışanın istihdam edildiği ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde her işveren bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlüdür." (md.19) Bu kurullarının oluşumu, çalışma yöntemleri, ödev, yetki ve yükümlülükleri Bakanlıkça hazırlanacak bir yönetmeliğe bırakılıyor. Bu kurullarda mutlaka sendika ve ilgili meslek odası temsilcileri bulunmalıdır.

Yukarıda bahsettiğimiz 19. maddeye göre yalnızca 50 işçiden fazla işçi çalıştıran işyeri olan 28.147 işyeri oluşturulacak iş sağlığı ve güvenliği kurulu aracılığı ile denetim kapsamında bulunacak, yasanın genel gerekçesinde açıkça belirtilen ve kazaların büyük bölümünün yaşandığı 1-50 arası işçi çalıştıran binlerce işyeri denetim dışı kalacaktır.

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki; gerek TİÜK verilerine gerekse başkaca bağımsız kuruluşlarca yapılan araştırmalarda açıkça görüleceği üzere, Türkiye de işçi sağlığı konusunda denetleme görevini üstlenen devlet görevlerini yerine getirememekte ve işyerlerini denetleyememektedir.

Tasarının dikkat çeken ve çocuk emeğinin sömürülmesine olanak sunacak 4/ç maddesinde genç çalışan tanımına yer verilerek, Mevcut İş Kanunu'ndaki düzenleme gereğince 18 yaş altındakilerin çalışmalarının yasak olduğu ağır ve tehlikeli işlerde bu yaş sınırı 16'ya çekilmiştir.

Yasa tasarısının en can alıcı maddelerinden olan ve "Çalışanların Yükümlülükleri" bölümünü oluşturan 15. madde tüm yapılması gerekenleri işçiden beklemektedir. Bu bölüme göre bir iş kazasında işverenin, tüm sorumluluğu işçiye yüklemesinin önünde bir engel bulunmamaktadır: "… uyulmayan her bir yükümlülük için ikiyüz türk lirası idari para cezası verilir. Alınmayan her bir önlem için izleyen her ay aynı miktar idari para cezası uygulanır" (md.21) İşçi alınmayan bir önlemden dolayı ölecek işveren 200 tl ödeyecek. Galiba "Memleketimde insan kanı sudan ucuz" bunun için söylenmiş.

Tasarının özelliği ise, iş sağlığı ve güvenliği alanında norm birliğine gitmesidir. Nitekim, Tasarıda İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na tabi tüm işçiler ile devlet memurları ve bir kısım bağımsız çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusunda tek bir kanuna tabi kılınması öngörülmüştür.

Öte yandan Tasarının adeta bir kanunun görevinin yönetmeliklere devri niteliğinde olması, işverenlere keyfi uygulamalar için imkan sağlayacak genel ve muğlak ifadelerin kullanılmış olması, ölümlü iş kazaları başta olmak üzere tüm iş kazalarında Avrupa da birinci, dünyada üçüncü sırada bulunduğumuz gerçeği karşısında yetersiz olduğu ve özensizce hazırlanan yasa tasarısının, yargılama faaliyetinde nasıl bir karmaşaya yol açacağına ilişkin olarak son derece isabetle ortaya konulan bir tespit ile yazımı bitirmek isterim.

"Ülkemizde yasalar ne yazık ki aceleye getirildiği ve özensiz bir şekilde hazırlanıp çıkarıldığı için, uygulamada bir takım yeni problemlerin çıkmasına sebep olmakta ve bunun yükünü de yargı mensupları çekmektedir. Yasalardaki eksik, çelişik ve anlamsız ifadeler yargılamanın uzamasına, kararlar arasında çelişki ve içtihat ayrılıklarına, madde metinlerine yanlış anlam verilmesinden dolayı da hak kayıplarına sebep olmaktadır. Bunun toplumumuza maliyeti çok yüksektir. Hal böyle iken, yasama organı temsilcilerinin, bir gecede onlarca kanunu çıkarmakla övünmeleri yadırganacak bir durumdur (M.Z. ERDOĞAN, "Anayasa Mahkemesinin 506 sayılı Kanunun 26. Maddesi İle İlgili İptal Kararının Hukuki Sonuçları", Kamu – İş D. c. 9, s. 2/2007, 47).

Son söz; İş kazaları 'kader' değil ' İş Cinayetidir'.

Adliye sarayında 4/C'li olmak!

Ruşen TURAN
İzmir 2. İcra Müdürlüğü

Bir yıldan az istihdam edilecek geçici personel diye başlayan hizmet sözleşmemiz 12 maddeden oluşup tek taraflı hazırlanmıştır. İşin bir tanımı olmamakla birlikte verilen her işi yapmak zorundasınız, işi tamamlama zorunluluğu var. Ama mesai ücreti ödenmeyecek, ek ödeme, sosyal yardım, aile yardımı yok! Maaş dışında ödeme yok! Kurumun işleri dışında özel, angarya, bir çok şeyi yumuşatarak (RİCA) ile yaptırılıyor. Gerektiğinde bağırıp çağrılan stres topu olabiliyorsunuz. Ama devlet memurlarının yararlandığı hiçbir haktan yararlanamazsınız. Suç sayılan bütün fiil ve hakaretten sorumluyuz. "Devekuşu" gibiyiz, istendiğinde "deve" istendiğinde "kuş" olabiliyoruz.

Kurumumuzda eğitimin (diploma bakımından) önemi büyük(!) Ancak kültür, sanat, edebiyat için aynı şeyleri söyleyemiyoruz. Önyargılardan dolayı kaynaşamıyoruz. Kamuda yüksek ücret aldığımız az çalıştığımız ya da yan gelip yattığımız, uyumsuz, öğrenim seviyesi düşük hukuk dili, resmî dil yada .... dili ne derseniz ortak dil kullanamayışımız da bizim cahil olmamızın nedenlerinden sayılıyor.

Neden böyle olduğumuzu araştırmak, empati kurmak yerine kolay olan seçilerek ötekileştiriliyoruz. Çoğumuz mübaşir olarak görev yapıyoruz. Avukat arkadaşlarımıza mümkün olduğu kadar kolaylık sağlamaya çalışıyoruz. Ama üzülerek belirtiyoruz ki, 4/C'li arkadaşımıza hakaret davası açmış durumundaki bir kadın avukat arkadaşımızdan, davadan vaz geçmesini beklediğimizin bilinmesini de isteriz.

Maddi sorunlarımız başta olmak üzere bir çok manevi sorunla da karşı karşıyayız. Biz 4/C'liler, kamuda en az 15-20 yıl çalıştık. Birliği, mücadeleyi, dayanışmayı yaşayarak öğrendik. 78 gün Ankara'da her türlü olumsuzluğa ve provokasyona karşı, kendi sınıfına yakışan tarzda davrandığımızı dosta düşmana gösterdik. 78 dakika bile eylemliliği olmayan, henüz bir sendikaya üye olamayanların 4/C'lilere söyleyecek sözü olduğunu düşünmüyoruz. Diğer arkadaşlarımızın da yaklaşımlarını gözden geçirmelerinde fayda olduğunu düşünüyoruz.

Saldırıların her geçen gün yoğunlaştığı bir dönemde; farklılıklarımızı zenginlik olarak kabul edip, başta adliye çalışanlarının sorunları olmak üzere, yurt ve dünya sorunlarına karşı birlikte mücadele etmeye çağırıyoruz.

Kuvvet birlikten doğar, bir olalım, iri olalım, diri olalım. Saygılarımla

Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukukuna Etkisi

Doç. Dr. Mustafa ALP
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Yeni Kanun, çeşitli hükümleri ve özellikle hizmet akdi bölümünün yeni düzenlemesi ile iş hukukunda da yenilik ve değişikliklere neden olacaktır. TBK, İsviçre Borçlar Kanunu'nu kaynak aldığı, pek çok hüküm doğrudan tercüme edildiği için, kanunun yorumunda İsviçre hukukuna başvurmak mümkündür. Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu karşısında genel kanundur. Bu kanunlara tabi çalışanların iş ilişkilerine uygulanacak özel bir hüküm bulunmadığı takdirde oluşan boşluk, Borçlar Kanunu hükümleri ile doldurulacaktır. Bunun sonucunda İş Kanunu'nda düzenlenmeyen hususlarda Borçlar Kanunu hükümlerinin doğrudan uygulama alanı bulmasıdır. Borçlar Kanunu'nda düzenlenip tüm iş ilişkilerinde doğrudan uygulanacak hususlar şunlardır:

- Genel işlem (iş) koşullarının denetimi
- İşçinin işverene karşı sorumluluğunun sınırlanması
- İkramiye ve ücretin korunması
- İşçinin kişiliğinin korunması
- Cezai şart ve ibra
- İş sözleşmesinin devri
- Haklı ve haksız feshin sonuçları
- Bildirim sürelerinin eşitliği
- İşçinin ölümünün sonuçları
- Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulları ve denetimi

TBK Madde 20 uyarınca "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.".

İş ilişkilerinde çok rastlanan, işveren tarafından hazırlanıp işçiye kabul etmek üzere sunulan işyeri personel yönetmelikleri ve benzeri yönetmeliklerin hükümleri, genel işlem (iş) koşulları niteliğindeki sözleşme hükümlerinin tipik örnekleridir. Fakat bunun yanında işyeri uygulamaları ve işverenin önceden hazırlayıp kullandığı standart iş sözleşmeleri de genel iş koşulları içermektedir. TBK ile genel işlem koşulları bakımından sağlanan koruma, tüketici sözleşmeleri ile sınırlı olmaktan çıkmakta, tüm borç ilişkilerine yayılmaktadır. Bunun sonucu olarak iş ilişkisinde kullanılan genel iş koşulları da TBK'daki sınırlama ve denetimlere tabi olmaktadır. Öncelikle belirlenmesi gereken husus, bir iş sözleşmesinin genel işlem koşulu niteliğinde hükümler içerip içermediğidir. Kısaca şu esas vurgulanabilir: Sadece işçiye müzakere yani pazarlık etme, içeriğini belirleme ve değiştirme olanağı tanınmış sözleşme hükümleri genel işlem koşulu niteliğinde sayılmaz ve TBK'da genel işlem koşulları için belirlenen sınırlamalara tabi olmazlar.

Genel iş koşullarında ilk denetim, bu koşulların sözleşme içeriğine dahil olup olmadıklarına dair yürürlük denetimidir. TBK 21 uyarınca, "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.". Bu hükme uygun olarak işveren, örneğin işyeri personel yönetmeliği hakkında işçiyi bilgilendirmeyen, işçiye içeriğini öğrenme olanağı sağlamayan ve açık kabulünü almayan işveren, sonra bu yönetmelik hükümlerine dayanamaz.

Sözleşme içeriğine dahil olan genel iş koşullarının da geçersiz olduğunun işçi

tarafından ileri sürülmesi mümkündür. Bu amaçla TBK 25'de bir içerik denetimi öngörülmektedir. Buna göre: "Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.". İçerik denetimi kapsamında hakim, sözleşmenin doğasına uygun hak ve borç dengesini aşırı şekilde işçi aleyhine bozan genel iş koşullarını geçersiz sayabilecektir. İşverene ait olan işletme riskini işçiye yükleyen, örneğin işverene işçiyi istediğinde tek yanlı ücretsiz izne çıkarma yetkisi tanıyan, işçinin sorumluluğunu aşırı şekilde ağırlaştıran, bir ikramiyeden tek yanlı vazgeçme yetkisini işverene tanıyan hükümler somut olayın koşullarına göre geçersiz sayılabilirler. Bunun yanında genel iş koşulunun geçerli sayılması fakat işverenin bu koşula dayanan yetkisini dürüstlük ve hakkaniyete uygun şekilde kullandığının denetlenmesi ile yetinilmesi de mümkündür.

İlginç ve kanaatimizce aşırı bir hüküm ise genel işlem koşulu şeklinde düzenlenen tek yanlı değişiklik yetkisinin yasaklanmasıdır. TBK 24 uyarınca, "Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır."

"Genel Hizmet Akdi" başlığı altındaki hükümlerde göze çarpan ilk yenilik, işçinin işverene verdiği zararlardaki sorumluluğunun sınırlandırılmasıdır. TBK 400 uyarınca işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde "işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur.". Bu şekilde iş hukukumuza öğretide öteden beri savunulan, "işçinin tehlikeye yatkın işlerde tamamen veya kısmen sorumluluktan kurtulması" esası dahil olmaktadır. Tehlikeye yatkın işlerde hata yapma ve zarar verme olasılığı yüksek olduğu için işçinin bu zarardan sorumlu tutulması hakkaniyete uygun değildir. Bu nedenle bir işin tehlikeye yatkın olduğu kabul edildiği takdirde, işçinin sorumluluğu kusuru ile orantılı olarak hafifletilmeli veya tamamen ortadan kaldırılmalıdır. "Tehlikeye yatkın iş"in belirlenmesindeki güçlük karşısında, "özenli bir işçinin dahi ara sıra hata yapması ihtimali olan işler" ölçütüne başvurulmaktadır. Bu işlere örnek olarak, "vinç operatörlüğü, laborantlık, kasiyerlik, şoförlük, çok karışık veya bozulmaya yatkın bir makine kullanılması, ifa edilmesi için çok kısa zaman ayrılan veya yoğun müşteri ortamında yerine getirilmesi gereken işler" gösterilmektedir. Tehlikeye yatkın işlerde, işçinin kasten veya ağır ihmalle verdiği zararın tamamından sorumlu olduğu, orta dereceli ihmalde zararın taraflar arasında paylaştırılacağı, hafif ihmalin söz konusu olduğu hallerde ise işçinin zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilir.

İçerik denetimi kapsamında hakim, sözleşmenin doğasına uygun hak ve borç dengesini aşırı şekilde işçi aleyhine bozan genel iş koşullarını geçersiz sayabilecektir. İşverene ait olan işletme riskini işçiye yükleyen, örneğin işverene işçiyi istediğinde tek yanlı ücretsiz izne çıkarma yetkisi tanıyan, işçinin sorumluluğunu aşırı şekilde ağırlaştıran, bir ikramiyeden tek yanlı vazgeçme yetkisini işverene tanıyan hükümler somut olayın koşullarına göre geçersiz sayılabilirler.

TBK'da ücretin korunmasıyla ilgili bazı yeni hükümlere de yer verilmektedir. Bunlardan ilki TBK 410 uyarınca, işçi ücretinin dörtte birinden fazlasının haciz, devir ve rehninin yasaklanmasıdır. İş Kanununa uygun bu hüküm yanında, işçinin gelecekteki ücret alacaklarının devredilmesi veya rehnedilmesinin geçersiz olduğu hükmüne de yer verilmektedir. Ücretten takas konusunda TBK 407/II'de işçinin rızası olmadan işverenin ücretten kendi alacağını takas edemeyeceği ilkesi tekrarlanmaktadır. İşçinin kasten sebep verdiği zararlarda ise işverenin takas imkanı, ancak kasten zarar vermenin yargı kararıyla sabit olması koşulu ile ve azami ücretin haczedilebilir kısmı ölçüsünde mümkün kılınarak sınırlanmaktadır. İkramiyeler konusunda Yargıtay içtihadı haline gelmiş olan kıstelyevm esasının yasa hükmü haline geldiği görülmektedir. TBK 405 uyarınca: "Hizmet sözleşmesi ikramiyenin verildiği dönemden önce sona

ermişse, ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümü ödenir.". Örneğin yıl sonunda ödenen bir ikramiyenin ödeme tarihinden önce işten ayrılan işçinin, çalıştığı süre ile orantılı olarak ikramiyeden yararlanacağı böylece kesinleşmektedir.

Yeni bir diğer hüküm ise işçinin kişiliğinin korunması borcudur. TBK 417 uyarınca, "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.". Psikolojik taciz yani mobbing böylece ilk kez yasal bir düzenlemeye konu olmakta, işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında sadece işçinin fiziki sağlığını (iş sağlığı güvenliği önlemlerini almak) değil, psikolojik sağlığını ve kişiliğini de korumakla yükümlü olduğu açıkça kabul edilmektedir. İşveren artık psikolojik tacize karşı önlem almamaktan da sorumlu tutulabilecektir.

Bir diğer yeni husus, işçiye ait verilerin korunması borcunun yasal bir temele kavuşturulmasıdır. TBK 419 uyarınca, "İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir." Burada kastedilen, işçinin iş ilişkisine uygunluğu, işe elverişliliği, verimliliği gibi hususlar için gerekenin ötesinde kişisel verilerin kullanılamayacağıdır. "Kullanma" yanında verilerin "toplanması'"nın da bu sınırlara tabi olacağı söylenebilir. Yasada özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu çıkmadığı sürece bu alandaki belirsizliklerin tam olarak giderilemeyeceği söylenebilir.

Öğreti ve Yargıtay içtihatları ile kabul gören, fakat daha önce 4857 sayılı İş Kanunu'na alınması reddedilen iş sözleşmesinin devri TBK'da yer almaktadır. TBK 429 uyarınca, "Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır."

İsviçre'den olduğu gibi alınması kanaatimizce hatalı olan ve işçi aleyhine sonuç doğurabilecek bir hüküm ise fesih bildirim sürelerini düzenleyen TBK 432 hükmüdür. TBK 432/II'de "Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir." dendikten sonra beşinci fıkrada:"Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır." hükmüne yer verilmektedir. Türk öğretisi ve Yargıtay kararlarında hakim görüş, işverenin uyması gereken fesih bildirim süresinin daha uzun kararlaştırılabileceğidir. Fakat yeni yasa hükmüne uyulursa, işveren için kararlaştırılan arttırılmış bildirim süresine işçinin uyması gibi işçi aleyhine bir sonuç doğacaktır.

TBK 434 ile İş Kanunundaki gibi bildirim süresi ücretinin üç katı tutarında bir kötüniyetli fesih tazminatı öngörülmektedir. Hüküm Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamındaki çalışanlar için yenidir. İş sözleşmesinin kötüniyetli olarak, örneğin işçinin işvereni şikayet etmesi, işveren aleyhine tanıklık yapması veya bir ayırımcılığın tezahürü olarak feshi halinde işverenden kötüniyet tazminatı talep edilebilir.

TBK 435 uyarınca, "Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır.". Hükmün İş Kanunu kapsamında geçerliliği belirsizdir. Kanaatimizce haklı feshin geçerliliğinin yazılı şekil koşuluna bağlanması isabetli olmayacaktır.

TBK 438 ile haksız feshin sonuçları ayrıntılı ve açık bir düzenlemeye kavuşmaktadır. Belirli süreli iş akitlerinde işverenin süre dolmadan sözleşmeye son vermesinin "haksız fesih" olduğu ve işverenin bu durumda bakiye süre ücretini "tazminat" olarak işçiye ödeyeceği yasayla açıklığa kavuşmaktadır. İşçinin çalışmayarak tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir bu tazminattan indirilir. En az bir yıl çalışmış olan İş Kanununa tabi işçi bu durumda kıdem tazminatına da hak kazanır. Bunlara ek olarak en önemli yenilik, TBK 438/III'de bir haksız fesih tazminatı öngörülmesidir: "Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz.". Bu tazminat, işvereni haksız fesihten caydırmaya, işçiyi manevi bakımdan tatmin etmeye yönelik bir medeni ceza niteliğindedir. Somut olayın özelliklerini dikkate alarak hakim bu tazminata hükmedip hükmetmemekte ve 6 aylık ücret tutarını aşmamak kaydı ile miktarını belirlemekte özgürdür.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinin sonuçları da TBK 438'de düzenlenmektedir. Bu durumda bildirim süresine uyulmaması nedeni ile gerçekleşen fesih aslında usulsüz bir fesihtir. İşveren işçiye bildirim süresi ücretini ihbar tazmi-

natı olarak ödeyecektir. Ayrıca 438/III hükmü belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde de uygulanacak, hakim 6 aylık ücreti aşmamak koşulu ile bir haksız fesih tazminatına hükmedebilecektir. Haksız fesih aynı zamanda kötüniyetli de olabilir. Fakat aynı ihlale aynı nitelikte iki farklı tazminat sonucunu bağlamak uygun düşmeyeceğinden kötüniyet tazminatı ile haksız fesih tazminatına bir arada hükmedilemeyeceği, bunlardan sadece birine, tercihen kötüniyet tazminatına hükmedilmesinin uygun olacağı söylenebilir. İşçi iş güvencesi kapsamında ise hem iş güvencesinden yararlanıp hem de ayrıca haksız fesih tazminatı talep edebilmesi de tartışmalıdır. Farklı görüşler de bulunmakla birlikte kanaatimizce feshin geçerli bir sebebe dayanmaması ile haksız olması farklı olgulardır. Bu nedenle işe iade yanında ayrıca haksız fesih tazminatı talep edilebilmelidir. Fakat hakimin takdir hakkı olduğundan, iş güvencesi tazminatını alan veya işe başlatılan işçi için haksız fesih tazminatı talebini reddetmesi ya da iş güvencesi tazminatını daha yüksek belirleyerek ayrıca haksız fesih tazminatına hükmetmemesi de mümkündür.

TBK 439 ile ilk kez işçinin belirli süreli iş akdini haksız feshinin sonuçları da düzenlenmektedir. Buna göre, işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin ¼'üne eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. Bu tazminat talebi 30 günlük hak düşürücü süreye tabidir. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin ¼'ünden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır.

Yeni Kanun'da, iş akdinin haklı nedenle feshi halinde de feshedenin zarara uğradığı dikkate alınarak, BK 345'deki düzenleme daha açık bir şekilde vurgulanmaktadır. TBK 437 uyarınca, "Haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür.". Bu tazminat ifa menfaatidir, sözleşme devam etseydi içinde bulunulacak duruma getirmedir. İşçi belirsiz süreli sözleşmede bildirim süresi ücretini, belirli süreli sözleşmede bakiye süre ücretini işverenden talep edebilir. İşveren de yeni işçi bulana kadar yaptırdığı fazla mesai, ikame işçi gideri, kaçırdığı sözleşme fırsatı nedeni ile kazanç kaybı vb. işçiden talep edebilir. Ancak işçiye ödenecek ücret bu tutarlardan mahsup edilmelidir.

Yeni Kanun işçinin ölümü haline de yeni bir sonuç bağlamaktadır. TBK 440 uyarınca, "İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür.".

Yeni Kanun işçinin ölümü haline de yeni bir sonuç bağlamaktadır. TBK 440 uyarınca, "İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür.". 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 uyarınca ölüm nedeni ile kıdem tazminatına hak kazanılmayan durumlarda (işçinin bir yıl kıdeminin olmaması, bakmakla yükümlü olunan kişilerin yasal mirasçı olmaması) bu ödemenin yapılması gerektiği açıktır. İşçinin ölümü nedeni ile kıdem tazminatına hak kazanan yasal mirasçıların ayrıca bu ödemeye de hak kazanıp kazanmayacakları ise tartışmalıdır. İsviçre hukukunda bu ödemenin kıdem tazminatından farklı bir ödeme olduğu, sözleşmenin ard etkisi olarak ödendiği kabul edilmekte ve kıdem tazminatından ayrı olarak yapılması kabul görmektedir. Aynı esasın hukukumuzda da geçerli olması gerekir.

Cezai şart ve ibraname konuları TBK 420 ile ilk kez düzenlenmektedir. Cezai şart konusunda Yargıtay'ın yerleşik içtihadı yasa haline gelmekte, "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir." hükmüne yer verilmektedir. İbraname ise yasa ile imkansız hale getirilmektedir. TBK 420/II uyarınca, İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün

ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.". Ödemenin noksansız yapılması koşulu, alacağın tamamı veya bir kısmından feragat anlamına gelen ibra kavramı ile örtüşmemekte, noksansız ödeme ifaya karşılık gelmektedir. Yasada kısaca "işçinin ifası geçersizdir" hükmüne yer verilmesi daha uygun olurdu. Kısmi ödemeler konusundaki fıkra 3 hükmü de bu sonucu desteklemektedir: "Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.". Fıkra 4 uyarınca bu esaslar, "destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır.". Böyle iş kazasından doğan maddi-manevi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatlarında da ibra geçersiz kabul edilmekte, ödemenin tam tutarda olması aranmaktadır. Yasada tüm ödemelerin bankadan yapılması esasının benimsenmesi ve vurgulanması da ilginçtir.

Sözleşme sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulları bakımından TBK önemli yenilikler getirmemektedir. Fakat yasağın hakkaniyete uygunluğunun denetimi bakımından yeni yasa daha ayrıntılıdır. TBK 445 uyarınca, "Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.". Böylece Yargıtay içtihadına ve öğreti görüşüne uygun olarak rekabet yasağının iki yılı aşamayacağı esası yasa hükmü haline gelmektedir. Ayrıca hakimin aşırıya kaçan rekabet yasağını geçersiz saymak yerine hakkaniyete uygun sınırlar içine çekerek uyarlaması gerektiği açıkça vurgulanmaktadır. Buna göre, "Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir.". Karşı edim yani işverenin rekabet yasağı süresince işçiye bir ödeme yapması hala bir zorunluluk haline gelmemekle birlikte ilk kez yasada yer almaktadır. Hakim hakkaniyet denetimini yaparken, bir karşı edim olup olmadığını ve miktarını da dikkate alacak, geniş kapsamlı bir rekabet yasağını bu nedenle geçerli bulabilecektir.

Rekabet yasağını sona erdiren sebepler arasında TBK 447/II'de "Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer." denmektedir. Yasanın bu hükmü yanlış bir tercümeye dayanmakta ve haklı sebepler yanında geçerli fesih sebeplerine de sahip olan Türk hukukunun özelliklerini dikkate almamaktadır. Kaynak yasada işveren feshi bakımından "haklı sebep olmaksızın" değil, "işçiye atfedilemeyen bir sebeple fesih" kavramı kullanılmaktadır. Böylece işçinin davranışından kaynaklanan geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshi halinde de rekabet yasağı sona ermemektedir. İşçinin feshi bakımından ise yasa metni daha talihlidir. "İşverene yüklenebilen neden" kavramına sadece haklı sebeple fesihler değil, haklı sebep ağırlığına ulaşmamakla birlikte işçi bakımından iş akdine devam etmemeyi yerinde kılan sebepler de dahildir. Örneğin, işçinin uzun zamandır görev yaptığı ve yaşam koşullarını buna göre düzenlediği işyerinin değiştirilmesi, huzursuz ve stresli bir işyeri ortamı, söz verilen terfilerin yapılmaması, işçinin ücretine hiç zam yapılmaması, yükselme ve kendini geliştirme olanağı verilmemesi gibi nedenlerle işten ayrılması halinde rekabet yasağı ile bağlılığı sona ermelidir.

Buraya kadar yapılan tüm açıklamalar olması gereken hukuk bakımından yorumlarımızı yansıtmaktadır. Farklı görüşlerin savunulması ve benimsenmesi, Yargıtay'ın farklı bir içtihat geliştirmesi şüphesiz mümkündür. Önemli olan, Borçlar Kanunu hükümleri dikkate alınmadan iş hukukuna tam vakıf olunamayacağına dikkat etmek, buna gereken önemi vermek ve TBK hükümlerini iş hukukunun temel ilkelerini gözden kaçırmadan yorumlamaktır.

"İşçi Avukat"

Av. Özgür METİN
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyesi

Onlara "işçi avukat" diyebilir miyiz? Yoksa onları sigortalı-bağımlı çalışan avukatlar olarak mı adlandırmak gerekir? Mesleğin bağımsızlığı noktasında nerede durmaktadırlar? Avukatlar işçileşebilirler mi? Ya da avukatlık mesleği işçileş-meye müsait bir meslek midir?

Bu ve benzeri sorular kapsamı oldukça geniş bir teorik tartış-mayı da beraberinde getirmektedir.

Ancak bizim aşağıda okuyacağınız röportajları yapmaktaki amacımız -kavram tartışmasına girmeksizin- bağımlı-sigor-talı(zaman zaman sigortasız)-işçi olarak çalışan meslektaş-larımızın kendi ağızlarından yaşadıkları sorunları dinlemek.

Bu kapsamda dört meslektaşımızla röportaj yapılmış olup, kendi istekleri üzerine röportajlarda isimleri saklı tutulmuş-tur.

Sistemin basit bir çarkı gibi hissetmekten alıkoyamıyorum kendimi

2,5 yıldır avukatlık yapan bir meslektaşımız meslekle ilgili hayal kırıklıklarıyla okulu bitirip staja başlar başlamaz tanıştığını, kimseden istediği saygıyı göremediğini, ne meslektaşları, ne hakim ve savcılar ne de adliye personeli için bir anlam ifade etmediğini, bu duyguları yaşamanın "peki ben şimdi ne yapacağım" düşüncesine sebep olduğunu, ancak bu durumun stajyer olmaktan kaynaklandığını düşünerek stajını bir şekilde bitirdiğini söyleyerek başlıyor sözlerine.

Ruhsatnamesini aldığında da sihirli değnek değmediğini, her ne kadar artık bir sıfatının bulunduğunu bilmenin insana iyi geldiğini düşünse de daha sonra başka sorunların ortaya çıktığını, " ben ne yapacağım" endişesinin uykularını kaçırdığını, acabalar arasında sıkışıp kaldığını, okuldan beri serbest avukatlığı büyük bir aşkla istediğini, bu yüzden hiçbir sınava girmediğini, hayallerini ancak bu meslekle gerçekleştirebileceğini düşündüğünü ancak aradan bu kadar kısa bir süre geçmiş olmasına rağmen kendisini sistemin basit bir çarkı gibi hissetmekten alıkoyamadığını söyleyerek devam ediyor.

Sigortalı avukatlığı serbest avukatlık olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını düşünüyor ve ekliyor " Öyle bir şey ki bu durum her yerde özgür gibi görünüyorsun; mahkemelerde, kalemlerde, borçlu karşısında, müvekkil görüşmesinde ama aslında kukla gibisin genellikle. İstesen de istemesen de yapmak zorunda kaldığın işler, görüşmek zorunda kaldığın müvekkiller olabiliyor. Senin adına verilmiş randevulardan yapılmış planlardan son dakika haberin olabiliyor. Bir de kendi adıma en büyük sıkıntım işverenimin elinden zarf içinde dahi olmayan maaşımı almak zorunda kalmam. Her ay aşağılanmış hissediyorum kendimi."

