

YARGI KARARLARI

Derleyen: Dr. Mehtap YÜCEL BODUR

BASIN MESLEĞİNDE ÇALIŞANLARIN FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ

T.C.ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2019/48

Karar Sayısı : 2019/74

Karar Tarihi : 19/9/2019

R.G. Tarih – Sayı: 19/11/2019 – 30953

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bakırköy 13. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 4/1/1961 tarihli ve 212 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen;

A. 14. maddesinin ikinci fıkrasının,

B. Ek 1. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 48. ve 49. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Ödenmeyen fazla çalışma ücreti ile fazla çalışma ücretinin günlük yüzde beş fazlası olan alacaklarının tahsiline karar verilmesi talebiyle açılan alacak davasında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un 4/1/1961 tarihli ve 212 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu kuralların da yer aldığı;

1. 14. maddesi şöyledir:

“Ücret:

Madde 14 - (Değişik: 4/1/1961 - 212/1 md.) (Değişik birinci fıkra: 17/4/2008-5754/83 md.) Kararlaştırılan ücret, her ay peşin olarak ödenir. İlave ücretlerin sigorta primlerinin ödenmesi mecburidir. Çalıştırılan gazetecinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının özel olarak açılan banka hesa-

bına yatırılmak suretiyle ödenmesi hususunda; tabi olduğu vergi mükellefiyeti türü, işletme büyüklüğü, çalıştırdığı gazeteci sayısı, işyerinin bulunduğu il ve benzeri gibi unsurları dikkate alarak işverenleri zorunlu tutmaya, banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanlığı müştereken yetkilidir. Çalıştırdığı gazetecilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler, gazetecilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler. Gazetecinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarının özel olarak açılan banka hesaplarına yatırılmak suretiyle ödenmesine ilişkin diğer usûl ve esaslar anılan bakanlıklarca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemeye mecburdurlar.

Mukavele müddeti sona ermeden evvel kendisine atfedilebilecek bir kusuru olmaksızın işine son verilen gazeteci, peşin almış olduğu ücretin henüz işleme-miş bulunan kısmını iade etmeye mecbur tutulamaz.

Gazeteciler her hizmet yılı sonunda işverenin sağladığı karın emeklerine düşen nispi karşılığı olarak asgari birer aylık ücret tutarında ikramiye alırlar.”

2. Ek 1. maddesi şöyledir:

“Çalışma Müddeti ve fazla mesai:

Ek Madde 1 – (Değişik: 12/2/1954 - 6253/2 md; Değişik: 4/1/1961 - 212/1 md.)

5953 sayılı Kanunun birinci maddesindeki gazeteci tabirinin şümulü içinde bulunan kimselerden müessese, matbaa, idarehane ve büro gibi yerlerde hizmetlerinin mahiyeti itibarıyla müstemirren çalışanlar için günlük iş müddeti, gece ve gündüz devrelerinde sekiz saattir.

Yukarıki fıkra hükmünün dışında kalarak, gündüz veya gece devresindeki çalışma müddetinin daha fazla hadlere artırılması ve ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde çalışılması bu kanuna göre (Fazla saatlerde çalışma) sayılır.

Pazar gününden başka bir gün hafta tatili yapan gazeteci, pazar günü fazla mesai yapmış sayılmaz.

Her bir fazla çalışma saati için verilecek ücret, normal çalışma saati ücretinin % 50 fazlasıdır.

Ancak, günlük normal çalışma müddetine ilaveten bu madde gereğince tatbik edilecek fazla çalışmaların saat 24 den sonraya tesadüf eden saatlerinde ücret bir misli fazlasıyla ödenir.

Fazla saatlerin hesabında, yarım saatten az olan müddetler yarım saat, fazlası ise bir saat sayılır.

Fazla saatlerde çalışma, ücretlerini parça başına veya yapılan iş miktarına göre alan gazetecilere yaptırıldığı takdirde dahi bu kimselerin fazla saatlere tekabül eden ücretleri bu maddedeki esaslara göre ödenir.

Fazla çalışmalara ait ücretin, mütaakıp ücret tediyesiyle birlikte ödenmesi mecburidir. Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için % 5 fazlasıyla ödenir.

Fazla mesai günde üç saati geçemez.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜR-CÜ, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAK-YEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU'nun katılımlarıyla 15/5/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi-nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 5953 sayılı Kanun'un 14. maddesinin ikinci fıkrası ile ek 1. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesinin iptallerini talep etmiştir. Kanun'un 14. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrası, ücreti zamanında ödenmeyen 5953 sayılı Kanun'a tabi basın mensubunun bu ücretinin günlük yüzde beş fazlasıyla ödenmesini öngörmekte iken ek 1. maddenin sekizinci fıkrasının itiraz konusu ikinci cümlesi, Kanun kapsamındaki basın mensubuna ödenmeyen fazla çalışma ücretinin günlük yüzde beş fazlasıyla tahsil edilmesini hükme bağlamaktadır.

4. İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davanın konusu, 5953 sayılı Kanun'a tabi bir basın mensubu olan davacının, çalıştığı dönemde mesai saatleri dışında yapmış olduğu çalışmaları karşılığında kendisine ödenmesi gereken fazla çalışma ücretinin günlük yüzde beş fazlasıyla tahsiline karar verilmesi talebidir.

5. Bu itibarla bakılmakta olan davanın konusunu oluşturan fazla çalışma ücretinin günlük yüzde beş fazlasıyla tahsiline yönelik talebin dayanağını, Kanun'un "Çalışma Müddeti ve fazla mesai:" başlıklı ek 1. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesi oluşturmaktadır.

6. Bakılmakta olan davada, davacı tarafından fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle ödenmeyen fazla çalışma ücretinin günlük yüzde beş fazlasıyla tahsiline karar verilmesi talep edilmekte olup 14. maddede düzenlenen aylık ücretin ödenmediğine ilişkin bir iddia veya bu yönde bir talep bulunmamaktadır. Dolayısıyla Kanun'un 14. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrasının somut uyuşmazlıkta uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

7. Açıklanan nedenlerle 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 4/1/1961 tarihli ve 212 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen;

A. 14. maddesinin ikinci fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu fıkra ile ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. Ek 1. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesinin esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

8. Başvuru kararı ve ekleri Raportör Fatih TORUN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

9. Başvuru kararında özetle; iş sözleşmesi ile işçi statüsünde çalışanların büyük bölümünün 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olarak çalıştığı, bunun yanı sıra basın sektöründe çalışan gazetecilerin tabi olduğu 5953 sayılı Kanun gibi özel kanunların da bulunduğu, 4857 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışan işçilerin ücret ve fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi durumunda en yüksek banka mevduat faizinin uygulanmasının öngörüldüğü, basın çalışanlarına ücret ve fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi hâlinde ise temerrüt şartı dahi aranmaksızın borcun günlük yüzde beş, yıllık yüzde 1825 fazlası ile ödenmesinin gerekeceği, ayrıca bu zamlı ödemeye yıllık yüzde dokuz oranında yasal faiz uygulanacağı, bu durumda basın mesleğinde çalışanların diğer çalışanlara göre yüz kat daha fazla ödeme alacağı, çalışanlar açısından ücret ve fazla çalışma ücretinin zamanında ödenmemesi durumunda uygulanacak zam ve faiz oranında yüz kat gibi bir fark oluşması nedeniyle diğer çalışanlara göre gazetecilere bariz bir ayrıcalık tanındığı ve bunun kanun önünde eşitlik, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkelerini zedelediği, gazetecilerin görevleri ve konumları gereği diğer çalışanlardan farklı olduğu düşünülse bile zam ve faiz oranında yüz kat gibi bir fark oluşmasının makul ve ölçülü olmadığı, söz konusu hükmün basın mesleğinde çalışanlar ile çalıştıranlar arasında serbestçe sözleşme yapılmasını önlediği için sözleşme hürriyetini zedelediği ayrıca çalışma barışına da zarar verdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 48. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

10. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

11. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

12. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerekir.

13. Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir./Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır" denilerek çalışma ve teşebbüs hürriyeti güvence altına alınmıştır.

14. Çalışma hürriyeti, kişinin çalışıp çalışmama, çalışacağı işi seçme ve çalıştığı işten ayrılma özgürlüğünü korur. Çalışma hürriyeti, ücretli olarak bağımlı çalışma hakkını olduğu kadar iktisadi ve ticari faaliyet yapma ve mesleki faaliyette bulunma hakkını da içerir. Çalışma hürriyetinin bir parçası olan özel teşebbüs hürriyeti de her gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin tercih ettiği alanda iktisadi-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ve faaliyetiyle mesleğini devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini güvence altına almaktadır.

15. İtiraz konusu kural, gazetecilere fazla çalışma ücretlerinin gününde ödenmemesi durumunda bu ücretlerin her geçen gün için yüzde beş fazlasıyla ödenmesine ilişkin olup bu oran yıllık yüzde 1825'e tekabül etmektedir. Söz konusu yüzde beş fazla ödeme kuralı, bu kuralın icrası ve doğurduğu sonuçlar bakımından basın sektöründe faaliyette bulunan teşebbüs ve işletmeleri doğrudan etkileyebilecek niteliktedir. Bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminin öncelikle basın sektöründe faaliyet yürüten kişilerin teşebbüs özgürlüğü çerçevesinde ele alınması gerekir.

16. Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" denilmektedir. Buna göre teşebbüs hürriyetine sınırlama getiren kanuni düzenlemelerin Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması ve ölçülü olması gerekir.

17. Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen

amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını; orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

18. Anayasanın 13. maddesi, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını ilgili temel hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa maddesinde gösterilen özel sebeplerin bulunmasına bağlı kılmıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarında özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin de temel hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

19. Anayasa'nın "Ücrette adalet sağlanması" başlıklı 55. maddesinde, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için devletin gerekli önlemleri alacağı öngörülmüştür. Anılan maddeyle çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret almaları anayasal güvence altına alınmıştır.

20. İşçinin emeğinin karşılığı olan ücret gelirini korumak ve bu yolla kamu düzenini sağlamak amacıyla birtakım hukuki düzenlemelerin yapılması doğaldır. Mevzuatımızda da işçi ücretlerini koruyucu hükümlere yer verilmiş ve bu suretle işçi için önem arz eden ücret alacağının güvence altına alınması hedeflenmiştir. İş hukukumuzda işçinin gereksinimleri asgari ücret yolu ile asgari düzeyde karşılanmaya çalışılmış olsa da bu ücretin eksiksiz ve zamanında ödenmesini sağlamak üzere kanuni düzenlemelere yer verilmesi ücretin sosyal karakterinin getirdiği bir ihtiyaçtır. Ücret hakkının gerçek anlamda korunması sadece işçiye adaletli bir ücret sağlamayla değil bu ücretin işçiye tam ve zamanında ödenmesini sağlayacak güvenceli bir düzenin kurulabilmesiyle mümkün olacaktır.

21. Bu çerçevede devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ücrette adaletin sağlanması için çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri almak amacıyla teşebbüs hürriyetine sınırlamalar getirmesi mümkündür.

22. Gazeteciliğin diğer iş kollarına göre farklı çalışma tarzı ve demokratik toplumun varlığında ve devam ettirilmesinde sahip olduğu önemli rolü nedeniyle bazı özel düzenlemelere bağlı kılınması konusunda gazeteciler yönünden farklı bir koruma rejiminin benimsenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Toplu-

mu doğru bilgilendirme gibi önemli görevleri bulunan gazetecilerin bu görevi yerine getirirken işverenin etkisinden mümkün olduğu kadar arındırılmaları ve bunun için de ücretlerinin güvence altına alınması gerekmektedir. Bazı alacakların gününde ödenmemesi hâlinde günlük yüzde beş fazlasıyla ödenmesi gerektiği yönündeki düzenlemenin amacının da toplumu doğru bilgilendirme görevi olan gazetecilerin ücret ve fazla çalışma ücreti alacaklarını güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır.

23. Bu bağlamda, gazetecilerin demokratik toplumda yüklendikleri görev ve sorumluluklarını en iyi şekilde yerine getirebilmeleri için diğer ücretlilere göre ücret alacaklarının özel düzenlemelerle teminat altına alınmasının anılan amaçta ulaşma yönünde elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

24. Ancak getirilen sınırlamanın orantılı bir tedbir olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Kişilerin iktisadi faaliyetlerini etkileyebilecek düzenlemeler açısından orantılılık ilkesi kamu yararı ile kişinin teşebbüs hürriyetinden yararlanabilmesi arasında makul bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle işverenin teşebbüs özgürlüğü ile gazetecilerin ve toplumun çıkarları arasında makul bir denge kurulmalıdır. Bu bağlamda fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi durumunda uygulanacak yaptırımın teşebbüs sahiplerine aşırı ve katlanılamaz bir külfet yüklememesi gerektiği açıktır. Çok yüksek meblağlara ulaşabilen yüzde beş fazla ödeme kuralının, işverene aşırı bir külfet getirdiği ve bu sınırlamanın sebepsiz zenginleşmeye sebep olabileceği anlaşılmaktadır.

25. Ülkemizde reel enflasyon ve yasal faiz oranları dikkate alındığında yılda yüzde 1825 oranında fazla ödemeye ulaşabilen sorumluluğun orantılı bir sınırlama öngördüğü söylenemez.

26. Yüzde beş fazla ödemenin yılda yüzde 1825 oranına ulaşabilmesinin yanı sıra fazla çalışma ücreti esas ücretle birlikte ödenecek olup 4857 sayılı Kanun'dan farklı olarak ücret ve fazla çalışma ücretinin ödenme zamanının 5953 sayılı Kanun'da belirlenmiş olması nedeniyle gazeteciler yönünden temerrüt şartı da aranmayacaktır. Bir başka ifadeyle ücretin ödenme zamanı kesin biçimde Kanun'da gösterildiğinden ücret alacağı ile birlikte yüzde beş fazla ödeme talep edebilmek için işverenin temerrüde düşürülmesi dahi gerekmemektedir. Bunun yanı sıra yüzde beşlik fazla ödemeye faiz yürütülmesi de mümkün olup fazla çalışma ücreti alacağı ile yüzde beşlik fazla ödemeye ayrıca yasal faiz uygulanabilecektir.

27. Gazetecinin fazla çalışma ücretini korumak, elde edemediği fazla çalışma ücretinin zamanında ödenmesini sağlamak için kuralla getirilen ekonomik

tedbirin ağırlığı dikkate alındığında, böyle bir ödemeye karar verildiğinde ulaşılan miktar, işverenin ekonomik varlığını ve geleceğini ağır bir şekilde etkileyebilecektir.

28. Açıklanan nedenlerle kuralla teşebbüs ve çalışma özgürlüğüne getirilen sınırlamanın orantısız olduğu ve bu nedenle kuralın ölçülülük ilkesini ihlal ettiği anlaşılmaktadır.

29. Diğer iş kollarına göre farklı çalışma tarzı ve demokratik bir toplumda sahip olduğu önemli rol nedeniyle gazetecilerin ücret alacağının teminat altına alınması amacıyla özel düzenlemeler yapılması kanun koyucunun takdirindedir. Ancak itiraz konusu kural gereğince fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi durumunda temerrüt şartı dahi aranmaksızın günlük yüzde beş, yıllık yüzde 1825'e varan oranda fazla ödeme yapılması zorunluluğunun ve bu fazla ödemeye yasal faiz uygulanması sonucunda fazla çalışma ücreti olarak ödenmesi gereken çok yüksek meblağların ortaya çıkması hukuk devletinin gereklerinden olan adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır.

30. Diğer taraftan Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

31. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

32. İş sözleşmesi ile işçi statüsünde çalışmakla birlikte farklı kanun hükümlerine tabi olan işçilerin fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi durumuna ilişkin olarak eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Bundan sonra farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve nihayetinde nesnel ve makul bir temele dayanıyorsa söz konusu farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

33. İş sözleşmesi; bir çalışan ile işveren arasında kurulan iş ilişkisine dayalı, işçinin iş görmeyi işverenin de bu işe karşılık ücret ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmedir. İş sözleşmesi ile işçi statüsünde çalışanların büyük bölümü 4857 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışmakla birlikte basın sektöründe çalışan gazetecilerin tabi olduğu 5953 sayılı Kanun gibi özel iş kanunları da bulunmaktadır.

34. Bu itibarla fazla çalışma ücretlerinin zamanında ödenmemesi durumu bakımından, farklı kanun hükümlerine tabi olmakla birlikte iş sözleşmesiyle işçi statüsünde çalışan kişilerin karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları açıktır. Öte yandan fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi durumuna ilişkin olarak 4857 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışan işçiler bakımından en yüksek banka mevduat faizinin uygulanması öngörülmüştür. Basın sektöründe çalışan gazetecilere fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi durumunda ise günlük yüzde beş oranında fazla bir ödemenin düzenlendiği, bu yolla 5953 sayılı Kanun'a tabi çalışan gazeteciler ile diğer kanunlara tabi çalışan işçiler arasında bir farklılık yaratıldığı anlaşılmaktadır.

35. Eşitlik ilkesinin gereği olarak karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda olanlar arasından bir kısmı lehine getirilen farklı düzenlemenin bir ayrıcalık tanınması niteliğinde olmaması için nesnel ve makul bir temele dayanması ve ölçülü olması gerekir. İtiraz konusu kural ile demokratik toplumun varlığında ve devam ettirilmesinde önemli bir rol oynayan gazetecilerin görevlerini yerine getirirken fazla çalışma ücretinin zamanında ödenmesinin güvence altına alınmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Gazetecilerin ifa ettikleri görevin özelliği gözetildiğinde diğer ücretlilere göre fazla çalışma ücreti alacaklarının birtakım özel düzenlemeler ile teminat altına alınması için gazeteciler lehine getirilen farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanmadığı söylenemez.

36. Ancak nesnel ve makul bir temele dayalı olan farklı muamelenin ölçülü olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Mevzuatımızda 4857 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışan işçiler yönünden fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi durumuna ilişkin olarak en yüksek banka mevduat faizinin uygulanması öngörülmüştür. İtiraz konusu kural ise gazeteciler için fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi durumunda temerrüt şartı dahi aranmaksızın günlük yüzde beş, yıllık yüzde 1825'e varabilen yüksek oranda fazla ödeme yapılması zorunluluğunu öngörmekte olup bu fazla ödemeye ayrıca yasal faiz uygulanmaktadır. Bu hâliyle kural, basın sektöründe çalışanlar için diğer çalışanlara göre nesnel ve makul bir nedenle de olsa orantısız bir farklı muamelenin getirilmesine yol açmaktadır. Bu itibarla kuralla gazeteciler lehine kabul edilen farklı muamelenin ölçülü olduğu söylenemeyeceğinden kural eşitlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

37. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Muammer TOPAL ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 48. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 49. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 5. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 4/1/1961 tarihli ve 212 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen ek 1. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, ... OYÇOKLUĞUYLA 19/9/2019 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GÖRÜŞÜ

1. İtiraz konusu kural, Basın İş Kanunu'na tabi gazetecilerin fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde her geçen gün için yüzde beş fazla ödeme yapılmasını öngörmektedir.

2. Çoğunluk, kuralı yüzde beş fazla ödemenin bir yılda çok yüksek bir orana ulaşması olasılığının işveren gazetenin ekonomik varlığına tehdit oluşturarak ba-

sın özgürlüğünün bir parçası olan yayın yapma girişimine ve halkın haber alma özgürlüğüne ölçsüz yaptırım olarak değerlendirmiş ve kuralı iptal etmiştir.

3. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili daha önce verdiği bir kararda (E.2005/28, K.2008/122) kuralın “Çalışma koşulları bakımından işçilerden farklı bir konumda olan ve kamuoyunu doğru bilgilendirme görevleri bulunan gazetecileri işveren karşısında korumak amacıyla getirildiğı” ve “basın özgürlüğü yönünden önemli bir işlev gördüğü” tespitinde bulunmuştur.

4. Kural, fazla çalışma ücretinin zamanında ödenmemesi şartına bağlı olarak uygulanma imkânına sahiptir. Fazla çalışma ücretinin zamanında ödenmesi halinde kuralın öngördüğü yaptırım uygulanmayacaktır. Gazetecilerin haber alma, verme, basma ve yayma gibi demokratik toplum düzeninin inşasında ve sürekliliğinin sağlanmasında hayati öneme sahip işlevleri yerine getiren bir mesleğe mensup olduklarını düşündüğümüzde çalışma şartları ve ücretlerle ilgili konularda diğer çalışanlardan daha ayrıcalıklı bir muameleye tabi tutulmalarının haklı bir nedene dayandığını söyleyebiliriz.

5. Gazetecinin basın ve ifade özgürlüğü için oynadığı önemli rolden kaynaklanan sahip oldukları hakların gazete işverenin girişim ve çalışma özgürlüğünü ölçsüz bir şekilde sınırlandırdığı söylenemez. Her şeyden önce gazete işvereni çoğu durumda büyük bir holding veya gruptur ve gazeteciye göre iktisaden çok daha güçlü bir konumdadır. Öngörü sahibi basiretli bir tacir olarak gazete işvereni gazetecinin fazla çalışma ücretini gününde ödememesinin kendisine ne gibi mali külfetler yükleyeceğinin farkında olması gerekir. Gazetecinin emeği karşılığında hak ettiğı fazla çalışma ücretini, gazete işverenin, örneğin bir yıl gibi uzun bir süre ödememesinin mali boyutunu hesap etmesi ve ona göre teşebbüsü için gerekli tedbirleri alması beklenir. Böyle bir öngörude bulunmayarak işletmesini zora sokması tamamen kendi hatasından kaynaklanacaktır.

6. Sonuç olarak, itiraz konusu kuralın çalışma hürriyetine ölçsüz bir müdahalede bulunmadığı kanaatiyle karara katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İptal istemine konu kural on bir yıl önce yine Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiş; Anayasa Mahkemesi 12/6/2008 tarih ve E.2005/28, K.2008/122 sayılı kararıyla (oybirliğiyle) şu gerekçeyle iptal istemini reddetmiştir;

“...İptali istenen kurullarla gazetecilere, zamanında ödenmeyen ücret ve fazla çalışma ücreti açısından diğer çalışanlara tanınmayan lehe düzenlemeler geti-

rılmıştır. Buna ilişkin olarak yasama belgelerinde, basında mevcut bir huzursuzluğun çözümüyle işçi ve memur statüsünden farklı çalışma koşullarına tâbi gazetecileri korumanın amaçlandığı ifade edilmiştir. Basın İş Kanunu kapsamında çalışanların, yaptıkları iş gözetilerek İş Kanunu'na tâbi olanlardan farklı yasal düzenlemelere konu edilmeleri mümkündür. Bu iki grup, aynı hukuki statüde bulunmadıklarından, itiraz gerekçelerinde öne sürülen karşılaştırmaya elverişli değildir. Bu nedenle düzenlemelerin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir... İptali istenen kurallarda yer alan 'günlük yüzde beş fazlası' ibaresi nedeniyle, ücret veya fazla çalışma olarak zamanında ödenmeyen meblağın kısa zamanda yüksek miktarlara ulaşabildiği anlaşılmaktadır. Çalışma koşulları bakımından işçilerden farklı bir konumda olan ve kamuoyunu doğru bilgilendirme görevleri bulunan gazetecileri işveren karşısında korumak amacıyla getirildiği anlaşılan itiraz konusu bu kurallarla, gazetecilerin bazı alacaklarının zamanında ödenmesine, gecikme halinde ise belli miktarda ilave yapılarak tahsiline imkân sağlanmıştır. Fazla çalışma ücretiyle normal ücretin yüzde beş fazlasıyla ödenmesine ilişkin bu kuralların, 'zamanında' ödenmeme koşuluna bağlı olarak uygulanabilir oldukları açıktır. Ayrıca, bu düzenlemelerin basın özgürlüğü yönünden önemli bir işlev gördüğü de yadsınamaz. Gazetecinin görevinin haber alma, verme, basma ve yayma gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren niteliği de göz önüne alındığında, kuralların başlı başına çalışma barışını bozacak nitelikte oldukları söylenemez... Yaptıkları işin özelliği nedeniyle basın çalışanlarının ödenmeyen ücretleri konusunda korumaya yönelik düzenlemelerin Anayasa'nın bu (55nci) maddesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kuralların Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 49. ve 55. maddelerine aykırı olmadıkları sonucuna varılmakla itirazın REDDİ gerekir...”

Anılan kararın gerekçesinin güncelliği devam etmekteyken, tam aksi yönde bir değerlendirmeye kuralın iptaline karar verilmesi şeklindeki sonuca katılmaya imkân görülemediği.

2. Konuyla çok yakından ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin çok önceki bir kararı da, yukarıda özetlenen kararla aynı mahiyettedir. Bu karara konu kural, 8/6/1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 35. maddesindeki “Yönetici ve öğretmenlere ücretlerini zamanında ödemeyen kurumlar bu ücretleri geçen her gün işin yüzde üç zammı ile öderler” şeklindeki düzenlemedir. Anayasa Mahkemesi 19/10/1971 tarih ve E.1971/34, K.1971/72 sayılı kararıyla (oybirliğiyle) şu gerekçeyle iptal istemini reddetmiştir:

“... İtiraz ve inceleme kanunu ‘zam’ itiraz yoluna başvuran mahkemenin ileri sürdüğü gibi faiz değil, yasal bir gecikme tazminatından ibarettir. Yasa koyucu bu hükümlerle ücretin gününde ödenmemesi halinde gecikme süresince ücret

alacaklısının uğrayacağı zararların çalışan için zararını kanıtlama yükümü olmaksızın ve işveren bakımından tazminat ödemekten sıyrılma yollarını kapatarak, götürü bir biçimde karşılanmasını, başka bir deyimle genel hükümlerin elverişsizliği karşısında, belirli bir alanda çalışanların ücretlerinin gününde ödenmesini özel bir inanca almayı öngörmüştür. Bu düzenleme Türk İş hukukunda bir yenilik sayılamaz. 20.6.1952 gününde yürürlüğe giren Basın Mesleğinde çalışanlarla çalıştıranlar arasında Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki 13.6.1952 günlü, 5953 Sayılı Kanunun ‘ücret’ başlıklı 14. maddesinde, gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenleri bu ücretleri geçecek her gün işin yüzde iki fazlasıyla ödemeye mecbur tutan bir hüküm vardır. 10.1.1961 gününde yürürlüğe giren 4.1.1961 günlü, 212 sayılı Kanunun 1. maddesi bu 14. maddeyi değiştirmiş ve yüzde iki fazlayı yüzde beşe çıkarmıştır. Özel öğretim kurumlarında çalışanların ücretlerinin gününde ödenmesini sağlama gibi olağan ve haklı bir nedene dayanan ve benzeri tedbirlerin başka alanlarda çalışanlar içinde alınmasını engeller veya yasaklar bir yönü bulunmayan itiraz konusu hükmün özel öğretim kurumları yönetici ve öğretmenlerini imtiyazlı bir duruma getirdiği düşünülemez. Hüküm, haklı nedene dayandığına ve tüm özel öğretim kurumlarındaki yönetici ve öğretmenleri kapsadığına göre, yasa önünde eşitlik ilkeleriyle de çelişmekte değildir. Demek ki itiraz ve inceleme konusu hükmün Anayasa’nın 12. maddesine aykırı bir yönü yoktur. Çalıştırdığı kimselere ücretlerini vaktinde ödeyen bir özel öğretim kurumunun gecikme tazminatına hüküm giymesi söz konusu olamaz... Hüküm işverenin durumunu ağırlaştırıyorsa, bundan kurtulmasının tek yolu, borcunu gününde yerine getirmektir. Onun içindir ki hükmün öğretim alanındaki özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını engellediğini ve böylece Anayasa’nın 40. maddesiyle çelişkiye düştüğünü hukukça savunmanın olanağı yoktur... Özel öğretim kurumları yönetici ve öğretmenlerinin ücretlerinin gecikme zamlarıyla yükselmesi sırf işverenin kendi tutumunun bir sonucudur. Eğer işverenin tutumu yüzünden bu ücret gerçekten adaletsiz sayılabilecek bir tutara varabiliyorsa, aksaklığı alacaklıda veya kanunda bulmanın ve Anayasa’nın 45. maddesine aykırılıktan söz etmenin yeri yoktur. Unutmamalıdır ki şahısların yaptıkları işe uygun ve insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlamalarına elverişli adaletli bir ücret elde etmeleri için Devletin 45. madde uyarınca, almakla yükümlü bulunduğu tedbirler içinde böyle bir ücretin korunmasına yönelik tedbirlerin de yeri ve gereği vardır ve itiraz konusu hüküm, bu niteliği ile Anayasa’nın 45. maddesine aykırı olmak şöyle dursun, bu madde ile öngörülenlerden bir bölüm çalışanlar yönünden yerine getirilmesi anlamını taşır. Özetlemek gerekirse itiraz ve inceleme konusu hüküm Anayasa’nın 12., 40., 45. maddelerine aykırı olmadığı gibi öteki ilkeleriyle de çelişir durumda değildir. İtirazın bu nedenle reddi gerekir...”

Görüldüğü üzere, anılan karar 2008 tarihli kararlar paralellik göstermekte ve karar gerekçesinde, iptal istemine konu 5953 Sayılı Kanunun ilgili düzenlemesine de yollama yapılmaktadır.