İşveren meslektaşlarının çoğu zaman kendilerinin de avukat olduklarını unuttuğunu, keyfi uygulamalara maruz bırakılabildiklerini belirterek şu örneği veriyor "Bir avukat arkadaşımın aslında çok da önemli olmayan ve aciliyeti olmayan birinci haciz ihbarnamelerini posta masrafından daha ucuz olacak diye İzmir'in çeşitli semtlerindeki bankalara dağıtmak zorunda bırakıldığına inanamamıştım mesela."

Çalışma koşullarının yoğunluğu ve karışıklığının ise belki de en sıkıntılı konulardan bir tanesi olduğunu söylüyor: "Öyle bir şey ki bu meslek, işten çıkınca ofiste kalmıyor sıkıntılar ve işler. Kafanın içinde seninle her yere geliyor. Uykuda dahi rahat bırakmıyor. Sosyal hayatın azalmasına ve hatta yok olmasına sebep oluyor. Çünkü nereye gidersem gideyim kafamda aynı sıkıntılar olunca herkese bunlardan bahsetmek istiyorum. Herkes anlasın, beni onaylasın istiyorum. Sonra da çok sıkıcı buluyorum kendimi. Basitleştiğimi hissediyorum. Kültürel yanımın eksildiğini, sohbet konularımın sığlaştığını fark etmek sinirlendiriyor beni ve bu defa kimseyi görmek istemiyorum. Ya da iş konusundan bahsetmemek için zorluyorum kendimi. Bu da beni daha çok yoruyor. Bu temponun sosyal hayatımı ne denli olumsuz etkilediğini bir örnekle açıklamak istiyorum. Böyle bir konuda röportaj yapılmak istenildiği bana söylendiğinde memnuniyetle kabul etmiştim. Ancak sonrasında bu röportajı yapmak için vakit konusunda çok sıkıntı çektik ve bu durumdan öyle mahcup oldum ki. Eğer kendi işim olsaydı ne yapar eder bu vakti yaratırdım."

Kendi bürosunu açmak için kendisini yeterince cesur hissetmediğini ve maddi anlamda büronun külfetini kaldıramayacağını, ancak geçen zamanla birlikte hem cesaretinin kırıldığını hem de özgüvenini kaybettiğini anlatarak adalete olan inancının azalmasını bu duruma sebebiyet veren önemli faktörlerden bir tanesi olarak görüyor.

Avukatların hayal ettiği gibi mücadeleci olmadıklarını, bazılarının mücadele ettikleri halde sonuç alamadıklarını ya da bazen mücadeleden korktuklarını, korkutulduklarını gördüğünü ve bu durumun kendisinde ayrıca hayal kırıklığı yarattığını söylüyor ve "Mücadele edebileceğimiz ve mücadelelerimizden sonuç alabileceğimiz adaletli günlerin gelmesi" dileğiyle noktalıyor sözlerini.

Baroların Öncelikle Sigortalı Avukatların Haklarını Savunması Gerekir.

2011 yılından bu yana avukatlık yapan meslektaşımız mesleğe yeni başlayan bir mübaşirden daha az maaş aldığını, sigorta primlerinin asgari ücret üzerinden yatırıldığını, fazla çalışmanın her yerde olduğu gibi avukatlık mesleğinde de olduğunu, çalışma saatlerinin sabah 8'den –iş bittiği takdirde- en az 18.00 olduğunu söyleyerek ekliyor " hiçbir zaman iş bitmez"

Mesleki faaliyetlerinin genelde işvereninin istediği yönde devam ettiğini, çalışma süreleri içerisinde kalem ve icra işleri yaptığını, duruşmalara girdiğini, yazılması gereken dilekçe ve buna yönelik araştırmaları ise ya hafta sonu ya da zaman kaldığı takdirde akşamları evinde yapmak zorunda kaldığını belirtiyor ve yine ekliyor "Yani mesai bitmez."

Okul biter bitmez staj için yapılan başvurularda barolarca istenen belgelerin -diplomanın noterce onaylı örneği, nüfus cüzdanının onaylı örneği, damga pulu gibi- kendilerini büyük bir masrafa soktuğunu, daha sonra baroya kayıt olabilmek için istenen masrafların ise çok yüksek olduğunu düşünüyor.

Baroların öncelikle sigortalı avukatların haklarını savunması gerektiğini düşünen meslektaşımız bu konudaki önerilerini ise şöyle sıralıyor:

- Maaşlar konusunda yasal değişiklik yapılması
- Sigortalı çalışan avukatların baro aidatlarının işverence ödenmesi
- CMK ve Adli Yardım kapsamında görev alan sigortalı avukatlardan makbuz istenmemesi
- Genel anlamda avukatlık mesleğinin güçlendirilmesi

Avukatların İşyerinde Kamera ile İzlenmesi Onur Kırıcı

1 yıl 3 aydır avukatlık yapan meslektaşımız aylık 1.700 TL maaş aldığını, sigorta primlerinin aylık 30 tam gün üzerinden yattığını, çalışma saatlerinin 09:00-18:00 arası olduğunu, hafta sonu çalışmadıklarını, genel olarak çalışma koşullarından memnun olduğunu, bu yüzden sigortalı çalışan avukatlar arasında kendisini "şanslı" gördüğünü söylüyor. Ancak sigortalı çalışan birçok arkadaşının kendisi kadar şanslı olmadığını şu sözlerle anlatıyor: " Tanıdığım meslektaşlarımın birçoğunun kendisine özel bir odası olması bir yana, toplu halde ve odaya yerleştirilen üstelik sesleri dahi kayıt altına alan kameralar ile sıkı gözetim ve denetim altında(!) çalıştıklarını biliyorum. Bu durumu mesleğimize yakışır bulmamakla birlikte aksine onur kırıcı bulduğumu da belirtmek isterim."

Kendi bürosunu açmak yerine neden sigortalı olarak çalışmayı tercih ettiğine ilişkin sorumuza ise şöyle cevap veriyor: " Ben Samsun'da doğup büyüdüm. Ailem orada yaşamaktadır. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesini kazanınca İzmir'e yerleştim. Üniversite dışındaki tüm çevrem Samsun'da kaldı. Burada hiçbir akrabamız olmadığından beni veya ailemi tanıyacak, bu anlamda bana iş ve gelir getirecek bir çevrem de söz konusu değildi. Arkadaşlarımın önemli birçoğu zaten hukukçu olarak mezun olduklarından onlardan da bana bu anlamda bir fayda gelmezdi. Dolayısıyla işe sigortalı başlamak bir tercihten ziyade bir zorunluluktu."

Devamla çalışma koşullarından genel olarak memnun olsa da "sigortalı avukat" kelimesine dahi alışamadığını ve müvekkillere bu hususu izah etmenin " can sıkıcı bir durum" olduğunu, çevresinden duyduğu kadarıyla sigortalı çalışan meslektaşların çoğunun durumundan memnun olmadığını, alınan ücretlerin gerek mesleğin ifasında sarf edilen emek gerekse mesleğin onur ve saygınlığı karşısında oldukça yetersiz kaldığını, ücretlerin düşük tutulmasının staj döneminden başladığını, stajyerken haftalık 100 TL kazanan bir stajyer avukatın, avukat olduğunda bir an önce para kazanmak adına 1.000 TL ücrete rıza gösterebildiğini, oysa diğer meslek guruplarında sadece stajyerlerin aldığı ücretin 1.000 TL olduğunu söylüyor.

Avukatlık mesleği ve geleceği ile ilgili düşüncelerini ise şöyle açıklıyor: "Açıkçası her meslekte olduğu gibi geçim kaygısı yaşayan bir avukatın da mesleğindeki motivasyon ve başarısının iyi olabileceğine inanmıyorum. Üstelik her geçen gün avukatlık şirketleri şeklinde hukuk büroları kurulmakta ve adeta işçi

Zayıf çok zayıfız

Bir bir intihar etmekte kırık kalemler saklı bedenlerinden
Hiç gidilmedik firarları adımlamakta bir yaban
Bir yandan savrulmuş umutlarını toplamaya çalışarak
Ve taşıyaraktan aykırılığını kollarının arasındabir
Sır gibi öbür yandan
Sahi aykırı olmak niye ağır suç sayılıyor şimdi buralarda
Kendimi bulmak diyorum artık
Bulmak kendimi
Kirletilmeden daha üzerleri hoyratça yalın aşklarımın
Hep bir renk olmamak aynı doğada
Ve kanıksamamak anında olup biten şeyleri
Kendimi bulmak diyorum artık
Bulmak kendimi
Firarsız yolculuklar da var
Burada dönüştürmek gerçeği
Sarmalamak düşünceleri intiharsız akşamlara
Yırtıp atmak burada bize düşüyor
Güneşe örtük perdeleri

Av. Harika KÜLÇÜR
Hazine Vekili-İzmir

avukat sınıfı oluşturacak kadar fazla sayıda maaşlı avukat çalışmaktadır. Bu şekilde çalışmaya başlayan ve günümüzde toplu çalışma ortamının olmazsa olmazı sayılan mobbinge stajyerken dahi maruz kalan avukatların, kendi fikir ve cümlelerini dilekçesine yansıtamadığı, aksine standart dilekçelerin yazıldığı ve bu anlamda meslekte körelmenin ise kaçınılmaz olduğu gözetildiğinde mesleğin geleceği açısından ciddi bir tehlikenin var olduğu açıktır."

Stajyerleri ucuz iş gücü olarak görmeyen ve mesleğe yeni başlayan avukatların olumsuz ekonomik koşullarından faydalanma gayreti içerisinde olmayan avukatların sayıca azaldığı takdirde meslekte ilerlemenin yaşanabileceğini, ancak bu durumun devlet politikasıyla da ilgili olduğunu ve bu düşüncesinin ütopik bir düşünce olduğunun farkında olduğunu, hukuk fakültesinde okurkenki idealleri mesleğe başladığında büyük ölçüde hayal kırıklığına uğrayan ve gelecek kaygısı taşıyan meslektaşlarımızın sayısında hızla artış olacağı kanaatinde olduğunu belirterek noktalıyor sözlerini.

Bir başkası adına çalışırken karşılaşılan en büyük sıkıntı kendi fikirlerin doğrultusunda iş yapamamak

Dört yıldır avukatlık yapan bir başka meslektaşımız ise bir şirketin bölge müdürlüğünde görev yaptığını, büro açmanın hem maddi hem de manevi külfetinin fazla olduğunu, ancak avukatlığın esasen bir başkası adına yapılacak bir iş olmadığını ve bir avukatın kendi ofisinde kendi hukuki bilgisi kullanarak kendi kararlarını vermesi gerektiğini söylüyor.

Ancak hem müvekkiller hem de irtibatlı olunan kamu çalışanları sebebiyle mağduriyetlerle karşılaştıklarını bu yüzden bir başkası adına çalışmanın bir anlamda sorumluluk ve riski azalttığını belirtiyor.

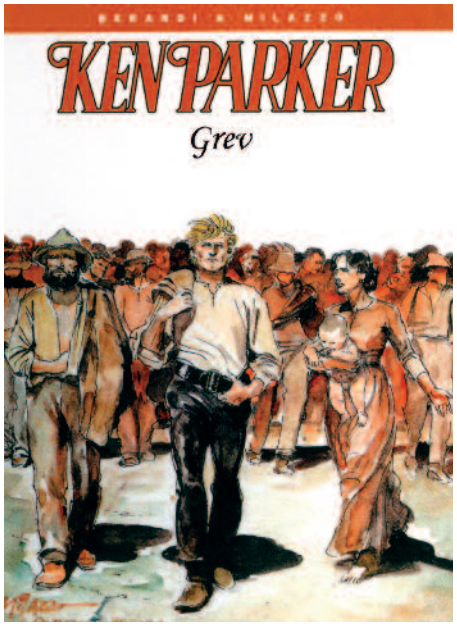
Sigortalı olarak çalışmanın en büyük sıkıntısının kendi fikirleri doğrultusunda iş yapamamak olduğunu, bunun dışındaki sıkıntıların ise alınan ücretlerin komikliği ve gününde ödenmemesi, büroda çalışan avukata karşı sergilenen davranışlar, çalışan avukatın her an emre amade gibi görülmesi, geç saatlere kadar çalışma, sigorta primlerinin asgari ücret üzerinden ödenmesi, işten ayrılmalarda avukatın yasal haklarının suistimal edilmesi, şehir dışı yoğun bürolarda yolda geçirilen zamanın bedelinin ödenmemesi olduğunu düşünüyor.

“Ken Parker”

Av. Ozan BALIM
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyesi

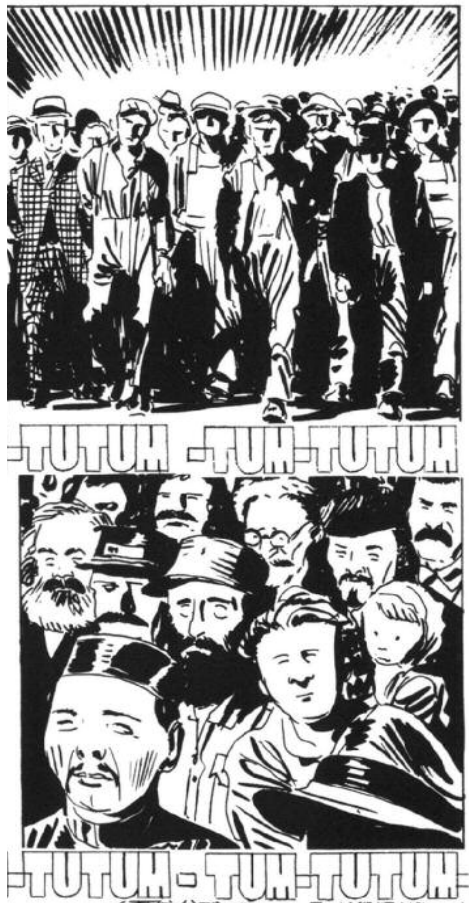
Ken Parker, Kızılderililerin deyimiyle Uzun Tüfek, maceraları ABD’nin bugünkü politikalarının oluştuğu, Avrupa’nın hastalık ve açlıkla mücadele ettiği ve Amerika’ya göçün yoğun olduğu 1860-1890 arası dönemde geçen bir fümetti (İtalyan çizgi romanı) kahramanıdır. Ken Parker hakkında çok şey söylenmiştir. Ken Parker’ın aslında western olmadığını, hatta çizgi roman bile olmadığını söyleyenler olmuştur ama gerçek şudur ki, Ken Parker klasik bir western olmadığı gibi klasik bir çizgi roman da roman değildir. O, atının semerinde bir dolu kitapla gezen bir anti kahramandır. yaratıcıları Giancarlo Berardi ve İvo Milazzo olan Ken Parker pek çok çizer tarafından çizilmiştir ama diğer fümettilerin aksine çizimler tek elden çıkmış gibidir. Ken Parker Amerikan ordusunda izci kılavuz iken Big Horn muharebesi denilen ve ABD resmi tarihinde General Custer’ın kahramanlık destanı olarak yer alan aslında bir kızılderili katliamı olan savaştan sonra ordudan ayrılan Ken Parker bundan sonraki maceralarında ABD’nin hemen hemen her yerini dolaşır. ABD bu dönemde iç savaştan çıkmış, Avrupa’dan gelen göçle birlikte o güne kadar beyaz yerleşimine açılmayan Batı’ya yerleşmektedir. Tabii bu yerleşme Kızılderililerin topraklarından sürülmesi ve rezervasyon denilen dar alanlara kapatılmaları ile olmaktaydı. Beyaz yerleşimi genişledikçe Kızılderililer yeni rezervasyonlara sürülmeye devam ediyordu. Hastalık ve kışkırtmalar sonucu beyaz adam 400 yılda gerçekleştiremediğini yarım asırdan daha kısa bir sürede gerçekleştirdi.; Kızılderililer artık neredeyse yok olmuştu. Hayatta kalanlar da eski yaşam biçimlerini sürdürememekte, ancak ordu yardımı ile o da temel ihtiyaçlarını bile karşılamaktan uzak bir şekilde hayatta kalmaya çalışmaktaydı. İlk macerasından beri ırkçılığa, haksızlığa karşı olan ve kendince bir mücadele veren Ken Parker için Big Horn’da beyaz adamın kızılderilileri kadın ve çocuk demeden katletmesi son nokta olmuştur. Ken Parker artık yalnızdır.

Türkiye’de Ken Parker’ın iki macerası hariç hepsi farklı zamanlarda ve farklı yayınevleri tarafından yayınlanmıştır. Yayınlanmayan iki maceradan birisi olan Adah’ta Afro-Amerikalı pamuk işçilerinin başarılı bir anlatımını görürüz. Diğer macera ise “Grev” başlığını taşımaktadır. Dönem, buhar enerjisinin sanayiyi büyüttüğü, işçi sınıfının ve sendikal hareketlerin emeklediği bir dönemdir. Ken Parker 18 saatten fazla çalışılan tekstil fabrikasında sendikaya asla üye olmayacağı bağlılık yemini



ile günde 1 dolar ücretle işe girer. Sendikal hareket, suikast yapmak, patlayıcı madde bulundurmak, devrimci yatağı olmak gibi sudan sebeplerle engellenmeye çalışılmaktadır. İş kazaları olağan karşılanmaktadır ve çocuklar on yaşında çalışmak zorundadır. Ken Parker ilk kez Karl Marks’ın kapitali ile tanışır. Ken Parker “her bölümü birkaç kez okumama rağmen anlamakta zor-

lanıyorum ancak bu beni daha fazla okumaya zorluyor" der Kapital için. İşçi arkadaşının cevabı ise "bir gün çocuklarımız her türlü fikri öğrenmek için okula gidecekler, kavgamız bu yüzden!" olur. İşçi arkadaşının Ken Parker'a artı değeri anlattığı diyalog da çarpıcıdır. Ücretleri sürekli düşüren işveren, her zamanki gibi fabrikanın çalışmaya devam etmesi için buna mecbur olduğundan dem vurmaktadır. Son sahnede işçiler o gün işe gitmemeye karar verirler, o gün grev vardır ve işçiler hükümet binasına kadar sessizce yürüyeceklerdir. Bu sahnede Ken Parker'ın bir ajan olduğunu öğreniriz. O, işçiler içinde geçirdiği zamanda gelişmeleri gözlemlemekle yetinmiş, kimseyi ihbar etmemiştir ama kimliğinin ortaya çıkması onu işçilerle karşı karşıya getirir. İşçilerin bu barışçıl protesto yürüyüşüne karşın işveren ve polisin amacı yerleştirdikleri yüz silahlı adamla yürüyüşteki işçileri kırmaktır. Bunu öğrenen Ken Parker istifasını verir ve işçilere "sizi bekliyorlar, silahlılar, bunu yapmayın!" der ama işçiler yürüyüşe devam eder. Sonrası tam bir katliam olur. Atlı polisler silahlarını barışçıl yürüyüşçülerin üzerine boşaltırlar. Ken Parker bıçağını fırlatır ve bu hareketi ile bir polisin ölümüne sebep olur. Bundan sonrası Ken Parker için kaçak hayatıdır. Jack London'ın demir ökçesini okuyanlar bilirler, sermayenin işçi sınıfını ve partisini nasıl ortadan kaldırdığını. Sacco ve Vanzetti sırf sosyalist ve sendikacı oldukları için asılmışlardır. 40'ların cadı kazanı denilen Mc Carty'ci dönemde bir çok sanatçı ya muhbir olmuş ya da inancı ve düşüncesine ters düşse de bağlılık yemini belgeleri imzalayarak sınırlı ölçüde işlerine devam edebilmişlerdir. Bütün bunlar vatanseverlik ve vatanı kızıl tehlikeden, terörden, anarşiden korumak adına yapılmış ve geniş kitlelerden doğrudan ya da sessizce destek görmüştür. ABD işçi sınıfının tarihinde bir an olarak değerlendirebileceğimiz Ken Parker'ın grev macerası gerek senaryosu ve gerek fümettinin gelmiş geçmiş en iyi birkaç çizerinden biri olarak kabul edilen İvo Milazzo'nun çizgileri ile oldukça gerçekçi ve çarpıcıdır. Geçmiş dönemde Türkiye'de neden yayınlan(a)madığı da ortadadır sanırım. Bundan sonra yayınlanır mı o da bilinmez. İnternette e-kitap olarak kolaylıkla bulunabilecek Adah ve Grev albümünü ve kitapçılarda ve çizgi roman satış noktalarında bulunan Ken Parker'ın basılı kitaplarını tavsiye ederim.



İşe İade Davası Sonuçları ve Hükmün Uygulanması

Yrd. Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ
İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

İş hukuku uygulamasında işverenin iş sözleşmesini tek yanlı feshinin geçerli sebebe dayanmadığı iddiası ile işçi tarafından açılan itiraz davaları, "işe iade davası" olarak nitelendirilmektedir. İşe iade davalarının amacı, işçinin kendisi ve ailesinin tek geçim kaynağı olan işini kaybetmesinin yasal olarak engellenmesi, sosyal devlet ilkesi temelinde işçinin korunması amacıyla sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ve iş sözleşmesinin işveren tarafından yasalara aykırı feshi halinde, bunun hukuka aykırı kabulü ve geçersiz kılınması yoluyla işçinin iş güvencesinin sağlanmasıdır. Hukukumuzda İş Kanunu 18 ila 21. maddeleri arasında düzenlenen ve yine Sendikalar Kanunu 30 ve 31. maddeleriyle fesihte "temsilci güvencesi" ile "üyelik güvencesi" sebebiyle ilişkilendirilen "iş güvencesi" hükümlerinin uluslararası dayanağı, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 09.06.1994 tarih ve 3999 sayılı kanun ile onaylanan işçilerin haksız feshe karşı korunmasına ilişkin

158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü(ILO) Sözleşmesidir. Bu tebliğin konusu olan işe iade davası sonuçları ve hükmün uygulanması ile ilgili kural ve koşullar, "geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlıklı İş Kanunu 21. Maddesinde düzenlendiğinden, iş güvencesi ile ilgili 158 sayılı ILO sözleşmesi, İş Kanunu ilgili hükümleri ve iş hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, ancak 21.madde ile sınırlı olarak, Yargıtay içtihatları üzerinden değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Öncelikle, hukuki sorunların irdelenmesinde sınırlayıcı ve olumsuz etkisi olduğunu düşündüğüm, "işe iade davası açan işçi mutlaka kazanır" şeklinde yinelenerek yerleştirilen genel kanıya katılmadığımı belirtmek isterim. İstatistiksel olarak belli bir dönemde iş sözleşmesi feshedilen işçi sayısı, bunların arasından işe iade davası açanlar ve bu davalardan işçi lehine sonuçlananların sayısı ortaya konulmadan ve ayrıca sadece işe iade davalarında değil, diğer mahkemelerde görülen davalarda da davacı, uyuşmazlığın doğası gereği, iddia sahibi olan ve haklı olduğuna inanarak dava açan taraf olmakla, davada haklı çıkmasının, davayı kaybetmesine göre daha beklenen bir durum olduğu göz önüne alınarak, genel olarak tüm hukuk davalarında davacının haklı çıkma oranı ile karşılaştırma yapılmaksızın bu konuda bir tespit yapılmasının uygun olmadığını düşünüyorum. Tebliğin konusu gereği, işe iade davalarının sonuçları ve hükmün uygulanması ile ilgili mahkeme kararlarını taradığımızda, yerleşik kanının aksine bir çok davada işçinin aleyhine karar verilebildiği, hatta işe iade davalarının hukukumuza girdiği 2003 yılından bugüne kadar tarihsel bir bakış açısıyla izlediğimizde, özellikle son dönemde işçi aleyhine biten bazı davalarla ilgili Yargıtay karar gerekçelerinin, iş hukuku ilkeleri açısından tartışmaya açık olduğu görülmektedir. Ancak bu durum, genel olarak gerek iş mahkemelerinin, gerek Yargıtay'ın, iş hukuku ilkelerini temel alan, öğretiyi ve uluslararası mahkeme kararlarını araştırıp değerlendiren özverili çabalarını takdirle anmamıza engel değildir. Yargıtay içtihatları ve iş mahkemelerinin kararları, iş hukukunun en temel ve en canlı kaynaklarındandır.

İşe iade davalarının sonuçları açısından yargı kararlarına

baktığımızda, uyuşmazlıkların esas olarak İş Kanunu 21. Maddesinin son üç fıkrasından kaynaklandığı görülmektedir. İlk üç fıkrada düzenlendiği üzere; *"İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.*

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir"

İlk iki fıkraya göre, öncelikle amaç işe işçiyi iade etmek olduğundan, feshin geçersizliğine kesin olarak karar verildiğinde, işveren işçiyi işe başlatmak zorundadır ve başlatmazsa mahkeme ya da özel hakem kararında belirlenecek miktarda "işe başlatmama tazminatı" ödemekle yükümlü olacaktır. Üçüncü fıkrada ise, ilk iki fıkradan bağımsız olarak ve işe almamanın yaptırımı olduğundan söz edilmeksizin, işçinin feshe itirazıyla başlayan yargılama sırasında en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının da kendisine ödeneceği düzenlenmektedir.

İş Kanunu 21.maddesi dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarında; *İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelere ait ücret tutarı ayrıca ödenir.*

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir" hükümleri düzenlenmektedir.

Dördüncü fıkrada, işe başlatılan işçiye ödendi ise, ihbar ve kıdem tazminatının boşta geçen süre ücretinden mahsup edileceği, işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya ücreti ödenmemiş ise, bu sürelere ilişkin ücretin ayrıca ödeneceği öngörülmekte, beşinci fıkrada kesinleşen geçersiz fesih kararının tebliğinden itibaren işçi 10 iş günü içerisinde başvuruda bulunmadığı takdirde, işverenin yaptığı feshin geçerli olacağı ve işverenin sadece bunun hukuki sonuçlarıyla sorumlu olacağı hükmü düzenlenmekte ve son fıkrada ilk üç fıkranın sözleşme hükümleri ile değiştirilemeyeceği, aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu belirtilmektedir. İşe iade davası sonuçları ve hükmün uygulanması açısından, son üç fıkra üzerinden hukuki tartışmalar yürütülmekte ve farklı yorumlar yapılabilmektedir.

Tebliğ konusu çerçevesinde, işe iade davalarının sonuçları ve hükmün uygulanması ile ilgili Yargıtay'ın son üç yılda verdiği kararlar, önceki içtihatlarla karşılaştırılarak paylaşılmaya çalışılırken, ilk olarak işçinin işe başvurusu ve ikinci olarak işverenin işe başlatma yükümlülüğü ile ilgili kararlar aktarılmaya ve ardından işe iade ile ilgili hükmün diğer uygulanma sorunları ile ilgili kararlara değinilmeye çalışılacaktır.

İşçinin İşe Alınmak Üzere Başvurmaması veya Başvurduğu halde İşe Başlamaması

İş Kanunu 21.maddesinde, feshin geçersizliğine karar verilmesinin sonucu, işçinin işverence eski işine tekrar başlatılması gereği ve aksi durumun yaptırımı ise "işe almama tazminatı"dır. En fazla dört aylık boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ödenme zorunluluğu, yargılama sırasında işçinin çalıştırılmadığı sürede doğan hakları ile ilgili ve kendi başına bağımsız bir fıkranın konusudur. İşçinin davasında haklı bulunması halinde, yargılama sırasında en fazla dört ayla sınırlı olmak üzere ödenmesi gereken ücret ve diğer hakları, işverence yapılan feshin hukuka aykırılığının tespitinin sonucudur. Beşinci fıkraya göre, işçinin başvurmaması halinde, işverenin sadece "geçerli" hale geleceği kabul edilen feshin sonuçları olan "tazminatlar"dan sorumlu olacağına ilişkin düzenlemenin, "işe başlatmama tazminatı"nın hak edilemeyeceği ile sınırlı olarak anlaşılmak gerekir. İşçi tarafından süresinde açılan dava sonucu kesinleşen yargı kararı ile geçersizliğine karar verilen feshin, işçinin işe başlamak üzere başvurmaması veya başvurmasına rağmen işe başlamaması üzerine,

hukuken hangi tarihte geçerli kabul edileceği bu noktada önemlidir[1]. İşverenin feshinin, işçinin başvuru süresinin sonunda veya işe başlamadığı tarihte geçerli kabul edilmesi halinde, çalıştırılmadığı dört aylık süre ile sınırlı ücret ve diğer haklarının ödenmesi, yasa gereği zorunlu olacaktır. İş güvencesi hükümlerinin hukukumuzda uygulanmaya başladığı ilk aylarda, işçinin amacı sorgulanmaksızın, başvurusunu, çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer haklarına hak kazanabilme açısından yeterli gören Yargıtay'ın, zaman içinde değişen içtihatlarında, işçinin işe başvurması ve işveren tarafından davet edildiği halde bir sebeple başlamaması/başlayamamasının "samimiyeti" tartışma konusu yapılarak, boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara hak kazanamayacağı yolunda aleyhine karar verilmesinin dayanağı olarak 21.maddenin beşinci fıkrası gösterilmektedir.[2] Ancak üçüncü ve beşinci fıkraların birbirinden bağımsız değerlendirilmesi ile davada haklı çıkan işçinin başvurmaması halinde dahi bu haklarının ödenmesi gerektiği yolunda yorum yapılmasının daha adil ve yasanın amacına uygun olacağı tartışmasız bellidir. Özellikle işçinin başvuru süresinin sonunda veya işverence davet edildiği halde başlamadığı tarihte feshin "geçerli" hale geleceğinin kabulünün yasal sonucu, boşta geçen sürede işleyen ücret ve diğer hakların ödettirilmesidir. Bu bakış açısı ile, işçinin başvurmaması halinde başvuru süresinin sonunda veya davet edildiği halde işe başlamaması halinde bu tarih itibarı ile, işverenin yaptığı feshin geçerli hale geleceğine ilişkin değerlendirme, yasanın amacına uygun olduğu gibi, hiç bir surette sözüne aykırı değildir.

Yargılama süresinin yasada öngörülenden fazla olmasına rağmen, işçinin çalıştırılmadığı süre için ücret ve diğer haklarının dört ayla sınırlı olması

İş güvencesi hükümleri ile feshe itiraz davasının iki ayda ve temyiz incelemesinin bir ayda tamamlanarak toplam üç ayda sonuçlandırılması öngörülmekte, bu süre gözetilerek çalıştırılmayan süre ücreti ve diğer haklarla ilgili en fazla dört ayla sınırlı olmak üzere hükmedilebileceği düzenlenmekte, ancak yargı yerlerinin iş yükü ve diğer eksiklikler sebebi ile yargılama bir yıldan önce bitmemektedir. Hukuka aykırı olarak işçinin mağduriyetine sebep olan bu durumla ilgili, Kartal 1. İş Mahkemesi'nin, Anayasanın sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasal itiraz yolu ile iptal istemli başvurusu, Anayasa Mahkemesi E: 2005/2, K: 2008/181 ve 18.12.2008 günlü kararı ile "iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır" gerekçesi ile oyçokluğu ile reddedilmiştir. Üyeler Haşim Kılıç, Osman Alifeyyaz Paksüt ve Fulya Kantacıoğlu karara muhalif kalmışlardır. Fulya Kantarcıoğlu'nun muhalefet gerekçesinde; *"Devletin yargılamanın yasada öngörülen sürede bitirilmesini sağlayamaması durumunda, bunun olumsuz sonuçlarına sadece çalışanların katlanmak zorunda bırakılması, işverenin ise kararın kesinleşmesi çok uzun bir süreyi alsa da dört aylık ödemeyle sorumluluktan kurtulması işçi, işveren ilişkisinde adil dengenin gözetilmediğinin açık bir göstergesidir. Yargılamanın belirlenen sürede tamamlanamamasından, kusuru bulunmayan üstelik işverene göre daha güçsüz durumda olan çalışanın zarar görmesi sonucunu doğuran kural, sosyal hukuk devleti ilkesiyle açık bir çelişki oluşturduğu gibi bu konuda devlete anayasa ile verilen ödevlerin de yerine getirilmediğini göstermektedir"* denmektedir. Muhalif üyenin gerekçesinde belirtildiği üzere, yargılamanın bir yılı aşan bir sürede tamamlanması sonucunda sosyal devlet ilkesine aykırı olarak, işçinin çalıştırılmadığı süre çok daha fazla olmasına rağmen, hakları sınırlandırılmakta, üstelik geçinmek için çalışmak zorunda olan işçinin bu sürede bir başka işe girmesi sonucu, yasaya aykırı ve geçerli olmayan sebeple sözleşmesini fesheden işverene güvenemediği için yeni işinden ayrılmamayı tercih ettiğinde ise, Yargıtay'ın 21.madde 3.fıkrasını

---

1 Tebliğin hazırlanması aşamasında, işe iade hükmünün ugulanmasında değinilmesi gereken sorunlarla ilgili fikirlerini sorduğum hukukçu meslektaşlarımdan sayın Av. Anıl Güler'e, "akdin feshedildiği tarih" konusunu belirterek, konuya farklı bir yönden bakmamı sağladığı için özellikle teşekkür etmek isterim.

2 Yargıtay 9.HD. E. 2008/25997, K. 2010/13749. T. 17.5.2010 :"İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davası sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih 4857 sayılı İş Kanununun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir" (www.kazanci.com.tr)

5.fıkra çerçevesinde, yasayı aşan bir sınırlamaya tabi tutması yüzünden, dört aylık sınırlı sürenin ücret ve haklarını dahi alamamakta, işverenin hukuka aykırı feshi tamamen karşılıksız kalmaktadır.

İşçinin işe başvurusunun "samimi" bulunmaması ve hukuki sonuçları

Yargıtay, yukarda eleştirildiği üzere değişen ve yerleşen kararları ile, 21.maddenin 3.fıkrasını, 5.fıkrasını esas alarak değerlendirmekte, işçinin işe iade yönündeki başvurusunun samimi olması gerektiğini, işçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvurunun, geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilmeyeceğine, bu durumda sadece ihbar ve kıdem tazminatı ile varsa işçilik alacaklarına hak kazanacağı, ancak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatını hak etmeyeceği yolunda karar vermektedir.[3] Bu kararlardan birkaç örnek incelendiğinde, hukuki uyuşmazlığın kaynağında işverenin yasaya aykırı geçersiz sebeple feshinin olduğu dikkate alınmadığında, işçinin samimiyeti üzerinden yürütülen tartışma sonucu uygulamanın adalet duygusunu incitici olduğu düşünülmektedir.

Yargıtay'ın bir kararında, işverenin işçiyi işe davetinin davacı işçinin eline geç ulaşmasının, işçinin adres değiştirmesi ve bunu işverene bildirmemesinden kaynaklandığı, bundan dolayı işverene aleyhine bir sonuç yaratılamayacağı gerekçesi ile, işçinin boşta geçen süre ücretine karar verilemeyeceğine hükmedilmektedir.[4] Bu kararda işçinin bir dilekçesinde iş bulduğundan adresini değiştirdiğini söylemesine gerekçede yer verilmektedir. Bu gerekçe, Yargıtay'ın genel yaklaşımı olan, işçinin başka bir işte çalışmakta olmasının, başvurunun samimi olmadığını göstermek için yeterli olmadığı ve davet edildiğinde işe başlayabileceğine ilişkin görüşüne uygun düşmemektedir.[5]

Bir başka kararda, toplu sözleşme bağıtlanmış sendikalı bir iş yerinde işten çıkarılan bir grup işçi, açtıkları işe iade davalarının lehlerine sonuçlanmasından sonra başvuruyorlar ve işe başlamak üzere gittiklerinde, ücret ve haklarını eskisine göre azaltan ve davaları sürerken yeni bağıtlanan toplu sözleşmeye göre çalışacaklarının bildirilmesi üzerine, bu durumu kazanılmış haklarına aykırı bularak ve fesih sırasındaki haklarıyla işe döndürülmeleri gerektiği görüşü ile işe başlamayarak, işe başlatmama tazminatı ve çalışılmayan süreye ilişkin işe iade davası sonuçlarına hükmedilmesini taleple dava açıyorlar. Yargıtay işe başlama yönünde gerçek bir irade olmadığı şeklinde bu durumu aleyhlerine yorumluyor ve feshin geçerli hale geldiği gerekçesi ile davalarının reddine karar veriliyor[6]. Bu noktada iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasına başlandığı dönemde, Çankaya-Günay ve Göktaş'ın "Türk İş Hukuku İşe İade Davaları" isimli eserlerinde belirtildiği üzere, işe iadenin; "eski işine tezgahına masasına" olarak anlaşıldığını, bunun elbette özlük haklarını da kapsadığını hatırlamamızda yarar bulunmaktadır. Karara konu olayda, işçiler çalıştırılmadıkları yargılama süresinde işyerinde olsalardı, toplu sözleşmeyi etkilemeleri, hak kayıplarını engellemeleri söz konusu olabilecekti. Bu durumda temelde unutulmaması gereken ve mahkeme kararı ile tespit edilen gerçek, yasaya aykırı davranışın kaynağının işverenin fesih kararı olmasıdır. Davanın koşullarından bağımsız olarak bakıldığında, kural olarak toplu sözleşme ile mevcut hakların gerisinde düzenleme yapılabilir, ancak somut olayda işçinin işverenin hukuken geçerli olmadığı tespit edilen yasaya aykırı fesih işlemi sebebiyle işyerinde bulunmadığı dönemde değişen toplu sözleşmeye karşı çıkmasını, kazanılmış hakları-

---

3 Yargıtay 9. HD. 14.10.2008 gün 2007/29383 E., 2008/27243 K. Vd.

4 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2008/6157,k. 2009/23311,t. 17.9.2009: "Somut olayda işçinin işe başlatılması için işverene başvurusunu içeren ihtarname 16.5.2007 de tebliğ edilmiş, davalı ise işçiyi 8.6.2007 tarihli ihtarnamesi ile işe davet etmiştir. Davet yazısı davacı işçinin ihtarnamesinde gösterdiği adresinden taşınması sebebiyle yeni adresine 29.6.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davacı işçi İş Kanunun 21/1 maddesine göre işverenin kendisine müracaattan itibaren 1 aylık süre içerisinde kendisini işe başlatmadığını ileri sürmektedir. Davalı işveren 8.6.2007 tarihinde davacı işçiyi ihtarname ile işe davet etmiştir.. Davacı işçi işe davete rağmen işe başlamadığından boşta geçen sürelere ilişkin alacak talebinde bulunamaz. Davacı işçi lehine boşta geçen süreye ilişkin alacağa hükmedilmesi hatalıdır. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir"

5 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2009/9-232, K.2009/278, T. 17.06.2009: "İşçinin işe başvuru anında başka bir işveren ait işyerinde çalışmakta olması, başvurunun samimi olmadığını göstermek için yeterli değildir. İşçinin işe başlamak için usulüne uygun olarak yapacağı başvurunun ardından işverence işe davet edilmesi halinde, çalışmakta olduğu işyerinden ayrılması ve eski işine başlaması imkan dahilindedir"

6 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2009/9-345, K. 2009/392,t. 15.7.2009(Gerekçeye alınan 9.HD bozma gerekçesinden): "Davacı işçinin üyesi bulunduğu sendika ile işveren arasında bağıtlanan sözleşmenin davacı yönünden işe başlatıldığı tarihten itibaren uygulanması gerekir. Davacı işçinin işe iade başvurusunda bulunmamış olması sebebiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesi uyarınca işverence 31.10.2006 tarihinde yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Böyle olunca işe iade davasında tespit edilen işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine hak kazanılması söz konusu olmaz. Yine, 31.10.2006 tarihli fesih geçerli hale gelmekle, 4 aylık sürenin ilavesine ve ücret artışına bağlı olarak ihbar ve kıdem tazminatı talep edilmesi de mümkün değildir"

nın ihlali olduğu gerekçesi ile, fesih sırasındaki haklarının tanınmaması üzerine işe başlamamasını, bütün haklarını kaybetmesine neden olacak bir şekilde, feshin geçerli kabülüne neden olacak, gerçek bir işe başlama iradesinin olmadığı şeklinde değerlendirmenin, iş güvencesi kurumunun ruhuna ve yasa kurallarına uygun düşmediği görüşündeyim.

İşçinin Vekili ya da Üyesi olduğu Sendikanın Başvurusu

İş Kanunu 21.maddesi gereği, işçinin kesinleşen feshin geçersizliği kararının tebliği üzerine başvurma zorunluluğu açısından, uygulamada işçinin vekili veya üyesi olduğu sendikanın başvurusunun hukuken kabul edilip edilmeyeceği tartışılmış ve Hukuk Genel Kurulu kararı ile geçerli kabul edileceğine hükmedilmiştir.[7]

İşçinin işe başlama başvurusu ve işverenin işe daveti ile ilgili tebligat süreleri

Yargıtay'ın işçi ve işveren açısından başvuru sürelerinin hesabı ile ilgili görüşü, isabetli olarak postaya verildiği tarihin esas alınması doğrultusunda ve postada gecikmenin sürenin geçmesine neden olmayacağı yolundadır.[8] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ilke kararlarını belli hukuki dayanaklar üzerinden oluşturmasına bir örnek olarak, daveti alan işçinin hangi tarihe kadar işe başlayacağı konusundaki kararında, İş Kanunu'nun izinlerle ilgili kurallarına yollama yapılarak, işçinin işyerinden farklı bir yerde olması halinde, başka yerde geçirilen izin süresine eklenecek 4 günlük yol süresinin uygulanması, aynı yerde ise 2 gün içerisinde işe başlaması gerektiği şeklinde hükme bağlanmaktadır.[9]

Kararın kesinleştiğinin İnternetten Öğrenilmesi ve Kalemde tebligat

İş Kanunu 21.maddesinde, işçinin kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on iş günü içinde işverene başvurmaması halinde feshin geçerli kabul edileceği düzenleniyor. Bu konuda ilginç bir karar, işçinin kararın kesinleştiğini internetten öğrenerek işverene başvurusu üzerine gelişen durumun sonucunda ortaya çıkıyor. Bilindiği üzere, Yargıtay kararları belli olduğunda, resmi sitesinden daha ilgili dosya mahkemesine dönmeden öğrenilebiliyor. Davada işe iade kararının kesinleştiğini internetten öğrenen işçi, işverene durumu bildirerek başvuruyor, işveren mahkemesinden dosyanın henüz ulaşmadığına ilişkin derkenar yazısı alarak, tebligat yapılmadığı gerekçesi ile "hakkını" kullanarak işçiyi işe başlatmayı kabul etmiyor. İşçi bu arada yeni bir işe başlıyor ve kesinleşen karar üzerine yeniden başlayan süreçte işe davete icabet etmemesi "samimiyetsizlik" olarak değerlendirilerek, işverenin feshinin geçerli hale geldiğine ve geçersiz feshe bağlı hiçbir hak talep edemeyeceğine karar veriliyor. Bu kararda, işverenin işçinin ilk başvurusuna karşı, kolayca internetten bakıp kontrol edebilecekken, mahkemeden derkenar yazısı alıp, usulüne uygun tebligat olmadığı gerekçesi ile "kabul etmeme hakkı"nı kullanımı iyiniyetli kabul edilebilir mi, bu noktada işçinin samimiyetsizliğinden önce, hakkın kötüniyetli kullanımı açısından değerlendirme yapılması gerekmez mi soruları, mahkeme kararı ile kesin olarak tespit edilen işverenin geçerli sebep olmaksızın yasaya aykırı feshi ile bir arada düşünüldüğünde, kararın haklılığı konusunda ciddi tartışma oluşturucu niteliktedir.[10] Tebligatla ilgili bir başka Yargıtay kararında, Mahkeme kaleminde usulüne uygun olarak

---

7 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.06.2009 gün ve 232-278 sayılı kararı;"4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin şahsen başvurması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçi, işe başlatılma konusundaki iradesini bizzat işverene iletebileceği gibi, vekili ya da üyesi olduğu sendika aracılığı ile de ulaştırabilecektir"

8 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2008/35175 K. 2010/19236 ,T.16.6.2010; "İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmekle birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez" ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2008/35175 K. 2010/19236 T. 16.6.2010;"İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulamaz"

9 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2008/35175 K. 2010/19236 T. 16.6.2010; *"İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir, işçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe* başlaması beklenmelidir"

10 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2007/16048 K. 2008/9179 T. 18.4.2008;"Davacı internet ortamında onama kararını 14.02.2006 tarihinde öğrenip aynı tarihte işe başlama talebinde bulunmuştur. Davalı istemini kendine ulaşmasından sonra ilgili mahkemeden 21.02.2006 tarihli yazısıyla dosyanın temyiz incelemesinden dönmediğine ilişkin derkenar yazı almıştır. Onama kararı mahkemece davacıya tebliğ edildikten sonra yapılan işe başlama başvurusuna davalı olumlu cevap vermiş ancak davacı başka işte çalıştığı için başlamamıştır. 4857 sayılı yasa 21./son maddesinde "İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır..." hükmü bulunmaktadır. Yasa koyucu burada mahkemece kararın davacıya tebliğini şart koşmuştur. Yazılı yapılacak tebligat aynı zamanda işverende de tereddüt yaratmayacak şekilde açık olacaktır. Somut olayda davalı kendine yasal sürede yapılan başvuruya olumlu yanıt vermiş ancak davacı işe başvurmamıştır. Bu nedenle davanın reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"

yapılan tebligat, Hukuk Genel Kurulu kararı ile geçerli bulunarak, buna uygun başvuru süresinde kabul edilmiştir.[11]

İşverenin İşe Davetinin Ciddi Olması Gereği

Yargıtay kararları, işverenin işe davetinde ciddi olması gerektiği, aksi durumda işçiyi işe başlatmamış kabul edilerek tazminat ve alacaklara hükmedileceği yolundadır.[12] Bir kararda, işverenin işe başlatırken işçiye yeni bir iş sözleşmesi imzalatmaya çalışması işe başlatma davetinde samimi olmadığını gösterdiğine hükmediliyor.[13] Yine bir başka kararında yasanın amacının işçinin en kısa yoldan işe başlatılmasını sağlamak olduğu gerekçesi ile, işverence işe davetten sonra, işçiye külfet getiren hazırlanması zaman alıcı bazı belgelerin istenmesinin yasanın amacıyla bağdaşmadığına, işverenin işe davetinin samimi olmadığını gösterdiğine karar veriyor.[14] Bir başka örnek karar; işe davet yazısı üzerine davacı işçi işe başlamak üzere başvurduğunda, işverenin bir tutanakla iki ay sonra işe başlamak üzere gelmesini istemesini, işçiye davetinin samimi olmaması olarak değerlendiriyor.[15]

İşyerinin Yargılama sırasında Kapanması

İşe iade davası sonuçlarıyla ilgili olarak, uzun süren yargılama sırasında kapanan işyerleri konusunda, Yargıtay'ın genel görüşü, işçi eğer işine iade edilemiyorsa ve işverenin çalıştıracağı bir işyeri bulunmamakta ise, geçersiz fesih sonuçlarından sorumlu olması gerektiği yolundadır. Ancak bu konuda farklı kararlara rastlanmaktadır. Örneğin "iyi niyet/ dürüstlük kuralı" üzerinden tartışılan bir kararda, işçinin daha önce İstanbul'da çalıştığı işyerinin kapandığı işçiye bildirilerek, aynı şehirde işverenin bir başka işyerinde eski işine en uygun olduğu ileri sürülen bir işe davet ediliyor, işçi işe başlamıyor. Yerel Mahkemece davalı işverenin davetinde teklif ettiği iş koşullarının mahiyeti konusunda bir açıklık getirilmediği bu nedenle iyi niyetli olmadığı yönünde değerlendirmeyle geçersiz feshin sonuçlarına hükmeden mahkeme kararı, Yargıtay tarafından davacı işçinin samimi olmadığı gerekçesi ile bozulmaktadır.[16]

İşe başlatmama tazminatının yasal sınırları ve sözleşme ile değiştirilememesi

4857 sayılı yasa, 1475 sayılı yasayı kıdem tazminatı ile ilgili 14.maddesi dışında yürürlükten kaldırıp, yürürlüğe girerken, farklı felsefesi nedeniyle anayasal ilkeler çerçevesinde 21.madde 1. ve 6. Fıkralarının içinde bulunduğu bir çok maddesinin iptali istemi ile dönemin ana muhalefet partisi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştu. İşe iadenin sonuçlarını düzenleyen 21.maddenin 1.fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesine rağmen işverenin işçiyi işe başlatmadığı

---

11 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2008/9-550 K. 2008/545 T. 17.9.2008;"Somut olayda, davacı, Adana Birinci İş Mahkemesi'nce 13.09.2005 tarih 1222 T-991 sayılı ilam ile işe iade kararı almış, bu karar 05.12.2005 tarihinde kesinleşmiştir. Anılan ilam davacıya kalemde 21.07.2006 günü tebliğ edilmiş olup, davacı işe iadesi için davalı işverene 26.07.2006 günü tebliğ edilen ihtarname ile süresinde başvurmuş, ancak işe başlatılmamıştır. Yukarıda açıklanan nedenlere göre, yerel mahkemenin bu nedenle direnmesi uygundur"

12 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2008/35175 K. 2010/19236 T. 16.6.2010;"İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir, işverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı,gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez"

13 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2008/33342,k. 2010/19299,t. 17.6.2010; Somut olayda davacının işe başlama isteği davalı işveren tarafından kabul edilmekle birlikte davacıya yeni koşullar öngören iş sözleşmesi imzalatılmak istendiği taraflar arasında tartışmasızdır. Bu durum davalının davacıyı samimi olarak işe başlatma iradesi olmadığını göstermektedir"

14 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2007/32428, K. 2008/35247,t. 23.12.2008;" kesinleşen işe iade kararının 7.1.2005 tarihinde davacı vekiline tebliği üzerine, davacı ve benzer durumdaki arkadaşları 10.1.2005 tarihinde topluca işyerine gitmiştir. Tüm dosya içeriği, tanık anlatımları ve özellikle ceza davası sırasında alınan beyanlara göre, işçilerin işyerine gitmeleri, işe başlatma başvurusu yapmak amacı taşımaktadır. Aynı gün işyerinden içeri alınmayışları başvurunun engellenmesi olarak kabul edilir. Kaldı ki, 10 günlük süre içinde 13.1.2005 tarihinde davacı vekili tarafından işverene yapılmış işe iade yönünde başvuru da bulunmaktadır…İşe iade yönündeki bu başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmekle birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumluluğu düşünülemeyeceği gibi, işyerinin bulunduğu yer dışındaki başka noterden yapılmış olması da kötü niyeti gerektirmeyecektir. Yasanın amacı, işçinin en kısa yoldan işe başlatılmasını sağlamaktır. İşverence daha sonra işe davet yapılarak, işçiye külfet getiren, hazırlanması zaman alıcı bazı belgelerin istenmesi yasanın amacı ile bağdaşmamaktadır.Bu durumda davacının süresinde işe iade başvurusunda bulunduğu, işverence işe başlatılmadığı kabul edilmelidir. Böylece işçi işe başlatılmamanın sonucu olarak kesinleşen kararla belirlenmiş işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretini istemeye hak kazanmıştır"

15 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2007/30406 K. 2008/34836 T. 22.12.2008;" Davacı kesinleşen kararın 13.1.2004 günü kendisine tebliğ edildiğini belirterek aynı gün işe başlatılmak için yazılı olarak işverene başvurmuştur. Sözü edilen yazı işverene 16.1.2004 tarihinde dayalı işverene tebliğ edilmiştir. Davalı işveren, 22.1.2004 tarihli ihtarnamesi ile davacıya ... adresine başvurması gerektiğini bildirmiş, ardından 11.3.2004 tarihli tutanakta 22.1.2004 tarihli işe davet yazısı üzerine davacının şirkete başvurduğu, ancak kendisine 12.3.2004 tarihinde işe başlayacağının bildirildiği belirtilmiştir. Gerek davacı tarafından davalı işverene gönderilen yazı içeriğinden gerekse işverence düzenlenen belgelerden davacının süresi içinde davalı işverene başvurduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacının süresi içinde başvurmadığının kabulü doğru olmamıştır. Davacının süresinde müracaatına rağmen işverence süresi içinde işe başlatılıp başlatılmadığı araştırılarak sonucuna göre işe başlatmama tazminatı hakkında hüküm kurulması gerekir"

16 Yargıtay 9.HD. E.2009/18144 E.-2009/34204 K.10.12.2009 gün;"Davacının daha önce çalıştığı Tatilya işyerinin kapandığı, davalı tarafın bu işyeri dışında İstanbul da başka işyerlerinin de bulunduğu sabittir. Davacı işçi süresi içerisinde işe başlatılmak için işverene başvurmuştur. Davalı işveren 10 günlük süre içerisinde yapılan işe davette davacının daha önce yaptığı iş belirtilerek İstanbul da ona en uygun olan işe davet edildiği açıkça belirtilmektedir. Mahkemece davalı işverenin davetinde teklif ettiği iş koşullarının mahiyeti konusunda bir açıklık getirmediği, bu nedenle iyi niyetli olmadığı yönündeki değerlendirmesi hatalıdır. Davalı tarafça yapılan işe davette davacının daha önce yaptığı işe göre kendisine en uygun olan işe davet edilmiştir. Davacı işçi işe başlama konusunda samimi değildir. Davacı işçi işe davete rağmen işe başlamadığından boşta geçen sürelere ilişkin ücret alacağı ve işe başlatmama tazminatı talebinde bulunamaz"

durumda ödeyeceği tazminatın 4 ila 8 aylık ücreti ile sınırlı olmasının ve 6. Fıkrada sözleşmelerle değiştirilemeyeceğine ilişkin hükmün, işçinin Anayasal sendikal hak ve özgürlüklerini, toplu sözleşme hakkını, özetle kolektif haklarının kullanımını sınırladığı iddiası ile iptali istenmişti.

Anayasa Mahkemesi'nin 2003/66 E.- 2005/72 K.sayılı kararı ile, 21.madde 1. ve 6.fıkralarının; *"işverenin, işçiyi işe başlatma yükümlülüğünden 4 ila 8 aylık ücret tutarında tazminat ödemek suretiyle kurtulma olanağı verdiği, böyle bir olanağın* 18. maddesinde getirilen ve 21. maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesindeki iş güvencesini etkisiz hale getirdiği ve Anayasa'nın 49. maddesindeki çalışma hakkına aykırı olduğu, *tazminat sınırı belirlenmiş olmasıyla iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile aksine sözleşme imkanını ortadan kaldırdığından Anayasa'nın 48. ve 53. maddelerindeki sözleşme hak ve özgürlüklerini sınırlandırdığı,* çalışma hakkını, sözleşme hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine, ölçüsüzce ve ilgili maddedeki sınırlama nedenlerine uymadan sınırlandırdığı için Anayasa'nın 13. maddesine de aykırı olduğu, güçsüzlerin güçlüler tarafından ezilmesine ve adaletsiz uygulamaların ortaya çıkmasına yol açacağından Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine de aykırı olduğu; 21. maddenin altıncı fıkrasının ise sözleşmeyle birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda yer alan hususların değiştirilmesine olanak bırakmadığından *toplu iş sözleşmesi ve sözleşme özgürlüklerine ilişkin Anayasa'nın 53. ve 48. maddelerine, anılan hak ve özgürlükleri sınırlandırdığı için Anayasa'nın 13. maddesine ve bu nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine de aykırı olduğu"* gerekçesi ile iptalleri istemi, birinci fıkra yönünden oybirliği, altıncı fıkra yönünden oy çokluğu ile ve üye Osman Alifeyyaz Paksüt'ün muhalefeti ile reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen, "sözleşme hürriyetine aykırı olduğu ileri sürülen kuralın, işverenler karşısında işçilerin zor durumundan yararlanılarak 21. maddede belirtilen haklarının sözleşmelerle ortadan kaldırılmasının ya da daraltılmasının önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır" şeklindeki gerekçe, muhalefet şerhinde açıklandığı üzere, kanun gerekçesinde yer alan "maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle artırılmaması için, bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır" amacı ile uyuşmamaktadır. Uygulamada iptal isteminde belirtildiği üzere, bu fıkra sebebi ile, toplu iş sözleşmesinde yer alan ve işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı durumlar için işçi ve işverenin kabulü ile belirlenen "kötü niyet tazminatı" veya "iş güvencesi tazminatı" hükümlerinin geçersiz olduğuna karar verilmiştir.[17] Bu kararlarda, 21.madde 6.fıkra yanı sıra, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 31. Maddesinde, iş güvencesi hükümlerine bağlanması amacıyla yapılan değişiklik bir diğer gerekçe olmakla birlikte, sonuç olarak bu yasal düzenleme sonucunda, iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından, toplu iş sözleşmesinde herhangi bir nam altında haksız ve kötüniyetli fesih tazminatı düzenlenmesi ve talep edilmesi hukuken olanaksız hale gelmiştir. Toplu iş sözleşmesi ile düzenlenen haksız feshe dayalı cezai hükümlerin hiç bir hukuki etkisi kalmamıştır. Buna karşın, işe iade davası açmanın yasal koşullarının bulunmadığı durumda, toplu iş sözleşmesi ile kabul edilen iş güvencesi/kötüniyet tazminatı genel hükümler çerçevesinde indirime tabi tutularak hükmedilebilmektedir.[18]

Dava açıldıktan sonra ortaya çıkan özel durumların işe iade davası sonuçlarına etkisi

İşçinin dava sırasında işe alınması halinde, Yargıtay uygulaması, işverenin bu davranışının feshin geçersizliğinin işveren tarafından kabulü niteliğinde olduğu ve davanın konusuz kalacağını, ancak dört aydan fazla olmamak üzere boşta geçen süre içerisinde ücret ve diğer haklarının işe alındığı tarihe kadar işçiye ödenmesi için karar verilmesi gerektiği yolunda gelişmiştir.[19] Bu konuda sorun, öğretide de dile getirilen, işverenin

---

17 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2008/10110 K. 2008/9470 T. 21.4.2008 ve E. 2008/988,k. 2009/15592,t. 4.6.2009 vd: "4857 sayılı yasa ile ülkemizde iş güvencesi hükümleri ve özellikle feshin geçersizliğini isteme hakkı getirilmiş ve yasanın 17 ve 21.maddelerinde iş güvencesi kapsamında kalan işçinin bir aylık süre içinde dava açmadığı takdirde kötü niyet tazminatı isteyemeyeceği, feshin geçerli hale geleceği hususları açıkça belirtilmiştir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31/6 maddesinde de iş güvencesi kapsamında kalan işçinin sendikal tazminat isteyemeyeceği kuralına yer verilmiştir"

18 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2008/16976 K. 2008/33661 T. 15.12.2008: "Feshin sendikal nedene dayanması karşısında işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca belirlenmesi gerekir" (www.kazanci.com.tr)

19 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2008/26003, K. 2010/13047 T. 13.5.2010: "Davacı, iş güvencesi tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının iş sözleşmesinin davalı tarafça TİS hükümlerine aykırı olarak feshedildiği sabittir. Davalı işyerinde iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte 19 işçi çalışmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 20.maddesinde belirtilen işe iade davası açma koşulları oluşmamıştır. Eğer işe iade davası açma koşulları oluşsa idi mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde işe başlatmama tazminatı olarak davacının sendikal nedenle çıkarılması nedeniyle 1 yıllık ücreti oranında işe başlatmama tazminatına hükmedilmesi gerekecekti. Toplu iş sözleşmesinde belirtilen kıdem ve ihbar tazminatı tutarının üç katı miktarı fahiştir. Bu durumda mahkemece iş güvencesi tazminatından BK 161/son maddesi uyarınca belirlenen miktara denk gelecek şekilde bir indirim yapılarak karar verilmelidir"(www.kazanci.com.tr)

bunu birden çok kez yaptığında herhangi bir yaptırımının olmamasıdır.