3. 5953 sayılı Kanun'un 14. ve ek 1. maddeleri (ki bunlardan sadece ek 1. madde uygulanacak kural olarak kabul edilmiştir) 1952 yılından bu yana 67 yıldır yürürlükte olup, gazetecinin hukukunu korumak suretiyle basın özgürlüğünün gerçekleşmesine büyük katkı yapmıştır. Edimini zamanında yerine getiren (gazetecinin özlük haklarını -başvurunun somutunda fazla çalışma ücretini- gecikmeksizin ödeyen) gazete işvereni yönünden herhangi bir ek tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu değildir. Öte yandan, bu edimin bir yıl sonra yerine getirilmesi halinde, işverence ödenecek tutarın (tazminatın) yıllık yüzde 1825 oranına ulaşacağı, bunun da ölçüsüz olduğu savı da yerinde görülmez. Bilakis, Yargıtay'ın uygulamada Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinden yararlanarak, yüksek tazminat tutarlarından hakkaniyet indirimi yapması ve bunu bir İhtihadı Birleştirme Kararıyla ortaya koyması uygulama yönünden de herhangi bir sorun çıkmadığını ortaya koyucu mahiyettedir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda işaret edilen iki kararındaki gerekçeler dikkate alındığında, kural ölçülülük ilkesine aykırı düşmediği gibi, kuralla teşebbüs ve çalışma özgürlüğüne herhangi bir müdahalede bulunulduğu da kabul edilemez.

4. Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığından; iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine ulaştığımdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz başvurusunda, zamanında ödenmeyen fazla çalışma ücretinin günlük yüzde beş fazlasıyla ödenmesini düzenleyen itiraz konusu kural gereğince, gelecek günle orantılı olarak ödenmesi gereken meblağın kısa sürede büyük rakamlara ulaştığı, böylece gazetecilere, İş Kanunu'na tâbi olarak işçi statüsünde çalışanlardan farklı olarak ayrıcalık tanındığı, ayrıca sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde çalışma barışını bozduğu gerekçesiyle kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 48. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüş; çoğunluk kararında ise kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

5953 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, gazetecilerin fazla çalışma ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücreti geçecek her gün için %5 fazlasıyla ödemeye mecburdurlar.

Kanun'un 1. maddesine göre "gazeteci", "Bu Kanun şümülüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara" denilmekte ve Kanun'un, "Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunu'ndaki "işçi" tarifi şümülü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanacağı" belirtilmektedir. Dolayısıyla gazetecilik işyerinde yapılan çalışmada fikir ve sanat işi yapma koşulunun da gerçekleşmesi gerekmektedir.

5953 sayılı Kanun'a eklenen 1. maddenin sekizinci fıkrasına göre, fazla çalışmalara ait ücretin müteakip ücret tediyesiyle birlikte ödenmesi mecburidir. Fazla çalışma ücretleri, gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için % 5 fazlasıyla ödenir. Aynı maddede, gazeteci tabirinin şümülü içinde bulunan kimselerden müessese, matbaa, idarehane ve büro gibi yerlerde hizmetlerinin mahiyeti itibarıyla müstemirren çalışanlar için günlük iş müddetinin, gece ve gündüz devrelerinde sekiz saat olduğu, bunun dışında gündüz veya gece devresindeki çalışma müddetinin daha fazla hadlere artırılması ve ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde çalışılmasının bu Kanuna göre (fazla saatlerde çalışma) sayılacağı, her bir fazla çalışma saati için verilecek ücretin, normal çalışma saati ücretinin % 50 fazlası olduğu belirtilmiştir.

Başvuru gerekçesinde, kuralda yer alan günlük yüzde beş fazlasıyla ödemeye ilişkin düzenlemenin itiraza konu edildiği anlaşılmaktadır.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İptali istenen kuralla gazetecilere, zamanında ödenmeyen fazla çalışma ücreti açısından diğer çalışanlara tanınmayan lehe düzenlemeler getirilmiştir. Buna ilişkin olarak yasama belgelerinde, basında mevcut bir huzursuzluğun çözümüyle işçi ve memur statüsünden farklı çalışma koşullarına tâbi gazetecileri korumanın amaçlandığı ifade edilmiştir. Basın İş Kanunu kapsamında çalışanların, yaptıkları iş gözetilerek İş Kanunu'na tâbi olanlardan farklı yasal düzenlemelere konu edilmeleri mümkündür. Bu iki grup, aynı hukuki statüde bulunmadıklarından itiraz gerekçelerinde öne sürülen karşılaştırmaya elverişli değildir. Bu nedenle düzenlemelerin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir.

İptali istenen kuralda yer alan “her geçen gün için %5 fazlasiyle” ibaresi nedeniyle, fazla çalışma olarak zamanında ödenmeyen meblağın kısa zamanda yüksek miktarlara ulaşabildiği anlaşılmaktadır. Çalışma koşulları bakımından işçilerden farklı bir konumda olan ve kamuoyunu doğru bilgilendirme görevleri bulunan gazetecileri işveren karşısında korumak amacıyla getirildiği anlaşılan itiraz konusu kuralla, gazetecilerin fazla çalışma ücretlerinin zamanında ödenmesine, gecikme halinde ise belli miktarda ilave yapılarak tahsiline imkân sağlanmıştır. Fazla çalışma ücretinin yüzde beş fazlasıyla ödenmesine ilişkin bu kuralın, “gününde” ödenmeme koşuluna bağlı olarak uygulanabilir olduğu açıktır. Ayrıca, bu düzenlemenin basın özgürlüğü yönünden önemli bir işlev gördüğü de yadsınamaz. Gazetecinin görevinin haber alma, verme, basma ve yayma gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren niteliği de gözönüne alındığında kuraldaki müdahalenin orantısız olduğu söylenemez.

Basın mensuplarının yaptıkları işin özelliği nedeniyle basın çalışanlarını ödenmeyen ücretleri konusunda korumaya yönelik düzenlemenin Anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 48. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varıldığından, çoğunluğun kuralın iptali yönündeki kararına katılmamıştır.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un ek 1. maddesinin sekizinci fıkrasının “Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için % 5 fazlasiyle ödenir.” şeklindeki ikinci cümlesi Mahkememiz çoğunluğunca iptal edilmiştir.

2. İtiraz başvurusunda, 4857 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışan işçilerin fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi durumunda en yüksek banka mevduat faizinin uygulanmasının öngörüldüğü, basın çalışanlarına fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanında ödenmemesi hâlinde ise temerrüt şartı dahi aranmaksızın borcun günlük yüzde beş, yıllık yüzde 1825 zamlı olarak ödenmesinin gerekeceği, ayrıca bu zamlı ödemeye yasal faiz uygulanacağı, bu durumun kanun önünde eşitlik, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkelelerini zedelediği, ayrıca çalışma barışına da zarar verdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 48. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. İtiraz konusu kural gereğince, fazla çalışma ücretlerinin, gününde verilmesi halinde, bu ücretin her geçen gün için yüzde beş artırımlı olarak ödenmesi gerekmektedir.

4. Gazetecilerin iş ilişkilerinin özel bir kanun ile düzenlenmesi ve özel olarak korunması gazetecilik mesleğinin demokratik toplum yönünden taşıdığı önemden kaynaklanmakta olup bu tür düzenlemeler basın özgürlüğünün korunmasına da hizmet etmektedir. Gazetecilik mesleğinin özelliği nedeniyle diğer çalışanlardan farklı olarak getirilen özel düzenlemelerden birisi de yüzde beş fazla ödeme kuralıdır. Diğer işkollarına göre farklı çalışma tarzı ve demokratik bir toplumda sahip olduğu önemli rol nedeniyle gazetecilerin ücret alacağına teminat altına alınması amacıyla birtakım özel düzenlemeler yapılması kanun koyucunun takdirindedir. Bu bağlamda gazetecilerin ücretinin zamanında ödenmesini sağlamaya yönelik yüzde beş fazla ödeme kuralının Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

5. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

6. İptali istenen kuralla gazetecilere, zamanında ödenmeyen fazla çalışma ücreti açısından farklı bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenleme ile işçi ve memur statüsünden farklı çalışma koşullarına tâbi ve demokratik toplumun varlığında ve sürdürülmesinde önemli bir role sahip olan gazetecilerin korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. 5953 sayılı Kanun kapsamında çalışanların, yaptıkları iş gözetilerek 4857 sayılı İş Kanunu'na tâbi olanlardan farklı kanuni düzenlemelere konu edilmeleri mümkündür. Bu iki grup, aynı hukuki statüde bulunmadıklarından itiraz gerekçelerinde öne sürülen karşılaştırmaya elverişli değildir. Bu nedenle düzenlemenin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

7. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin aynı kuralın iptali talebiyle yapılan başvuruya ilişkin olarak verdiği kararda (AYM, E.2005/28, K.2008/122) ifade ettiği üzere “iptali istenen kuralda yer alan ‘günlük yüzde beş fazlası’ ibaresi nedeniyle, fazla çalışma ücreti olarak zamanında ödenmeyen meblağın yüksek miktarlara ulaşabildiği anlaşılmaktadır” Ancak “fazla çalışma ücretinin yüzde beş fazlasıyla ödenmesine ilişkin bu kuralın, ‘zamanında’ ödenmeme koşulu-na bağlı olarak uygulanabilir olduğu açıktır. Ayrıca bu düzenlemelerin basın özgürlüğü yönünden önemli bir işlev gördüğü de yadsınamaz. Gazetecinin görevinin haber alma, verme, basma ve yayma gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren niteliği de göz önüne alındığında” kuralın çalışma ve teşebbüs hürriyetine aykırı olduğu da söylenemez.

8. Açıklanan gerekçelerle itiraz konusu kural Anayasa’ya aykırı görülmediğinden iptal isteminin reddi gerektiği oyuyla çoğunluğun kararına katılmıyorum.

**KAMU KURUM VE KURULUŞLARINDA ÇALIŞAN
ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNE ÖDENEN KIDEM
TAZMİNATLARININ ALT İŞVERENE RÜCUU**

T.C. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2019/42

Karar Sayısı : 2019/73

Karar Tarihi: 19/9/2019

R.G. Tarih-Sayı: 15.10.2019- 30919

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1. Antalya 4. Asliye Hukuk Mahkemesi(E.2019/42)
2. Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi(E.2019/49)
3. Antalya 6. Asliye Hukuk Mahkemesi(E.2019/57)
4. Antalya 2. Asliye Hukuk Mahkemesi(E.2019/66)
5. Antalya 11. Asliye Hukuk Mahkemesi(E.2019/73)

İTİRAZLARIN KONUSU: 21/2/2019 tarihli ve 7166 sayılı Kanun'un;

A.11. maddesiyle 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine eklenen altıncı fıkranın,

B.12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin,

Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı kapsamında alt işveren tarafından çalıştırılan işçiye kamu kurumunca yapılan kıdem tazminatı ödemesi nedeniyle alt işverene karşı açılan rücu davalarında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un;

1.11. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine eklenen itiraz konusu altıncı fıkra şöyledir:

“ (Ek fıkra: 21/2/2019-7166/11 md.) 4734 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilere, 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/9/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilmez.”

2.12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'a eklenen itiraz konusu geçici 9. madde şöyledir:

“Geçici Madde 9- (Ek:21/2/2019-7166/12 md.)

Bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalarda, 112 nci maddenin altıncı fıkrası kapsamında rücu edilmeyecek kısmı için ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir; yargılama gideri ve vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. İcra takiplerinde rücu edilmeyecek kısma ilişkin olarak harç alınmaksızın düşme karar verilir; takip giderleri ile vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. Ancak, bu kapsamda alt işverene rücu edilerek takip ve tahsil edilmiş olan tutarlar; alt işverenler lehine hiçbir şekilde alacak hakkı doğurmaz ve tahsil edilmiş tutarlar iade edilmez.”

II. İLK İNCELEME

1. ...yapılan ilk inceleme toplantısında;

öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

4. Anayasa'nın 152. ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda o hükmün iptali için Anayasa Mahke-

mesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

5. İtiraz yoluna başvuran Mahkemeler, 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinin altıncı fıkrası ile aynı Kanun'un geçici 9. maddesinin iptalini talep etmişlerdir.

6. Bakılmakta olan davalar, kıdem tazminatıyla ilgili olarak açılan rücu alacak davalarıdır. Dolayısıyla 4857 sayılı Kanun'un itiraz konusu geçici 9. maddesinin *İcra takiplerinde rücu edilmeyecek kısma ilişkin olarak harç alınmaksızın düşme kararı verilir; takip giderleri ile vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. Ancak, bu kapsamda alt işverene rücu edilerek takip ve tahsil edilmiş olan tutarlar, alt işverenler lehine hiçbir şekilde alacak hakkı doğurmaz ve tahsil edilmiş tutarlar iade edilmez.*” şeklindeki ikinci ve üçüncü cümlelerinde yer alan, icra takipleri ve bu kapsamda tahsil edilen tutarlara yönelik hükümlerin bakılmakta olan davalara konu uyuşmazlıklarda uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu cümlelere ilişkin başvuruların Mahkemelerin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

7. Açıklanan nedenlerle 21/2/2019 tarihli ve 7166 sayılı Kanun'un;

A.11. maddesiyle 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine eklenen altıncı fıkranın esasının incelenmesine,

B.12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin;

1. Birinci cümlesinin esasının incelenmesine,

2. İkinci ve üçüncü cümlelerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemelerin bakmakta olduğu davalarda uygulanma imkânı bulunmadığından bu cümlelere ilişkin başvuruların Mahkemelerin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. BİRLEŞTİRME KARARLARI

8.7166 Kanun'un 11. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine eklenen altıncı fıkra ile 12. maddesiyle anılan Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin iptallerine karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurula-

rına ilişkin E.2019/49, 2019/57, 2019/66, 2019/73 sayılı davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2019/42 sayılı dava ile birleştirilmelerine, esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2019/42 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 15/5/2019, 30/5/2019 ve 26/6/2019 tarihlerinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV.ESASIN İNCELENMESİ

9.Başvuru kararları ve ekleri Raportör ... tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

10.4857 sayılı Kanun'da asıl işveren-alt işveren ilişkisinin niteliği ve kapsamı belirtilmiştir. Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi; bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki olarak açıklanmıştır.

11. Anılan fıkranın son cümlesinde de asıl işverenin, alt işveren işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte (müteselsil) sorumlu olduğu belirtilmiştir.

12. Kamu kurum ve kuruluşlarının 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesi kapsamında alt işveren-asıl işveren ilişkisine taraf olmaları, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında hizmet alımı yoluyla gerçekleşmektedir.

13. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin dokuzuncu fıkrasında 4734 sayılı Kanun veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde hizmet alımı amacıyla sözleşme yapan kamu işverenlerinin kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip ortaklıklar olduğu belirtilmiştir.

14. 4734 sayılı Kanun kapsamında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı, Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenmiştir. Anılan hüküm, çeşitli tarihlerde değişikliklere uğramıştır. Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu kuralların uygulandığı davalara konu ihale sözleşmelerinin yapıldığı tarihte yürürlükte olan 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'la değişik (e) bendinde; idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler ile idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabileceği belirtilmiştir.

15. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihalelerinin kapsamı ve içeriği ile ilgili 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinde verilen yetkiye dayanılarak Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan ve 22/8/2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde de ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Kamu İhale Genel Tebliği'nin itiraz konusu kuralların uygulandığı davalara konu ihale sözleşmelerinin yapıldığı tarihte yürürlükte olan, 7/6/2014 tarihli ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'le değişik 78.1. maddesinde; personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımının; ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70'lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dâhil işçilik giderinden oluşan hizmet alımlarını ifade ettiği belirtilmiştir.

16. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen müteselsil sorumluluk ilişkisi gereği kamu (asıl) işvereni, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. İşçilik alacağı olan kıdem tazminatı da bu kapsamda yer almaktadır.

17.11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi müteselsil borçlulukta iç ilişkiyi düzenlemektedir. Anılan maddede, aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça borçlulardan her birinin alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumlu olacakları belirtilmiştir. Yine maddede, kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan

isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ışığında asıl işveren, işçiye fazladan yaptığı ödeme kadar halefiyet ilkesi gereği işçinin yani alacaklının yerine geçecek ve alt işverene karşı rücu hakkı elde edecektir.

18. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında kamu işverenlerinin kıdem tazminatından sorumluluğu ile ilgili olarak 11/9/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine fıkralar eklenmiştir. Bu kapsamda Kanun'un 112. maddesine eklenen ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarda; Kanun kapsamında yer alan işçilerin iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi hâlinde işçilerin kıdem tazminatlarının çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından ödeneğinin yeterli olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan işçinin banka hesabına ödeneceği belirtilmiştir.

19. Bu düzenlemeye koştur olarak 25/10/2014 tarihli ve 29156 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve 11/9/2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 2. maddesiyle Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde yer alan "...kıdem ve ihbar tazminatları,..." ibaresi madde metninden çıkarılmak suretiyle personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde teklif bedellerinin bileşenlerden olan *Sözleşme Giderleri ve Genel Giderler* kapsamından kıdem ve ihbar tazminatları çıkarılmıştır.

20. Anılan kurallarla ilgili ortaya çıkan uyumsuzluklar hakkında vermiş olduğu çeşitli kararlarında Yargıtay; Kanun'un 112. maddesinde yapılan değişikliğin kamu kurumları açısından kıdem tazminatından sorumluluğun yalnızca son işveren kamu kurumuyla sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı hususuyla ilgili olduğunu, kamu ihale mevzuatına tabi alt işverenlik sözleşmeleri kapsamında çalışanların kıdem tazminatının salt son kamu kurumunda ödeneceğinin öngörülmesinin kamu işverenlerinin alt işverenlere rücu hakkını ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E.2016/707, K.2018/24754, 19/11/2018).

21. İtiraz konusu kurallarla, 11/9/2014 tarihinden sonra 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımları kapsamında çalıştırılan işçilerden bu tarihten sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemesi durumunda alt işverenlere rücu edilmemesinin ve bu kapsamda çalıştırılan işçilere ödenen kıdem tazminatlarının 11/9/2014 tarihinden sonraki kısmı için kamu kurum veya kuruluşları olan asıl işverenler tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalara devam olunmamasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

B.İtirazların Gerekçeleri

22. Başvuru kararlarında özetle; kanunların genel ve nesnel olması gerektiği, kanunların genelliği ilkesinin hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucu olduğu, kanunların ancak kamu yararı amacı güdülecek çıkarılabileceği, kanunların geriye yürümezliği kuralının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin bir sonucu olduğu ve istisnai durumlar dışında kanunların yürürlük tarihinden önceki işlemlere uygulanamayacağı, hizmet alımı sözleşmeleri ile kamu idarelerinde çalışan işçilerin kâr amacı güden şirketlere bağlı olarak çalıştırıldıkları, işçilerin istihdamında asıl yararı alt işverenin elde ettiği, itiraz konusu kurullarla 11/9/2014 tarihinden sonra yapılan hizmet alımı sözleşmelerinde kamu idarelerinin rücu imkânının yalnızca sözleşmede açık hüküm bulunması şartına bağlanmasının ve bu suretle işçilerin tazminatlarını ödeme yükümlülüğünün kamu üzerinde bırakılmasının adalet ve kamu yararı amacıyla bağdaşmadığı, kamu idareleri dışındaki asıl işverenlerin 6098 sayılı Kanun'un 167. maddesinde bahsedilen yarı yarıya rücu hakkından yararlanırken kamu idarelerinin bu haktan yoksun bırakılmasının kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu, 11/9/2014 tarihinden itiraz konusu kurulların yürürlüğe girdiği 22/2/2019 tarihine kadar birçok kamu kurum ve kuruluşunun çeşitli şirketlerle hizmet alım sözleşmeleri imzaladıkları, bu sözleşmelerin bazılarında alt işverene rücu edileceğine dair bir düzenleme yer almasa da kamu idarelerinin yarı yarıya rücu hakkına sahip olduğu, kurullarla bu davalarda ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı şeklinde karar verilmesinin zorunlu hâle getirildiği, yürürlükteki kurullara uygun olarak açılan ve derdest olan davalara yasama organının müdahalede bulunduğu belirtilerek kurulların Anayasa'nın 2.,10.ve36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C.Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

23. Anayasa'nın 10. maddesinde *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”* denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

24. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen *kanun önünde eşitlik ilkesi* hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı; aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişiler arasında ayırım yapılmasını ve kişilere ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

25. İtiraz konusu kurallarla ilgili olarak eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişiler arasında farklılığın gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından farklı uygulamanın nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

26. 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinin itiraz konusu altıncı fıkrasında, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilere 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/9/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilmeyeceği düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un geçici 9. maddesinin itiraz konusu birinci cümlesinde de maddenin yürürlük tarihi itibarıyla kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalarda, Kanun'un 112. maddesinin altıncı fıkrası kapsamında rücu edilmeyecek kısmı için ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedileceği ve yargılama gideri ile vekâlet ücretinin taraflar üzerinde bırakılacağı belirtilmiştir.

27. Asıl-alt işveren ilişkisinde 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, asıl işverenin alt işveren işçisinin Kanun'dan sözleşmeden ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarıyla ilgili olarak alt işverenle birlikte sorumlu oldukları belirtilmiştir; 6098 sayılı Kanun'un 167. maddesinde, Kanun'da belirtilen durumlar dışında kendisine düşen paydan fazla ödemede bulunan asıl işverenin bu kapsamda alt işveren işçisine yaptığı kıdem tazminatı ödemeleriyle ilgili olarak alt işverene rücu edebileceği düzenlenmiştir.

28. Buna göre 4857 ve 6098 sayılı Kanunlar kapsamında asıl-alt işveren ilişkisinde rücu hakkının kullanımı, şartları ve sınırları ile ilgili olarak özel sektör asıl işverenleriyle sözleşme yapan alt işverenler ile kamuda hizmet alım yöntemiyle iş alan alt işverenler benzer hukuki konumda bulunmaktadır.

29. İtiraz konusu kurallar ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı kapsamında alt işverenlik sözleşmesiyle kamu idarelerinden iş alan alt işverenler, yalnızca sözleşmede kendilerine rücu edilebileceğine dair açık hüküm bulunması durumunda kamu (asıl) işverenlerine karşı işçilerin kıdem tazminatından sorumlu tutulmaya devam ederken benzer durumda olan özel hukuk tüzelkişileri ya da şahıslardan iş alan alt işverenler, kıdem tazminatı ile ilgili olarak her durumda rücu davasına muhatap olmaya devam edeceklerdir. Bu yönüyle kamudaki alt işverenler lehine farklı bir uygulama getirildiği anlaşılmaktadır.

30. Eşitlik ilkesine aykırı olmaması açısından benzer durumda olanlar arasında bir taraf lehine getirilen farklı düzenlemenin nesnel ve makul bir temele dayanması ve ölçülü olması gerekir. 4857 ve 6098 sayılı Kanunlar gereği aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça bütün alt işverenler, asıl işverenlerce kendi işçilerine yapılan kıdem tazminatı ödemelerinden ötürü rücu davasına muhatap olabilmektedir. İtiraz konusu kuralların yer aldığı 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinin altıncı fıkrası ile aynı Kanun'un geçici 9. maddesinde, kamu işverenlerinin alt işverenlere rücu hakkının sözleşmede açık bir hüküm bulunması hâli dışında yasaklanarak bu kapsamda açılan davaların sonlandırılması öngörülmektedir. Anılan düzenlemelerin amacı ve dayandığı temelle ilgili olarak Kanun'un gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

31. Bu itibarla kamuda 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesine taraf olan alt yüklenicilere karşı sözleşmede açık hüküm bulunması dışında rücu yolunun kapatılması ve bu kapsamdaki derdest davaların sonlandırılmasını öngören itiraz konusu kuralların bu kesimdeki alt işverenler yönünden farklı bir uygulama getirmesinin nesnel ve makul bir temele dayalı olduğu söylenemez. Bu nedenle itiraz konusu kurallarla getirilen farklı düzenleme eşitlik ilkesine aykırıdır.

32. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmışlardır.

Kurallar Anayasa'nın 10. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2. ve 36. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

V. HÜKÜM

21/2/2019 tarihli ve 7166 sayılı Kanun'un;

A.11. maddesiyle 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine eklenen altıncı fıkranın,

B.12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin,

Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE, ...OYÇOKLUĞUYLA 19/9/2019 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İtiraz konusu ilk kuralla (4857 Sayılı Kanunun 112. maddesinin altıncı fıkrası), 11.9.2014 tarihinden sonra imzalanan kamu ihale sözleşmeleri kapsamında bu tarihten sonra geçen süreye ilişkin yapılan kıdem tazminatı ödemeleri ile ilgili kamu idarelerinin alt işverene rücu hakkı "*sözleşmede açık hüküm bulunması*" koşuluna bağlanarak, bu şartı barındırmayan sözleşmelere taraf olan kamu idarelerinin 4857 sayılı Kanunun 2. maddesi ile 6098 sayılı kanunun 167. maddesinden doğan rücu hakkına müdahalede bulunulduğu; ikinci kuralla (4857 Sayılı Kanunun geçici 9. maddesi), bu kapsamda açılan davaların sonlandırılmasına ilişkin hükümler öngörülme suretiyle devam eden yargılamalara müdahale edildiği anlaşılmaktadır.

2. Kanun koyucunun, daha önce yürürlüğe koyduğu 6552 Sayılı Kanunla alt işveren işçisinin kıdem tazminatının doğrudan kamu işverenlerince ödenmesi doğrultusundaki düzenlemesine açıklık getirmek, uygulamada yargı kararlarına yansıyan belirsizliği telafi etmek amacıyla yürürlüğe koyduğu itiraz konusu kurallarla kamu yararını gözetir niteliği itibarıyla, alt işverenler lehine geçmişe etkili olacak şekilde yürütmesinin takdir yetkisi içerisinde bulunduğu, dolayısıyla kamu işverenleri üzerine bırakılan bir ödeme külfetinin hukuk güvenliği ilkesini ihlâl edeceğinin söylenemeyeceği, benzer şekilde, önceki yürürlükteki kurallara uygun olarak açılan davalar devam ederken, bu davaların getirilen yeni kural doğrultusunda sonlandırılmasında, hukuki güvenlik ilkesini ihlâl edecek bir geriye yürümenin söz konusu olmadığı görülmektedir.

3. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında; bir alacakla ilgili Devletin geçmişe yönelik düzenlemelerle mevcut alacağından vazgeçmesi, mevcut mali yükümlülüklerin tümünü ya da bir kısmını kaldırmasının, keza mahkeme kararıyla kesinleşen alacaklarından vazgeçmesinin yasa koyucunun takdirinde olduğu, dolayısıyla bu yönde yürürlüğe konulan kuralların Anayasa'ya aykırı

olmadığı belirtilmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 9.5.2013 tarih ve E.2011/42, K.2013/60; 15.10.2009 tarih ve E.2007/44, K.2009/148; 16.1.2017 tarih ve E.2016/195, K.2017/158; 7.9.2016 tarih ve E.2015/88, K.2016/156 sayılı kararları). Bu nedenle, itiraz konusu kurallarla Kamu işverenlerinin rücu davası açma hakkının, sözleşmede açık hüküm bulunması hali dışında ortadan kaldırılması ve evvelce bu kapsamda açılan davaların sonlandırılmasının, Anayasal hak bağlamında bir sorun teşkil etmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kuralların Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

4. Kamu kurum ve kuruluşları ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı gerçekleştiren "*alt işverenler*" ile özel hukuk tüzel kişileri ya kişilerinden oluşan asıl işverenlerden iş alan "*alt işverenler*" in hukuksal durumları aynı olmadığından; aralarında bir eşitlik değerlendirilmesi yapılamayacağı itibarıyla, itiraz konusu kurallarda kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşen bir yön de bulunmamaktadır. Dolayısıyla kurallar Anayasa'nın 10. maddesine de aykırı değildir.

5. Yukarıda açıklanan nedenlerle, iptal istemine konu kuralların Anayasaya aykırı olmadığı ve iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İtiraz konusu 7166 sayılı Kanun'un 11. ve 12. maddeleri 21/2/2019 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'un 11. maddesinde, 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/9/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilmeyeceği belirtilmiştir.

2. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ve bunun koruması altında olan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır.

3. Hukuki güvenlik ilkesi gereği belirli durumlar dışında kanunların geriye yürütülmemesi asıldır. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, kanunların, kamu

yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi istisnai durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmasını zorunlu kılar.

4. Anayasa Mahkemesi kararlarında, kanunların geriye yürümezliği ilkesi hukuk güvenliği bağlamında Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiş, bir kısım itiraz başvurusu ve iptal davaları da, kanunların geriye yürütülmemesi kuralının istisnası kapsamında mülhaza edilmiştir.

5. Anayasa Mahkemesi bir kararında, itiraz konusu kuralla ilgili olarak daha önce ihdas edilmiş kurala açıklık getirmek ve bu konuda uygulamada ortaya çıkan belirsizliği gidermek amacıyla vâz ettiği bir kuralı aynı yetki kapsamında geçmişe dönük olarak yürürlüğe girmesine olanak tanınmasının, hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir geriye yürüme olarak nitelendirmemiştir (E.2015/88, K.2016/156, 7/9/2016).

6. İtiraz konusu kuralların 11/9/2014 tarihinde kadar geriye yürütüldüğü ve bu kapsamda açılan derdest davalara müdahalede bulunulduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu müdahalenin hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir yönü bulunmamaktadır. Çünkü kanun koyucu 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinde 11/9/2014 tarihinden geçerli olmak üzere yaptığı değişiklikle, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında ilgili kamu kurum ve kuruluşuna, doğrudan alt işveren işçisinin kıdem tazminatı alacağını ödeme yükümlülüğü getirmiştir. Ancak uygulamada adli yargı mercilerinin, kamu işverenlerinin, kıdem tazminatından müstakil olarak sorumlu olmadığı, bu konuda alt işverenlere rücu edebileceğine ilişkin kararlar vermesi, ve aynı konuda idari yargı mercileri, Kamu İhale Kurulu ve Sayıştay kararlarında farklı değerlendirmeler yapılması nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek amacıyla itiraz konusu kurallar geriye yürütülmüş ve mevcut davalar sona erdirilmiştir. Bu açıdan itiraz konusu kuralların hukuki güvenlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir.

7. Anayasanın 10. maddesi yönünden yapılacak incelemede, değerlendirmeye esas alınan kamu işverenleri ile sözleşme yapan alt işverenler ile özel sektördeki alt işverenlerin durumlarının karşılaştırmaya müsait olup olmadığının dikkate alınması gerekir.