Dava açıldıktan sonra işçinin ölümü halinde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararları, işçinin işe başvurusunun boşta geçen süre ücreti açısından bir şart olduğu ve işçinin ölümü sonucu şahsa sıkı sıkıya bağlı olan başvuruyu yerine getiremeyecek olması nedeniyle davanın konusuz kalacağı yolunda iken, 2009 yılında benzer durumda yargılama sonucu feshin geçersiz olduğu sonucuna varıldığı takdirde, işçinin mirasçılarının ölüm tarihine kadar ve dört aylık yasal süre ile sınırlı olmak üzere boşta geçen süre ücret ve diğer haklara hak kazanacaklarına oy çokluğu ile karar verilmiştir. Karar gerekçesinde, ölüm olgusunun bir hukuki ilişkide aleyhe olarak yorumlanamayacağı, aksi durumda, işverenin haksız davranışının işçinin ölümü nedeniyle karşılıksız kalacağı, bu durumun adalet duygusunu inciteceği ve ayrıca çalışılmış sayılan boşta geçen süre için ücret ve diğer haklar kapsamında mirasçılarının sosyal güvenlik haklarının olumsuz etkileneceğine vurgu yapılmakta, açıkça önceki görüşlerinin bu gerekçelerle değiştiği belirtilerek, işçinin ölüm tarihi ile sınırlı olmak üzere dört aya kadar ücret ve diğer haklarına hükmedilmesi gerektiğine karar verilmektedir.[20] Karara muhalefet şerhlerinde, işe başvurunun şart olduğu ve ölen işçi açısından bunun imkansız olduğu gerekçesi ile, işçinin mirasçıları lehine karar verilemeyeceği ifade edilmektedir. İşe iade davalarının sonuçları ile ilgili 21.madde 3.fıkrada, işçinin çalıştırılmadığı süreden söz edilmekle, hukuken geçersiz sebeple yasaya aykırı fesih sebebi ile işçinin mahrum bırakıldığı ücret ve diğer haklarının ölümü ile mirasçılarına geçmesi ve işçinin işe alınmak için başvurusunun, bu hakkın doğumu açısından yasal olarak zorunlu olmaması gerekmektedir. İş Kanunu 21.maddesinin iş güvencesi hukuku amaçlarına uygun uygulaması niteliği ile, iş hukukunun temel ilkesi olan işçinin korunması yanı sıra, yargılamanın amacı olan adaletin sağlanması, hukukun temel ilkelerinin ve hakimin hukuk yaratması kuralının uygulanması yönlerinden anılan karar, sonucu ve gerekçeleri ile emsal niteliktedir.

İşe iade kararlarının niteliği ve sonuçları

Yargıtay işe iade davasının tespit davası olduğu görüşündedir ve geçersiz feshin tespit edildiği bir kararda, sonuçlara ilişkin hükümde miktarların parasal olarak değil, ay üzerinden belirtilmesi gerektiği, "tahsili" ibaresinin kullanılmaması ve vekalet ücretinin maktu olması yolunda hükümleri yerleşik hale gelmiş durumdadır.[21] Dava dilekçesinde, işe almama tazminatının üst sınırdan 8 aylık ücret tutarında talep edildiği bir davada, 4 aylık ücret tutarında belirlenmesi sebebiyle, talep sonucu ile hüküm arasındaki farka göre nisbi vekalet ücretine hükmedilmeyeceğine karar verilmiştir[22]. Feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde yasa gereği talep olmasa da sonuçlarına resen hükmedilmesi, işe almama tazminatının belirlenmesinde kıdemin ve fesih sebebinin dikkate alınması gerektiğine Yargıtay kararları ile işaret edilmektedir.[23] Bu konuda ilginç olan, emekliliği gelmiş yaşlı işçi ile ilgili kararlarda, kıdeme uygun artan tazminat miktarı görüşünden ayrılmasıdır. İşçinin emekliliği hak ettiği durumda, işçinin şahsına bağlı olmayan iş ve iş yeri ile ilgili bir sebeple fesih yapılmış ve bu fesih hukuka

---

20 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2007/30747 K. 2008/9409 T. 21.4.2008: "Yargılamanın devamı sırasında davacının işverence yeniden işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. Boşta geçen süre ücretine hak kazanmak, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması şartına bağlıdır. Bu şartların yargılama sırasında, davacının işe başlatılmasıyla önceden gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu durumda davacı işçi, açıkça feragat etmemiş yada talebini geri almamış ise boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir" (www.kazanci.com.tr)

21 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2009/21710,K. 2009/22886: "Ölüm olgusu bir hukuki ilişkide aleyhe olarak yorumlanmamalıdır. İşçi ölmeseydi ne tür davranışına üstünlük tanınacak idiyse, öngörülen bu davranışa hukuki sonuç bağlanmalıdır. Öte yandan bir Yasa yorumlanırken Yasanın konuluş amacı dikkate alınmalıdır. Yasadaki işe iade hükümleri işçinin işe iadesini amaçlamıştır. Ölüm olaylarına nasıl bir sonuç bağlayacağı yasada belirtmediğine göre bu boşluğu doldurmak yargıcın görevidir. (TMK m.I/II) Yargıç burada Kanun Koyucu olarak davranmalıdır… Davacı işe iade davasını açarken feshin geçerli bir nedene dayanmadığını iddia etmiştir. Geçersiz fesih var ise ölüm tarihine kadar ki boşta geçen süre ücretine yasal 4 aylık sınırlama dikkate alınarak hükmetmelidir. Böyle bir sonuç genel olarak Yasanın amacına da uygundur. Aksi halde işverenin haksız davranışı işçinin ölümü nedeniyle karşılıksız kalmaktadır. Bu durum adalet duygusunu incitir. ..Geçerli nedene dayanmayan feshin tespiti ile yetinilmesi, ölen işçinin mirasçıları yönünden hiçbir imkan sağlamayacaktır. Oysa konu, sosyal güvenlik haklarını da ilgilendirmektedir. 4 aya kadar ücret ve diğer haklar yönünden Sosyal Güvenlik Kurumuna prim yatırılması ve ölen işçinin mirasçılarının buna göre sosyal güvenlik haklarından yararlanması gerekir"(www.kazanci.com.tr).

22 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2007/42984 K. 2008/19051 T. 7.7.2008;"4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesinde düzenlenen ve feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan, miktar belirtilmeksizin ve resen karar altına alınmalıdır"

23 Yargıtay 9. HD. 10.11.2008 gün ve 2008/5822 E., 2008/30578 K. sayılı ilamı; "Feshin geçersizliği istemi tespit niteliğinde olduğundan, vekalet ücretinin Avukatlık ücret tarifesine göre, davanın kabulü halinde davacı, reddi halinde davalı yararına maktu olarak takdir edilmesi gerekir…İşe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların ödenmesi, feshin geçersizliğine bağlı ikincil bir sonuçtur. Asıl istek feshin geçersizliği ve işe iadedir. Bu nedenle işe başlatmama tazminatının veya boşta geçen süre ücretinin talepten az belirlenmesi nedeni ile davalı yararına vekalet ücretine ve yargılama giderine karar verilmemesi gerekir"

aykırı bulunarak geçersiz olduğu tespit edilmiş olsa bile, işe almama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi gerektiği yolunda karar verilmektedir.[24] Yargıtay kararları, işçinin çalıştırılmadığı boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı ile ilgili olarak, bu hak ve tazminatlardan gelir ve damga vergisi kesintisi yapılıp yapılmayacağı konusu uygulamada tartışma konusu olduğu için olsa gerek, brüt olarak hüküm altına alınması gerektiği yolundadır.[25] Danıştay kararı ile, ücret niteliğinde olan boşta geçen süre ücreti ve diğer haklardan gelir vergisinin kesileceği, ancak işe almama tazminatı işsizlik tazminatı niteliğinde kabul edilerek gelir vergisi kesilmemesi gerektiğine hükmedilmiş, ardından gelir vergisi kanununda yapılan değişiklik ile, işe almama tazminatından gelir vergisi kesilmeyeceğinin açıkça düzenlenmesi ile tartışma sonlandırılmış bulunmaktadır. Yasa değişikliği kapsamında bir geçici madde ile, yasal değişiklik öncesi işe başlatmama tazminatından kesilen gelir vergilerinin mükellefin başvurusu halinde vergi daireleri tarafından kendisine ödeneceğine ilişkin hüküm düzenlenmiş bulunmakla, stopajı yapan işveren olsa da mükellef işçi olduğundan, işçinin işverene karşı dava açarak talep ettiği bir davada, Yargıtay işverenin kesintiyi vergi dairesine yatırmış olması halinde, işçinin vergi dairesine başvurması gerektiğine, işverenin sorumlu olmayacağına karar vermiştir.[26]

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi

İşe iade davaları ya sadece alt işveren aleyhine ya da alt işverenin yanında ve asıl işveren de davalı gösterilerek açılabilmektedir. İşe iade davası sadece asıl işveren aleyhine açılmamalıdır. Alt işveren ile asıl işveren arasında muvazaa iddiası olsa da, bu konuda yargı karar vereceğinden her ikisinin de davalı gösterilmesinde yarar bulunmaktadır[27]. Yargıtay'ın bir kararında, bilinçli bir şekilde sadece asıl işveren aleyhine açılan davada husumette yanılmadan dahi söz edilemeyeceğine, işçinin süresinde alt işverene dava açmamakla geçersiz feshe dayalı işe iadesini ve sonuçlarını talep, bir diğer deyişle iş güvencesine dayalı haklarını yitirmiş olduğuna karar verilmektedir.[28] Yargıtay, iş güvencesi uygulamasının ilk zamanlarında asıl işveren ve alt işverene birlikte dava açılıp muvazaa iddiasında bulunulduğunda ve yargı kararı ile muvazaanın tespit edilmesi halinde, davada taraf sıfatı olmayan alt işveren lehine vekalet ücreti ve yargılama giderlerine hükmetme uygulamasından vazgeçmiştir. Yargıtay artık muvazaa durumunda, kusuru ile kendisine dava açılmasına sebebiyet verdiği gerekçesi ile alt işveren lehine hüküm kurulamayacağına karar vermektedir.[29] Bu noktada herhangi bir ek yükümlülüğe sebep olmamakla, her iki işverene birlikte dava açılmasında yarar bulunmaktadır.[30]

---

24 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2007/42984 K. 2008/19051 T. 7.7.2008;" iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir"

25 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2009/21757 K. 2009/16642 T. 22.6.2009;" Ancak emekliliği hak eden işçilerde, kıdem aleyhe değerlendirilmektedir; "işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Ancak fesih nedeni ve davacının emekliliğe hak kazanmasına göre mahkemece işe başlatmama tazminatının davacının 6 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın davacının 4 aylık ücreti oranında belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir"

26 Danıştay 3. Daire E. 2006/3081,K. 2007/416,T. 15.2.2007 kararı ile, "işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücreti ile diğer haklarını kapsayan ödeme,hizmet aktine dayalı ve hizmeti sürdürmesi gerektiği halde, aktin sebepsiz feshi üzerine işçinin alıkonulduğu hizmeti ile ilgili olarak yapılmış bir ödeme olduğundan …ücret niteliğini taşıdığının kabulü ile vergi tevkifatına tabi tutulmasında yasaya aykırılık bulunmadığı, buna karşın, çalışanı işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işveren tarafından yargı kararında öngörüldüğü için ödenen tazminat ile taraflar arasındaki çalışma ilişkisi sona ermekle, …ücret sayılan ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan ödeme olma ortak özelliklerini taşımadığından, yargı kararıyla işe iadesine karar verilen davacıya, başvurusuna rağmen işe başlatılmayarak işsiz bırakılması nedeniyle işverence yapılan bu ödeme; ---işsizlik sebebiyle verilen tazminat niteliğinde olduğu --vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmadığına karar verilmiştir"

27 Yargıtay 9. HD. 16.02.2010 gün 2009/29055 E., 2010/3626 K;"Vergi yükümlüsü işçi olup, işçinin fazla ödenen vergiyi ilgili vergi dairesinden talep etme hakkı vardır. Yasada, vergi sorumlusu olan işverene iadeye dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir, işçi haksız yere kesilen gelir vergisini ilgili vergi dairesinden talep edebileceğine göre, işverenin aynı tutardan sorumluluğuna dair karar verilmesi mükerrer sorumluluğuna yol açacaktır İşverence işe başlatmama tazminatından kesilerek vergi dairesine yatırılan gelir vergisi yönünden işverenin sorumlu tutulması doğru olmaz"

28 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2007/30780, K. 2008/9222,t. 21.4.2008;" Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfat bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır"

29 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2010/24882 K. 2010/22740 T. 12.7.2010;" Davacı vekili, dava dilekçesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını, gerçek işvereninin Belediye Başkanlığı olduğunu belirterek davayı bilinçli bir şekilde sadece Belediye Başkanlığı aleyhine açmıştır. Bu durumda husumette yanılmadan söz edilmesi mümkün değildir"

30 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2009/45359,k. 2011/124 T. 24.1.2011;" Davalılar arasında kanuna aykırı olduğu için geçersiz olan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde davacı işçinin işverenin kim olduğu konusunda yanılması olağan karşılanmalıdır. Ayrıca davalı şirket asıl işveren ile kanuna uygun olmayan asıl-alt işveren ilişkisinin taraflarından biridir. İş sözleşmesini fesheden konumundadır. Davanın açılmasına da sebebiyet vermiştir. Bu nedenle, davalı şirket hakkında açılan davanın husumet yönünden reddi doğru ise de, kanuna aykırı ilişki içine giren ve işçinin yanılmasına sebebiyet veren şirket lehine vekalet ücretine karar verilmesi uygun düşmez"

Asıl işverene iade edilen işçi ile ilgili bir diğer Yargıtay kararında, işe iade davasında asıl işveren işçisi olduğu kesinleşen işçinin, sendika üyesi olmadığı gibi, dayanışma aidatı ile yararlanma yönünde talepte bulunmadığından, işe başlatmama anında toplu iş sözleşmesi uygulanmaya başlamış olsa dahi toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkan bulunmadığına karar verilmiştir.[31] Oysaki işe iade davasında, asıl işveren işçisi olduğuna karar verilen işçinin, yargılama öncesinde asıl işveren işçisi kabul edilmemesi sebebi ile, işyerinde yetkili sendikaya üye olması veya dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma olanağı bulunmamaktadır. İşveren işe almadığı için yeni statüsüne bağlı haklarını kullanmaya başlaması da mümkün olmamıştır. Buna rağmen, davaya konu haksız işveren uygulaması sebebiyle işçinin zarar görmesine yol açacak şekilde, fesih sırasındaki gerçek durumunun asıl işveren işçisi olması gerektiği gözetilmeksizin, muvazaaya rağmen haklarının alt işveren işçisi düzeyinde hesaplanması haksızdır. Yargıtay'ın bir toplu sözleşmeden yararlanmanın yolunun, ya o sendikaya üye olmak ya da dayanışma aidatı ödemek olduğu, her ikisinin de bu şahıs için gerçekleşmediğine göre, kendisine toplu sözleşme esas alınarak haklarının ödenemeyeceğine ilişkin kararı, davanın somut koşullarını göz ardı etmektedir. Üretime yönelik işlerde asıl işveren işçisiyle yan yana onunla aynı koşullarda çalışan ve muvazaalı çalıştırıldığına karar verilen davacı, dava sonunda yargı kararına aykırı olarak işe hiç alınmadığından, bu koşulları sağlaması mümkün olmamakla, emsali olan asıl işveren işçisinin toplu sözleşmeyle hak ettiği alacaklardan yararlandırılmasının daha adil olduğu görüşündeyim

Feshe ve işe iadeye bağlı hak ve tazminatların hesaplanma esasları

Yargıtay kararları uyarınca, yasa hükmü gereği, boşta geçen sürenin ücret ve diğer haklarından söz edildiğinde, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği tarihten sonraki dört ay içinde gerçekleşen her türlü zamların, ayni ve parasal hakların eklenmesi ile bulunacak miktar olarak anlaşılması gerekmektedir. Yasada işçiye çalıştırılmadığı süre için ödeneceği belirtilen bu hakların kapsamının, adeta işçi bu sürede çalışmış gibi düşünülerek belirlenmesi gerektiğine hükmedilmektedir.[32] Sadece fiili çalışmaya bağlı olarak değişecek fazla çalışma, bayram genel tatil ücreti ya da satış primi kapsamı dışında tutuluyor ve bütün hakların fesihten sonraki dört aylık süre için o tarih itibariyle hesaplanması, o süre içinde yeni bir toplu iş sözleşmesi ya da ücret zammı olduysa, geçerli olduğu tarihler esas alınmak suretiyle, her iki dönem için ayrı hesaplama yapılması gerektiği belirtilmektedir.[33] Boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarının, işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olduğu kabul edilmektedir.[34]

Boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının hesabında, tazminata esas alınan giydirilmiş ücretin esas alınması, bunun içinde yer alan unsurların ne kadarının feshi izleyen 4 aylık süre içinde gerçekleştiğinin dosya içeriğinden belirlenememesi sebebi ile, Yargıtay'ın bozma kararına konu olmuştur. Bu durumda ihbar ve kıdem tazminatına esas olan brüt giydirilmiş ücretin, boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların hesabında dikkate alınmasının doğru olmayacağı, çıplak ücrete göre 4 aylık ücretin belirlenmesi ve feshi izleyen 4 aylık süre içinde gerçekleşen diğer haklar da tespit edilerek hüküm altına alınması gerektiğine karar verilmiştir.[35]

---

31 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2009/35910,k. 2009/25679,t. 5.10.2009;" İşverenlik sıfatı bulunmayan şirketin muvazaalı işlemin tarafı olması ve dava açılmasına neden olması nedeni ile lehine vekalet ücretine karar verilmemesi gerekir. Bu nedenle kararda adı geçen davalı lehine vekalet ücretine karar verilmesi hatalı ise de, bu durum yeniden yargılamayı gerektirmez"

32 Yargıtay 9. HD.E. 2009/25544, K. 2009/20096,t. 7.7.2009; "Davacı işçi işe iade davasında, davacının alt işveren işçisi olmadığının ve davalının gerçek işçisi olduğunun kesinleştiği ve aynı davada üretime dönük işlerde çalıştırıldığının belirlendiğini ileri sürerek, davalının diğer işçilerine sağladığı haklardan davacı işçinin de yararlanması gerektiğini ileri sürmüş ve ücret farkı, yakacak yardımı, ikramiye ve bayram harçlığı gibi isteklerde bulunmuştur...İşe başlatmama tarihinde davacının sendika üyesi olmayan ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan bir emsali mevcut ise buna göre ücret ve ücretin ekleri belirlenmelidir. Aksi halde toplu iş sözleşmesinden önce davacının emsali olan işçiye ödenen ücret ve ücret ekleri üzerinden ve asgari ücretteki artış oranına göre fesih tarihinde alması gereken ücret ve diğer hakları tespit olunmalı ve buna göre hesaplama yapılmalıdır. (Yargıtay 9. HD.E. 2009/25544, K. 2009/20096,t. 7.7.2009)

33 Yargıtay 9. HD. 18.11.2008 gün 2008/32727 E., 2008/31214 K.;"Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir… Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak fiili çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerinin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz"

34 Yargıtay 9. HD. 28.12.2009 gün 2009/34595 E., 2009/37899 K;"Boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden sonra boşta geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boşta geçen en çok 4 aya kadar süre içinde ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, her iki dönem için ayrı ayrı hesaplamaya gidilmelidir"

35 Yargıtay 9. HD. 20.11.2008 gün 2007/30092 E., 2008/31546 K , Yargıtay 9. HD. 30.04.2009 gün 2008/20635 E., 2009/12263; "Kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklar, işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur"

Ücret niteliğinde olduğu için işçinin çalıştırılmadığı boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarla ilgili alacağa, İş Kanunu 34. maddesi gereği, gününde ödenmeyen ücret gibi, mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı üzerinden faiz uygulanması, ancak işe başlatmama tazminatının niteliği sebebi ile yasal faiz uygulanması öngörülmektedir.[36] Kıdem tazminatının, işçinin başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması durumunda fesih tarihi işverenin işe başlatmadığı tarih olarak düşünüldüğünden, o tarih itibariyle hesaplanıp, o tarih itibariyle faiz işletilmesi gerektiği kabul edilmektedir.[37]

Boşta Geçen Sürede alınan İşsizlik Ödeneği

İşçinin en fazla dört ay için hükmedilen boşta geçen süre içinde aldıysa işsizlik ödeneğini iade etmesi gerektiği yolundaki Yargıtay uygulaması öğretide eleştirilmektedir.[38] İşsizlik tazminatına hak kazanılmasının yasal koşulu olan" gelir getirici bir işte çalışmama" kuralı göz önüne alındığında, boşta geçen süre ücret ve diğer hakları, fiilen çalışılmadan hak edilen bir alacak olduğundan, işçinin bu sürede gelir getirici işte çalıştığının kabulü gerçek duruma uygun bulunmamaktadır. Daha da önemlisi İş Kurumunun boşta geçen süre ücreti ile çakışan süreler için işsizlik ödeneklerinin iadesini talebinin hukuki dayanağı sebepsiz zenginleşme olmakla, iyi niyetli olan işçinin elinde kalanla sorumlu tutulabileceği ve işsiz olan işçinin de elinde işsizlik ödeneğinden kalması beklenmediğinden bu talebin haksız olduğu düşünülmektedir. İşçiden boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını işverenden aldığı gerekçesiyle, bu süre için ödenmiş bulunan işsizlik ödeneği geri istenmemelidir.

Geçersiz fesihten önce ihbar süresi kullandırılan işçinin ihbar tazminatı alacağı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararı ile, işçiye geçersizliği yargı kararı ile tespit edilen fesih sırasında ihbar tazminatı ödenmemiş, ancak ihbar süresi kullandırılmış ise, işe başlatılmaması sebebiyle ödenmesi gereken ihbar tazminatına mahsup edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.[39] İhbar tazminatının, çalışılan ihbar süresi ile karşılanamayacağına ilişkin Yargıtay kararı, iş hukuku ilkelerini somutlaştıran bir diğer emsal karardır.

İşe İadeye Bağlı Hakların İcra İnkar tazminatına konu olması

Yargıtay'ın kararına konu bir olayda, davacı işçi işe başlatılmaması nedeniyle iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği tarihteki ücreti üzerinden boşta geçen dört aylık ücret ile dört aylık işe başlatmama tazminatını talep etmiş, davacının iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği tarihte aldığı ücret taraflar arasında ihtilaflı bulunmadığı ve davalı tarafça bilirkişi tarafından yapılan hesaplamaya da açıkça itiraz edilmediği gerekçesi ile, davacının talep ettiği alacağın likit olduğu ve davalı tarafça da bilindiğine dayanılarak, mahkemece davacı lehine icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerektiği yolunda hüküm kurulmuştur.[40]

---

36 Yargıtay 9. HD. E. 2008/33342,k. 2010/19299,t. 17.6.2010, Yargıtay 9. HD. E. 2008/25997,k. 2010/13749,t. 17.5.2010 vd.;"İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı taktirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir"

37 Yargıtay 9. HD.E. 2008/33342 K. 2010/19299 T. 17.6.2010.

38 Yargıtay 9.HD, E. 2008/26949,k. 2010/12859,t. 12.5.2010

39 Yargıtay 10.HD.E.2009/10508, K.2010/4814, T.5.4.2010; İşçinin boşta geçen ve çalışılmış gibi kabul edilen en çok dört aylık süre içinde gelir elde ettiği, işsiz kalmanın sonuçlarının bu şekilde telafi edildiği gözetildiğinde, dört aylık süre için ödenmiş olan işsizlik ödeneğinin İş Kurumuna iadesi gerekir… 4447 sayılı Kanunun 52/b maddesine göre işsizlik ödeneği, işsiz kalan işçiye verilir ve bu ödeneği almakta olan kimsenin gelir getirici bir işte çalışmaması gerekir. ...gelir getirici işte çalışma hali, işsizlik ödeneği yönünden hak düşürücü niteliktedir. Feshin geçersizliğine dair mahkeme kararının kesinleşmesine kadar işe başlatılsın veya başlatılmasın işçiye çalıştırılmadığı süre için ödenen en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklardan, iş kazaları ve meslek hastalıkları ile işsizlik sigortası dahil olmak üzere tüm sigorta kollarına ait primlerin kesilmesi, primlerin işverence ödenmesi ve bu sürelerin hizmetten sayılarak işçinin prim ödeme gün sayısına dahil edilmesi gereklidir. ..Aksinin kabulü çifte ödemeye neden olacağı gibi, 4447 sayılı Kanunun "işsizlerin gelir kayıplarını bir ölçüde de olsa giderme" amacına da aykırılık teşkil eder"

40 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2009/9, K.2009/583,T.23.12.2009; ""İşçiye daha önce ödenen ihbar tazminatı tutarı, işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan işçilik alacaklanndan mahsup edilmelidir…Geçersiz sayılan fesih öncesinde usulüne uygun bildirim yapılarak işçiye ihbar öneli kullandırılmış olması halinde ihbar tazminatının ödenmediği açıktır, bundan başka işçi ihbar öneli içinde işverene olan iş görme edimini yerine getirmiş ve bunun karşılığı olarak ücrete hak kazanmıştır. İhbar öneli içinde işçi ve işveren karşılıklı edimlerini yerine getirmiş olmakla sözü edilen ihbar önelinin daha sonra doğan olan bir işçilik alacağından mahsup edilmesi ya da alacağı ortadan kaldırması düşünülemez"

Sonuç

İş mahkemelerinin ve Yargıtay'ın, öğretinin katkısıyla iş hukuku ilkelerine uygun kararları, iş hukukunun en temel kaynaklarından birisidir. Günümüzde her açıdan değişen dünyada, insanın fiziksel ya da düşünsel bir parçası, bu sebeple temel hakların doğrudan öznesi olan olan emeğin, uzun mücadele süreçleri sonunda kazanılmış haklarının ifadesi olan iş hukuku kural ve kurumlarının, "moda" haline getirilerek farkında olmaksızın hepimizi etkileyen yeni anlayışların sorgulanmaksızın kabulü sonucu değersizleştirilmesi, uyuşmazlıklarda farklı bir bakış açısı ile, yasanın sözüne aykırı olmayan işçi lehine yorum mümkün iken, bunun yapılamamasına neden olabilmektedir. Bu noktada, genel olarak iş uyuşmazlıklarında ve özel olarak tebliğin konusu olan işe iade davalarının sonuçları ve hükmün uygulanma sorunlarına dair değerlendirmelerimizin, iş hukukunun bağımsız bir alan olarak ilkeleri temelinde sürekli gözden geçirilmesi zorunlu olmaktadır. Geçersizliğine mahkemece kesin olarak karar verilen fesihte, hükmün uygulanma sorunları ile ilgili değerlendirme yapılırken, sorunun kaynağında esas olarak işverenin yasaya aykırı ve geçerli sebep olmaksızın feshinin olduğunun unutulmaması gerekmektedir. İşe iade davalarının sonuçları ve hükmün uygulanması sorunlarına, iş hukuku temel ilkelerinin rehberliğinde, yeni yaklaşımlara ihtiyatla yaklaşılarak ve İş hukukunun bağımsız bir alan olarak Borçlar, Medeni, Ticaret ve hatta Medeni Yargılama hukukundan farklılıklarını göz ardı etmeksizin yaklaşılması, hukuken geçersiz feshin objektif mağduru olan işçinin haklarının korunabilmesi açısından önemlidir.

41 Yargıtay 9.HD. 22.10.2009 t. 2008/ 3907 E, 2009/ 28234 K

HALA

Coğrafya dilimliyor caniler sürüsü
Bebek gülüşlerine kör bir bakışla
İklimi mi kavruk sıkıntısı gözlerin
Türkülerden kan damlıyor dünyanın merkezine

Bir Filistin kokusudur dumanı yadigar
Hiroşimalar ders veremiyor geçen yüzyıldan
Şeker bugün de yok yitik çocuklara
Fotoğraflar tanıktır siyahın vahşetine

Bir piyanoyla hasbihaldir aydınlığın adı
Yaşamak direnmektir alabildiğine
Birgün şiirler de gülümseyecektir inanın
Güvercinler hala uçmada maviş göğümüzde

Av. Harika KÜLÇÜR
Hazine Vekili - İzmir

Mobbing

Av. Fatma KUZU
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyesi

GİRİŞ

Mobbing kavramı ilk olarak 1960'larda hayvan davranışlarını inceleyen etholog Konrad Lorenz tarafından bazı hayvan hareketlerini tarif etmek için kullanılmıştır. Lorenz bu kavramı "büyük bir hayvanın tehdidine karşı, daha küçük hayvan gruplarının gösterdiği tepki"yi ifade etmek amacıyla kullanmaktadır. Daha sonraları çocukların okullarda birbirlerine karşı hareket tarzını inceleyen bir İsveçli doktor da (Heinemann) aynı terimi "bir grup çocuğun, tek bir çocuğa karşı yıkıcı hareketlerini" açıklamak için 1972'de kullanmıştır.

Çalışma yaşamında ise mobbing kavramı ilk kez, 80'li yılların başında İsveçli endüstri psikoloğu Heinz Leymann tarafından kullanılmıştır. Leyman'ın tanımlamasıyla mobbing bir psikoterördür ve nedeni, düşünce ve inanç ayrılığından tutun da, kıskançlık ve cinsiyet ayrımına kadar her tür faktör olabilir. Leymann, "mobbing"in, bir veya birkaç kişi tarafından, diğer kişi veya kişilere, sistematik biçimde düşmanca ve ahlak dışı uygulamalarla ortaya çıkan "psikolojik şiddet" veya "psiko-terör" olduğunu vurgulamaktadır.

Mobbing kavramının Batı literatürüne yeni giren bir kavram olması nedeniyle, Türkçe karşılığı konusunda henüz bir netlik bulunmamakta ve Türkçe literatürde bir terminoloji sorunu yaşanmaktadır. Mobbing üzerine araştırma yapanlar Türkçe'de mobbing olgusunu bir tek sözcükle ifade etmek yerine kavramı; "duygusal taciz", "psiko-terör", "psiko-şiddet" ve çalışanı işyerinde "yıldırma"ya yönelik her tür psikolojik saldırı anlamında kullanmaktadır[1]. Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ Raporunun çalışma aşamasında mobbingin kelime anlamını tam olarak bulmak için Türk Dil Kurumuna baş-

vurmuş ve Türk Dil Kurumu, mobbing kavramının karşılığı olarak "BEZDİRİ" kelimesini belirlemiştir .

Genel tanımı ile mobbing, işyerinde gerçekleşen, bir veya daha fazla kişi tarafından, bir veya daha fazla kişiye, sistemli bir şekilde, düşmanca ve ahlakdışı bir yaklaşımla, süreklilik gösteren bir sıklıkla, çok çeşitli sebepleri olabilen, kişiyi sindirme maksadı ile, kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve hatta fiziksel saldırgan davranışları ifade etmektedir[2].

MOBBİNGİN KAPSAMI

Mobbingin, diğer adıyla psikolojik tacizin sınırlarını çizmek oldukça güçtür. İşverenin hangi tutum ve davranışlarının mobbing kapsamında değerlendirileceği somut olayın özelliklerine göre belirlenebilecek bir husustur.

---

1 http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf (Erişim 28.03.2012)

2 İşyerinde Psikolojik Şiddet/ Mobbing Sempozyumu Kapanış Bildirgesi

Bir davranışın mobbing olarak kabul edilebilmesi için bu davranışın öncelikle sistematik bir şekilde devam etmesi gerekir ve bu davranışın amacının kişiyi işten uzaklaştırmak olması gerekir. Mobbing iş yüküyle, ayrımcılıkla, terbiyesizlikle karıştırılmamalıdır[3].

Mobbing, duygusal bir saldırıdır. Hedefi ise, bir iş yerindeki kişi veya kişiler üzerinde sistematik baskı yaratarak ahlâk dışı yaklaşımla iş performansını ve dayanma gücünü yok edip, işten ayrılmaya zorlamaktır[4].

Gelişmiş ülkelerde cinsel tacizin de önüne geçen mobbing çoğunlukla üst düzey yönetim kademesinde çalışanlar tarafından uygulanmakta ve üst düzey yöneticilerde bir meslek hastalığı olarak sık görülmektedir.

Mobbingin en belirgin özellikleri;

- Kasten uygulanması,
- Sistemli bir biçimde tekrar etmesi,
- Bir süreden beri devam ediyor olması,
- Çalışanı yıldırıp uzaklaştırmayı niyet etmesi olarak sayılabilir.

MOBBİNG ÇEŞİTLERİ :

1. Düşey Psikolojik Taciz: Üst konumda yer alanların astlarına yönelik olarak gerçekleştirdikleri psikolojik taciz vakalarıdır. Üstler sahip oldukları kurumsal gücü, astlarını ezerek, onları kurumun dışına iterek kullanmasıdır.

2. Yatay Psikolojik Taciz: İşyerinde psikolojik tacizin fail veya failleri mağdur ile benzer görevlerde ve benzer olanaklara sahip, aynı konumdaki iş arkadaşlarıdırlar. Örneğin; eşit koşullar içinde bulunan çalışanların çekememezliği, rekabet, çıkar çatışması, kişisel hoşnutsuzluklar gibi.

3. Dikey Psikolojik Taciz: Çalışanın yöneticiye psikolojik şiddet uygulamasıdır. Nadir görülen bir durumdur. Örneğin, çalışanların yöneticiyi kabullenememesi, eski yöneticiye duyulan bağlılık, kıskançlık gibi.

MOBBİNGİN GENEL BELİRTİLERİ

İşyerinde psikolojik taciz davranışları sadece sosyo-ekonomik, kültürel ve fiziksel yönden zayıf olan çalışanlara yönelik değil, aynı zamanda farklı, başarılı ve yeni işe başlamış çalışanlara karşı da olabilmektedir. Bu tür davranışlar olumsuz ve istenmeyen davranışlar olup, bir çok araştırmacı tarafından birbirine yakın tanımlamalar farklı gruplandırılmıştır.

Heinz LEYMAN, işyerinde psikolojik taciz davranışlarını mağdur üzerinde etkileri açısından beş grupta toplamıştır:

1. Kendini göstermeyi engelleme; sözünü kesmek, yüksek sesle azarlamak şeklinde gerçekleşen davranışlar, sürekli eleştiri,

2. Sosyal ilişkilere saldırı; çalışan iş ortamında yokmuş gibi davranılması, iletişimin kesilmesi,

3. İtibara saldırı; asılsız söylenti, hoş olmayan imalar,

4. Mesleki durumuna saldırı; nitelikli iş verilmemesi, anlamsız işler verilip sürekli yer değiştirilmesi,

5. Kişinin sağlığına doğrudan saldırı saldırı; ağır işler verilmesi, fiziksel şiddet tehdidi, cinsel taciz gibi.

ULUSLARARASI HUKUKTA MOBBING

Çalışma yaşamında bu tarz davranışlar, Leymann'dan önce hiç kimse tarafından fark edilip tanımlanmamıştır. Bu nedenle Leymann'ın görüşleri ve araştırmaları, bütün dünyada işyerlerindeki mobbing davranışlarına ilişkin araştırmalara temel oluşturmaktadır. Leymann, işyerinde mobbing davranışının varlığını belirtmekle kalmamış, davranışın özel niteliklerini, ortaya çıkış şeklini, uygulanan şiddetten en fazla etkilenen kişiler ve doğabilecek psikolojik sonuçları da vurgulamıştır. Çalışma yaşamında mobbinge dikkat ve ilginin, İskandinav ülkelerinden sonra Almanya başta olmak üzere zamanla diğer Avrupa ülkelerinde yayılmasını sağlamıştır.

---

3 http://www.yenibiris.com/HurriyetIK/Oku.aspx?ArticleID=9761 (Erişim 28.03.2012)

4 İşyerinde Psikolojik Şiddet/ Mobbing Sempozyumu Kapanış Bildirgesi

1998 ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) Raporuna göre 1996 yılında Avrupa Birliğinin 15 üye ülkesinde gerçekleştirilen 15800 görüşmenin sonuçları;

Bir önceki yıl içinde çalışanların,
%4'ünün (6 milyon çalışan) fiziksel şiddete,
%2'sinin (3 milyon çalışan) cinsel tacize ve
%8'inin (12 milyon çalışan) mobbinge maruz kaldığı doğrultusundadır.

İngiltere'de yapılan araştırma sonuçlarına göre çalışanların %53'ü mobbinge maruz kalmış ve %78'i de bu olaylara tanıklık etmiştir.

İsveç'te yapılan istatistiksel bir araştırmanın bulgularına göre ise bir yıl içerisinde gerçekleşen intiharların %10-%15'inin nedeni mobbingdir.

İsveç ve Almanya'da yüzbinlerce mobbing mağdurunun erken emekli oldukları veya psikiyatri kliniklerinde yatarak tedavi edildikleri kayıtlarda yer almaktadır. İtalya'da 1 milyondan fazla çalışanın mobbing kurbanı olduğu bildirilmektedir.

Uluslararası arenada yapılan tüm araştırma sonuçlarının birleştiği ortak nokta, mobbing mağdurlarının, diğer şiddet ve taciz mağdurlarından çok daha fazla sayıda oldukları doğrultusundadır.

Avrupa Birliği üyesi ülkelerde mobbingle mücadeleye yönelik çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Avrupa Birliği üyesi ülkelerin sendikaları mobbing karşıtı yasaların yürürlüğe girmesi için çok güçlü lobi çalışmaları yapmaktadırlar[5].

Avrupa Birliği'nde başta Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının;

– 1., 6. ve 31. Maddesinde saygın çalışma koşulları, insan onurunun korunması ve herkesin güvenlik hakkına sahip olması gibi genel düzenlemelerin yanında Roma ve Amsterdam anlaşmalarında da ayrımcılığı yasaklayan genel düzenlemeler bulunmaktadır. Avrupa Birliğinde, salt mobbing ile ilgili bir yönerge bulunmamakta olup, 89/391 sayılı "İşçilerin İşte Güvenliklerinin ve Sağlıklarının Korunması Hakkındaki Tedbirlere İlişkin Konsey Yönergesi" işyerlerinde mobbing ile alakalı çerçeve yönerge kabul edilmektedir.

– Fransız İş Kanununda mobbing sebebiyle gerçekleştirilen istifa dahil tüm işlemler hükümsüz hale gelmekte ve tazminat hükümlerine gidilmektedir. Ceza kanununda mobbing failine 1 yıla kadar hapis ve 15.000 Avro para cezası öngörülmüştür. Fransa, erkekler arasında %11.2 kadınlar arasında %8.9 oranları ile mobbingin en sık görüldüğü ülkelerden biridir. Fransa'da 1994 yılında üniversitede psikolojik taciz mağdurlarıyla ilgili olarak "victimologie" kürsüsü kurulmuştur.

– Almanya mobbing olgusuna karşı en ciddi yaptırımların yapıldığı ülkelerden biridir. Mobbing kurbanları erken emekliliğini isteyebilmekte, ülkede mobbing kurbanlarının yardım ve destek isteyebilecekleri merkezler bulunmaktadır. Mağdurun iş görmekten kaçınma borcu, tazminat, iş akdini haklı nedenle fesih hakkı, işverenin taciz eden kişinin iş sözleşmesini feshetmesi gibi hukuki yollar düzenlenmiştir. Almanya'da çalışan nüfusun %2.7'sinin mobbinge maruz kaldığı bilinmektedir.

– İşviçre'de mobbing, işçiye iş akdini haklı nedenle feshetme hakkı vermektedir. Mobbing nedeniyle intihar oranı İsviçre'de %10 olarak belirlenmiştir.

– Amerika Birleşik Devletleri'nde mobbinge karşı özel olarak getirilen bir düzenleme yoktur ve mobbing hakkındaki davalarda ayrımcılık hükümleri kıyasen uygulanmaktadır. Buna rağmen her 5 Amerikalıdan birinin işyerinde mobbing kurbanı olduğu bilinmektedir.

– Japonya'da Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu gibi mobbinge karşı özel olarak getirilen bir düzenleme olmamakla birlikte, mobbing hakkındaki uygulamalarda kişilik haklarının korunmasına dair hükümler kıyasen uygulanmaktadır[6].

– İskandinav ülkelerinde mobbing, doğrudan bir suç olarak yasalarda yer almaktadır. Bu ülkelerin arasında mobbing konu-

---

5 Samsun Barosu Hukuki Makaleler İşyerinde Psikolojik Taciz Av. İlker Yüksel http://www.samsunbarosu.org.tr/node/1296 (Erişim 28.03.2012)

6 İşyerinde Mobbıng ve Mobbıngin Hukuki Değerlendirmesi" Av. Kemal Altuğ Özgün- http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1293.htm (Erişim 28.03.2012)

sunda en büyük ilerlemenin kaydedildiği ülke, İsveç'tir. İsveç'te işyerinde taciz, 1994'de yayınlanan İş Güvenliği ve İşçi Sağlığı yasasıyla bir suç olarak tanımlanmaktadır.

– Finlandiya'da 2000 yılında yürürlüğe giren İş Güvenliği ve İşçi Sağlığı yasasına fiziksel şiddet yanında psikolojik şiddet de dahildir.

– Danimarka'da 2004 yılında hazırlanan yasa tasarısına, psikolojik taciz sonucunda ortaya çıkan psikolojik rahatsızlıklara ilişkin önlemler de eklenmiştir.

– İtalya'da bölgesel olarak mobbing karşıtı yasalar yürürlüğe girmiş ve psikolojik şiddet dolayısıyla ortaya çıkan rahatsızlıklar iş kazası kapsamına alınmıştır[7].

TÜRK İŞ HUKUKUNDA MOBBİNG

Gerek 4857 sayılı yeni İş Kanununda gerekse 1475 sayılı eski İş Kanunun da hukuki anlamda mobbing kavramını tanımlayan herhangi bir madde bulunmamaktadır. Ancak iş mevzuatında mobbing kavramı yer almasa da dolaylı olarak bu kapsamda değerlendirilebilecek bir takım hükümler bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde, işverenin işçilere karşı eşit davranma yükümlülüğü oldukça geniş bir biçimde düzenlenmiştir. Kaynağını İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Birliği tüzük ve yönergeleriyle Anayasa'nın 10'uncu maddesinden alan eşit davranma ilkesi başlıklı 5'inci maddesinde; *"İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı, aksine davranış halinde işçinin, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği"* belirtilmiştir. Mobbingin eşit davranma ilkesini de ihlal ettiği ve bu nedenle mobbing mağdurunun 5.maddeye dayanarak uygun bir tazminat ve yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği kabul edilmektedir.

Eşit davranma ilkesi, sadece iş kanunu açısından değil, pek çok ulusal ve uluslararası düzenlemelerde de koruma altına alınmış, temel kurallardan biridir.

İşyerinde uygulanan taciz 4857 sayılı İş Kanununda sadece cinsel taciz olarak düzenlenmiş ve bu konuda iki hüküm (Md. 24 ve 25) konulmuştur. Bunun dışında çalışanların, işyerindeki onur ve kişilik hakkının korunması öngörülmemiştir.

Mobbing uygulaması açısından 4857 sayılı İş Kanununun 24.maddesinin 2.bendi önemli olup, madde "Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığını taşımaktadır. Maddeye göre ;

– İşveren, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa,

– İşveren, işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunursa,

– İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa….",

İşçinin derhal ve haklı sebeple iş akdini feshetme hakkı doğacaktır.

Aynı şekilde müteakip 25.madde de işverenin, süresi belirli olsun veya olmasın maddede yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebileceği belirtilmiş ve "ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" sayılmıştır. Buna göre;

– İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması,

– İşçinin, işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması,

– İşçinin, işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması veya maddeye aykırı hareket etmesi. [...]", halinde işverenin de iş akdini haklı sebeple derhal fesih hakkı bulunmaktadır.

7 Samsun Barosu Hukuki Makaleler İşyerinde Psikolojik Taciz Av. İlker Yüksel http://www.samsunbarosu.org.tr/node/1296 (Erişim 28.03.2012)

"Şeref ve namusa dokunacak söz ve davranış" ile genellikle işverenin işçiye veya onun aile üyelerinden birine ya da tam tersi işçinin işverene veya işverenin aile üyelerinden birine küfretmesi, sövmesi, ağır hakaret etmesi, sarkıntılık etmesi gibi durumlar kastedilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77'nci maddesinin 1'nci fıkrası hükmü uyarınca, işverenler, işyerlerinde işçi sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü tedbiri almak ve bu tedbirlere ilişkin araç ve gereçleri eksiksiz olarak bulundurmak zorundadırlar. Söz konusu maddenin 2'nci fıkrasına göre ise, işyerinde alınan işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek; işçileri, mesleki riskler, bu risklere karşı alınacak önlemler ve haiz oldukları hak ve sorumluluklar konusunda bilgilendirmek ve işçilere işçi sağlığı ve iş güvenliği eğitimi vermek de işverenlerin bu kapsamdaki sorumlulukları arasındadır.

İşverenin işçi sağlığı ve iş güvenliğini sağlama yükümlülüğü, psikolojik tacizi önleme yükümlülüğünü de içermektedir. İşverenin gözetim borcu gereği, işçilerin fiziksel olduğu kadar psikolojik sağlığını koruma yükümlülüğünün de bulunduğu konusunda hiçbir duraksamaya düşülmemelidir.

İş Kanunu ile bağlantılı olması nedeniyle değinilmesi gereken bir diğer kanun 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunudur. Kanunun "İş Kazası ve Meslek Hastalığının Tarifi"ni düzenleyen 11. Maddesinin A. bendinde iş kazası, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla, sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emzikli kadın-sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasındaki hal ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır" denilirken B. bendinde "Meslek hastalığı, sigortalının çalıştırıldığı işin niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, sakatlık veya ruhi arıza halleridir" tanımı yapılmaktadır.

İşyerindeki özen yükümünün yerine getirilmemesinden ve işyerinde çalışanlar arasında eşitlik ilkesinin uygulanmamasından kaynaklanan, mağdurda meydana gelen psikolojik ya da fiziksel rahatsızlıkların da meslek hastalığı sayılması mümkündür.

Yargıtay 10. HD. 1982/444 E. 1982/903 K. 16.02.1982 T. kararında "meslek hastalığında «yükümlülük»ten bahsedilebilmek için, hastalığın bu süre içersinde meydana çıkması zorunludur. Ve bu yön, meslek hastalığı ile işyeri arasında bulunması gereken illiyet bağının doğal sonucu olmak da gerekir. Ayrıca, meslek hastalığının meydana çıkmasının tespit edildiği andan çok öncelere ait olabileceği de kuşkusuzdur" demektedir.

Yargıtay 10.HD. 2006/760 E. 2006/3090 K. 21.03.2006 T. kararında ise "…iş kazası ve meslek hastalığının oluşumuna, "...kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi..." ile etkide bulunan işverenin kusura dayalı sorumluluğu..." olduğunu kabul etmiştir.

Bu nedenle mobbing neticesinde meydana gelecek hastalıkları meslek hastalığı saymak ve SSK. kapsamında yardımlardan faydalanmak mümkündür.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU BAKIMINDAN MOBBİNG

1/7/2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 417.maddesi psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek "mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)" kavramını düzenlemiştir. 818 sayılı halen yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 332.maddesine karşılık gelen bu maddede işçinin kişiliğinin genel olarak korunması düzenlenmiştir.

TBK m. 417 aynen şöyledir:

"İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir."

Mobbingle Mücadele ve Önlenmesi Konusunda Hukukumuzda atılan bir diğer ciddi adım ise ; 19 Mart 2011 tarih ve 27879 sayı ile Resmi Gazete'de yayınlanan İşyerlerinde Psikolojik Tacizin Önlenmesi Hakkındaki 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesidir. İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi'ne İlişkin Başbakanlık Genelgesi aşağıdaki hükümlerle kamu ve özel sektörde çalışanların psikolojik tacizden korunmasını amaçlamıştır.

"1. İşyerinde psikolojik tacizle mücadele öncelikle işverenin sorumluluğunda olup işverenler çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alacaktır.

2. Bütün çalışanlar psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak duracaklardır.

3. Toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterilecektir.

4. Psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi, ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanacaktır.

5. Çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla "Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu" kurulacaktır.

6. Denetim elemanları, psikolojik taciz şikâyetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandıracaktır.

7. Psikolojik taciz iddialarıyla ilgili yürütülen iş ve işlemlerde kişilerin özel yaşamlarının korunmasına azami özen gösterilecektir.

8. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve sosyal taraflar, işyerlerinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenleyeceklerdir."

Son dönemlerde Başbakanlık ve TBMM'ye ulaşan çalışanların mobbing şikayetleri neticesinde, mobbing Başbakanlık düzeyinde bu genelge ile düzenlenmiş, mobbingle mücadele için Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu'nun kurulacağı ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi'nin mobbinge uğrayan çalışanlara psikolojik destek vereceği ve işverenlerin mobbing olaylarının önlenmesi için azami özen göstereceği düzenlenmiştir. Genelge mevzuatımızda yol gösterici ve açıklayıcı yönde bir düzenleme olsa, ülkemizde mobbing hakkında farkındalığın artmasında önemli bir fayda sağlayacaktır[8].

UYGULAMADA MOBBİNG

Ülkemizde her ne kadar mağduru çok olsa da; mobbing ile ilgili olarak açılan ilk dava Tülin Yıldırım tarafından Jeoloji Mühendisleri Odası'na karşı Ankara 8. İş Mahkemesi'nde 20.12.2006 yılında açılan davadır. 8. İş Mahkemesince 2006/19-625 K .nosu ile verilen kararla; işçinin işyerinde duygusal tacize uğradığı kabul edilmiş ve işveren, işçinin uğradığı manevi baskılar ve psikolojik olarak yıpranması nedeni ile 1000 YTL manevi tazminat ödemeye mahkûm edilmiş, Mahkeme kararı da Yargıtay 9. HD. 30.05.2008 tarih 2007/42976 E.- 2008/17137 K. Sayılı ilamı ile onanmıştır. Karar ile mobbing kavramı ilk defa bir yargı kararına girmiş ve mahkemece mobbing kavramı tanımlanarak, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışlar mobbing olarak kabul edilmiştir.

Mobbing nedeniyle bir diğer dava ise, Toprak Mahsulleri Ofisine (TMO) karşı Şaban Tokat tarafından açılmıştır. Davaya konu olayda siyasi iktidar değişikliği nedeniyle davacının önce istifası istenmiş, istifa etmeyince ise rütbesi önce müşavirliğe, sonra başuzmanlık kadrosuna indirilmiştir. Davacının işe iade davası lehine sonuçlanmış olup, dava sonrasında uygulanan mobbingden dolayı açılan tazminat davası devam etmektedir.

Bir diğer mobbing davası ise, 1985'ten beri Marmara Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Biyokimya Anabilim Dalında öğretim üyesi olan Prof. Dr. Dehen Altıner tarafından açılmıştır. Davacı, amir durumdaki Dekan Prof. Dr. ...nin baskısına maruz kalmış ve mobbing (Öğrencilerinin laboratuarlardan kovulması, araştırmalarına ödenek sağlanmaması, çay ocağının yanında sunta çevrili bir odaya sürülmesi, asistanlarına kadro verilmemesi ve bir bölüm toplantısında Dekan… tarafından *"haykırarak odadan kovulması vs."* iddiası ile dava açmıştır. Açılan davada mahkemece Dehen Altıner'in "kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu, küçük düşürüldüğü, itibarının zedelendiği" kabul edilerek tazminata hükmedilmiş ve karar Yargıtayca onanmıştır.

---

8 İşyerinde Mobbıng ve Mobbıngin Hukuki Değerlendirmesi" Av. Kemal Altuğ Özgün- http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1293.htm (Erişim 28.03.2012)

Bir başka mobbing davası ise çok şubeli, büyük ölçekli bir bankada iki ayrı bölümden sorumlu bölüm başkanı olarak çalışan Handan Arpacıoğlu tarafından, 6 ay süreyle mobbinge maruz kaldığı gerekçesi ile açılan tazminat davasıdır.

İlgili toplantılara çağrılmamak, yapacağı işlerin yanında son derece önemsiz ve gereksiz görevlerin kendisine verilmesi, başka bölümlerin işinin kendisine yüklenmesi, masasına amiri tarafından kâğıtların fırlatılması ve "sen yapacaksın" denmesi, şahsen çağrıldığı yurtiçi ve yurtdışı toplantılara başka birisinin gönderilmesi, yaptığı her işin sorgulanması, herkesin ortasında bağırılması, "sen hiçbir şekilde bu işle ilgilenmeyeceksin yoksa canını yakarım" diye tehdit edilmesi, başka bir bölüme atama ve neticesinde hem unvan, hem ücret hem de görev bakımından bir rütbe tenzili olması, manyetik kartının iptal edilmesi nedeniyle iş yerine girememesi ve iş akdinin feshedilmesi gibi mobbing uygulamaları ile işyerinde karşılaşan Handan Arpacıoğlu mobbing nedeniyle tazminat davası açmıştır[9].

T.C.Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ilke kararlarından birisi olan 4.11.2010 tarih, 2008/37500 E. 2010/31544 K. sayılı kararında; Davacı, amiri tarafından cinsel ilişki teklif edildiğini, kabul edilmeyince performans notunun düşürüldüğünü, işyerinde olayın duyulması neticesinde bunalıma girerek çalışamaz hale gelmesi nedeniyle iş akdini sonlandırmak zorunda kaldığını iddia etmiş, iş akdini haklı nedenle feshederek kıdem tazminatı ile yıllık izin alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Mevcut delillerin ve tanık anlatımlarının bütünlük içinde değerlendirilmesi neticesinde; davacının olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması yaşamın olağan akışına aykırıdır. Taciz olayının etki ve sonuçları temadi etmekte olup sonuçları itibariyle bir nevi mobbinge dönüşen eylemler karşısında 6 günlük hak düşürücü sürede fesih hakkının kullanılmadığından da bahsedilemez. Akdin davacı kadın işçi tarafından feshi haklı olup kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay'dan sonra Danıştay da tarihinde ilk kez mobbing konusunda bir karar vermiştir. Mobbing davaları genellikle tazminat davası şeklinde açıldığından idari dava olarak açılması ve Danıştay tarafından kabul edilmesi ile işbu karar, benzer davalara da emsal olması bakımından son derece önemlidir. Danıştay 1. Dairesi'nin 09.02.2011 tarih, 2011/99 E. ve 2011/253 K. sayılı ilamı ile verilen bu karara konu olayda şikayetçi öğretim üyesi Mustafa Çakır; Kırgızistan'ın başkenti Bişkek'te düzenlenen Uluslar arası Sosyal Bilimler Kongresine katılmak istemiyle yaptığı başvurusunun ele alındığı Fakülte Yönetim Kurulu toplantısında yapılan oylamada 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 61. maddesinde yer alan açık hükme rağmen olumlu veya olumsuz bir karara varmayarak başvurusunun sonuçsuz kalması sebebi ile Kocaeli Üniversitesi Rektörlüğü'nce oluşturulan Kurul'un 23.11.2010 tarihli men-i muhakeme kararına karşı itiraz etmiştir.

Danıştay 1. Dairesi önüne gelen dosyada öncelikle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun ilgili maddelerini incelemiştir. Buna göre "Oylama" başlıklı 61. maddesinde "bu kanunda sözü geçen juri ve kurullarda, her üyenin oyunu kabul veya ret yoluyla vermekle görevli olduğu, çekimser oy kullanılamayacağı, Yükseköğretim Kurulu dışında yer alan kurulların toplantı nisabının kurul üye tamsayısının yarıdan fazlası olacağı, bütün kurullarda kararların toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, üçüncü turda salt çoğunluğun sağlanamadığı hallerde dördüncü turda oy çokluğu esasının uygulanacağı hükmüne yer verildiğini belirtmiştir.

Kararda devamla, dosyanın incelenmesinden, şikayetçi Mustafa Çakır'ın bildiri sunacağı Kırgızistan'daki uluslararası bilimsel toplantıya yolluk ve yevmiyeli olarak katılımına izin verilmesi için yaptığı başvuru hakkında Dekan ile beş adet öğretim üyelerinin katılımıyla oluşturulan Fakülte Yönetim Kurulu toplantısında, "karar yeter sayısı sağlanamadığından karar alınamamıştır" şeklinde bir karar tesis edildiği, ardından şikayetçinin

9 Av. Gülnur Erdoğan, Mobbing (İş Yerinde Psikolojik Taciz) http://www.gulnurerdogan.av.tr/tr/uploads/mobbing.pdf (Erişim 28.03.2012)

bu ifadenin ne anlama geldiğinin açıklanması istemiyle Dekanlığa yaptığı başvuru üzerine şüpheli dekan Z.G.B. tarafından " karar yeter sayısının oluşmaması, yargıya taşınmış kişisel husumet nedeniyle, Fakülte Yönetim Kurulu üyelerinden ikisinin, yurtdışı görevlendirme talebinizle ilgili oylamada çekimse kalması nedeniyle karar yeter sayısı dört olumlu oyun ortaya çıkmamasını ifade etmektedir." şeklinde cevap verildiği, soruşturma kapsamında alınan ifadelerden söz konusu yazıda belirtilen şikayetçi ile kişisel husumeti olan ve oylamada çekimser oy kullananların dekan ile öğretim üyelerinden M.B. olduğu,üç üyenin olumlu,bir üyenin de olumsuz oy kullandığı,sonuç olarak "karar yeter sayısı sağlanamadığından karar alınamamıştır" şeklinde bir karar tesis edildiği görülmekte ise de,yukarıda yer alan mevzuat hükmü göz önünde bulundurulduğunda Fakülte Yönetim Kurulu toplantısına katılan üyelerin çekimser oy kullanmalarının mümkün olmadığı halde şüpheli dekan ile öğretim üyesi M.B.'nin çekimser oy kullandıkları ve kararlarının ilk üç turda salt çoğunlukla alınamadığı durumda dördüncü turda oy çokluğu esasının uygulanacağı belirtilmesine rağmen şikayetçinin talebine ilişkin oylamada 2547 sayılı Kanunun 61. maddesinde düzenlenen bu usule uyulmadığı dikkate alındığında mevcut delillerin,atılı suçtan dolayı şüpheliler dekan Z.G.B. ile M.B. hakkında kamu davası açılması gerektiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu anlaşıldığından şüphelilerin lüzum-u muhakemelerine, eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 257. maddesi gereğince "görevi kötüye kullanmak" suçundan yargılanmalarına karar verilmiştir[10].

Sonuç olarak; huzurlu ve kaliteli bir iş yaşamının tesisi için insanların barınma, yeme, içme gibi temel ihtiyaçlarının karşılanmasının yanı sıra psikolojik olarak yıpranmaması ve huzur içerisinde çalışmaları gerekmektedir. Bu nedenle hukuk insanların bu beklentilerini en üst düzeyde karşılamak durumundadır. Mevcut düzenlemeler ve kıyasen uygulanan hükümler yeterli olmamakla birlikte caydırıcılıktan da uzaktır.Mobbingin İş Kanunumuzda da açıkça düzenlenmesi, cezai yönden ise Ceza Kanununda suç olarak tanımlanması ve uygulayanlara ağır müeyyideler öngörmesi gerekmektedir.

10 http://www.ishukuku.org/index.php?option=com_content&view=article&id=110:dantaydan-mobbing-karar-&catid=1:son-Haberler (Erişim 28.03.2012)

KADINLAR Kİ…

Kadınlar ki
iki kez üretirken yaşamı
iki kat ezilirler.
Acılar ne ki
yüzündeki çizgilerden yansıyan
yaşam kırıklıkları.
Yürekli sevdalar
büyütür düşlerinde kimi,
dantel yumaklarıyla sınanır
kimilerinin sabrı.
Tarla sürer kök söker
bobin sarar yazı yazar
tütün dizer usta eller;
evler kurar
sevgi sevgi
umut umut
halaya durur,
yumruk olur kavgada
yaşam için vuruşur.

Kadınlar ki
iki kez üretirken yaşamı
iki kat ezilirler.
Yine de umudu yitirmezler,
sevmekten vazgeçmezler.