8. Kamu işverenleri ile hizmet alımı yoluyla alt işverenlik sıfatını kazanan alt işverenlerin hukuki statüsünde kamusal yönün ağır bastığı görülmektedir. Nitekim bu ilişkinin tesisinde hâkim olan, ihale sözleşmesinin kurulması, sona

erdirilmesi ve tabi olduğu yargısal süreç gibi ilkeler, kamudaki alt işverenlik ilişkisini özel sektördeki alt işverenlik ilişkisinden ayırmaktadır. Bu yönüyle farklı hukuksal konumda bulunan süljeler arasında eşitlik değerdendirilmesi yapılamayacağından itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 10. maddesi aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Bunun yanında, kuralların Anayasa'nın 36. maddesiyle de bir ilgisi bulunmamaktadır.

9. İzah ettiğim nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığı için itiraz başvurusunun reddine karar verilmesi gerektiği kanaatiyle iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İtiraz konusu kuralların Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadığımızdan bu kapsamda yapılacak değerdendirilmeden önce kuralların Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında yapılacak incelemede tespit edilecek hususlar eşitlik ilkesi bakımından itiraz konusu kuralların nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığının tespitinde önemli bir yer tutacaktır.

2. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir,

3. Hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelerden biri hukuki güvenlik ilkesidir. Hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir.

4. Kural olarak hukuki güvenlik, kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturur. *Kanunların geriye yürümezliği ilkesi* uyarınca kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi istisnai durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış

hukuksal durumlara etkili olmaması, hukukun genel ilkelerindedir. Ancak kanun koyucu kişilerin lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olacak şekilde yapma konusunda takdir yetkisine sahiptir.

5. Kanunların geriye yürümesi, getirilen yeni kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Yeni kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması ise kanunların geriye yürümesi olarak nitelendirilemez.

6. Anayasa Mahkemesince *kamu yararı* konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi, kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması halinde, söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayrık hâl dışında, bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasî tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan, bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

7. İtiraz konusu kurallar 22/2/2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmekle birlikte 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri ile ilgili alt işverenlere rücu etme hakkı ile bu kapsamda ödenen kıdem tazminatlarında kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene açılan davalara müdahale edildiği anlaşılmaktadır. Bu açıdan anılan kurullarla, yürürlük tarihinden önce gerçekleşmiş olaylara yönelik düzenleme yapıldığında tereddüt bulunmamaktadır. Bu durumda, yapılan düzenlemelerin kanunların geriye yürütülmemesi ilkesinin istisnaları kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin irdelenmesi gerekmektedir.

8. 11/9/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinde değişiklik yapılmadan önce personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı yapan kamu işverenlerinin, çalıştırılacak her bir personelin işçilik maliyeti üzerinden hesaplanan sözleşme ve genel giderler içerisinde yer alan kıdem tazminatlarını peşinen alt işverenlere hak edişleri içerisinde ödemekteydi. Nitekim Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30.

maddesinin (ç) bendinde kıdem tazminatı ihale teklif bedeli içerisinde sözleşme gideri olarak öngörülmüştü.

9. Ancak 11/9/2014 tarihinden önceki dönemde işçinin iş akdinin kıdem tazminatı hakkı doğacak şekilde sona ermesi durumunda normalde alt yüklenicinin bu tazminatı işçiye ödemesi gerekirken uygulamada birçok alt işveren bu yükümlülüklerini yerine getirememiştir. İşçiler, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan müteselsil sorumluluk gereği kamu işverenlerine dava açmak suretiyle tazminatlarını işverenden tahsil yoluna gitmiştir. Kamu kurumlarının dava yoluyla alt işverenlere mükerrer ödeme yapmak durumunda kalmaları üzerine kamu kurumları alt İşverenlere rücu davası açmak zorunda kalmışlardır. Esasen 6552 sayılı Kanun, kıdem tazminatları ile ilgili kamu işverenleri ve alt işverenler arasında yaşanan yoğun dava süreçleri ve diğer olumsuzlukları sona erdirmek amacıyla ihdas edilmiştir. Düzenlemeyle, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında ilgili kamu kurum ve kuruluşuna, doğrudan alt işveren işçisinin kıdem tazminatı alacağını ödeme yükümlülüğü getirilmiştir.

10. Bunun yanında, 25/10/2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 2. maddesi ile Tebliğ'in 78.30 uncu maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde yer alan "*kıdem ve ihbar tazminatları*," ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Kanun koyucunun esasen 11/9/2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 6552 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinde yaptığı düzenleme ve buna koşut olarak Kamu İhale Kurumu'na, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30. maddesinin (ç) bendinde yapılan değişiklik ile bu tarihten sonraki dönemde kamu işverenlerince yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, asıl işveren olan idarenin, alt işveren işçilerine ödemesi gereken kıdem tazminatından münhasıran sorumlu olduğu yönündeki iradesini belirginleştirdiği anlaşılmaktadır.

11. 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30. maddesinin (ç) bendinde yapılan ve 11/9/2014 tarihinde yürürlüğe giren bu iki düzenleme ile kamu işverenleri tarafından daha önce sözleşme gideri içerisinde yer alan ve hak edişlerle alt işverenlere peşin olarak ödenen kıdem tazminatı giderinin kamu işverenince doğrudan işçiye ödeme yapmak suretiyle kamu üzerinde bırakılan bir harcama kalemi haline getirildiği anlaşılmaktadır. Esasen bu yükümlülük yukarıda izah edildiği gibi dolaylı olarak 11/9/2014 tarihinden önce de kamu işverenleri üzerinde öngörülmüştü.

12. Nitekim Yargıtay ve yerel mahkemeler dışında Kamu İhale Kurulu, Sayıştay ve İdari yargı mercileri, 6552 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ve Kamu İhale Genel Tebliği'ndeki değişikliklerle kıdem tazminatından kamu işverenleri

nin sorumlu olduğu yönünde değerlendirmelerde bulunmuş ve kararlarında bu görüşü esas almışlardır. Dolayısıyla kıdem tazminatından kamu işverenlerinin sorumluluğu ile ilgili devletin farklı kurumları tarafından yapılan yorum farklılığı nedeniyle bu konuda hukuki bir belirsizlik olduğu anlaşılmaktadır.

13. Kanun koyucunun daha önce yürürlüğe koyduğu 6552 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine eklenen hükümlere göre alt işveren işçisinin kıdem tazminatının doğrudan kamu işverenlerince ödenmesi yönündeki düzenlemesine açıklık getirmek, bu konuda oluşan hukuki belirsizliği gidermek amacıyla ihdas ettiği itiraz konusu kuralların kamu yararı amacına yönelik olmadığı söylenemez.

14. Bunun dışında Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi kanun koyucu, kişiler lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olacak şekilde yürütme konusunda takdir yetkisine sahiptir. İtiraz konusu kurallarla kamu işverenleri ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarına taraf olan gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerinden oluşan alt işverenler lehine getirilen düzenlemelerin geçmişe etkili olacak şekilde yürütülmesi, tamamen kanun koyucunun takdir yetkisi içerisindedir. Bu açıdan kamu işverenleri aleyhine yapılan ve geçmişe etkili sonuç doğuran düzenlemelerde, kanunların geriye yürümezliği ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

15. Bu açıdan, kuralın geçmişteki olayları etkileyecek şekilde hüküm ifade etmesi, hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir geriye yürüme olarak nitelendirilemeyecektir. Esasen kanun koyucu itiraz konusu kurallarla daha önce ortaya koyduğu iradesini açıklığa kavuşturmuş, takdir yetkisi içerisinde açık bir şekilde gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri lehine bir takım haklar tesis etmiştir. Kurallar bu işleviyle hukuk güvenliğini ihlal edecek nitelik taşımamaktadır.

16. Bu itibarla itiraz konusu kuralların geçmişe dönük olarak yürürlüğe girmesine imkân tanınmasında, hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir yön bulunmadığı gibi bu konuda açılan davaların sona erdirilmesi yönündeki düzenlemenin de hukuk devleti ilkesini zedeleyen bir niteliğinin bulunduğu söylenemez.

17. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir.

18. Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında yapılacak değerlendirmede, öncelikli olarak kamu ve özel kesimde yer alan alt işverenlerin statüleri ve tabi oldukları hukuki rejimin dikkate alınması gerekmektedir.

19. Kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hizmetine yardımcı işleri alt işverene vermesi, idare hukuku ilkelerine göre "hizmet alımı" çerçevesinde, 4734

sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Kamu idarelerinden Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı suretiyle asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işi yüklenen alt işverenin hukuki statüsünün özel hukuk tüzelkişileri ya da bireylerden oluşan asıl işverenlerden iş alan alt yüklenicilerden farklı özellikler arz etmektedir.

20. Çünkü, rücu hakkının temelini oluşturan, kamu işverenlerinden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı yoluyla iş alan alt yüklenicilerin tabi olduğu hukuksal rejim, ihale sözleşmesinin kapsamının belirlenmesi, sözleşme giderlerinin hangi kalemlerden oluştuğu, sözleşme içeriğinin denetimi, kanun yolları vs. gibi hususlar dikkate alındığında kamusal yönünün ağır bastığı görülmektedir.

21. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşları ile personel çalıştırmasına dayalı hizmet alımı gerçekleştiren alt işverenler ile özel hukuk tüzelkişileri ya da bireylerden oluşan asıl işverenlerden iş alan alt işverenlerin hukuksal durumları aynı değildir. Bu alt işverenlerin yaptıkları işin aynı veya benzer olması da hukuki durumlarının aynı olması sonucunu doğurmaz.

22. Bu yönüyle, hukuki durumları farklı olan kamu idaresinde personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı yapan alt işverenler ile özel hukuk tüzelkişileri ya da bireylerden oluşan asıl işverenlerden iş alan alt işverenler arasında eşitlik değerlendirmesi yapılamayacağından, itiraz konusu kuralda “*kanun önünde eşitlik*” ilkesini aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

23. Bir an için kamu ve özel kesimde yer alan alt işverenlerin hukuki durumlarının benzer olduğu düşünülse bile Anayasa Mahkemesinin 11/4/2019 tarihli ve E.2019/6, K.2019/25 sayılı kararında benimsediği kriterlere göre itiraz konusu kurullarla kamudaki alt işverenler lehine getirilen rücu yasağı şeklindeki ayrıcalığın nesnel ve makul nedenlere dayanıp dayanılmadığına bakılarak değerlendirme yapılması mümkündür.

24. Yukarıda Anayasa’nın 2.maddesi aykırılık iddiası ile ilgili yapılan değerlendirmelerde de belirtildiği gibi Kanun koyucu esasen 6552 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun’un 112. maddesinde yaptığı düzenleme ve Kamu İhale Genel Tebliği’nde yapılan değişiklikle 11/9/2014 tarihinden sonraki dönemde kamu kurumlarınca yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında, işçilerin kıdem tazminatlarını sözleşme gideri kapsamından çıkarmak suretiyle bu konudaki yükümlülüğü kamu kurumları üzerinde bırakmıştır. Esasen dana öncede var olan yükümlülüğü bir anlamda somutlaştırmıştır. Kanun koyucu anılan düzenlemelerle asıl işveren olan kamu idarelerinin, rücu hakkı

olmaksızın alt işveren işçilerine ödemesi gereken kıdem tazminatından münhasıran sorumlu olduğu yönündeki iradesini ortaya koymuştur. Dolayısıyla bu konudaki belirsizliğin giderilmesi amacıyla ihdas edilen itiraz konusu kuralların objektif nedenlere dayalı olarak ihdas edildiği anlaşılmaktadır.

25. Buna göre, kıdem tazminatı ile ilgili olarak asıl (kamu) işverenlerince alt işverenlere karşı rücu hakkının kullanımının sözleşmede açık hüküm bulunması şartına bağlanması yönündeki itiraz konusu kuralların nesnel ve makul bir temele dayandığı, ölçülü olduğu, bu açıdan eşitlik ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

26. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığı için itiraz başvurusunun reddine karar verilmesi gerektiği kanaatini taşıdığımızdan, iptaline yönelik çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

BELİRLİ SÜRELİ SÖZLEŞME- SÜREDEN ÖNCE HAKSIZ FESHE BAĞLI CEZAI ŞART

T.C.

YARGITAY

İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME GENEL KURULU

Esas No : 2017/10

Karar No : 2019/1

Tarih : 8.3.2019

I-GİRİŞ

A.İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KONUSUNDAKİ BAŞVURU

Yargıtay Birinci Başkanı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı ve Yargıtay 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri Başkanları ile 12 Ocak 2016 tarihinde yapılan toplantıda kararlaştırıldığı üzere, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu salonunda 1-3 ve 4 Şubat 2016 tarihlerinde Yargıtay 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri Başkan ve üyeleri ile yapılan toplantı sonucunda içtihat aykırılığı olup, uzlaşma sağlanamayan belirli süreli olarak yapılmış olsa da objektif nedeni yoksa süreye bağlı cezai şartın geçerliliği konusunda verilen farklı kararlar sebebiyle içtihatların birleştirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

B.YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLIK KURULUNUN KARARI VE İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMENİN KONUSU

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 28 Eylül 2017 tarihli ve 299 sayılı kararı ile “Belirli süreli olarak yapılmış olsa da objektif nedeni yoksa süreye bağlı cezai şartın geçerliliği” konusunda Daireler arasında görüş aykırılığı bulunduğu ve bu aykırılığın İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunca içtihatları birleştirme yoluyla giderilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Bununla birlikte Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 07 Şubat 2019 tarihli ve 44 sayılı kararı ile içtihadı birleştirme konusu “Belirli süreli olarak yapılmış, ancak objektif

koşulları taşımadığı için belirsiz süreli kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan ‘süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart’ hükmünün geçerli olup olmadığı” şeklinde değiştirilmiştir.

C.GÖRÜŞ AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLAR

Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesinin;

- 15.10.2010 tarihli ve 2008/41104 E.-2010/29200 K.,
- 26.12.2013 tarihli ve 2011/48912 E.-2013/35045 K.,
- 08.07.2014 tarihli ve 2012/25901 E.-2014/23554 K.,
- 25.12.2014 tarihli ve 2014/36059 E.-2014/40181 K.,
- 04.04.2017 tarihli ve 2017/3977 E.-2017/5968 K.,

Yargıtay Yirmiikinci Hukuk Dairesinin;

- 20.03.2014 tarihli ve 2013/6500 E.-2014/6727 K.,
- 29.05.2014 tarihli ve 2013/12632 E.-2014/15162 K.,
- 17.02.2015 tarihli ve 2013/31698 E.-2015/5108 K.,
- 29.11.2016 tarihli ve 2015/18939 E.-2016/26066 K., sayılı kararları.

D.İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KONUSUNA İLİŞKİN ÖZEL DAİRELER İLE HUKUK GENEL KURULU GÖRÜŞLERİNİN ÖZETLERİ

1. Cezai Şartın Geçersiz Olduğu Görüşünde Olan Daireler

Dokuzuncu Hukuk Dairesi konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle; belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin süresinden önce feshine bağlı olarak cezai şart konulabileceğini, tarafların belirsiz süreli sözleşmede asgari çalışma süresi koymak suretiyle yine bu süreyle bağlantılı cezai şart öngörebileceklerini ancak sözleşmede bir süre yoksa süreyle ilintili bir cezai şart öngörülemediğini, asıl sorunun, belirli süreli olarak yapılmak istenen bir sözleşmenin İş Kanunu'nun 11. maddesindeki objektif nedenleri içermemesi hâlinde ortaya çıkacağını, Daire uygulamasına göre belirli süreli olarak yapılan ancak objektif neden içermeyen sözleşmenin belirsiz süreli sayıldığından ve süre şartı gerçekleşmediğinden cezanın da söz konusu olmayacağını, zira cezai şartta, belli bir şartın gerçekleşmesine bağlı bir yaptırımın öngörüldüğünü, sözleşme belirsiz süreli ise belli bir süre çalışma yönünden şart gerçekleşmediğinden cezanın uygulanmasının da mümkün olmayacağını, belirli süreli sözleşmenin de asgari süreli sözleşmenin de atipik sözleşmeler olup taraflarca açıkça bu sözleşmelerden birinin yapılmış olmasının gerektiğini, belirli süreli koşullarını haiz olmayan sözleşmenin asgari süreliye tahvilinin doğru olmayacağını, bu durumda objektif neden içer-

meyen ancak -asgari süreden söz edilmeksizin- belirli süreli olarak yapılan iş sözleşmelerinde, süresinden önce feshe bağlı cezai şart hükümlerinin geçersiz olduğunu belirtmiştir.

14.Cezai Şartın Geçerli Olduğu Görüşünde Olan Daireler

Yirmiikinci Hukuk Dairesi konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle; Borçlar hukukunun temel ilkelerinden birisinin de sözleşmeleri ayakta tutma ve geçerliliklerini koruma ilkesi olduğunu, belirli süreli olması öngörülen iş sözleşmesinin yapılması için objektif koşullar bulunmasa dahi karşılıklılık ve denklik unsurlarının mevcut olması durumunda, sözleşmede öngörülen cezai şart hükmünün geçersizliğine hükmedilemeyeceği, zira sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda, taraf iradelerinin cezai şart konusunda birleştiğini, söz konusu hükmün, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesine aykırı olmasının da söz konusu olmadığını, sözleşmenin süresine ilişkin taraf iradelerinin hükümsüz olmasının., sözleşmenin belli bir süre içinde haksız feshini engellemeye yönelik kararlaştırılan cezai şarta ilişkin hükmün geçerliliğini etkilememesi gerektiğini, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olmasının sözleşmenin ömrü ile ilgili olduğunu, feshin haksızlığına bağlanan cezai şartın ise sözleşmenin belirlenen süreden önce haksız feshini önlemeye yönelik olduğunu, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılma şartları ile cezai şartın geçerlilik koşullarının farklı olup, kanunda ayrı hükümlerde yer aldığı, objektif şartların bulunmaması nedeniyle sözleşmenin belirsiz hâle gelmesinin TBK m. 27 uyarınca öngörülen cezai şartın geçersizliği sonucunu doğurmaması gerektiğini, tarafların belirli bir süre sözleşmenin haksız feshedilmesini cezai şart yaptırımına bağlamalarına ilişkin iradelerinin ayakta tutulması gerektiğini, zira tarafların, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de sözleşmenin belli bir süre içinde haksız olarak feshedilmemesini cezai şarta bağlayabileceklerini, gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde cezai şart içeren hükümlerin, karşılıklılık prensibinin bulunması hâlinde kural olarak geçerli olduğunu, nitekim her üç Dairenin de asgari süreli (belirsiz süreli) iş sözleşmelerinde, karşılıklılık ve denklik bulunmak kaydıyla, haksız feshi cezai şarta bağlayan düzenlemelere yer verilebileceğini kabul ettiğini, bu uygulamaya rağmen, objektif şartlar bulunmadığı için belirsiz hâle gelen sözleşmedeki cezai şartın geçersiz kabul edilmesinin ciddi bir çelişki oluşturacağını ve Daireler arasındaki içtihat aykırılıklarının içtihadı birleştirme yoluyla giderilmesi gerektiğinin düşünüldüğünü belirtmiştir.

3.Hukuk Genel Kurulu Başkanlığının Görüşü

Hukuk Genel Kurulu konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle; Özel Daireler tarafından Hukuk Genel Kurulunun

herhangi bir kararına atıf yapılmadığı, Dokuzuncu Hukuk Dairesince belirli süreli olarak yapılan içeriğinde de asgari süre öngörülmeden iş sözleşmelerinin objektif neden bulunmadığı durumlarda belirsiz süreli kabul edildiği ve süreye bağlı cezai şartın geçersiz sayıldığı, Yirmiikinci Hukuk Dairesince ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27 ve 420'nci maddelerindeki hükümlerden hareketle geçerli kabul edildiğini ve bu durumda her iki Özel Dairenin "Belirli süreli yapmış olsa bile objektif nedeni yoksa süreye bağlı cezai şartın geçerliliği" konusunda farklı uygulamalarının mevcut olduğunu, Özel Daireler arasındaki içtihat aykırılığının içtihatların birleştirilmesi yolu ile giderilmesi gerektiğinin düşünüldüğü bildirilmiştir.

A. ÖN SORUN

İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında işin esasına geçilmeden önce, içtihadı birleştirme konusunun «Belirli süreli olarak yapılmış, ancak objektif koşulları taşımadığı için belirsiz süreli kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan işçi yararına konulan «süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart» hükmünün geçerli olup olmadığı» yönünde değiştirilmesinin doğru olacağı, keza işçi aleyhine bir durum yaratılmaması gerektiği belirtilerek ön sorun ileri sürülmüş ise de; içtihadı birleştirme konusunun Dokuzuncu ve Yirmiikinci Hukuk Daireleri tarafından hem işçi hem de işveren açısından değerlendirildiği, cezai şarta ilişkin hükmün, karşılıklılık ilkesinden hareketle her iki taraf için de düzenlenmesi gerektiği, bir başka deyişle tek taraflı olarak düzenlenen cezai şart hükmünün zaten geçersiz olduğu gerekçesiyle ön sorun bulunmadığı birinci oturumda üçte ikiyi aşan oy çokluğuyla kabul edilerek içtihadı birleştirme konusunun esasının incelenmesine geçilmiştir.

III. KAVRAM, KURUM VE YASAL DÜZENLEMELER

A. İŞ SÖZLEŞMESİ VE TÜRLERİ

1. İş Sözleşmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun (İK) 8. maddesine göre iş sözleşmesi, "bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme" olarak tanımlanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinin birinci fıkrasında ise "işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme" olduğu belirtilmiştir.

Söz konusu tanımlardan da anlaşılacağı üzere iş sözleşmesi, iş görme, ücret ödeme ve kişisel/hukuki bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır. Ayrıca iş sözleşmesi, kişisel ilişki kurmak suretiyle karşılıklı borç doğuran ve sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşme olma özelliklerini de taşımaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 9'üne maddesi ile iş sözleşmesinin türü ve çalışma biçimlerini belirleme serbestisi düzenlenmiş olup, kural olarak tarafların sözleşme serbestisi gereği ihtiyaçlarına uygun türde iş sözleşmesi düzenleyebilecekleri ancak Kanun ile getirilen sınırlamalara uymak zorunda oldukları ifade edilmiştir.

Ayrıca iş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılabileceği gibi, çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilecektir.

Dolayısıyla iş sözleşmesinin sürekli-sürekli, belirli-belirsiz, azami-asgari süreli, şarta bağlı, deneme süreli, takım sözleşmesi, mevsimlik, kısmi-tam süreli iş sözleşmesi gibi çeşitli türleri bulunmakta ise de, içtihadı birleştirme konusu gereği belirli süreli iş sözleşmesi ile belirsiz süreli iş sözleşmesi üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.

2. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinden anlaşılacağı üzere iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması asıldır. Anılan cümle uyarınca iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmaması hâlinde sözleşme belirsiz süreli sayılır.

Belirsiz süreli iş sözleşmeleri, bu sözleşmenin feshine bağlanan hukuki sonuçlar ile iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmeye olanak tanıdığından, kural olarak işçinin daha lehinedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş güvencesinden yararlanma koşulları arasında açıkça belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinden bahsedilmesi karşısında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı açıktır. Aynı şekilde belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin sonunda bir fesih bildirimine gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermesi nedeniyle başta kıdem tazminatı olmak üzere herhangi bir tazminat gerektirmeksizin sona erdiğinden, işçinin yasal haklarını engellemek amacıyla da kullanılabilir.

İş sözleşmesinin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu konusunda tereddüt oluşması hâlinde sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilmelidir. Eş deyişle işçi aleyhine sonuçları itibarıyla belirli süreli iş sözleşmesi yasal sınırlamalara tabi tutulmuş olup istisna niteliğindedir. Bu nedenle sözleşmenin

belirsiz süreli olması kural olduğundan, tereddüt hâlinde sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi zorunludur.

4857 sayılı İş Kanunu ve diğer iş hukuku mevzuatı temel olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi üzerine inşa edilmiştir.

3. Belirli Süreli İş Sözleşmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesine göre belirli süreli iş sözleşmesi, “belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi” olarak tanımlanmıştır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri, sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca sözleşmenin sona ereceği anın kararlaştırıldığı, sözleşmenin başlangıcında sona erme zamanının bilindiği sözleşmelerdir (Bozkurt Gümrükçüoğlu, Y.: Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s. 15).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesindeki tanım dikkate alındığında, maddenin muhatabının işçi ve işveren olduğu, işçi ve işverenin belirli süreli iş sözleşmesi yapma serbestisinin Kanun ile sınırlandırıldığı ve bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi için ancak anılan objektif koşulların bulunması gerektiği açıktır. Dolayısıyla tarafların (işçi-işveren) salt belirli bir süre belirterek yaptıkları iş sözleşmesini belirli süreli olarak nitelendirmeleri sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulüne yeterli değildir. Maddede belirtilen işin belirli süreli olması veya belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullar bulunmaması hâlinde, bu sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılır.

a. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Kurulması İçin Gerekli Olan Objektif Koşullar
aa. İşin belirli süreli olması

4857 sayılı İş Kanunu uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabileceği objektif koşullardan ilki işin belirli süreli olmasıdır. Burada işin belirli süreli olması ile ifade edilmek istenen, işin niteliği itibarıyla sözleşme yapıldığı sırada sözleşme konusu işin ne kadar süreceğinin taraflarca öngörülebilir olmasıdır (Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 184).

İşin belirli süreli olması, işin niteliği gereği baştan itibaren ne kadar sürede biteceğinin bilinmesi veya bilinebilir olmasıdır (Sümer, H. Hadi: Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Cilt 1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.15, Sayı:1, Ocak 2016, s. 425). Örneğin, bir serginin veya konferansın ya da bir sportif organizasyonun düzenlenmesinde işin ne kadar

süreceği bilindiğinden, bu işlerde çalıştırılmak üzere işçi alınması hâlinde belirli süreli iş akdi yapılabilir. Aynı şekilde, bir mevsim veya kampanya dönemi için yapılan iş akitleri de, sürenin sonu öngörülebildiğinden belirli süreli olarak kurulabilir. Örneğin yaz (turistik) mevsiminde açık olan veya bütün yıl açık olmakla beraber bu dönemde iş yoğunluğu artan bir otelde salt yaz mevsimi için işe alınan işçilerle belirli süreli sözleşme yapılabilir (Süzek, S.: İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 248).

Belirli süre, zaman olarak kararlaştırılabileceği gibi, işin amacından da anlaşılabilir. Bu durumlarda amacın gerçekleşmesiyle sözleşmenin sona erdiği kabul edilir (Çelik, N./Canıklıoğlu, N./Canbolat, T.; İş Hukuku Dersleri, Yemlenmiş 29. Bası, İstanbul 2016 s.133).

bb. Belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması

Belirli süreli iş akitlerinin kurulmasına olanak tanıyan diğer bir objektif neden iş akdinin belli bir işin tamamlanmasına bağlı olarak yapılmasıdır. İşçi ile zaman içinde devam edip giden bir iş için değil de tamamlanması ile sona erecek bir işte çalıştırılmak üzere belirli süreli iş akdi kurulması mümkündür. Örneğin, bina yapımının bitmesi, bilgisayar donanımının kurulması, projenin bitirilmesi, bahçe düzenlenmesinin gerçekleştirilmesi için belirli süreli sözleşme yapılabilir (Süzek, s. 249).

Belirli bir işin tamamlanmasıyla kastedilen yarım kalan bir işin tamamlanması olabileceği gibi, henüz başlanmamış bir işin tamamlanması anlamına da gelebilir. Önemli olan, sözleşmenin sona ereceği zamanın taraflarca öngörülebilir olmasıdır (Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 213).

cc. Belirli bir olgunun ortaya çıkması

İşyerinde, işletmenin normal faaliyetine dâhil olmayan veya sürekli devam etmekte olan mutad durumun dışında bir olgu ortaya çıkabilir ve geçici olarak iş gücüne ihtiyaç duyulabilir. Örneğin, hastalık, hamilelik veya herhangi başka bir durum nedeniyle izinli olan ve iş akdi askıya alınan işçinin yerine, bir süre için başka bir işçiyle belirli süreli sözleşme yapılması mümkündür (Süzek, s. 249).

Bu kavram genel ve soyut bir kavram olduğundan, birçok hâlde belirli bir olgunun ortaya çıkmış olduğunun kabulü mümkündür. Burada tarafların, ortaya çıkan bir olguyu dikkate alarak sözleşmeyi sürelendirmesi söz konusudur. Bununla birlikte, ortaya çıkan bir olgunun 11. madde kapsamında objektif koşul olarak kabul edilebilmesi için, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını haklı kılabilecek bir neden olması gerekmektedir (Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 213-214).

çç. Objektif koşul sayılabilecek benzer durumlar

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde objektif koşulların maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı maddedeki ifade şekline açıkça anlaşılmaktadır. Zira objektif koşullar sıralandıktan sonra "gibi" ifadesine yer verilmesiyle benzer hâllerde de belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün olmaktadır.

dd. Kanundan kaynaklanan belirli süreli iş sözleşmeleri

Sözleşmenin belirli süreli yapılması gerektiğinin kanun tarafından öngörüldüğü durumlarda objektif koşulun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, kanun hükmünün sözleşmenin belirli süreli yapılması zorunluluğu öngördüğü durumlarda objektif koşulların varlığı aranmaz.

Süzek'e göre de kanundan kaynaklanması hâlinde belirli süreli sözleşmenin kurulabilmesi için ayrıca objektif nedenlerin bulunması gerekli değildir (Süzek, s. 251).

b.Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Zincirleme Yapılması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacaktır. Aksi hâlde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kabul edilecektir. Bu düzenleme uyarınca esaslı bir nedene dayalı zincirleme iş sözleşmesi, belirli süreli olma özelliğini koruyacaktır.

Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif (esaslı) bir nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir objektif neden ortaya çıkmışsa belirli süreli sözleşmeler yinelenebilir. Aynı şekilde, belirli süreli iş akdinin kurulması yasa gereği ise, bunu izleyen zincirleme sözleşmeler belirsiz süreli iş akdine dönüşmezler, belirli süreli kalmaya devam ederler (Süzek, s. 257).

c.Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sonuçları

Belirli süreli iş sözleşmesi, kural olarak, herhangi bir fesih bildirimine gerek olmaksızın sözleşmede belirlenen sürenin geçmesiyle kendiliğinden sona erer. Bunun sonucunda bu tür sözleşme ile çalışanlar İş Kanununda yer alan bazı haklardan yararlanamazlar. Gerçekten belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar, eğer iş sözleşmesi sürenin bitimi ile kendiliğinden sona ermişse, kıdem tazminatına hak kazanamadıkları gibi, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörül-müş olan bildirim öneli belirli süreli iş sözleşmeleri için uygulanmaz. Bunun gibi, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara bildirim öneli verilmediği gibi, bu sözleşmeyle çalışanlar bildirim önelleri içinde herhangi bir ücret kesintisi yapılmadan işçiye verilmesi gereken iş arama izninden de yararlanamazlar.

Daha da önemlisi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar iş güvencesinin kapsamına girmezler. Bir başka deyişle belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler işe iade davası açamazlar (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 129).

Buna karşılık belirlenen süreden önce iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi hâlinde işçi, kalan süreye ilişkin bakiye süre ücreti talep edebilecektir.

4. Asgari Süreli İş Sözleşmesi

Asgari süreli iş sözleşmesinde taraflar belirledikleri süre içerisinde fesih hakkını kullanmazlar. Belirlenen süre dolduktan sonra taraflar sözleşmeyi feshedebilirler. Örneğin sözleşmenin süresinin en az bir yıl olarak kararlaştırıldığı sözleşme asgari süreli sözleşmedir. Bu durumda bir yıllık sürenin içinde taraflar sözleşmeyi feshedemezler. Bir yıllık sürenin dolmasından sonra ise sözleşmenin tarafları sözleşmeyi fesih yetkisini kullanabilirler. Asgari süreli iş sözleşmelerinde sözleşme, belirlenen sürenin sonunda örneğin bir yılın bitiminde sonra ermez; öngörülen asgari sürenin bitiminde feshedilmediği takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak varlığını sürdürür.

Türk iş hukuku mevzuatında asgari süreli iş sözleşmesinin tipik örneği Deniz İş Kanunu'nun 16. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "Süresi belirsiz hizmet akti, 14. maddede yazılı durumlar dışında gemiadamının işe alınmasından itibaren altı ay geçmedikçe bozulamaz." Görüldüğü üzere, gemiadamı ile yapılan iş sözleşmesi taraflarca altı ay içinde haklı neden olmaksızın feshedilemeyecektir. Altı aylık sürenin dolmasından sonra tarafların sözleşmeyi feshetmeleri mümkün olabilecektir.

B. CEZAI ŞART (CEZA KOŞULU)

1. Cezai Şart Kavramı

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (818 sayılı BK) 158 ilâ 161. maddelerinde cezai şarta ilişkin düzenlemelere yer verilmekle birlikte, cezai şartın tanımı yapılmamıştır. Anılan maddelerde cezai şartın hukuki sonuçları düzenlenmiştir.

Doktrinde yapılan bir tanıma göre cezai şart, "Mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimdir." (Tunçomağ, K.: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 6). 818 sayılı BK'nın 158-161 . maddelerine dayanılarak yapılan bir başka tanımda ise, "Cezai şart, borçlunun borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde önceden kararlaştırılmış bir edada bulunmayı alacaklıya karşı taahhüt etmesi" olarak

ifade edilmiştir (Günay, Cevdet İ.:Cezai Şart, Ankara 2002, s. 5).

01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) ise “cezai şart” yerine “ceza koşulu” kavramı tercih edilmiş olup, ceza koşuluna ilişkin düzenlemeler TBK'nın 179 ilâ 182'nci maddelerinde yer almaktadır.

2. Cezai Şartın Hukuki Niteliği ve Unsurları

Cezai şart, asıl borç karşısında ferî borç niteliğindedir. Cezai şartın ferî nitelikte olması, geçerliliğinin asıl borcun geçerliliğine bağlı olmasını ifade eder. Bu bağlamda asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz olur veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı şekilde imkânsız hâle gelirse cezai şart da geçersiz hâle gelecek ve talep edilemeyecektir (TBK m. 182). Zira cezai şart ancak asıl borç varlığını sürdürdüğü müddetçe talep edilebilir. Bununla birlikte cezai şart, daha etkin hâle getirdiği asıl borçtan ayrı ve bağımsız bir ekonomik değer taşır. Cezai şart, asıl borcun konusunu oluşturan edimden farklı bir edimdir. Bu bağımsız edim, genellikle para borcu olarak karşılaştırılmakla birlikte para olarak ödenmesi zorunlu değildir. Önemli olan cezai şart olarak karşılaştırılan edimin ekonomik bir değere sahip olmasıdır (Canbolat, T./Erener, E.: Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart, İş ve Hayat Dergisi, Sayı:5,2017, s. 231).

Cezai şart, bağımsız bir edim olmasının yanı sıra bu edimi doğuran hukuki işlemi de ifade etmektedir. Bu yönüyle cezai şart aynı zamanda bir sözleşme olduğundan, borçlar hukukunda sözleşmelerin tabi olduğu temel kurallara tabidir. Bu anlamda olmak üzere, emredici hükümlere, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı; baştaki objektif imkânsızlık, şekle aykırılık, muvazaa veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz bir sözleşmeye dayanan bir borç için karşılaştırılan ceza koşulları da geçersizdir. Asıl borcun yer aldığı sözleşme irade bozuklukları veya aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilince, buna ilişkin cezai şart da hüküm ifade etmeyecektir.

Diğer taraftan, asıl borcun kaynaklandığı sözleşme bir geçerlilik şekline tabi olup, gerekli şekil şartına uyularak yapılmış olsa da, cezai şart da aynı şekle uyularak karşılaştırılmadıkça geçerli olmaz. Asıl borca ilişkin sözleşme şekle tabi değilse, ceza koşulu da şekle tabi olmadan karşılaştırılabilir (Oğuzman, M. Kemal/Öz, M, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2,14. Bası, İstanbul 2018, s. 541, 542).

Borçlu, cezai şart ödemeyi taahhüt etmişse, artık alacaklı herhangi bir zarara uğradığını iddia etmek veya zararının kapsamını ispat etmek zorunda kalmadan, tazminat elde etmek imkânını bulacaktır. Zira cezai şart borcun ihlali hâlinde verilmesi gereken, önceden karşılaştırılmış kesin miktarlı (maktu) bir

tazminattır. Cezai şartın kararlaştırılabilmesi için asıl borcun mahiyeti önemli değildir; bir verme borcu kadar, yapma veya yapmama borçlarında da cezai şart kararlaştırılabilir (Eren, F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 1210).

Cezai şartın esas itibariyle iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, borçluyu ifaya zorlamak ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına almaktır. Diğeri ise, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir. Bu iki temel amaç dışında, ifayı engelleyen cezai şartta (dönme cezasında), borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden kolayca dönmesini sağlamak amacı bulunduğu da ifade edilebilir (Kocaağa, K.; Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s. 40).

Cezai şartın unsurlarını ise, asıl borcun varlığı, asıl borcun yanında bağımsız bir edimin bulunması, bu bağımsız edimin asıl borca bağlı olması ve sağlar arası işlemle kararlaştırılmış olması oluşturmaktadır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, cezai şartın varlığından söz edebilmek için, bir asıl borcun bulunması gerekir. Söz konusu asıl borç haksız fiilden, sözleşmeden veya kanundan doğabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, TBK'nın 182'nci maddesinde belirtildiği üzere, taraflar cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Ancak, hâkim aşırı görüldüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.

3. Cezai Şartın Türleri

Hukukumuzda cezai şartın türleri seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve ifa yerine cezai şart (dönme cezası) olarak düzenlenmiştir.

Seçimlik cezai şart; 6098 sayılı TBK'nın 179. maddesinin birinci fıkrasında (818 sayılı BK, md. 158/1), “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükme göre, sözleşmede cezai şart öngörülmesi durumunda taraflar, borçlunun ya borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesini ya da cezai şartın ödenmesini kararlaştırmış kabul edilirler. Bu durumda, borçlu borca uygun hareketle yükümlüdür. Ancak, borçlu borca uygun hareket etmediği takdirde, kendisini bir yaptırım beklemektedir. Bu yaptırım, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın ödenmesidir.

Bu hüküm, borçluya borca aykırı davranarak ve böylece ifası gereken edim yerine kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek borçtan kurtulma olanağını vermektedir. Borçlu borca aykırı davrandığı takdirde, sözleşmede ceza koşulu

kararlaştırılmasına rağmen, alacaklı borçludan aynen ifayı talep edebilir. Bu nedenle, 6098 sayılı TBK'nın 179. maddesinin birinci fıkrası, borçluya borca aykırı davranarak bunun yerine cezai şartı ödeyip borçtan kurtulma yetkisini değil, buna karar verme yetkisini alacaklıya vermiştir. Alacaklı, borçlunun borca aykırı davranışı hâlinde, aynen ifayı talep edebileceği gibi, bundan vazgeçerek cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Burada, alacaklıya taranmış bir seçimlik hak söz konusudur.

Bu nedenledir ki, cezai şartın bu türüne “seçimlik cezai şart” adı verilmektedir (Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 773).

İfaya eklenen cezai şart; 6098 sayılı TBK'nın 179. maddesinin ikinci fıkrasında (818 sayılı BK m. 158/2) “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükme göre, borçlunun borca aykırı davranışı hâlinde, alacaklı hem aynen ifayı, hem de kararlaştırılan cezanın ödenmesini talep edebilecektir. Bu nedenle, burada cezai şartın aynen ifaya ilave olarak (kümülatif) talep edilebilmesi olanaklıdır. Seçimlik cezai şarttan farklı olarak, alacaklı ya aynen ifayı ya da cezayı talep etmek zorunda bırakılmamıştır. Alacaklı burada her ikisini de talep yetkisine sahiptir.

İfa yerine cezai şart (dönme cezası); 6098 sayılı TBK'nın 179. maddesinin üçüncü fıkrasında (818 sayılı BK m. 158/3) “Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre borçlu, borcu ifa yerine bizzat cezai şartı ödemek suretiyle borçtan kurtulma olanağına sahiptir. Bir başka ifadeyle, burada borçlu borca aykırı davranmamakta, borcu ifa yerine cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilmektedir. Bu nedenle, cezai şart ifanın yerini almaktadır (Kılıçoğlu, s. 775).

C. İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞART

1. Genel Olarak

Cezai şartın en yaygın kullanıldığı alanlardan biri iş hukukudur. Gerek 1475 sayılı İş Kanunu'nda gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nda cezai şarta ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte, 6098 sayılı TBK genel kanun niteliğinde olduğundan, İş Kanunlarında hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından, 6098 sayılı TBK'nın açıklanan düzenlemeleri kural olarak iş hukukunda da geçerlidir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, Yargıtay tarafından yerleşik içtihatlar ile bazı yönlerden iş hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş hukukunda “İşçi Yararına Yorum İlkesi”nin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Hizmet sözleşmeleri açısından cezai şartla ilgili olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda açık bir hüküm bulunmaz iken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 420’nci maddesi “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.” düzenlemesini getirmiştir. Bu itibarla hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersiz, işçi lehine konulan cezai şartlar ise geçerli kabul edilmelidir.

Yine, kural olarak iş sözleşmesinde cezai şart öngörülmesi geçerli görülmekle birlikte, cezai şartın her iki taraf için de getirilmiş olması aranmaktadır. Bu durum, iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçinin işveren karşısında ekonomik olarak zayıf durumda olması ve bu bağlamda işçinin pazarlık gücünün ve özgür iradesinin varlığından söz edilmesinin güçlüğü sebebiyle ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla, cezai şartın geçerliliği öncelikle iki taraflı olarak kararlaştırılması koşuluna bağlanmıştır (Alpagut, G.: İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:8, Aralık 2007, s. 19).

Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla, işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve hâlleri aşmaz.

İş hukukunda kararlaştırılan cezai şartın genellikle iş sözleşmesinin belirli süreli boyunca haklı neden olmaksızın feshini önlemek, eğitim verilen işçinin asgari çalışma şartına uyulmaması hâlinde eğitim giderlerini geri talep edebilmek veya rekabet yasağı sözleşmesine uygun davranılmasını sağlamak amacıyla getirildiği görülmektedir. Tüm bu hâllerde taraflar sözleşmeden doğan bir yükümlülük yüklenmekte ve cezai şart ile söz konusu taahhütlerin etkinliği sağlanmaktadır (Canbolat/Erener, s. 230).

2. İş Sözleşmelerinde Fesih Hakkının Sınırlandırılması ve Cezai Şart

“İş sözleşmesinin devamını güvence altına almak hem işçi hem de işveren açısından önem arz etmektedir. Konu, işçi bakımından işin korunması noktasında

önemli olup, feshe karşı koruma hükümlerinin amacı ve işlevi bu hükümlere tabi işçiler bakımından anılan güvencenin sağlanmasıdır. Feshe karşı koruma hükümlerine tabi olmayan işçiler fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemelerden yararlanırken, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işverenin fesih hakkının sınırlandırılması kural olarak mümkündür.

İşveren açısından ise, özellikle nitelikli personelin edimini güvenceleme gereksinimi karşısında farklı hukuki araçlar tercih edilebilmektedir. İşe olan talebin arzdan fazla olmasına rağmen nitelikli personel teminindeki güçlük ve iş piyasasının bu kişilere yoğun talebi personelin sözleşme ilişkisinin daha sıkı koşullara bağlanması gereksinimini beraberinde getirmektedir. İşverenin bu tür nitelikli personelin edimini güvence altına alabilmesinin yollarından biri de belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasıdır (Alpagut, s. 13,14)».

Bilindiği üzere, fesih, sürekli (belirli ya da belirsiz süreli) bir iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesi ile sona erdiren, tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gerekli bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla fesih karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuran, karşı tarafın kabulünü gerektirmeyen bir irade açıklamasıdır (Senyen Kaplan, E. Tuncay: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, Sayı: 36, s. 23).

İş sözleşmesinin feshi süreli fesih ve haklı nedenle derhal fesih olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Süreli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerli olur iken, derhal fesih, hem belirsiz süreli hem de belirli süreli iş sözleşmelerinde söz konusudur.

İş sözleşmelerinde tarafların süreli fesih hakkı, hakkın özünü ihlal etmeyecek şekilde sözleşmelere konulacak cezai şart hükümleri ile sınırlandırılabilir. Ancak bu tür cezai şartların geçerliliği iş sözleşmesinin taraflarca feshinde haklı nedenlerin bulunmamasına bağlıdır.

Gerek belirli süreli gerekse belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklı prensibinin bulunması hâlinde kural olarak geçerlidir. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde, haklı neden olmaksızın taraflarca süresinden önce feshedilmesi hâlinde cezai şart ödeneceğine dair hükümlere sıkça yer verilmektedir. Daha önce de açıklandığı üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak iş-

veren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar.” şeklindeki düzenlemeden hareketle, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşullar bulunmadığı takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği kabul edilmektedir. İçtihadı birleştirmenin konusu olan husus ise bu şekilde belirsiz süreli iş sözleşmesi hâline gelen sözleşmede kararlaştırılan süresinden önce haksız feshe bağlı cezai şartın geçerli olup olmayacağıdır.

D. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

1. Cezai Şartın Geçerli Olduğuna Dair Görüşler

Belirli süreli olarak yapılmış ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi gereğince objektif koşulların bulunmaması nedeniyle belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilen iş sözleşmesinde yer alan “süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart” hükmünün geçerli olup olmayacağı hususu öğretide de özellikle Yargıtay kararları üzerinden tartışılmıştır.

Doktrinde Süzek, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 29.11.2016 tarihli ve 2015/18939 E, 2016/26066 K. sayılı kararından hareketle işverence sözleşmenin haksız feshine bağlı cezai şart ödenip ödenmeyeceği hususunu değerlendirerek “...kararda da ifade edildiği gibi iş akdinin belirsiz süreli olması cezai şartın öngörülmesine engel oluşturmaz. Yukarıda da belirtildiği şekilde işverenin sözleşme özgürlüğünü sağlayan süreli fesih hakkının özüne dokunmamak, bu hakkı saklı tutmak koşuluyla sözleşmede cezai şart kararlaştırılabilir. Anılan kararda da açıklandığı gibi bu durumda iş akdi belirsiz kabul edilse de haklı neden olmaksızın iş akdini fesheden işverenden, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şart istenebilir. Kaldı ki, yine daha önce ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, İK 11'deki objektif koşullar bulunmadan belirli süreli iş akdi kuran işverenin, bakiye süre ücreti ve cezai şart ödememek için daha sonra sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Bu nedenle de bu durumda yukarıda anılan yüksek mahkeme kararında belirtildiği gibi işçi cezai şarta hak kazanmalıdır...” (Süzek, s. 729, 730);

Baycık, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin yukarıda anılan kararından yola çıkarak “...Sözleşmenin belirli süreye bağlanmasının geçerliliği ile bu süre içinde sözleşmenin haklı neden olmaksızın feshinin cezai şarta bağlanması yönündeki taraf iradelerinin geçerliliğinin birbirinden ayrılması gerektiği kanaatinde-

yiz. Şöyle ki, objektif nedenlerin yokluğu ve işçinin talebi hâlinde sözleşme İK 11/2 uyarınca belirsiz süreli sayılmak zorundadır. Nitekim davacı da sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabulüne dayalı taleplerde bulunmuş, ancak cezai şart hükmünün geçerli olduğu iddiasıyla ayrıca cezai şart talep etmiştir. İşçi ve işverenin iradesi, sözleşmenin belirlenen süre için işçiye iş güvencesi sağlamaya, işverene de o sürede işçinin iş görme edimini garanti etmeye yönelmiştir. Taraflar bu süre içinde sözleşmenin sadece haklı nedenle feshedilmesini kabul etmişler, haklı neden olmayan tüm durumlarda sözleşmeye devam yönünde taahhütte bulunmuş, bunun ifasını sağlamak amacıyla da baskı aracı olarak cezai şart öngörmüşlerdir. Sözleşmenin belirsiz süreli olması, tarafların belirli süre içinde sözleşmenin sadece haklı nedenle feshedilebilmesi ve birbirlerinin ifasını garanti etme amacıyla cezai şart öngörmeleri yönündeki ortak sözleşme iradesinin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Bunun da ötesinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de tarafların belirli bir süre sözleşmenin sadece haklı nedenle feshedilmesini öngörmeleri ve bunu cezai şarta bağlamaları mümkündür. Bu halde anılan süre içinde işçinin ve (meşru veya geçerli sebepler mevcut olsa da) işverenin süreli fesih hakkını kullanması, cezai şartın ödenmesini gerektirir. Bu yöndeki bir hükmün, işçi açısından kişilik haklarını ve ekonomik geleceği, işveren açısından ise teşebbüs hürriyetini ihlal ettiği iddia edilemez; zira bu kısıtlama belirli süreyle sınırlıdır. Bu nedenle 22. Hukuk Dairesinin kararının isabetli olduğu düşüncesindeyiz...” (Baycık, G.: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, İstanbul 2018, s. 185-190);

Alpagut, “...Belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması için objektif neden bulunması halinde, taraflar arasında baştan itibaren belirsiz süreli sözleşmenin varlığını kabul eden İşK. md. 11 / son değerlendirildiğinde, bunun TBK md. 27 hükmünü bertaraf eden, özel bir düzenleme olduğu söylenmelidir. Bilindiği gibi TBK. md. 27 uyarınca kanuna aykırılığın yaptırımı butlandır. Ancak hukuki işlemin bir kısmının geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda bu kısım olmaksızın işlemin tümünün yapılmayacağı gibi bir sonuca varılıyorsa işlemin tümü geçersiz sayılır. Bu noktada İşK. md. 11/ son bir varsayım kabul ederek, sürelendirmeye ilişkin hükmü sözleşmenin diğer maddelerinden tümüyle ayırmak suretiyle sözleşme ilişkisinin korunmasını sağlamaktır. Aksi halde işçi korunmak istenirken iş ilişkisinin ortadan kaldırılması ile çok daha fazla zarar verilmiş olunurdu. Bu anlamda düzenleme işçi lehine koruma hükmü olarak nitelendirilmelidir. Bu noktada ortaya çıkan sorunlar; 1. Sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreli sayılması amaca uygun mudur? Diğer bir deyişle hükmün koruma amacına hizmet etmekte midir? 2. İşverenin bizzat hukuka aykırı olarak kurduğu sözleşmede hukuka aykırılığı ileri sürmesi MK.

md. 2 karşısında korunmalı mıdır? Öncelikle tarafların herhangi bir şekilde sözleşmenin belirsiz süreli olduğuna yönelik bir itirazlarının bulunmadığı durumda hakim kanuna aykırılığı dikkate almak zorundadır. Kural bu yönde olmakla birlikte normun ve bu noktada yasa koyucunun amacı dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bilindiği gibi, belirli süreli iş sözleşmesi ile iki amaç güdülebilir. Bunlardan ilki, sözleşmenin belirli süreden önce feshedilmesi, işçinin ediminin garanti altına alınması ikincisi ise feshe bağlı hakların ihbar, kıdem tazminatı, iş güvencesi gibi hakların bertarafı. Yasanın önlemek istediği husus ikinci amaç, yani feshe bağlı hakların bertaraf edilmesidir. Kaldı ki, işveren başlangıçta sözleşmeyi belirli bir süreden devam ettirme iradesini ortaya koyarak işçide güven uyandırmıştır. Bu noktada objektif neden yokluğunun mahkeme tarafından resen dikkate alınması esasen amaca aykırı bir sonuç ortaya çıkardığı gibi, işveren tarafından ileri sürülmesi MK, m. 2 ile bağdaşmaz...” (Alpagut, G: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, İstanbul 2017, s. 43-48);

Alp ise konuya daha farklı bir açıdan yaklaşmakla birlikte, emredici bir düzenleme olan İK. 11 uyarınca objektif bir sebep olmamasının hukuki sonucunun belirli süreli sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşmesi olduğu, Kanun emredici nitelikte olduğundan mahkemece bu hususta resen inceleme yapılabilecek ise de varılan sonucun adil ve iş hukukunun gereklerine uygun olmadığı, İK. 11 hükmünün amacının işçiyi korumak olduğu, aslında geçerlilik koşulları bulunmamasına rağmen işçiyi belirli süreli sözleşme yapmaya yönelten bir işverenin sonradan aksi yönde iddiada bulunarak kendi lehine sonuç elde etmesinin dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanımı yasağına aykırı olacağından kabul edilemeyeceği, buradaki sorunun işveren tarafından sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun ileri sürüldüğü durumlarda veya resen araştırma ile mahkemenin işçi aleyhine karar vermesinin doğru olup olmadığı hususu olduğu, iş hukuku normlarının sosyal kamu düzeni normu niteliğinde kabul edilerek emrediciliğin iş hukukunun doğası, amacı ve özelliklerine uygun sonuçlar vermesi gerektiğinin kabulünü gerektirdiği, bunun en önemli sonucunun ise norma aykırı davranmanın yaptırımından da sadece muhatabının yararlanması gerektiğinin kabulü olduğu, buna göre İK. 11’e dayanarak sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmek yetkisinin sadece işçiye ait olması gerektiği, bunun da ötesinde işçinin bakiye süre ücreti veya cezai şart talebi ile açtığı bir davada mahkemece objektif nedenin bulunmadığının resen gözetilmesinin de yerinde olmadığı, normun sosyal koruma amacına uygun olarak sadece işçi ileri sürdüğü takdirde objektif sebep yokluğu ve belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmenin incelenmesi gerektiği, aym sonuca varmaya imkân veren bir diğer çözüm yolunun ise belirli süre kaydı içeren iş sözleşmesinin kararlaştırılan süre için

asgari süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi olduğu, sözleşme belirsiz süreliye dönüşse bile tarafların belirledikleri asgari bir süre dolmadan süreli fesih hakkının kullanılamayacağına dair anlaşmalarının geçersiz hale gelmeyeceği, taraf iradelerinin belirli bir süre için süreli fesih hakkını sınırlamak yönünde olduğunun gözetilmesi gerektiği, bu iradeyi geçersiz saymayı gerektiren hiçbir hukuki sebebin bulunmadığı (Alp, M: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2017, s. 178-185)

yönünde görüş bildirmişlerdir.

2. Cezai Şartın Geçerli Olmadığına Dair Görüşler

Ekonomi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 17.11.1993 tarihli ve 1993/15152 E., 1993/16726 K. sayılı kararından hareketle, zincirleme hizmet akitlerinin belirsiz süreli hizmet akdine dönüşümü sonucunda, belirli süreye ilişkin cezai şartın uygulanma imkânının bulunmadığını, iki yıl için yapılan hizmet akdinde akdin sona ereceği zaman beklenmeksizin ve haklı bir sebep olmaksızın feshedilmesi halinde cezai şart kararlaştırıldığında, bu şartın akdin yenilenmesi halinde de diğer şartlar gibi aynen devam edeceği, ancak belirli süreli hizmet akdinde ve süreye uyulmasını sağlamaya yönelik bu şartın, akit belirli süreye bağlı kaldığı takdirde uygulanabileceği, belirli süreli hizmet akdinin yenilendiği ve tekrarlandığı durumlarda, belirli süreli hizmet akdi olarak geçerli kalabilmesi için objektif haklı bir neden mevcutsa, varlığını sürdüren belirli süreli akitte cezai şartın da devam edeceği, durumun böyle olmayıp, zincirleme hizmet akitlerinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli hizmet akdine dönüştüğü bir durumda, artık akitte bir süreden ve buna uyulmaması halinde uygulanacak cezai şarttan söz edilemeyeceği, hizmet akdinin sona erdirilmesinde bildirimli fesih ve buna ilişkin tüm sonuçların uygulanacağı, diğer yandan iki yıldan sonra BK.m.339/1 uyarınca bir yıl için yenilenen ve birer yıllık akitler şeklinde devam eden akitlerin haklı neden bulunması dolayısıyla geçerliliğini sürdürdüğünde, başlangıçta iki yıllık süre için belirlenen cezai şart konusunda hizmet akdi bir yıl olarak devam ettiğinden BK. m.161/ son uyarınca bir indirim üzerinde de durulabileceği (Ekonomi, M: “Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma ile Yenilenmesi”, İş Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:3, s. 565-571);

Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Belirli süreli iş sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi halinde bir cezai şart ödenmesini kararlaştırmış olabilirler. Bu sebeple cezai şart, sözleşmenin belirli süreli olma niteliğini kaybetmesi durumunda geçerliliğini yitirecektir. Zincirleme iş sözleşmelerinde ise, sözleşme belirli süreli olma özelliğini koruduğu sürece, cezai şart da geçerliliğini koruyacaktır.” (Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.362)yönünde görüş bildirmişlerdir.

IV. GEREKÇE

İş sözleşmesini diğer sözleşme türlerinden ayıran en önemli özelliklerden birisi taraflar arasında kişisel ilişki kurmasıdır. Bu özelliği nedeniyle iş sözleşmesi taraflar arasında bozulmaması gereken bir güven ilişkisi yaratır. Bu nedenle işçi açısından sadakat ve itaat, işveren açısından da işçiyi gözetme ve eşit işlem yapma borcu mevcuttur (Süzek, s. 240).

Bütün sözleşmelerde tarafların, karşılıklı olarak borcun ifa edileceği inancıyla hareket etmeleri tabiidir. İş sözleşmelerinde ise, sözleşmenin kişisel ilişki oluşturan niteliği dolayısıyla gerek işçinin gerekse işverenin sözleşmenin ifa edileceğine, bir başka ifadeyle iş sözleşmesinin feshedilmeyeceğine dair güveninin korunması, taraflar açısından son derece önemlidir. Bu cümleden olarak iş sözleşmesinin tarafları, ihbar öneli tanınması suretiyle sözleşmeyi feshetme hakkının sınırlandırılması amacıyla, iş sözleşmesinde cezai şartta dair düzenlemelere yer vermektedirler.

Cezai şartın iki temel amacı mevcuttur. Birincisi, borçluyu ifaya zorlamak ve borcun ifasını güvence altına almaktır. İkincisi ise borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir (Demircioğlu, A. Murat: İş Hukukunda Cezai Şart, Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 160; Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 2018, s. 311).

İş hukukunda taraflarca iş sözleşmesinde cezai şartta ilişkin düzenlemelere yer verilmesinin asıl sebebi de, borcun ifasının garanti altına alınması, bir başka ifadeyle tarafları borcun zamanında ve gereği gibi ifasına zorlamaktır (Özdemir, E.: İş Hukukunda Cezai Şart, AÜEHFD, C.IX, S.3-4, 2005, s. 403). Cezai şart, aleyhine belirlenen kişi üzerinde borcu yerine getirme baskısı kurarak çoğu kez muhtemel zararın tazmininden ziyade ifaya zorlama amacıyla kullanılır (Canbolat/ Erenler, s. 232).

İş hukukunda cezai şart, en yaygın şekilde belirli süreli iş sözleşmeleri ile asgari süreli sözleşmelerde öngörülmektedir. Asgari süreli sözleşmelerde, taraflarca belirlenen asgari süreden önce sözleşmenin taraflarca haksız şekilde feshedilmesini engellemek amaçlanmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde de, taraflarca sözleşmede öngörülen belirli süre tamamlanmadan, sözleşmenin taraflarca haksız şekilde feshedilmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Burada da tarafların esas gayesi, sözleşmede öngörülen süre boyunca tarafların borcun ifasına dair güvenlerinin korunması, belirli süreden önce haksız şekilde sözleşmenin sona erdirilmesinin önüne geçilmesidir.