Gülsüm Cengiz

"Akdeniz'in Rengi Mavi"

Evrensel Basım Yayın

MADE IN DAGENHAM

Av. Özlem BALIM
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyesi

İngiltere'de 2010 yılında vizyona giren, ülkemizde ancak 2011 yılı Haziran ayında "Kadının Fendi" adıyla vizyona girebilen bir film Made in Dagenham. İzmir'de E.Ü. Film Gösterimleri'nde ve İzmir Sanat'ta sınırlı sayıda izleyiciye ulaşabildi, tüm iyi filmler gibi. İzlerken "Fabrika Kızı" nın sözlerini mırıldanırken buluyorum kendimi.

Bafta Film Festivalinde 5 dalda aday olarak yarışan film, 1968 yılında İngiltere'nin Dagenham kentinde Ford fabrikasında çalışan yaklaşık 187 kadın oto-tekstil işçisinin cinsiyet eşitliği temelinde eşit ücret mücadelesini anlatıyor ve "Hak verilmez, alınır." dedirtiyor izleyiciye. Açıkçası İngiltere'de cinsiyet eşitliği temelinde ücret eşitliğinin 1972 yılında sağlandığını öğrenmek şaşırtıyor insanı ve film daha ilk karelerinden izleyiciyi adeta esir alıyor.

Filmin yönetmeni Türkiye'de pek de tanınmayan Nigel Cole. Rita O'Grady'i canlandıran Sally Hawkins'i ise (izleyen bilir) İngiliz komedilerinden tanıyoruz. İzleyen bilir çünkü sektörel bazda Hollywood ile yarışabilen ve gösterim şansı bulabilen bir tek Türk komedi filmleri var. Diğer filmler izleyenin merak ve ilgisine açık keşfedilmeyi bekliyor.

Dagenham küçük bir kenttir ve Ford'un Avrupa'daki en büyük tesisi bu kenttedir. İşçi sınıfının yoğun olarak yaşadığı kentte, insanlar yorgun gitmektedir evlerine; gün aydınlanmadan ışıklar aydınlatır odaları, mutfakları; her türlü olumsuz hava koşullarında erkenden düşerler fabrika yolarına. Kadın işçiler sayıları az olmasına rağmen temel bir iş yapmaktadırlar. Çünkü onlar çalışmadıklarında sayıları elli bini bulan erkek işçiler de çalışamamaktadırlar. Aslında kadınlar bu durumu bilmelerine rağmen sesleri çok çıkamamaktadır. Erkeklerden çok daha düşük ücret alan kadınlar, eşit ücret haklarını elde etmek için ve seslerini

duyurmak için, greve gitme kararı alırlar. Eşit ücret mücadelesi için bir sözcüye de ihtiyaç vardır tabii ki. İşyeri kadın temsilcisi Connie, eşinin hastalığı ve maddi zorluklar ile uğraşmaktadır. O güne kadar sessizce işini yapan Rita, sendika temsilcisi Albert'in,sendika başkanına rağmen, verdiği destekle bir anda kadın hareketinin lideri oluverir. Albert'in verdiği cesaretin ve desteğin nedenini ise filmin ilerleyen sahnelerinde Albert'in ağzından dinleyeceğiz.

İlk başlarda pek ciddiye alınmayan ve kısa zamanda sona ereceğine inanılan kadınların grevi tüm engellemelere ve ikna çabalarına rağmen ulusal basında da ses getirir. Kadınlar ilk defa greve gidiyordur. İşverenin politik tehditleri de sonuç vermez ve kadınlar eşit ücret isteklerine ulaşırlar. Filmde en dikkat çekici noktalardan birisi de kadın işçilerin bile mücadele ilerledikçe eşit ücretin zorunluluğuna inanmalarıdır. O güne kadar dile getirilmemiş, düşünülmemiş bir şey olan eşit ücret mücadele içinde vazgeçilmez olmuştur. Dönemin kadın bakanının ve işveren temsilcisinin eğitimli fakat kocası tarafından küçümsenen ev hanımı eşinin de filme katkılarını unutmamak gerekir. Ford yönetiminin, İngiliz hükümetine grevleri durdurmasına yönelik aleni bir şekilde yaptığı tehdit de, kadın bakanın, grevde olan kadınları desteklemesi ile sonuçsuz kalır.

Rita'nın eşi Eddie, ilk başlarda kadınların grevini anlamsız bulur ve içten içe eşini suçlar ama ister istemez o da gerçeklerle yüzleşecektir. Filmi klasik İngiliz komedilerine yaklaştıran bir sahne de "We want sexuality" (Cinsiyet eşitliği istiyoruz) pankartının yarım açılması ve protestoya anlam vermeye çalışan yaşlı bir kadının verdiği tepkidir. Baştan sona izleyenin aklını ve kalbini fetheden bir film.

Ücret eşitsizliği ülkemizde özellikle bedenen çalışmaya dayalı iş kollarında halen uygulanmaktadır. Kayıt dışı işgücünün büyük bölümünü kadın işçiler oluşturmaktadır. Kadınlar halen evlilikle veya doğumla birlikte çalışma hayatından çekilmektedir. Çalışmaya devam eden kadın işçiler ise yasal haklarını tam olarak kullanamamakta ve işini kaybetme korkusu ile yaşananlara seyirci kalmak zorunda bırakılmaktadır. Bu filmi izlerken de bu gerçeklerin yine yüzümüze çarpması kaçınılmazdır. Filmin sonlarına doğru, yazının başlarında sözünü ettiğim "Fabrika Kızı" tadında türküler söylemeye başlıyorsunuz.

DOKUMACI KIZIN TÜRKÜSÜ

Bursa'daki fabrikada çıkan yangında boğularak ölen Ayşe, Sadife, Gülden, Necla ve Sevgi için...

Ben, bir ipek böceğiyim
adım Ayşe;
yaz güneşinin pırıltısını
dut yaprağına sarıp
sabırla koza ören.
Ben, bir örümceğim
adım Arakne;
ışıksız kuytularda gergefim
gece gündüz iplik sağıp
kumaş dokurum tülden.

Ah, ipekböceği boğulur kozasında
örümcek ezilir ayak altında.
Gençliğim solar, yanar bedenim
karanlık atölyelerde.
Ben, dokuma işçisiyim.

-Çözgü atkı mekik
yün ipek keten
gres yağı pamuk iplik
toz ter koku
makine uğultusu
ücret sabır mesai
gece vardiyası
uykusuzluk
yoksulluk-

Döner çark işler mekik
akar iplik parmağımın ucundan
akar kan, akar terim
akar gözlerimdeki ışık
akar gençlik düşlerim
akar sevda, umutlar
siner bir kumaşın desenine
çiçek çiçek yıldız yıldız.

Dokun,
dokun tenindeki ipeğe
pamuklu basmalara
ve duyumsa
akan teri, emeğimi.
Sor kendine;
ne zaman dönüşür ipliğe ipek
böceği
iplik nasıl kumaş olur
sarar tenini?
Pamuğu basmaya, keneviri ketene
kim dönüştürür?

-Çözgü atkı mekik
yün ipek keten
gres yağı pamuk iplik
toz ter koku
makine uğultusu
ücret mesai sabır
uykusuzluk
yoksulluk.
Neden, neden?-

Döner çark işler mekik
akar iplik parmağımın ucundan
akar kan, akar terim
akar gözlerimdeki ışık
akar gençlik düşlerim,
akar sevda, büyür umut,
yanımdaki tezgahta
işleyen ellerin sıcaklığında,
değişir makinemin türküsü.
-çözgü atkı mekik
sendika hak direniş,
çözgü atkı mekik
umut mücadele özgürlük-

ve güneş desenleri dokunur şimdi
yepyeni tezgahlarda...

Gülsüm Cengiz

Aralık 2005

(Evrensel Kültür Dergisi, Mart 2006)

AVUKATLARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

Av. Alper DEMİRALP
SGK Vekili - İzmir

01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı yasa ile Avukatların sosyal güvencelerinde değişiklik yapılmış olup yapılan değişiklik birçok meslektaşımızı etkilemiştir.Önce 5510 sayılı yasa öncesi durum kısaca değerlendirildikten sonra 5510 sayılı yasa sonrasındaki oluşan durum irdelenecek daha sonra olması gereken duruma ilişkin şahsi görüşüm belirtilecektir.

Hizmet akdi ile çalışan avukatlar 4/a statüsünde(eski tabirle ssk lı) olarak çalışmaya devam edeceklerdir.

a) 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı yasa öncesindeki durum:

5510 sayılı yasa yürürlüğe girmeden önce 506 sayılı yasanın 86. maddesi ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 186. maddesi gereği ,Topluluk Sigortasına girmesi zorunlu olan Serbest Avukatlar, SSK lı olarak değerlendirilmekte idiler.Yine 186. madde gereği uzun vadeli (Ölüm-yaşlılık) sigorta kollarına tabii zorunlu prim mükellefiyeti bulunan Serbest Avukatlar,kısa vadeli sigorta kolları açısından (iş kazası ölüm-hastalık) ise prim mükellefiyetleri taleplerine bağlı olarak mevcut idi.

b) 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı yasa sonrasındaki durum.(mevcut durum):

5510 sayılı yasa yürürlüğe girdikten sonra vergi mükellefi Serbest Avukatlar anılan yasanın 4/b maddesi bakımından sigortalı sayılmaya başladılar.Peki nedir bu 4/b?

5510 sayılı yasanın 4. maddesi sigortalı sayılanları belirtmiş olup,kanunun 4/a maddesi eski tabirle SSK'lı sigortalıları,4/b maddesi eski tabirle Bağ-Kur'lu sigortalıları,4/c maddesi ise eski tabirle Emekli Sandığı sigortalılarını ifade etmektedir.Mevcut düzenleme Serbest Avukatları 4/b kapsamında sigortalı saymıştır. Peki 4/b li sigorta Serbest Avukatlar için neler getirmiştir.

-Prim ödeme mükellefiyeti açısından : 506 sayılı yasaya göre ssk kapsamında sigortalı iken sigortalılık yılı-sigortalı yaşı ve prim ödeme süreleri dikkate alınarak emeklilik durumları belirginleşen Serbest Avukatlar mevcut düzenleme sonrası kadınlar için en az 7200,erkekler için ise en az 9000 gün prim ödemesi yaptıktan sonra, yıl ve yaş şartları da dikkate alınarak emekli olabilmektedirler. Prim ödeme gün sayısı bakımından ortalama olarak 3000-3500 gün daha fazla prim ödemesi yapmak zorunda kalmaktadırlar.5510 sayılı yasanın 88. maddesi gereği de 4/b sigortalıları her ay için 30 tam gün prim ödemesi yapmak zorundadır.5510 sayılı yasanın 9. maddesinde gelir vergisi mükelleflerinin,mükellefiyetlerini gerektiren faaliyetlerine son verdikleri tarihe kadar sigortalı sayılacakları düzenlendiğinden bu süreye kadar 30 tam gün prim ödeme zorunluluğu devam edecektir.

- Emekli olunca alınan aylıklar bakımından: Emekli aylıkları,her sigortalının durumuna göre değişebilmekle birlikte eski duruma göre yaklaşık %20-%25 oranında emekli aylıklarında azalma meydana gelmiştir.Bu azalmanın sebebi,eski adıyla Bağ-Kur ve SSK mevzuatında ve mevcut durumda ,SSK'lılar lehine yapılan düzenlemeden,4/b'li serbest avukatların yaralanamayacak olmasıdır. Burada hemen eklemek gerekir ki 4/a kapsamında yani SSK'lı olarak emekli olanların kazanılmış haklarında herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Ama 01/10/2008 gününden 3,5 yıl geçtikten sonra prim ödeyerek emekli olanlar ise 4/b kapsamında sigortalı sayılacaklarından daha düşük emekli aylığı almaları kuvvetle muhtemeldir.(prim gün sayısı ve basamak durumuna göre aylık miktarı değişebilir)

- Kısa vadeli sigortalar açısından : 506 sayılı yasaya göre kısa vadeli sigorta kolu olan, hastalık ve iş kazası yönünden prim ödeme keyfiyeti ortadan kaldırılmış ve zorunlu mükellefiyet getirilmiştir.

- 5510 Sayılı Yasanın 26. maddesi gereğince malullük sigortasından faydalanabilmek için aynı maddenin b fıkrası

gereği,en az on yıl sigortalı olmak ve en az 1800 gün prim bildirilmiş olması veya başka birinin bakımına muhtaçlık söz konusu ise 1800 gün prim bildirilmiş olması şartı getirilmiş ayrıca aynı maddenin son fıkrasında 4/b kapsamındaki sigortalıların bu maddeden yararlanabilmesi için genel sağlık sigortası primi dahil hiçbir prim borcunun olmaması şartı getirilmiştir.Bu zorunluluk 5510 sayılı yasanın 28. maddesinde düzenlenen yaşlılık aylığından yararlanabilme şartı olarak da düzenlenmiştir. Bayan avukatlar yönünden 5510 sayılı yasanın 16. maddesinde düzenlenen analık sigortasından yararlanabilmek için de doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları priminin yatırılmış olması ve genel sağlık sigortası primi dahil prime dahil her türlü borcun ödenmiş olması şartı getirilmiştir.Doğum sonrası ödenen geçici iş göremezlik ödeneği 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile (b) bendinde belirtilen muhtarlar ile aynı bendin (1), (2) ve (4) numaralı alt bentleri kapsamındaki sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla, doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilâve edilerek çalışmadığı her gün için yapılacaktır.

-Yaşlılık aylığına hak kazanıp çalışmaya devam eden Serbest Avukatlar yönünden ise almakta oldukları aylığın % 15 sosyal güvenlik destek primi olarak kesilmeye devam edecektir.Bu durumda aylıkların kesilmemesi için Sosyal Güvenlik Kurumuna yazılı başvuruda bulunulması gereklidir.

-5510 Sayılı Yasa nın 32. maddesi uyarınca hak sahiplerine ölüm sigortasından sağlanan haklardan faydalanmak için 4/b sigortalıları için en az 1800 gün prim şartı varken 4/a sigortalıları için ise 5 yıl sigortalılık ve toplam 900 gün prim şartı düzenlenmiştir.Aynı yasanın 33. maddesinde düzenlenen ölüm sigortasından bağlanacak aylığın hesaplanmasında 4/a sigortalıları yönünden 7200 gün dikkate alınırken,4/b sigortalıları için ise 9000 prim gün sayısı dikkate alınmıştır.

-5510 sayılı yasanın 41 .maddesinin e fıkrasında sigortalı olmaksızın avukatlık stajı yapanların normal staj sürelerini borçlanabileceği belirtilmiştir.

-Birden fazla sigortalılık hali durumunda ise Sigortalının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statüleri ile (c) bendinde yer alan sigortalılık statüsüne aynı anda tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde öncelikle aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statülerine tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde ise aynı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır.

ÖNERİLER

- 4/b sigortalılarının 5510 sayılı yasaya göre tabii olduğu sosyal güvenlik hak ve yükümlülüklerinin bazılarından yukarıda bahsedilmiştir.Görüldüğü üzere eski 506 sayılı yasada topluluk sigortasına bağlı prim ödeyen ve eski tabirle SSK'lı sayılan vergi mükellefi serbest avukatlar yeni kanunla 4/b li eski tabirle Bağkur sigortası sayılmış ve eski kanuna göre serbest avukatların birçok konuda yükümlülüğü artmış,haklarında da azalma meydana gelmiştir.Yıllardan beri avukatlar olarak özellikle emekli aylıklarının düşüklüğünden ve emekli olununca alınan aylık ile avukatlık mesleğine yaraşır bir hayatın sürdürülemeyeceğinden yakınır dururuz.Ne yazık ki mevcut düzenleme bizlerin bu yakınmalarını gidermemektedir.Peki ne yapılabilir?Yapılacak şey çok basittir.5510 sayılı yasaya ek olarak yapılacak bir düzenleme ile serbest avukatların 1.sınıftan emekli olmuş hakim-Savcının emekli olduğunda aldığı aylık miktarında aylık alabilme hakkı tanınmalı buna göre emekli aylığı almak isteyen serbest avukatlar yüksek prim ödeyerek daha yüksek aylık alma imkanına kavuşturulmalıdır.

Kıdem Tazminatı Kavramı ve Kıdem Tazminatının Hukukî Niteliği

Av. Hakan DİMDİK
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyesi

A. GENEL OLARAK

Kıdem tazminatı 1475 sayılı önceki İş Kanununun 14. maddesinde, 854 sayılı Deniz İş Kanununun 20. maddesinde ve 5953 sayılı Basın İş Kanununun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kıdem tazminatına söz konusu bu üç kanuna tabi işçiler hak kazanabilmektedir.

1475 sayılı Kanunun yalnızca kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi yürürlüktedir. Kıdem tazminatı fonu kuruluncaya kadar da yürürlükte kalmaya devam edecektir (4857 sayılı İK gm. 6).

Kıdem tazminatına ilişkin Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda da düzenlemeler bulunmaktadır. Deniz İş Kanununda, İş Kanunundaki düzenlemeye paralel bir düzenleme mevcut iken Basın İş Kanununda tamamen farklı bir düzenleme mevcuttur.

Kıdem tazminatı, işçinin yasada öngörülmüş asgari çalışma süresini tamamlaması ve iş sözleşmesinin yine yasada öngörülmüş hallerle sona ermesi durumlarında işveren tarafından işçinin kıdemi ve son ücretine göre, işçiye ödenen bir meblağdır.[1] Dolayısıyla kıdem tazminatı işçiye tanınmış, yasadan kaynaklanan bir alacak hakkıdır. Burada kaynağını yasadan alan bir borç ilişkisi mevcuttur.

İş sözleşmesinin sona erdiği her halde değil, yalnızca yasada öngörülen sona erme hallerinde kıdem tazminatı söz konusu olur. Bir başka deyişle kanunda sayılan sona erme nedenlerinden başka nedenle iş sözleşmesi sona ermiş ise kıdem tazminatından söz edilemeyecektir. Ancak şunu da söylemek gerekir ki nispî emredici olma özelliğini haiz olan bu hükümler işçi lehine düzenlemeler yapılmasına engel değildir. Şöyle ki, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde sayılan iş sözleşmesinin sona erme hallerinden başka sona erme hallerinde de kıdem tazminatının söz konusu olacağı iş sözleşmesinde kararlaştırılabilir.

Yabancı hukuk sistemlerinde kıdem tazminatına benzer müesseseler mevcuttur.[2] Kıdem tazminatı Avrupa'da bir örf ve adet kuralı olarak ortaya çıkmıştır.[3] Daha sonra bu müessese yasal güvence altına alınmıştır.

B. KIDEM TAZMİNATININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Öğretide kıdem tazminatının hukukî niteliği tartışmalıdır. Öğretide kıdem tazminatının teknik anlamda bir tazminat olduğunu savunanla birlikte, bu kurumun kanundan kaynaklanan bir tazminat olduğunu savunanlar, ikramiye olduğunu savunanlar, ücret olduğunu savunanlar, sigorta olduğunu savunanlar ve kendine özgü bir kurum olduğunu savunanlar da vardır.

Kıdem tazminatının hukukî niteliği, kurumun konuluş amacının saptanması bakımından ve özellikle kurumun söz konusu olduğu durumlarda uygulanacak kurallar bakımından önemlidir. Kıdem tazminatı bir ücret olarak nitelendirilirse bu durumda zamanaşımı beş yıl, şayet tazminat olarak nitelendirilirse zamanaşımı süresi on yıl olacaktır.[4] Bununla birlikte kıdem tazminatı ücret olarak değerlendirildiği takdirde gelir vergisine tabi olacaktır.

Kıdem tazminatının hukukî niteliği ile ilgili tartışmalar yabancı hukuk öğretilerinde de mevcuttur.[5]

2. Tazminat Görüşü

Bu görüşün temeli kusursuz sorumluluğa dayanmaktadır. Hukuk düzenimizde kusuru olmayan kişilerin de kimi durumlarda sorumlu olmayacakları düzenlenmiştir. İşte tazminat görüşünü savunan yazarlara göre kıdem tazminatı da işverenin kusursuz sorumluluğu nedeniyle ödemekle yükümlü olduğu gerçek

ve teknik anlamda bir tazminattır. İşveren kusursuz da olsa işçinin yıpranması, işini kaybetmesi nedeniyle karşılaştığı zararlardan ötürü işten ayrılırken ona kıdem tazminatı ödenir. [6]

Yargıtay, kimi kararlarında tazminat görüşünü savunmuştur[7]. Ancak SAYMEN'in de belirttiği gibi, Yargıtay bu kararlarında kıdem tazminatının hukukî niteliğini irdelemeden Yasadaki terim dolayısıyla bu sonuca varmıştır[8]. Fakat şunu da söylemek gerekir ki, Yargıtayın kıdem tazminatını "işinden ayrılan işçi için -ikramiye mahiyetinde olarak- her ne suretle olursa olsun bütün fesihlerde işçiye verilmesi lazım, bir tazminattır"[9] şeklinde ifade ederken, kıdem tazminatının ikramiye mahiyetinde bir tazminat olduğunu da belirtmiştir. Yine aynı kararında Yargıtay, "Kanun Vazu bir işçinin senelerce çalıştığı bir işten çıkarken ve senelerce çalıştığı işinde hayatının yıpranma payını hesap ederek emektar bir işçiye nev'ama bir emekli tazminatının verilmesini düşünmüştür" demiştir.

Kanaatimizce tazminat görüşü isabetli bir görüş değildir. Kıdem tazminatının söz konusu olabilmesi için işverenin ne kusurlu ne de kusursuz sorumluluğu aranır.[10] Kıdem tazminatında işveren bakımından kusur aranmayacağı gibi, zarar ve hukuka aykırılık unsurları da aranmaz. Bu halde kıdem tazminatını teknik anlamda bir tazminat olarak nitelemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır.[11] İş sözleşmesinin Kanunda öngörülen sona erme hallerinin gerçekleşmesi kıdem tazminatının varlığı için gerekli ve yeterlidir.

İş sözleşmesinin yaşlılık aylığı almak amacıyla işçi tarafından feshedilmesi, işçinin askere gitmek için iş sözleşmesini feshetmesi ya da işçinin eceliyle ölümüyle iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde "hukuka aykırı fiil", "kusur" ve "zarar" unsurlarından söz edilemez.[12] İşçi, işten ayrıldıktan hemen sonra başka bir işe girmiş olsa dahi kıdem tazminatı ödeneceğine göre kıdem tazminatının işçinin işini kaybetmesi sonucu zararlarını telâfi eden bir kurum olduğunu söylemek her durumda mümkün olmayacaktır.[13]

Belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitiminde sona ermesi durumunda kıdem tazminatının söz konusu olmaması da tazminat görüşünü zayıflatmaktadır. Çünkü belirli süreli iş sözleşmesi bakımından da işçinin yıpranması ve işini kaybetmesi durumu mevcuttur. Ancak buna rağmen işçi kıdem tazminatına hak kazanamamaktadır.

3. Kanundan Doğan Tazminat Görüşü

Bu görüşe göre kıdem tazminatı kanundan doğan iş hukukuna özgü bir tazminattır. Dolayısıyla bu tazminat, kanunda öngörülen durumların gerçekleşmesiyle varlık kazanacağından teknik anlamda bir tazminat değildir. Buna göre kıdem tazminatının var olma koşullarında ne kusur, ne hukuka aykırılık ne de zarar vardır. Kıdem tazminatının varlığı bakımından yalnızca Kanunda öngörülen şartlar kâfi gelecektir. Bu tazminat iş hukukuna özgü bir tazminattır. Keza iş hukuku dışındaki hizmet sözleşmelerinde kıdem tazminatından söz edilemez. Örneğin bir pilotun emekli olmak amacıyla sözleşmeyi feshetmesi kıdem tazminatı kazanması sonucunu doğurmayacaktır. Bu örnekte iş hukuku mevzuatı uygulanamayacağından kıdem tazminatından da söz edilemez. Açıklanan bu nedenlerle kıdem tazminatı kanundan doğan ve yalnızca iş hukukunda vücud bulan dolayısıyla iş hukukuna özgü bir tazminattır.

ESENER'e göre[14], kıdem tazminatı kanundan doğan, koşulları kanunda öngörülmüş bir tazminattır. Yazara göre, işveren hakkaniyet gereği işçiye, işini kaybettiğinden ötürü meydana gelen zararın tazmini bakımından bir tazminat ödemelidir. Teknik anlamda bir kusurun ya da zararın da varlığı gerekmemektedir.

NARMANLIOĞLU'na göre[15] kıdem tazminatı kanundan kaynaklanan iş hukukuna özgü bir tazminattır. Yazara göre kıdem tazminatı kusur esasına dayanmadığı gibi, kusursuz sorumluluk esasına da dayanmamaktadır. Kusursuz sorumlulukta da hukuka aykırılık unsuru aranmakta iken kıdem tazminatı bakımından bu koşul aranmamaktadır.

EKONOMİ'ye göre[16], kıdem tazminatı işçinin işverene bağlılığının karşılığı olarak ödenen Kanundan doğan özel bir tazminattır Buna göre EKONOMİ'nin kıdem tazminatını, tazminat ve ikramiye niteliklerini taşıyan bir kurum olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz.

SELÇUKİ, "… kıdem tazminatı kanundan doğan bir tazminat olup işçinin himayesi gayesine yönelik bir ödemedir."[17] Diyerek bu görüşü savunan yazarlar arasında yerini almıştır.

Önemle belirtmem gerekir ki kıdem tazminatını kanundan doğan bir tazminat olarak nitelendirmek isabetli olmamaktadır. Bir tazminat kanundan dahi doğmuş olsa, ortada hukuka aykırı bir fiil sonucu oluşan bir zararın varlığı şarttır. Aksi takdirde kıdem tazminatının neyi tazmin ettiği merak konusu olacaktır. Yasanın "tazminat" terimini kullanması kıdem tazminatı kurumunun tazminat niteliğini haiz olduğunu bahşetmez. Burada kanundan doğan bir borç ilişkisi söz konusudur. Kanun burada tek tarafa (işverene) bir para borcu yüklemiştir. Dolayısıyla tek tarafa borç yükleyen bu borç ilişkisinde işveren borçlu, işçi ise alacaklıdır.

4. İkramiye Görüşü

Kimi yazarlar[18] kıdem tazminatını bir ikramiye olarak görmektedir. İkramiye görüşüne göre kıdem tazminatı, işçinin yıllarca sadıkâne çalışmaları karşılığında işverence işçiye verilen bir mükâfattır.[19]

ATABEK, "Kanun vazu bu hüküm ile hem bedenen, hem de bedenen ve fikren çalışanların uzun sây ve sadakatlerini taltif etmek istemiştir."[20] diyerek kıdem tazminatının bir çeşit ikramiye olduğu kanısına varmıştır.

SAYMEN'e göre[21], Kanunkoyucu işçinin yalnızca manen mükâfatlandırılmasını yeterli görmemiş, ayrıca madden mükâfatlandırılmasını da istemiştir. Ayrıca yazar kıdem tazminatının kanundan doğan bir borç olduğunu da ifade etmiştir. Kanundaki şartlar gerçekleştiğinde işveren, kıdemli işçisine bir meblağ tediye etmek mecburiyeti altına sokulmuştur.

MOLLAMAHMUTOĞLU da, kıdem tazminatının işçinin işverene bağlılığını karşılığı bir ödeme olarak kabul etmektedir. Yazara göre, işverence İK m. 25/II'ye dayanılarak yapılan fesihler işçinin sadakatsizliğinden kaynaklandığı için işçi, kıdem tazminatına hak kazanamamaktadır.[22] Buna göre mezkur yazarın da ikramiye görüşünü benimsendiğini söyleyebiliriz.

OĞUZMAN'a göre[23] kıdem tazminatı, tahdit edilmiş bir ikramiyedir. Çünkü kıdem tazminatının söz konusu olabilmesi için Kanundaki sona erme hallerinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu da kıdem tazminatının sınırlandırılmış bir ikramiye olduğunu gösterir. Yazara göre, ikramiye görüşünün tam olarak kabul edilmediği söylenemez. Burada işverene yüklenen kıdem tazminatı yükünün politik amaçlarla yumuşatılmış olabileceği söylenebilir.

Yargıtay bir kararında[24] "… mezkur maddenin son fıkrasındaki tazminat, işinden ayrılan bir işçi için bir ikramiye mahiyetinde olup …" diyerek tazminat görüşünü terk edip ikramiye görüşünü benimsemiştir. Yargıtay bir başka kararında[25] da "Kıdem tazminatı, muayyen müddetli olmayan iş akitlerinde işinde sebat göstermiş olan ve akte aykırı hareketinden başka bir sebeple işinden ayrılan işçiye mali menfaat sağlayarak işçilerin işlerinde sebat etmelerini teşvik maksadıyla kabul edilmiştir…" diyerek ikramiye görüşünü benimsediğini belirtmiştir.

İkramiye görüşü 3008 sayılı Kanunun 25.1.1950 tarihli 5518 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki hali bakımından savunulabilir bir görüş idi[26]. Çünkü bu değişiklikten önce kıdem tazminatına hak kazanabilmek için "beş tam iş yılı" çalışma ve fesih koşulu dışında hiçbir koşul aranmamakta idi[27]. Fesih, işçi tarafından da yapılsa, işveren tarafından da yapılsa kıdem tazminatına hak kazanılabilecekti[28]. Dolayısıyla iş sözleşmesinin fesih dışında sona ermesi durumlarında kıdem tazminatı söz konusu olmamakta idi[29]. Bu düzenleme karşısında Yasakoyucunun uzun süre sadakatle çalışan işçiyi ödüllendirdiği sonucuna varılabilir. Ancak 5518 sayılı Kanunla kıdem süresi "üç tam iş yılı"na indirilmiştir. Daha sonra da bu süre koşulu 4.7.1975 tarih ve 1927 sayılı Kanunla *"bir tam yıl"* olarak değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik kanunları ile ayrıca süre koşuluna ek başka koşullar da öngörülmüştür. Dolayısıyla bu değişikliklerden sonra iş sözleşmesinin her sona erme halinde değil, bir tam yıllık kıdem süresi gibi kısa bir sürenin tamamlanmasıyla Kanunda öngörülmüş sona erme hallerinde kıdem tazminatı söz konusu olacaktır. Bu sebeple kıdem tazminatı, işverene uzun yıllar hizmet eden işçiyi ödüllendirme niteliğini haiz değildir[30]. Dolayısıyla 5518 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren kıdem tazminatının ikramiye niteliğini haiz olduğunu söylemek gerçeği yansıtmamaktadır. NARMANLIOĞLU'nun da işaret ettiği gibi[31] kendi kusuruyla bir hastalığa yakalanan ya da sakatlanan işçinin de kıdem tazminatına hak kazanabiliyor olması, kıdem tazminatının sadakat ve bağlılık mükâfatı olarak verildiğini kabul etmeyi mümkün kılmamaktadır.