Bu noktada taraflarca belirli süreli olarak yapılmış, ancak objektif koşulları taşımadığı için belirsiz süreli kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan “süreden önce haksız feshе bağı cezai şart” hükmünün geçerli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk İş Hukukunda, işçi açısından daha lehe olması dolayısıyla iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması asıldır. Bu anlamda belirli süreli iş sözleşmesi istisnai nitelikte bir sözleşme olduğundan ancak kanunda öngörülen ve yukarıda ayrıntılı olarak belirtilen koşulların mevcudiyeti durumunda akdedilebilir. Bununla birlikte taraflarca belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilse de, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için gereken objektif koşulların bulunmaması durumunda iş sözleşmesi belirsiz süreli olarak kabul edilecektir. Belirtmek gerekir ki, objektif koşulların mevcut olmaması durumunda iş sözleşmesinin belirsiz süreli kabul edilmesi, işçinin korunması gerekçesine dayanmaktadır.

Diğer taraftan, belirli süreli iş sözleşmesi objektif koşulları taşımadığı için belirsiz süreli kabul edilmekte ise de, bu durum sadece sözleşmenin niteliğine ilişkindir. Bu cümleden olarak sözleşme belirsiz süreli olarak kabul edilse de, bu durumun sözleşmede yer alan cezai şarta ilişkin düzenlemenin geçersizliğine sebebiyet verip vermeyeceği hususu ayrıca değerlendirilmelidir.

Türk Borçlar Hukukuna hâkim olan temel ilke, irade özerkliği ilkesidir. İrade özerkliği, hukuk düzeninin bireylere kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme hususunda tanınmış genel yetkidir. İrade özerkliğinin doğal sonucu ise “sözleşme özgürlüğü” ilkesidir (Eren, s. 16).

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.” hükmüne yer verilmiştir.

6098 sayılı TBK'nın 26'ncı maddesine göre de, “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”.

Sözleşme özgürlüğü, bireylerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisi olarak tanımlanmaktadır. Sözleşme özgürlüğü kavramı, çeşitli anlamlarda kullanılır. Bunlar, sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlükleridir (Eren, s. 316).

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar, hukuka aykırı olmamak koşulu ile içerik, kapsam ve niteliğini serbest ve özgür bir şekilde belirleyecekleri şekilde sözleşme akdedebilirler. Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesi mutlak

olmayıp, birtakım sınırlamalara tabidir. Nitekim 6098 sayılı TBK'nın 27'nci maddesinin birinci fıkrasına göre "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."

Maddede hukuka aykırılık tanımlanmamış olup, hukuka aykırılığın yaptırımına yer verilmiştir. Bu yaptırım ise kesin hükümsüzlük, bir başka deyişle butlandır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlan bu şekilde ortaya konulmuş olmakla birlikte, sözleşmede yer alan düzenlemelerden bir kısmının hükümsüz olması durumunda kanun koyucu farklı bir çözüm tarzı benimsemiştir. 6098 sayılı TBK'nın 27'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."

Buna göre, sakatlık, sözleşmenin sadece belirli bölümlerine ilişkin olup, bu bölümler olmaksızın da sözleşmenin yapılamayacağı kabul edilmedikçe, yalnız bu bölümler batıl olur. Butlan sebebi, sözleşmenin yalnız bir bölümünü batıl kılıyor, buna karşılık diğer bölümleri geçerliliğini koruyorsa, kısmi butlan söz konusu olur. Kısmi butlanda, sözleşme tümüyle geçersiz değil, aksine bazı bölümleri batıl, bazı bölümleri ise geçerlidir (Eren, s. 353).

Burada kanun koyucu sözleşmeleri ayakta tutma ve geçerliliklerini koruma ilkesinden hareket ederek, sözleşmenin bir kısmının geçersiz sayılmasına ve diğer kısmının ise geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmasına olanak tanımıştır (Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 100).

Açıklanan bu hususlara göre, işçi ve işveren tarafından iş sözleşmesinin belirli süreli olarak akdedilmesi ve sözleşmede "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" düzenlemesinin öngörülmesi durumunda, objektif koşulları bulunmadığı için sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde kabul edilse de, burada 6098 sayılı TBK'nın 27'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince kısmi geçersizlik yaptırımını uygulanarak taraf iradelerine üstünlük tanınmalı ve "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" hükmünün, karşılaştırılan süre için geçerliliğini koruduğu kabul edilmelidir.

Nitekim burada, sözleşmede belirlenen süre için işçiye iş güvencesi sağlamaya, işverene de o süre içerisinde işçinin iş görme edimini garanti etmeye yönelik işçi ve işveren iradeleri söz konusudur. Taraflarca sözleşmede karşılaştırılan süre boyunca sözleşmenin yalnızca haklı nedenle feshedilebileceği; haklı ne-

den oluşturmayan diğer hâllerde sözleşmeye devam edilmesi kabul edilmiştir. Taraflar, bu husustaki taahhütlerini yerine getirmek amacıyla sözleşmede baskı aracı niteliğinde olan cezai şarta ilişkin düzenlemeye yer vermişlerdir. Belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulları bulunmaması nedeniyle belirsiz süreli olarak nitelendirilmesi, tarafların cezai şarta ilişkin sözleşme iradelerinin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır.

Yapılan açıklamalar ışığında, işçi ve işverenin belirli süreli iş sözleşmesinde belirledikleri süre boyunca haklı neden olmaksızın sözleşmenin feshedilmesini garanti altına almak amacıyla sözleşmede öngördükleri cezai şart hükmü, sözleşmenin, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulları taşımadığından belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlinde, karşılaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerliliğini koruyacaktır.

Hâl böyle olunca belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde karşılaştırılan “süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart” hükmünün, karşılaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerli olduğu sonucuna varılmıştır.

SONUÇ : Belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde karşılaştırılan “süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart” hükmünün, belirlenen süre ile sınırlı olmak üzere geçerli olduğuna, 08.03.2019 tarihli ikinci oturumda üçte ikiyi aşan oy çokluğu ile karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

İçtihatları birleştirme toplantısının konusu, «Belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli kabul edilen iş sözleşmesinde karşılaştırılan süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart hükmünün geçerli olup olmadığı» olup, ikinci görüşmede 2/3'ü aşan çoğunlukla «cezai şartın geçerli» olduğuna dair karar verilmiştir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılabilmesi için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde objektif koşullar düzenlendiğinden, bu koşulların bulunmadığı durumlarda, iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak yapılamayacağı noktasında Yargıtay kararları arasında içtihat farklılığı bulunmamaktadır. Yine objektif nedenler olmaksızın taraflarca belirli süreli olduğu belirtilen sözleşmenin esasen belirsiz süreli sayılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu durum, içtihadı birleştirme oylamasına esas olan sonuç metninde de açıkça ifade edilmiştir. Objektif nedenler içermeyen iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu kabul edil-

diğine göre aynı sözleşmenin başka bir istisnai sözleşme olan asgari süreli sözleşme olup olmayacağını tartışılmasına dahi gerek bulunmamaktadır. İctihadi birleştirme değerlendirmelerinin, sözleşmenin belirsiz süreli olduğu genel kabulü üzerine ve sadece belirsiz süreli sözleşmede yine süreye bağlı cezai şart olup olmayacağı noktasında yapılması gerekir.

Bu noktada konuyla ilgili olabilecek sözleşme türlerinin değerlendirilmesi gerekir. Belirli süreli iş sözleşmesi hükümleri itibarıyla işçi aleyhine sonuçlar doğurduğu için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde belli objektif koşullara bağlanmış olup, bunun dışında kalan hallerde taraflar belirli süreli iş sözleşmesi yapamazlar. İş Kanunu'nun 11. maddesine göre, "Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir". İstisnai sözleşme türü olan belirli süreli iş sözleşmesi, yasal koşulların varlığı halinde dahi yazılı olarak yapılmadıkça geçersizdir.

Belirli süreli iş sözleşmesine bir örnek vermek gerekirse, "Ankara'da endemik bitki türlerinin tespiti ve kayıt altına alınması" için iki yıl süreli Tarım Bakanlığı ile Avrupa Birliği'nin ortak projesi kapsamında işe alınan ziraat mühendisi, biyolog, şoför gibi çalışanlarla iki yıl belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir.

Belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi, iş güvencesinden yararlanamaz, sözleşmenin feshinde bildirim süresi tanınması gerekmez ve tarafların ihbar tazminatı talep hakları bulunmamaktadır. Sözleşmenin kendiliğinden sona ermesinde kıdem tazminatı talep hakkının bulunduğu dair yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle süre bitiminde iş ilişkisi kendiliğinden sonlandığında kıdem tazminatı alamayacağı yönündeki görüş ve uygulamalar mevcuttur. Belirli süreli iş sözleşmesinde işçi aleyhine ve tek taraflı olmamak kaydıyla her iki taraf için de süreye bağlı cezai şart kararlaştırılabilir. Belirli sürenin süresinden önce feshinde, işçinin kalan süreye ait ücretlerini talep hakkı bulunmaktadır (6098 sayılı TBK. 438).

Belirsiz süreli iş sözleşmesi ise İş Kanunu'nun 11. maddesinin ilk cümlesinde tanımlanmış ve "iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır" şeklinde kurala yer verilerek, sözleşmenin süreye bağlı olmadığı açıklanmıştır. Yasal düzenlemeye göre belirsiz süreli sözleşmede sözleşmenin süresinden söz etmek mümkün olmadığından, süreye bağlı cezai şartın geçerliliğinin tartışılması dahi kanun hükmüne aykırıdır.

Belirsiz süreli sözleşme işçi lehine olup, diğer bazı yasal koşulların varlığı halinde işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmaktadır. İş sözleşmesinin feshi

yasal veya arttırılmış ihbar sürelerine tabidir ve buna uyulmaması halinde ihbar tazminatı talep hakkı vardır. Sözleşmenin süresinden söz edilemediğinden, iş ilişkisinin süresine bağlı sona ermeden söz edilemez ve buna bağlı kıdem tazminatına hak kazanamama sorunları ortaya çıkmamaktadır. Sözleşmenin süresi olmadığından sözleşmenin kalan süresine ait taleplerde bulunulamaz. Aynı nedenle, cezai şart kararlaştırılmaz.

Görüldüğü üzere belirli süreli iş sözleşmesi ile belirsiz süreli iş sözleşmesinin sonuçları tamamen birbirinden farklı olup, objektif neden olmaksızın belirli süreli olarak yapılan sözleşme belirsiz süreli olarak değerlendirildiğinde, yukarıda belirtilen belirsiz süreye özgü sonuçların varlığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, sözleşme belirsiz süreli olduğundan; işçinin güvencesi hakkı devreye girer, ihbar öneli ve ihbar tazminatı yükümlülüğü vardır. Bakiye süre ücreti istenemez ve süreye bağlı cezai şart kararlaştırılmaz.

Asgari Süreli İş Sözleşmesi ise İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da, uygulamada varlığı kabul edilen istisnai sözleşmelerden biridir. Belirtilen sözleşme türünde taraflar belli bir süre iş sözleşmesini karşılıklı olarak fesih haklarını askıya almakta ve iş sözleşmesinin en az bir süreyle yürürlükte olacağı konusunda mutabık kalmaktadırlar. İstisnai sözleşme olması sebebiyle belirli süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi yazılı olarak yapılmalı ve sözleşme asgari süre konusunda tarafların ortak iradelerini yansıtmalıdır. Asgari süreli iş sözleşmesinin yasal koşullarının olmaması sebebiyle koşulları ve sonuçları konusunda öğretici ve uygulamada birlik bulunmamaktadır. Asgari süre içinde fesihlerde işçinin iş güvencesine tabi olup olmadığı, aynı süre içinde ihbar öneli tanınması gerekip gerekmediği ve buna bağlı olarak ihbar tazminatı hakkı olup olmadığı hususları tartışmalı durumdadır. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 13.02.2014 tarih ve 2013/3644 E, 2014/2146 Karar sayılı kararı ile "asgari süre içinde işveren feshi halinde işçinin ihbar tazminatı hakkı doğmadığına" karar vermiştir. Asgari süre içinde fesihle kalan süreye ait ücretin istenip istenemeyeceği konusunda dahi tam bir uygulama birliği yoktur. Asgari süreli iş sözleşmeleri bakımından tartışmasız olan tek konu, asgari süre içindeki fesihlerde kalan süreye bağlı cezai şart kararlaştırılabileceği yönündedir.

Şu hale göre belirsiz süreli iş sözleşmesi ile asgari süreli iş sözleşmesi koşulları ve sonuçları itibarıyla birbirinden tamamen farklı sözleşmelerdir. Asgari - belirsiz süreli bir iş sözleşmesi şeklinde bir sözleşme türü ise mevcut değildir. Asgari süreli sözleşme süresi sona erdiğinde ancak belirsiz süreli hale dönüşür ve asgari süre içinde kendine özgü koşulları haizdir. Bu itibarla objektif neden olmadığı halde belirli süreli yapılan ancak belirsiz süreli olduğu tartışmasız kabul edilen bir sözleşmenin asgari süreli olarak kabulü, irade teorisine tamamen aykırıdır.

Uygulamada, belirli süreli olarak yapılan ancak objektif neden içermeyen sözleşmelerin hiçbirinde aradaki ilişkinin asgari süreli olduğu şeklinde bir ortak irade ortaya çıkmamaktadır. Aksine cezai şart talep eden taraf objektif nedenlerin varlığını ileri sürmekte ve sözleşmenin belirli süreli olduğuna dayanmaktadır. Cezai şart borçlusu olan diğer taraf ise sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu savunmaktadır. Görüldüğü üzere sözleşmede yazılı süre şartının geçerli olduğu ve ilk sözleşmedeki iradelerin asgari süreli sözleşme yapma yönünde olduğu yönünde taraf iradeleri oluşmamaktadır.

Süre şartının geçersiz olduğu ve İş Kanunu'nun 11. maddesinin ilk cümlesi gereği belirsiz süreli sayılan sözleşmenin yargı kararıyla asgari süreli sözleşmeye tahvil edilmesi, normun koruma amacı düşünüldüğünde kanuni düzenlemelere aykırıdır.

Konuyla ilgili öğretici görüşleri de birbirinden farklı olup, içtihatların birleştirilmesine dair raporda belirtildiği üzere açıkça sözleşmenin asgari süreli sayılacağı yönünde görüşlere rastlanmamıştır.

Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku 16. Baskı eserinin 116. sayfasında, 22. Hukuk Dairesinin 29.11.2016 gün, 18939 E, 26066 K. sayılı kararla yer verilmiş ve karar isabetli bulunmuştur. Ancak karara konu uyumsuzlukta, işçi cezai şart talebinde bulunmuş, işveren ise sözleşmenin objektif koşulları içermediği için belirsiz süreli olduğunu savunarak cezai şarttan kurtulmaya çalışmıştır. Adı geçen eserde, "Anılan kararda da açıklandığı gibi bu durumda iş akti belirsiz kabul edilse de haklı neden olmaksızın iş aktini fesheden işverenden, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şart istenebilir" şeklinde açıklama bulunulmuştur. Aynı eserde, " Kaldı ki, yine daha önce ayrıntılı olarak açıklandığı gibi İş Kanunu'nun 11. maddesindeki objektif koşullar oluşmadan belirli süreli iş akü kuran işverenin, bakiye süre ve cezai şart ödememek için sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırıdır" şeklinde görüşe yer verilmiştir. Yazar sözleşmenin asgari süreli olduğu yönünde yoruma gitmemiş; aksine, asgari süreli sözleşmede asgari süre içinde belirli süreli sözleşme ye dair hükümlerin uygulanacağını belirterek, asgari süreli sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeden farklı olduğu gerçeğini ortaya koymuştur.

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde belirli süreli sözleşme yapmayı sınırlandıran yasal düzenleme olmadığı halde, Yargıtay bu konuda belli kriterler koymuş ve Yargıtay'ın belirlediği koşulları taşımayan ancak belirli süreli yapılan sözleşmeler de uygulama ve öğretinde belirsiz süreli sayılmıştır.

Prof. Dr. Münir Ekonomi ise salt bu konuyu karar incelemesi olarak ele almış ve çalışmada, Alman ve İsviçre uygulamalarına da atıflar yapılmış ve o tarihte

belirli süreli sözleşme yapılmasına dair Yargıtay'ın getirdiği sınırlandırmalara uyulmadığı taktirde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı ve “artık akitte bir süreden ve buna uyulmaması halinde uygulanacak cezai şarttan söz edilemeyecek” olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi uygulaması, objektif nedenin olmadığı hallerde süre şartı gerçekleşmediğinden cezai şartın geçerli olmadığı yönünde istikrar kazanmıştır.

Kapatılan Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de 22.12.2015 gün 2014/21228 E, 2015/26126 K. sayılı kararında yer aldığı gibi, “Temininde Güçlük Tazminatı Sözleşmesi” imzalandığı, bu hali ile davacının yaptığı iş de dikkate alındığında taraflar arasındaki sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu, belirsiz süreli iş sözleşmesinde sözleşmenin süresinden önce feshine bağlanan cezai şartın geçersiz olduğu dikkate alındığında davacının cezai şart talebinin reddi yerine yanılığılı değerlendirme ile kabulü hatalı olmuştur” şeklinde görüşü ile aynı yöndeki uygulamayı sürdürmüştür.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise 2013 yılı sonlarından itibaren işverenin talep ettiği cezai şart yönünden geçerlidir şeklinde kararlar vermeye başlamış, o zamanki Daire Başkanı Sayın Remzi Balta “iş sözleşmesi süre yönünden geçerli olmadığına göre, belirli süreye uyulması amacıyla öngörülmüş olan tazminat (cezai şart) koşulu da geçerli kabul edilemeyeceğinden, mahkemece cezai şart alacağına yönelik talebin reddine karar verilmesi” yönünde karşı oy yazıları yazmıştır (Yargıtay 22. HD. 17.06.2013 gün ve 2012/24251 E, 2013/14488 K).

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2013 yılından itibaren görüş değiştirmesinin, 2012 yılında yürürlüğe girmiş olan Türk Borçlar Kanunu ile getirilen düzenlemelerle ilgisi bulunmamaktadır. İşçi aleyhine ve taraflı cezai şartın geçersiz olduğu şeklindeki Yargıtay uygulaması, sözü edilen Kanun'un 420. maddesinde kanun hükmü halini almıştır. Yine Kanun'un 27/2. maddesi hükmü ile sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmının geçersiz diğer kısımlarının geçerli olduğuna dair kural, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi düzenlemesinin tekrarı mahiyetindedir. Kaldı ki, objektif neden olmaksızın belirli süreli olarak yapılan sözleşmenin belirsiz süreli sayılması konusunda içtihat farklılığı bulunmamakta olup, sözleşmenin süre şartı dışında geçerli olduğu tartışmasız kabul görmektedir. İchtihatları birleştirme kararına konu olayda temel tartışma, belirsiz süreli sayılan sözleşmede süre şartının halen cezai şart yönünden geçerli olmaya devam edip etmeyeceğidir.

Diğer taraftan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi belirli süreli yapıp da objektif nedenler bulunmadığı halde belirsiz süreli sayılan iş sözleşmesinde süreye bağlı

cezai şart tazminatı gibi aynı sonuca bağlı ancak işverenin feshi halinde işçi tarafından istenebilen bakiye süre ücreti ile ilgili ise 2017 yılı sonunda doktrin görüşüne uygun olarak görüş değişikliğine gitmiştir. Oysa uygulama birliği açısından bakiye süre ücreti tazminatı yönünden de geçerliliği de 2014 yılından itibaren işçi yönünden kabul edilmesi gerekirdi. Görüş değişikliğine gittiğinde de 2014 yılında işveren lehine uyguladığı cezai şart tazminatı gerekçesinden farklı bir gerekçeye yer vermiştir (Yargıtay 22. HD. 21.12.2017 gün ve 2015/20653 E, 2017/30350 Karar). Özel Daire bakiye süre ücretinde görüş değişikliğinde “sözleşmenin belirli süreli olduğu kararlaştırıldığı halde işverence aksinin savunulmasının hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olacağı, kaldı ki davalı işverence iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğuna dair bir savunma yapılmadığı gibi işçiyi korumaya yönelik düzenlemenin işveren lehine değerlendirilemeyeceği” gerekçesine dayanmıştır. Bu gerekçeyi kabul ettiğiniz de ise işveren yönünden cezai şart tazminatının (11. Madde işveren lehine yorumlanamayacağından) kabul edilmemesi gerekirdi.

Belirli süreli sözleşmenin işçi aleyhine sonuçlar doğurması sebebiyle belirli süreli sözleşme yapılması Kanunda bazı kriterlere bağlanmıştır. Normun amacı tamamen işçiyi korumaktır. Yasal koşullar bulunmadığı halde belirli süreli yapılan sözleşmenin belirsiz süreli sayılması de işçinin korunması anlamındadır. Kabul edilen içtihatları birleştirme kararında işçinin yararlandığı cezai şart taleplerine özgü bir değerlendirme yapılmadığından, kabule göre belirsiz süreli olarak değerlendirilen sözleşmelerde dahi işçinin cezai şart ödemesi gerektiği sonucuna varılabilecektir. İçtihatları birleştirme görüşmeleri sırasında, işçinin talep ettiği cezai şarttan daha düşük indirim yapıldığı ancak işverenin cezai şart alacaklısı olduğu hallerde daha yüksek oranda indirime gidildiği açıklanmış ise de, içtihatları birleştirme kuramının iyi niyetli uygulayıcılara göre oluşturulması mümkün olmaz. İşçinin korunmasını esas alan İş Kanunu'nun 11. maddesindeki düzenlemelerin, çoğunluk görüşüne göre işçinin aleyhine uygulandığı örnekler sıkça rastlanabilecek olup, salt indirim yönünden işçi ve işveren arasında farklı değerlendirme ile sorunun çözümü yerinde olmaz. Sözleşme belirsiz süreli sayıldığına göre süre şartı ortadan kalktığından aynı süreye bağlı cezai şartın da hüküm doğurmayacağı şeklindeki kabul kanuni düzenlemelere uygun olduğu gibi, uygulamadaki yorum farklılıklarını da ortadan kaldırılabilecektir.

İşçiye verilen eğitim karşılığında işçinin belli bir süre çalışması, aksi halde işverene eğitim gideri ödemesi kararlaştırılmak istendiği taktirde, yazılı olarak yapılabilecek asgari süreli sözleşme ile yapılabileceği açıktır. Yine taraflar belli bir süre çalışma şartı getirmek ve bu süreden önce feshe bağlı cezai şart kararlaştırmak istediklerinde açıkça yazılı olarak yapılmak kaydıyla asgari sü-

reli iş sözleşmesi yapabilirler. Bu konuda tarafların ortak çıkarlarını korumak için hukuki araçlar mümkündür. Ancak asgari süreli sözleşmenin yine tarafların açık ortak iradeleriyle tesisi gerekir. Belirsiz süreli sayıldığı tartışmasız olan bir sözleşmenin koşulları ve hükümleri tamamen farklı başka bir istisnai sözleşme olan asgari süreli sözleşmeye tahvili yasaya ve irade teorisine uygun değildir.

Sözleşmenin, tarafların iradeleri hilafına asgari süreli olarak sayılması yoluna gidildiği ve süre şartının salt cezai yaptırım yönünden geçerli olduğu açıkça kabul edilmediği takdirde; başta iş güvencesi olmak üzere, ihbar tazminatı, bakiye süre ücreti ve hatta bazı durumlarda kıdem tazminatı haklarının varlığı noktalarında farklı görüşler ve uygulamalar ortaya çıkabilecektir.

Açıklanan nedenlerle, objektif nedenler bulunmadığı halde belirli süreli olarak yapılan ancak belirsiz süreli sayılan sözleşmedeki süreye bağlı cezai şartın geçerli olduğu yönündeki İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararındaki Sayın çoğunluk görüşüne katılamıyoruz.

KARŞI OY GEREKÇESİ

İçtihadı birleştirme isteğinin konusu, «Belirli süreli olarak yapılmış olsa da objektif nedeni yoksa süreye bağlı cezai şartın geçerliliği» konusunda Yargıtay 9. Hukuk ve 22. Hukuk Daireleri arasındaki içtihat farklılığının içtihatların birleştirilmesi yolu ile giderilmesi isteğidir.

İçtihadı birleştirme görüşmeleri sırasında, süreye bağlı cezai şartın işçi veya işveren yönünden geçerli olup olmayacağının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, içtihadı birleştirme konusunun «işçi yararına süreye bağlı cezai şartın geçerli olacağı» şeklinde değiştirilmesi yönündeki isteğimiz ayrıntılı görüşme yapılmadan oyçokluğu ile reddedilmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi cezai şartın geçerli olduğunu, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise objektif koşul bulunmadığından cezai şartın geçerli olmayacağını kabul etmektedir.

Oysa konuya işçi yönünden ve işveren yönünden ayrı ayrı bakılarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Her iki Dairenin isabetle kabul ettiği gibi; “Taraflar arasında sözleşme belirli süreli yapılmış ise de, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 11. maddesi uyarınca sözleşmenin belirli süreli olmasını gerektiren objektif koşullar bulunmadığından sözleşmenin başından itibaren belirsiz süreli olarak kabulü gerekecektir.”

Sayın Prof Dr. Sarper Süzek'in görüşlerine göre; "belirsiz süreli sözleşmelerde süreli fesih hakkını ortadan kaldırması nedeniyle geçerli sayılamaz. Buna karşılık belirsiz süreli iş akitlerinde süreli fesih hakkına dokunulmamak koşuluyla, işverenin haksız feshi halinde cezai şart ödeneceğinin kararlaştırılmasına hukuki bir engel olmamak gerekir. Çünkü bu durumda işveren süreli fesih hakkını kullanabilecek, diğerk deyişle sözleşme özgürlüğünün ve fesih hakkının özüne dokunmamış olacaktır.

İş Kanununun 11. maddesindeki objektif koşullar bulunmadan belirli süreli iş akdi kuran işverenin, bakiye süre ücreti ve cezai şart ödememek için daha sonra sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Bu nedenle de bu durumda, işçi cezai şartta hak kazanmalıdır.»

Buna karşılık Sayın Doç. Dr. Gaye Baycık; "İş Kanununun 11. maddesinin amacı, belirli süreli sözleşme akdedilmek suretiyle işçi haklarının zarar görmesinin önlenmesi, dolayısıyla işçi menfaatlerinin korunmasıdır" ilkesini koyduktan sonra bu gerekçesine aykırı olarak, "Normun koruma amacı kapsamında olan işçinin, sözleşmenin belirsiz süreli olduğu yönündeki iddiası dikkate alınmalıdır. Ancak yukarıda da yer verildiğ üzere, 5580 sayılı Kanun gereğince özel okul öğretmenleriyle belirli süreli iş sözleşmesi imzalanması yasal zorunluluktur. Bu halde sözleşmedeki cezai şart hükmü de geçerli kabul edilmeli ve işçinin çalışmadığı süreye karşılık gelen cezai şartı ödemesi gerektiğine hükmedilmelidir. Davacının devlet kurumuna tayini dolayısıyla iş sözleşmesini feshi, TBK 182/3 uyarınca cezai şarttan indirim sebebi olabilir" görüşündedir.

Prof Dr. Sarper Süzek doğru olarak " işverenin sonradan sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu" gerekçesine dayanmaktadır. Bir sözleşmenin iki tarafının birden dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğinden söz edilemez.

Öte yandan Doç. Dr. Gaye Baycık'da doğru olarak; "İş Kanununun 11. Maddesinin amacı, belirli süreli sözleşme akdedilmek suretiyle işçi haklarının zarar görmesinin önlenmesi, dolayısıyla işçi menfaatlerinin korunmasıdır" görüşündedir.

İş sözleşmelerinin nasıl düzenlendiğine baktığımızda, işçi işverene başvurmakta ve işverenin ortaya koyduğu sözleşmeyi imzalayarak işe başlamaktadır. lke gerçeklerine göre hiçbir zaman işçi sözleşmeyi hazırlamamaktadır. İşveren yaptığı işin belirsiz süreli olduğunu öncelikle bilmek ve dürüstlük kurallarına göre sözleşmesini düzenlemek zorundadır. Böyle bir sözleşmeyi imzalayan işçi, her zaman belirsiz süreli hizmet sözleşmesine İş Kanunundaki

koşullara göre son verebileceği gibi haklarını da isteyebilir. Zaten belirli iş sözleşmesi hiçbir zaman garson, bulaşıkçı, inşaat işçisi için imzalanmaz. Bu sözleşme, vasıflı işçiye dayatılır. Cezai şartın her iki tarafa uygulanması işçi aleyhine sonuç doğuracaktır. Ekonomik durumu güçlü olan işveren için ceza şart tutarı önemli sayılacak bir miktar sayılmayabilir. Ancak işten çıkmış bir işçi için çok ağır sonuç yaratabilir. Hakimin cezai şarttan indirim yapması da bu durumu değiştirmez.

Bu durumda, işverenin kendi imzalattığı bu sözleşmenin aksini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırıdır. Süreye bağlı cezai şartı ödemek zorundadır. İşçi açısından bakıldığında ise kanun koyucunun, işçi haklarının korunması için yer verdiği 11. maddeye rağmen işçinin cezai şartla sorumlu tutulması hak ve nefaset kurallarına uygun değildir. İşçi isterse belirli isterse belirsiz süreli iş akdine göre haklarını talep edebilir.

Her iki Daire içtihadı da hatalıdır. Süreye bağla cezai şart işçiyi değil sadece işvereni bağlamalıdır. Bu yönüyle içtihadı birleştirme kararına katılmıyoruz.

**STAJYER AVUKATIN DAİMİ ÇALIŞAN YA DA MÜSTAHDEM
SIFATINI TAŞIMADIĞI- STAJYER AVUKATA YAPILAN
TEBLİGATIN GEÇERSİZ OLDUĞU**

**T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU**

Esas No : 2017/2-1287
Karar No : 2019/90
Tarih : 7.2.2019

DAVA : Taraflar arasındaki “boşanma” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Aile Mahkemesi Sıfatıyla Karacabey 1. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 12.07.2012 tarih ve 2011/310 E., 2012/403 K. sayılı karar davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16.04.2013 tarih ve 2012/23641 E., 2013/10736 K. sayılı kararı ile;

“Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır (6100 s. HMK. madde 255). Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılmaz. Davada tanıkların olmamışı olmuş gibi ifade ettiklerini kabule yeterli delil ve olgu da yoktur. O halde, davalı kocanın eşine sürekli şiddet uyguladığı, hakaret ettiği ve aşağıladığına ilişkin ve olaylara çok yakın tanık sözlerine değer verilmesi gerektiği gibi, tarafların birbirlerine karşılıklı şiddet eylemlerinden dolayı ceza mahkemesinin kesinleşen ilamı da dikkate alındığında, davacı kadının isteğinin kabulüyle boşanmaya karar verilmesi gerekirken, bu yöner göz önünde tutulmadan yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.»

gereğesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek temyiz dilekçesinin süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği düşünüldü:

KARAR : Dava evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı boşanma istemine ilişkindir.

Davacı (kadın) vekili, davalının müvekkilini sürekli hor görüp aşağıladığını, dövdüğünü, müvekkilinin ilk eşinden olan küçük kızını evlatlık olarak alma-

yı taahhüt ettiği halde almadığı gibi müvekkiline kızını evlendirirken maddi ve manevi yardımda bulunmadığını, düğüne dahi katılmadığını ileri sürerek tarafların TMK'nın 166/1. maddesi uyarınca boşanmalarına karar verilerek 500,00TL tedbir ve yoksulluk nafakasının, 20.000,00TL maddi tazminat ve 20.000,00TL manevi tazminatın faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı (erkek) davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece dinlenen davacı tanıklarından birinin davacının önceki evliliğinden olan kızı olduğu, bu tanığın davalı ile problemlerinin olduğu, diğer davacı tanıklarının da davacı ile yakın akraba olmaları yanında bilgi ve görgülerinin davalı tanık beyanları ile örtüşmediği, davalı tanık beyanlarına göre taraflar arasında bir geçimsizlik olmadığı, ceza davasında da her ikisinin karşılıklı yaralama eylemlerinden dolayı yargılandıkları, bu son soruşturma dışında davacı tanıklarının belirttiği şekilde davacının, davalının hakaret veya yaralama eyleminden ötürü bir şikayetinin bulunmadığı, davacı tanık beyanlarında geçen bir kısım geçimsizlik ifadelerinin geçmişte kaldığı ve tarafların tekrar bir araya geldiği, taraflar arasında boşanmayı gerektirecek nitelikte bir geçimsizliğin bulunmadığı gerekçesiyle ve TMK'nın 184. maddesinde yer alan "Hakim boşanma sebebi olarak ileri sürülen vakıanın varlığına vicdanen kanaat getirmediğçe boşanmaya hükmedemez" hükmü ve "hukuk hiç kimsenin kusuruna dayanarak hak elde etmesini korumaz." hükmü uyarınca davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece davanın reddine ilişkin verilen direnme kararı davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca "usulün aradığı niteliklere haiz kısa karar ve buna uygun gerekçeli karar oluşturulmadığından" bahisle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bozma kararına uyulmak suretiyle taraflar arasında daha önce olan kavgaların dava konusu yapılamayacağı, davaya gerekçe gösterilen ceza davasına konu son olayda kavgayı başlatan ve aşağılayanın kim olduğu üzerinde durulması gerektiği, davacının savcılıkta verdiği ifade ile mahkemede verdiği ifadenin farklı olmasının yanında savcılıkta verdiği itiraf mahiyetindeki beyanında, eşine "Çekil şuradan, ayağımın altından dedim ve ensesinden itekledim" şeklindeki davalıya karşı aşağılayıcı tavrı ve beyanı dikkate alındığında aslında aşağılayan ve kavgaya sebebiyet verenin davacı olduğu, eşinin böyle bir muamelesiyle karşılaşan davalının da

davacıya tokat vurmasının Türk örfünde yadırganacak bir durum olmadığı, davacının kızının beyanlarının üvey babasına karşı tarafsız olmayacağı, yine tannık tarafından davacının sürekli dayak yediği beyan edilmiş olsa dahi dayaktan sonra evliliğin devam ettiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı (kadın) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece temyiz talebinin süresinde olmadığı gerekçesiyle temyiz talebinin reddine dair verilen ek karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; boşanma davasına konu olayda davalı erkeğin kusurlu olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davacı kadının açtığı davanın kabulünün gerekip gerekmediği noktasındadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında işin esasına geçilmeden önce direnmeye ilişkin gerekçeli kararın davacı vekiline tebliğine ilişkin işlemin usulüne uygun olup olmadığı, dolayısıyla temyiz talebinin süreden reddine ilişkin 02.07.2014 tarihli ek kararın kaldırılmasının gerekip gerekmediği hususu ön sorun olarak tartışılmıştır.

Bilindiği üzere; 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 11. maddesinin ilk cümlesine göre; "Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır".

7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun "Belli bir yerde veya evde meslek ve sanat icrası" başlıklı 17. maddesinde;

"Belli bir yerde devamlı olarak meslek veya sanatını icra edenler, o yerde bulunmadıkları takdirde tebliğ aynı yerdeki daimi memur veya müstahdemlerinden birine, meslek veya sanatını evinde icra edenlerin memur ve müstahdemlerinden biri bulunmadığı takdirde aynı konutta oturan kişilere veya hizmetçilerinden birine yapılır" hükmü yer almaktadır.

Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in "Meslek ve sanat erbabına tebligat" başlıklı 26. maddesinde de;

"Belirli bir yerde devamlı olarak meslek veya sanatını icra edenlere, o yerde de tebligat yapılabilir.

Muhatabın işyerinde bulunmaması hâlinde tebliğ, aynı yerde sürekli olarak çalışan memur veya müstahdemlerinden birine yapılır.

Muhatap, meslek veya sanatını konutunda icra ediyorsa, kendisi bulunmadığı takdirde memur veya müstahdemlerinden birine yapılır. Bunlardan hiç birinin bulunmaması durumunda tebliğ, aynı konutta sürekli olarak oturan kişilere veya hizmetçilerinden birine yapılır" şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında belli bir yerde devamlı olarak meslek veya sanatını icra edenler, o yerde bulunmadıkları takdirde bunlara yapılacak tebliğ, o kişinin aynı yerdeki daimi memur veya müstahdemlerinden birine yapılmalıdır. Bir başka deyişle muhatapın daimi çalışanı şeklinde yapılan tebligatın geçerli olabilmesi için, muhatap adına tebligat yapılan kişinin gerçekte muhatapın daimi çalışanı olması ve muhatapın bulunamaması halinde ise yukarıda mevzuatta belirtilen şekli işlemlerin yerine getirilerek tebligatın yapılması gereklidir. Aksi takdirde yapılan tebligat usulsüzdür.

Somut olayda 02.07.2014 tarihli direnme kararı davacı vekili Av.İ.E.'e tebliğe çıkarılmış, tebligat parçasında "muhatap adresten soruldu. Adliyeye gittiğinden aynı iş yerinde çalışan G.K.'a tebliğ edildi" açıklaması ile 13.08.2014 tarihinde tebliğ memuru ve G.K. imzası ile tebligat yapılmıştır.

Davacı vekili ise 22.09.2014 tarihli temyiz dilekçesinde G.K.'ın, kendisinin stajyeri olduğunu ve stajyerinin konunun önemini bilmediğinden tebliğ işleminden haberdar olmadığını beyan etmiştir. "Dosya evrak tamamlama" sistemi ile tebliğ tarihinde adı geçen kişinin avukat stajyeri olup olmadığı hususlarının araştırılması için ilgili mahkemeye müzekkere yazılmış, 05.02.2019 tarihli cevabi yazıda G.K.'ın Bursa Barosuna kayıtlı avukat stajyeri olduğu ve avukat yanında olan stajını Av.İ.E. (davacı vekili) yanında 08.04.2014 ile 09.10.2014 tarihleri arasında tamamladığı bildirilmiştir.

Bu durumda gerekçeli kararın davacı vekili adına 13.08.2014 tarihinde stajyeri olan Av.G.K.'a tebliğ edildiği tartışmasız olup, öncelikle ön sorunun çözümü açısından avukat stajyerine yapılan tebliğin usulüne uygun ve geçerli bir tebligat sayılıp sayılamayacağı hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 Sayılı Kanunla değişik 23. maddesinde stajın yapılması ve stajyerin ödevleri düzenlenmiş ve maddenin ikinci fıkrasında "Stajyer, avukatla birlikte duruşmalara girmek, avukatın mahkemeler ve idari makamlardaki işlerini yapmak, dava dosyaları ve yazışmaları düzenlemek, baroca düzenlenen eğitim çalışmalarına katılmak, baro yönetim kurulunca verilen ve yönetmelikte gösterilecek diğer ödevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Stajyerler, meslek kurallarına ve yönetmeliklerde belirlenen esaslara uymak zorundadırlar" hükmüne yer verilmiştir.

Yine aynı Kanunun 26. maddesinde "Stajyerlerin yapabileceği işler" düzenlenmiş; bunlar "Stajyerler, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra mahkemelerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki iş-

leri yürütebilirler.” şeklinde sıralanmış ve bu yetkinin staj bitim belgesinin verilmesi veya staj listesinden silinme ile sona ereceği maddenin son fıkrasında belirtilmiştir.

İşlerin stajyer veya sekreterle takibi, dava dosyalarının incelenmesi ve dosyadan örnek alma ise, aynı Kanununun 46.maddesinde; avukatın, işlerini kendi sorumluluğu altındaki stajyeri veya yanında çalışan sekreteri eliyle de takip ettirebileceği; avukat veya stajyerin, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebileceği, bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesinin zorunlu olduğu, vekâletname ibraz etmeyen avukata ise dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisinin verilmeyeceği, şeklinde düzenlenmiştir.

Öte yandan, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun “Avukat Katiplerine Ve Stajyerlerine Tebligat” başlıklı 37. maddesi “Celse esnasında kazai merci tarafından sıfatları tesbit edilen avukat katiplerine ve stajyerlerine mütaakip celse gün ve saatinin bildirilmesi avukata tebliğ hükmündedir.” düzenlemesini içermektedir.

Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinin 19. maddesinde ise stajyerin yapabileceği işler düzenlenmiş; maddede aynen;

“Stajyer, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı oluru ile onun gözetim ve sorumluluğu altında, sulh hukuk, sulh ceza mahkemeleri ile icra mahkemelerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilir. Bu yetki, staj bitim belgesinin verilmesi veya staj listesinden adının silinmesi ile sona erer. Stajyer, yanında staj yaptığı avukatın yazılı oluru ile dava dosyalarından fotokopi ve benzeri yollarla örnek alabilir. Stajyer ayrıca vekaletname veya yazılı olur olmaksızın, dava ve takip dosyalarını inceleyebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Yönetmeliğin 20.maddesinde de, yanında staj yapılan avukatın, ilk üç ayın bitiminde ve staj süresinin sonunda birer rapor vereceği, son raporun kesin rapor olup, raporlarda stajyerin staja devamı, mesleki ilgisi, meslek ilke ve kurallarına yakınlığı, katıldığı duruşmalar, yetki belgesi ile yürüttüğü işler, yaptığı araştırmalar ile uygulamalar ve benzeri çalışmaların değerlendirileceği, belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, avukat stajyerinin ancak avukatın yazılı oluru ile onun gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk, sulh ceza mahkemeleri ve icra mahkemelerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebileceği ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebileceği kabul edilmiştir.

Diğer yandan 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 15. maddesinde; “Avukatlık stajı bir yıldır. Stajın bu kısmında yer alan hükümler uyarınca ilk altı ayı mah-

kemelerde ve kalan altı ayı da en az beş yıl kıdemi olan (bu beş yıllık kıdem hesabına Kanunun 4. maddesinde yazılı hizmette geçen süreler de dahildir.) bir avukat yanında yapılır” denilmektedir. Buna göre avukatlık stajı kanuni bir zorunluluk olup, mesleki bilgi ve tecrübeyi kazanmak amacıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla avukat ile stajyer avukat arasındaki ilişki iş akdi ya da hizmet akdine dayalı olmayıp kanuni bir ilişkidir. Bu nedenle avukat stajyerinin, Tebligat Kanunu’nu 17. maddesinde sayılan daimi çalışan veya müstahdem sıfatını taşımadığı belirgindir.

Bu açıklamalar ışığında, dosya içerisinde gerekçeli kararın stajyer avukata tebliğine ilişkin avukatın yazılı bir oluru bulunmadığı gibi, 02.07.2014 tarihli gerekçeli kararın “çalışan” sıfatıyla stajyer avukat G. K.’a tebliği geçersizdir.

Ne var ki, Tebligat Kanununun 32. maddesinde yer alan “tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur” hükmü gereğince davacı vekilinin tebliğden haberdar olduğunu beyan ettiği 15.09.2014 tarihi itibarıyla 22.09.2014 tarihinde yapılan temyiz istemi süresindedir.

Belirtilen nedenlerle, davacı vekilinin temyiz isteğinin süresinde olmadığından reddine ilişkin yerel mahkemenin 11.11.2014 tarihli ek kararının bozularak kaldırılmasına oy çokluğu ile karar verilerek ön sorun bu şekilde aşılmış ve davacı vekilinin direnme kararına yönelik temyizinin esasın incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasının incelenmesine gelince;

Uyuşmazlığın çözümü için ilgili yasal düzenlemelerin değerlendirilmesinde yarar vardır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)’nun “Evlilik birliğinin sarsılması” başlıklı 166/I-II. maddesi;

“Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir” hükmünü içermektedir.

Anılan maddenin birinci fıkrası gereğince evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanmaya karar verilebilmesi için başlıca iki şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. İlki, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, diğeri ise ortak hayatın çekilmez hâle gelmiş bulunmasıdır. Genel boşanma

sebeplerini düzenleyen ve yukarıya alınan madde hükmü somutlaştırılmamış veya ayrıntıları ile belirtilmemiş bir çok konuda evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı noktasında hâkime taktir hakkı tanımıştır.

Söz konusu hüküm uyarınca evlilik birliği, eşler arasında ortak hayatı çekilmez duruma sokacak derecede temelinden sarsılmış olduğu takdirde, eşlerden her biri kural olarak boşanma davası açabilir ise de, Yargıtay bu hükmü tam kusurlu eşin dava açamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Nitekim benzer ilkeye HGK'nın 04.12.2015 tarihli ve 2014/2-594 E., 2795 K. sayılı kararında da değinilmiştir.

Evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olması durumunda, davacının kusuru daha ağır ise davalının açılan davaya itiraz hakkı bulunmaktadır (TMK m. 166/II).

Bu düzenlemeyle davalıya bu yolla bir itiraz hakkı tanınmış olmakla birlikte, bu hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını da aynı hükümde belirtilmiştir.

Gerçekten, TMK. m. 166/II son cümleye göre itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir.

Hemen belirtmelidir ki, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 255. maddesi uyarınca aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı (kadın) tanığı olarak dinlenen N.Ş., “annesinin evlilikte yıllarca dayak yediğini ama katlandığını, son bir kaç olayın adliyeye yansıdığını”, diğer tanık S.C. ise, “davalının devamlı suretle eşini küçümsediğini ve eşini evde istemediğini” beyan etmiştir. Dosyada tanıkların olmayan vakıaları olmuş gibi ifade ettiklerini kabule yeterli delil ve olgu bulunmamaktadır.

Diğer yandan, 09.04.2011 tarihli olayda Karacabey Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22.06.2011 tarih ve 2011/297 E., 2011/884 K. sayılı kararı ile eşler arasından çıkan kavgada tarafların karşılıklı olarak birbirlerine fiziksel şiddet uyguladıkları, bu olay nedeniyle yargılanıp ceza aldıkları, verilen mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, kararın kesinleştiği ve tarafların bu olay sonrası bir araya gelmedikleri anlaşılmıştır.

Bu durumda, adı geçen tanık beyanları ve ceza dosyası birlikte değerlendirildiğinde, davalı erkeğin boşanmaya sebebiyet verecek nitelikte kusurlu olduğu anlaşıldığından davacı kadının boşanma davasının kabulü gerekmektedir.

O hâlde, aynı hususlara işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkemenin davacı vekilinin temyiz isteğinin reddine ilişkin 11.11.2014 tarihli ek kararının oy çokluğu ile bozularak kaldırılmasına, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30.maddesiyle 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek hâlinde peşin temyiz harcının yatırana iadesine, aynı Kanununun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak 07.02.2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İŞÇİDEN TEMİNAT AMAÇLI ALINAN SENETTEN KAYNAKLI DAVADA İŞ MAHKEMESİNİN GÖREVLİ OLDUĞU

T.C.

YARGITAY

19. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2017/3895

Karar No : 2019/1144

Tarih : 25.2.2019

DAVA : Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR : Davacı vekili,davalı şirketin kül halinde devraldığı ... Petrol Tur. Gıda. San ve Tic. Ltd. Şti. firmasında plasiyer işçi olarak çalışırken işine son verildiğini, iş yerine girişte işe giriş ön koşulu olarak kendisinden ve işe giren diğer kişilerden boş senet imzalamalarının istendiğini, davacının da diğer işçiler gibi senedi imzalayarak işe başladığını, işten ayrıldıktan sonra söz konusu senedin kendisine iade edilmediğini, senedin isim ve imza kısmı dışındaki kısımlarının sonradan doldurulmuş olduğunu, senette malen kaydının yazdığını ancak bu hususun da doğru olmadığını iş yerinde işçi olarak çalıştığını ve mal satın almadığını, bu hususta ispat yükünün davalı tarafa geçtiğini, işçi alacakları dolayısıyla açmış olduğu iş davası sonrasında senedin davalı tarafça icraya konulduğunu belirterek borçlu olmadığını tespiti ile takibe dayanak olan senedin iptaline, takip miktarının %40'ından aşağı olmamak üzere tazminata hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili,takibe konu senedin ... Mobilya Gıda İnş. Tic. San. Ltd.Şti.'den davalı ... Akaryakıt Nakliyat Tic. Ltd.Şti.'ye ciro yoluyla geçtiğini,davacının farklı bir şirket,senedi alan şirketin başka bir şirket ve bu şirket ile birleşen şirketin de başka bir şirket olduğunu, davacının iddialarının 3. şahıs olan davalıya karşı ileri sürülemeyecek sebepler olduğunu, şirketlerin birbirlerinden farklı olmaları sebebiyle davalının iyi niyetli alacaklı konumunda bulunduğunu, dava dışı şirkete karşı ileri sürülebilecek olan iddiaların davalı olarak

tarafına karşı ileri sürülemeyeceğini, davacının davalı şirkette hiç çalışmadığını, senedin dava dışı ... Mobilya Gıda İnşaat Ltd. Şti'den alacakları sebebiyle ciro yoluyla davalı şirkete geçtiğini, davacının yemin deliline dayandığı ancak yemin metnini hazırlamadığı bu nedenle davalı şirket yetkililerine yemin tek-lifinin de usul ve yasaya aykırı olduğunu, davacının işe girişte açık senet alındığı iddiasını yazılı delille ispat etmesi gerektiğini, davacının ... Asliye Ceza Mahkemesinde dava dışı ... Petrol Ltd.Şti.nin müşteki olduğu davada güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırıldığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre, takibe dayanak yapılan bononun alacaklısının ... Petrol Tur. Gıda. San ve Tic. Ltd. Şti. olduğu ve bu şirket tarafından davalı ... Akaryakıt Nakliyat Tic. Ve San. Ltd. Şti' ye ciro yoluyla devredildiği, bononun senedi devralan davalı şirket tarafından icra takibine konulduğu, bononun nitelik olarak sebebe bağlı olmadığı ve davacının da senet altındaki imzayı inkar etmediği, davacının dava dilekçesindeki iddialarının senet metninden anlaşılan iddialar olmadığı, ayrıca davacının bu senetten dolayı borçlu olmadığını geçerli bir delille de kanıtlamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, işçi işveren ilişkisinden dolayı teminat amacıyla verildiği iddia edilen senet nedeniyle borçlu olmadığının tespitine ilişkindir. Dava İş Mahkemesi sıfatıyla açılmasına rağmen mahkemece tensip zaptıyla davanın yazılı yargılama usulüne tabi olduğu gerekçesiyle genel mahkeme sıfatıyla karar verilmiştir. Dava dışı lehtar ... Petrol Tur. Gıda. San ve Tic. Ltd. Şti.'nin, davacı hakkında çalışmanı olduğu iddiasıyla hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma nedeniyle yaptığı suç duyurusu nazara alındığında davacı ile dava dışı lehtar arasında işçi-ışveren ilişkisi bulunduğu görülmektedir. Bu durumda mahkemece dava dilekçesinde de gösterildiği üzere iş mahkemesi sıfatıyla davaya bakılarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 25/02/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

696 SAYILI KHK İLE SÜREKLİ İŞÇİ KADROLARINA GEÇİRİLEN İŞÇİLERİN YETKİ TESPİTİNDEKİ DURUMU

T.C.

YARGITAY

22. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2019/7497
Karar No : 2019/19812
Tarih : 24.10.2019

DAVA : Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR :

A-)DAVACI İSTEMİNİN ÖZETİ:

Davacı vekili asıl davada, davalılardan Öz Sağlık İş Sendikasının, Sağlık Bakanlığı ve bağlı işyerlerinde 03.09.2018 tarihli yazısı ile diğer davalı Bakanlıktan çoğunluk tespit talebinde bulunduğunu, bu başvuru neticesinde, davalı Bakanlığın, 14.12.2018 tarih ve 58736034-103.02-E.863591 Sayılı yazısı ile, başvuru tarihi olan 03.09.2018 tarihi itibarıyla 899 işyerinde, 18.940 çalışanın olduğu ve 10912 işçinin üye olduğu gerekçesiyle davalı sendikanın çoğunlukta olduğunun tespitine karar verdiğini, ÇSGB Çalışma Genel Müdürlüğünün bilgi için Kanun gereği 14.12.2018 tarih ve 863591 Sayılı çoğunluk tespit yazısını müvekkili sendikaya gönderdiğini ve bu yazının 20.12.2018 tarihinde tebliğ alındığını, bu çoğunluk tespitine karşı Kanunun belirlediği yasal süre içinde itirazlarını sunduklarını, taşerondan kadroya geçirilen işçilerin kendileri adına devam eden bir toplu iş sözleşmesi olduğundan, eski kadrolu işçilerin yararlanacağı bir toplu iş sözleşmesi için çoğunluk tespitinde dikkate alınmalarının mümkün olmadığını, yani kadrolu işçiler adına 2019-2020 yıllarını kapsayacak toplu iş sözleşmesinden 696 KHK ile kadroya geçirilen işçilerin yararlanacak iseler çoğunluk tespitinde dikkate alınması gerektiğini, yararlan-

namayacak iseler (ki şu anda yeni bir yasal düzenleme olmadan yararlanamayacaklarının Bakanlıkça yazılı olarak taraflarına bildirildiğini) çoğunluk tespitinde dikkate alınmalarının kadroya geçen işçilerin kullanılarak yetki alınması anlamına geleceğini, 6356 Sayılı Kanunun Toplu iş sözleşmesinin şekli ve süresi başlıklı 35. maddesinde “Toplu iş sözleşmesinin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez. (4) Toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilir. Ancak, yapılacak toplu iş sözleşmesi önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe giremez” denildiğini, taşerondan 02.04.2018 tarihinde kadroya geçen işçiler için davalı Bakanlık tarafından yayınlanan ve 31.10.2020 tarihine kadar geçerli olan YHK tarafından karara bağlanan toplu iş sözleşmesinin bulunduğu ve bunun uygulandığını, bilindiği gibi bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağını ve yapılmış ise geçersiz olup yok hükmünde olduğunu, bilindiği gibi 02.04.2018 tarihi itibarıyla kadroya geçişler nedeniyle asıl işveren işçisi olarak yeni tescil edilen taşeron işçileri ile ilgili olarak yapılacak ve uygulanacak TİS ve başvuruları ile ilgili hükümlerin yer aldığını, 696 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 127. maddesiyle 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 23. maddesinde “Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden; geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmadığından kadroya geçirildiği tarihte yürürlükte olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu işçiler ile geçiş işleminden önce yapılan ve geçişten sonra yararlanmaya devam ettiği toplu iş sözleşmesi bulunmakla birlikte bu madde kapsamındaki idarelerde alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce toplu iş sözleşmesi sona eren işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenir. Bu madde kapsamındaki idarelerde; 6356 Sayılı Kanun’un geçici 7. maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçişi yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir” denildiğini, 696 Sayılı KHK ile 375 Sayılı KHK’nın geçici 23. maddesinde “6356 Sayılı Kanun’un geçici 7. maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçişi yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan

yüksek hakem kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra (31.10.2020 tarihinden sonra) yetki başvurusunda bulunulabilir” hükümlerinin yer aldığı, 696 Sayılı Kanuna göre 02.04.2018 tarihi itibarıyla kadroya geçirilen işçiler için yukarıdaki maddeye göre ... tarafından 12.04.2018 tarihinde resmi sitesinde yayınladığı ve yürürlük süresi 01.01.2018 tarihi ile 31.10.2020 olarak belirlenen bir toplu iş sözleşmesi bulunduğunu, hatta bazı işyerlerinde, taşeron ile yapılan toplu iş sözleşmelerinin bir kısmının 31.12.2017 tarihinde sona erdiğini, bir kısmının ise 31.12.2018 tarihinde sona ereceğini, bir kısmının da bu tarihlerden sonra ihale süresine göre belirlenerek tâ ki son tarih olan 31.10.2020 tarihine kadar devam eden ve halen o toplu iş sözleşmelerinin uygulandığı yüzlerce işyeri bulunduğunu, ortada uygulanan bir toplu iş sözleşmesi var iken ve hangi sözleşmenin uygulanacağı 696 Sayılı Kanunda açıkça yazılı iken ve Bakanlık tarafından da taşeron kadrolu işçilerine uygulanacak sözleşme yayınlanarak yürürlüğe sokulmuş iken ve hiç sözleşmesi olmayan işyerlerinde çalışan işçiler veya hiçbir sendikaya üye olmayan işçiler veya istifa ederek boşta olan işçilerin tamamının yararlandığı bir toplu iş sözleşmesi var iken, Bakanlığın tespitinde yer alan 18.940 işçiden sadece eski kadrolu olan 3.500 işçinin yararlanacağı (toplam sayıdan %18), taşerondan kadroya geçenlerin (%82) yararlanamayacağı bir toplu iş sözleşmesinin çoğunluk tespitinde toplam işçi sayısının dikkate alınmasının hem hukuka, hem adalete, hem hakkaniyete, hem fırsat eşitliğine, hem de vicdanlara aykırı olduğunu, hem imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinden sadece eski kadrolu 3.500 işçinin yararlandırılacağını, hem de bu işçiler adına yapılacak sözleşme için çoğunluk tespitinde sözleşmeden 2 yıl boyunca yararlandırılmayacak olan taşerondan kadroya geçen işçilerin baz alınacağını, bu adaletsizliğin kabul edilmesinin mümkün olmadığını, bu hukuk dışı değerlendirmenin, tabiri caizse taşeron işçilerinin sırtından bir sendikaya yetki verilmesi anlamına geleceğini, Sağlık Bakanlığı’nda çalışan eski kadrolu 3.500 işçinin tamamına yakınının müvekkili sendikaya üye olduğunu, imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinin uygulanacağı eski kadrolu işçilerin % 90’nın müvekkili sendikaya üye olmasına rağmen, adına sözleşme yapılacak ve uygulanacak bu orandaki işçinin üyesi olduğu müvekkili sendikaya çoğunluk verilmeyip, diğer taşerondan geçen ve sözleşmeden 31.10.2020 tarihine kadar dahil olamayacak işçilerin sayısı gözetilerek davalı sendikaya çoğunluk verilmesinin akıl, vicdan, hukuk ve adalet ile izah edilemeyeceğini, sokaktaki bir vatandaşın bile sorulduğunda anlayabileceği ve yorumlayabileceği bir konuda üstelik hukuka aykırı bir şekilde yorum yapılarak toplu iş sözleşmesi tarihini alt üst eden bir uygulamanın bağımsız yargı tarafından geri döndürüleceğini, davalı Bakanlığın kendi içinde çeliştiğini ve iptalini istedikleri tespitinin tam tersi yönünde yani kendi iddiaları gibi değerlendirme yaparak tespit verdiğini, müvek-