Kıdem tazminatını ikramiye olarak kabul edersek, kural olarak iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda ödenmesi gerekir. Bu durumda ancak işçinin kusurundan ötürü iş sözleşmesinin sona ermesi durumlarında ödenmemesi mümkündür.[32] Yukarıda da izah etmiş olduğum gibi iş sözleşmesinin işçinin kusuruyla sona ermiş olduğu kimi durumlarda dahi kıdem tazminatı söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla kıdem tazminatının ikramiye olduğu sonucuna varmak pek mümkün görünmemektedir.

Kıdem tazminatını tahdit edilmiş bir ikramiye olarak nitelendirmek de mümkün görünmemektedir. Yalnızca yasada öngörülen sona erme şekillerinin varlığı halinde kıdem tazminatından söz edilebileceğinden, hakkaniyet gereği işçinin kıdem tazminatına hak kazanmaması gereken durumlarda dahi Kanunca hak kazanıyor olması, bu kurumun ikramiye olduğunun kabulünü güçleştirmektedir.

5. Ücret Görüşü

Bu görüşe göre kıdem tazminatı işçinin ödenmesi ileriye bırakılmış olan bir ücrettir ya da almış olduğu ücretlerin ekidir.

ÖZELMAS'a göre[33], "Kanunun ifadesi kıdem tazminatı olan bu ödeme, istihsal değeri içinde mevki almış emek faktö-

rüne yapılmıştır. Bu itibarla bu ödeme tereddütsüz, iktisadî anlamı içinde bir ücrettir.".

TÜRK-İŞ, 6. Genel Kurul Raporunda kıdem tazminatının ücret olduğu yönünde görüş ileri sürülmüştür. Rapora göre kıdem tazminatı işçinin amortismanı, yıpranma hakkı değildir. Raporda, "Kıdem tazminatı işçinin yıllarca birikmiş emeğinin karşılığı ve onun ücreti içinde yer alan ücret mahiyetinde bir gelirdir." denilerek açıkça kıdem tazminatının ücret olduğuna vurgu yapmıştır. [34]

Yargıtay bir kararında[35] kıdem tazminatının ücret olmadığını şöyle belirtmiştir:

"Bu tazminat birikmiş bir ücret olmayıp bir şartın tahakkukuna bağlı ve muallak bir alacaktır. Yani bu şart tahakkuk etmedikçe işçi kıdem tazminatı isteyemez. Başkasına devredemez ve bu tazminat haczedilemez."

Bir başka kararında[36] da "Kıdem tazminatı ücret kavramı içinde düşünülemez. Anılan tazminat, kanundan doğan tazminat hakkıdır." diyerek ücret görüşünü değil, tazminat görüşünü kabul ettiğini ifade etmiştir.

Öğretide de ücret görüşüne yönelik eleştiriler öne sürülmüştür.[37] Kıdem tazminatının Kanunda öngörülen haller bakımından geçerli olduğu, dolayısıyla iş sözleşmesinin her halinde kıdem tazminatının mümkün olmadığı göz önünde tutulursa, kıdem tazminatının ücret olduğu yönündeki anlayış kabul edilebilir görünmemektedir.[38] Zira kıdem tazminatı ücret niteliği taşısa idi, iş sözleşmesinin tüm sona erme hallerinde kıdem tazminatının ödenmesi gerekirdi.[39] Kıdem tazminatı bir ücret niteliğini haiz olsaydı her yıl alınan ücretin dikkate alınarak ödenmesi gerekirdi; halbuki kıdem tazminatı işçinin son ücreti dikkate alınarak belirlenir.[40] Kıdem tazminatı bakımından işçinin geçmişte ücret almadığı dönemler dahi kıdeme dahil edilir. Böylelikle kıdem tazminatı son ücret dikkate alınarak ödeneceğinden, geçmişte ücret alınmadığı dönemler bakımından da bu son ücret dikkate alınacaktır. [41]

6. Sigorta Görüşü

Yaşlılık sigortası görüşüne göre, uzunca zaman çalışan işçinin kendini güvence altına alması kıdem tazminatı ile mümkün olabilmektedir. Genç yaştaki işçilerin de kıdem tazminatına hak kazanabildikleri mümkün olduğuna göre bu görüşü savunabilme olanağı bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesince şekil yönünden iptal edilen 931 sayılı İş Kanununun 15. maddesinin gerekçesinde şöyle denmektedir:

"… bu hakkın kaldırılmasının kazanılmış haklar bakımından sakıncaları düşünülerek ve henüz işsizlik sigortası da kurulmadığı gözönünde tutularak bu kurumun sözü geçen sigortanın kuruluşu sırasında tekrar ele alınması uygun görülmüştür."[42]

Aslında gerekçede kıdem tazminatıyla ilgili ileri sürülen görüş kıdem tazminatının mahiyetiyle ilgili değil, kıdem tazminatına yüklenen işlev ile ilgilidir. TUNÇOMAĞ'ın da dikkat çektiği gibi işsizlik sigortasının var olmayışından dolayı kıdem tazminatına işsizlik sigortasının işlevi yüklenmiştir.[43] Kıdem tazminatına amacını aşan görev yüklenmiştir. Bu 4857 sayılı yeni İş Kanunun genel gerekçesinde de şöyle ifade edilmiştir:

"Politik düşüncelerin de etkisiyle kıdem tazminatı İş Kanununun en uzun maddesi haline dönüştürülürken bu hakkın kapsamı olağanüstü genişletilmiştir. Böylece işsizlik sigortasının işlevini de ülkemizde kıdem tazminatının üstleneceği düşünülmüştür. Hatta kıdem tazminatının ağırlaştırılmasının iş güvencesi alanında bile etkili olacağı ileri sürülmüştür."

Kıdem tazminatını işsizlik sigortası olarak mütalaa etmek doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü Yasa kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin "iş bulamama"sı koşulunu aramamaktadır.[44] Dolayısıyla işçi, işinden ayrıldıktan kısa bir süre sonra işe girse dahi diğer gerekli koşulların da varlığı durumunda kıdem tazminatına hak kazanabilmektedir. Ayrıca işçinin askere gitmesi ve işçi kadının evlenmesi durumlarında işçi kıdem tazminatına hak kazanabilmektedir.

7. Kendine Özgü (Sui Generis) Bir Kurum Olduğu Görüşü

Kimi yazarlar kıdem tazminatını yukarıdaki görüşlerden hiçbirine uygun görmemişler, kıdem tazminatının kendine özgü bir kurum olduğu sonucuna varmışlardır.[45] Buna göre kıdem tazminatı yukarıdaki görüşlerin haklılık paylarını taşımakla birlikte onlardan farklı bir niteliğe sahiptir.

ÇENBERCİ'ye göre,[46] "Kıdem tazminatı, bütünü bakımından belli ve alışılmış kalıplardan hiçbirine girmeyen, ama çoğundan da esinlenmiş, tamamen kendine vergi bir hukuksal ödev düşüncesine dayanır." Nitekim Yargıtay da bir kararında[47] ÇENBERCİ'nin bu görüşüne yer vermiştir.

ELBİR'e göre,[48] "Türk Hukukunda kıdem tazminatı, kaynağını kanundan alan ve hizmet sözleşmesinin sona ermesi halinde, şartları mevcut ise işveren tarafından ifası gereken bir ödeme vecibesidir."

SÜMER'e göre,[49] "Kıdem tazminatı, iş sözleşmesi kanunla öngörülen hallerden biri ile sona eren ve kanunda öngörülen asgari sürenin üstünde çalışmış işçiye veya ölümü halinde kanunî mirasçılarına, işveren tarafından ödenen ve miktarı işçinin çalışma süresi ve ücretine göre belirlenen paradır.".

ÇELİK'e göre[50], "Kıdem tazminatı, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde belirtilen asgari bir çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin kanunda sayılan nedenlerden biriyle son bulması halinde, işverence işçiye ya da mirasçılarına ödenen meblağdır.".

SÜZEK'e göre de kıdem tazminatı yasadan doğan, kendine özgü bir hukukî kurumdur.[51]

BAŞTERZİ'ye göre[52], "…kıdem tazminatının, iş sözleşmesinin sona erdiği belirli durumlarda işveren tarafından işçiye ödenmesi öngörülen, yasadan doğan kendine özgü (sui generis) bir yükümlülük olduğunu kabul etmek, bugünkü mevzuatımıza en uygun çözüm olacaktır.".

TOPALOĞLU/CAMKURT'a göre[53], "…kıdem tazminatı; kanunda belirlenen asgari çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin yine kanunda belirtilen nedenlerden biriyle son bulmasına bağlı olarak, işverence işçiye ya da ölümü halinde mirasçılarına ödenmesi gereken ve kendine özgü niteliği olan paradır.".

8. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

3008 sayılı Kanun ile Türk iş hukukunda yerini bulan kıdem tazminatı, ilk halinde sahip olduğu nitelik ile günümüzde sahip olduğu nitelik oldukça farklıdır. İlk halinde yalnızca beş yıllık bir çalışma koşulu öngörülmüşken, zamanla niteliğini oldukça değiştiren koşullar öngörülmüştür. 3008 sayılı kanun döneminde sadece bu beş yıllık süre öngörüldüğü için öğretide kıdem tazminatının niteliği baskın olarak ikramiye görüşü idi. Çünkü uzunca süre işverene hizmet eden işçinin bunun sonucunda ödüllendirilmesi söz konusu kanun döneminde savunulabilir bir görüş idi. Ancak zamanla bu süre üç yıla, daha sonra da bir yıla inmiştir. Ayrıca kıdem tazminatına hak kazanabilmek için ek koşullar getirilmiştir. Başka bir söylemle artık sadece süre koşulu değil, buna ek olarak başkaca koşulların da varlığı gerekmektedir. Bu nedenle günümüzde kıdem tazminatını, tazminat ya da ikramiye olarak değerlendirmek mümkün görünmemektedir.

Kıdem tazminatı iş hukukuna özgü, kanundan kaynaklanan kendine özgü bir kurumdur. Çünkü kıdem tazminatı yalnızca yasada öngörülen hallerin gerçekleşmesi durumunda söz konusu olan bir kurumdur.

Kıdem tazminatı kanunda öngörülen iş sözleşmesinin sona erme hallerinin gerçekleşmesi durumunda işçinin işverene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkıdır. Bu alacak hakkı kanunî bir alacak hakkıdır. Dolayısıyla kanundaki kıdem tazminatına hak kazanabilme koşulları gerçekleştiği takdirde elde edilen bir haktır. Kanunda zikredilen koşullar haricinde başka hiçbir koşula gerek yoktur.

[1] Kıdem tazminatına ilişkin öğretideki tanımlar için bkz.: Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2009, s. 298; Narmanlıoğlu, Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973 (NARMANLIOĞLU, Kıdem), s. 4; Sümer, s. 117; Elbir, Halid Kemal, İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1987, s. 102; ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1978, s.365; Çil, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 3, 2. Baskı, Ankara 2007 (Çil, Şerh), s. 3348; Aktay, A. Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2007, s. 219; Uşan, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C. I (İş Hukuku), Ankara 2006 (Uşan, İş Hukuku), s. 128; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2005, s.183; Işıklı, Alpaslan, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2005, s. 106-107; Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 610; Topaloğlu, Sıddık/Camkurt, Mehmet Zülfi, İş Mevzuatında Kıdem Tazminatı, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 21, 2007-2008/2-3, s. 41-42; Anadolu, F. Kerim, Kıdem Tazminatı Koşulları ve İşçinin Kıdeminin Hesaplanması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, İnternet Erişim Adresi: http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/makaleler/ F.%20Kerim%20ANADOLU/239-264.pdf, Erişim Tarihi: 22.11.2009, s. 241-242.

[2] Fransız Hukukunda "l'indemnité de licenciement" ya da "l'indemnité d'ancienneté", Alman Hukukunda ise "Entlassungsabfindung".

[3] Esener, Turhan, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 243.

[4] Çenberci, s. 367.

[5] Fransız Hukukundaki tartışmalar için bkz.: Durand, Paul, Traité de Droit du Travail, Tome II, Paris 1950, s. 913-914; Rivero, Jean/Savatier, Jean, Droit du Travail, 4. Édition, Paris 1966, s. 508; Brun, André/Galland, Henri, Droit du Travail, Tome I, 2. Édition, Sirey 1978, s. 923-924; Lyon-Caen, Gérard, Droit du Travail (le salaire), 2. Édition, Tome II, Paris 1981, s. 274-275; Couturier, Gérard, Droit Du Taravail, Tome I, Paris 1993, s 245;

Mazeaud, Antoine, Droit du Travail, 4. Édition, Montchrestien 2004, No: 533, s. 373.

[6] Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 219.

[7] "Kıdem tazminatı ücret kavramı içinde düşünülemez. Anılan tazminat, kanundan doğan tazminat hakkıdır." 9. HD 17.9.1964, 6250/5809; "Kıdem tazminatı, kıdemli işçilere verilen bir tazminat olmakla beraber…" İBK, 10.2.1954, 19/5 (KAZANCI BİLİŞİM – İçtihat Bilgi Bankası).

[8] Saymen, Ferit H., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954 (Saymen, İş Hukuku), s. 592, dn. 101.

[9] İBK, 14.12.1949, 19/15. Bu içtihadı birleştirme kararından önceki içtihadı birleştirme kararında da Yargıtay şöyle demekte idi: "Bu kıdem tazminatı iş verene kanun tarafından tahmil edilmiş bir borçtur. Kanunun aradığı şartlar tahakkuk edince iş veren kıdemli işçisine bir para ödemek mecburiyeti altındadır. Bu bakımdan iş veren işçi ücretlerinden bir tevkifat yapamaz. Bu nevi tevkifat tekaütlük ve sair maksatlarla yapılır. Halbuki bir tazminat yani kıdem tazminatı bir yardım, uzun seneler doğru dürüst bir şekilde çalışan işçiye ve iş verene merbut kalmış olan bu insana verilmesi kabul edilmiş bir nevi ikramiyedir." İBK T. 3.11.1948, E. 1948/11, K. 1948/7. Yine aynı kararda Yargıtay, "bu tazminat ve bunun gayesi bir mükafat ve ikramiye nevindendir" demiştir.

[10] Oğuzman, Fesih, s. 256.

[11] Saymen, İş Hukuku, s. 591; Esener, s. 245; Sürmeli, Fevzi, Kıdem Tazminatının Finansmanı ve Muhasebeleştirilmesi, Eskişehir 1981, s.19.

[12] Reisoğlu, Safa, 1927 Sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976, s. 23; Sürmeli, s.19.

[13] Aksi yönde görüş için bkz: Esener, s. 246.

[14] "...kıdem tazminatı, hizmet akdinin feshedilmesi sebebiyle işçinin, üzerinde hak sahibi olduğu işini kaybetmiş olması sebebiyle uğramış olduğu zararın hakkaniyet gereği tazmin edilmesidir. O halde işçinin işini kaybetmiş olması hakkaniyet icabı kendisine bir tazminatın verilmesini gerektirir niteliktedir. Ayrıca teknik anlamda bir kusur veya zarar aranmaz. Kaldı ki zarar maddi alabileceği gibi manevi de olabilir. İşçinin işini kaybetmesi dolayısiyle uğrayacağı zarar hakkaniyet ölçülerine göre, kıdemlilik esasına göre değişir. Kıdemli, işyerinde uzun zaman emeği geçmiş bir işçinin işi üzerindeki hakkı ile yeni bir işçinin durumu muhakkak ki aynı değildir. îşte haikkaniyet esasları göz önünde tutularak kanun koyucu kıdem tazminatının şartlarını genel olarak kanunda düzenlemektedir. Ancak bu düzenleme sosyal kamu düzeni niteliği taşıdığından sözleşmelerle işçinin daha yararına olan şartların kararlaştırılması geçerlidir." Esener, s. 246.

[15] Narmanlıoğlu, Kıdem, s. 337-338.

[16] Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C. I (Ferdî İş Hukuku), İstanbul 1980, s. 210-211.

[17] Selçuki, Sabih, Son Değişiklerle İş Kanunu ve Kıdem Tazminatı, İstanbul (Tarih belirtilmemiş) (Kıdem), s. 11.

[18] Atabek, Reşat, İş Aktinin Feshi, İstanbul 1938, s. 178. Saymen, İş Hukuku, s. 591; Mollamahmutoğlu, s. 612; Işıklı, s. 106-107.

[19] Atabek, s. 178; Saymen, Ferit H.,Yargıtay Ticaret Dairesinin 18.10.1946 Tarihli E. 845, K. 1044-2225 Sayılı Kararının İncelenmesi, İÜHFM C. XIII, S.1, Y.1947 (Saymen, İÜHFM C. XIII), s. 366; Saymen, İş Hukuku, s. 591; Dönmez, Kazım Yücel, İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara 2008, s. 508; Pérez, Benito, Derecho del Trabajo, Buenos Aires 1983, s. 114.

[20] Atabek, s. 178

[21] Saymen, İÜHFM C. XIII, s. 366.

[22] Mollamahmutoğlu, s. 612.

[23] Oğuzman, Fesih, s. 256.

[24] TD, 21.11 1946, 62/3019.

[25] İBK, 15.5.1957, 13/10 (KAZANCI BİLİŞİM – İçtihat Bilgi Bankası).

[26] Ayrıca bkz. Dönmez, s. 508; Başterzi, Etki, s. 86.

[27] Aynı yönde: SAYMEN, İÜHFM C. XIII, s.367-368; Atabek, s.179. Atabek'e göre işverenin iyiniyet ve ahlâk kurallarına aykırılık nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. Atabek'in görüşünün eleştirisi için bakınız: Saymen, İÜHFM C. XIII, s.367-368; Dönmez, s. 508. Aynı yönde bir kararında Yargıtay şöyle demiştir: "İş akdi, gerek işveren ve gerek işçi tarafından feshedilmiş olsun, işçinin ücreti tam olarak verildikten başka beş seneden fazla olan her bir tam iş senesi için ayrıca onbeş günlük ücret tutarında bir tazminatın dahi verilmesi gerektiği bu maddenin sarih hükümleri icabındandır." İBK, 3.11.1948, 11/7. Aksi yönde bir kararında (TD 18.10.1946 845/ 1044-2225) ise Yargıtay, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi durumunda, Kanunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasına dair bir hüküm olmadığından, kıdem tazminatının söz konusu olamayacağı sonucuna varmıştır. Karar metni için bkz. Saymen, İÜHFM C. XIII, s.365.

[28] Atabek, s. 178.

[29] Atabek, s. 179.

[30] Narmanlıoğlu, Kıdem, s. 330-331; Sürmeli, s.16; Pérez, s. 114.

[31] Narmanlıoğlu, Kıdem, s. 331.

[32] Oğuzman, Fesih, s. 238, Ayrıca bkz. aynı sayfa dn. 52. Oğuzman'a göre, işveren tarafından işçinin borca aykırı hareketi dolayısıyla yapılan haklı nedenle fesihler ve işçinin haksız feshi durumlarında kıdem tazminatının ödenmemesi adil bir sonuç olacaktır. Ancak Oğuzman'ın zikrettiği durumlar haricinde de işçinin kusurlu olduğu kimi durumlarda kıdem tazminatına hak kazanabilmesi mümkündür. Örneğin, kendi kusuruyla bir hastalığa yakalanan ya da sakatlanan işçi de kıdem tazminatı alabilmektedir.

[33] Özelmas, (Selçuki, Sabih, İlmî-Kazaî İçtihatlarla Yeni İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1967 (Mevzuat), s. 178'den naklen).

[34] Narmanlıoğlu, Kıdem, s. 326.

[35] İBK 3.11.1948, 11/7.

[36] 9. HD 17.9.1964, 6250/5809.

[37] Atabek, s.180; Oğuzman, Fesih, s. 255; Esener, s. 244-245; Pérez, s. 114.

[38] Aynı yönde: Oğuzman, Fesih, s. 255; Esener, s. 244-245.

[39] Esener, s. 245.

[40] Esener, s. 245.

[41] Narmanlıoğlu, Kıdem, s. 327; Esener, s. 245.

[42] Gerekçe metni için bkz: Başarı, Orhan, Gerekçeli-Notlu Türk İş Hukuku Mevzuatı, İstanbul 1967, s. 5.

[43] Tunçomağ, Kenan, İş Hukuku, C. I, 4. Bası, İstanbul 1986, s. 404. Aynı yönde: Günay, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2005, s. 2354.

[44] Reisoğlu, s. 21.

[45] Çenberci, s.371; Elbir, s. 102; Sümer, s. 117; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.183.

[46] Çenberci, s. 371.

[47] "Kıdem tazminatı, bütün bakımından belli ve alışılmış kalıplardan hiçbirine girmeyen, ama çoğundan da esinlenmiş, tamamen kendine vergi bir hukuksal ödev düşüncesine dayanır. Öyle bir ödev ki, doğması ve işçinin mal varlığında bir alacak halini alması, kanunda gösterilen belli şartların gerçekleşmesine; eş deyişle, işçinin o şartların çerçevelediği duruma girmiş olmasına bağlıdır (Mustafa Çemberci, İş Kanunu Şerhi Ankara 1986, s. 382)." HGK, 12.11.2003, 9-685/690 (KAZANCI BİLİŞİM – İçtihat Bilgi Bankası).

[48] Elbir, s. 102.

[49] Sümer, s.117.

[50] Çelik, s. 298.

[51] Süzek, s. 679-680.

[52] Başterzi, Süleyman, Kıdem Tazminatı-İşsizlik Sigortası İlişkisi, AÜHFD, C. 44, 1995/01, s. 313-334 (Başterzi, İlişki), s. 321.

[53] Topaloğlu/Camkurt, s. 42.

"Kıdem Tazminatı Fonu" Tartışmaları Üzerine

Av. Dilek GÜZEL GÜRBÜZ
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyesi
Av. Özgür METİN
İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Üyesi

8.6.1936 tarih ve 3008 sayılı İş Kanunu'nun "Bilûmum işçiler hakkındaki fesihlerde, beş seneden fazla olan her bir tam iş senesi için ayrıca 15 günlük ücret tutarında tazminat dahi verilir." Şeklindeki 13. maddesi ile mevzuatımıza giren kıdem tazminatı, yıllar içinde değişikliklere uğramış, 1950 yılında kıdem tazminatını hak etme süresi 5 yıldan 3 yıla düşürülmüş, 1971 tarih ve 1475 Sayılı İş Yasası ile kıdem tazminatına ilişkin sürenin iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilmesi kabul edilmiş, 1975 yılında yapılan değişiklikler ile kıdem tazminatı hak etme süresi üç yıldan bir yıla indirilmiş ve 15 günlük kıdem tazminatı süresi de 30 güne çıkarılmıştır.

12 Eylül askeri darbesi, darbenin ilk günlerinde kıdem tazminatını asgari ücretin 7.5 katı ile sınırlandırılmak suretiyle ve bu hükme aykırı davrananlar için hapis ve para cezası getirilmek suretiyle gerçek yüzünü göstermiş, 1982 yılında kıdem tazminatı tavanının asgari ücretle bağı koparılmış ve kıdem tazminatı tavanı en yüksek devlet memurunun bir hizmet yılı için alacağı azami emeklilik ikramiyesi ile sınırlandırılmıştır.

2003 yılında, 1471 sayılı İş Kanunu, 4857 sayılı yasa'nın 120. maddesi gereğince "Kıdem tazminatı" başlıklı 14.maddesi dışında yürürlükten kaldırılmış, 4853 sayılı yasanın geçici 6. maddesi ile kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulacağı, fon kuruluncaya kadar 1475/14. maddenin yürürlükte olacağına dair düzenleme yapılmıştır.

Bu tarihten sonra kıdem tazminatı fonu konusu zaman zaman gündeme getirilmiş, kamu oyunda tartışmaya açılmış, gelen tepkiler üzerine gündemimizde yok minvalinde açıklamalar yapılmış ise de, bir yandan da model tartışmaları (Avusturya modeli mi olacak gibi), prim oranları tartışılmaya devam edilmiştir. Bu yılın başında gündemimizde kıdem tazminatı yok denirken son olarak Çalışma Bakanı "kıdem tazminatı fonu ile ilgili hükümet programında yer alan hükümle ilgili tasarının Meclise geleceğini, kıdem tazminatını herkes için yararlanabilir hale getireceklerini ancak miktar olarak düşüreceklerini açıkladı. (Zaman Gazetesi-13.04.2012)

Peki nedir bu fon tartışmaları? Mevzuatımıza girdiği ilk günden beri işçiler açısından ücretin bir parçası, kazanılmış bir hak, işverenler açısından maliyet unsuru olarak kabul edilen kıdem tazminatı neden fona devredilmek isteniyor? Fon sistemi ile gerçekten tüm işçiler kıdem tazminatı hakkından faydalanabilecekler mi?

Kıdem tazminatına ilişkin yapılacak olan düzenlemeler "torba yasa"da olduğu gibi Hükümet programının bir parçası olduğu açıklanan "Ulusal İstihdam Stratejisi Belgesi" ne dayandırılmaktadır.

Hükümet programında, "İşçilerimizin büyük çoğunluğunun alamadığı, işletmelerimizin üzerinde ödeme baskısı oluşturan, çalışma hayatının en önemli sorun alanlarının başında gelen kıdem tazminatı sorununu kazanılmış hakları koruyan ve bütün işçilerin kıdem tazminatlarını garanti altına alan bir fon teşkil etmek suretiyle, sosyal taraflarla istişare içinde çözeceğiz." şeklinde kıdem tazminatına ilişkin fon düzenlemesine gidileceği yer almaktadır.

Konunun önemi ve kıdem tazminatı fonu tartışmalarının temel dayanağı olması nedeniyle "Ulusal İstihdam Strateji Belgesi'ne kısaca göz atmak gerekirse;

Belgenin amacı "Politika ve tedbirlerle Türkiye işgücü

piyasasındaki yapısal sorunların çözülmesi, orta ve uzun vadede büyümenin istihdama katkısının artırılarak işsizlik sorununa kalıcı çözüm sağlanmasını hedeflemek" olarak açıklanmaktadır. Belge ile hedeflenen amaçlara ulaşmak için ise dört temel politika ekseni belirlenmiştir. Bu eksenler:

- Eğitim-istihdam ilişkisinin güçlendirilmesi,
- İşgücü piyasasının esnekleştirilmesi,
- Kadınlar, gençler ve dezavantajlı grupların istihdamının artırılması,
- İstihdam-sosyal koruma ilişkisinin güçlendirilmesi

olarak açıklanmaktadır.

Konumuzun kapsamı ve kıdem tazminatı konusunda yapılması planlanan değişikliklerin yer aldığı bölümün işgücü piyasasının esnekleştirilmesi bölümü olduğundan burada sadece işgücü piyasasının esnekleştirilmesi kısmına değinilecektir.

Belgede işgücü piyasasının esnekleştirilmesi kavramı Durum Analizi, GZFT (Güçlü ve Zayıf Yönler, Fırsatlar ve Tehditler) Analizi, Temel amaçlar, Hedefler, Politika ve Tedbirler olmak Üzere beş başlık altında ele alınmıştır.

Durum analizi kısmında özetle işgücü piyasalarının esnekleştirilmesine yönelik politikaların temelinde küresel ekonomideki yapısal dönüşümün yattığı, bu yapısal dönüşümün Fordist Üretim Modelinin[1], yerini Post-Fordist Üretim Modeline[2] bırakmasından kaynaklandığı (Belgede fordist üretim tarzının yerini post- fordist üretim tarzına bırakmasının nedenlerinden bazıları küresel rekabetin artması, güçlü sendikalar ve işçi sınıfının hem maliyetleri artırması hem de işletme yönetimini sınırlandırması olarak gösterilmiştir) ve bu kapsamda küresel rekabetin artması, bilgi teknolojilerinin değişimi gibi her geçen gün değişen ekonomik şartlara ve çalışma koşullarına uyum sağlama amacının yanı sıra işletmelerin iç ve dış rekabet gücünü artırmak ve kronik hale gelmeye başlayan işsizlik sorunlarını çözmek amacıyla dünyanın birçok ülkesinde işgücü piyasalarının esnekleştirilmesinin öncelikli politika haline geldiği söylenmekte, işgücü piyasalarının esnekleştirilmesinin çalışanlar açısından güvencesizlik sorununu da beraberinde getirdiği kabul edilerek, esnek çalışma ve iş güvencesinin bir arada yürüyebileceği iddia olunan "güvenceli esneklik" kavramına değinilmektedir.[3]

Güvenceli esneklik kavramının temel bileşeninin esnek çalışma biçimlerinin olduğu, esnek çalışma biçimlerinin ise yaygın olarak kısmi süreli çalışma, belirli süreli çalışma, geçici istihdam büroları aracılığıyla geçici süreli çalışma, uzaktan çalışma, çağrı üzerine çalışma, iş paylaşımı ve esnek zaman modeli ile çalışma olduğu belirtilmekte ve özetle bu çalışma biçimlerinin yaygınlaştırılmasının istihdamı artıran özelliklerinden bahsedilmektedir.

Esnek çalışma biçimlerinin tanıtımından sonra ise kıdem tazminatı ile ilgili olarak şu değerlendirmeler yer almaktadır:

"İhbar prosedürü, ihbar ve kıdem tazminatı, haklı/haksız nedenle işten çıkarmanın tanımı, deneme süresi, haksız nedenle işten çıkarmada tazminat ve azami itiraz süresini dikkate alan sürekli çalışanların bireysel işten çıkarılması alt endeksinde ise Türkiye, 40 ülke içerisinde en katı mevzuata sahip 14'üncü ülke konumunda bulunmaktadır. Bu alanda özellikle kıdem tazminatı miktarının yüksekliği işgücü piyasasının katılık düzeyini artırmaktadır.