kili sendika tarafından ... Üniversitesi Rektörlüğü Tıp Fakültesinde, birkaç dönemdir yaptıkları toplu iş sözleşmesinin 31.12.2018 tarihinde sona erecek olması nedeniyle, kanun gereği 120 gün önceden 05.09.2018 tarihinde Bakanlığa yaptıkları çoğunluk tespit başvurusuna Bakanlığın, 18.09.2018 tarih ve 58736034-103.02-E.64936 Sayılı yazısı ile sendikanın çoğunlukta olduğuna dair tespit yazısı verdiğini, bu tespitin kesinleşmesi üzerine, davalı Bakanlığın, 1.10.2018 tarih ve 58736034- 103.02-E.69745 Sayılı yazı ile yetki belgesi verdiğini ve bu işyerinde toplu iş sözleşmesi imzalandığını, yani Bakanlığın, ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde eskiden sözleşme imzalanan eski kadrolu 7 işçi üzerinden 6 işçinin müvekkili sendikaya üyeliği nedeniyle çoğunluk verdiğini, oysa bu Üniversitede 2.000 civarında işçinin 696 Sayılı KHK ile kadroya geçirildiğini, bu kadroya geçirilen işçilerden 600 işçinin de hem 02.04.2018 geçiş tarihi öncesi hem de şu anda 17 numaralı Sağlık ve Sosyal Hizmetler işkolunda kayıtlı olduğunu ve tescilli olduğunu, bu hastanede kadroya geçirilen sağlık işkolundaki işçilerin çoğunluk tespitinde dikkate alınmayıp, sadece eski kadrolu işçiler ile çoğunluk verilmesinin doğru olan bir uygulama olmasına rağmen, yeni bir kanun çıkmamış iken ve aynı kanun maddeleri geçerli iken neyin değişerek bu defa iptalini istedikleri çoğunluk tespitinde eski yeni tüm işçilerin toplam değerlendirmeye alınarak tespit verildiğini, Bakanlığın yetkili ve sorumlularının bu tespit aşamasında işyerlerinin sağlık işkoluna dahil edilmesi, çıkarılması, işkollarının değiştirilmesi, çalışmayan kişilerin üye olarak gösterilmesi, gerek toplam işçi sayısının belirlenmesi, gerek davalı sendikaya üye olarak gösterilen kişilerin çalıştığı işyerlerinin gerek işveren tarafından, gerek SGK tarafından gerekse Bakanlık tarafından değiştirildiği iddiaları ile ilgili olarak da gerekli incelemeleri talep edeceklerini ve bu işlemleri yapan kişiler hakkında da suç duyurusunda bulunacaklarını, 6356 Sayılı Kanun'un geçici 7. maddesine aykırı bir şekilde çoğunluk tespiti verildiğini, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 41. maddesinde “(1) Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir. 2) İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanır. (3) İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.” denildiğini, yukarıdaki maddeye göre tespit değerlendirmesinde işletme var ise işçi sayısının %40'ı üzerinden yapılacağı, işletme toplu iş sözleşmesinde ise işyerlerinin bir bütün olarak dikkate alınacağı belirtilmiş, bu kanun maddesinin normal şartlarda veri-

len çoğunluk tespit yazıları için olduğunu ancak 6356 Sayılı Kanun'un Geçici 7. maddesinin 2. fıkrasında, birinci fıkra kapsamındaki işyerlerinin her birinin (aynı işkolu veya farklı işkolu ayrımı yapılmadığını, mevcut işkoluna veya başka bir işkoluna tescili ayırmadan kadroya geçiş yapan her işçi için her bir işyerini ayrı işyeri olarak saydığını), yani 696 Sayılı KHK ile taşerondan kadroya geçiş yapan işçiler adına yapılan yeni tescillerin her birinin 6356 Sayılı Kanun'un uygulanması bakımından bağımsız birer işyeri sayılacağı yazılı olduğunu, yine geçici 7. maddenin son fıkrasında, bu maddenin uygulanmasında, yani geçici 7. maddenin uygulanmasında bu kanunun (yani 6356 Sayılı Kanunun) bu maddeye yani geçici 7. maddeye aykırı olan diğer hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça yazılı olduğunu, buna göre 6356 Sayılı Kanun'un 41. maddesindeki işletme kapsamının belirlenmesi konusunda tüm işyerlerinin bir bütün olarak değil, her yeni tescil edilen işyerinin bağımsız birer işyeri olarak değerlendirileceğini, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun geçici 7. maddenin 2. fıkrasında, yeni tescil numarası alan işyerleri denilmediğini, bu kapsamdaki işyerlerinin her biri denildiğini, yani aynı işkoluna veya farklı işkoluna tescil edilen tüm işçiler için açılan dosyaların her birinin bağımsız yeni bir işyeri olduğunun yazılı olduğunu, yukarıdaki madde hükmüne göre, maddenin 1. maddesi kapsamında olan işyerlerinin yani kadroya geçen işçilerin her birinin 6356 Sayılı Kanun'un uygulanması bakımından bağımsız bir işyeri sayılacağını, yani geçişten önce o işyerindeki işkolu ile geçiş yapan işçilerin işkolu aynı ise o işkolundan tescili yapılacağını, farklı ise aynı işyerinde farklı bir işkolu üzerinden tescili yapılacağını, her bir işyerinin de bağımsız birer işyeri olacağını ve geçici madde gereği işletme kapsamında değerlendirilmeyeceğini ve 41. maddedeki hükmün uygulanmayacağını, kadroya geçen tüm işçilerin eski işkolu veya yeni işkolu bakımından yapılan ayrımın, Bakanlık tarafından maalesef aleyhe olarak farklı yorumlandığını, 696 Sayılı KHK'nın geçici 7. maddesinin 1. fıkrasına aykırı bir şekilde işkolu tescili yapıldığını, sonradan işkollarında değişiklik yapıldığını, yukarıdaki iddialar sabit kalmak ve kabul anlamına gelmemek üzere, tüm işçilerin dikkate alınması durumunda bile, toplam işçi sayısı ve davalı sendikanın üye sayısının olan sayıdan çok çok fazla gösterildiğini, 6356 Sayılı Kanun'un geçici 7. maddesinin 1. fıkrasına göre, kadroya geçiş yapan işçilerden, çalıştıkları işyerinde var olan tescilli işyeri ile aynı işkolunda olanların aynı işkoluna, farklı işkolunda olanların ise o işyerinde geçişten önceki işkolu ne ise o işkolundan yeni dosya açtırılarak tescilinin yapılacağını, geçişten sonra, alt işveren şirketlerden geçen işçilerin, kamu işyerlerinde tescil edilirken (250,000 işçinin bu şekilde değişiklik kapsamında olduğunun bilindiğini) bazı hataların yapılmış olabileceğini, bu işlemlerin bir kısmının Bakanlık, bir kısmının işverenler, bir kısmının da taşradaki işverenler tarafından yapılırken hatalı bildirim söz

konusu olduğunu, davalı sendikaya üye olan işçilerin çalıştığı birçok işyerinde, işkolu değişikliğinin hatalı yapıldığını iddia ettiklerini, davalının üye sayısının kesinlikle fazla gösterildiğini, davalı sendikanın üyesi olarak görünen işyerlerinin birçoğunda, bu işyerlerinin sağlık işkolunda olmadığı yönünde kesinleşmiş mahkeme kararlarının bulunduğunu, bu kararların da ileriki aşamalarda, listeler ve işyeri isimleri geldiğinde ibraz edeceklerini, Kanuna ve mahkeme kararlarına rağmen, davalı sendikanın üye yaptığı bir çok işyerinin sağlık işkolu kapsamına alındığını ve çoğunluk sayısında dikkate alındığını, tüm bilgilerin mahkemece yazılacak müzekkere cevaplarından sonra gelecek olmakla birlikte, tespit edebildikleri kadarıyla, 02.04.2018 geçiş tarihinden önce işkolu 17 numaralı sağlık ve sosyal hizmetler işkolunda olmadığı halde, geçişten sonra 02.04.2018 tarihi ile davalı sendikanın başvuru yaptığı 03.09.2018 tarihi arasında bir çok işyerinin işkolunun hatalı değiştirildiğini, bununla ilgili delillerinin mevcut olduğunu, daha önce büro işkolunda olup, başvuru tarihinden önce sağlık işkoluna geçirilen işyerleri ve bu işyerlerinde çalışan işçilerin sayısı ve bu işlemi gerçekleştirenlerin, yazılacak müzekkere sonucunda ve gerekirse yerinde inceleme ile ve bu yetkililerin dahil olmadığı bir keşifte teknik bilirkişiler tarafından ortaya çıkacağını, çünkü bir işyerinin işkolu değişikliğinin nasıl ve kimler tarafından yapıldığının geriye dönük olarak da görülebildiğini, ayrıca SGK kayıtlarında da bu değişikliklerin ve değişiklik tarihlerinin açıkça görülebildiğini, müvekkili sendikaya üye olan işyerlerinde, geçişten önce 17 numaralı sağlık işkolunda geçerli üyeleri olarak görünen üyelerinin 03.09.2018 tarihinden önce işkolunun (02.04.2018 - 03.09.2018 arası) değiştirildiğini ve üyeliklerinin düşürüldüğünü, Konya Beyhekim Devlet Hastanesi, Konya Ereğli Ağız ve Diş Sağlığı Merkezi, Akşehir Devlet Hastanesi, Isparta'daki bir çok işyerinde, Sivas Numune Hastanesi, Bursa'da bir çok hastane, Hatay ve ilçelerinde bir çok hastane ve sağlık tesisi işyerlerinde daha önce sağlık olan işkollarının büro işkoluna döndüğünü, geçişten sonra tüm bu işkolu değişikliklerinin düzeltilmesi, eski işkoluna kayıt yaptırılması konusunda gerekirse tarafların da yer alacağı komisyonlar kurulması gerekirken, usuli işlemler bitmeden önceki yıllara göre daha erken bir tarihte daha karışık ve hatalı işlem bulunmasına rağmen alelacele çoğunluk tespiti verilmesinin doğru olmadığını, davalı Bakanlığın 6356 Sayılı Kanuna ve 696 Sayılı KHK'ya aykırı olarak davalı diğer sendikaya verdiği çoğunluk tespitleri bulunduğunu, örneğin K.S. Üniversitesi'nde, davalı sendikanın yaptığı çoğunluk tespit başvurusuna, Üniversitede hiç kadrolu işçi olmamasına rağmen ve işçilerin tamamı 696 Sayılı Kanuna göre kadroya geçen işçiler olmasına rağmen ve bu işçiler adına da 31.10.2020 tarihine kadar çoğunluk tespiti başvurusu yapılamayacağını açıkça kanunda yazılmasına rağmen, Bakanlığın, Üniversitede çalışan 657 Sayılı Kanun'un 4/B maddesindeki memur

sayılan ve memur sendikalarına üye olan sözleşmeli personelleri işçi gibi göstererek bu sendikaya çoğunluk tespiti verdiğini, yine aynı şekilde, E. F. Üniversitesi'nde, hiç eski kadrolu işçi olmadığı halde, 4/B kadrosundaki memur olan sözleşmeli personellerini işçi gibi göstererek çoğunluk tespiti verildiğini, yine aynı şekilde, H. M. K. Üniversitesinde, hiç eski kadrolu işçi yok iken, taşerondan kadroya geçen işçiler adına, sanki Üniversitede eski işçi varmış gibi gösterilerek sözleşmeli memur personellerini eski kadrolu sayıp davalı sendikaya çoğunluk tespiti verildiğini, ancak müvekkili sendika tarafından B. Üniversitesinde, taşerondan kadroya geçen işçiler adına çoğunluk istenildiğinde, Bakanlığın bu defa yukarıdaki haksız olarak verdiği çoğunluk tespitlerinin tam tersi bir şekilde, bu Üniversitede eski kadrolu işçi bulunmadığı, yeni işçilerin de 31.10.2020 tarihine kadar çoğunluk istenemeyeceği bildirilerek olumsuz tespit verdiğini, davalı sendikaya gelince, memurlar, sözleşmeli personeller eski kadrolu işçi gibi gösterilirken, kendi taleplerine farklı bir uygulama yapılmasının, davalı Bakanlığın işlemlerinin hukuka aykırı, adaletsiz olduğunun açık göstergesi olduğunu, bu örnek verilen haksız işlemler nedeniyle, müvekkili sendika tarafından açılan davaların da devam ettiğini, bir önceki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı ve danışmanının bile davalı sendikaya üye olarak gösterildiğini, ayrıca, davalı Bakanlığın 2018 Temmuz ayı işçi istatistiklerinde, davalı sendikanın üyeleri arasında bizzat Çalışma Bakanlığı yapan Sayın Jülide Sarıeroğlu'nu ve danışmanı Yavuz Aksanoğlu'nu listede üye olarak göstermesinin Bakanlığın üye işlemlerinin ve verdiği çoğunluk tespit yazılarının ne kadar yanlış ve yanlı olduğunu gösterdiğini, SGK ile paralel olarak üye ve çalışan listesinin tutulduğu elektronik bir ortamda, işçi olmayan, hatta davalı sendikanın kurucu başkanı olan iki kişinin 2018 Temmuz ayı istatistiklerinde davalı sendikanın üyesi olarak gösterilmesinin kendilerinin iddialarının haklı olduğunun bir örneği olduğunu, bu şekilde kanuna aykırı işlem yapan kişiler var ise bu yetkili ve görevli kişiler ile sorumlular hakkında Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı'na şikayet dilekçesi vereceklerini ve Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunacaklarını ileri sürerek davalılardan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının 24.09.2018 tarih ve 58736034-103.02-E.863591 Sayılı Öz Sağlık İş Sendikasına verilen çoğunluk tespitinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili birleşen davada ise, müvekkili sendikanın Sağlık Bakanlığı ve bağlı işyerlerinde 03/09/2018 tarihli yazı ile davalı Bakanlıktan çoğunluk tespit talebinde bulduklarını, bu başvuru neticesinde adı geçen işyerinde başvuru tarihinde 18.940 işçi çalıştığı ve 6.803 işçinin sendika üyesi olduğu gerekçesiyle yasanın aradığı çoğunluğu sağlayamadıklarının bildirdiğini, yapılan tespitın asıl davadaki gerekçelerle hatalı olduğunu ileri sürerek davalı Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının 14/12/2018 tarih ve 863125

Sayıli olumsuz tespit yazısının iptaline ve müvekkili sendikanın Sağlık Bakanlığı ve bağlı işyerlerinde çoğunlukta olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

B-) DAVALI CEVABININ ÖZETİ:

Davalı vekili asıl ve birleşen davaya ilişkin cevaplarında özetle, davacı tarafın huzurdaki davayı açmakta hukuki yararı bulunmadığını, 6356 Sayılı Kanun'un 41. maddesinin 1. fıkrasında "Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir." şeklinde düzenleme altına alındığını, buna göre davacı sendikanın işletme düzeyinde yetki alabilmesi için başvuru tarihinde çalışan işçilerin yüzde kırkının kendi üyesi olması gerektiğini ancak davacı sendikanın yapılan çoğunluk tespitine göre üye sayısının yaklaşık 6 bin civarında olup, hâlihazırda davacı sendikanın yüzde kırk barajını geçemediğini, zira davalı Bakanlığın İşkolları Yönetmeliğinin 17 numaralı "Sağlık ve Sosyal Hizmetler" işkolunda kayıtlı ve aynı işverene yani Sağlık Bakanlığına bağlı birden fazla işyerini dikkate alarak işletme düzeyinde bu tespiti yaptığını, dolayısıyla sahip olduğu üye sayısı bakımından kanunda aranan yüzde kırk şartını sağlamayan davacı sendikanın huzurdaki davasının hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesini talep ettiklerini, müvekkili sendika tarafından 03.09.2018 tarih ve 3454 Sayılı başvuru dilekçesi ile dava konusu T.C. Sağlık Bakanlığı ve bağlı bulunan işyerlerinde üye sayısının çoğunluk arz ettiğinin tespiti talebiyle ... Çalışma Genel Müdürlüğüne başvuruda bulunulduğunu, Çalışma Genel Müdürlüğü'nün 14.12.2018 tarih ve E.863591 Sayılı cevap yazısında, müvekkili sendikanın işletmede mevcut üye sayısı ile kanunda aranan çoğunluğu sağladığı ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine haiz olduğu tespitinde bulunduğunu, davacı tarafın müvekkili sendikanın yeterli çoğunlukta olmadığını iddia ettiği T.C. Sağlık Bakanlığı ve bağlı işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısının, çoğunluk başvuru tarihi itibariyle; 18940 (on sekiz bin dokuz yüz kırk), sendika üye sayısının 10912 (on bin dokuz yüz on iki) olduğunu, işletme düzeyinde yüzde kırk şartının sağlandığını ve aşıldığını, sonradan üyelikten istifa, işyerinden ayrılma vs. gibi hususların sonucu değiştirmedini, yetki tespit başvurusundan önce müvekkili sendika tarafından ... Çalışma Genel Müdürlüğü'ne 04.05.2018 tarih ve 11.06.2018 tarihli yazılar yazılarak "Eylül 2018 tarihinde Bakanlık tarafından yapılacak yetki tespitinde, kurumlarda öteden beri çalışmakta olan kadrolu işçiler (eski

kadrolular) ile 02.04.2018 tarihi itibariyle sürekli işçi kadrosuna dâhil olan (eski taşeron) işçilerin toplam sayısının mı, yoksa sadece eski kadrolu işçilerin sayısının mı dikkate alınacağı, çoğunluğun hangi kriterlere göre hesaplanacağı”nın sorulduğunu, Çalışma Genel Müdürlüğü’nün 27.06.2018 tarih ve 45877 Sayılı cevap yazısında “6356 Sayılı Kanun’un 35. maddesiyle ... 42. maddesinde ... Bakanlığın yetki tespit başvurularını başvuru tarihi itibariyle işyeri ve işletmedeki çalışan sayısı dikkate alınarak sonuçlandıracağı hüküm altına alınmıştır” şeklinde görüş bildirildiğini, bu görüşe göre, 696 Sayılı taşerondan kadroya geçen işçilerin yetki tespiti açısından mevcut işçilere dâhil edileceğini, yani toplu iş sözleşmesi için yapılacak yetki tespit başvurusunda, işyerinde yahut işletmede bulunan işçilerin, ayrıma tabi tutulmaksızın (eski kadrolu, yeni kadrolu işçi ayrımı olmadan) dikkate alınacağını, Bakanlığın bu görüşe uygun olarak çoğunluk tespitini yaptığını, zira tespite konu T.C. Sağlık Bakanlığı ve bağlı işyerlerinde kamu toplu iş sözleşmesinin 31.12.2018 tarihi itibariyle sona erdiğini ve kanunda belirtilen süre içerisinde müvekkili sendika tarafından çoğunluk tespit başvurusunda bulunulduğunu, 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin burada mali açıdan sınırı belirlediğini, bu sınırlamanın ne zamana kadar geçerli olduğunun hüküm altına alarak, o tarihe kadar yapılacak herhangi bir toplu iş sözleşmesi ile bu sınırın aşılamayacağını ifade edildiğini, kadroya geçen işçilerin yetki nisabında dikkate alınacağını, Bakanlığın yayınladığı sözleşmenin süresi bitinceye kadar bu sözleşmenin mali haklarına tabi olacaklarını, sona ermesiyle birlikte Sağlık Bakanlığı ile işçi sendikası arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinden faydalanmaya devam edeceklerini, 02.04.2018 tarihinde kadroya geçen işçiler için yayınlanan metinde, idari hükümlerle ilgili herhangi bir düzenlemeye gidilmediğini, buna göre yeni kadroya geçen işçilerin toplu iş sözleşmesine mali hakları yönünden belirlenen sınırlar aşılmamak suretiyle katılabileceğini ve bu toplu iş sözleşmesinin idari hükümlerinden faydalanabileceğini, kaldı ki, kanundaki “başvuru tarihi itibariyle işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısı dikkate alınarak tespit yapılmalıdır” hükmünün yeterince açık bir düzenleme olduğunu, ayrıca ilgili yazıda 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)’nın 127. maddesiyle 375 Sayılı KHK’ya eklenen geçici 23. maddesine yine 696 Sayılı KHK ile 6356 Sayılı Kanuna eklenen geçici 7. maddeye ve 6356 Sayılı Kanun’un yetki tespit başvurusu ile ilgili emredici hükümlerine açıkça yer verildiğini, KHK ile sürekli işçi kadrosuna geçen işçilerin bu nisaba niçin dâhil edilmesi gerektiğinin hukuki gerekçeleri ile ortaya konulduğunu, davacı tarafın ise iddiasını herhangi bir yasal düzenlemeye, somut bir delile dayandıramadığını, yapılan işlemin hakkaniyete, vicdana aykırı olduğunu, 6356 Sayılı Kanun’un 42. maddesinin 2. fıkrasında; “Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde, başvuruyu, işyeri veya

işletmedeki işçi ve üye sayısını, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirir.” hükmünü amir olduğunu, 696 Sayılı KHK ile 375 Sayılı KHK’ya eklenen geçici 23. maddede “Bu madde kapsamındaki idarelerde; 6356 Sayılı Kanun’un geçici 7. maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçişi yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir.” düzenlemesine yer verildiğini, geçici 7. maddenin 1. fıkrasındaki hükme göre, sürekli işçi kadrosuna geçen işçilerin kadroya geçiş öncesi çalıştıkları taşeron şirketin kayıtlı olduğu işkolu ile mevcut işyerinin girdiği işkolu aynı ise işçilerin o işkolunda mevcut olan işyerinden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirileceğini, tespiti konu T.C. Sağlık Bakanlığı ve bağlı işyerlerinde çalışmakta olan ve 02.04.2018 tarihi itibarıyla sürekli işçi kadrosuna geçen işçilerin, kadroya geçiş öncesinde olduğu gibi başvuru tarihi itibarıyla de bu işletme bünyesinde çalışmakta ve İşkolları Yönetmeliğinin 17 numaralı “Sağlık ve Sosyal Hizmetler” işkolunda yer aldığını, Sağlık Bakanlığı ve bağlı işyerlerinde sürekli işçi kadrosuna geçen işçilerin kadroya geçiş öncesinde olduğu gibi geçiş sonrasında da aynı işyerinde, aynı işkoluna kayıtlı ve görev değişikliği olmaksızın çalışmaya devam ettiklerini, işyerlerinin, kadroya geçen işçileri yeni SGK sicil dosyaları üzerinden bildirmelerinin yeni işyerleri kurulduğu anlamına gelmediğini, işyerinin mevcut işyeri olduğunu ancak kurum mutemetliklerinin bu işçilerin maaşlarını toplu olarak hesaplamak, karışıklığı engellemek, tek bir dosya üzerinden işlem yapmak vs. gibi sebeplerden ayrı bir dosya açarak bildirimlerini yaptıklarını, yani burada davacının iddiasının aksine, her yeni ihale yahut her yeni SGK sicil dosyasının yeni bir işyeri demek olmadığını, dolayısıyla 6356 Sayılı Kanun’un geçici 7. maddesinde belirtilen mevcut işyerlerinden bir tanesi olan Sağlık Bakanlığı için talep edilen çoğunluk tespitinde, eski kadrolu yeni kadrolu ayrımı yapılmaksızın tüm işçilerin nisaba dâhil edilmesi gerektiğini, dava dilekçesinde “Davalı Bakanlığın ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi (Hastane) işletmesinde kadroya geçirilen sağlık işkolundaki işçilerin çoğunluk tespitinde dikkate alınmayarak sadece eski kadrolu işçiler ile çoğunluk verildiği, bu durumun iptalini talep ettikleri tespitinin tam tersi yönünde bir tespit olduğu” belirtilmiş ise de, hatalı çoğunluk tespit yazısından sonra, müvekkili sendika tarafından ... Çalışma Genel Müdürlüğüne 19.10.2018 tarih 3707 Sayılı yazının yazılarak “... Üniversitesi Rektörlüğü Tıp Fakültesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi (Hastane) nin bir işyeri değil, işletme olduğu, dolayısıyla tespitinin işletme düzeyinde yapılması gerektiği, 696 Sayılı KHK, Bakanlık Ça-

İşma Genel Müdürlüğünün konu hakkında daha önce sunduğu görüşler ve ilgili mevzuat gereğince mevcut işletmede ilgili işkolunda çalışmakta olan tüm işçilerin sayısının bu tespitte dikkate alınması ve buna göre yetki başvurusunun değerlendirilmesi gerektiği, bu sebeple 18.09.2018 tarih ve 58736034-103.02 E.-64936 Sayılı verilen yetki tespit yazısının iptal edilerek usul ve kanuna uygun şekilde yeniden talebin değerlendirilmesi ve bu hatanın düzeltilmesi”nin talep edildiğini, Bakanlık tarafından cevaben “T. Sağlık İş Sendikası tarafından talep edilen çoğunluk tespitine konu işyerinin ... SGK sicil numarasında ve 9260109176 Vergi Kimlik Numarası ile işlem gördüğü, aynı vergi numarasında başka bir SGK Sicil Numarası ile işlem gören bir işyerinin bulunmadığı, söz konusu işverenliğin 696 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında hanun Hükmünde Kararname ile sürekli işçi kadrosuna geçen işçilerini çalıştırdıkları işyerleri için farklı kimlik numarasında tescil işlemleri yaptırılmış olduğundan, yapılan çoğunluk tespitine dâhil edilmediği”nin belirtildiğini, davalı Bakanlığın cevap yazısına göre, davacının çoğunluk tespit talebinde bulunduğu ... SGK sicil numaralı işyerinin 9260109176 Sayılı vergi kimlik numarası sisteme girilerek davalı Bakanlık tarafından sorgulama yapıldığını ve bu sorgulamada sadece yukarıdaki sicil numaralı işyerinin sistemde görüldüğünü, davalı Bakanlığın da sadece bu işyeri dosyası olduğunu düşünerek toplam 7 işçi üzerinden 6’sının davacı sendikaya üye olduğu gerekçesi ile çoğunluk tespitini davacı sendikaya verdiğini ancak davalı Bakanlığın sorgulamayı işletme adı üzerinden yapmış olsa idi, eski kadrolu yeni kadrolu tüm dosyaları göreceğini ve işletmedeki işçi ve üye sayısının tamamını dikkate alarak tespiti vereceğini, O. M. Üniversitesi Rektörlüğü Tıp Fakültesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi (Hastane) için yapılan işlemin hatalı, verilen çoğunluğun usul ve kanuna aykırı, yetki belgesinin ise kesin hükümsüz olduğunu, ayrıca yapılan bu hatalı tespitin iptali talebi ile müvekkili sendika tarafından yetkili ve görevli mahkemede dava açıldığını, Kanuna göre 5018 Sayılı Kanun’a ekli (1) sayılı cetvelde yer alan 60 kamu idaresinden Sağlık Bakanlığının tek bir kurum ve işveren olduğunu, geçici 7. maddenin 2. fıkrasında ise, bu 60 idarenin her birisinin kanunun uygulanması bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğinin vurgulandığını, davacının ise konuyu çok farklı yorumladığını, birinci fıkrada sayılan her bir kamu kurumunu kendi içinde bölerek, bunlar için işletme değerlendirmesi yapılamayacağını iddia ettiğini, davacı tarafın böyle bir sonuca nasıl vardığının taraflarınca anlaşılmadığını, Sağlık Bakanlığı bünyesinde teşkilatlanmış ve tüzel kişiliği olmayan kuruluşların birbirlerinden bağımsız birer işyeri olarak kabul edilmesinin hukuken mümkün olmadığını, davacı tarafın bu talebiyle toplu iş sözleşmesi yapılmasını fiilen imkânsız hale getirmeye çalıştığını, yetki ve işletme toplu iş sözleşmesi sürecinin Sağlık Bakanlığı ve bağlı işyerleri için

yürütüldüğünü, davacı sendikanın tarafı olduğu gerek 31.12.2018 tarihinde sona eren gerekse daha önceki yıllara ait toplu iş sözleşmelerinin de işletme toplu iş sözleşmesi olarak imzalandığını, yüzde kırk sınırının altında kaldıklarını çok iyi bilen davacı sendikanın, kanun hükümlerini de bu minvalde değerlendirdiğini ve tabiri caizse işine geldiği gibi yorumlamaya çalıştığını, davacının dava dilekçesinde bir taraftan 696 Sayılı KHK ile sürekli işçi kadrosuna geçen işçilerin yetki nisabında dikkate alınmaması gerektiğini iddia ederken, diğer yandan 2 Nisan'dan sonra binlerce üyelerinin işkolunun yanlış tescil edilerek çoğunluğa dâhil edilmediğini, bu durumun çoğunluk sayısını etkilediğini belirttiğini, kabul anlamına gelmemekle birlikte, davacı sendikaya göre sürekli işçi kadrosuna geçen işçilerin bu sayıya dâhil edilmemesi gerekmekte ise niçin kadroya geçiş sonrası üyelerinin işkolunun yanlış tescil edilerek çoğunluğa dâhil edilmediğini bir gerekçe olarak ileri sürdüğünü, davalı Bakanlığın çoğunluk tespitinde dikkate aldığı toplam işçi sayısına, kadroya geçiş öncesi 17 numaralı "Sağlık ve Sosyal Hizmetler" işkolunda iken kadroya geçiş sonrası farklı işkollarından bildirimleri yapılmış olan işçilerin (üye olup da işveren tarafından farklı işkolları üzerinden bildirimleri yapıldığı için üyelikten düşen işçiler) hiçbirinin dâhil edilmediğini, hatalı girişler sebebiyle müvekkili sendikanın da mağdur olduğunu, örneğin Tokat Devlet Hastanesi, Manisa Turgutlu Devlet Hastanesi, Çan Devlet Hastanesi, Manisa Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi gibi daha birçok işyerinde kadroya geçiş öncesi sağlık ve sosyal hizmetler işkolunda ve müvekkili sendikaya üye olan işçilerin, kadroya geçiş sonrası farklı işkolları üzerinden hatalı bildirildiğini ve bu nedenle üyeliklerinin düştüğünü, kadroya geçmeden önce müvekkili sendikaya üye olup, kadroya geçiş sonrası farklı işkolları üzerinden bildirimleri yapıldığı için üyelikleri düşen işçilerinin ve tabi ki müvekkili sendikanın mağduriyeti devam ederken, davacının neye dayanarak ortaya attığı belli olmayan "02.04.2018-03.09.2018 tarihleri arasında işyerlerinin sağlık ve sosyal hizmetler işkoluna çevrilerek müvekkil sendikanın üye sayısına dahil edildiği" iddiasının mahkemeyi yanıltma çabasından başka bir anlam ifade etmediğini, işverenler tarafından maddi hata yapılarak, kadroya geçiş öncesi İşkolları Yönetmeliğinin 17 numaralı "Sağlık ve Sosyal Hizmetler" işkolunda kayıtlı ve müvekkili sendikaya üye olan işçilerin, kadroya geçiş sonrası farklı işkollarından SGK ya bildirimleri sebebi ile müvekkili sendikanın birçok üyesini kaybettiğini, bu maddi hatanın sorumlular tarafından düzeltilmesinin talep edildiğini ancak herhangi bir düzeltme yapılmadığını, müvekkili sendika üyesi iken, işkolu hatalı bildirildiği için üyeliği düşen ve dava konusu çoğunluk tespitine dahil edilmeyen önemli ölçüde işçi sayısının mevcut olduğunu, ayrıca "davalı Bakanlığın alenacele tespit verdiğini, usuli işlemler bitmeden çoğunluk tespiti verilmemesi gerektiğini" ifade eden ve tabiri caizse Bakanlığa iş öğretmeye kalkan davacı sendika-

nın, müvekkili sendika ile aynı tarihlerde “Sağlık Bakanlığı ve bağlı işyerleri” için çoğunluk tespit başvurusunda bulunduğunu, yine davacı sendikanın çoğunluk tespit talebinde bulunmadan önce, şu an ki itiraz sebepleri ile çelişen bazı kamuoyu paylaşımları ve girişimleri olduğunu, davacı sendikanın 09.07.2018 tarihinde kendi internet sitesi üzerinden “Algı Oyunları Gerçeklerin Üzerini Kapatamaz” başlığı altında yaptığı paylaşımında; “...oysa şu andaki hukuki gerçek şudur ki, 2019-2020 yıllarını kapsayacak önceki kadrolu işçiler adına yapılacak toplu iş sözleşmesinden 696 Sayılı KHK gereğince maalesef yeni kadroya geçen işçilerimiz yararlanamayacak, 31.10.2020 tarihine kadar Bakanlığın tüm taşerondan kadroya geçen işçiler adına yayınladığı toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır, Ancak, önceki kadrolu işçiler adına yapılacak bu toplu iş sözleşmesi için Bakanlıktan alınacak çoğunluk tespitinde taşerondan kadroyu geçen işçilerin sayıları da dikkate alınacaktır” açıklamasına yer verildiğini, yani davacı sendikanın 696 Sayılı KHK ile sürekli işçi kadrosuna geçen işçilerin dava konusu çoğunluk tespitine dâhil edilmesi gerektiğini kabul ettiğini ve bunun kanun koyucunun emredici hükmü olduğunu belirttiğini, yine davacı sendikanın 31.07.2018 tarihli dilekçesi ile CİMER’e bir başvuru yaptığı, başvurusunda “375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 23. Maddesinin altıncı fıkrası çerçevesinde sürekli işçi kadrosuna geçen üye işçilerinin, Sendika ile Sağlık Bakanlığı arasında yapılacak 2019-2020 yıllarında kapsayan toplu iş sözleşmelerinde alınacak çoğunluk tespitlerinde çoğunluk nisabına alınarak yapılacak toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması, yararlandırılmaması halinde çoğunluk nisabına da alınmaması yönünde 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa geçici bir madde eklenmesi” nin talep edildiği, CİMER tarafından davacı Sendikanın bu başvurusunun ... Çalışma Genel Müdürlüğü’ne yönlendirildiği, Bakanlık tarafından ise “Anayasamızın 87. maddesinde de; kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevleri arasında sayılmış ve 88. maddesinde; kanun teklif etme yetkisi milletvekillerine verilmiştir. Bu itibarla dilekçenizde belirtilen hususların kanuni düzenleme gerektirmesi nedeniyle, dilekçeniz hakkında Bakanlığımızca yapılacak herhangi bir işlem bulunmamaktadır.” şeklinde cevap verildiğinin öğrenildiğini, CİMER e yapılan başvurunun, davacı tarafın 6356 Sayılı Kanun’un 42. maddesi gereğince davalı Bakanlık tarafından yapılacak çoğunluk tespitinde başvuru tarihi itibarıyla işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısının tamamının dikkate alınması gerektiğinin farkında olduğunu gösterdiğini, davalı Bakanlık tarafından Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi S. Demirel Tıp Merkezi Aziziye ve Yakutiye Sağlık Araştırma Uygulama ve Merkezi Müdürlüğü ve Veterinerlik Fakültesi Döner Sermaye İşletmesinde eski kadrolu yeni kadrolu (696 Sayılı kanun hükmünde kararname ile geçen işçiler) ayrımı yapılmaksızın işçilerin tamamının nisaba dahil

edilerek aynı sendika lehine çoğunluk tespit yazısı verildiğini, bu tespite gerek davacı sendikanın gerekse kendilerinin herhangi bir itirazı olmadığını ve yetkinin kesinleştiğini, eski Çalışma Bakanı sayın Jülide Sarıeroğlu'nun müvekkili sendikanın bir dönem genel yönetim kurulu başkanlığını yaptığını, daha sonraki süreçte sayın Jülide Sarıeroğlu'nun yönetim kurulu başkanlığından ayrıldığını, sayın Jülide Sarıeroğlu'nun Bakanlığın mevcut sisteminde müvekkili sendikanın doğal delegeesi olarak ve yönetici konumunda görüldüğünü, Bakanlığın sisteminin otomatik olarak kimin yönetim kurulundan ayrılıp kimin devam ettiğini tespit edemediğini ve Valilik tarafından Bakanlığa bildirim yapılmadığı için böyle bir durumla karşı karşıya kalındığını, yine müvekkili sendikanın genel başkanırken statü değişikliği ile bakan danışmanı olarak memurluğa geçen sayın Yavuz Aksanoğlu'nun da bu değişiklik sebebi ile 01.09.2017 tarihinde istifa ettiğini, ancak Bakanlığın sisteminin yine kimin ayrılıp kimin devam ettiğini bilemediği ve takip edemediği için istifa ettiği tarihte değil, istifa tarihinden sonra 1 yıl boyunca hiç işlem yapılmadığı için sayın Yavuz Aksanoğlu'nun kaydının 1 yılın sonunda sistem tarafından otomatik olarak silindiğini, sayın Jülide Sarıeroğlu ve sayın Yavuz Aksanoğlu'nun davalı Bakanlık tarafından bilerek üye listesinden çıkarılmadığının tamamen yalan olduğunu, davacının anlayışına göre kanunun verdiği yetki ile bu tespiti yapan Bakanlık yetkililerinin davacı sendikanın lehine yetki tespit yazısı tanzim ettiklerinde iyi niyetli olduklarını, yetkinin müvekkili sendikaya verildiğinde, aynı kişilerin hukuksuz iş yapan kişiler olduklarını, 6356 Sayılı Kanun'un 43. maddesinin 3. Fıkrasındaki "İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir. İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar." hükmü gereğince, maddi hata nedeniyle duruşma yapılmaksızın, dosya üzerinde inceleme yapılarak davanın reddine kesin olarak karar verilmesini talep ettiklerini, dosyaya sunulan belge ve kayıtlar incelendiğinde durumun net olarak anlaşılacağını savunarak asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Diğer davalı Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı da asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C-)İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ:

Mahkemece, taraflar arasında mevcut üye sayısı konusunda kayıtlara göre bir uyumsuzluk bulunmadığı, uyumsuzluğun sürekli işçi kadrosuna geçirilen işçilerin çoğunluk tespitinde göz önüne alınıp alınmayacağı noktasında toplandığı, ister aynı işkolunda ister farklı işkolundan bildirilsin kadroya geçen işçiler için kanun koyucunun önemli bir istisna getirdiği, bunlar yönünde 31/10/2020 tari-

hine kadar devam edecek olan Yüksek Hakem Kurulu TİS'nin sona ermesine kadar devam eden yeni bir sistem öngördüğü, bu kapsamda kanun koyucunun aynı işe farklı hukuki sonuçlar bağladığının düşünülmemeyeceği, kanun koyucunun geçişten önce aynı işkolunda bildirilen işçileri asıl işyerine dahil etmesi ve asıl işyerinin TİS'den yararlandırması, buna karşılık geçişten önce farklı işkolunda bildirilen işçilerin asıl işyerinin çoğunluğuna ve TİS'e dahil etmediğinin ileri sürülmesinin yasanın ruhuna ve düzenleniş amacına da aykırı olacağı açık olduğu, aksinin düşünülmesi halinde kanun koyucunun yasa yaparken eşitliğe aykırı bir işlem yaptığı sonucunu ortaya çıkaracağını, kanun koyucunun burada geçici bir süre öngördüğü, kanun koyucunun gerçek amacının kadroya geçirilen tüm işçilerin kamu işyerlerindeki mevcut TİS'den geçici bir süre yararlanmaması yönünde olduğu, buradaki temel amacın da devam eden sistemin bozulmaması yönünde olduğu ve bu sürecin de 31/10/2020 tarihinde sona ereceği, aynı durumda olan işçiler arasında farklı sonuçlara ulaşmanın hem eşitlik ilkesine hem de kanunun sözüne ve ruhuna da uygun olmadığı, 6356 Sayılı kanunun geçici 7. maddesi gereğince ister aynı işkolunda olsun ister farklı işkolunda olsun 31/10/2020 tarihine kadar 6356 Sayılı kanunun hükümlerinin uygulanmayacağını açık olduğu, hukuk düzenimizde bir kişinin aynı anda birden fazla TİS'den faydalanmasının mümkün olmadığı, gerek asıl işverenin girdiği işkolunda bildirilen alt işveren işçileri gerekse farklı iş kolunda bildirilen işçiler yönünden süresi 31/10/2020 tarihinde bitecek olan Yüksek Hakem Kurulunca bağtlanan TİS'e tabi olacaklarını, bu kapsamda kadroya geçirilen alt işveren işçilerinin kişi bakımından, asıl işverenin taraf olduğu TİS kapsamı dışında olduğu, dolayısıyla davalı Çalışma Bakanlığı tarafından yetki tespiti yapılırken asıl işkolunda kadroya geçirilen işçilerin nisaba dahil edilmemesi gerektiği halde nisaba dahil edildiği, 03/09/2018 tarihi itibari ile alt işveren işçileri dışında asıl işverenin işyerinde çalışan işçi sayısının 3267 olduğu, davacı sendikanın başvuru tarihi itibari ile 2928 üyesi bulunduğu gerekçeleriyle asıl ve birleşen davanın kabulüne karar verilmiştir.

D-)İSTİNAF BAŞVURUSU:

İlk derece mahkemesinin kararına karşı davalılar vekilleri istinaf kanun yoluna başvurmuştur.

E-)BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ:

Bölge Adliye Mahkemesince, yasal düzenlemelere bakıldığında “sürekli işçi kadrolarına geçirileceklerin kadroları, başka bir işleme gerek kalmaksızın ge-

çiş işleminin yapıldığı tarih itibarıyla sürekli işçi unvanı ile ihdas edilmiş sayılır” denilerek kadroya geçen işçilerin asıl işveren olan kamu kurumunun sürekli işçi kadrosunda kendi işçisi haline geleceğinin vurgulandığı, düzenlemelerin devamında ise kadroya geçen işçilerin mali haklarının belirlenmesi noktasında geçişin oluşturacağı mali yük dikkate alınarak bir üst sınır belirlendiği, bu hususun ise toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile ilgili olup toplu iş sözleşmesi yetkisi ile bağlantılı olmadığı, somut olayda kadroya geçen işçilerin de asıl işverenin işyerlerinin girdiği işkolunda yer aldıkları gözetildiğinde 6356 Sayılı Kanun’un 41, 42 ve 43. maddelerine aykırı davranmayı gerektirecek bir durum bulunmadığı gibi 6356 Sayılı Kanun’un 34/2 maddesindeki “Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir” hükmü uyarınca söz konusu işyeri ya da işyerlerinin işletmenin bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiğinin görüldüğü, sonuç olarak somut olayda kadroya geçen işçilerin yetki tespitinde işyerinin işçisi olarak kabul edilerek çoğunluğun tespitinde dikkate alınması gerektiği, sürekli işçi kadrosuna geçirilenlerden mevcut işyerlerinden kuruma bildirim yapılanların bu işyerleri için yapılacak yetki tespitinde dikkate alınmış olmaları nedeniyle Bakanlık işleminin hukuka uygun olduğu gerekçeleriyle istinaf başvurularının kabulüyle İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılması ile asıl ve birleşen davanın red-dine karar verilmiştir.

F-)TEMYİZ:

Bölge Adliye Mahkemesi’nin kararına karşı davacı vekili temyiz kanun yoluna başvurmuştur.

G-)GEREKÇE:

I-)Hukuki Dayanak:

Davacı sendika tarafından asıl davada ... tarafından verilen olumlu yetki tespitinin iptali, birleşen davada ise olumsuz yetki tespitinin iptali talep edilmiştir.

Toplu iş sözleşmesi yetkisi, toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip kuruluş veya kişinin belli bir toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için Kanunun aradığı niteliğe sahip olmasını gösterir.(G., Cevdet İlhan: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara 2013, s.942.)

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun “Yetki” başlıklı 41. maddesinin birinci fıkrasına göre “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan

işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.”

6356 Sayılı Kanun’un “Yetki Tespiti İçin Başvuru” başlıklı 42. maddesine göre ise “Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini ister. İşveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebilir. Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde, başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirir. İşçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığı ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığının tespiti hâlinde, bu bilgiler sadece başvuruyu yapan tarafa bildirilir. Sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz...”

Yine aynı Kanun’un “Yetki İtirazı” başlıklı 43. maddesine göre de, “Kendilerine 42. madde uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir. İtiraz dilekçesi görevli makama kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir. Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz. İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir. İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin olarak karara bağlanır. 42. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir. Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünü üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır. İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur.”

II-Dosya kapsamı:

Somut uyuşmazlıkta davacı ... ile davalı Öz Sağlık İş Sendikası tarafından, 03/09/2018 tarihi itibarıyla Sağlık Bakanlığı işletmesinde toplu iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli çoğunluğun sağlandığının tespiti için Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına başvuru yapılmıştır.

... tarafından ise asıl dava konusu 14/12/2018 tarih ve 863591 Sayılı olumlu yetki tespit kararı ile başvuru tarihi itibarıyla Sağlık Bakanlığı işletmesinde çalışan işçi sayısının 18.940 olduğu, Öz Sağlık İş Sendikasının üye sayısının ise 10.912 olduğu gerekçesiyle anılan sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli çoğunluğu sağladığı belirlenmiştir. Yine aynı Bakanlığın birleşen dava konusu 14/12/2018 tarih ve 863125 Sayılı olumsuz tespit kararı ile de davacı sendikanın başvuru tarihi itibarıyla üye sayısının 6.803 olduğu gerekçesiyle toplu iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli çoğunluğu sağlayamadığı belirlenmiştir.

Davacı sendikanın temel itirazı Sağlık Bakanlığının alt işverenlerinde çalışmakta iken 696 Sayılı KHK hükümleri gereğince asıl işverenin sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılan işçilerin yetki tespitinde dikkate alınmaması gerektiğine ilişkindir.

24/12/2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 696 Sayılı KHK'nın 127. maddesiyle 375 Sayılı KHK'ya eklenen geçici 23. madde gereğince "5018 Sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, bu Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatlarında; ödemeleri merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, anılan liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden karşılanan 4734 Sayılı Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olan" alt işveren işçilerinden aynı maddede sayılan şartları sağlayanların, asıl işverenler nezdinde sürekli işçi kadrolarında istihdamına dair düzenlemeler sevk edilmiştir.

Diğer taraftan 696 Sayılı KHK'nın aynı maddesiyle sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılacak alt işveren işçileri yönünden kısmen ayrıksı düzenlemeler öngörülmüştür. KHK'nın 127. maddesinin altıncı fıkrasına göre;

"Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden, geçiş işlemi yapılırken mevcut işyerinin girdiği işkolunda kurulu işyerinden bildirilenlerin ücreti ile diğer mali ve

sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine kadar bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması suretiyle oluşan ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan fazla olamaz. Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden; geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmadığından kadroya geçirildiği tarihte yürürlükte olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu işçiler ile geçiş işleminden önce yapılan ve geçişten sonra yararlanmaya devam ettiği toplu iş sözleşmesi bulunmakla birlikte bu madde kapsamındaki idarelerde alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce toplu iş sözleşmesi sona eren işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenir. Bu madde kapsamındaki idarelerde; 6356 Sayılı Kanun'un geçici 7. maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçişi yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir.”

696 Sayılı KHK'nın 127. maddesinin altıncı fıkrasının gerekçesi ise “Altıncı fıkrada, geçişi sağlanan işçilerin varsa alt işveren işyerinde iken faydalandıkları toplu iş sözleşmelerinden faydalanmaları, toplu iş sözleşmesi bulunmaması nedeniyle ücret ile mali ve sosyal hakların bireysel sözleşme ile sınırlı kalmaması için Yüksek Hakem Kurulu tarafından bu madde kapsamındaki idareler bakımından karara bağlanmış ve yürürlükte bulunan en son toplu iş sözleşmesinin süresi sona erene kadar uygulanması sağlanmaktadır. Anayasal bir hak olan toplu iş sözleşmesi, çalışma hayatındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma amacını taşımakta ve çalışma ilişkilerinin düzenlenmesi anlamında oldukça önemli bir görev üstlenmektedir. Bu anlamda, tarafların mutabakatının sağlandığı toplu iş sözleşmelerinin istikrarlı bir biçimde yürütülmesi, çalışma hayatını ilgilendiren konularda sosyal diyalog ilkesinin gözetilmesinin bir gereği olarak ekonomik ve sosyal istikrarı sağlamak bakımından önemlidir. Uluslararası Çalışma Örgütünün 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesinde, toplu pazarlık konusu olan ücretlerde, ekonomik istikrar politikaları çerçevesinde gerekli olması, istisnai bir nitelik taşıması ve makul bir süreyi aşmaması durumunda düzenlemeler yapılabileceği belirtilmektedir. Yapılan düzenlemeyle, geçiş işleminden önce alt işveren işyerleri için Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan toplu iş sözleşmesi kapsamında

benzer ücret ile mali ve sosyal haklarla çalışan işçiler arasında, süresi en son sona eren toplu iş sözleşmesi boyunca ücret ile mali ve sosyal haklar bakımından eşitsizliğin oluşması önlenmekte, geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmayan alt işveren işyerlerindeki işçilerin de bu düzenlemeden yararlandırılması amaçlanmaktadır.” şeklindedir.

Yine 696 Sayılı KHK'nın 113. maddesiyle 6356 Sayılı Kanuna eklenen geçici 7. maddeye göre de;

“(1) 5018 Sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idareler ile birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketler, anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 23. ve geçici 24. maddeleri uyarınca sürekli işçi kadrolarına, geçici işçi pozisyonlarına veya işçi statüsüne geçirilen işçilerinden; geçişten önce işçinin çalıştığı alt işveren işyerinin girdiği işkolu mevcut işyerinin girdiği işkolu ile aynı olanları o işkolundaki mevcut işyerinden, farklı olanları ise geçişten önce işçinin çalıştığı alt işveren işyerinin girdiği işkolunda yeni tescil edilecek işyerlerinden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirir.

(2) Birinci fıkra kapsamındaki işyerlerinin her biri bu Kanunun uygulanması bakımından bağımsız bir işyeri sayılır.

(3) Birinci fıkra kapsamında yeni tescil edilen işyerlerinden bildirilen işçiler, bu madde kapsamındaki idarelerde geçiş işleminden önce alt işveren işçileri için Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve en son sona erecek olan toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte 4. maddeye uygun şekilde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilir.

(4) Bu maddenin uygulanmasında bu Kanunun bu maddeye aykırı diğer hükümleri uygulanmaz.”

Maddenin gerekçesi ise “Madde ile, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa geçici madde eklenmek suretiyle, geçişi yapılan işçilerin sendika üyeliğinin, geçiş işleminden önce çalışılan alt işveren işyerinin işkolu esas alınarak tescil edilecek işyerlerinden yapılacak bildirimlerle sürdürülmesine imkân sağlanmaktadır. Düzenleme yapılırken, sendika üyeliğinin ve üyelikten ayrılmanın serbest olması kuralı ile toplu iş sözleşmesi hakkı birlikte değerlendirilmekte, geçişten önceki sendika üyeliklerinin geçiş işleminden önce Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süre itibarıyla en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre sürmesini sağlayacak istisnai ve geçici bir bildirim usulü getirilmektedir.” şeklindedir.

İfade etmek gerekir ki, 696 Sayılı KHK'nın yukarıda belirtilen 127. maddesiyle 113. maddesi, 08/03/2018 tarihli Resmi Gazete'nin mükerrer sayısında yayımlanan 7079 Sayılı Kanun'un 118. ve 106. maddeleri ile aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

III-Değerlendirme:

696 Sayılı KHK'nın yukarıda belirtilen hükümlerine göre, alt işveren işçilerinin sürekli işçi kadrolarına geçirilmesi hususunda, asıl işveren ile aynı işkolunda yer alan alt işveren işyerleri ile farklı işkolunda yer alan alt işveren işyerleri arasında bir takım farklı uygulamalar öngörülmüştür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, alt işveren ile asıl işverenin farklı işkolunda yer alması durumunda, bu işçiler yönünden asıl işverence, alt işverenin yer aldığı işkolunda yer alan yeni bir işyeri tescil ettirilecek ve farklı işkolunda yer alan alt işveren işçileri, bu yeni tescil edilecek işyerinden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilecektir. Nitekim bu husus 696 Sayılı KHK'nın 113. maddesiyle 6356 Sayılı Kanuna eklenen geçici 7. maddenin birinci fıkrasında “geçişten önce işçinin çalıştığı alt işveren işyerinin girdiği işkolu mevcut işyerinin girdiği işkolu ile ... farklı olanları ise geçişten önce işçinin çalıştığı alt işveren işyerinin girdiği işkolunda yeni tescil edilecek işyerlerinden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirir.” şeklinde ifade edilmiştir. Hükümden açık olarak anlaşılacağı üzere bu ilk ihtimalde farklı işkolunda tescil edilen yeni bir işyeri söz konusudur.

Bununla birlikte asıl işveren ile alt işveren aynı işkolunda yer almakta ise, sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılan alt işveren işçileri mevcut asıl işveren işyerinden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilecektir. Bu ikinci ihtimalde, yeni tescil edilen herhangi bir işyeri söz konusu değildir.

Bu düzenlemelere göre, ilk olarak asıl işverenin mevcut işyeri, ikinci olarak asıl işverence alt işverene göre farklı işkolunda tescil edilecek işyerleri söz konusu olacaktır. 6356 Sayılı STİSK Geçici 7. maddenin ikinci fıkrasına göre “Birinci fıkra kapsamındaki işyerlerinin her biri bu Kanunun uygulanması bakımından bağımsız bir işyeri sayılır.” Maddeye göre mevcut işyeri ile alt işverene göre farklı işkolunda tescil edilecek işyerlerinin bağımsız birer işyeri sayılacağı ifade edilmiştir.

Kanun koyucu bu düzenlemeler yoluyla bir geçiş dönemi öngörmüştür. Bu dönemin son bulacağı tarih ise 6356 Sayılı STİSK Geçici 7. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir. Hükme göre “Birinci fıkra kapsamında yeni tescil edilen işyerlerinden bildirilen işçiler, bu madde kapsamındaki idarelerde geçiş işleminden önce alt işveren işçileri için Yüksek Hakem Kurulu tarafından ka-

rara bağlanan ve en son sona erecek olan toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte 4. maddeye uygun şekilde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilir.”

Belirtmek gerekir ki “Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve en son sona erecek olan toplu iş sözleşmesinin” son bulacağı tarih 31/10/2020 tarihidir. Bu tarih itibariyle farklı işkolunda yeni tescil edilen işyerlerinden bildirilen işçiler de, asıl işverenin mevcut işyerlerinden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilecektir.

Kanun koyucunun belirtilen bu ayrıksı düzenlemelerdeki amacı, farklı işkolunda tescilli alt işveren işçilerinin sürekli işçi kadrolarına geçişi ile birlikte, işkolu değişikliği sebebiyle sendika üyeliklerinin düşmesini engellemek ve yine bu suretle sendikaların ani üye kaybını engellemek olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim bu hususlar madde gerekçesinde ifade edilmiştir.

Diğer taraftan 696 Sayılı KHK ile sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılan alt işveren işçilerinin mali ve sosyal haklarının belirlenmesine dair de ayrıntılı düzenlemeler sevk edilmiştir.

696 Sayılı KHK’nın yukarıda belirtilen 127. maddesinin altıncı fıkrasında mevcut işyerinden bildirilecek işçiler ile farklı işkolunda yeni tescil edilen işyerlerinden bildirilen işçiler bakımından farklı düzenlemeler yapılmış ise de, maddenin amacı 31/10/2020 tarihine kadar sürecek geçiş döneminde, sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılan tüm alt işveren işçilerinin aynı mali ve sosyal haklara sahip olmasını temin etmektir.

Maddede yer alan ilkelere göre, kanun koyucu, toplu iş sözleşmesi kapsamında olan işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal haklarının, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine kadar bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması suretiyle oluşan ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan fazla olamayacağını öngörmüştür.

Bununla birlikte sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılan işçilerden herhangi bir toplu iş sözleşmesinden faydalanmayan yahut 31/10/2020 tarihinden önce toplu iş sözleşmesinin süresi biten işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenecektir.

Görüldüğü üzere maddede öngörülen geçiş döneminde, sadece sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılan işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal haklarının üst sınırı tespit edilmiş ve ayrıca aynı işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hak-

larının kanun hükmü ile belirlenmesi sağlanmıştır. Burada herhangi bir toplu iş sözleşmesinin oluşturulması söz konusu olmadığı gibi, bu hüküm ile belirlenen ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan faydalanabilmek için toplu iş sözleşmesinden yararlanma şartlarına da bakılmayacaktır. Bu cümleden olarak işçi sendika üyesi olmasa, dayanışma aidatı ödemesi dahi KHK ile belirlenen ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan faydalanacaktır.

Bütün bu açıklamalar ışığında temyiz itirazlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir işyeri yahut işletmede toplu iş sözleşmesi yapabilmek için sendikanın çoğunluğu sağlayıp sağlamadığını belirlemek için başvuru tarihinde işyeri yahut işletmede çalışan tüm işçilerin dikkate alınması gerekmektedir.

Dava konusu yetki tespit başvuruları sonuçlandırılırken de Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca, 696 Sayılı KHK ile sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılan ve mevcut işyerinden bildirilen işçiler dikkate alınmıştır. Esasen farklı işkolunda yeni tescil edilen işyerlerinden bildirilen işçilerin yetki tespitinde dikkate alınmaması gerektiği hususu çekişmesizdir.

Bu noktada, 696 Sayılı KHK'nın 127. maddesinin altıncı fıkrasının son cümlesinde kanun koyucu tarafından yetki başvurusuna dair yapılan özel düzenlemenin dikkate alınması gerektiği hususu belirtilmelidir. Hükme göre "Bu madde kapsamındaki idarelerde; 6356 Sayılı Kanun'un geçici 7. maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçişi yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir."

Kanun koyucu söz konusu düzenleme ile açık bir şekilde mevcut işyeri bakımından 6356 Sayılı STİSK hükümlerine uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabileceğini ortaya koymuştur. Burada şu hususu ifade etmek gerekir ki, esasen mevcut işyerleri bakımından mevzuatta öngörülen bir yasak bulunmadığından, yetki başvurusunda bulunulabileceği tabiidir. Bu cümleden olarak, kanun koyucunun yaptığı bu özel düzenlemenin amacının mevcut işyerleri bakımından 696 Sayılı KHK ile sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılan ve mevcut işyerinden bildirilen işçilerin dikkate alınması gerektiği hususu olduğu sarihdir. Buna göre, 696 Sayılı KHK ile sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılan ve mevcut işyerinden bildirilen işçiler de yetki tespitinde dikkate alınacaktır.

Kanun koyucunun istisnai düzenleme sevk ettiği husus, farklı işkolundan yeni tescil edilen işyerleri bakımından yetki başvurusunun yapılması durumudur.

Maddeye göre yeni tescil edilen işyerlerinde 31/10/2020 tarihinden önce yetki başvurusu yapılamayacaktır. Zaten bu tarih itibariyle de, bu işçiler de mevcut işyerinden bildirilecektir.

Diğer taraftan, İlk Derece Mahkemesi kararında belirtildiğinin aksine, geçişi yapılan ve mevcut işyerinden bildirilen alt işveren işçilerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaması da söz konusu değildir. Bu işçiler bakımından sadece 31/10/2020 tarihine kadar ücret ile diğer mali ve sosyal haklar yönünden üst sınır belirlenmiş olup, bu tarihten sonra üst sınır da uygulanmayacaktır.

Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında 696 Sayılı KHK ile sürekli işçi kadrolarına geçişi yapılan ve mevcut işyerinden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilen işçilerin yetki tespit başvurusunda dikkate alınması gerektiği hususu tartışmasızdır.

Gelinen aşamada son olarak davacı sendikanın sair temyiz itirazlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Davacı sendika tarafından, alt işveren işçilerinin geçiş sürecinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca resen işkolu değişikliği işlemi yapılmak suretiyle işçi ve üye sayılarının hatalı belirlendiği ile Halk Sağlığı Genel Müdürlüğünde “Geçici Koruma Altındaki Suriyelilerin Sağlık Statüsünün ve Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Sunulan İlgili Hizmetlerin Geliştirilmesi Projesi” kapsamında çalışan Suriyeli işçilerin dikkate alınmadığı hususları da ileri sürülmüştür.

Dosya içeriğindeki bilgi ve belgeler, söz konusu itirazlara dair kayıtlar, itiraza konu işçi ve üye sayılarının dikkate alınması durumunda da Öz Sağlık İş Sendikası tarafından başvuru tarihi itibariyle toplu iş sözleşmesi yapabilmek için gereken çoğunluğun sağlandığı görülmektedir.

SONUÇ : Tüm bu hususlar muvacehesinde, Bölge Adliye Mahkemesince, İlk Derece Mahkemesi kararı kaldırılarak asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle, bu ilave gerekçe ile hükmün ONANMASINA, 24/10/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.