Ayrıca, Dünya Bankası tarafından yayınlanan 2010 yılı İş Yapma Kolaylığı Raporu'nda Türkiye, işçi istihdam etme kriterleri açısından 183 ülke arasında 145'inci sıradadır. Bu endekste de özellikle belirli süreli sözleşmelere ilişkin kısıtlamalar ile kıdem tazminatının yüksekliği işgücü piyasasında katılık yaratan unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda bahsedilen İstihdam Koruma Mevzuatı Endeksi'nin oluşturulmasında kullanılan kıdem tazminatı verilerine göre Türkiye, OECD ülkeleri arasında Portekiz ile beraber en yüksek düzeyde kıdem tazminatı ödemesini zorunlu tutan ülke konumundadır. Buna ek olarak, yine yukarıda bahsi geçen İş Yapma Kolaylığı Raporu'na göre Türkiye, en yüksek kıdem tazminatı düzeyine sahip ilk 20 ülke arasındadır. Kıdem tazminatı Türkiye'den daha yüksek olan ülkeler arasında Zimbabwe, Sierra Leone, Zambiya, Mozambik ve Guatemala yer almaktadır.

---

1 Belgede Fordist Üretim Tarzı 1970'li yıllara kadar standart malların kitlesel üretimini içeren, üretimin talebi yönlendirdiği, büyük ölçekli işletmelerin ağırlıkta olduğu, istikrarlı istihdam ilişkilerinin yer aldığı, homojen işgücünün teknik ve hiyerarşik kontrolünün sağlanabildiği, toplu pazarlığın esas olduğu, işçilerin basit ve monoton işler yaptığı üretim tarzı olarak açıklanmaktadır.

2 Belgede Post- Fordist Üretim Tarzı çeşitli malların küçük ölçekli üretildiği, talebin üretimi yönlendirdiği, işletme ve fabrika ölçeğinin küçüldüğü, istihdamın daha esnek ve güvencesiz hale geldiği, çalışma ilişkilerinin çeşitlendiği, yerel ya da bireysel ücret pazarlığının ağırlık kazandığı, farklı işler yapan vasıflı ve heterojen işgücünün bulunduğu üretim tarzı olarak tanımlanmaktadır.

3 Belgeye göre güvenceli esneklik kavramı ile bir yandan, işgücü piyasasının esnekleştirilmesi ile işletmelerin rekabet ortamına ve değişen koşullara uyum gücünün artırılması hedeflenirken, bir yandan da işgücü piyasasında yer alan kişilerin istihdam ve gelir güvencesinin sağlanması hedeflenmektedir.

Kıdem tazminatının yüksekliği, işletmeler açısından önemli bir maliyet kaleminin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. İşletmeler bu yükten kurtulmak için kayıt dışı istihdama yönelebilmekte ya da çalışanların kıdem tazminatına hak kazanmasını önlemek için işçilere girdi-çıktı yaptırmakta, istifaya zorlamakta, istifa dilekçesi alarak işe başlatmakta veyahut özellikle vasıfsız işçilerin kıdemi fazla artmadan işlerine son verebilmektedir. Bunun sonucunda, işletmelerde önemli oranda verimlilik kayıpları yaşanmaktadır.

İşçiler açısından bakıldığında, özel sektörde çalışan ve özellikle sendikalı olmayan birçok işçi, İş Kanunu'nda öngörülen kıdem tazminatını fiilen alamamaktadır. Ayrıca, iş değiştirirken kıdem tazminatı alacağının yeni işyerine transfer edilememesi, işgücünün hareketliliğini de sınırlandırmaktadır. Bu kapsamda işini değiştirmek isteyen çalışanlar, birikmiş olan kıdem tazminatı hakkını kaybetmemek için işlerine devam etmek zorunda kalmakta ya da iş sözleşmesini feshederek birikmiş kıdem tazminatı hakkını kaybetmektedirler."

Politika ve tedbirler başlığı altında ise; kıdem tazminatı ile ilgili olarak uzun ve kısa vadede yapılması planlanan değişiklere ilişkin önemli bilgiler yer almaktadır. Buna göre:

"İstihdam üzerindeki mali yükleri azaltacak, işletmelerdeki finansal öngörülebilirliği artıracak ve işgücü hareketliliğini hızlandıracak kıdem tazminatı reformu yapılacaktır.

Tüm işçilerin erişebileceği, bireysel hesaba dayalı, mali açıdan sürdürülebilir bir Kıdem Tazminatı Fonu kurulacaktır.

Kıdem tazminatı uygulaması kazanılmış hak kaybına neden olmayacaktır.

Kıdem Tazminatı Fonu gelirleri işveren tarafından yatırılacak olan primlerden oluşacaktır.

Prim oranları belirlenirken işverenin mevcut kıdem tazminatı yükü artırılmayacaktır.

Kıdem Tazminatı Fonu'na işverenin ödeyeceği prime geçici olarak İşsizlik Sigorta Fonu'ndan katkı yapılacaktır.

En az 10 yıl kıdemi olan işçilere, işsiz kaldıkları dönemde kıdem tazminatı hesabından kısmen para çekme hakkı verilecek, hesapta kalan bakiye ise emeklilikte ödenecektir.

Bir yıllık çalışma karşılığında verilen kıdem tazminatı miktarı, uzun vadede OECD ortalamasına çekilecektir."

Görüldüğü gibi, Ulusal istihdam Strateji belgesinin temel politika ve hedeflerinin arasında yer alan "işgücü piyasasının esnekleştirilmesi" hedefinde kıdem tazminatı fonu, işgücü piyasasının esnekleştirilmesinin ana başlığını oluşturmaktadır. Ancak temel hedef "işverenler üzerindeki yükü azaltarak istihdamı/rekabeti arttırmak" olarak tanımlanmaktadır.

Kıdem tazminatına yönelik mevcut uygulamanın işçiler açısından taşıdığı olumsuzluklar, kayıt dışı çalışan işçilerin bu haktan hiç faydalanamaması, hukuken bu alacağa hak kazanmakla birlikte özellikle küçük işletmelerde, iflas durumunda alacakların tahsil edilememesi, çeşitli hileler nedeniyle tazminatlarını alamayan milyonlarca işçinin varlığı kıdem tazminatı fonu tartışmalarında hükümetin ve işverenlerin elini güçlendirmektedir. Bunların yanı sıra, işçilerin sigortalarının tam gösterilmemesi, ücretlerinin dahi eksik ödenmesi/ödenmemesi, işçinin tazminatı hak etmeyecek şekilde işten ayrılmasını sağlamaya yönelik baskılar ve fonun yararlı olacağı, artık herkesin kıdem tazminatından faydalanabileceği şeklindeki söylemlerin özellikle fiilen kıdem tazminatını alamayacak durumda olan işçilerin kafasını karıştırdığı, suları bulandırdığı açıktır. Kısmen örgütlü ve iş güvencesine sahip büyük iş yerlerinde (özel veya kamu sektöründe) çalışan işçiler ise, hak kayıplarının olacağı, fonun belirsizliği gibi gerekçelerle fona sıcak bakmamaktadırlar. İşçi sendikaları ise kıdem tazminatını tartışmaya açmayacaklarını ve bunu genel grev nedeni sayacaklarını açıklamış bulunmaktalar.

Fon gerçekten açıklanan işlevlere sahip olacak mıdır? Artık tüm işçiler -taşeron işçileri, mevsimlik işçiler, gündelikçi işçiler, her türlü sosyal güvenceden mahrum şekilde çalışan işçiler gibi- fonun kurulması ile birlikte kıdem tazminatı hakkından faydalanacak mıdır? Mevcutta bu haktan yararlanabilecek durumda olan işçiler için iyileştirme mi yapılmaktadır ?

Aslında sayılan gerekçelere bakıldığında bu gerekçelerin kıdem tazminatını fona devretmek için ikna edici olmadığını görmekteyiz. Baromuz İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku komisyonu olarak yaptığımız inceleme ve tartışmalarda mevcut yasal düzenleme ve uygulama ile getirilmek istenen fon sistemi karşılaştırıldığında şu hususlar özellikle dikkati çekmiştir:

- Öncelikle gerçekten çalışan tüm kesimin kıdem tazminatı hakkından faydalanması isteniyorsa, bunun için yasal düzenleme yapılarak yararlanmanın kolaylaştırılması mümkündür. Kıdem tazminatı hakkından yararlanma koşullarının kolaylaştırılmasının fon kurulması ile bir ilgisinin olmaması gerekir. Ayrıca fon yoluyla mağdur işçilerin (taşeron işçiler gibi) mağduriyetlerinin giderileceği iddiası düşündürücüdür. Zira, biliyoruz ki, bugün de örneğin taşeron işçilerin kıdem tazminatı hakkı vardır ancak fiilen bu hak kullandırılmamakta, devlet de bu duruma seyirci kalmakta, hatta kamu işyerlerinde sorunun bizzat aktörü olmaktadır.

– Bir işçinin fondan yararlanarak kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için mutlaka sosyal güvenlik sistemine dahil olarak çalışması gerekmektedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Faruk Çelik bir soru önergesine verdiği cevapta 2011 yılının Eylül ayı itibariyle Türkiye'de kayıt dışı istihdam oranının yüzde 42.80 olduğunu ve 2011 verilerine göre 10 milyon 600 bin kişinin kayıt dışı çalıştığını açıklamıştır. Gerçekte kayıt dışı çalışanların resmi rakamlara yansıyanlardan daha fazla olduğu tartışmaları bir yana bırakılırsa "fonla birlikte herkesin kıdem tazminatını alacağı" iddiasının gerçeği yansıtmadığı görülmektedir.

– Mevcut uygulamada, kıdem tazminatının hesabında dikkate alınan 30 günlük ücret bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile tavanı aşmamak üzere işçi lehine arttırılabiliyorken fon ile bu olanak kaldırılmaktadır.

– Mevcut kıdem tazminatına hak kazanma koşulları fon ile daraltılmaktadır. Askerlik, evlilik, 15 yılı ve 3600 günü doldurup emeklilik yaşını bekleme gibi durumlarda kıdem tazminatı alabiliyorken fon sistemi ile bu hak kaldırılmaktadır.

– Bilindiği gibi 30 işçiden az işçinin çalıştığı iş yerlerinde işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanamamaktadır. Bu

tür işyerleri genelde küçük ve kayıt dışı çalışmanın yoğun olduğu iş yerleri olup bu tür işyerlerinde kayıtdışı/güvencesiz çalışıp işsizlik sigortasından yararlanamayan işçilerin kıdem tazminatı fonundan da yararlanamayacakları açıktır. Dolayısıyla bu tür yerlerde çalışan işçiler fon ile çifte zarar görecekler, mağduriyetleri artacaktır.

– Fonun getiriliş amacının iş gücü maliyetini azaltmak olduğu açıklanmıştır. Oysa kıdem tazminatı fonu kurulursa, işverenler fona her bir işçi için işçinin maaşının belli bir oranı kadar (şimdilik % 3-4 telaffuz edilmektedir.) aylık prim ödeyecektir. Bu durumda işverenin işçilik maliyetinin azaltılması bir yana ek prim yükünün işçilik maliyetini artıracağı açıktır. Bu durum, fon getirilişinin uzun vadedeki gerçek amacının, kıdem tazminatı uygulaması ile kısmen sağlanan iş güvencesini yok etmek, kolay işçi çıkarmanın yolunu açmak olduğunu göstermektedir. Zira fon ile birlikte tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olan işverenlerin işten çıkarmalarda keyfiliği arttıracakları, istihdam teşvikleri ile birlikte değerlendirildiğinde özellikle kıdemli ve yaşlı işçilerin yerine daha genç ve daha düşük ücretlerle işçi çalıştırma olanağına kavuşacakları, iş güvencesinin ortadan kalkacağı işçi cephesinden yaşanması muhtemel sorunlardır. Ayrıca bu durumun aynı zamanda kıdemli işçilerin kıdemlerinden kaynaklı ücret artış taleplerinin de önünü kapatacağı, işçiler üzerinde baskı aracı haline geleceği de kamuoyunda sıkça dillendirilmektedir. Dolayısıyla fonun en önemli özelliği işverenin ödemesi gereken tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırarak işçilerin toplu veya bireysel ama her halükarda rahatça ve keyfi bir biçimde işten çıkartılmasının önünü açması, kıdem tazminatının işçinin işten çıkartılmasındaki caydırıcı etkisini ortadan kaldırmasıdır.

– İşverenin ödeyeceği prim oranı ya da miktarı konusunda çeşitli tartışmalar yer almakla birlikte kamuoyunda primin aylık kazancın % 3'ünü geçmemek üzere fon yönetimi tarafından belirleneceği belirtilmektedir. Oysa, bu durumda, birikecek prim ile işçinin her yıl için 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı alması mümkün değildir. Uzmanlar işçinin çalıştığı her bir yıl için 30 günlük ücreti tutarında tazminat almaya devam edebilmesi için prim oranının % 8'in altına düşmemesi gerektiğini belirtmektedir. İşçi ücretinden yüzde 3 prim kesilerek, kıdem tazminatının 30 günlük ücret üzerinden ödenmesi mümkün olmayıp % 3 prim oranı ile ödenebilecek tazminat işçinin ortalama 15 günlük ücretine tekabül etmektedir. Nitekim Çalışma Bakanı tarafından bir işçinin 37.5 yıllık çalışma sonrası 12 aylık kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde bir hesap yapıldığı basına açıklanmıştır.

– Fona yapılacak ödemede kıdem tazminatı hesabında esas alınması gereken giydirilmiş ücretin baz alınıp alınmayacağı da belli değildir. Çoğunlukla asgari ücret üzerinden sigorta primlerinin yatırıldığı, gerçek ücretin kayıtlara yansıtılma oranının çok düşük olduğu ülkemizde, işçinin fondan düşük matrahla yapılan ödemeler üzerinden gerçekte alabileceğinden çok az miktarda kıdem tazminatı alabileceği açıktır. İşçi ek ödemelerin dikkate alınmaması ve ayrıca gerçek ücretinin kayıtlara yansıtılmaması nedeniyle de hak kaybına uğrayacaktır.

– Fon kurulduktan sonra, mevcut çalışanların birikmiş kıdem tazminatlarının ne olacağı belli değildir.

– "İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağında İşverenler tarafından kıdem tazminatı bakımından işçilerin bildirimlerinin yapılıp yapılmamasından, prim ödeme süresi içinde yatırılmayan prim tutarlarından ya da primlerin yatırılmamasından veya eksik yatırılmasından kurumun (Sosyal Güvenlik Kurumu/SGK) sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Kayıtdışı çalışmanın yüksek olduğu ülkemizde sigorta prim tahsilatları bile yapılamazken / ücretler / fazla çalışma ücretleri ödenmezken işveren tarafından kıdem primlerinin yatırılmaması/eksik yatırılması halinde işçinin ayrıca bunun için hukuksal yollara başvurması gerekecektir. Dolayısıyla kıdem tazminatı uyuşmazlıklarından kaynaklı mahkeme yükünü azaltmanın hedeflendiği yönündeki iddianın da bir anlamının olmadığı kanaatindeyiz. Hakim-savcı-kalem personeli sayısını artırmak yerine yargılama masraflarını artırarak yargı yükünü azaltmayı tercih eden düşünce yapısının kıdem tazminatı hakkını yok ederek yargı yükünü hafifletme çabası anlaşılır, fakat kabul edilemez niteliktedir.

– Taslakta Kurumun, yatırılan kıdem tazminatı primlerini yatırılma süresinin dolduğu tarihi takip eden ayın sonuna kadar işverenin ilgili olduğu bireysel emeklilik şirketine aktaracağı, şirketi işverenin, primlerin hangi fonda değerlendirileceğini ise işçinin seçeceği düzenlenmiş. Yıllar sonra işçiye "birikimini yanlış fonda değerlendirmişsin, senin fon zarar etti" denmesi mümkün olup, bu düzenleme ile İşsizlik sigortası fonunun GAP'a, karayollarına veya nerede ihtiyaç var ise oraya kaynak olarak aktarılması gibi, fon getirilişinin gerçek

amacının fon kaynaklarının özel şirketlere kaynak yaratmak, sıcak para akışını sağlamak olduğunu göstermektedir.

– Ülkemizde geçmişte kurulan fonların akıbeti bellidir. Tasarrufu teşvik fonuna yıllarca prim ödenmesine rağmen bu gün fon kaynaklarının denetimsizliği, amaç dışı kullanım, kayıtların sağlıklı tutulmaması gibi bir çok nedenle ciddi hak kayıpları ve mağduriyetler yaşanmış olup, çoğu çalışan birikimlerini alamamış, büyük bir çoğunluğu almaya çalışmaktan vazgeçmiş, aradan geçen uzun yıllara rağmen bugün komik rakamlara dönen birikimlerini alamayanların bir kısmı mahkeme kapılarını aşındırmaya devam etmektedir. Getirilmek istenen kıdem tazminatı fonunun akıbetinin de diğer fonlar gibi olması adeta kaçınılmazdır. Fon kaynaklarının nasıl kullanılacağı belirsiz olduğu gibi, uzmanlarca fon için yapılacak olan tahsilat ile işçiye ödenecek kıdem tazminatı hesabı dikkate alındığında yapılan hesaplamaların fonun gelirinin giderini karşılamayacağı açıklanmaktadır. Kıdem tazminatı ödemeleri başladığında açık oluştuğu gerekçesiyle ödeme koşullarının değiştirilmesi/koşulların ağırlaştırılması muhtemeldir. Ayrıca, "İşsizlik Sigortası Fonu"ndan yapılan harcamaların çok az bir kısmının işçiye ödeniyor olması bu fonların işçilerin yararına kurulmadığının da bir göstergesidir.

– Fon tartışmalarında ülkemizin kıdem tazminatı açısından Avrupa ülkeleri, OECD ülkeleri ile karşılaştırıldığında çalışma süresine oranla en yüksek kıdem tazminatı düzenlemesi olan ülke olduğu eleştirileri/tartışmaları yapılmaktadır. Ancak, Avrupa ülkelerindeki sosyal yaşam koşulları ve reel ücretlerle ülkemizdeki sosyal yaşam koşulları ve reel ücretler bir birleriyle karşılaştırılmayacak derecede farklı olup, sadece çalışılan her yıl için kaç aylık ücret ödendiği tartışması doğru bir tartışma değildir. Tartışmanın sosyal yaşam koşulları ve reel ücretler üzerinden yapılması gerekmektedir. Bu durumda da Avrupa ülkeleri ile karşılaştırıldığında ülkemizin durumunun içler acısı olduğu bir gerçektir.

Belediye-İş Sendikası'nın açıklamasına göre Avrupa Birliği ülkelerinin büyük bir kısmında, İhbar öneli, kıdem tazminatı, işçiye ödenen diğer tazminatlar, işsizlik sigortası, iş güvencesi ve aile yardımı sağlanmakta, bunun dışında eğitim, sağlık, adalet v.b. harcamaları kapsayan sosyal harcamaların bütçe içindeki payları da ülkemizin iki katından fazladır. Örneğin, ülkemiz de sosyal harcamaların bütçe içindeki payı %19 iken, Avusturya'da %70, Yunanistan'da %35,5, İspanya'da %49,5 ve Çek Cumhuriyetinde ise %54,4'dür. (Belediye-İş Sendikası-Ocak 2011)

Sonuç itibariyle; bütün işçiler kıdem tazminatı alamıyor gerekçesi doğru olmakla birlikte çözümün kıdem tazminatı hakkının ortadan kaldırılması ya da ödenecek tazminatın yüzde onlara kadar düşürülmesi olmadığı, getirilmek istenen fon sisteminin sorunları çözmek yerine daha da içinden çıkılmaz hale getireceği, mevcut hakların çok gerisinde olduğu, hak kayıplarına yol açacağı açıktır. Mevcut sorunların çözümü, bütün çalışanların kıdem tazminatlarını alması isteniyorsa; bunun yolu kayıt dışı çalıştırmayı önlemekten, kayıt dışı çalıştıranlara ağır cezalar uygulamaktan, işçilik prim oranlarını azaltmaktan, taşeronlaşmayı yasaklamaktan, işten hangi nedenle ayrılınırsa ayrılınsın tüm çalışanlara kıdem tazminatı ödenmesini sağlayıcı, ödemeyi kolaylaştırıcı ve garanti altına alıcı yasal düzenlemeler yapmaktan, her türlü güvencesiz çalışma biçimine, sendikal örgütlenme önündeki yasal ve fiili engellemelere son vermekten geçmektedir.

İzmir Barosu, KESK, DİSK, TMMOB, TTB tarafından oluşturulan "İzmir İşçi Sağlığı ve Güvenliği Koordinasyonu"nun düzenlediği panel yapıldı:

YASALLAŞAN İŞ CİNAYETLERİ

İzmir Barosu, DİSK, KESK, TMMOB ve TTB'nin katılımıyla kurulan İzmir İşçi Sağlığı ve Güvenliği Koordinasyonu tarafından düzenlenen "Yasallaşan İş Cinayetleri" paneli 12.05.2012 tarihinde Tepekule Kongre Merkezi'nde gerçekleştirildi.

İzmir İşçi Sağlığı ve Güvenliği Koordinasyonu adına panelin açılış konuşmasını yapan **KESK temsilcisi Mustafa Güven**, giderek artan iş cinayetlerine ve buna karşın iş denetimlerinin yeterli olmayışına dikkat çekerek, sendikaların, meslek örgütlerinin ve güvencesizlerin, işçi sağlığı ve güvenliği alanında birlikte hareket etmeleri zorunluluğunu vurguladı. Bu alanda sermayenin değil işçi sınıfının ihtiyaçlarına göre ortak çalışmalar yürütmek üzere kurulan Koordinasyonun, paneli de aynı amaçla düzenlendiğini belirtti.

Moderatör, **TMMOB İzmir İl Koordinasyon Sekreteri Ferdan Çiftçi,** Koordinasyon çalışmalarının yalnızca yasaya ilişkin kısır bir çerçevede yürütülmediğini, önümüzdeki süreçte izleme, takip ve benzeri görevleri de içererek süreceğini belirtti. Çiftçi, sermaye bakımından, "iş"in sağlığının ön planda olduğunu, Koordinasyonu oluşturan kurumlar bakımından ise "işçi"nin sağlığının ön planda olduğunu vurgulayarak, resmi kayıtlara göre **dünyada her yıl 270 milyon iş kazasının gerçekleştiğini, 15 saniyede bir işçinin, her gün 6.300 işçinin iş kazalarında hayatını kaybettiğini,** felaket olarak adlandırılan olaylarda bile bu derece vahim, insan hayatının hiçe sayıldığı bir sürecin bulunmadığına değindi.

İlk konuşmacı, **TMMOB Makine Mühendisleri Odası İzmir Şube Sekreteri Melih Yalçın**, işçi sağlığı ve güvenliği konusundaki yasanın hazırlanması sürecini bir fırsat olarak değerlendirmek ve bu konuda yapılmış olan bütün çalışmaları derleyip toparlamak gerektiğini ifade ederek, meslek örgütlerinin de baktıkları yerden bütün görüş ve önerilerini, yasanın hazırlık çalışmaları içerisinde bakanlığa, hükümete, meclise göndererek baskı unsuru olmaları gerektiğini vurguladı. İşçi sağlığı ve güvenliği konusunda anayasada tanımlanmış devletin görev ve sorumluluklarına değindi. **İşverenin sorumluluğunun da işyerinde, çalışanın en dikkatsiz ve güvenliksiz,**

hatta kasdi davranışı durumunda dahi iş kazasının meydana gelmesini önleyecek önlemleri almak ve denetlemek olduğunu belirtti. Yasa taslağında hizmet sektörünün bir kısmının ve KOBİ'lerin önemli bir kısmının kapsam dışında bırakıldığı ve işçi sağlığı ve güvenliği alanın ticarileştirildiğine yönelik eleştirilerini dile getirdi.

Panelin ikinci konuşmacısı **Marmara Üniversitesi Çalışma Ekonomisi öğretim görevlisi Yrd. Doç. Dr. Özgür Müftüoğlu** konuşmasında, Türkiye'nin cumhuriyet tarihinin en hızlı büyümesini yaşadığını, bu büyümenin, iş kazaları ve meslek hastalıklarında yaşanan artışla bağlantısını kurmak gerektiğini belirterek sunumuna başladı. Kapitalist üretimin varlığını sürdürebilme politikasının, ucuz emek gücü ile maliyeti en düşük üretimi gerçekleştirmek ve geniş pazarlar yaratmak üzerine kurulu olduğunu, bu sistemde işçinin yaşamını idame ettirmek için çalışmak zorunda olduğunu ve çalışabilmek için de diğer işçilerle rekabet etmesi gerektiğini, bu rekabetin ise ücret seviyesini aşağıya çektiğini ve işçinin en kötü çalışma koşullarına razı olmak zorunda kaldığını belirterek "özgür emeğin" sermaye için en ucuz üretim kaynağı olduğunu vurguladı. Buna karşın emekçilerin mevcut haklarını ancak örgütlenerek ve mücadele sonucu elde edilebildiklerini belirtti. 19. yüzyılın sonunda 1 Mayıs mücadelesinin 8 saatlik işgünü için verildiğini dile getirerek, bugün gelinen noktada ise işçilerin 8 saatlik çalışmayı hayal bile edemediğini anımsattı. İş kazalarının, kazaların gerçekleşeceğini işverenin de devletin de önceden öngördüğü halde yaşandığını, bir bakıma taammüden işlendiği, bu nedenle de cinayet olduğunu ifade ederek, sınıf mücadelesinin olmadığı yerde devletin

denetleme görevini de yerine getirmediğini vurguladı. Bugünkü ekonomik büyümenin bu koşullarda ve **işçilerin yalnızca terleri üzerinden değil kanları üzerinden gerçekleştiğini,** buna karşın yasa tasarısının gerekçe kısmında iş kazaları ve meslek hastalıkları sonucu ortaya çıkan ekonomik kayıpların dikkate alındığını ve toplam maliyetinin ne kadar olduğunun vurgulandığını, bunun ise derdin insanların ölmesi değil maliyetlerin yükselmiş olması olduğunu ve bu bakışın devletin de meseleye bakışı olduğunu ifade etti. Tasarıda çocuk çalışan tanımının yapılmamasının gerekçede açıklandığını, buna göre mesleki eğitim dışında kalan çocukların çalıştırılmamasının amaçlandığını, ancak bu düzenlemenin, çocukların mesleki eğitim adı altında ağır ve tehlikeli işler dahil her tür işte ucuz işgücü olarak çalıştırılmasına yol açacağını belirtti.

Üçüncü konuşmacı **Kocaeli Barosu üyesi Av. Murat Özveri,** iş yasalarındaki dönemsel değişikliklerin işverenlerin ve devletin işçiye bakışındaki değişikliklerin de ifadesi olduğunu dile getirerek, artık işçiyi değil işletmeyi korumanın esas olduğu bir dönem içinde olduğumuzu vurguladı. Yasaları somut tartışmak gerekir diye diye yasaların içine gömülüp kalındığını, oysa tam da toptan bir red gerektiren bir dönemde bulunduğumuzu, çünkü **güvencesizliğe hukuki güvence getirme aşamasındaki hukukun, işçi sınıfının elini kolunu bağladığını** ifade etti. Kendisini hukuken bağlayıcı hale getiren anayasa, uluslararası mevzuatın olmasına karşın bunların uygulanmadığını, emredici hukuk kurallarının dahi görmezden gelindiğini örneklerle ortaya koyarak, güvencesizlik ile yeni bir istihdam modeliyle karşı karşıya olduğumuzu, "en az maliyetle en çok üretimi yapıp karı maksimize etmenin" yolunun işgücü üzerindeki denetimi en az maliyetle maksimize etmekten geçtiğini, çalışmanın işgücünü en yoğun şekilde çalıştıracak formatta kurgulandığını, bunun adının da güvencesizlik olduğunu belirtti. Güvencesizlik üzerinden kurulan hiyerarşinin işçi sınıfının terbiye edilme aracı olduğunu söyleyerek, bu koşullarda, bu yasa da başka yasalar da çıksa işçilerin ölmeye devam edeceğini, örgütlenilemediği sürece yasaların işçileri koruyamayacağını, fiili ve meşru mücadele araçları yaratmak gerektiğine vurgu yaptı. Hakların adliye koridorlarına sıkıştırıldığı ifade ederek, Odilon Barot'un sözünü hatırlattı: "Yasaya uymak bizi öldürüyor!".

Son konuşmacı **Ankara İSGM'den Dr. Levent Koşar** konuşmasında, yasadan yola çıkıldığında, yasanın içinde kalınırsa örgütün de yasanın içine hapsolacağına değindi. **İşçi sağlığı meselesinin sağlık meselesi olmadığını bunun sonuç olarak ortaya çıktığını** ifade ederek "uzun süreli çalışmadan sağlığımız bozuluyorsa" bunu yaratanın da sistem olduğunu, teknik yanlarına sıkışıp kalındığında sorunun politikleştirilemediğini vurguladı. İşçi Sağlığı ve Güvenliği Meclisleri çalışmalarının birleştirilmesi gerektiğini ifade etti.

"Dünyada daha çok insan, savaşırken değil, çalışırken ölüyor!"

hayatımızı kazanırken, kaybetmek istemiyoruz!

İş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenebilir olduğuna dikkat çeken, bunun için öncelikle işverenler ve devlet üzerinde bir kamoyu baskısı oluşturmayı amaçlayan, bozuk iş organizasyonu ve iş kazaları/meslek hastalıkları arasındaki ilişkiye, başka bir deyişle 'çalışırken nasıl ve neden hastalandığımıza, yaralandığımıza ve öldüğümüze' dikkat çeken, 'can' ve 'canı korumak' ekseninde çalışanları/işçileri bir günlük faaliyetlerle bir araya getirmeyi ve aralarındaki dayanışmayı artırmayı amaçlayan bir gündür.

28 NİSAN
İş Kazası Kurbanlarını Anma / YAS Günü